



CRV-XI-11-18

SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS

DIRECCIÓN

CONGRESO REDIPAL VIRTUAL XI

*Red de Investigadores Parlamentarios en Línea
Mayo-octubre 2018*

Ponencia presentada por
Marcela González Duarte

**“GARANTISMO EN MÉXICO,
UN NUEVO PARADIGMA”**

Julio 2018

El contenido de la colaboración es responsabilidad exclusiva de su autor, quien ha autorizado su incorporación en este medio, con el fin exclusivo de difundir el conocimiento sobre temas de interés parlamentario.

Av. Congreso de la Unión No. 66, Colonia El Parque; Código Postal 15969,
México, DF. Teléfonos: 018001226272; (+52 ó 01) 55 50360000, Ext. 67032, 67034
e-mail: redipal@congreso.gob.mx

GARANTISMO EN MÉXICO, UN NUEVO PARADIGMA

Marcela González Duarte ¹

Resumen

Es importante poner a debate el paradigma emergente del garantismo, como teoría normativa y como modelo político ideal, con el fin de dilucidar si dicho paradigma, resulta útil para lograr, 2 cosas: primera; la plena eficacia del artículo 1º. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) y con ello la vigencia de los derechos fundamentales en ella contenidos, y segundo; la consolidación del Estado Republicano, Democrático, Social y Garantista de Derecho que también establece la CPEUM.

Esta ponencia explica el paradigma garantista y plantea que dicho paradigma es útil para el desarrollo y consolidación de otro gran paradigma: el paradigma jurídico y político-mexicano que nació con la Reforma Constitucional de Derechos Humanos del 2011(RDH-11), particularmente con el actual texto del artículo 1º. Constitucional.

¹ Miembro de la Redipal. Licenciada en Derecho por la UNAM; especialista en Garantismo; maestra en Ciencias Políticas y Sociales por el CIDHEM y maestra en Administración Pública por la UBO de Brest, Francia; doctora en Derecho por la UAEM. SNI nivel C., y actualmente Profesora de la Facultad de Derecho y CS de la UAEM, Cuernavaca Morelos, México. Correo electrónico: mgduarte76@gmail.com

1. Introducción

En la oportunidad de participar como ponente en la XI Congreso de la REDIPAL 2018, evento que año con año organiza la Cámara de Diputados y que tiene la virtud de permitir a los miembros de la RED acrecentar y compartir el conocimiento teórico, jurídico, político y parlamentario de los miembros de la RED, es que presento esta ponencia, dentro temática 3 denominada: Dinámica del Constitucionalismo, Reformas Constitucionales, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Seguridad en AL., con la intención de abonar, a la discusión teórica jurídica una mirada de las nuevas formas de constitucionalismo que emergen en la actualidad, y específicamente, para hablar de la importancia del garantismo, es decir del paradigma de la inserción de los derechos humanos, como normas y no ya como principios, en las constituciones contemporáneas.

Específicamente me interesa abordar este tema en el caso Mexicano, dada la importancia que representó y aún representa la reforma constitucional de derechos humanos del 2011 (en adelante RDH-11), para el funcionamiento de la Constitución Mexicana y todo el orden jurídico que de ella emana, incluidas las instituciones de generación, aplicación y garantía del derecho en México.

2. El paradigma garantista

Es importante poner a debate el paradigma emergente del garantismo, como teoría normativa y como modelo político ideal, con el fin de dilucidar si dicho paradigma, resulta útil para lograr, 2 cosas: primera; la plena eficacia del artículo 1º. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) y con ello la vigencia de los derechos fundamentales en ella contenidos, y segundo; la consolidación del Estado Republicano, Democrático, Social y Garantista de Derecho que también establece la CPEUM.

El garantismo es acuñado por el iusfilósofo y teórico del derecho Luigi Ferrajoli en una larga trayectoria que inició en la época de la caída de fascismo italiano y la consolidación de la república, hasta la fecha. Luigi Ferrajoli fue Juez en Italia en sus primeros años de actividad profesional e esta época y formó parte de un movimiento progresista y de izquierda, llamado la Magistratura Democrática, el cual pugnaba porque los jueces hicieran un trabajo de interpretación acorde con la Constitución Italiana, buscando la forma en la que podían desaplicar la Ley secundaria, en beneficio de la clase obrera y en general los más necesitados.

