

Capítulo II

Breve referencia al garantismo

1. ¿QUÉ ES GARANTISMO?

Se habla mucho de garantismo y se cita aún más. Se escucha en algunas ocasiones decir que un juzgador es *demasiado* garantista (no es una cuestión de grado), al extremo de que se tenga una idea de que el garantismo es negativo o permite que un responsable no enfrente su procedimiento penal *por cualquier formalismo*. Esto no es así.

Por garantismo debemos entender la *real y efectiva* tutela de los derechos fundamentales. No basta con tener derechos y garantías y plasmarlos en una Constitución, pues así todos somos garantistas, sino que la finalidad del garantismo es *realmente* observarlos y respetarlos, hacerlos *efectivos en la práctica*, ya que, de lo contrario, como dice Cárdenas, se convertiría en una falacia garantista,⁸ esto es, los derechos están contemplados a favor de las personas, pero en la práctica se transgreden o violentan, ya por vicios legales, ya por prácticas del sistema.

Por ello, y para evitar lo anterior, el garantismo propone establecer *instrumentos* para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros y, sobre todo, por parte del poder estatal, lo que tiene lugar mediante el establecimiento de *límites al poder*, es decir, minimizar el poder

⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, Porrúa, 2005, p. 93.

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

del Estado, minimizar su papel punitivo, a fin de *maximizar* la realización de los derechos fundamentales de las personas. Así, el garantismo consiste en la creación de instrumentos o herramientas que permiten que el derecho reconocido se respete, se cumpla. En términos muy sencillos y entendibles, el garantismo es:

- a) la mínima intervención del Estado;
- b) maximizar los derechos de las personas y minimizar el poder de acción de la autoridad al marco constitucional y legal;
- c) crear los instrumentos y las técnicas necesarias que permitan una real protección y garantía de los derechos fundamentales reconocidos, y
- d) el establecimiento de una verdad legal a partir de controles en la verificación y refutación de la prueba de cargo.

a) *Mínima intervención del Estado*

La reacción del Estado en materia penal es de las más drásticas, porque restringe o afecta derechos fundamentales (derecho a la libertad, a la inviolabilidad del domicilio, a las comunicaciones privadas).

Bajo esta premisa, el Estado se legitima actuando frente al gobernado solo en los casos de *extrema ratio*, que será cuando exista necesidad ante el tipo de lesión que causa una conducta delictiva que, si bien afecta a un persona en específico, a la par se ve lesionada la sociedad en general. Los principios sustantivos de necesidad y lesividad permiten que solo determinadas conductas sean llevadas al terreno de lo penal, porque no existe otra reacción a través de la cual se pueda dar una respuesta efectiva. Lo anterior es el principio de reserva de ley en materia penal, pues solo por considerar delictiva una conducta en una ley penal se puede imponer la pena exactamente aplicable al caso concreto.

Cuando se tiene un cuerpo normativo penal que considera demasiadas conductas como delictivas, se debilita el Estado democrático y tiene mayor semejanza con uno autoritario.

Ferrajoli llama a ello crisis del Estado social, que se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los

Breve referencia al garantismo

intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de la generalidad y abstracción de las leyes y una legislación fragmentaria, bajo el signo de la emergencia y la excepción, pretendiendo con lo anterior que, al considerar una conducta nueva como delictiva, aumentar la pena o considerarla grave —hoy, de prisión preventiva oficiosa—, se dé una respuesta efectiva de protección al grupo social, cuando en realidad esto no es así.

b) Maximizar los derechos de las personas y minimizar el poder de acción de la autoridad al marco constitucional y legal

El garantismo es frenar el poder absoluto de la autoridad, ponerle límites cuando actúa frente al gobernado en materia penal, precisamente por ser el Estado. Si la legislación no controla o pone solo límites formales a la autoridad, el Estado democrático se debilita y genera un abuso de poder que se reflejará en la falta de un proceso adecuado, debido, justo. El juicio justo siempre implica igualdad y equilibrio.

