

Derecho penal garantista y lucha contra la impunidad por violaciones a los derechos humanos: entre el derecho a la justicia de las víctimas y las garantías procesales del procesado

**LUZ MARINA MONZON CIFUENTES
CÓDIGO 06-694316**

Trabajo de grado presentado para optar al título de Magister en Derecho

DIRIGIDO POR:

RODRIGO UPRIMNY YEPES

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
Bogotá, 2010**

Derecho penal garantista y lucha contra la impunidad por violaciones a los derechos humanos: entre el derecho a la justicia de las víctimas y las garantías procesales del procesado

**LUZ MARINA MONZON CIFUENTES
CÓDIGO 06-694316**

Trabajo de grado presentado para optar al título de Magister en Derecho

DIRIGIDO POR:

RODRIGO UPRIMNY YEPES

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
Bogotá, 2010**

Derecho penal garantista y lucha contra la impunidad por violaciones a los derechos humanos: entre el derecho a la justicia de las víctimas y las garantías procesales del procesado

**LUZ MARINA MONZON CIFUENTES
CÓDIGO 06-694316**

Trabajo de grado presentado para optar al título de Magister en Derecho

DIRIGIDO POR:

RODRIGO UPRIMNY YEPES

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
Bogotá, 2010**

TÍTULO EN ESPAÑOL:

Derecho penal garantista y lucha contra la impunidad por violaciones a los derechos humanos: entre el derecho a la justicia de las víctimas y las garantías procesales del procesado

TÍTULO EN INGLÉS:

Criminal law that guarantees due process and fighting impunity for human rights violations: between justice for the victims and procedural guarantees for the accused.

RESUMEN EN ESPAÑOL (MÁXIMO 250 PALABRAS)

La tesis aborda la discusión sobre las garantías procesales de quienes son sometidos a una investigación penal y los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos, particularmente el derecho a la justicia. Esa discusión ha planteado la existencia de tensiones que podrían llevar a la flexibilización o limitación de las garantías procesales del imputado y por ende a una desnaturalización del proceso penal en el marco de los principios que plantea el garantismo penal. Para el análisis del tema se aborda inicialmente la teoría del garantismo penal de Luigi Ferrajoli y los planteamientos teóricos y jurisprudenciales, principalmente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sobre la impunidad y el derecho de las víctimas a la justicia. De este inicial análisis teórico se concluyen cuáles son las complementariedades de los dos discursos. En el segundo capítulo se lleva el análisis teórico a dos casos decididos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La Masacre de los 19 Comerciantes” y “Wilson Gutiérrez Soler”, en los cuales se concluyó la responsabilidad internacional del Estado, entre otras razones, por violación del derecho a la justicia de las víctimas y se ordenó remover los obstáculos de hecho y de derecho que impedían el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables. La Corte Suprema de Justicia, a través de la acción de revisión, ordenó remover la cosa juzgada en los dos casos. La tesis concluye que desde el punto de vista teórico los discursos se complementan y tienden a mantener un equilibrio.

TRADUCCIÓN DEL RESUMEN AL INGLÉS:

The thesis addresses the discussion on procedural guarantees for individuals under criminal investigation and the rights, in particular the right to justice, of victims of human rights violations. This discussion has expounded on the existence of tensions that could result in limiting or rendering more flexible indicted individuals' procedural guarantees, thereby denaturalizing the criminal proceeding as based on the principles of criminal due process.

In analyzing this subject, the thesis begins by describing Luigi Ferrajoli's theory on guaranteeing criminal due process, or "penal guarantee-ism" (*garantismo penal*), and the contentions presented in theory and jurisprudence, principally that of the Inter-American System of Human Rights, on impunity and victims' right to justice. From this initial theoretical analysis, the complementarities between the two discourses are identified.

In the second chapter, the theoretical analysis is taken and applied to two cases decided by the Inter-American Court of Human Rights: *Case of the Massacre of the 19 Merchants vs. Colombia* and *Wilson Gutiérrez Soler vs. Colombia*, in which the Inter-American Court found that the Colombian State was internationally responsible for, *inter alia*, violating the victims' right to justice. The Court ordered the State to remove all legal and *de facto* obstacles to investigating and establishing the truth about the violations and sanctioning those responsible. The Supreme Court of Colombia, through a revision action (*acción de revisión*), thus ordered the removal of the *res judicata* impediment in both cases. The thesis concludes that from a theoretical point of view, the two discourses are actually complementary and tend to maintain one another in balance.

DESCRIPTORES O PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL (MÁXIMO):

Garantismo Penal. Derecho a la justicia. Violaciones de derechos humanos. Sistema interamericano de derechos humanos. Impunidad.

TRADUCCIÓN AL INGLÉS DE LOS DESCRIPTORES:

Criminal due process; right to justice; human rights violations; Inter-American System of Human Rights; Impunity.

FIRMA DEL DIRECTOR:



Nombre completo de la autora y año de nacimiento:

Luz Marina Monzón Cifuentes, 15 de agosto de 1964

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	7
I. El Discurso del Derecho Penal Garantista y el Discurso de Impunidad del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos	12
1.1 Teoría del Garantismo	13
1.1.1 El Garantismo o constitucionalismo rígido o estado de derecho o democracia constitucional	13
1.1.1.1 Cambios estructurales en el derecho	16
• Teoría del derecho	16
• Teoría política	17
• Teoría de la interpretación y aplicación de la ley	19
• Meta-teoría del derecho y el papel de la ciencia jurídica	20
1.1.1.2 Categorías sustantivas del discurso	21
• Derechos fundamentales y democracia sustancial	22
• Derechos fundamentales y garantías	22
1.1.2 Garantismo penal o paradigma del derecho penal mínimo	23
1.1.2.1 Contexto dentro del cual se formula el modelo	23
1.1.2.2 Una aproximación a su conceptualización	24
1.1.2.3 Las razones que sustentan teórica, filosófica y políticamente el modelo	25
• Razón epistemológica o racional de las decisiones	26
• Razón axiológica propia de la filosofía del derecho	26
• Razón de la ciencia jurídica	27
1.1.2.4 Principio de “estricta legalidad” y Estado de derecho	28
1.1.2.5 Justificación del derecho penal como derecho penal mínimo	29
• Utilitarismo jurídico reformado	30
1.1.2.6 La soberanía en el mundo moderno y el constitucionalismo del derecho internacional	32
1.2 Derechos Humanos e Impunidad	34

1.2.1 Los Derechos humanos y razón jurídica de la protección internacional	34
1.2.2 El deber general de respeto y garantía	39
1.2.2.1 El recurso judicial como mecanismo de garantía	43
1.2.2.2 El proceso penal como recurso judicial para satisfacer el deber de garantía	53
• Aclaración inicial	53
• El derecho penal como <i>última ratio</i> como mecanismo de garantía respecto a cierto tipo de violaciones	53
• Criterios para identificar cuando el proceso penal es el recurso judicial exigido	56
• La impunidad y la obligación de remover obstáculos de <i>facto</i> y de <i>jure</i> (prescripción, cosa juzgada o principio de <i>non bis in idem</i> , amnistías, principio de legalidad)	67
Conclusión	75
II. Masacre de 19 Comerciantes y Wilson Gutiérrez Soler	77
Derecho a la justicia de las víctimas y la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables: la garantía judicial de la cosa juzgada o el principio de <i>non bis in idem</i>	
2.1 Fundamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	77
2.1.1 Caso <i>Masacre de 19 Comerciantes</i>	77
2.1.1.1 Hechos	77
2.1.1.2 El deber de garantía	79
2.1.1.3 El derecho al acceso a la justicia	81
• Jurisdicción penal militar como tribunal de investigación de las conductas de los miembros de la fuerza pública	82
• La conducción de las investigaciones seguidas ante la jurisdicción ordinaria (efectividad de los procesos y plazo razonable)	83
2.1.1.4 Reparación: Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones e identificar y sancionar a los responsables	85
2.1.2 Caso <i>Wilson Gutiérrez Soler</i>	87
2.1.2.1 Hechos	88

2.1.2.2	El deber de garantía	91
2.1.2.3	El derecho de acceso a la justicia	93
	• La jurisdicción penal militar como tribunal de investigación de las conductas de los miembros de la fuerza pública	93
	• La conducción de las investigaciones seguidas ante la jurisdicción ordinaria	95
2.1.2.4	Reparación: La obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones e identificar y sancionar a los responsables	95
2.2	Fundamentos de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, para remover la garantía judicial de la Cosa Juzgada	97
2.2.1	Caso <i>Masacre de 19 Comerciantes</i>	98
2.2.2	Caso <i>Wilson Gutiérrez Soler</i>	105
2.3	Análisis de las argumentaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia a la luz de los discursos del garantismo penal y de impunidad de los Sistemas Internacionales de Protección	108
	III. CONCLUSIONES	118
	Bibliografía	124

INTRODUCCIÓN

El tema de este trabajo surge de la necesidad de esclarecer en términos argumentativos y justificativos, por qué en el marco de un mismo discurso: el de derechos humanos, podía reclamarse la superación de la impunidad mediante la efectiva garantía del derecho a la justicia de las víctimas y por otro, exigir que el derecho penal como mecanismo de represión altamente costoso para la vigencia de las libertades de las personas, debía ser el recurso último, utilizado por el Estado para controlar las conductas dentro una sociedad democrática. La aclaración sobre este punto se tornó más apremiante cuando en función del deber de garantía exigible a los Estados, los organismos internacionales imponen la obligación de remover las garantías judiciales y abrir el camino jurídico para que las víctimas puedan intervenir en el proceso judicial que conduzca al juzgamiento y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos. Requerimientos de investigación que han sido atendidos a partir de la construcción de una jurisprudencia constitucional que pareciera sugerir la necesidad de introducir excepciones a la regla general de intangibilidad de las garantías judiciales.

Entonces surgió la pregunta: ¿Existe tensión entre el discurso del derecho penal garantista de Ferrajoli (derecho penal mínimo) y el discurso de impunidad del sistema internacional de protección de los derechos humanos?

Prima facie, desde un punto de vista empírico, un discurso de derecho penal mínimo, sustentado en: estrictas limitaciones al poder punitivo del Estado, con prevalencia del derecho a la libertad y las garantías judiciales, como la cosa juzgada y principio de *non bis in idem*, a favor de quien es sometido al proceso penal, elementos propios del modelo de derecho penal garantista; de cara a un discurso del deber imperativo de superación de la impunidad mediante la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos, acudiendo a la remoción de los obstáculos de *jure* que pudieran impedirlo, tales como las figuras de la cosa juzgada y la imposibilidad de alegar principio de *non bis in idem* y en definitiva, algo que pareciera sugerir la promoción de derecho penal máximo; parecieran mostrar dos discursos incompatibles.

Sin embargo, por qué podrían ser incompatibles discursos que tienen origen en una misma línea de pensamiento: el liberalismo. Por qué podrían estar en tensión dos discursos para los cuales la razón de ser del Estado y del sistema jurídico, es la garantía y la protección de la persona a quien se reconoce con unos atributos de dignidad, libertad e igualdad que no pueden ser desconocidos so pena de tornarse el ejercicio del poder arbitrario?. Por qué son opuestos dos discursos donde el principio de legalidad y el estado de derecho son el eje de

su propia sustentación?. Podríamos seguir enumerando elementos de fundamentación que nos llevarían a pensar que hay algo que no está bien en la percepción inicial.

Esas consideraciones y preguntas motivan la elaboración de esta tesis y lo que pretendo dilucidar, desde el punto de vista teórico, si los dos discursos son en realidad incompatibles y si es así, cuáles son las principales tensiones que se presentan. La exploración argumentativa también puede demostrar que en realidad son discursos que se complementan y coexisten, desde lo teórico a favor de la protección efectiva del ser humano en un contexto de libertades y garantías que se erigen como límites al ejercicio del poder del Estado y como fuente de legitimidad.

Para los propósitos planteados asumiré en primer lugar el desarrollo de un marco teórico en el cual expondré y analizaré los fundamentos y la estructura argumentativa del discurso del garantismo y del garantismo penal, desde su expositor principal, que en mi opinión, es Luigi Ferrajoli, quien ha desarrollado una teoría del derecho penal desde el garantismo.