A la decaída de este movimiento, Ferrajoli dejó de formar parte de dicho círculo y empezó, en la Universidad de Turín Italia a dar clases, a escribir y fue forjando poco a poco su tesis garantista. La primera obra importante de Ferrajoli, aunque existen textos previos a ella, fue Derecho y Razón que vio la luz en 1994 en su primera edición y hasta la fecha Ferrajoli sigue aportando nuevos conceptos, definiciones y razonamientos a su tesis garantista.²

El garantismo es la corriente de pensamiento filosófico, teórico y normativo más revolucionario de esta época. Revolucionario en el sentido de que ha logrado colocarse como un nuevo paradigma frente a las nociones tradicionalmente positivistas legadas de edificio casi inderrumbable que construyó Hans Kelsen con su Teoría Pura del Derecho.³

Se trata de una visión contemporánea del derecho, de la democracia, del Estado y de la relación de dichas instituciones con las personas. Como visión, se integra por tres subsistemas que emergen y responden a tres problemas o dicotomías distintas, que tienen lugar en el campo del derecho, de la filosofía, de la política y de la sociología, pero que se encuentran inevitablemente relacionadas entre sí. Además aboga por el bienestar de la persona humana y la tutela de sus derechos frente al Estado y los *poderes salvajes* (Ferrajoli, 2011a) a quien concibe, en términos generales como dominantes, represores o fuertes, frente al ciudadano.

El primer subsistema, es el sistema filosófico-político y consiste en los valores ético-políticos en los que cree una determinada sociedad, en un espacio y tiempo determinados, como rectores de la convivencia. (Ferrajoli, 2009a)

Este subsistema responde a la dicotomía clásica entre el deber ser externo o ético-político o axiológico del derecho y el ser real del orden normativo. Da lugar a la divergencia entre los valores ético-políticos que una sociedad tiene y el derecho que la rige. La brecha entre este deber ser externo del derecho y el ser del derecho, genera todos los problemas derivados o relacionados con las normas y sentencias justas e injustas y se trata, en gran medida, del motor que pone a funcionar a los aparatos políticos del Estado, como los congresos o los partidos políticos. De hecho, lo aparatos políticos del estado son los encargados de llevar a cabo la crítica y la reducción de esta brecha.

² La tesis garantista se compone de varias teorías: teoría del garantismo penal, teoría del derecho, teoría constitucional, teoría de la democracia y teoría de los derechos fundamentales. Todas estas teorías han sido publicadas a través de los años en muchos libros. Esta ponencia recoge los más importante de los textos ferrajolianos de forma integral, de manera que las citas no serán textuales, sin embargo todas las ideas aquí mencionadas son una explicación de las tesis garantistas ferrajolianas.

³ En 2017 se ha publicado por editorial Trotta, la última obra de Luigi Ferrajoli denominada La Lógica del Derecho, que es una crítica sistémica a la Teoría Pura del Derecho.

El garantismo propone una novedosa forma de entender la axiología de los estados democráticos contemporáneos, develando los valores esenciales de estas sociedades, sin confundirlos con normas. Estos valores esenciales son 4 y son valores derivados de las conquistas humanistas y liberales, las guerras y las revoluciones del siglo XX. Se trata de la Paz, la democracia, la igualdad y la tutela de los débiles (Ferrajoli, 2009b), lo importante es el ser humano. Estos valores, a su vez, son los fundamentos de los derechos fundamentales, de manera que la mayoría de las constituciones contemporáneas, que a través procesos políticos constituyentes, han incluido como normas a los derechos humanos en sus textos, son producto de este subsistema.