Cuando se reconocen derechos a favor de las personas, en automático se limita o reduce el campo de acción de la autoridad. Y esto no significa que el garantismo no permita hacer mucho y que con ello se genere impunidad. Lo que significa es que la autoridad, al restringir derechos de un imputado, debe ajustar su actuación siempre a lo permitido por la Constitución.

Se debe partir siempre de la Constitución, porque es donde se consagran los derechos reconocidos a favor de las personas, pero también sus restricciones.

Esta minimización de poderes del Estado para actuar frente al gobernado se refleja con el diseño procedural establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir del 18 de junio de 2008 en materia de seguridad y justicia, y que se complementa con la reforma en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, porque se amplía la gama de derechos fundamentales y su protección, lo que constituye un límite al poder del Estado, ya que el principal límite a este es, precisamente, el reconocimiento de derechos de los gobernados.

Lo anterior está relacionado con la creación de la figura de los jueces de control (art. 16 constitucional, párr. catorce), dado

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

que si un imputado se niega a proporcionar una muestra para análisis pericial, a ser reconocido o a entregar y que se le revisen dispositivos electrónicos, el fiscal ya no puede actuar como autoridad y llevarlo a cabo, sino que tendrá que solicitar autorización a un juez de control, quien, bajo el principio de proporcionalidad, determinará si la restricción en el derecho fundamental de que se trate es la idónea, necesaria, para lograr un fin constitucionalmente legítimo y proporcional al caso concreto. También se acude al juez para la práctica de cateos, intervención de comunicaciones, geolocalización en tiempo real o extracción de información o imágenes en medios de almacenamiento. Esto es frenar la autoridad del Estado e intervenir un derecho solo cuando sea estrictamente necesario.

c) *Crear los instrumentos y las técnicas necesarias que permitan una real protección y garantía de los derechos fundamentales reconocidos*

Debe garantizarse el efectivo goce de los derechos reconocidos constitucionalmente, de lo contrario, de nada sirve tener el reconocimiento del derecho.

El garantismo exige que en la práctica se instrumenten procedimientos, herramientas, lo que sea necesario para que los derechos sean reales y efectivos.

Un ejemplo claro de lo anterior es el artículo 17 constitucional, párrafo segundo, que consagra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, a través de una justicia pronta y expedita. Pero en la práctica del sistema tradicional, la justicia ni era pronta ni era expedita.

La misma Constitución diseña un sistema de justicia a través del cual se logra que tal derecho sea real en la práctica. ¿Cómo? a) introduciendo los mecanismos alternativos de solución de controversias; b) creando instituciones novedosas para nuestro país, como el principio de oportunidad reglado a cargo del ministerio público y el procedimiento abreviado, y c) para el procedimiento ordinario, ordenando un proceso cuya característica es la oralidad, bajo los principios de concentración y continuidad, lo que genera concentrar etapas procesales, continuidad en la recepción de las pruebas y de los alegatos y un sistema de

Breve referencia al garantismo

audiencias en donde, previo debate, el juez resuelve la controversia planteada. Lo anterior, propicia una justicia más pronta y expedita.

Otro ejemplo es el principio de inocencia, para cuyo respeto y observancia en la práctica se reducen las posibilidades de iniciar un procedimiento siempre con orden de aprehensión —como sucedía con el sistema mixto— y se reduce también la prisión preventiva.

d) El establecimiento de una verdad legal a partir de controles en la verificación y refutación de la prueba de cargo

Más adelante me referiré en extenso a este punto del garantismo,⁹ por el momento, preciso que al ser el Estado —a través de un agente del ministerio público o fiscal— quien investiga y después acusa, es a quien le corresponde obtener lo que más adelante será prueba, a través de la cual acreditará sus hipótesis de acusación.