En este análisis abordaré el lugar que ocupan las categorías de derechos humanos y soberanía, como parte de la argumentación de la teoría. Seguidamente, identificaré, en el plano del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente desde el marco normativo principal del sistema regional de protección y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuál es la concepción y argumentación de la existencia del sistema de garantías y la interpretación del deber de garantía de los Estados a partir del cual se generaría, principalmente, la obligación de investigar, juzgar y sancionar penalmente a los responsables de violaciones a los derechos humanos. El punto de referencia del Sistema Interamericano se justifica en la medida en que, como se expondrá más adelante, será a la luz de dos casos decididos por este sistema regional como se examinarán los discursos del marco teórico.

En el desarrollo del discurso de impunidad, principalmente desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adicionalmente, analizaré cuál es el alcance de la interpretación de la obligación derivada de los derechos contemplados en los artículos 25 y 8.1 de la Convención Americana, mediante los cuales se concreta la garantía del sistema cuando ha tenido ocurrencia una violación. Específicamente, a través de estas normas se reconoce el derecho de las personas a acudir ante un juez o tribunal que la ampare en sus derechos. El análisis deberá permitir identificar cuándo el derecho penal es el mecanismo exigido como fundamental e ineludible, para el cumplimiento de esta obligación ó, si en todos los casos este es el mecanismo de garantía exigido a la luz de las normas mencionadas.

Para la identificación de los argumentos que sustentan la exigencia de un proceso penal como mecanismo de protección de los derechos humanos destacaré cuáles son los

principios que sustentan la lucha contra la impunidad en el escenario de Naciones Unidas, particularmente el concepto de impunidad, tipo de violaciones a las que están dirigidos los principios y las limitaciones a las garantías de los presuntos responsables en función de la garantía de los derechos de las víctimas.

El discurso de impunidad que se deriva de los principios mencionados se conectará o relacionará con el discurso de impunidad construido a partir de la interpretación de las normas de la Convención Americana a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. Particularmente se dirigirá el análisis al concepto de impunidad, de la naturaleza de las violaciones que demandan de manera imperativa, una respuesta de superación de la impunidad mediante una respuesta penal y la forma como se han fundamentado las restricciones, limitaciones o afectaciones sobre las garantías procesales de las personas sometidas a las investigaciones penales en procura de la superación de la impunidad.

Al final se espera estar en condiciones de identificar la compatibilidad o no de los discursos y las razones que llevan a una u otra conclusión.

El marco teórico se llevará, en el segundo capítulo, al análisis de dos casos decididos por la Corte Interamericana en contra de Colombia, en los cuales se ordenó remover los obstáculos de *facto* y *de jure* a fin de dar cumplimiento a la obligación de garantía mediante una investigación penal que permita a las víctimas acceder a un recurso adecuado en dirección a conocer qué pasó, quiénes participaron en las violaciones y a que estos participes sean sometidos a un juzgamiento que conlleve la correspondiente sanción penal. Esos casos, generaron en el ámbito interno decisiones judiciales mediante las cuales se removió la garantía de “cosa juzgada” y con ello el principio de *non bis in idem*. Se toman solo dos casos porque son los únicos que hasta el momento tienen decisiones a nivel interno a partir del cumplimiento de lo ordenado por una sentencia emitida por la Corte Interamericana. Quedan por fuera casos en los que se han promovido y alcanzado los mismos resultados, pero a partir de decisiones de la Comisión Interamericana, órgano que no genera en sentido estricto jurisprudencia que es el criterio orientador del análisis de este caso.

El objetivo de este segundo capítulo es analizar en dos casos concretos, cuál es el fundamento desarrollado, tanto en el sistema internacional de protección para imponer la obligación, como en el ordenamiento jurídico interno para remover la garantía de cosa juzgada y reabrir las investigaciones. A partir de ello, determinar si esas fundamentaciones son consistentes tanto con el discurso del derecho penal garantista como con el de impunidad delimitado en el capítulo primero.

Finalmente, se realizarán unas conclusiones sobre los resultados de la exploración, la consistencia o no de los argumentos en el ámbito del Estado de derecho y democrático. Este trabajo es sin duda incipiente frente al número de variables que surgen en el plano práctico de aplicación o de puesta en escena de los discursos, aun cuando ellos, al menos el del garantismo penal, no pretenden alcanzar una completa representación en la realidad. Sin embargo, considero que este puede ser un punto de partida, bien para confrontar los argumentos desarrolladas y desnudar la incompatibilidad de los discursos o bien para encontrar cuáles son los puntos centrales sobre los cuales los discursos contribuyen de manera complementaria y discursivamente coherente, para el fortalecimiento de un sistema jurídico y político que garantice efectivamente los derechos y las libertades de los seres humanos en estricto respeto de las reglas del juego acordadas y representadas en los postulados sustantivos de las Constituciones.

Soy consciente de otros debates que suscita el tema desarrollado y sobre lo cual ya existen varias referencias y desarrollos, tales como el riesgo del que se ha denominado “neopunitivismo”¹, el eficientismo penal y derecho penal de enemigo² y la indiferenciación de los conflictos que lleva a esconder bajo el derecho penal problemáticas sociales y políticas que el derecho penal no está llamado a resolver y que por ende le son ajenas. Salida jurídica que tiene el efecto de profundizar las desigualdades y discriminaciones que mantienen y alimentan conflictos como el colombiano. Salidas utilitaristas que conducen a revivir válidamente los cuestionamientos sobre la justificación del derecho penal y la legitimidad del sistema punitivo, que en ese contexto, termina instrumentalizando mecanismos de persecución y represión ilegítimos en un estado de derecho. Sin embargo, estos temas no serán abordados en esta tesis.

A ese respecto, la obra de Eugenio Raúl Zaffaroni “*En busca de las penas perdidas*”³, en donde se recogen los diversos cuestionamientos y respuestas a los mismos, pese al tiempo transcurrido desde su publicación, no ha perdido vigencia y por el contrario demuestra cómo el tema relacionado con “la deslegitimación del sistema penal y la crisis del discurso jurídico-penal”, sigue siendo una discusión latente que cobra mayor relevancia especialmente en contextos de conflicto y distorsión sustantiva entre el *deber ser* del

¹ PASTOR, Daniel R. *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*. En: Separata de “La Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires. Ediciones El Puerto, 2005A, p. 73-114.

² APONTE, Alejandro. *El Derecho Penal en una perspectiva de paz: de la tensión entre “eficientismo” y garantismo en el caso colombiano; Guerra y derecho penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica penal de emergencia en Colombia*. En: Revista de Estudios Ocasionales CIJUS, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1999; *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Editorial Ibañez, Bogotá, 2006. ZAFFARONI, Eugenio. *El enemigo en el Derecho Penal*, Editorial Ibañez, Bogotá, 2006. OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Gabriel. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1997.

³ ZAFFARONI, Eugenio. *En busca de las penas perdidas*. Editorial Temis, Bogotá, 1990.

derecho y su realidad o su *ser*. Estos contextos y la forma como el derecho penal se ha instrumentalizado para fines contrarios a los que correspondería a un estado de derecho, sin duda son los que caracterizan el nuestro. Así lo reflejan los análisis y críticas que se han sustentado por los profesores Iván Orozco y Juan Gabriel Gómez, como también por el profesor Alejandro Aponte.

El debate sobre el eficientismo y la instrumentalización coyuntural del derecho penal, se extiende también a un contexto más global surgido a partir de las “emergencias”, para utilizar los términos del profesor Alejandro Aponte, relacionadas con problemáticas sociales y políticas que se han querido reducir a la denominación de “terrorismo”, respecto a las cuales el derecho penal y su sistema de aplicación, se han utilizado como medio hacia la caracterización de un *derecho penal de enemigo*. A este respecto, se han pronunciado Junther Jackobs⁴ y Eugenio Raúl Zaffaroni⁵.

Finalmente, un gran tema que pudiera dar lugar a una reflexión más amplia y en donde podría ser un aporte este trabajo, es desde la criminología crítica cuáles serían las construcciones de justicia por fuera del escenario penal que podrían explorarse. El maestro Alessandro Baratta⁶, ofrece varios aspectos de reflexión y de crítica a la exigencia de una respuesta penal. Profundizar un argumento tal como el que la inflación penal conduce a la impunidad es algo que realmente sería interesante para la construcción de un modelo de derecho penal compatible con los principios del Estado de derecho democrático.

⁴ Ob. cit. 2 En: ZAFFARONI, Eugenio. *El enemigo en el derecho penal*, p. 235 y ss.

⁵ *Ibidem*, nota 2.

⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*”, Editorial B de F, Montevideo, 2004.

I. El Discurso del Derecho Penal Garantista y el Discurso de Impunidad del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos

Este capítulo tiene por objetivo identificar cuáles son los argumentos sobre los que se sustenta el discurso del garantismo y dentro de él el modelo de derecho penal garantista y el discurso de impunidad del sistema internacional de protección de los derechos humanos, como derecho de las víctimas a que se investigue, juzgue y sancione penalmente a los responsables.

Para el análisis del discurso garantista tomaré como referencia exclusiva al profesor Luigi Ferrajoli, por ser su principal expositor; por el contexto del cual parte para su formulación que encuentro, guarda alguna similitud con el colombiano y porque la sustentación de las tesis sobre las cuales edifica la teoría del garantismo penal están referidas a un modelo de supremacía constitucional que también tiene identificación con el sistema jurídico colombiano (bloque de constitucionalidad), desde el cual deriva una “sustantivización” no sólo del sistema jurídico, sino también del político. No puedo dejar de mencionar también, que Ferrajoli, a propósito de una visita al país y en el marco de la exposición de su teoría, se refirió a la situación colombiana y consideró que, en parte, la crisis de este país está soportada en la falta de conciencia o entendimiento del sentido del derecho⁷.

El discurso de la impunidad en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, se abordará principalmente en la jurisprudencia y opiniones jurídicas de los jueces, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸. Este Tribunal internacional emitió las sentencias que ocuparán el desarrollo del segundo capítulo. El análisis de esta jurisprudencia está orientado a identificar cuáles son las fundamentaciones jurídicas de la exigibilidad del derecho a la justicia y la concepción misma del sistema jurídico de protección; también los criterios seguidos para exigir que sea, a través del derecho penal, como se garantice el derecho a la justicia y las razones jurídicas que se invocan para “limitar” algunas garantías judiciales de los procesados. También tomaré referencias doctrinales y tres documentos de Naciones Unidas relacionados con los principios para la superación de la impunidad como derecho de las víctimas.

La identificación de estos argumentos permitirá tomar una posición en relación con la distancia o complementariedad de los discursos en contextos de sistemas políticos democráticos y sistemas jurídicos correspondientes a los estados de derecho.

⁷ *“Pienso que también en Colombia la falta de paz, la violación de los derechos humanos, la impunidad, la desigualdad ante la ley, provienen sobre todo de un oscurecimiento en el sentido común del sentido mismo del derecho. El instrumento insustituible para la solución pacífica de los conflictos es el derecho. Por eso, cualquier otro efecto de refutación democrática pasa por una refundación del sentido del pacto constitucional y del estado de derecho que en él se apoya, al tomar conciencia de que la defensa de dicho pacto tiene posibilidad de éxito, en tanto cada uno lo considere como defensa de sus propios derechos y de su identidad y dignidad de ciudadano.”*

FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y el Derecho Penal*. En: Derecho Penal contemporáneo. Centro de Investigaciones. Instituto de Posgrados de Derecho y Filosofía DERPHI, Universidad Libre. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002. p. 17-31.

⁸ En lo sucesivo, cuando me refiera al sistema internacional de protección de derechos humanos, salvo aclaración expresa, estaré refiriéndome al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, particularmente la Corte Interamericana.