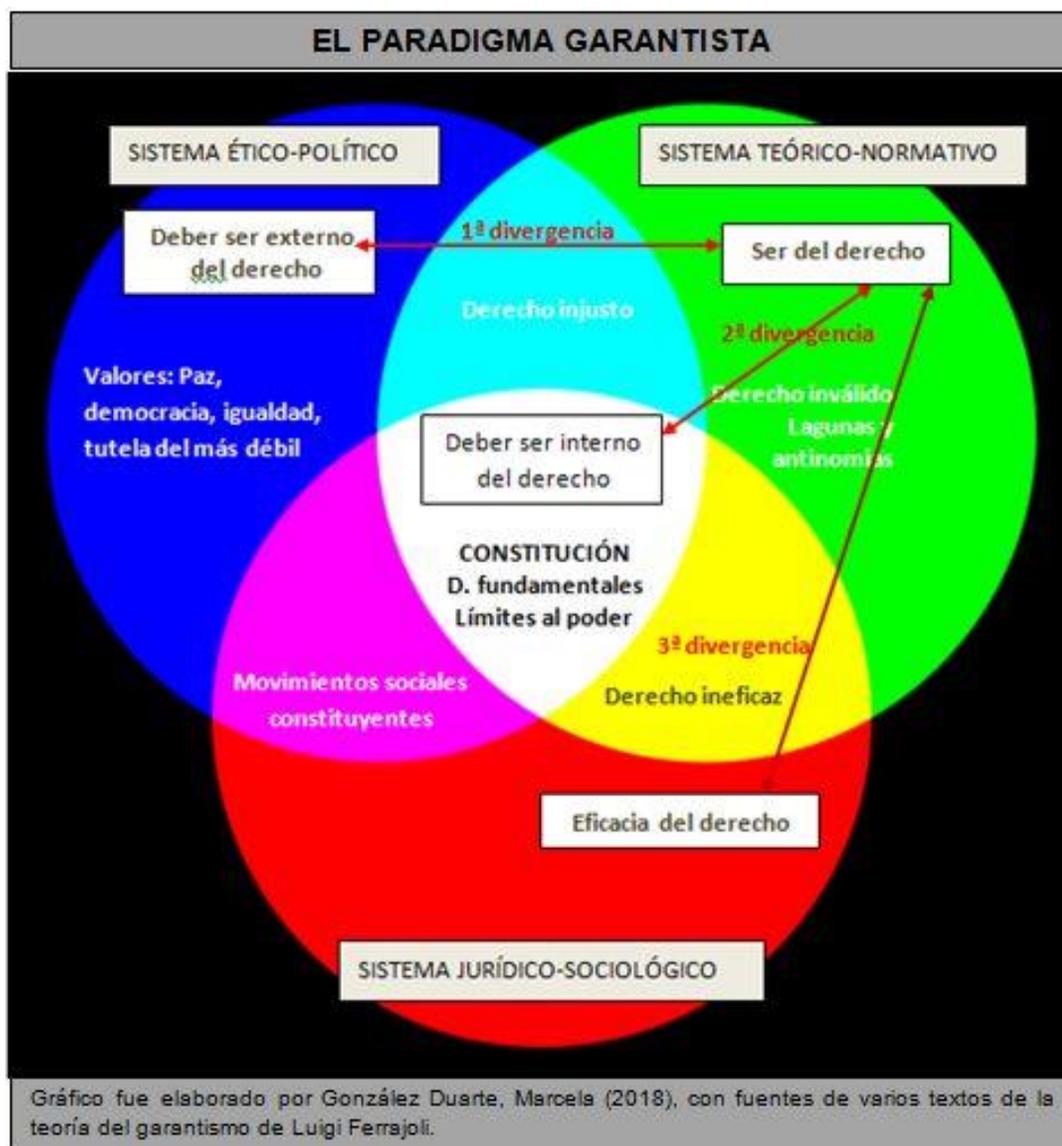
El segundo subsistema es el sistema teórico-normativo, que consiste en la estructuración del andamiaje normativo emanado de una Constitución rígida. Este sistema responde a la dicotomía clásica entre el ser real del derecho y deber ser interno del derecho, (Ferrajoli, 2009a) es decir en las divergencias entre el los principios normativos constitucionales o normas téticas que consisten en los derechos fundamentales y límites a los poderes públicos, que deben ser respetados por todo el ordenamiento, y la construcción real de todo el ordenamiento jurídico derivado, en donde se encuentran las lagunas y antinomias que no permiten que el sistema normativo sea lo que debe ser conforme a la Constitución. Sobre esta particular divergencia se construye todo el andamiaje teórico garantista dirigido a asegurar la máxima efectividad de los preceptos constitucionales.

El andamiaje teórico garantista, dirigido a asegurar los preceptos constitucionales y a perfeccionar el ordenamiento normativo, consiste en la revisión crítica a las normas y leyes vigentes, a partir de conceptos de desarrollados en las diversas tesis garantistas y que corresponde llevar a cabo a los teóricos del derecho y a la jurisdicción a través de sus interpretaciones.

Finalmente el tercer subsistema es el sistema jurídico-sociológico, referido a la dicotomía, también clásica entre el deber ser interno del derecho, es decir lo que dice la norma, y el ser externo del derecho, es decir lo que acontece jurídicamente en la realidad social (Ferrajoli, 2009a). Se trata del eterno problema del cumplimiento de las normas vigentes, ya no las normas justas ni las normas constitucionales, que corresponden a los dos anteriores subsistemas, sino simplemente las normas vigentes. Estamos hablando del estado de derecho, de la efectividad de los derechos fundamentales y de ahí todas las derivaciones y vicios de la falta del cumplimiento del derecho; desde la corrupción y la impunidad, hasta los fenómenos sociales de inseguridad y delincuencia organizada.

En este campo es la sociología jurídica, con su naturaleza crítica, realista y no dogmática, la que se encarga de analizar el grado de cumplimiento del orden normativo vigente. La brecha entre el ser interno del derecho y la aplicación de la norma en la realidad, da lugar al descontento social, a la falta de legitimidad de las instituciones políticas y por ende, a los movimientos sociales transformadores que cuando tienen éxito, institucionalizan valores, perfilan la actividad política y crean nuevos paradigmas constitucionales.

Veamos lo anterior con un esquema gráfico:



Así, el paradigma garantista nos muestra una imagen completa en la cual, existe una sociedad que ha puesto por vía de consenso político en sus constituciones rígidas normas (derecho fundamentales y límites al poder político), que responden ontológicamente a los fundamentos de las sociedades democráticas: paz, igualdad democracia y tutela del más débil, lo cual implica, que en la praxis jurídica teórica, se formulen explicaciones críticas a los modelos y prácticas divergentes; en la práctica legislativa se llenen lagunas y se perfeccione paulatinamente el ordenamiento; y en la práctica judicial se in-apliquen normas divergentes y se hagan efectivos los postulados constitucionales, todo lo cual genera, paulatinamente, mayores grados de apego, de la realidad socio-política-jurídica a las normas y en fin, hasta que dicha realidad se apege o logre los fundamentos axiológicos buscados, momento en el cual, dicha sociedad devendría esencialmente en: democrática, pacífica, igualitaria y solidaria.

