



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 5, n.º 6, julio-diciembre, 2022, 17-40

Publicación semestral. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v5i6.676

GARANTISMO Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

GARANTISM AND JUDICIAL REASONING

OSCAR ISAAC GARCÍA MARTÍNEZ

Senado de la República

(Ciudad de México, México)

Contacto: isaac.garcia@senado.gob.mx

<https://orcid.org/0000-0003-1415-1179>

RESUMEN

Los vestigios teóricos de las posturas paleo-positivistas han tenido como consecuencia directa una vehemente exaltación de la positivización de cualquier tipo de contenidos que se arguyan como derechos fundamentales, alegando con ello una adecuada regulación constitucional que, a la postre, sirve como discurso justificativo de la dominación estatal. Frente a esto, es importante analizar posturas teóricas como la garantista, que nos ayuden a comprender no solo cómo materializar los avances conseguidos en materia de protección a derechos fundamentales, sino también a reflexionar y criticar la actividad del sistema jurídico íntegramente, toda vez que su función ha sido notoriamente deslegitimadora del poder. Así, con este punto de partida epistémico, podremos dar cuenta de cómo la propia modificación de los distintos enunciados normativos y la función decisoria del juzgador se encuentran condicionados gracias a los contenidos sustantivos de las normas constitucionales.

Palabras clave: garantismo; constitución; Estado constitucional de derecho; derechos fundamentales; derechos de la personalidad; derechos de ciudadanía; razonamiento judicial; principio de legalidad; principio de estricta jurisdiccionalidad.

Términos de indización: derecho constitucional; filosofía del derecho; sistema judicial (Fuente: Tesouro Unesco, Eurovoc).

ABSTRACT

The theoretical vestiges of the paleo-positivist positions have had as a direct consequence a vehement exaltation of the fact of turning into positive any type of content that is argued as a fundamental right, alleging with it an adequate constitutional regulation that, in the end, serves as a justifying discourse for State domination. Accordingly, it is important to analyze theoretical positions, such as the rights-based one, that help us to understand not only how to materialize the progress made in terms of protection of fundamental rights, but also to reflect on and criticize the activity of the legal system in its entirety, since it has a notoriously power undermining role. Thus, we will be able to account, with this epistemic starting point, how the very modification of the different normative statements, as well as the decision-making function of the judge, is conditioned thanks to the substantive contents of the constitutional rules.

Key words: rights-based system; constitution; constitutional rule of law; fundamental rights; personality rights; citizenship rights; judicial reasoning; principle of legality; principle of strict jurisdiction.

Indexing terms: constitutional law; philosophy of law; legal system (Source: UNESCO Thesaurus, Eurovoc).

Recibido: 19/10/2022

Revisado: 7/12/2022

Aceptado: 15/12/2022

Publicado en línea: 19/12/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. NOTA INTRODUCTORIA Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El tema por desarrollar se circunscribirá a un análisis ius-filosófico, ya que se analizará la propuesta que se desprende de la teoría del garantismo en relación con la función decisoria de los operadores judiciales en aras de proteger derechos fundamentales, la cual puede vedarse mediante una apreciación rigurosamente procesal como mecanismo que condiciona el cumplimiento de dicha protección, so pretexto de dar seguridad jurídica a las partes involucradas en el proceso judicial.

En ese sentido, resulta necesario analizar, oportunamente, una propuesta viable taxativa encaminada a la forma de garantizar tanto los derechos fundamentales como las formas procesales reconocidas por el Estado, para dar certeza de los fallos pronunciados por este en su función jurisdiccional, pues solo a partir de un adecuado sistema de garantías se podrá establecer un verdadero Estado de derecho en donde se consagre la protección a todo derecho fundamental.

Se elige el estudio de esta problemática para analizar de manera detallada el ejercicio que ha venido desempeñando el Estado en su función jurisdiccional para garantizar la protección de todo derecho, evidenciando, de manera eficaz, que su obligación no se agota con la existencia de un supuesto orden normativo interno, sino que necesita, irrefutablemente, de una correspondencia sustancial con los enunciados normativos consagrados a nivel constitucional. De esta manera, los mecanismos jurídicos tienden a otorgar la mayor protección a los derechos fundamentales como el control de convencionalidad, el cual implica un avance sumamente relevante para la obtención de una adecuada protección de derechos, dado que su finalidad se encamina a brindar la protección más amplia al gobernado como máxima que se desprende lógicamente del primer artículo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al respecto, surgen algunas interrogantes que sin duda alguna valdrá la pena contestar en este trabajo. A saber: ¿es necesario, en todo momento, observar irrestrictamente los principios y las reglas procesales para garantizar la protección de los denominados derechos fundamentales? Si la respuesta es afirmativa, ¿cuál es el motivo, si existe, por el que el juzgador

considera que la forma se convierte en fondo? Si es negativa, entonces, ¿son parámetros estrictamente pragmáticos los que el juez observa en la aplicación de las normas procesales? En cualquiera de las opciones planteadas ¿se pueden desarrollar estrategias lógico-jurídicas como alternativas para determinar las directrices sobre las cuales la garantía de los derechos fundamentales no dependa únicamente de cuestiones procedimentales, con las cuales los jueces puedan orientar sus fallos de manera adecuada en cuanto al fondo del asunto sometido a su jurisdicción?

La propuesta que se plantea consiste en establecer que, para garantizar la protección a los derechos fundamentales, es necesaria la observancia de ciertos principios y reglas procesales. Sin embargo, la aplicación de los mencionados debe atender en todo momento al caso concreto, toda vez que la substanciación de un ritual procesal tiene como último fin otorgar la debida protección al gobernado en caso de vulneración de sus derechos fundamentales. De esta manera, la inobservancia de algún requisito enmarcado por dicho proceso deberá atender específicamente a excepciones que no afecten a dicho fin; lo anterior, como modelo que permita una forma eficaz para la protección de derechos fundamentales.

