

MiguelCarbonell.com

## ¿Qué es el garantismo? Una nota muy breve

Miguel Carbonell  
Sep 12, 2009 - 10:57:21 AM

### ¿Qué es el garantismo?

**Miguel Carbonell.**  
**IJJ-UNAM.**

#### Introducción.

El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Su difusión se debe sobre todo a la obra de Luigi Ferrajoli, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructurada teoría del garantismo penal. En sus trabajos posteriores a esa fecha Ferrajoli ha ampliado su teoría para conformar una especie de teoría general del garantismo, la cual ha vinculado estrechamente con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico) [\[1\]](#).

Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de “poderes buenos”, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales [\[2\]](#). Sobre este punto Marina Gascón afirma que “la teoría general del garantismo arranca de la idea – presente ya en Locke y en Montesquieu- de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos” [\[3\]](#).

Otro postulado básico del garantismo es la separación entre derecho y moral, entre delito y pecado, entre validez y justicia. De esta separación deriva, a su vez, la distinción entre punto de vista interno y externo del derecho.

#### Garantía.

El garantismo tiene por noción central o articuladora precisamente la de “garantía”. Ferrajoli define en términos generales a una garantía como “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” [\[4\]](#).

Aunque el concepto de garantía tiene un origen vinculado al derecho civil, en el que existen garantías de tipo real y personal, su utilización se ha extendido a otras ramas del derecho y en particular al derecho constitucional.

Precisando el concepto general que ya se ha transcrito, Ferrajoli afirma que por garantía puede entenderse “toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por ‘derecho subjetivo’ toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)” [\[5\]](#).

Si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de abstención por parte de uno o más sujetos nos encontraremos ante una garantía negativa, que precisamente obliga a los sujetos obligados principalmente a abstener de realizar ciertas conductas; en cambio, si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de hacer estaremos frente a una garantía positiva, que obliga a tomar acciones o desarrollar comportamientos activos a los sujetos obligados.

Existen también, en la categorización de Ferrajoli, garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras corresponden a las conductas, en forma de obligaciones de hacer o prohibiciones, señaladas por los derechos subjetivos garantizados. Las segundas son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos (a los que corresponde una sanción) o actos no válidos (a los que corresponde la anulación) que

violen las garantías primarias. Podría decirse, en este sentido, que las garantías secundarias requerirían para su activación y entrada en funcionamiento al menos de una presunta violación a las garantías primarias, de las cuales serían dependientes. Sin embargo, las garantías primarias son normativa y conceptualmente autónomas, por lo que pueden existir aún en ausencia de las garantías secundarias. El reconocimiento de la autonomía de las garantías primarias respecto de las secundarias es importante, ya que sirve para apoyar uno de los principales postulados de la teoría garantista de Ferrajoli, aquel que consiste en distinguir entre los derechos subjetivos y sus garantías, postura que ha provocado un interesante debate de Ferrajoli con Riccardo Guastini.

### **Rigidez constitucional.**

La rigidez constitucional es uno de los más grandes descubrimientos del constitucionalismo del siglo XX dice Ferrajoli [6]. En realidad es un descubrimiento reciente solamente para el constitucionalismo europeo, ya que el constitucionalismo norteamericano lo había descubierto mucho antes, al menos desde la sentencia *Marbury versus Madison*, que puso en evidencia las limitaciones del legislador frente a la Constitución y el poder de los jueces para hacer observar esas limitaciones.

A partir de la rigidez constitucional se crea una “esfera de la indecible”, que puede tener una vertiente negativa (lo que no es decidible) o positiva (lo que no es decidible que no), dependiendo del tipo de mandatos que provengan del legislador. Lo no decidible comporta obligaciones de abstención, las cuales se desprenden por ejemplo de los derechos fundamentales de libertad. Lo no decidible que no comporta obligaciones de acción, las cuales se desprenden por ejemplos de los derechos sociales.

### **Garantismo penal.**

El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo [7], que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado.

Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales. Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural [8].

Las garantías penales sustantivas tienen por objetivo la averiguación de la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la acusación. Las garantías penales procesales tienen por objetivo la averiguación de la verdad fáctica [9].

---

[1] Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008.

[2] Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006, p. 31.

[3] Gascón, Marina, “La teoría general del garantismo. Rasgos principales” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p. 22.

[4] Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, cit., p. 29.

[5] *Idem*, p. 33.

[6] *Idem*, p. 35.

[7] *Idem*, p. 38.

[8] *Idem*.

[9] *Idem*, p. 39.