En el paradigma garantista la Constitución se encuentra en el centro de los tres subsistemas; la constitución es un producto pero también el origen del funcionamiento de los subsistemas. Ferrajoli llama a esta colocación fundamental de la constitución, el paradigma constitucional y refiere que este paradigma toma vida cuando se dan dos cuestiones: la primera consiste en el momento en que los estados democráticos contemporáneos incluyeron en sus textos a los derechos humanos, transformándolos en derechos fundamentales y con la naturaleza de normas que deben ser aplicadas y garantizadas y no su antigua naturaleza de principios que eran objetos de ponderación y no de aplicación. Y la segunda se refiere a la rigidez constitucional que caracteriza este particular tipo de texto normativo. (Ferrajoli, 2012)

A partir de que un Estado cuenta con una constitución con estas características, el paradigma garantista toma vida y ha sido el trabajo de toda una vida de Ferrajoli el construir los elementos para operarlo. Este texto pretende explicar y aclarar algunas cuestiones fundamentales de este paradigma para avanzar en su entendimiento y con ello, en la consolidación de un México Garantista y Democrático de Derecho.

Por otro lado estas tres divergencias dan lugar, evidentemente a tres tipos de discursos, un discurso filosófico político, otro jurídico formal y un tercero sociológico jurídico. La clave del garantismo es tener bien clara la diferencia entre los tres, para poder hacer eficazmente política, derecho y transformaciones en la realidad, pero manteniendo la relación sistémica, que de hecho, existe entre los mismos, para lograr, al reconocerse inter-sistémicas, más eficazmente una finalidad compartida, compartida además por cualquier ciencia: el bienestar universal de la persona humana.

3. El método garantista

Pero quizás la característica fundamental del garantismo es que está construido sobre la noción de eficacia. Todas las teorías tienen por objetivo lograr, tanto un marco normativo, como un sistema jurídico político (al que le llama democracia constitucional), que sea capaz de lograr cada vez mayores grados de garantismo, esto es, mayores grados de eficacia de los derechos fundamentales o si se quiere, menores grados de divergencia entre las normas legales y la Constitución, y entre el marco jurídico en general y las acciones (positivas o negativas) o poderes que despliega el Estado en el ejercicio de sus funciones.

De manera que el garantismo no sólo se preocupa por establecer que los fundamentos teóricos y normativos comporten contenidos armónicos sistemáticos, tutelares y respetuosos de los derechos fundamentales, sino que además y sobre todo, se preocupa porque lo anterior, se alcance en la realidad.

La mayor parte de las teorías garantistas están construidas a partir del método axiomático, que implica con base en la lógica, la reelaboración del lenguaje teórico-jurídico en su completud, definiendo todos los términos y fundamentando todos los enunciados utilizados por la misma, lo cual dota a las teorías del garantismo de una particular claridad (que no sencillez) y de una muy relevante coherencia y sistematicidad a los fines de cualquier teoría que pretenda, como justamente lo está haciendo el garantismo, establecer nuevos paradigmas.(Ferrajoli, 2011b)

El método axiomático implica la utilización de una lógica rigurosa en el desarrollo de todos los términos y conceptos teóricos garantistas y también en la aplicación del derecho. Implica la transformación del ejercicio clásico de ponderación judicial, en el ejercicio de conocimiento judicial o cognocitivism judicial. En la ponderación el juez inevitablemente utiliza su propio ser y sus subjetividades, a veces hasta sus intereses, para poner en la balanza el sentido de una resolución, en cambio en el cognocitivism el juez aplica la lógica deductiva y los axiomas lógicos planteados en las teorías, para emitir un fallo. (Ferrajoli, 2009c: p.p. 43-44, 538-547) De ahí que no sea fácil su utilización y aplicación, menos para quienes aplican el derecho es decir los jueces, quienes están acostumbrados a ponderar y a utilizar la discrecionalidad en los razonamientos jurídicos.

Por otra parte, estas teorías axiomatizadas, y el método axiomático utilizado en las mismas, prometen ser ambos, instrumentos eficaces para abordar y sortear varios problemas o crisis propios de las democracias contemporáneas que se desenvuelven, a veces no con pocos costes y dificultades, dentro de la era global o el mundo globalizado. Esto es así porque las teorías axiomatizadas permiten descubrir las lagunas y las

contradicciones, tanto en las normas como en los razonamientos jurídicos (sean jurisdiccionales o investigativos), con eficacia y certeza.

La argumentación jurídica, por lo tanto, pasa de ser una argumentación tendenciosa que utiliza solamente las razones y fundamentos normativos que convienen al argumento y que no pocas veces es falaz, a ser una argumentación estrictamente lógica en donde se reduce ampliamente el margen de discrecionalidad y duda. Sin temor a equivocarnos, cuando hablamos aplicación de la norma (es decir de eficacia y estado de derecho), la virtud del uso riguroso de la lógica en el derecho no tiene ningún otro método que la supere.