El garantismo es muy exigente con el Estado en la obtención de los medios de prueba, pues si estos se obtienen violentando un derecho fundamental, la misma Constitución ordena que deben anularse con todo lo que ello puede implicar (art. 20 constitucional, apdo. A, fracc. IX). Esto es sumamente positivo, porque incentiva a las autoridades de investigación a ajustar su actuación no solo a una estricta legalidad, sino, de forma sustancial, al respeto a los derechos humanos. También obliga al juzgador a no sentenciar con base en pruebas ventajosas, es decir, probanzas obtenidas por el fiscal con violación a derechos fundamentales. De esta manera, el resultado del juicio será mucho más confiable.

Así, el garantismo es un modelo de estricta legalidad, propio del Estado de derecho (entendido en el plano *epistemológico* como un poder mínimo; en el plano *político* como técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad, y en el plano *jurídico* como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los

⁹ Se relaciona con las máximas 9 y 10 del garantismo.

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

ciudadanos).¹⁰ Además, una norma será válida si y solo si hay un respeto irrestricto a las normas fundamentales del sistema constitucional, lo que hoy tenemos derivado del artículo 1 constitucional reformado el 10 de junio de 2011 y de las jurisprudencias emitidas con motivo de la resolución a la contradicción de tesis 293/2011, que establecen que el parámetro de control de regularidad constitucional de las normas son los derechos humanos contemplados en la Constitución y en los tratados, y que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es vinculante para todos los jueces del Estado mexicano, así como la jurisprudencia derivada de la contradicción de tesis 259/2011, que señala que los jueces deben realizar un control de constitucionalidad de las normas secundarias para evitar afectar derechos humanos.¹¹

De todo lo anterior se deduce que para hablar de garantismo debe existir un sistema de legalidad, un respeto irrestricto a las normas fundamentales y un control sobre el poder de los órganos del Estado encargados de garantizar esos derechos fundamentales; controles que hoy existen para el Estado en etapa de investigación de los delitos, para obtener pruebas de

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6^a ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 851.

¹¹ Jurisprudencia y tesis emitidas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:
Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 5, t. I, abril de 2014, p. 202. DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 5, t. I, abril de 2014, p. 204. JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

Tesis 1a./J. 18/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. XV, t. 1, diciembre de 2012, p. 420. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011).

Breve referencia al garantismo

manera lícita y en respeto a los derechos humanos y dignidad de las personas. Dicen Abreu y Le Clercq: “[...] la Constitución mexicana en el siglo XXI reafirma que no es posible concebir el bienestar de la persona sin el reconocimiento pleno de su dignidad a través de la protección y disfrute de los derechos fundamentales”.¹²

La idea *garantista* está basada, más que nada, en el respeto a los derechos fundamentales de las personas; todo en torno al ser humano, a la humanidad. Protágoras de Abdera refirió que *de todas las cosas, el hombre es la medida; de las que son, por lo que son; de las que no son, por lo que no son.* El antecedente del garantismo es este principio, porque con él, en palabras del doctor Tamayo (2004), Protágoras formula la divisa del humanismo.

2. ORIGEN DEL GARANTISMO PENAL

El padre del garantismo es Cesare Bonesana, marqués de Beccaria. Tamayo refiere, a propósito de Beccaria, que: “[...] atacó las prácticas bárbaras de su época: uso de la tortura, procesos secretos, corrupción de magistrados, penas brutales y degradantes [...]”.¹³ Por supuesto que existieron otros autores que contribuyeron al nacimiento del derecho penal moderno: bajo una idea de contar con códigos y leyes penales escritas donde se describieran los delitos y los castigos para que el ciudadano tuviera conocimiento (principio de legalidad), las ideas de Filangieri, Romagnosi. En cuanto a tolerancia religiosa (la intolerancia religiosa era llevada al campo de los “delitos” y penas severas), está Voltaire, quien insistió sobre los errores judiciales bajo los cuales eran juzgadas las personas. Pagano estuvo en contra de la tortura, institucionalizada por la Inquisición, y propuso castigos menos severos

¹² Abreu Sacramento, José Pablo y Le Clercq, Juan Antonio (coords.), *La reforma humanista. Derechos humanos y cambio constitucional en México*, México, Porrúa, 2011, p. 10.

