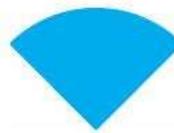


# Garantismo en los reglamentos

Por  
Fabio Humberto Giraldo Jiménez  
Director de Posgrados  
Universidad de Antioquia



Considero el abolicionismo penal como el ideal de las relaciones entre autoridades y ciudadanos en una sociedad fundada sobre una antropología plena de humanismo racional, sin caer en el optimismo fatuo de la bonhomía natural. Visto a contraluz de la miserable historia moral de la humanidad el ideal del abolicionismo penal parece realizable sólo en pequeñas experiencias, pero aun así tiene como contrapartida el mérito de servir para medir la miseria de la realidad, denunciando, por ejemplo, la defensa con base casuista pero sin fundamento epis-

*Interpuesto en la medianía entre el abolicionismo y el autoritarismo, el garantismo político y jurídico coincide con aquel en dos asuntos fundamentales: 1) reducir maldad, delito y pena a productos artificiales de una sociedad que enferma o a patologías individuales corregibles o contenibles y, 2) desechar la idea del hombre irredento.*

temológico, que el autoritarismo penal hace sobre la naturalidad indeleble e irredimible de la maldad humana, del delito y por tanto de la pena.

Interpuesto en la medianía entre el abolicionismo y el autoritarismo, el garantismo político y jurídico coincide con aquel en dos asuntos fundamentales: 1) reducir maldad, delito y pena a productos artificiales de una sociedad que enferma o a patologías individuales corregibles o contenibles y, 2) desechar la idea del hombre irredento.

En la historia real de las sociedades tanto el autoritarismo político como el penal han sido arietes. El autoritarismo penal, que es una versión del autoritarismo político, puede ir desde la venganza plena y directa, a la decisión caprichosa del líder, al juicio sumario, a la justificación de los efectos colaterales, a la defensa de justicias corporativas y especiales, hasta las formas sofisticadas de las excepcionalidades jurídicas que, no por coincidencia circunstancial, corren paralelas con la concentración del poder político. En cambio, el garantismo político y penal y más aún el abolicionismo, son rarezas en la historia real o como diría el gran gurú venezolano de las campañas políticas, adalid del realismo crudo, llano, simple, cínico e impúdico: éstos son regodeos fatuos, inanes e inocuos de los académicos, porque en la vida real no hay tiempo ni espacio para menesteres poco prosaicos y porque “ya es ya”.

Confieso mi inclinación intelectual, ética y política hacia la teoría garantista de la Política y del Derecho e ilustraré esta afición con uno de los múltiples problemas que trata esa teoría y que puede servir para analizar la forma como generalmente actúan los legisladores y los operadores jurídicos desde magistrados, jueces, abogados, tinterillos, periodistas y opinantes en trance de jueces oficiosos, hasta aquellos que por oficio interpretamos y aplicamos reglamentos. Pero igualmente puede servir de referente para analizar el fundamento, el articulado y las consecuencias de la ley de reforma a la justicia que actualmente cursa en el Senado y particularmente la propuesta de revivir la justicia castrense especial, advirtiéndome que tengo la impresión de que en este caso la propuesta específica del fuero militar se esconde en la frondosa, exuberante y reluciente guarnición, como suele ocurrir en los restaurantes que disimulan con ella la pequeñez de la carne, aunque sepamos que es el plato fuerte y el que pone el precio.

Para comenzar debo hacer una precisión concep-

*Como es obvio, en la mera legalidad se privilegia la norma sobre el hecho porque, en última instancia, es éste el que debe adecuarse a aquella. Por ello, la frase que acuña la defensa de la mera legalidad, “la ley es dura pero es la ley”, se ha convertido en una especie de prescripción de principio, criterio valorativo de objetividad de las decisiones y manual de procedimiento de toda actuación y decisión judicial.*

tual y teórica. En el garantismo se distingue entre la aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos, según el apego a la mera o lata legalidad o a la estricta legalidad. Paradójicamente el apego a la mera y simple legalidad es muy estricto pero no en el sentido garantista de la estrictez, porque la mera legalidad se basa en analizar la adecuación o no adecuación de la ley escrita y sancionada con el caso de que se ocupa. Se trata, pues, de la interpretación literal o al pie de la letra. Esta modalidad de aplicación del derecho corre con el riesgo de convertirse en una acción mecánica y de hacer del operador un autómatas; corre con el riesgo de subsumir homogéneamente el infinito e ilimitado mundo de los heterogéneos hechos específicos, al finito, limitado y homogéneo mundo de las normas. Pero aun con esos riesgos, ha sido y sigue siendo la forma más habitual de proceder de los operadores jurídicos, porque como contrapartida, se gana en economía judicial por la rapidez del proceso, en eficiencia de las decisiones en plazos inmediatos o en propósitos tácticos, aunque no necesariamente en eficacia en plazos mediatos o en propósitos estratégicos. Y por tratarse de una modalidad de interpretación cerrada y segura, puede minimizar los riesgos que se asumirían al analizar la adecuación entre normas

y hechos introduciendo variables externas o aledañas, que podrían atentar contra la integridad interna del derecho. Además, preserva al operador jurídico de cometer errores prevaricables o de desalinearse de la oficialidad poniendo en riesgo su estabilidad profesional. Es, en definitiva una forma exitosa y eficaz de interpretar y aplicar el derecho que se basa en la generalidad, abstracción y universalidad de la norma frente a la particularidad, concreción y especificidad del hecho. Y es justo reconocer que siempre será posible demostrar que actuando así, se evita la confusión jurídica que es el nicho en el que se incuban decisiones arbitrarias y los ácaros de la corrupción de lo público en favor de lo privado. No es para nada deleznable el inmenso valor jurídico y político de la actuación decisional que se apega a la letra de la ley.

Como es obvio, en la mera legalidad se privilegia la norma sobre el hecho porque, en última instancia, es éste el que debe adecuarse a aquella. Por ello, la frase que acuña la defensa de la mera legalidad, “la ley es dura pero es la ley”, se ha convertido en una especie de prescripción de principio, criterio valorativo de objetividad de las decisiones y manual de procedimiento de toda actuación y decisión judicial. Puede resultar paradójico que aunque pretenda ser casi que matemáticamente estricta en la aplicación literal de la norma, es poco común que se refiera a esta modalidad como una especie de “dictadura de los jueces o de los operadores jurídicos”, aunque lo sea en el sentido de que se trata de una especie de dictadura de la ley de la cual el operador jurídico es su mecánico y frío ejecutor. Por el contrario, el epíteto está reservado para aquellos magistrados, jueces y operadores jurídicos que más allá de la mera legalidad, pero sin violarla, osan decidir en derecho pero con independencia de directrices ideológicas de los legisladores o de tribunales superiores, como ocurre cuando, por ejemplo, la Corte Constitucional crea derecho por vía de sentencias, quitándole al legislativo la paternalidad de esa prerrogativa o como ocurre cuando, muy raramente, un juez encuentra una vía jurídicamente válida pero alternativa. Para estos casos se extrema ideológicamente el significado de la dictadura para imponer la impresión de que actuando así no lo hacen en Derecho sino contra el Derecho. De paso, conviene advertir que existen dos grandes clases de dictaduras políticas con sus consecuentes justificaciones: 1) las que en estricto apego a la legalidad y sólo por fuerza

*En un proceso basado en la mera legalidad, el Estado o la institución a través del operador jurídico tiende a privilegiar su punto de vista y su autoridad sobre la del reo o la del ciudadano en general. En un proceso basado en la estricta legalidad se apunta explícitamente a la defensa del reo o del ciudadano. Y aún más, entre estas dos formas de interpretación y aplicación del derecho, existe la misma diferencia que entre la lógica y la dialéctica.*

mayor interrumpen la legalidad para restituirla y, 2) las que definitivamente violan la legalidad existente para crear otra.

Por su parte la estricta legalidad en sentido garantista es una propuesta más analítica y abierta que pretende ir más allá de la adecuación de los hechos a las normas, partiendo de la evidencia de que no existen dos hechos iguales por más que se parezcan, porque el mundo de las normas en cerrado, homogéneo, limitado y finito y el mundo de los hechos es abierto, heterogéneo, ilimitado e infinito. Siendo así, la aplicación literal de la norma sería uno de los pasos necesarios pero no suficientes en el proceso de decisión por más que ese paso sea correcto, legal y eficiente.

En la propuesta analítica que fundamenta epistemológicamente al garantismo, estricta legalidad significa que en el análisis de la adecuación entre la norma y los hechos deben concurrir más variables que las que provee la literalidad de la norma y además un esfuerzo investigativo de disciplinas técnicas y científicas que van desde la criminalística y la criminología hasta el acervo de conocimientos propios de disciplinas científicas aledañas. Aunque este pro-

ceso sea aparentemente antieconómico, poco ágil o engorroso no atenta contra la integridad interna del derecho sino que, por el contrario, la completa mediante la concurrencia del trabajo analítico interdisciplinario.

En un proceso basado en la mera legalidad, el Estado o la institución a través del operador jurídico tiende a privilegiar su punto de vista y su autoridad sobre la del reo o la del ciudadano en general. En un proceso basado en la estricta legalidad se apunta explícitamente a la defensa del reo o del ciudadano. Y aún más, entre estas dos formas de interpretación y aplicación del derecho, existe la misma diferencia que entre la lógica y la dialéctica.

El proceso que incluye todos los pasos que exige una estricta legalidad en sentido garantista se basa en la siguiente cadena de relaciones. Sin pena no hay delito, sin delito no hay ley, sin ley no hay necesidad, sin necesidad no hay ofensa, sin ofensa no hay acción, sin acción no hay culpabilidad, sin culpabilidad no hay juicio, sin juicio no hay acusación, sin acusación no hay prueba, sin prueba no hay defensa. Esta cadena ha sido elaborada de una manera tan consistente que si faltare uno o más de los términos o una o más de las relaciones, la estricta garantía decrece hacia el autoritarismo penal. Así por ejemplo, si se impone una pena sin que sea delito legalmente tipificado, sería un castigo discrecionalmente impuesto por alguien que se considera autorizado.

Y todo lo anterior para ilustrar uno de los hechos más comunes en la aplicación de los reglamentos actuando bajo el principio de la mera legalidad.

Aplicado el reglamento al pie de la letra se encuentra que efectivamente el hecho lo viola, aunque el reo de la acusación no tenga la intención, porque en la mayoría de los casos el daño principal recae sobre el reo como si estuviera buscando causar daño sobre sí mismo. En defensa de la integridad del reglamento y del detrimento que una infracción le causa a la institución y a veces prevalidos de una actitud ejemplarizante, los operadores jurídicos suelen preferir sentencias en las que es evidente que el daño causado a la institución es inocuo en comparación con los daños que se causa a sí mismo el reo y que por tanto es completamente desproporcionada la relación entre la penalización y el delito porque se causan más daños que los que se pretende resarcir. Precisamente en estos casos debería primar el principio de estricta legalidad que defiende el garantismo jurídico, aunque frente a esta posición ética, política y jurídica no faltará quien diga que es propia de corazones alcahuetas.




---

Estas líneas están atravesadas por el apoyo ineludible y transversal de la obra de Luigi Ferrajoli y muy principalmente *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995.