Así, las tesis garantistas y sus métodos, a los cuáles se suman: la crítica racional permanente y el análisis de divergencias, también permanente, pretenden ser una respuesta a la creciente complejidad y sobretodo inefectividad de los ordenamientos actuales y una vía para el diseño de nuevos modelos normativos que tengan la capacidad de prever estratégicamente sus propios impactos (Ferrajoli 2011b: p. IX).

El garantismo, ve como fundamental la crítica hacia el derecho, hacia el sistema democrático y hacia el cualquier procedimiento público. Esta crítica es un mecanismo permanente de auto rectificación del sistema para lograr los fines orientados a la eficacia de los derechos fundamentales. Funciona a partir de incluir en los tres subsistemas principios teóricos legitimadores (que son los derechos fundamentales) y que en el caso normativo constituyen, además la premisa de *validez sustancial*, tanto para la creación de normas como (o por lo tanto) para la validez de actos del Estado.

De manera que la crítica racional permanente y hasta naturalizada, y el análisis de divergencias como método, es otro de los paradigmas metodológicos del garantismo. La crítica debe aplicarse de forma sistemática y permanente, en relación con los 3 subsistemas y las 3 divergencias deónticas que señalamos en el primer apartado. Explicamos brevemente cómo funciona en cada uno:

En la primera divergencia, que es la que se da entre los valores ético-políticos y el derecho existente, la crítica debe ser llevada a cabo por las instituciones y operadores de carácter político y consistirá en descubrir el derecho injusto o las normas que no están apegadas a los valores fundamentales considerando, desde luego, como valores fundamentales, a los fundamentos de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2009b)., así como los cambios y requerimientos axiológicos emergentes de la sociedad en ése espacio y tiempo determinados, para traducirlos, a través del proceso constituyente de la norma, en normas constitucionales. De esta forma el subsistema ético-político y sus operadores

realizan la tarea de reducir la brecha entre el derecho que se tiene y el derecho que se debe de tener, en suma eliminar el derecho injusto.

En la segunda divergencia, que es la que se da entre las normas constitucionales y el derecho emanado de la constitución, es decir leyes reglamentarias, reglamentos, criterios judiciales, sentencias, etc. Esta divergencia impacta directamente en el principio de supremacía constitucional y es operada por el subsistema teórico-normativo. En esta divergencia, la crítica debe ser llevada a cabo por los operadores del derecho, es decir abogados, juristas (académicos) y jueces dentro de sus propias actividades teóricas o jurisdiccionales. Dentro del Estado, esta divergencia es operada por las instituciones de garantía primaria (instituciones encargadas de hacer efectivos los derechos fundamentales, como el IFAI en México) y garantía secundaria (tribunales).

La tarea crítica y el análisis de divergencias de estos operadores consistirá en descubrir lagunas y antinomias en el orden jurídico, se trata básicamente de inconstitucionalidades, es la tarea de control de constitucionalidad y en el caso de México de convencionalidad por vía del artículo 1º de la CPEUM,, de carácter difuso, es decir el bloque de regularidad, que sirve para desaplicar las normas que no coinciden con las normas constitucionales y en su modelo concentrado, para invalidar o nulificar las normas y ordenamientos divergentes a dichas normas téticas (como los mecanismos para expulsar del ordenamiento jurídico vigente las leyes inconstitucionales o violatorias de derechos fundamentales). De esta forma el subsistema teórico-normativo y sus operadores realizan la tarea de reducir la brecha entre el derecho que se tiene y es vigente pero inválido y los contenidos constitucionales, incluidos, desde luego, los derechos fundamentales, en suma: eliminar el derecho inválido o ilegítimo.

Finalmente la crítica y el análisis de divergencia en el subsistema jurídico-sociológico, que se da entre las normas vigentes y el cumplimiento eficaz de las normas en la realidad, esta crítica debe ser llevada a cabo por instituciones políticas, jurídicas y sociales. Consistirá en descubrir el derecho ineficaz o las normas que, estando plasmadas en el ordenamiento jurídico, no se aplican por múltiples razones; desde problemas de corrupción e impunidad, hasta problemas de falta de medios, capacitación eficacia de las instituciones de llevar a cabo su aplicación.

En esta tercera divergencia corresponde a las instituciones políticas legislativas y ejecutivas realizar las políticas públicas necesarias tendientes a garantizar la aplicación de las normas. Se trata de las garantías como mecanismos, de cualquier naturaleza y no solo

jurisdiccionales, que aseguren la eficacia de los derechos fundamentales y en general del ordenamiento jurídico.

Por su parte a los jueces tocará descubrir las barreras normativas que impiden la aplicación eficaz del derecho, normalmente lagunas que habrán de colmar vía criterios jurisprudenciales o con instrucciones hacia el órgano político legislativo.