¹³ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Juris Prudentia: More Geométrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, México, Fontamara, 2013, p. 94.

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

y la abolición de la pena de muerte. Le Trosne,¹⁴ que habla del principio de inocencia y la necesidad de que el juez sea un árbitro justo. Bentham, que realizó grandes contribuciones al derecho penal y procesal penal al hablar de las penas, de la publicidad de los procedimientos, de construir una teoría sobre las pruebas y de la reforma en el derecho penitenciario. Todos ellos con un común denominador: el respeto a la persona que debía ser juzgada bajo parámetros razonables.

Pero de todos ellos es Beccaria, con su obra *Tratado de los delitos y de las penas*, quien da nacimiento al garantismo penal, tanto en la parte sustantiva como procesal, en la segunda mitad del siglo XVIII.

Las ideas que dieron nacimiento al humanismo en el moderno derecho penal surgen como rechazo al contexto político absolutista. El principio, señalan Abreu y Le Clercq,¹⁵ era considerado como la fuente de todo derecho, en el que no se concebía a una persona como portadora de derechos. Ese derecho era creado, modificado y violado libremente por el soberano en contra de las personas. Era el estado de desorden, de caos, que posteriormente transitó al Estado de derecho, de orden, de reglas, de leyes. La diversidad de creencias religiosas estaba prohibida y los actos de quienes no eran cristianos eran tomados como ofensas al soberano, de ahí que el castigo era más que enérgico, no solo por ir a la horca o a la hoguera, sino por los tormentos que se infligían al condenado previo a la aplicación de la pena de muerte. Es una época que nos sorprende por la creatividad e imaginación que se tuvo para aplicar castigos corporales.

Dice Ferrajoli¹⁶ que la historia de los castigos “es una historia de horrores”, y solo basta recordar esos medios de tortura, como el empalamiento, la rueda, elgota a gota, el empleo de anima-

¹⁴ Cit. por Foucault, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, México, Siglo XXI Editores, 2010, p. 102.

¹⁵ Abreu Sacramento, José Pablo y Le Clercq, Juan Antonio (coords.), *op. cit.*, p. 35.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6^a ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 603 y *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004, p. 603.

Breve referencia al garantismo

les como la cabra, que lamía los pies del condenado untados con grasa y sal hasta desprenderle la piel, los caballos utilizados para el descuartizamiento, etc., todo lo cual, enfatiza Foucault,¹⁷ era un suplicio ritualizado como operador político, pues se inscribe lógicamente en un sistema punitivo en el que el soberano, de manera directa o indirecta, pide, decide y hace ejecutar los castigos, en tanto es él quien, a través de la ley, ha sido alcanzado por el crimen.

El proceso judicial en este contexto político correspondía al inquisitorial y no podía ser otro en un régimen autoritario. El procedimiento era secreto, reservado, y lo único público era el castigo, precisamente porque el ofendido era el soberano, representante de Dios, con el fin de que los súbditos supieran a qué atenerse si se atrevían a ofender o a estar en desacuerdo con el principio y, también por ello, el castigo era excesivo en relación con la ofensa o falta.

Este es el panorama en el que los autores citados, principalmente en el siglo XVIII, generan gran producción literaria en torno a cómo debían ser los procedimientos penales, cuándo castigar y cómo prohibir. En su obra, Beccaria introduce el principio de *legalidad* y de *reserva en materia penal*, vigente hasta hoy en el artículo 14 constitucional, párrafo tercero, que se traduce en que no puede imponerse una pena que no esté decretada en una ley exactamente aplicable al delito de que se trata: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimine*.