Para ello, resulta metodológicamente necesario abordar la teoría del garantismo desde el Estado constitucional de derecho y los distintos planteamientos que surgen de ella —teniendo en cuenta que el garantismo es aquella ideología jurídica que pretende deslegitimar el abuso de poder mediante el reconocimiento y la implementación racional de un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder con respecto a la tutela de derechos fundamentales plasmados necesariamente en una constitución—, puesto que, en primer lugar, abrirá un amplio panorama a dicha postura que para efectos de la presente investigación es la que mejor explica las variables a utilizar y, en segundo lugar, delimita el campo de estudio a abordar.

A partir de lo expuesto, comenzaremos el desarrollo del presente trabajo abordando la teoría del garantismo vista como modelo normativo, con la intención de clarificar y delimitar el objeto de estudio de la presente investigación, así como exponer las variables a utilizar en nuestro modelo explicativo.

2. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO COMO PRESUPUESTO NECESARIO DEL GARANTISMO

Para efecto de delimitar oportunamente nuestro campo de estudio sobre el garantismo es preciso y necesario abordar, en un primer momento, lo que se ha denominado en la doctrina como constitucionalismo, ya que conforma el único marco teórico-jurídico sobre el cual puede prosperar eficazmente dicha corriente. Así, Prieto (2005) señala que el constitucionalismo constituye indubitablemente el modelo jurídico sobre el cual descansa el programa de la filosofía política garantista, que se ve efectivamente consolidado en el llamado Estado constitucional de Derecho (p. 4).

Desde este punto, vale la pena establecer que, según Ferrajoli (2001), un Estado constitucional de derecho es aquel conjunto y sistematización de vínculos y reglas racionales que resultan imperativas para todos los poderes del Estado en pro de la tutela de los derechos de todos (p. 132). Esto es que, en determinado Estado, existe un sistema jurídico que permite limitar los alcances y las facultades de las autoridades en favor de otorgar al gobernado la mejor de las protecciones, si bien no en primera instancia para el disfrute de sus derechos, sí para protegerlos de posibles violaciones a los mismos.

Ahora bien, Ferrajoli (2001) menciona que una de las características más interesantes, que ha enriquecido por demás las discusiones doctrinales acerca del constitucionalismo, es haber establecido como postulado del garantismo la consideración de que las leyes emanadas en este Estado constitucional de derecho resultan ser válidas no solo por haber sido emitidas de conformidad con las formas previstas sobre su producción en el sistema normativo, sino también, y con mucha más importancia, que los contenidos de esas nuevas normas resultan ser coherentes con los principios constitucionales (p. 134). Este es un punto evidentemente valioso en la doctrina garantista, que retomaremos con mayor profundidad más adelante; por ahora, basta saber que, efectivamente, el contenido resulta ser criterio de validez de las normas en el garantismo.

Este esbozo de los presupuestos, tanto del constitucionalismo como del Estado constitucional de derecho, conforma lo que se conoce como el paradigma constitucional o garantista, el cual, para ser más precisos, consiste

en «el sistema de límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que estos sean, impuestos a la totalidad de poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio» (Ferrajoli, 2009c, p. 42).

En el paradigma constitucional se puede apreciar fácilmente que se conjugan armónicamente la forma y la sustancia porque se encuentran comprendidas dentro de las normas con el rango jerárquico más alto en todo sistema normativo contemporáneo: la constitución, la cual no reduce a la primera a simple estructura sin sentido, ni tampoco a pretensión moral de buena fe extralegal en el caso de la segunda. Dicho de otro modo, en este paradigma del sistema jurídico se comprende concomitantemente su deber ser constitucional, lo cual no debe confundirse con su deber ser ético-político o externo, aunque tampoco debe dejarse a un lado en la conformación del ser del derecho (Ferrajoli, 2009c, p. 26).

Con ello, observamos que en el garantismo no se pretende revolucionar, o por lo menos no directamente, una mejor y más efectiva manera en que los individuos puedan ejercer óptimamente sus derechos fundamentales. En ese sentido, se pretende establecer una mayor seguridad jurídica mediante la implementación de mecanismos intrasistémicos que garanticen la no vulneración de derechos fundamentales, limitando con ello directamente cualquier intento de lesionarlos mediante el uso discursivo de la mayoría democrática.

Tal vez, con ayuda de este planteamiento, surjan irremediamente mecanismos que señalen específicamente formas de ejercer de manera efectiva los derechos fundamentales por parte de sus titulares, pero desde un particular punto de vista. Esta se considera una cuestión colateral a ello, dado que la última finalidad que persigue el Estado constitucional de derecho del garantismo es que la constitución condicione de modo importante las decisiones de la mayoría (Prieto, 2002, p. 115) y, con ello, delimitar claramente los impedimentos de vulneración a la esfera jurídica de los gobernados.

Gracias a esto, podemos dar cuenta de que «las Constituciones hoy no solo tienen una fuerza normativa indiscutible, sino que, merced a su rematerialización, ofrecen soluciones o, cuando menos, orientaciones de sentido en las más variadas esferas de relación jurídica» (Prieto, 2008, p. 341). Esto

es que precisamente, por darle importancia a una cuestión sustancial de los derechos fundamentales, cualquier relación jurídica que se realice en determinado sistema normativo se verá envuelta irrestrictamente en una sujeción de correspondencia con dicha sustancia, que es el presupuesto base del actual control difuso de la constitución.