Finalmente a la sociedad civil corresponde activar todos los mecanismos de control del poder a su alcance, ya sean jurídicos como los juicios de amparo, o sociales como protestas y resistencia civil, para evidenciar el incumplimiento de la norma.

En este breve texto no pretendo abordar, ni todas las teorías garantistas⁴, ni mucho menos, todos los términos, conceptos y definiciones y enunciados que a través de 40 años el Luigi Ferrajoli, ha desarrollado. Tampoco profundizaré más en sus métodos. Me he planteado solamente exponer para finalizar, de forma muy concreta, de qué manera el garantismo es útil para el desarrollo y consolidación de otro gran paradigma: el paradigma jurídico y político-mexicano que nació con la Reforma Constitucional de Derechos Humanos del 2011(RDH-11), particularmente con el actual texto del artículo 1º. Constitucional.

4. El formalismo y la validez sustancial

El garantismo es una teoría formal y como tal, podemos referirnos a ella como positivista. No es Neo constitucionalismo, que en su mayoría de exponentes se trata de un nuevo *ius naturalismo* que no acepta de forma tajante la separación entre derecho y moral; no es positivismo clásico (o paleo positivismo como el propio Ferrajoli llama al positivismo clásico), no es positivismo ético y mucho menos es *ius naturalismo* clásico.

Tan formal (o pura) es la Teoría pura del derecho de Kelsen, como lo es el garantismo en su subsistema teórico. Ningún concepto teórico del garantismo, ninguna explicación de dichos conceptos, incluye como argumentos, contenidos axiológicamente determinados. La referencia permanente a los derechos fundamentales como parámetro de validez sustancial de normas y actos, consiste, en considerar a los derechos fundamentales, también formalmente definidos, como un elemento central de la teoría, pero el contenido de dichos derechos fundamentales no está determinado por la teoría del garantismo, sino por cada orden normativo.

⁴ Ya hemos dicho que por lo menos se encuentran acabadas la teoría del garantismo penal, teoría del derecho, teoría constitucional, teoría de la democracia y teoría de los derechos fundamentales.

Por otro lado, las definiciones del garantismo, al igual que las Kelsenianas tienen en común, una soberana capacidad de explicar su propio objeto⁵, lo cual es el parámetro universal de validez de cualquier teoría.

En realidad, como lo dice el propio Ferrajoli, la única diferencia entre el positivismo clásico y el garantismo, radica en que el garantismo está también construido sobre la noción del *paradigma constitucional*, que consiste en el sistema de límites y vínculos sustanciales impuesto a la totalidad de los poderes públicos por las normas constitucionales supra ordenadas jerárquicamente al resto del orden jurídico y que como tales, deben ser observadas tanto en la construcción del orden jurídico infra ordenado, como en los actos de los poderes públicos. (Ferrajoli, 2009a: p. 12)

Las constituciones contemporáneas han incluido como criterios de validez de las normas infraordenadas, a los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2009a: p. 26), no (o además de) como principios ético-políticos, sino como normas positivas rígidas y supra ordenadas. Esta superioridad y la rigidez constitucional hacen que las normas de derechos fundamentales se conviertan en éste parámetro sustancial de validez, el cual es un parámetro de derecho positivo y no un parámetro axiológico.

Por lo demás, la lógica kelseniana que imprime de validez a las normas que nazcan conforme a los procedimientos preestablecidos, es la misma. La diferencia con el garantismo, es que el procedimiento preestablecido implica formalmente, la concordancia con estas peculiares normas que se llaman derechos fundamentales (validez sustancial) y que se encuentren dentro de la Constitución (sin importar qué contenido tiene estas normas o cuáles son estos derechos) de que se trate y por lo tanto, su invalidez, si no son concordantes.

El positivismo por lo tanto, es necesario (aunque no suficiente) para el garantismo, ya que garantiza la validez formal de las normas y descubre su invalidez cuando no cumplen con los parámetros que positivamente estén establecidos. Por ello incluso desde la perspectiva sociológica, Niklas Luhmann establece que el derecho positivo es la única forma de derecho capaz de hacer operativa la función de los derechos fundamentales en el contexto de un orden social. (Luhmann, 2010).

Dado lo anterior, es fundamental para comprender el garantismo y para poder reconocer la utilidad que éste puede aportar a la efectividad del artículo 1º. Constitucional, conocer las definiciones y parámetros teóricos del garantismo, específicamente referidos a

⁵ *Ibíd*em, p. 20

derechos fundamentales. No abordaremos, por escases de espacio la Teoría de los Derechos Fundamentales que aporta el garantismo, sin embargo puede consultarse en (Ferrajoli, 2009b).

5. Las amenazas que enfrenta la RDH-11

A partir de su publicación en el 2011, surgió la necesidad de implementar la RDH-11; consolidar la eficacia del artículo 1º. Constitucional y con ello sentar las bases de una democracia constitucional mexicana.