1.1 Teoría del Garantismo

1.1.1 El Garantismo o constitucionalismo rígido o estado de derecho o democracia constitucional

Del estudio de los fundamentos que sustentan el discurso de Ferrajoli, podría asumirse que el Garantismo es un modelo de concepción del sistema jurídico desde dos dimensiones: la formal y la sustancial o material, a partir de las cuales se agrega a la visión positivista y de prevalencia exclusiva de la legalidad formal (propia del estado moderno), una condición de validez o legalidad sustancial, fundada en principios y derechos inalienables que son los que deben inspirar y dar contenido a todas las manifestaciones del poder, en todas sus esferas: ejecutiva, legislativa y judicial. Esta correspondencia será fuente de legitimidad de las decisiones o de los actos por medio de los cuales se manifiesta el poder del Estado.

Lo que podría denominarse la “sustantividad”, que Ferrajoli imprime a su modelo de estado de derecho constitucional, está principalmente soportado en el principio que denomina de “estricta legalidad”, según el cual las normas no sólo deben tener su origen en los procedimientos preestablecidos para ser “vigentes o existentes”, sino que también deben ser “válidas o legítimas”. Esto es, responder o ser coherentes con los principios superiores que los deben orientar. Estos principios están representados principalmente por los “derechos fundamentales” recogidos en la parte sustantiva de la Constitución. De esta manera, los derechos fundamentales actúan como verdaderas *garantías* para las personas, pero también como límites y controles del ejercicio del poder. En este sentido, de acuerdo al modelo garantista, la indemnidad de esos derechos fundamentales que, son el sentido y fin del sistema jurídico y del Estado, es una garantía de la que son titulares todas las personas en virtud del principio de igualdad en derechos con que se desarrolla todo el sistema.

Esa concepción de validez y legitimidad basada en el principio de “estricta legalidad” también se extiende al campo judicial, donde se alude a la “estricta jurisdiccionalidad” y a la manera en que se desarrolla el sistema político. El sistema político encuentra en el principio de “estricta legalidad” el elemento de caracterización de un modelo de democracia sustancial. Es el modelo del garantismo, en definitiva, la formulación de un sistema jurídico y político en el cual la concepción sobre el objeto y fin del estado de derecho es la protección de los derechos fundamentales de la persona, los cuales se erigen como una especie de “núcleo duro” de salvaguarda para la persona y de límite para el ejercicio legítimo del poder, puesto que esos derechos no pueden ser objeto de negociación, decidibilidad o disposición de las autoridades. De hecho, Ferrajoli no duda en calificar el estado y el derecho como “artificialidades” que se han creado para la convivencia pacífica de los seres humanos y por ello recuerda⁹:

“Lo natural no es el derecho, no es el Estado; lo natural son los hombres, los seres humanos de carne y hueso, con sus necesidades y derechos naturales; mientras que el

⁹ Ibid., p. 30.

Estado es un artificio que se justifica sólo como instrumento de tutela de las personas físicas o naturales”.

Los presupuestos teóricos de los que se parte en la sustentación de este modelo, sin duda introducen un criterio de coherencia necesaria entre el “ser” y el “deber ser” del sistema jurídico y del sistema político mismo. Correspondencia o coherencia sustantiva que condiciona su validez y legitimidad; no se trata de que las categorías que sustentan el modelo sean absolutamente novedosas o inéditas, lo novedoso del discurso es la forma como ubica esas categorías y el rol que les otorga para derivar de ellas la caracterización del estado de derecho como “sistema de garantías”¹⁰. Sistema de garantías que se construye a partir de la supremacía de la Constitución. Supremacía que tiene por propósito en el desarrollo del discurso, referir a dicha fuente los criterios o fuentes de legitimidad y validez de las diversas manifestaciones del poder.

Ferrajoli considera que los derechos y principios incluidos en la parte sustantiva de las Constituciones actúan como principios programáticos de una sociedad a los cuales debe responder el Estado en su conjunto. En esta lógica discursiva, se entiende, como lo plantea Ferrajoli, que: “El garantismo es la técnica de limitación y disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir”¹¹.

Antes de adentrarme en la argumentación que sustenta el modelo, es importante tener presente el contexto que sobre Italia describe Ferrajoli, pues a mi modo de ver, explica los puntos de enfoque prácticos sobre los que busca incidir con la construcción de la razón jurídica del garantismo¹²:

“En Italia, además, la ilegalidad pública se manifiesta también en la forma de crisis constitucional, es decir, en la progresiva degradación del valor de las reglas del juego institucional y del conjunto de límites y vínculos que las mismas imponen al ejercicio de los poderes públicos: basta pensar en los abusos de poder que llevaron a pedir la acusación del expresidente de la República italiana por atentado contra la Constitución, en la pérdida del contenido de la función parlamentaria, en los conflictos entre el poder ejecutivo y el judicial, debidos a que el primero no soporta la independencia del segundo, por no hablar del entramado que existe entre política y mafia y del papel subversivo, todavía en gran parte oscuro, desempeñado desde hace ya decenios por los servicios secretos”.

Las categorías a las que acude Ferrajoli en la construcción y fundamentación de su discurso, son principalmente: el estado de derecho-constitucionalismo-democracia, la dimensión sustantiva de la jurisdicción, la vigencia y validez de la ley y los derechos fundamentales. A partir de la articulación discursiva de estas categorías, el garantismo es asumido como un paradigma que expone “un nuevo modelo” en relación con el “estado de derecho no sólo constitucional, sino también legislativo, en el cambio de las condiciones de validez de las leyes, en el cambio del papel de la jurisdicción y de la ciencia jurídica, en el

¹⁰ Ibid., p. 15.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 6 ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 864

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 15 y 16

cambio de la naturaleza misma de la democracia”¹³. En suma, Ferrajoli define el garantismo de la siguiente manera¹⁴:

“[U]n modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes, incluso el Legislativo, y sobre los vínculos impuestos a ellos como garantías a los derechos sancionados por las constituciones; subordinación también de la ley a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución; por eso el garantismo es sinónimo de estado constitucional de derecho, o sea de un sistema que se remonta al paradigma clásico del estado legislativo del derecho, y lo extiende a todos los poderes, no solo al Judicial, sino también al Legislativo”.

La rigidez de la Constitución es el elemento que Ferrajoli destaca como revolucionario respecto al ya conquistado modelo de estado moderno según el cual se aseguró el monopolio estatal en la producción jurídica y la consiguiente afirmación del principio de legalidad. En este sentido, comprende que la rigidez de la Constitución es lo que soporta la subordinación de las leyes a una ley superior y que incluso se incorporen mecanismos de control jurisdiccional de constitucionalidad respecto a las leyes inválidas¹⁵. Ferrajoli describe el cambio de paradigma del derecho, dentro del cual incluye como uno de los ejemplos la Constitución de Colombia de 1991, de la siguiente manera¹⁶:

“[D]esde este momento ya no se necesitan más sujetos soberanos, sujetos *legibus solutos*; se completa el paradigma del estado de derecho y los poderes de la mayoría son sometidos a la ley (...), aquello que diferencia al Estado constitucional de derecho del Estado legislativo de derecho, es que han sido codificados y disciplinados a las constituciones no sólo el ser sino el deber ser del derecho; no sólo las normas formales procedimentales sobre la formación de los actos legislativos, sino también las normas sustantivas sobre los significados, los contenidos que válidamente estos actos puedan expresar”.

El planteamiento del modelo garantista que realiza Ferrajoli, busca abordar y proponer una salida a una situación de crisis del derecho y que explica a partir de varios factores derivados de la realidad: (i) la falta o debilitamiento del poder vinculante de la ley y la ineficacia de los controles, (ii) la inadecuada estructura del Estado para responder y satisfacer las expectativas y garantías que se derivan del modelo de un Estado social de derecho y (iii) el cambio del concepto de Estado nacional, asociado a los cambios de lugares de soberanía. Este panorama, Ferrajoli lo identifica con una crisis en la razón del derecho.

En consecuencia, el jurista parte de la revisión y conceptualización de la razón jurídica que debe desarrollarse para superar la situación de crisis que enfrenta el derecho y conforme a ello considera que la razón jurídica permitirá establecer y estructurar un sistema “artificial de garantías” incorporado en la Constitución, dirigido a la protección o tutela de los derechos fundamentales. Considera que a partir de la complejidad de la estructura formal que caracteriza los sistemas de constitución rígida es posible construir una “doble

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y el Derecho Penal*, Op. cit. p. 19.

¹⁴ *Ibid.*, p. 26.

¹⁵ *Ibid.*, p. 27.

¹⁶ *Ibid.*, p. 27.

artificialidad”: (i) respecto al carácter positivo de las normas, propio del positivismo jurídico y (ii) respecto a su sujeción al derecho, consonante con el estado constitucional de derecho, según el cual la producción de la norma está reglada por normas formales o de procedimiento y sustanciales o de contenido programático.

En el entendido expuesto, la artificialidad relativa al carácter positivo de la norma corresponde al “ser” del derecho que encuentra su fuente en lo que los hombres quieren o piensan, mientras que la artificialidad correspondiente a la sujeción de la norma al derecho positivo, que representa el “deber ser” del derecho o sus condiciones de “validez”, se encuentran también positivizadas por un “sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos –igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales– por los que se acuerda que aquéllas deban ser informadas. En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, ya no sólo sus contenidos contingentes -su ‘deber ser’ y no sólo su ‘ser’- los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de derecho, *como derecho sobre el derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica”¹⁷.

1.1.1.1 Cambios estructurales en el derecho

Así, Ferrajoli considera que el modelo del garantismo se proyecta sobre cuatro cambios estructurales en el derecho: sobre la validez de las normas (teoría del derecho), la naturaleza de la jurisdicción (teoría de la interpretación y aplicación de la ley), la naturaleza de la ciencia jurídica, del conocimiento jurídico en un sistema de legalidad complejo (meta-teoría del derecho) y la dimensión sustancial de la democracia (teoría política)¹⁸.

Se destacarán los aspectos más relevantes de cada uno de los aspectos sobre los que operan las transformaciones estructurales del derecho para lo cual resumiré los planteamientos, siguiendo la argumentación desarrollada por Ferrajoli en su libro *Derechos y Garantías. La ley del más débil*¹⁹:

- **Teoría del derecho**

El argumento central de esta transformación conceptual consiste en que en la producción de la ley se deben involucrar dos dimensiones: la formal y la sustantiva o material. La primera dimensión sustenta la vigencia o existencia de la ley, en esa medida una ley será vigente cuando el procedimiento agotado para su expedición responda a los establecidos en la norma superior o en las que se hayan emitido para su reglamentación. Esa ley será válida o legítima si además su contenido está sustentado en los principios axiológicos y en el sustento programático incorporado a la Constitución.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Op. cit. p. 19.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y el Derecho Penal*, Op. cit. Nota 22, p. 20-34.

¹⁹ *Ibid.*, Nota 22.

A ese respecto, en la obra citada se indica que la vigencia de normas inválidas se puede explicar con la comprensión de las dos dimensiones que implica “regularidad o legitimidad” de las normas. Esto es, la vigencia hace referencia a la correspondencia que guarda la norma con los procedimientos establecidos y la validez que está referida a: “si se trata de leyes, la ‘constitucionalidad’, [que implica el] “*significado* o contenido y que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción”²⁰.

El modelo de estado constitucional de derecho que plantea el garantismo, implica que las normas positivizadas deben satisfacer, para que sean vigentes y válidas, tanto su correspondencia con las formas de producción establecidas en la norma superior, como también con los postulados, propósitos y valores incluidos como programáticos o sustantivos en la Constitución. Esta correspondencia y coherencia se traduce en “la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la ‘racionalidad formal’ y la ‘racionalidad material’” del derecho.

Dentro de esa argumentación, los derechos fundamentales “equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los *finés* a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho”²¹.

• Teoría política

Los planteamientos de lo que puede también denominarse de racionalidad formal y material del derecho, en cuanto a la producción de la ley, trascienden de manera coherente y articulada hacia la definición de la democracia. Es así como, de acuerdo a este modelo, ella tiene también una dimensión formal y otra sustancial.