El garantismo trata de reunir la idea de una moderada garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador, parecido a un ambicioso programa de sistematización normativa que no se limite a cuestiones de organización del poder o de clarificar las fuentes del derecho en un Estado determinado mediante la creación de las reglas de juego correspondientes, sino que trasciende al crear de forma directa y explícita derechos y obligaciones inmediatamente exigibles por los gobernados en tanto titulares de derechos fundamentales (Prieto, 2002).

Retomemos ahora la idea de la importancia del contenido de la norma constitucional como parámetro de validez. Si damos cuenta de que lo verdaderamente trascendental en el planteamiento del paradigma constitucional es su modelo normativo, es decir, la técnica de tutela de los principios y de los derechos fundamentales incorporados en una constitución, podemos inferir válidamente que la positivización de un deber ser del derecho en normas jurídicas de rango superior a todas las demás es uno de los presupuestos necesarios para consolidar el ambicioso planteamiento dogmático del garantismo (Ferrajoli, 2009c), lo cual supone que reformar el contenido constitucional resulte, si bien no una tarea imposible, sí una tarea por demás complicada.

Lo anterior se afirma habida cuenta de que la Constitución, en su parte sustancial, resulta imputada a todos y a cada uno de los gobernados; en otras palabras, al pueblo en su conjunto y a cada una de las personas que lo componen. Por ello, resulta obvio pensar que esta no puede modificarse libremente por los representantes democráticos sin antes pasar las reformas propuestas por el tamiz de la consistencia y la coherencia del contenido constitucional. De ahí que surja la afirmación de que, en el paradigma constitucional garantista, la constitución tenga una natural rigidez (Ferrajoli, 2009b, p. 30).

Si bien se acaba de afirmar que la Constitución en el garantismo resulta ser naturalmente rígida, esto no equivale a afirmar que su clasificación es

categoría; en otras palabras, que un sistema jurídico o es constitucionalista o no lo es. La constitucionalización como bien ya se ha expresado anteriormente en la doctrina. Resulta ser un proceso constante, no es una cualidad todo o nada, ya que se va fortaleciendo y enriqueciendo con el grado de presencia de los elementos o las exigencias que resultan constitutivos para ello (Guastini, 2001, pp. 154-163).

Sin embargo, de lo anterior se puede afirmar una cuestión de forma categórica: «el constitucionalismo es condición necesaria pero no suficiente del garantismo» (Ferrajoli, 2009c, p. 44), dado que, por una parte, la existencia de una constitución en los términos descritos es indispensable para el marco teórico del garantismo; por otra, ese hecho aislado no es directamente garantista a ese sistema jurídico, sino que su configuración se consolida mediante una conjugación de presupuestos, principios, funcionamiento y axiomas tendientes a configurar límites y vínculos sustanciales que aseguren eficazmente la no violación de los derechos fundamentales de los gobernados.

Aunado a lo anterior, es prioritario que ese sistema normativo valga efectivamente y no solo que se quede como un discurso moral o político constituido por grandes voluntades y pretensiones que carecen de eficacia jurídica, pues como lo ha dicho puntualmente Ferrajoli (2009a),

una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de garantías— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo. (p. 852)

Para finalizar este apartado, podemos concluir que la clave de un sistema jurídico garantista se encuentra en la existencia de una constitución, en el más fuerte sentido de la expresión. En otras palabras, de una norma suprema y rígida, que vincula incluso al legislador al estar dotada de un importante contenido material sustantivo de principios y derechos fundamentales y, que, al mismo tiempo, se encuentra judicialmente garantizada (Prieto, 2005, p. 6).

Ahora se presenta una pregunta que se ha postergado intencionalmente en el desarrollo del presente trabajo: ¿cuál es ese contenido sustantivo del

que está dotado la Constitución y cuál es su función dentro del marco teórico del garantismo? La respuesta a esta cuestión se esbozará en el siguiente apartado con la intención de evidenciar, posteriormente, la función que juegan los derechos fundamentales dentro del sistema normativo planteado por el garantismo.

3. LA TEORÍA GARANTISTA Y SUS DIVERSOS PLANTEAMIENTOS

Como se señaló, el modelo teórico del garantismo requiere necesariamente del constitucionalismo, pero un constitucionalismo que acredite la existencia de cierto contenido sustantivo inmerso en cada una de las normas constitucionales en específico; no obstante, esto no es un elemento suficiente para catalogar a un sistema jurídico como garantista.

Por ello, resulta conveniente comenzar el presente apartado tratando de clarificar el panorama sobre la cuestión de qué elementos teóricos componen el llamado garantismo. Así, el propio Ferrajoli ha establecido que un sistema jurídico garantista es aquel que se ajusta normativamente a un modelo en concreto —en este caso el constitucionalismo— y lo satisface de manera efectiva, caracterizándose, a su vez, en un plano epistemológico, como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo; en un plano político, como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y arbitrariedad, así como de maximizar la libertad; y, en un plano jurídico, como un sistema de vínculos impuestos a la potestad legislativa y punitiva del Estado, en suma, de su poder público, en garantía de los derechos de los ciudadanos (Ferrajoli, 2009a, pp. 851-852).

Podrá apreciar el lector que una de las características más representativas del garantismo es la preocupación que se tiene por delimitar el poder público, la misma que se ha enfatizado reiteradamente en el presente documento. En ese sentido, se deben establecer instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos con respecto a una eventual agresión o menoscabo por parte de otros individuos y, específicamente, por parte del poder estatal (Gascón, 2005). Dicho de otra manera, un sistema jurídico resulta garantista en la medida que se oriente a la garantía de los derechos

subjetivos y, concretamente, a la garantía de los derechos fundamentales (Prieto, 2005, p. 5).