El artículo 1º. De la CPEUM establece el Estado garantista mexicano ya que coloca en el centro de todo el ordenamiento jurídico, constitucional y derivado, así como en el centro de las funciones del Estado, sean estas ejecutivas, legislativas o judiciales, y de cualquier nivel de gobierno; federal, estatal o municipal, a los derechos fundamentales, como normas que deben ser aplicadas y no solamente como principios constitucionales. En esta lectura del artículo 1º. De la CPEUM consiste el paradigma mexicano que debemos afrontar con responsabilidad y sustentabilidad, es decir mirando al futuro.

Este paradigma que promete hacer de México un estado Garantista de Derecho, enfrenta, por lo menos, dos amenazas evidentes: La primera consistente en la falta de garantías⁶ (lagunas) o existencia de normas contradictorias (antinomias) vigentes⁷, que imposibilitan su plena eficacia y con ello la plena eficacia de los derechos fundamentales hoy consagrados como tales en el ordenamiento jurídico Mexicano.

Y la segunda consistente en la posibilidad (tendencialmente comprobada) de restarle efectos garantistas a dicho artículo, a través de interpretaciones jurisdiccionales con fuerza vinculativa contrarias a los postulados del garantismo y del propio texto

⁶ Por poner uno, de muchos ejemplos, para el caso de las personas desaparecidas, no existe el recurso de habeas corpus en México, como una garantía del derecho fundamental a la integridad física y libertad personales.

⁷ Por ejemplo: en el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad (jurisprudencia 43/2015) de las normas legales locales que limitan el matrimonio entre personas heterosexuales o que de cualquier forma impiden el matrimonio entre personas del mismo sexo, constituyen antinomias que en tanto sigan vigentes (porque no existe declaratoria general de inconstitucionalidad o porque no han sido impugnadas ley por ley a través de amparo) vulneran el derecho fundamental a la no discriminación y a la igualdad jurídica ante la ley.

constitucional⁸, así como de iniciativas legales o incluso constitucionales⁹ que persigan la misma finalidad anti garantista.

De manera que para que el artículo 1º. Constitucional sea eficaz, es necesario: 1. Desarrollar normas (garantías) que colmen las lagunas; 2. Eliminar antinomias, es decir hacer un trabajo de armonización garantista, para eliminar normas vigentes contrarias al artículo 1º. Constitucional, y 3. Generar nociones teóricas lo suficientemente sólidas (argumentos) para que orienten eficazmente tanto las interpretaciones jurisprudenciales y legislativas del citado artículo 1º. Constitucional.

Nuestra tesis, es que las teorías garantistas y sus métodos contienen los elementos necesarios para realizar las tareas anteriores y en consecuencia, para enfrentar las amenazas, expresadas anteriormente.

6. A manera de conclusión; La utilidad del garantismo como teoría para asegurar la eficacia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011

Lograr la plena eficacia del artículo 1º. De la CPEUM no es una tarea fácil, mucho menos inmediata, pero sí posible y necesaria.

⁸ Como el paradigmático caso de las 2 jurisprudencias emanadas de la contradicción de tesis 293/2011, la segunda de las cuáles (P./J. 20/2014) contradice a la primera y al propio artículo primero constitucional ya que estableció que los límites constitucionales a los Derechos Fundamentales, deben prevalecer incluso sobre las normas más favorables a la persona contenidas en Tratados Internacionales, no obstante que los derechos de ambas fuentes ,constituyen el parámetro de regularidad constitucional, conforme a la primera de las jurisprudencias emanada de esta misma contradicción: (P./J. 21/2014). “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 AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”

⁹ Como el caso de la Ley de Seguridad Interior, recientemente aprobada, o Como el caso de la Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada por los Senadores Raúl Cervantes Andrade y Emilio Gamboa Patrón a nombre del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional en el 2013, la cual propone eliminar la obligatoriedad de la vigencia plena y al mismo nivel de la Constitución de los derechos fundamentales establecidos en tratados internacionales, al proponer reformar el artículo 1º. Constitucional para establecer que serán válidos sólo aquellos derechos fundamentales de fuente internacional “que complementen” a la Constitución, así como limitar el goce de los derechos fundamentales establecidos en tratados internacionales sólo a ciertas materias y finalmente, esta iniciativa también propone la reforma al artículo 133 Constitucional para dejar bien claro que los derechos fundamentales de fuente internacional sólo son válidos en México “si complementan” a la Constitución y que la Constitución está por encima de cualquier tratado internacional (y por ende de sus normas) sean o no de derechos fundamentales. Esta Iniciativa permanece en la Cámara de Senadores sin dictamen por lo que no ha sido aprobada pero tampoco ha sido desechada.

Las definiciones teóricas que hemos expuesto en este texto, son suficientes para establecer que el garantismo no sólo es pertinente sino idóneo y necesario para que, desde la ciencia jurídica se fomente la eficacia del artículo 1º. Constitucional. Si se conocen las nociones teóricas del garantismo a profundidad, por parte de la comunidad académica, legislativa y jurisdiccional, y si se asume el papel crítico de una *cultura jurídica militante* (Ferrajoli, 2014: p. 64), clara en cuanto a los diferentes niveles de discurso, con rigor metodológico, pero valiente en cuanto a que no tema al replanteamiento de los nexos necesarios entre la ciencia jurídica, la política, la filosofía y la sociología, es posible lograr el paradigma del constitucionalismo garantista para México.