Ferrajoli entiende por democracia formal aquella que se corresponde con los procedimientos mediante los cuales se determina *quién* o *cómo* pueden tomarse decisiones, de manera que se asegura la expresión de las mayorías, por eso también la denomina democracia política. Por su parte, la democracia sustancial o material hace referencia a *qué* es lo que puede ser objeto de decisión, e incluso *qué* debe decidirse por cualquier mayoría. La esencia de las decisiones encuentra contenido en las normas sustanciales o principios axiológicos incluidos en la Constitución y hacen referencia al respeto de los derechos fundamentales. El alejamiento de ese contenido sustancial en las decisiones las torna inválidas o ilegítimas.

La validez y legitimidad sujetas a la consonancia con las normas sustanciales, la deriva Ferrajoli de su entendimiento de que “los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad en *droits*, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos (...) en segundo lugar, su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que

²⁰ Ibid., p. 21.

²¹ Ibid., p. 22.

los sustrae del mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra y vinculándola a su tutela y satisfacción”²². El respeto de los derechos fundamentales así entendidos y su garantía a través de las decisiones tienen, al igual que con la ley, un efecto de legitimación o de deslegitimación de las mismas.

Así las cosas, la condición que imponen los contenidos sustanciales de las normas y principios axiológicos a las decisiones, se erigen como mecanismos de control respecto a las mismas, y en palabras de Ferrajoli, en “técnicas de garantía” frente al ejercicio del poder representado en dichas decisiones.

El análisis del sistema jurídico y político, a través de las dimensiones formal y sustancial no sólo contribuye a procurar un escenario de efectividad de los derechos de las personas, también ofrece criterios para identificar las inconsistencias que puedan llevar a vacíos o lagunas, incoherencias o antinomias dentro del mismo sistema que afecten esa efectividad. La verificación de esas inconsistencias en el “ser” del derecho se realiza mediante el sistema de garantías propuesto en el modelo de Ferrajoli. Así, mediante un examen de no correspondencia de una decisión o manifestación del poder (o de las mayorías), con los principios programáticos incluidos rígidamente en la Constitución, podrá solicitarse su retiro (o revocatoria) del sistema mediante argumentos de ilegitimidad o invalidez.

El sistema de garantías, que se encuentra a la base del modelo propuesto, se representa de esta manera como el mecanismo que procura la eficacia en la protección de los derechos reconocidos en la Constitución. La inviolabilidad de esos derechos y el vínculo de legitimidad de los valores programáticos incluidos en la Constitución, son aspectos sobre los cuales no pueden decidir, ni siquiera las mayorías.

De hecho, Ferrajoli, considera que cuando un sistema jurídico se torna arbitrario y abusivo, debe indagarse antes que en el sistema normativo, en los mecanismos de garantías previstos en el mismo sistema, pues puede ser que no estén siendo aplicados de manera adecuada o que sea necesario reforzarlos para procurar la protección efectiva. Entonces, las garantías son entendidas como “las técnicas para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales”²³.

Por las razones expuestas puede decirse que las incoherencias o inconsistencias y los vacíos del sistema son algo previsible y presupuesto dinámico del modelo garantista. En este sentido, la posibilidad de que las garantías intervengan como mecanismo de corrección frente a los vacíos, es lo que hace compatible este modelo con un sistema democrático sustancial que preserve en todo momento y frente a cualquier decisión de las mayorías, el núcleo sustantivo de legitimidad del sistema jurídico y político. A este respecto, Ferrajoli plantea²⁴:

²² Ibid., p. 23.

²³ Ibid., p. 25

²⁴ Ibid., p. 24.

“Es claro que semejante estructura del Estado constitucional de derecho está destinada, por su misma naturaleza, a un grado más o menos elevado de ineficacia: a causa de la posible *incoherencia* generada por normas que resultan inválidas al contrariar prohibiciones impuestas por normas superiores a la esfera de lo decidible; o, la inversa, por la posible *falta de plenitud* debida a la omisión de normas o de decisiones en contraste con obligaciones impuestas a la misma esfera. Éstos son los dos posibles vicios del ordenamiento: las *antinomias* y las *lagunas* (...)”.

En relación con esta característica de “antinomias y lagunas”, que considera propia del sistema del Estado constitucional de derecho, Ferrajoli sentencia, con igual contundencia a la que asume cuando plantea que su modelo es ideal (que no tiene existencia perfecta en ninguna parte) que: estos vicios nunca dejarán de existir y es “ilusorio suponer su total eliminación”. Sin embargo, plantea que la existencia de esos vicios es aceptable dentro de ciertos límites. Podría, entonces, decirse que ellos no puede ser de tal magnitud que las bases sustantivas del estado de derecho mismo desaparezcan. En consecuencia, sostiene²⁵:

“Un Estado constitucional de derecho es por su naturaleza un ordenamiento imperfecto (...). Es más, la posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito. Una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas sólo sería posible si no se hubiera incorporado a las normas sobre producción algún vínculo sustancial (...)”.

Ata ese planteamiento a la democracia sustancial, que entiende, como la garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de las mayorías, señalando²⁶:

“Diremos que, en este sentido, la posibilidad del ‘derecho inválido’ o ‘lagunoso’ -o sea, de la divergencia entre la normatividad y la efectividad, entre el deber ser y el ser del derecho- es la condición previa tanto del Estado constitucional de derecho como de la dimensión sustancial de la democracia”.

Finalmente concluye²⁷:

“En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos”.

• Teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley

Este aspecto está referido al ejercicio del poder judicial o la jurisdicción. El cambio que se introduce en esta esfera de ejercicio del poder implica, de una parte, que el juez está sometido de manera principal e insoslayable no a la letra de la ley formalmente emitida, sino a la norma superior a través de la cual debe interpretar y aplicar las leyes inferiores. De otra parte, el papel del juez adquiere un protagonismo dirigido a la protección de esa norma superior. En este último sentido, el juez debe hacer una valoración crítica de la ley a

²⁵ Ibid., p. 24

²⁶ Ibid., p. 25.

²⁷ Ibid., p. 25

la luz de su correspondencia o no con los fines programáticos de la Constitución y decidir sobre su validez, denunciando su inconstitucionalidad.

El papel crítico del juez frente a la ley y su rol de garante de los derechos fundamentales a través de la valoración de la constitucionalidad de esa misma ley o de cualquier acto de manifestación del poder, implican la condición de independencia con que actúa ese juez respecto del poder de las mayorías. Esa condición de independencia garantiza que el juez entenderá, independiente de cualquier otra consideración de tipo coyuntural, que su labor se desarrolla bajo la directriz de reconocimiento de que el ser humanos es igual en derechos y que por ello su la protección de esos derechos debe procurarse bajo el mismo principio de igualdad respecto a todos. El desarrollo de la jurisdicción, en el marco planteado, es el fundamento de la legitimación del poder judicial. Ferrajoli sostiene²⁸:

“(…) debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él (…) La legitimación se deriva (…) de la intangibilidad de los derechos fundamentales (…) es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llamado ‘democracia sustancial’. En este sentido, el principio de igualdad y legalidad se conjugan (…) con el segundo fundamento de la independencia del juez: su función de averiguación de la verdad procesal, según las garantías del justo proceso”.

• **Meta-teoría del derecho y el papel de la ciencia jurídica**

La ciencia jurídica que desde el punto de vista positivista dogmático y formalista, tenía como objeto la ley, (la cual se presumía válida por el solo hecho de su existencia o vigencia) asume un papel de doble evaluación respecto a la ley, en consonancia con la doble dimensión que deben verificarse (vigencia y validez) en el sistema jurídico del modelo garantista.

El papel que se le asigna a la ciencia jurídica es, así como al juez, un papel crítico en relación con la normatividad, solo que corresponde a la ciencia del derecho una doble función que implica una dimensión científica y política a la vez. De una parte, debe ocuparse de identificar, dentro del escenario de compleja legalidad que implica la existencia de los vicios característicos del sistema (antinomias y lagunas), dónde se presentan esas lagunas o incoherencias y proponer la corrección del sistema jurídico desde las herramientas de protección previstas en el mismo sistema o elaborar y sugerir mecanismos que refuercen los ya existentes. Ferrajoli los denomina mecanismos de autocorrección “desde adentro” y “desde afuera”.

Sin embargo, el presupuesto para que la ciencia jurídica pueda cumplir su papel, consiste en la capacidad del jurista para conocer que el sistema normativo implica una doble dimensión: la de su existencia y la de su validez. Que la existencia de las normas no

²⁸ Ibid., p. 27

necesariamente comportan su validez o legitimidad, bien porque no responden al contenido de los valores y principios axiológicos contenidos en la Constitución o bien porque existen incumplimientos al deber de hacer respecto a algunos derechos como los sociales. De tal suerte que la labor principal de la ciencia jurídica es la crítica del derecho inválido o ilegítimo.

En ese contexto, la crítica del derecho inválido, dirigida a buscar su anulación o su revocación, es lo que constituye la tarea científica y política de la ciencia jurídica. A su vez, la existencia de incoherencias o lagunas puede indicar algunas falencias en los mecanismos de garantías o su inexistencia. En este contexto, la ciencia jurídica tiene el papel de proponer e innovar de manera proyectiva sobre el sistema jurídico.

Ferrajoli aborda, como uno de los factores que inciden en la generación de incoherencias o lagunas y de la falta de plenitud dentro del sistema jurídico, el sistema internacional que alteró el sistema de fuentes del derecho, en la medida que desde allí surgen soportes jurídicos que vinculan a los Estados en el ámbito interno y que, pese a ello, agregaría, en muchas ocasiones no son incorporados en el desarrollo del sistema jurídico interno.

A ese respecto el jurista reconoce que hay un alto grado de ineffectividad en el ámbito internacional por el poco desarrollo en el sistema de garantías y grandes incoherencias políticas en la práctica mundial, dentro de las cuales, para efectos del planteamiento de esta tesis, considero importante destacar lo siguiente²⁹:

“Hacer una verdadera democracia, tomar en serio los derechos fundamentales del hombre, tal como vienen solemnemente proclamados en nuestras constituciones y en las declaraciones internacionales quiere decir hoy poner fin a ese gran *apartheid* que excluye de su disfrute a las cuatro quintas partes del género humano. Y esto significa, a su vez, dos cosas. Ante todo, reconocer el carácter supra-estatal de los derechos fundamentales y, como consecuencia, prever en sede internacional garantías idóneas para tutelarlos y darles satisfacción incluso contra o sin sus Estados (...)”.

1.1.1.2 Categorías sustantivas del discurso

La conceptualización teórica de cada uno de las esferas de comprensión, construcción y aplicación del derecho y la introducción del contenido o dimensión sustantiva de cada una de ellas, permiten identificar como ejes articuladores y de consistencia interna del discurso del modelo de derecho garantista las categorías de: derechos fundamentales, democracia sustantiva y garantías. El relacionamiento de estas categorías en el discurso se sustenta en una permanente y mutua retroalimentación. En estas condiciones podría afirmarse que bajo este modelo, no puede prescindirse de ninguna de ellas o someterlas a su debilitamiento sin que eso impacte la consistencia esencial del discurso.

²⁹ Ibid., p. 31

- **Derechos fundamentales y democracia sustancial**

Los Derechos fundamentales son definidos como derechos cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad. No son negociables y corresponden a “todos” en igual medida, en tanto que condiciones de la identidad de cada uno como persona y/o como ciudadano³⁰.

De tal suerte que igual que en las normas internacionales, los derechos fundamentales se caracterizan como universales, inalienables, indisponibles y constitucionales. Las normas que los reconocen, dentro del pacto social para la convivencia civil que es la Constitución, se consideran que están investidas, en principio, de rigidez absoluta. Rigidez que deviene del carácter de inviolables que tienen los derechos fundamentales cuya tutela es la razón y causa de la ficción jurídica, que ya se ha dicho, es el Estado.

En ese entendido los derechos fundamentales se tornan en garantías para la protección de lo que el consenso ha elevado a la condición de fundamental para todos en la parte sustantiva de la Constitución. Por ende, las garantías están en cabeza de todos y cada uno de quienes intervienen en la construcción del pacto o contrato fundante de la convivencia civil. Esta concepción tiene una consecuencia: que formulados los consensos fundamentales no existe ninguna mayoría que pueda desconocerlos o negociarlos o decidir en contra de ellos. Esta consecuencia está ligada a las características antes mencionadas de los derechos fundamentales.