A pesar de lo señalado se prefiere simplificar la cuestión mediante el uso de una definición aportada por Prieto Sanchís (2005), quien señala que «un sistema es garantista cuando las expectativas en que consisten los derechos subjetivos resultan satisfechas o cumplidas» (p. 24). Esta definición no solamente goza de claridad, sino que, paralelamente, nos servirá a la postre para aterrizar el desarrollo axiomático que Ferrajoli ha propuesto en relación con su modelo de garantías y expectativas deónticas.

Pasemos ahora a abordar uno de los puntos sumamente relevantes en la teoría garantista: la separación entre vigencia y validez. Sería apropiado comenzar el punto señalando que la vigencia en la teoría garantista depende de la observancia y correspondencia de las respectivas normas de creación en el proceso legislativo. Dicho de otro modo, una norma será vigente y, por tanto, existente, sí y solo sí fue producida por el órgano del Estado facultado para ello, y si este, a su vez, observó fielmente las normas de producción que para el caso se establecieron.

La validez en el garantismo, por otro lado, depende de una cuestión netamente sustantiva. He ahí la relevancia que se demandaba en la pregunta planteada al final del segundo apartado, toda vez que la función del contenido de las normas constitucionales dentro del marco teórico del garantismo es otorgar validez a las normas que conforman el sistema normativo. En otras palabras, una norma será válida solo si su contenido no contraviene los postulados constitucionales.

A partir de ello, podemos vislumbrar por qué el modelo garantista ha superado con creces, desde un particular punto de vista, al modelo paleo-positivista, el cual redujo la validez de las normas con aquellas sobre su producción; mientras que el garantismo considera oportuna la introducción de una dimensión sustancial, en virtud de la validez de las normas que se encuentra categóricamente condicionada a la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales (Ferrajoli, 2009c, pp. 16-17).

Dicho aporte sobre el garantismo no resulta ser exiguo o vacuo: la doble positivización, es decir, la inclusión en el ordenamiento normativo del ser del derecho y de su deber ser jurídico, trae aparejada como consecuencia, en primer lugar, la completa realización y la ampliación del Estado

de derecho, ya que el legislador ve afectada seriamente su omnipotencia quedando completamente subordinado a la ley constitucional (Ferrajoli, 2009c, p. 28). En segundo lugar, determina eficazmente los límites y los alcances de los contenidos que deben constituir y desprenderse de las normas constitucionales pues, como se sabe, los enunciados en un sistema normativo se sostienen unos a otros y de ellos se derivan consecuencias normativas con igual fuerza jurídica (Huerta, 2012, p. 124), por ser estos presupuestos de la coherencia y la consistencia de todo sistema jurídico. Entonces, es fácil entender que esto impide una regulación e interpretación sumamente abierta sobre los mismos enunciados, dado que se encuentran condicionados a tales consecuencias normativas.

Lo verdaderamente peculiar de este elemento sustancial es que la consistencia normativa que tanto se predica entre las reglas, es decir, de la posibilidad de que las mismas se cumplan simultáneamente, también exige que las normas sean valorativamente coherentes entre sí. En otras palabras, deben presentar «una unidad de sentido y/o de propósitos prácticos» (Aguiló, 2010, p. 22), como ya quedó establecido en el párrafo anterior.

Gracias a ello, el garantismo puede operar también tanto como doctrina jurídica de legitimación y, sobre todo, de deslegitimación interna, puesto que «reclama activamente de los jueces y juristas una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes a causa del doble punto de vista que la aproximación metodológica [...] diseñada implica tanto en su aplicación como en su desarrollo» (Ferrajoli, 2009a, p. 852).

Con lo anterior, podemos percibir una de las grandes aportaciones del garantismo a la discusión actual del constitucionalismo y de los derechos fundamentales: la actitud que ostenta el jurista. Si bien está apartada de lo moral, no debe dejar de ser crítica, dado que el garantismo se compone de una perspectiva interna, científica y jurídica, en el sentido que toma como universo del discurso jurídico la integridad del derecho positivo vigente y que puede evidenciar indubitablemente las antinomias que se presentan en lugar de ocultarlas. Esto tiene como consecuencia directa que se deslegitimen desde el punto de vista del derecho válido los perfiles antiliberales y los momentos de arbitrio del derecho efectivo (Ferrajoli, 2009a, p. 853).

Para finalizar, es menester puntualizar que la perspectiva garantista invita a la duda, y estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y sus aplicaciones (Ferrajoli, 2009a, p. 853). Esto resulta ser un requisito *sine qua non* en la conformación teórica de cualquier postura jurídica, pues en estos tiempos se requieren actitudes garantes en relación con la alarmante violación de derechos fundamentales tanto por el Estado como por la sociedad, que cada día resultan más y más evidentes en sociedades como las latinoamericanas. Al respecto, teóricos como Grossi (2003) afirman la reflexión profunda y puntual que permita la construcción de una posición crítica frente a los monolitos de la inmovilidad de lo vigente, pues nos permite dar cuenta del correcto desempeño que debe tener el sistema jurídico para el pueblo, dado que «la dimensión jurídica no puede ser pensada como un mundo de formas puras o de simples mandatos separados de una realidad social» (p. 26).