También nos habla de los principios de *necesidad* y *lesividad*, que son los indispensables para considerar una conducta como delictiva, es decir, una conducta merecerá el trato penal solo si es necesario, tomando en cuenta el grado de lesividad que ocasione al bien jurídicamente tutelado por la norma. Esto nos habla de un derecho penal mínimo, es decir, reducir la intervención del Estado a lo estrictamente indispensable para cumplir con su fin en la materia de los delitos y de las penas.

Hablando de las penas, en el siglo XVIII, Beccaria introduce el principio de *proporcionalidad*, entendido como aquel que debe

¹⁷ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar...*, cit., p. 65.

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

utilizarse para sancionar los delitos tomando en cuenta el grado de afectación, dado que toda reacción del Estado, en su derecho de castigar, debe ser proporcional al daño, porque de lo contrario se convierte en venganza: pena igual para delito igual. Además, habló de la necesidad de que las personas sean juzgadas por un magistrado y no por el soberano; que ese juez debe ser racional; sometido solo al imperio de la ley, y que debe ser justo, neutro e imparcial. Concluye su obra con lo que llama un teorema general en donde, me parece, formula el garantismo penal: *Para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcional a los delitos, dictada por las leyes.*¹⁸

3. EL RESURGIMIENTO DEL GARANTISMO: SU SISTEMATIZACIÓN

El garantismo está basado en las ideas de la Ilustración, pero adaptado a la realidad actual, ya que resurge con Luigi Ferrajoli en los años setenta del siglo XX, con su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Trotta, 1999) y, principalmente, con *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Trotta, 1995).¹⁹ Como lo sintetiza muy bien Cárdenas, para Ferrajoli, el garantismo es modelo normativo, teoría jurídica y filosofía política.²⁰ Para este trabajo interesa el análisis del primero, es decir, del modelo jurídico, porque se relaciona con una concepción bajo la cual se reduce el papel punitivo y coercitivo del Estado y maximiza los derechos fundamentales, principalmente en el plano jurídico, por referirse al sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de las personas: garantismo penal.

Ferrajoli conceptualiza y sistematiza el garantismo, es decir, ordena las ideas de Beccaria en diez máximas, a lo que llama un

¹⁸ Bonesana, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, 1^a ed. facsimilar, México, Porrúa, 1982, p. 208.

¹⁹ Los años no corresponden a la publicación original de la obra, sino a las primeras ediciones españolas traducidas.

²⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 85.

Breve referencia al garantismo

sistema de garantías en donde una deriva de la otra y que hace consistir en las reglas del juego fundamentales del derecho penal.²¹ Él mismo señala que esos principios generales fueron elaborados en los siglos XVII y XVIII por el pensamiento iusnaturalista y creados para la limitación del poder *absoluto* que ya describió en párrafos anteriores, y que ahora constituyen los principios jurídicos del Estado de derecho moderno. Los divide en tres: cuándo y cómo castigar; cuándo y cómo prohibir, y cuándo y cómo juzgar. Las primeras seis máximas son sustantivas, el resto procesales, y son las siguientes:

1. no hay pena sin delito (principio de retributividad);
2. no hay delito sin ley (principio de legalidad);
3. no hay ley (penal) sin necesidad (principio de necesidad);
4. no hay necesidad sin lesión (principio de lesividad o de la ofensividad);
5. no hay lesión sin acción (principio de materialidad);
6. no hay acción sin culpa (principio de culpabilidad);
7. no hay culpa sin juicio (principio de jurisdiccionalidad);
8. no hay juicio sin acusación (principio acusatorio);
9. no hay acusación sin prueba (principio de carga de la prueba o de verificación), y
10. no hay prueba sin defensa (principio de contradicción, refutación o defensa).

Estas máximas son los límites al poder del Estado al juzgar a una persona en el ámbito penal. Si una ley sustantiva y procesal penal contiene estos principios y son reales en la práctica, podemos decir que es un procedimiento garantista.

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6^a ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 93 y *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004, p. 93.