En el marco de la democracia esa concepción de los derechos fundamentales y la Constitución, asumida como un pacto o contrato es la fuente de legitimidad de los poderes públicos. A su vez, ese consenso representado en el pacto que formaliza la Constitución, no se hace sobre el vacío, se asume sobre cláusulas cuyos contenidos están referidos a la tutela de los derechos fundamentales y que se recogen en la parte sustantiva de esa norma suprema. En este sentido, la violación de esos derechos (representada en una decisión o actuación) rompe el presupuesto esencial del acuerdo, en cuanto una manifestación del poder en esa dirección, se torna contraria a los principios y fines programados en la Constitución (la protección de los derechos de la persona). Por ende, desde el punto de vista sustantivo la actuación deviene ilegítima.

- **Derechos fundamentales y garantías**

Si en el plano normativo estuvieran reconocidas las expectativas (derechos y libertades), y ellas no tuvieran un mecanismo normativo de protección (garantías), es decir, esas garantías no estuvieran previstas, ello representaría una “indebida laguna” que los poderes públicos internos e internacionales deben corregir porque su omisión conduce a la ineffectividad de los derechos y libertades reconocidos.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Op. cit. Nota 16, p. 908.

Igualmente, si en el plano práctico o empírico, tuviera ocurrencia una violación de derechos humanos imputable a los poderes públicos, esa situación representaría una “antinomía indebida” que debería corregirse mediante la activación de la garantía, que no podría ser otra que “sancionar como ilícitos o anular como actos inválidos” las decisiones o actuaciones que produjeron la violación.

En el plano meta-teórico, la distinción entre derechos fundamentales y garantías tiene importancia por el rol que se asigna a la ciencia jurídica. En efecto, el papel crítico del jurista le impone dar cuenta de las antinomias o lagunas dentro del sistema normativo e identificar en dónde radica la ineficacia. Esto es, si por la inexistencia o por ineficiencia de las garantías. De tal suerte que debe proponer mecanismos de corrección del sistema jurídico, bien desde el mismo sistema normativo, reforzando los mecanismos de protección o bien proponiendo otros desde afuera, que fortalezcan las garantías. Estas propuestas de corrección están dirigidos hacia la jurisdicción y la legislación para que sancionen o remedien, respectivamente tal situación de vacío o antinomia.

La distinción entre derechos fundamentales y garantías, permite también diferenciar cuando se está frente a uno de los vacíos antes descritos y cuando se está ante situaciones donde las garantías no pueden ser realizables. Para este efecto, Ferrajoli, nuevamente recurre al derecho internacional e indica³¹:

“Cuestión distinta es que las garantías sean realizables en concreto (...) Todavía menor grado de realización han conocido las garantías en apoyo de los derechos humanos establecidos en las cartas internacionales, que se caracterizan por su casi total inefectividad. Pero esto solo quiere decir que existe una divergencia abismal entre norma y realidad, que debe ser colmada o cuando menos reducida en cuanto fuente de legitimación no sólo política sino también jurídica de nuestros ordenamientos”.

(...)

“Pero, entonces, digamos que los obstáculos son de naturaleza política, y que el desafío lanzado a las fuerzas democráticas es, precisamente por eso, político, y consiste, hoy más que nunca, en la lucha por los derechos y sus garantías. Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer”.

1.1.2 Garantismo Penal o paradigma del derecho penal mínimo

1.1.2.1 Contexto dentro del cual surge la Teoría

Ferrajoli expone el origen o contexto dentro del cual surge el desarrollo de su “Teoría del Garantismo Penal”, señalando que su construcción argumentativa está orientada a “contribuir a la reflexión sobre la crisis de legitimidad que embarga a los actuales sistemas

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Op. cit. p. 63-65.

penales, y en particular al italiano, respecto de los fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos. Tales fundamentos fueron puestos en gran parte –con el nacimiento del estado moderno como ‘estado de derecho’– por el pensamiento jurídico ilustrado, que los identificó con una compleja serie de vínculos y garantías establecidas para la tutela del ciudadano frente al arbitrio punitivo”³². La crisis la entiende desde dos ópticas: una relacionada con la inobservancia, desde las leyes o desde las prácticas, de las garantías y límites incorporados en las Constituciones; y la otra, con la crisis de los propios fundamentos del derecho penal que se consideran o inadecuados o se eliminan para dar paso a orientaciones eficientistas³³ y pragmáticas.

Debe señalarse adicionalmente que el modelo de derecho penal Garantista de Ferrajoli, puede situarse en el contexto del debate acerca de la “deslegitimación del sistema penal y la crisis del discurso jurídico penal” como fue descrito, en ese momento por Eugenio Raúl Zaffaroni en su obra *En busca de las penas perdidas*. En este contexto se desarrollaron otras propuestas y salidas, como da cuenta la mencionada obra, las cuales promovían desde los modelos sistémicos que propugnaban por la religitimación del ejercicio del poder punitivo a través del sistema penal, hasta el abolicionismo que planteaba por su desaparición, pasando por el uso alterativo del derecho y las reacciones marginales³⁴.

1.1.2.2 Una aproximación a su conceptualización

Dentro de las consideraciones generales que enmarcan la reflexión y desarrollo argumentativo del modelo propuesto por el Garantismo, se parte de la base de que el derecho penal, como una de las manifestaciones del poder del Estado, es la que comporta mayores riesgos y costos para la persona. Ello, en la medida en que es uno de los

³² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Op. cit. p. 21.

³³ El eficientismo penal se ha abordado por varios autores como crítica al modelo penal que parece entender que el derecho penal y sistema se justifican en sí mismos, con independencia de los derechos y garantías de las personas involucradas en el mismo. Ver: Alejandro Aponte, *Guerra y derecho penal de enemigo: Una aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de enemigo*, en: Estudios ocasionales CIJUS, Universidad de los Andes, 1999, Bogotá, Pág. 13 “De manera sintética, como ‘eficientismo penal’ reconocemos aquella tendencia del derecho penal que privilegia la eficiencia sobre los derechos y las garantías, y que ve en éstos un obstáculo para el ejercicio efectivo de la función de la justicia penal”. Otra dimensión del eficientismo (relacionada con la soberanía), la plantea el profesor Iván Orozco Abad en su artículo “Soberanía interior y garantismo sobre la guerra y el derecho en Colombia”, en: Derecho Penal Contemporáneo, compilador Miguel Rijana Quintero, Centro de Investigaciones. Instituto de Posgrados de Derecho y Filosofía DERPFI, Universidad Libre, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, Págs. 58 y 59: “Supuesto lo anterior, con premisas liberales clásicas y en contextos de guerra civil, el eficientismo designa, digo yo, antes que nada, la compulsión a que se ven abocados el derecho y el derecho del Estado, de convertir el supuesto fáctico de la paz y la soberanía en un fin que debe ser producido en el futuro, para efectos de que ambos, Estado y derecho, puedan contar con sus propias condiciones de posibilidad (...) el concepto democrático de soberanía, en cuanto no realizado como presupuesto, ha exigido también dentro de las democracias, de la misma manera que su antecedente regio, su postulación como fin que justifica todos, o por lo menos casi todos, los medios.

³⁴ Respecto a la deslegitimación del sistema penal y la crisis del discurso jurídico-penal, entre otros, Eugenio Raúl Zaffaroni.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En Busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática juridico-penal*. 2 ed. Bogotá: Temis, 1990.

escenarios en donde están las personas más expuestas a la arbitrariedad y al abuso. A este respecto Ferrajoli indica³⁵:

“[E]l derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito (...), la potestad de castigar y de juzgar es seguramente como escribieron Montesquieu y Condorcet, el más ‘terrible’ y ‘odioso’ de los poderes: el que se ejerce de la manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de la forma más conflictiva la relación entre estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos de individuales. (...) al mismo tiempo, su rígida disciplina jurídica, mediante técnicas específicas de limitación y de legitimación legal, se ha revelado como la principal garantía de la racionalidad y de la justificación del poder de castigar, de prohibir y de juzgar”.

Bajo ese supuesto, la teoría garantista del derecho penal se erige como un sistema de límites o sistema de garantías sustanciales dentro de las cuales deben desarrollarse todas las actividades que involucran la acción represiva del Estado. Esto es, la formulación de la ley mediante la cual se incorporan y seleccionan conductas que serán elevadas a la condición de delito, la actividad jurisdiccional a través de la cual el Estado somete a un proceso judicial a la persona y donde se discuten los derechos de las víctimas y la actividad referida a la ejecución de la pena.

Los elementos descritos, que considero demarcan el garantismo penal de Ferrajoli, se incorporan en la delimitación de la hipótesis teórica de la que parte³⁶:

“la existencia de un nexo indisoluble entre garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y democracia. Sólo un derecho penal reconducido únicamente a la tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica”.

Como se verá más adelante, esa será la concepción que guiará todas las construcciones argumentativas que fundamentan la justificación del derecho penal y de la pena en este modelo.

1.1.2.3 Las razones que sustentan teórica, filosófica y políticamente el modelo

Tal como se refirió en la explicación del modelo de garantismo del derecho, Ferrajoli en el campo penal, empieza por delinear los contenidos de la razón jurídica que sustentarán la justificación y fundamento del derecho penal y de la pena. Una de las características distintivas de su modelo es la racionalidad que debe acompañar cada una de las esferas en que se manifiesta ese poder punitivo.

El planteamiento de Ferrajoli estructura las razones de justificación a partir de las cuales se limita al máximo el poder punitivo, enmarcándolo dentro de condiciones objetivas y

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Op. cit. p. 21 y 22.

³⁶ *Ibid.*, p. 10.

controlables de actuación. Estos límites tienen la finalidad de maximizar la protección de los derechos y garantías de todas las personas involucradas en el proceso penal y minimizar la violencia que implica el poder punitivo en la persona sometida al mismo, especialmente representada en las penas.

Un rasgo de la manera como Ferrajoli desarrolla el discurso argumentativo consiste -en forma similar al adoptado en la teoría general del garantismo- en abordar y caracterizar, desde el enfoque de los derechos fundamentales y las garantías, tres etapas de la actividad mediante las cuales se manifiesta el derecho penal: la definición del delito, el proceso judicial y la ejecución de la pena.

En el sentido planteado resumiré los contenidos de la razón jurídica que sustentan el modelo, siguiendo la exposición de la obra *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*³⁷:

- **Razón epistemológica o racionalidad de las decisiones**

Los procesos de imputación e imposición de sanciones se fundan en el conocimiento o saber judicial y no en la autoridad. Sin embargo, para que las decisiones estén sustentadas en el saber judicial, deben darse dos condiciones: (i) la definición legislativa de la desviación penal tiene que estar sustentada en hechos empíricos claramente descritos y, (ii) la investigación jurisdiccional se produce mediante aserciones sujetas a la verificación de la acusación y expuestas a la “confutación” de la defensa. Estas condiciones podrían entenderse que representan el principio de estricta legalidad y el derecho de defensa.

Así, este aspecto de la razón del derecho penal indicaría que el modelo garantista es un sistema de minimización del poder y maximización del saber judicial en el cual la validez de las decisiones está condicionada por la verdad de sus motivaciones que, además, deben ser empírica y lógicamente controlables (entendemos mediante la “confutación” o controversia de la defensa). En definitiva este aspecto de la razón imprime al modelo garantista un carácter cognoscitivo (procesal) y empírico, con lo cual se deja a salvo de la discrecionalidad o disponibilidad del juez, al tiempo que garantiza mayor certeza jurídica.

- **Razón axiológica propia de la filosofía del derecho**

En este punto se alude a la justicia penal y las justificaciones éticas y políticas que sustentan: (i) la calidad, la cantidad y la necesidad de las penas y prohibiciones y (ii) las formas y criterios de las decisiones judiciales. Se aborda la justificación externa del derecho penal representada en valores, intereses y finalidades extra o meta jurídicas. El contenido de estas justificaciones estaría referido a tres opciones políticas: el valor primario asociado a la persona y sus derechos naturales, el utilitarismo jurídico³⁸ y la separación laica entre derecho y moral.

³⁷ Ibid., p. 22 y 23.

³⁸ El “utilitarismo jurídico” es desarrollado por Ferrajoli en el capítulo referido a los fundamentos del derecho penal y dentro de ellos dentro de las tesis axiológicas sustentadas en la separación entre derecho y moral. Básicamente este

- **Razón de la ciencia jurídica**

Está referida a la teoría general del derecho y a la dogmática del ordenamiento jurídico concreto, es decir, se verifica en cada caso, no se da por supuesta la verificación de esta razón en todo tipo de ordenamiento jurídico por el solo hecho de existir.

El garantismo bajo esta razón se caracteriza por ser un modelo racional de justificación y un modelo constitucional de legalidad idóneo para: (i) limitar y (ii) convalidar o invalidar la potestad punitiva con razones de derecho (legitimidad interna). En este entendido la potestad punitiva está condicionada jurídicamente en su validez, a que se dirija hacia la demostración o prueba de aquellos comportamientos válidamente prohibidos por la ley. A su vez la ley determinaría la penalización de los comportamientos bajo criterios éticos y políticos de legitimación externa acogidos por las normas constitucionales.

Vistos los contenidos de cada una de las dimensiones de la razón jurídica expuestas, podríamos concluir que este punto de partida indica la posición que asume el jurista en relación con las características del modelo, las cuales podemos referir de la siguiente manera:

Frente a la crítica de modelos autoritarios, absolutistas, arbitrarios y decisionistas que han marcado el derecho penal en diferentes etapas históricas, dentro de las cuales el poder punitivo se ha asumido como un fin en sí mismo, en detrimento de los derechos y garantías de la persona que, bajo este modelo, es el fin en sí mismo no sólo del derecho penal sino del derecho y del Estado; el modelo garantista se ocupa de dar contenidos de constatación objetiva y empírica a las manifestaciones del poder punitivo del Estado. Metodología que además de limitar el ejercicio del poder punitivo, mediante la imposición de vínculos sustantivos, permitirá ejercer y desarrollar los mecanismos de garantía o protección de los derechos y libertades de las personas involucradas.

En efecto, si se exige que la descripción de las conductas prohibidas esté claramente y estrictamente determinada en la ley como hechos, se está limitando la posibilidad de que el legislador pueda dejar a merced del intérprete u operador judicial la definición de lo que en un caso concreto y en virtud de un concepto personal no verificable ni controvertible, está prohibido. Es decir, se pone límite a la discrecionalidad, fuente de abusos y arbitrariedad en el pasado.

Si se impone como condición de validez de la jurisdicción, que las decisiones deben ser el producto del saber judicial y por ende estar sustentadas en la verdad de las motivaciones, empírica y lógicamente controlables, esto es, “confutables” por la defensa, se está limitando la posibilidad de que el juez pueda sustentar sus pronunciamientos en razones ajenas al ámbito de intervención del poder punitivo, como podría ser la personalidad de quien es

critero conlleva la garantía y protección de la esfera privada de las personas, en cuanto ellas no pueden ser objeto de interferencia o restricción para sustentar o justificar el derecho penal en ninguna de sus dimensiones de manifestación (legislativa, judicial o punitiva).

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Op. cit. p. 222-224.

sometido al proceso penal. Asimismo, se está garantizando que el resultado de la decisión se produzca en el marco de un proceso controversial en el que la defensa puede confrontar las conclusiones de la decisión a partir de la verdad establecida dentro del proceso.

Y, si se impone como condición que los criterios de justificación interna del derecho penal están referidos a la prevalencia de opciones políticas sustantivas tales como el valor primordial de la persona y sus derechos, el utilitarismo jurídico como justificación de la pena y la separación entre derecho y moral, claramente se está delimitando desde un punto axiológico el límite inquebrantable de la labor no solo legislativa, sino también judicial.

1.1.2.4 Principio de “estricta legalidad” y estado de derecho

El contenido sustancial del derecho penal en la teoría de Ferrajoli, tal como en su discurso general del garantismo, está fundado en la concepción argumentativa de justificación a partir del principio de “estricta legalidad”. En el campo del derecho penal, dice Ferrajoli, “donde el derecho fundamental en juego es la inmunidad del ciudadano frente a prohibiciones y castigos arbitrarios”, el contenido sustancial de la protección está representado en la taxatividad de la hipótesis del delito. Esta taxatividad está referida a dos aspectos:

La referencia empírica de los tres elementos constitutivos del delito se expresan en las *garantías penales*, a saber: la denotación o descripción taxativa del delito, el daño y la culpabilidad. Es decir, la exigencia de que exista una clara determinación de estos aspectos sustantivos del delito conducen a objetivizar cuál es interés superior de protección de las personas en general frente al delito, pero también cuáles son los límites de intervención del Estado en la esfera de libertades de una persona para la persecución penal. Los aspectos destacados como parte de las garantías penales imponen un análisis integral y sustantivo de la trascendencia de una conducta que amerite la intervención punitiva. No es solo que se realice materialmente la conducta, se requiere que sea lesiva y que la persona en concreto haya actuado de manera que sea susceptible de un reproche.

La “verificabilidad” y “refutabilidad” de las formas en que se desarrolla la actividad de persecución penal, las cuales se expresan en las *garantías procesales*. Estas garantías tienen que ver con el derecho de defensa, la carga de la prueba en quien ejerce el poder punitivo, la confrontación o controversia de las decisiones a partir de los hechos demostrados dentro del proceso y en general, lo que constituye el debido proceso.

El contenido sustantivo del ejercicio del poder punitivo a través de la garantía de cada una de las dimensiones planteadas será la fuente de legitimidad sustancial del mismo en un estado de derecho.

El Estado de derecho es definido por Ferrajoli en este contexto, de la siguiente manera³⁹:

³⁹ Ibid., p. 856 y 857.

“[D]esigna no solamente un ‘estado legal’ o ‘regulado por la ley’, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de *legalidad*, en virtud del cual todo poder público –legislativo, judicial y administrativo- está subordinado a las leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de los jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial (...)”

Todo ese conjunto de razones y la interdependencia con que se plantean, dan consistencia al modelo garantista en la medida en que condiciona y caracteriza el marco teórico, jurídico y político dentro del cual la efectividad de los derechos de las personas es realizable.

Ahora, que considere que el modelo sea posible o realizable no obvia el reconocimiento que Ferrajoli hace sobre la tensión presente en el contexto de realidad al que está destinado. Esta tensión consiste en la divergencia que existe entre el *ser* y el *deber ser* del derecho. A partir de este entendimiento, advierte en relación con su teoría: es un modelo ideal del derecho. “No existe, de hecho, un sistema penal perfectamente garantista; siempre existe un cierto grado de divergencia entre el modelo y la realidad”⁴⁰. El modelo garantista se propone reducir esa divergencia. Sin embargo, advierte el autor⁴¹:

“Pero el hecho de que estas cualidades no existan y quizás no puedan existir nunca íntegramente no significa que no constituyan el objetivo, cierto es que nunca realizable, de la ciencia jurídica: la coherencia, perseguible a través de la crítica interna del derecho vigente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas; la plenitud que demanda la identificación de los incumplimientos del ordenamiento y por tanto el diseño de garantías idóneas para impedirlos; la unidad que requiere la elaboración de un constitucionalismo mundial idóneo para restaurar una jerarquía mínimamente cierta y racional de las fuentes en el cuadro de la unidad del ordenamiento internacional”.

1.1.2.5 Justificación del derecho penal como derecho penal mínimo

Ferrajoli justifica el derecho penal como mecanismo para prevenir violencias mayores que devendrían de un estado de barbarie donde se imponga la cadena de venganzas o violencias privadas. El derecho penal entonces surge como mecanismo para regular y resolver los conflictos entre las personas. Sin embargo, no es el criterio de represión hacía el agresor el que orienta el discurso del derecho penal en el garantismo de Ferrajoli.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y el Derecho Penal*, Op. cit. p. 21.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Op. cit. p. 33.

A ese respecto sostiene que: “el paradigma del derecho penal mínimo asume como justificación del derecho penal su papel de ley del más débil como alternativa a la ley del más fuerte, que tendría lugar en su ausencia”⁴². Este planteamiento tiene soporte en un criterio más general ligado a su posición positivista, y es su fuerte convencimiento de que el derecho es uno de los mecanismos para resolver de manera civilizada los conflictos dentro de la sociedad.

Cuando se alude a que el garantismo busca la protección de las personas mediante una concepción del derecho penal como “la ley del más débil”, se está entendiendo que este derecho está orientado a minimizar la violencia en dos ámbitos: la que genera el delito (en relación con la persona víctima) y la que genera la pena (en contra del condenado). Esta visión le atribuye al derecho penal una doble finalidad: la de prevención del delito y la prevención de la pena (arbitraria o desproporcionada). En su conjunto estas finalidades incidirían para minimizar la violencia punitiva y limitar el poder punitivo.

• Utilitarismo jurídico reformado

El marco axiológico desde el cual se formula este concepto, está referido a uno de los ejes de racionalidad del modelo expuesto. Al desarrollar el punto relativo a la estricta legalidad se indicaba que dentro de las *garantías penales* se incluía la necesidad de verificar que la conducta tenga algún tipo de trascendencia sobre los valores y derechos elevados por la sociedad a un rango superior de protección. Esta concepción, en el ámbito del utilitarismo jurídico tiene su soporte ético en la separación entre derecho y moral. En el plano del derecho penal, Ferrajoli sostiene que el utilitarismo jurídico se ha expresado en tres principios axiológicos relativos a: (i) la concepción del delito, (ii) la concepción del proceso y, (iii) la concepción de la pena⁴³.

La definición de las manifestaciones mencionadas se plantea de la siguiente manera:

“En primer lugar, referida al *delito* o a los problemas de la justificación de la *legislación*, implica que el derecho penal no tiene la misión de imponer o reforzar la (o una determinada) moral, sino sólo la de impedir la comisión de acciones dañosas para terceros. (...). Para que puedan prohibirse y castigarse conductas, el principio utilitarista de la separación entre el derecho y la moral exige además como necesario que se dañen de un modo concreto *bienes jurídicos ajenos*, cuya tutela es la única justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión. El Estado, en suma, no debe inmiscuirse coercitivamente en la vida moral de los ciudadanos, ni tampoco promover coactivamente su moralidad, sino sólo tutelar su seguridad impidiendo que se dañen unos a otros”⁴⁴.

“En segundo lugar, referido al *proceso* y por tanto a los problemas de justificación de la *jurisdicción*, el principio normativo de la separación exige que el juicio no verse, acerca de la moralidad, o el carácter u otros aspectos sustanciales de la personalidad del reo, sino solamente acerca de *hechos* penalmente prohibidos que le son imputados y que son, por otra

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y el Derecho Penal*, Op. cit. p. 19 y 20.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Op. cit. p. 222.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 222 y 223.

parte, lo único que puede ser empíricamente probado por la actuación y refutado por la defensa (...) Es evidente que para que se realicen estas condiciones y el juicio tenga carácter cognitivo y jurisdiccional no basta con que los delitos estén previstos por las leyes (...) sino que también es preciso, (...) que consistan en hechos empíricos taxativamente señalados según el principio de estricta legalidad, de manera que resulten verificables y refutables las tesis judiciales que afirman o niegan su existencia”⁴⁵.

“Finalmente, referido a la justificación de la *pena* y de sus modos de *ejecución* (...) Las penas, consiguientemente, no deben perseguir fines pedagógicos o correccionales, sino que deben consistir en sanciones taxativamente predeterminadas y no agravables con tratamientos diferenciados y personalizados de tipo ético o terapéuticos”⁴⁶.

En relación con la justificación de la pena y desde la caracterización de un derecho penal mínimo, Ferrajoli, propone un modelo de “utilitarismo penal reformado”, para distinguirlo del modelo de utilitarismo promovido por Beccaria y Bentham, según el cual la pena tenía por finalidad la “máxima felicidad dividida entre el mayor número”, a la que agrega Ferrajoli un segundo parámetro de utilidad que consiste en “además del máximo bienestar posible de los no desviados, también el mínimo malestar necesario de los desviados”⁴⁷.

El utilitarismo jurídico reformado que plantea Ferrajoli será efectivo en el ámbito de la realidad a través de la previsión de garantías sustantivas, tanto penales como procesales. Estas garantías, Ferrajoli las encuentra incorporadas a los códigos y constituciones, a través: “de la estricta legalidad o taxatividad de los delitos, de la exterioridad y materialidad de la acción delictiva, de la lesividad del resultado, de la culpabilidad, de la carga de la prueba, de los derechos de la defensa y de la correspondiente presunción de inocencia en ausencia de pruebas y de juicio”⁴⁸.

Hace parte de la argumentación de la justificación del derecho penal, la conciencia de que la coexistencia de partes enfrentadas (víctima y procesado), en el marco de un proceso judicial, genera tensiones. Ferrajoli da cuenta de esas tensiones que, entiendo inevitables, dada la doble finalidad de prevención que asume el derecho penal bajo este discurso: prevención de los delitos y prevención de las penas. En este sentido indica:

“(…) Esto no significa, naturalmente, que el fin de la prevención general de los delitos no sea una finalidad menos esencial del derecho penal. Este fin es por el contrario la razón de ser primordial, sino directamente de las penas, sí de las prohibiciones penales, que están dirigidas a tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos contra las agresiones por parte de los otros asociados. Significa más bien que el derecho penal asume como fin una doble función preventiva, una y otra de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas. Una refleja el interés de la mayoría no desviada; la otra, el interés del reo y de todo aquel del que se sospecha y es acusado como tal. Los dos fines y los dos intereses entran en conflicto y son sus portadores las dos partes de un proceso penal contradictorio: la acusación interesada en la defensa social y por consiguiente

⁴⁵ Ibid., p. 223.

⁴⁶ Ibid., p. 223 y 224.

⁴⁷ Ibid., p. 331 y 332.

⁴⁸ Ibid., p. 224 y 225.

en maximizar la prevención y el castigo de los delitos; y la defensa, interesada en la defensa individual y por tanto en maximizar la prevención de las penas arbitrarias”⁴⁹.

En ese entendido Ferrajoli asume que, en general, el fin que debe privilegiarse en el modelo de derecho penal mínimo garantista es el segundo, esto es, el de la prevención de las penas arbitrarias o desproporcionadas, por varias razones: (i) porque es dudosa la idoneidad del derecho penal para satisfacer eficazmente el interés de la prevención general del delito y por el contrario, el derecho penal mínimo si es un mecanismo idóneo, con mayor seguridad, para prevenir las penas arbitrarias o desproporcionadas, (ii) porque no ha habido una preocupación general de los legisladores y de las autoridades públicas por asegurar la prevención de las penas arbitrarias y las garantías del acusado y, (iii) porque el segundo fin, el de la prevención de las penas arbitrarias, es suficiente para justificar el modelo de derecho penal mínimo⁵⁰.

El énfasis de atención sobre el fin dirigido a la prevención de las penas arbitrarias, sostiene Ferrajoli, permite diferenciar el sistema penal o mejor el ámbito penal de otros sistemas de control social de tipo policial o disciplinario, en los cuales quizás sería más eficaz buscar la satisfacción del fin de defensa social, tantas veces alegado para justificar de forma principal el derecho penal en otros momentos de desarrollo del derecho penal.

Ferrajoli plantea que, al final de su capítulo sobre “*El fin y los límites del derecho penal. Un utilitarismo penal reformado*”, la determinación de la justificación del derecho penal, en el entendido que opera *a posteriori* y en relación con sistemas jurídicos concretos, debe tomar en cuenta: “la gravedad y cantidad de las penas ha de ajustarse en suma a la gravedad y cantidad de la violencia que se expresa en la sociedad y al grado de su intolerabilidad social”⁵¹.

1.1.2.6 La soberanía en el mundo moderno y el constitucionalismo del derecho internacional

Al final de la obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ferrajoli desarrolla su argumentación sobre, lo que entiendo, son los aspectos a tener en cuenta “para una teoría general del garantismo”. Quisiera resaltar un aspecto que considero relevante por explicitar el escenario de garantías frente a las violaciones de derechos humanos imputables a los Estados.

Al aludir a los derechos contra los poderes Ferrajoli aborda los “Macropoderes salvajes. Los ‘lobos artificiales’ y la criminalidad de los estados” y al respecto plantea⁵²:

“La *criminalidad interna*, que se expresa en los delitos del estado contra sus ciudadanos, es, al menos en principio, un problema de derecho penal interno, dando por descontado que desde este punto de vista es imputable, propiamente, no al estado, sino a los sujetos que

⁴⁹ Ibid., p. 334.

⁵⁰ Ibid., p. 334.

⁵¹ Ibid., p. 344.

⁵² Ibid., p. 937.

ejercen poderes estatales. No obstante, este tipo de criminalidad más allá de ciertos límites, es el signo patológico de la ineffectividad y de la impotencia del derecho interno por el decaer de esa garantía política mínima⁵³ (...) que reside en la fidelidad de los poderes públicos a las leyes del estado. La divergencia entre normatividad y efectividad se manifiesta en este caso en dos direcciones: la criminalidad misma y en la impunidad, es decir, en la ineffectividad del derecho procesal. Un sistema democrático da señales de vida si alcanza al menos a evitar el segundo tipo de ineffectividad [la impunidad]”.

Ferrajoli se plantea dos preguntas a ese respecto:

¿Cuáles son, más allá del derecho de resistencia, los remedios para las lesiones de los derechos fundamentales producidas por la criminalidad y la impunidad de los mismos estados que deberían garantizarlos? ¿Qué defensas tiene el ciudadano del estado “delincuente” en el caso de que sea ineffectivo frente a él el derecho penal y procesal interno?

Y responde⁵⁴:

“En teoría, el reconocimiento del carácter *fundamental* de los derechos vitales de los ciudadanos frente a los estados equivale, desde el punto de vista externo, a la afirmación de su carácter *supra-estatal* y, por consiguiente, internacional; si además el reconocimiento es acogido por las Constituciones y acompañados en éstas por la auto-obligación de respetar los principios del derecho internacional (...) ello equivale también, desde el punto de vista interno, a la subordinación jurídica del estado a las normas y a las sanciones predisuestas en el derecho internacional para la violación de tales derechos”.

En esta perspectiva, los ordenamientos internacionales, entrarían a completar o fortalecer el contenido sustantivo de legitimidad del Estado. Los ordenamientos jurídicos internos tendrían que responder adicionalmente a los contenidos de protección y garantía incorporados en los tratados internacionales y por ello se constituiría en un límite para el ejercicio del poder del Estado y en una garantía de efectividad para los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción.

La dimensión jurídica internacional del contenido sustantivo de protección de los derechos de las personas es uno de los factores de crisis del derecho planteados por Ferrajoli. En efecto, esta creciente importancia y vinculatoriedad del sistema jurídico internacional ha afectado el sistema de fuentes del derecho y por ello resulta cada vez más posible la presencia de lagunas, inconsistencias o incoherencias dentro del sistema jurídico interno. Esta situación además tiene incidencia directa sobre el tradicional concepto de soberanía, dado que los derechos humanos, en ese contexto, tendrían una existencia y exigibilidad supranacional, por ello plantea⁵⁵:

⁵³ Esta garantía es definida más adelante en los siguientes términos: “consiste en el respeto por parte de éstos [los poderes públicos] de la legalidad constitucional y, sobre todo, de los derechos fundamentales”.

Ibid., p. 943.

⁵⁴ Ibid., p. 937.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Op. cit. p. 153.

“[L]a hipótesis del *totus orbis* –de la humanidad como punto de referencia unificador en lugar de los viejos Estados- que puede realizarse a través de la elaboración de un *constitucionalismo mundial* capaz de atribuir a las diferentes cartas de derechos fundamentales, de las que dispone ya la comunidad internacional, aquellas garantías jurídicas cuya ausencia genera ineffectividad. (...) [P]ienso (...) de forma mucho más simple, en la perspectiva de una efectiva limitación de la soberanía de los estados mediante el establecimiento de las garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior”.

Esta visión de un sistema jurídico complejo lleva a Ferrajoli a plantear en perspectiva, en dirección al reforzamiento de la protección de los derechos de las personas⁵⁶:

“En otras palabras, gracias a esta penetración de la racionalidad sustancial en las formas del derecho internacional positivo disponemos ya de una embrionaria constitución mundial. Los valores incorporados a ella –la prohibición de la guerra y los derechos de los hombres y de los pueblos-, al no ser ya externos al ordenamiento y al haberse convertido en normas jurídicas supraordenadas a todas las demás, no son formas de deslegitimación ideológica sino fuentes de deslegitimación jurídica. La validez de las normas, por consiguiente (...) ha pasado a ser al mismo tiempo un elemento sustantivo que condiciona los contenidos de las decisiones, que resultarán inválidas en aquellos casos en que entren en conflicto con los nuevos principios positivos de derecho internacional”.

1.2 Derechos Humanos e Impunidad

El otro tema que debe abordarse para identificar las tensiones o complementariedades que pueda suscitar el discurso del derecho penal garantista respecto al de los derechos humanos, específicamente lo relativo a la necesidad de su garantía a través de una respuesta penal; es el de la fundamentación jurídica de la obligación del Estado de garantizar a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos, mediante recursos judiciales acordes con los principios del sistema internacional de protección, especialmente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

1.2.1 Los derechos humanos y razón jurídica de la protección internacional

La definición de los derechos humanos varía según se asuma una concepción particular del derecho y del Estado. Para la sustentación de la tesis que desarrollo dentro de este trabajo, partiré de la propuesta de definición de derechos humanos que realiza Antonio Enrique Pérez Luño, según la cual⁵⁷:

“Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

⁵⁶ Ibid., p. 156.

⁵⁷ PÉREZ Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 48.

En efecto, los organismos internacionales y el Sistema Interamericano, entre ellos, han asumido que las normas que los integran deben ser interpretadas en cada momento histórico, para la determinación de las obligaciones que corresponden a los Estados y para brindar la mayor protección, a la luz de su carácter esencialmente dinámico. A este respecto, la Corte IDH señaló⁵⁸:

“114. Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer versus Reino Unido* (1978), *Marckx versus Bélgica* (1979), *Loizidou versus Turquía* (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

“115. El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones (...).”

Por su parte, el elemento de positivización de los derechos humanos, puede verse reflejado en el discurso de Robert Alexy al desarrollar su teoría de la fundamentación de estos derechos. Robert Alexy señala⁵⁹:

“En los derechos humanos se trata de reglas o normas para la esfera de la acción. Derechos humanos solo pueden desenvolver su pleno vigor cuando se les garantiza a través de normas de derecho positivo, esto es, transformados en derecho positivo. Este es el caso, por ejemplo, de su incorporación como derecho obligatorio en el catálogo de derechos fundamentales de la constitución”.

Tanto la concepción de Pérez Luño, como el punto de partida de la fundamentación de Alexy, considero que guardan perfecta relación con los principios alrededor de los cuales tiene origen y desarrollo el sistema jurídico internacional de los derechos humanos. Esto es, la protección de los derechos fundamentales de la persona.

En los instrumentos declarativos y convencionales que denomino “fundantes”⁶⁰, se parte de la concepción de la persona con unos atributos (dignidad, libertad), cuya protección y garantía constituye el sentido y fin del mismo sistema que se proyecta sobre la concepción

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva 16, Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso, 1 de octubre de 1999.* en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf Visitado Octubre de 2009

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 97.

⁶⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana sobre derechos y deberes del hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos

política y jurídica de los Estados. A partir de esta concepción, se vincula jurídicamente a los Estados al cumplimiento de obligaciones específicas.

En efecto, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos encuentran su sentido y razón, que a su vez justifican su existencia y finalidad, en la protección de la persona. Persona que conciben como un fin en sí mismo, respecto al cual los Estados asumen el deber de garantizar en los derechos y libertades que le son propios a su dignidad. Esa garantía debe estar representada, en general, en la existencia de condiciones y mecanismos que los hagan realidad.

Esa percepción modifica la concepción que existía alrededor de que el Estado y la ley tenían explicación y justificación en el Estado. El Juez Antônio Cançao Trindade se refiere a ese cambio, partiendo de la cláusula Martens, sobre la cual indica que ha sido reconocida por la⁶¹:

“(…) Se puede considerar como una expresión de la razón de la humanidad imponiendo límites a la razón de estado. No hay que olvidarse jamás que el Estado fue originalmente concebido para la realización del bien común. El Estado existe para el ser humano, y no viceversa. Ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos”.

Es decir, el cambio de percepción genera un cambio en el contenido sustantivo del orden jurídico y político. En ese sentido, la persona y la garantía del libre y pleno ejercicio de sus derechos, son la razón de la existencia del Estado y del sistema jurídico. Por ello se ha reconocido que los derechos humanos actúan como barrera de contención frente a la arbitrariedad en el ejercicio del poder del Estado. A este respecto se ha dicho por el Tribunal Interamericano⁶²:

“21. [L]a protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”.

Las cartas y tratados internacionales de protección contienen, como presupuesto ético la transformación de las razones políticas, no sólo de la lógica y fundamento de la organización política de los Estados, sino también de sus ordenamientos jurídicos. Este presupuesto ético y político, positivizado en los instrumentos internacionales, se constituirá en la fuente de justificación sustantiva y por ende de legitimidad, de todas las manifestaciones del poder público.

⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos v. Perú*, sentencia de Fondo, 14 de marzo de 2001, voto concurrente, párrafo 26 y 27. en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf Visitado Octubre 2009.

⁶² Corte IDH, *Opinión Consultiva 9*, 6 de octubre de 1987.

En el ámbito del sistema internacional de protección y particularmente, del sistema regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, expresan claramente su existencia y justificación, a partir del cambio de concepción destacado. Este cambio de concepción podríamos sustentarlo en la identificación de los siguientes principios:

- La centralidad del ordenamiento jurídico internacional en la persona,
- El reconocimiento de que son inherentes a la condición de persona sus atributos de dignidad, libertad e igualdad, y
- La inalienabilidad de los derechos y libertades de la persona

El reconocimiento de la persona con las características y atributos mencionados, impone la necesidad de requerir de los Estados un modelo político y jurídico adecuado capaz de brindar la protección reconocida, de manera que esos derechos y libertades sean una realidad o alcancen un campo para la “acción” en los términos de Alexy.

A ese respecto, en los referentes normativos tomados en cuenta, pueden identificarse también las características del modelo de Estado y de orden jurídico, que se valora apropiado para hacer realidad el reconocimiento de la persona con sus atributos y para garantizar que sus derechos y libertades serán el principio que justifica la existencia del Estado, pero que también lo limita en el ejercicio legítimo del poder. Podría identificarse las siguientes características de Estado y de orden jurídico:

- ❖ El estado de derecho como marco jurídico y político esencial para la protección de los derechos humanos:

“Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”⁶³

- ❖ El sistema democrático y el principio de libertad de las personas:

“Reafirman su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”⁶⁴.

- ❖ La supremacía de los derechos y libertades reconocidos, dentro de los ordenamientos jurídicos internos y su respeto y protección como fundamento de la organización política:

“Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la

⁶³ Declaración Universal de Derechos Humanos, considerando tercero.

⁶⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo.

creación de las circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”⁶⁵.

El modelo de efectividad de los derechos y libertades reconocidos en el sistema interamericano de protección, ha sido definido en su jurisprudencia de la siguiente manera⁶⁶:

“26. El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.

Estos principios o valores generales explican la existencia del sistema internacional, pero también informan la legitimidad del ejercicio del poder de los Estados a la luz de la normativa de derechos humanos. En este sentido las decisiones a través de las cuales se manifiesta el poder del Estado, deberán ser coherentes con el respeto y garantía de los derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción⁶⁷. Así está previsto en casi todos los instrumentos internacionales de derechos humanos:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos define la obligación general que corresponde a los Estados, en el marco de sus jurisdicciones internas, respecto de los derechos y libertades que convinieron libremente reconocer a todas las personas. El artículo 1.1 establece:

“1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Esa obligación se complementa y podría decirse, se asegura, con el deber de los Estados de armonizar el sistema jurídico interno con las normas internacionales que devienen del tratado. Es importante destacar que este deber no está redactado en términos de reconocer los derechos y libertades dentro de los sistemas jurídicos internos, sino de incorporar mecanismos que aseguren su ejercicio. El artículo 2 señala:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se

⁶⁵ Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, considerando primero.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión consultiva 08, El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías, 30 de enero de 1987*. en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf Visitado en octubre de 2009.

⁶⁷ “En el caso de los derechos humanos (...) el objeto y fin de los tratados que los consagran o garantizan es proteger la dignidad humana, concediendo a los individuos salvaguardias frente a la posibilidad de abuso de los gobernantes y otorgándoles el derecho de exigir al Estado que organice la sociedad de tal manera que la posibilidad del goce y ejercicio de tales derechos les está garantizada”

MEDINA Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Chile: Centro de Derechos Humanos, 2003. p. 9 y 10.

comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Por su parte, de manera similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé las dos obligaciones en el artículo 2:

“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

“2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

En este contexto puede afirmarse que cuando los Estados hacen parte de los sistemas internacionales asumen, por un lado, una concepción política y ética de su existencia, comprometiéndose a actuar conforme a ella dentro de sus jurisdicciones, y, por otro, se vinculan jurídicamente con las obligaciones que se derivan del marco ese jurídico. Esas obligaciones actúan como orientadoras de la actuación legítima del Estado dentro de su jurisdicción, pero también, de manera subsidiaria o coadyuvante, como fundamento jurídico del control supranacional de dicha actuación, a favor de los derechos y libertades de las personas sometidas a su jurisdicción.

1.2.2 El deber general de respeto y garantía

Las obligaciones que se derivan para los Estados en virtud de las normas destacadas y de lo que se ha denominado el *corpus juris* internacional⁶⁸, se reflejan en una doble dimensión de responsabilidad en relación con los derechos y libertades reconocidos:

Un *deber de respeto* compuesto a su vez por dos aspectos: una obligación de respetar o no cometer violaciones en contra de las personas y asegurar que las personas podrán ejercer los derechos y libertades con plenitud, para lo cual deberá procurarse las condiciones, de todo orden, necesarias que posibiliten ese ejercicio.

Por otro lado, implica un *deber de garantía* en el sentido de que los Estados deben intervenir cuando una violación de derechos humanos tenga lugar en su jurisdicción, para lo cual deben brindar a las personas recursos judiciales que les amparen y restablezcan en sus derechos.

⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos v. Perú*, sentencia de Fondo, 14 de marzo de 2001, voto concurrente, párrafo 26 y 27, Op. cit. párrafo 26 y 26.

Asumiendo que el deber de garantía encuentra soporte normativo en el derecho internacional de los derechos humanos y que ese fundamento deriva consecuencias jurídicas; resulta importante entender desde dónde se exige, de acuerdo a ese marco jurídico, el cumplimiento del deber de garantía a los Estados en relación con su jurisdicción interna. A este respecto se ha dicho⁶⁹:

“El Estado se coloca así en una posición jurídica de garante de los derechos humanos, de la cual emergen obligaciones esenciales para la protección y salvaguarda de éstos. Es sobre esta base que la jurisprudencia y doctrina han elaborado el concepto de ‘deber de garantía’ como noción nuclear de la posición jurídica del Estado en materia de derechos humanos”.

La Corte Interamericana, intérprete autorizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha definido la responsabilidad de los Estados en consonancia con las obligaciones derivadas del artículo 1.1. Esta interpretación se ha mantenido de forma constante bajo la siguiente argumentación⁷⁰:

“165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.

(...)

“166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.

“167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

⁶⁹ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Impunidad y graves violaciones de derechos humanos. Guía Para profesionales No. 3*. Ciudad de Guatemala: Serviprensa, 2008. p. 41.

⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, sentencia fondo, 29 de julio de 1988*. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf Visitado en octubre de 2009.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana, sustenta la argumentación de la determinación del deber de respeto y garantía exigible a los Estados, en la Convención Americana y también en los principios generales que guían la interpretación de los tratados⁷¹. En efecto, la exigencia de cumplimiento del deber de garantía, está ligada también a fundamentos jurídicos que se encuentran en la Convención de Viena o Convención sobre el Derecho de los Tratados. Este instrumento internacional regula el alcance de las obligaciones generales de los Estados al suscribir un tratado y establece los criterios que rigen la interpretación de las normas incorporadas en los mismos. En esa medida, la determinación de las obligaciones que se derivan para los Estados partes en un tratado cualquiera, encuentran su fuente de interpretación en los principios generales allí plasmados.

Para efectos de la interpretación de las obligaciones de los Estados respecto de los tratados de derechos humanos y específicamente en torno al deber de respeto y de garantía, se han invocado, generalmente por la jurisprudencia de la Corte IDH, los siguientes principios:

“26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

“27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...).

“31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin (...).”

Como se advierte de los presupuestos jurídicos y jurisprudenciales destacados, la protección de los derechos humanos, como principio y valor que guía el sistema internacional, está íntima y principalmente ligada al papel de los Estados como garantes primarios dentro de su jurisdicción interna. Sin embargo, la rendición de cuentas de los Estados frente a los incumplimientos de esa protección, en el ámbito internacional, está fundada en las reglas del juego también convenidas por los Estados, al reconocer en ese ordenamiento internacional competencia a los organismos internacionales para actuar como garante subsidiario o coadyuvante. Esta forma de observar el funcionamiento del sistema de protección conduce a asegurar las posibilidades de realidad del reconocimiento de la

⁷¹ “Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (...).”

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión consultiva 016, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, 9 de diciembre de 1994* En: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf Visitado en octubre de 2009. Párrafo 35.

dignidad, libertad e igualdad de los seres humanos. En otras palabras, a asegurar la efectividad de los derechos y libertades reconocidos a esas personas.

La concepción de garantía planteada, refleja el cambio, que en el ámbito del derecho internacional público, se introduce con la categoría de tratados relativos a derechos humanos. En este cambio no solo se modifican los actores que intervienen en el escenario internacional de exigibilidad, sino también el centro de protección alrededor del cual se desarrolla el sistema. A ese respecto resulta relevante la diferenciación que la Corte Interamericana hizo sobre el carácter de los tratados de derechos humanos⁷²:

“29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (...)”.

En este punto resulta importante recapitular sobre el sistema jurídico dentro del cual se desarrolla la protección de los derechos humanos, y la correlativa responsabilidad de los Estados en función de su deber general de garantía:

La protección de los derechos humanos parte de una visión fundada en el reconocimiento de la persona con atributos tales como su dignidad, libertad e igualdad, respecto a la cual el sistema jurídico y político debe organizarse de manera tal que se respeten y garanticen los derechos y libertades que le son inherentes. El escenario jurídico y político que posibilita el desarrollo de la persona en estas condiciones es un estado de derecho democrático fundado en el principio de legalidad. La manera de conseguir que esta concepción tenga una representación en la realidad es a través de un sistema de garantías que corresponde, en primer lugar, a los Estados incorporar en sus constituciones y leyes internas.

El sistema jurídico internacional se constituye a partir de la voluntad expresada por los Estados al ser parte de la comunidad internacional y concurrir con su participación en su formulación. Especialmente, cuando firma y ratifica los tratados internacionales. Este conjunto de acciones, de acuerdo a los principios generales que rigen las relaciones de los Estados en virtud de los tratados, lo vinculan jurídicamente y por ende le son exigibles las obligaciones que de ellos se derivan, entre ellas, el deber de respeto y garantía.

⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva 2. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 24 de septiembre de 1982. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf Visitado en octubre de 2009.