A partir de lo desarrollado sobre este enfoque teórico, no se duda de que el lector pueda percibir que todo Estado debe ser garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos en los términos descritos y no simplemente de la aplastante mayoría incuestionable de la democracia, lo cual puede ser viable recurriendo a la instancia jurisdiccional (Ferrajoli, 1999, p. 23). Sin embargo, antes de profundizar en el razonamiento judicial, en el apartado siguiente nos abocaremos a entender qué es un derecho fundamental visto desde la perspectiva garantista, así como la relevancia que toman estos dentro de tan destacada teoría, dado que la comprensión de la construcción formal de tal constructo tiene una valía inconmensurable para el planteamiento de la problemática de la función jurisdiccional.

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VISTOS DESDE EL GARANTISMO

Una vez expuesto *grosso modo* la teoría garantista y los presupuestos que lo conforman, es menester aterrizar el presente estudio al objeto de protección que tan vehementemente busca salvaguardar dicha postura: los derechos fundamentales. Estos, concomitantemente con las garantías, son la piedra angular de la visión garantista.

Por ello, se torna de carácter obligatorio delimitar nuestro actual objeto de estudio mediante una conceptualización estipulativa pero con una característica adicional que a la postre resulta esencial: la formalidad, la cual ha propuesto Luigi Ferrajoli y se transcribe para, posteriormente, analizar sus alcances y limitaciones.

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar. Se entiende por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus la condición de un sujeto, prevista por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas¹.

El primer cuestionamiento que surge al respecto se podría establecer en los siguientes términos: si se dice que los derechos fundamentales corresponden universalmente a todos los seres humanos, ¿por qué limitarse a categorías tales como persona, ciudadano o persona con capacidad de obrar? Al respecto, vale la pena establecer que, como ya se puntualizó, esta definición propuesta por el jurista italiano es de carácter formal, es decir, la universalidad como elemento necesario de los derechos fundamentales no requiere pregonarse de manera abstracta, sino que basta señalar una categoría determinada o determinable a satisfacer en la cual no se dé ni un solo caso en contrario a lo que se afirma.

Así, tenemos que la calidad de persona, ciudadano o personas con capacidad de obrar son categorías que históricamente se han utilizado para proclamar la totalidad del universo de los titulares de derechos fundamentales; en otras palabras, no se ha presentado, a lo largo de la historia, un solo caso donde, no siendo considerado persona, ciudadano o persona con capacidad de obrar en los términos del derecho vigente sea titular de derechos fundamentales.

La segunda inquietud sobre esta definición es si hay una imperiosa necesidad de que exista por lo menos una norma jurídica que adscriba a un sujeto derechos subjetivos y que determine el estatus requerido para su

1 Al respecto, véase Ferrajoli (1999 y 2009d).

titularidad. Sobre este punto, se ha manifestado expresamente que los derechos fundamentales surgen en cuanto son adscritos por normas jurídicas positivas (Ferrajoli, 2009c, p. 49), o sea, para el garantismo los derechos fundamentales no encierran, surgen o se constituyen de pretensiones morales valiosas para determinada sociedad, que deberían ser objeto de protección jurídica, sino que la inclusión en normas constitucionales de derechos subjetivos es la característica elemental para determinar la existencia o no de derechos fundamentales.

Sobre esta cuestión vale la pena hacer énfasis en que, intencionalmente, tal definición no determina el contenido específico de los derechos fundamentales, sino que los trata como soportes o recipientes institucionales «que pretende traducir en requerimientos jurídicos determinadas exigencias importantes» (Prieto, 2002, p. 31). De ahí la cualidad formal de la definición propuesta, la cual tampoco puede tener libremente cualquier contenido, pues como ya se ha visto, esta se encuentra determinada o, por lo menos limitada, a los propios principios y demás contenidos normativos preexistentes en la norma constitucional.

Como se observa, aún no se ha manifestado expresamente sobre cuáles son las exigencias importantes que tratan de consagrar los derechos fundamentales al introducirlos al derecho positivo. Solo se afirmó su existencia y relevancia en el papel de conformación. Esto implica aceptar que esas importantes exigencias no son siempre las mismas y que, incluso, dependen de contextos sociales y culturales específicos (Prieto, 2002, p. 37). No obstante, tal omisión «no es un problema teórico o conceptual, sino ideológico o de fundamentación» (Prieto, 2002, p. 41); es decir, esa falta de precisión no resulta relevante para el carácter propuesto por el garantismo sobre los derechos fundamentales, pues se aparta de la discusión jurídico-formal que trata de postular claramente.

Empero, es necesario ser más enfático al respecto: que el contenido de los derechos fundamentales resulte ser variable no significa en absoluto que los mismos sean arbitrarios (Prieto, 2002, p. 31), ni tampoco su aplicación o interpretación, pues al formar parte del sistema normativo constitucional, estos se encuentran fuertemente restringidos en relación con una actividad libremente discrecional por parte del Estado en el uso, la protección y la interpretación de estos.

Finalmente, y para dejar claro el trato que se realiza sobre los derechos fundamentales desde esta teoría, es importante abordar las dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales que, a su vez, presentan su respectiva dicotomía: la primera se actualiza entre los derechos de la personalidad y los derechos de ciudadanía que corresponden, respectivamente, a todos los individuos o solo a algunos de ellos, denominados ciudadanos; la segunda se actualiza entre derechos primarios, o sustanciales, y derechos secundarios, o instrumentales o de autonomía, que corresponden, respectivamente, a todas las personas o solo a algunas de ellas que tengan capacidad de obrar.

Tal esquematización nos ayuda a determinar qué tipos de derechos se desprenden si enlazamos sus conceptos, de tal suerte que podemos obtener cuatro clasificaciones según Ferrajoli (2009d):

1. Derechos humanos: son derechos primarios y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como el derecho a la vida, a la integridad de la persona, a la salud, a la educación, a la libertad de conciencia, así como las garantías penales y procesales.
2. Derechos públicos: son derechos primarios pero reconocidos solo a los ciudadanos, como el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, y los de reunión y asociación.
3. Derechos civiles: son derechos secundarios que se encuentran adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada.
4. Derechos políticos: son aquellos derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, al acceso a cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política de la representación.

De esta forma, podemos ver claramente la magnitud y los presupuestos de los derechos fundamentales en la teoría garantista. Al ser normas jurídicas consagradas a nivel constitucional cuya modalidad y expectativa es

universal y absoluta, deberían traer aparejada como consecuencia directa tanto la estipulación de obligaciones como de prohibiciones —garantías fuertes— que no pueden ser inobservadas en la praxis jurisdiccional ni mucho menos ser contravenidas por normas de una menor jerarquía.

Lamentablemente, muchos de los problemas que se suscitan tanto en la interpretación como en la protección de los derechos fundamentales se deben a una inadecuada técnica legislativa, toda vez que dejar una norma completamente abierta, deónticamente hablando como lo es en términos de permisión², provoca precisamente una esfera de incertidumbre jurídica en la cual es peligrosamente factible ya sea una interpretación sumamente amplia en pro de su garantía, ya sea una interpretación donde su actualización se vea reducida a un ámbito muy concreto o incluso supeditada al cumplimiento de una serie de requisitos no expresados previamente en la norma constitucional.

Tales condiciones se ven sumamente criticadas por el garantismo al momento de tomar una decisión judicial por parte de los jueces, toda vez que en esta ideología se considera que la protección a un derecho fundamental viene ya determinada por los principios adoptados por el sistema normativo de que se trate, ya que de no ser así, podrían dar lugar interpretaciones y, por tanto, decisiones judiciales o reformas legislativas que contradigan las normas previamente estipuladas, lo cual violenta los presupuestos sistemáticos de coherencia y consistencia de todo orden normativo.

Justamente, este es el siguiente tema por tratar en el apartado que a continuación se presenta, cuya finalidad radica en considerar cómo el juzgador tendrá las condiciones necesarias y suficientes para tomar una actitud crítica frente al derecho.

2 Por ejemplo, el enunciado normativo que se encuentra en el tercer párrafo del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad».

5. EL RAZONAMIENTO JUDICIAL EN LA TEORÍA GARANTISTA

Después de haber desarrollado de manera muy resumida los presupuestos de la teoría garantista y la función de los derechos fundamentales dentro de esta, es turno de abordar uno de los temas torales para el planteamiento global de la consistencia normativa. Nos referimos a la actividad jurisdiccional, la cual se presenta bajo un carácter cognitivo que se encuentra especialmente enfocado en la aplicación del derecho (Prieto, 2005); es decir, la actividad del juez no debe traer aparejada enfoques políticos, morales, económicos o demás factores extralegales que repercuten directamente en su razonamiento.

Es evidente que una actividad humana, como la de juzgar, no queda completamente exenta de contar con criterios psicológicos, políticos o morales que pueden llegar a que determinen, incluso de manera contundente, el sentido del pronunciamiento del juez³; sin embargo, el garantismo, al proponer un ejercicio tendencialmente imparcial e independiente en la función jurisdiccional, busca mantener hermético al juez en relación con todos esos enfoques persuasivos, con la finalidad no solo de procurar un adecuado desempeño de su cargo sino, adicionalmente, legitimar el poder de dicho órgano, toda vez que este será tanto más legítimo cuanto menos poder entrañe (Prieto, 2005, p. 131). Así las cosas, podemos afirmar que

el garantismo propugna un juez como un sujeto pasivo e independiente de las partes, como un tercero imparcial que mediante su libre convicción dirime una contienda entre iguales [mediante] la fijación de unos hechos que se conocen y de unas normas que se reconocen. (Prieto, 2005, p. 136).

3 Tal circunstancia fue fuertemente señalada por distintas posturas doctrinales, pero en esta ocasión quisiera hacer referencia especial a los denominados Critical Legal Studies y a su principal representante, Duncan Kennedy, para quien, de manera concreta, el razonamiento judicial consiste solamente en justificar, mediante el uso flexible o abierto del derecho, una decisión previamente tomada por el juez concebida por todos los prejuicios y factores psicológicos, políticos y morales en el constituido, lo cual refleja una alarmante arbitrariedad en el desempeño de dicho encargo público. Al respecto, véase Kennedy (2005).

Con ello se evidencia que el juzgador debe encontrarse únicamente sometido a la ley y no a otros factores que lo desvíen de su leal desempeño. Por esta cuestión, los estudiosos del tema han sostenido que la sujeción rígida del juez a la ley constituye uno de los valores fundamentales del garantismo, así como la principal fuente de legitimación de la jurisdicción (Ferrajoli, 2009c, p. 64), sin juzgar, como lo hace por ejemplo Paolo Grossi (2003), si esta fue creada o no racionalmente como expresión del derecho para perseguir el bien común, pues de no ser así la sociedad estaría en claro peligro.

Esta aportación del garantismo no resulta ser de menor importancia, ya que, como lo anunciamos al comienzo de este apartado, dichos elementos resultan ser la finalidad que persigue la función jurisdiccional en el garantismo.

Una vez establecida *in genere* la función jurisdiccional, pasemos a descomponer los elementos que permitirán precisamente un correcto desempeño imparcial e independiente de los jueces de conformidad con los postulados garantistas, que son los denominados principios de legalidad en sus dos vertientes, de mera y estricta legalidad, así como el principio de estricta jurisdiccionalidad, los cuales conforman las dos caras de una sola moneda.

Por una parte, el principio de mera legalidad lo constituyen aquellas normas dirigidas precisamente a los jueces, las cuales les prescriben la acción de aplicar las leyes. Por otra parte, el principio de estricta legalidad hace referencia a una reserva absoluta de la ley, dado que se compone de una serie de normas dirigidas, en este caso, al legislador, las cuales le prescriben la obligación de precisar de la forma más adecuada las formulaciones legales que serán parte integrante del sistema normativo (Ferrajoli, 2009a, p. 35). Visto de este modo, el principio de legalidad, en sus dos vertientes, sujeta al juez a delimitar su actuación de conformidad con los enunciados normativos emitidos anteriormente por el legislador, de cuyas normas se aprecia la irrenunciable y delimitada función de apego a la ley.

En cuanto al principio de estricta jurisdiccionalidad, determinado por una serie de normas que le establecen al juzgador cómo debe ejercer su función decisoria, este requiere esencialmente de dos condiciones para su actualización: a) la verificabilidad o refutabilidad de la subsunción del caso

en concreto en la norma; y b) la prueba empírica que ayude a establecer precisamente la verdad procesal (Ferrajoli, 2009a, p. 36).

Fácilmente puede notar el lector que este principio de estricta jurisdiccionalidad que en el garantismo se aboca esencialmente a una subsunción descarta planteamientos más flexibles como la ponderación de principios exaltada por Robert Alexy o posiciones drásticamente radicales como la máxima discrecionalidad del juez según la corriente del realismo jurídico, lo cual resulta ser tanto uno de los postulados más relevantes de la teoría en comento, como uno de los puntos más criticados de la misma.

De lo anterior se resume y se rescata alguna afirmación hecha en este apartado, los principios de legalidad en sus dos vertientes, así como el principio de estricta jurisdiccionalidad. Son las dos caras de una misma moneda, que conforman un modelo teórico y normativo de la decisión judicial como proceso de cognición o de comprobación, donde la determinación de la subsunción de la hipótesis normativa tiene el carácter de un procedimiento probatorio inductivo, que excluye las valoraciones en lo más posible y admite predominantemente aserciones o negaciones de las que sean predicables la verdad o falsedad procesal (Ferrajoli, 2009a, p. 37).

Esto nos lleva a pensar que el juez debe constatar indubitablemente los hechos planteados con los elementos de convicción proporcionados por las partes o, incluso, aquellos obtenidos en ejercicio de su potestad jurisdiccional en materia probatoria para poder actualizar una norma constitucional toda vez que se encuentren formuladas como mandatos, cuyos límites aparecen específicamente delimitados desde su enunciado constitucional. Resulta ser suficiente la actividad referida para aplicarlos a los distintos supuestos de hecho (Prieto, 2008, p. 352). Esta situación distingue a la actividad jurisdiccional de cualquier otra función estatal, ya que al estar motivada por aserciones susceptibles de ser verdaderas o falsas, y no solo por mandatos, descarta su potestatividad e incluso su discrecionalidad (Ferrajoli, 2009a, p. 37).

Podemos resumir lo dicho señalando que la actividad jurisdiccional se basa tanto en la anulación de actos inválidos como en la sanción derivada de actos ilícitos (Prieto, 2005, p. 129), o, dicho de otra forma, en resguardar, confirmar y consolidar los límites y los vínculos determinados como medios de protección de derechos fundamentales.

Con la afirmación anterior parece que no se ha distanciado en absoluto la postura garantista de un positivismo fuerte, pues no se ha expresado mucho sobre la enorme aportación de tal teoría en este punto: el aspecto sustantivo o sustancial que determina la actividad de toda función del Estado, incluido con mayor razón la función judicial. No obstante, se debe permitir recordar que «las garantías procesales no pueden actuar en el vacío, sino precisamente a partir de un marco normativo garantista» (Prieto, 2005, p. 135), es decir, que el juez incluso observando irrestrictamente los principios de legalidad en sus dos versiones, así como el de estricta jurisdiccionalidad, debe realizar un razonamiento conforme a las normas que determinan realizar su actividad jurisdiccional en relación con el contenido constitucional, teniendo como propósito respetar la coherencia y consistencia de su sistema normativo con el dictado de su sentencia.

Siguiendo esta línea argumentativa, el aspecto sustantivo de las normas constitucionales funge entonces en la actividad jurisdiccional como una incorporación limitativa, toda vez que inscribe valores o criterios de valoración en los niveles normativos de grado superior, los cuales, a pesar de pensar que son susceptibles de ser objeto de una interpretación sumamente discrecional, establecen incuestionablemente límites y condiciones necesarias de validez, situación que permite reducir y condicionar en este caso la función del juez (Ferrajoli, 2009c, pp. 65-66).

De lo anterior, cabe precisar lo siguiente: a pesar de que se piense que dichos criterios resultan ser vagos por haberse formulado en términos valorativos, los principios constitucionales aumentan considerablemente la certeza del derecho, puesto que limitan el universo de opciones al obligar a los operadores jurídicos a inscribir en las leyes únicamente los significados normativos compatibles con aquellos (Ferrajoli, 2009c, p. 67).

Sin duda alguna, el campo de la discrecionalidad es un hecho que no puede excluirse definitivamente de la función judicial; empero, poco se puede decir o teorizar sobre él desde el positivismo (Prieto, 2009, p. 60). También, pretender que se aplique perfectamente y en todos los casos un silogismo judicial gracias a la subsunción está por demás superado actualmente, dado que, en la actividad jurisdiccional, existen los

llamados espacios de poder específicos que acusan la complejidad de su operatividad⁴.

Por lo anterior, vale la pena hacer explícita aquí la clara desvinculación del garantismo con la ponderación como propuesta metodológica e, incluso, epistémica, en relación con los derechos fundamentales y la función jurisdiccional encargada de garantizarlos. Para algunos doctrinarios, el peligro de la ponderación reside en considerar que no escapa ni pretende escapar de la arbitraria función discrecional, sirviendo entonces como un eufemismo jurídico-político para convalidar decisiones que no necesariamente encuentran fundamento en la compatibilización sustantiva constitucional; en palabras de Habermas (1998):

La consideración de los derechos fundamentales como bienes o valores que han de ser ponderados convierte al Juzgador en un negociador de valores, en una instancia autoritaria, que aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos. (p. 332)

Para terminar este apartado, se debe enfatizar que, lejos de considerar que la teoría garantista promueve la conformación de un jurista complaciente con el derecho positivo o un jurista garante de la democracia representativa, el garantismo busca constituir una fuerte posición jurídica crítica (Prieto, 2008, p. 333), gracias a los postulados descritos en este trabajo, para lo cual compromete al juzgador una tarea de inconmensurable importancia para la vida social: la efectiva protección de los derechos fundamentales.

4 Como el poder de denotación, de comprobación probatoria, de connotación y de disposición. A los tres primeros se les conoce como poderes de cognición, en esencia porque son imputables al sujeto cognoscente. Sin embargo, es el poder de disposición el que resulta más gravoso, habida cuenta de que su conformación se debe a una omisión normativa que no permite precisamente cerrar el sistema normativo, lo que provoca alarmanamente una falla en el aparato jurídico de todo Estado. Al respecto, véase Ferrajoli (2009a).

5. CONCLUSIONES

El garantismo nos aporta un panorama y un enfoque distinto que epistemológica y metodológicamente concibe al derecho y su función política de una forma teórica y tendencialmente mecanicista que, pese al hecho de recurrir a ideas anquilosadas y aparentemente superadas, determina con precisión aspectos contemporáneos como el Estado constitucional de derecho, la protección a derechos fundamentales y la función jurisdiccional, entre otros aspectos que enriquecen ampliamente la postura doctrinal en referencia.

En este documento se advierte que la fe ciega a mecanismos legales concebidos en un sistema normativo para proteger derechos fundamentales no es la respuesta idónea para garantizarlos efectivamente si estos no corresponden con los principios y fundamentos consagrados a nivel constitucional. Sin embargo, lo anterior no solo vale para los mecanismos de protección sino también para las propias normas sustantivas, y, para ser válidas, requieren de un respaldo constitucional que permita su satisfacción deóntica simultáneamente con las directrices constitucionales.

Podemos ver con ello un enriquecimiento a la teoría del derecho de inconmensurable valor que logra conjugar armónicamente tanto la estricta correspondencia positiva, la función formal del poder judicial y la coherencia y consistencia del sistema normativo con aspectos pragmáticos como el razonamiento práctico judicial, así como con el contenido de la norma constitucional, que permiten otorgar validez a las normas inferiores y, con ello, otorgar una mayor seguridad y certeza jurídica al gobernado.

Vale decir que no por esas grandes aportaciones ni por el uso práctico de los postulados doctrinales propuestos por el garantismo que puedan ayudar en las actividades jurídicas, es una teoría acabada y perfecta. Por el contrario, presenta algunas interrogantes aún cuestionables de sus postulados básicos como: a) la negación de conflictos normativos que no puedan resolverse mediante deducciones lógicas de las normas consagradas en los distintos enunciados que conforman el sistema normativo; b) la aparente imposibilidad de concebir a un juzgador completamente neutral e imparcial, encargado de resolver una problemática sometida ante él, dado que la ideología que determina su subjetividad, como ser humano,

necesariamente se ve reflejada en la manera de resolver un caso en concreto; o c) la cuestionable posición de no partir de normas o leyes sin objetar sus fines, atendiendo precisamente a una racionalidad y teleología intrínseca de los derechos fundamentales.

Pero es sin duda lo anterior lo que enriquece la teoría y puede llegar a consolidar importantes alcances en beneficio de la práctica jurídica, dado que es la oportunidad de someter al garantismo a un ejercicio dialéctico, lo que podrá superar sus límites y omisiones doctrinales.

REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2010). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. En I. Lifante (Ed.), *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Palestra.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (P. A. Ibáñez y A. Greppi, trad.). Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009a). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009b). El paradigma normativo de la democracia constitucional. En G. Marcilla (Ed.), *Constitucionalismo y garantismo*. Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2009c). Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia (A. Greppi, trad.). Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009d). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Trotta.
- Gascón, M. (2005). La teoría general del garantismo: rasgos principales. En M. Carbonell y P. Salazar (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (pp. 21-40). Trotta.
- Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad* (M. Martínez, trad.). Trotta.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. UNAM.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez* (M. Jiménez, trad.). Trotta.

- Huerta, C. (2012). *Conflictos normativos*. UNAM.
- Kennedy, D. (2005). *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)* (D. López y J. Pombo, trad.). Siglo del Hombre Editores.
- Prieto, L. (2002). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra.
- Prieto, L. (2005). *Garantismo y derecho penal*. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell.
- Prieto, L. (2008). Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (31), 325-353.
- Prieto, L. (2009). La teoría del derecho de Principia iuris. En G. Marcilla (Ed.), *Constitucionalismo y garantismo*. Universidad Externado de Colombia.