El garantismo es filosofía jurídica aplicada; es teoría del derecho y teoría política. Pero también es un método para la práctica jurídica y la práctica política; para el diseño de instituciones y normas, para la interpretación judicial, para la argumentación y el debate jurídico, y desde luego, para la enseñanza del derecho.

La amenaza que enfrenta el paradigma garantista en México, como ha sido puntualizada anteriormente, consiste precisamente en los problemas que el garantismo está dirigido a resolver: la ineficacia de los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente, a causa de falta de garantías primarias y secundarias que aseguren su ejecución. Por lo tanto la respuesta que nos entrega el garantismo es la respuesta para hacer eficaz el marco jurídico Mexicano. Específicamente se trata, en mi propuesta, de seguir la siguiente ruta crítica:

1. Identificar conforme a la noción formal de derechos fundamentales del garantismo cuáles son los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos en México.
2. Identificar si la CPEUM establece las garantías constitucionales primarias y secundarias que aseguren que los derechos fundamentales identificados como tales, no pueden dejar de legislarse para su ejercicio y no pueden disminuirse o eliminarse, ello conforme a la *esfera de lo indecible e indecible que no* (Ferrajoli, 2008:) y ante tales violaciones identificar si existen los tribunales y las acciones necesarias para señalar y reparar las violaciones que lo anterior supondría.
3. Identificar si dichos derechos fundamentales tienen sus garantías primarias establecidas en la legislación
4. Identificar antinomias y lagunas estructurales en el orden jurídico mexicano
5. Una vez identificadas, denunciar y argumentar dichas antinomias y lagunas desde la academia y el Congreso (con el método y rigor garantista), para que estas puedan ser invalidadas y colmadas por la acción de ciudadanos a quienes afecten las violaciones y

por acción de las instituciones de garantía, primaria (como la PGR o la CNDH) y secundaria como la SCJN, así como realizar las respectivas reformas para la alineación garantista.

6. Generar los proyectos legislativos para colmar las lagunas encontradas y promoverlos ante los órganos legislativos, en ausencia de respuesta, generar los argumentos necesarios para reclamar la violación por omisión, vía jurisdiccional y también dentro del subsistema jurídico-político.

Como vemos, la tarea es inagotable y corresponde tanto a las instituciones políticas, como jurisdiccionales, académicas y sociales. En la medida en la que el sistema de vínculos y límites normativos a los poderes públicos y privados no esté completo, se corre el riesgo de que dichos poderes fagociten la institucionalidad que debe brindar certeza jurídica, en detrimento de los derechos fundamentales de las personas.

La crisis de constitucionalidad, de instituciones, de seguridad y de derechos fundamentales que se vive en México y en buena parte del mundo, no es una crisis generada por la falta de valores, es una crisis, que como cualquiera, se genera en las épocas en la que existen cambios de paradigmas. En este caso, afrontar la crisis significa trabajar para que el paradigma del constitucionalismo democrático y garantista en México cobre fuerza.

De ése tamaño debe ser el compromiso de la ciencia jurídica, con todos sus actores, que hoy por hoy, está llamada a apuntalar y dar la batalla que tendrá como resultado la configuración del Estado, de la democracia y del constitucionalismo mexicano del futuro.

7. FUENTES CONSULTADAS

- Ferrajoli, Luigi (2008) *La Esfera de lo Indecidible y la división de poderes*. Año 6. No. 1, Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca
- Ferrajoli, Luigi (2009a), *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, Trad. de Andrea Greppi, 2ª. Ed., España: Trotta
- Ferrajoli, Luigi (2009b), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. 4ª ed., Madrid: Trotta
- Ferrajoli, Luigi (2009c), *Derecho y Razón*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, 9ª. Ed., España: Trotta
- Ferrajoli, Luigi (2011a), *Poderes salvajes. La Crisis de la Democracia Constitucional*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez. España, Trotta
- Ferrajoli, Luigi (2011b), *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia. 1. Teoría del Derecho*, Trad. Bayón Moyino, Et. Al., España: Trotta
- Ferrajoli, Luigi (2012) *Dos Modelos de Constitucionalismo*. Madrid: Trotta
- Ferrajoli, Luigi (1014), *La democracia a través de los derechos*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, España, Trotta
- Luhmann Niklas (2010). *Los Derechos Fundamentales como institución, aportación a la sociología política*, México: Universidad Iberoamericana.

8. JURISPRUDENCIA

- SCJN, contradicción de tesis 293/2011, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y de trabajo del décimo primer circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito, Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
- , Pleno, P./J. 20/2014 (10a.), 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 AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.
- , Pleno, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA

-----, Primera Sala, 1a./J. 43/2015 (10a.) MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL.