

SOBRE EL DEBIDO PROCESO

Miguel CARBONELL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Garantismo penal*. III. *Un apunte histórico sobre el debido proceso*. IV. *Debido proceso: un concepto expansivo*. V. *El debido proceso y la seguridad jurídica*. VI. *Dimensiones de la seguridad jurídica*. VII. *Riesgos actuales de la seguridad jurídica*.

I. INTRODUCCIÓN

No parece haber un consenso ni a nivel doctrinal ni a nivel jurisprudencial sobre el concepto y los contenidos concretos del debido proceso. Pero hay algo en lo que todos los que lo han estudiado parecen estar de acuerdo: el debido proceso es una de las piezas angulares de la moderna civilización jurídica.

Pocos temas han suscitado tantos debates y análisis, los cuales, además, no parecen disminuir con el paso del tiempo, sino que cada vez son más abundantes. Lo que ello refleja es que la construcción del contenido del debido proceso es una obra todavía pendiente respecto de la que queda mucho por decir.

En México el interés sobre el debido proceso parece haberse renovado a raíz del intenso proceso de reforma a diversos ordenamientos, particularmente en materia penal. Como lo ha señalado Sergio García Ramírez, algunos análisis han pretendido plantear un dilema caracterizado por un enorme simplismo, según el cual, habría que optar entre el respeto al debido proceso y la contención efectiva de la criminalidad.¹ Parecería que la única forma de bajar los altos índices de incidencia delictiva tendría como uno de sus principales requisitos que se hicieran a un lado las exigencias del debido proceso.

¹ García Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, 2a. ed., México, Porrúa, 2014, p. 7.

MIGUEL CARBONELL

Pero es justamente al contrario; cuantas más violaciones a la ley existen en una sociedad, tanta más relevancia cobra el respeto escrupuloso de las exigencias derivadas del debido proceso. Y esto es así, ya que es justamente en esos contextos en los que surgen las mayores tentaciones para que el Estado responda a las acciones delictivas, convirtiéndose él mismo en un aparato delincencial.

Frente a las irresponsables llamadas para encontrar atajos en la lucha contra la delincuencia, es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica recordar, permanentemente, el valor del debido proceso y su carácter, como se apuntaba, civilizatorio. Tal como lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

...por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho...²

No hay ninguna materia en la que corran más riesgo de ser violados los derechos humanos que en el campo del derecho penal. Por eso es que justamente respecto de la persecución del delito y en la imposición de las sanciones penales se debe contar con muy robustas previsiones que aseguren el respeto al debido proceso legal. Al respecto, es de nuevo Sergio García Ramírez quien nos recuerda que “el sistema penal entraña una zona crítica de los derechos humanos, en la que éstos entran en un muy severo riesgo y suelen sufrir las más graves afectaciones”.³

Ahora bien, ese respeto al debido proceso es producto, antes que nada, de que tengamos claro los valores que le dan fundamento. Es decir, se debe contar con una ideología que sustente la defensa del debido proceso y lo extienda hacia todos los operadores jurídicos, e incluso, al mayor número posible de integrantes de una comunidad.

La mejor ideología para lograr ese objetivo es, desde mi punto de vista, el *garantismo*, que tantos defensores —y tantos críticos— tienen en la órbita de la cultura jurídica de los países latinos.⁴

² Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, párr. 204.

³ García Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, cit., p. 17.

⁴ Una completa discusión sobre el garantismo puede verse en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2009; la respuesta a los planteamientos formulados en ese libro se encuentra en Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

SOBRE EL DEBIDO PROCESO

Recordemos que el garantismo es una ideología jurídica, o sea, 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 estructurada teoría del garantismo penal, si bien es cierto que muchos de sus postulados pueden ser aplicados a otras áreas del conocimiento jurídico.⁵

De hecho, 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 teórico.⁶

Luis Prieto nos indica que el garantismo tiene al menos tres niveles distintos desde los que puede ser definido y comprendido. El garantismo es, en primer lugar, una filosofía política o una teoría de la justicia; en segundo término, el garantismo es un modelo de ciencia del derecho o de dogmática jurídica; finalmente, en un tercer significado, el garantismo es un nuevo modelo para la teoría del derecho.⁷

Una de las principales ideas del garantismo como filosofía política 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.⁸

De hecho,

...para el garantismo el derecho y su fuerza, es decir fundamentalmente el derecho penal, representan un *mal*, no un *bien* moral; acaso un mal necesario, pero un mal al fin y al cabo que conserva siempre un residuo de ilegitimidad y, por tanto, una necesidad de justificación ante una instancia superior, que es justamente la moral de los derechos humanos, siempre crítica y externa al derecho positivo.⁹

Sobre este punto Marina Gascón afirma que

⁵ Una visión sintética del significado e implicaciones del garantismo puede verse en Prieto, Luis, *Curso básico sobre garantismo*, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, México, 2017 (reimpresión).

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo* (ed. de Miguel Carbonell), 2a. ed., Madrid, Trotta, 2010.

⁷ Prieto, Luis, *Curso básico sobre garantismo*, cit., pp. 3-5.

⁸ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. de Miguel Carbonell et al., México, CNDH, 2006, p. 31.

⁹ Prieto, Luis, *Curso básico sobre garantismo*, cit., pp. 9 y 10.

MIGUEL CARBONELL

...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.¹⁰

Otro postulado básico del garantismo, en su vertiente de ciencia jurídica, 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 punto de vista externo del derecho. Al respecto, Luis Prieto señala que la separación conceptual “entre derecho y moral, entre validez jurídica y justicia, significa, entre otras cosas, que el derecho no es por naturaleza portador de un valor moral, sino que eventualmente puede obtenerlo a la luz de una moral siempre externa y siempre crítica”.¹¹

Por otro lado, la separación entre validez y justicia encuentra su proyección hacia el interior de los ordenamientos jurídicos en la tarea de denunciar la existencia de antinomias y de lagunas, es decir, de las normas vigentes que no son válidas por resultar contrarias a una norma superior, y de las normas que deberían existir pero no existen por la falta de actuación de los legisladores. De ello deriva la tarea de la teoría jurídica para identificar la divergencia entre vigencia y validez originada de la falta de adecuación normativa entre los distintos niveles del ordenamiento jurídico, así como la igualmente importante tarea de denunciar las lagunas, cuya existencia casi siempre impide el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.¹²

Respecto a lo anterior, Luis Prieto señala que

Las lagunas son vicios por omisión y suponen la *indebida* omisión de una norma cuya producción resulta obligada por otra norma superior, por ejemplo, por un precepto constitucional relativo a derechos sociales; las antinomias son vicios por comisión y suponen la *indebida* producción de una norma que viene prohibida precisamente por hallarse en contradicción con otra superior.¹³

¹⁰ Gascón, Marina, “La teoría general del garantismo. Rasgos principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, cit., p. 22.

¹¹ Prieto, Luis, *Curso básico sobre garantismo*, cit., pp. 8 y 9.

¹² *Ibidem*, pp. 5, 20 y 21.

¹³ *Ibidem*, p. 22.

SOBRE EL DEBIDO PROCESO

II. GARANTISMO PENAL

El garantismo en materia penal corresponde con la noción de un derecho penal mínimo,¹⁴ que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. El modelo garantista del derecho penal (en sus vertientes sustantiva y adjetiva o procesal), intenta “asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad”.¹⁵

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; mientras que en 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.¹⁶

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.¹⁷

No hace falta subrayar el vínculo estrecho que existe entre el modelo de derecho penal sustantivo, que se siga en un determinado ordenamiento, y su correspondiente modelo de procedimiento penal.¹⁸

Las garantías penales sustantivas cobran sentido y se hacen realidad cuando cuentan con un contexto procesal adecuado, en el que se aseguren a niveles aceptables ciertas pautas normativas postuladas ya por el pensamiento penal de la Ilustración.¹⁹

¹⁴ Gascón, Marina, “La teoría general del garantismo. Rasgos principales”, *cit.*, p. 38.

¹⁵ *Ibidem*, p. 34.

¹⁶ *Ibidem*, p. 38.

¹⁷ *Ibidem*, p. 39.

¹⁸ “Esquemas y culturas penales y procesal-penales... están siempre conectadas entre sí. Y esta conexión es histórica, además de teórica, puesto que los avatares del derecho penal material y de la teoría del delito han estado siempre modelados sobre las instituciones judiciales, y a la inversa”, Ferrajoli, *Derecho y razón*, *cit.*, p. 538.

¹⁹ Prieto Sanchís, Luis, *El pensamiento penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003.

MIGUEL CARBONELL

Para decirlo con las palabras de Ferrajoli, “tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad”.²⁰

Las garantías adjetivas en materia penal pueden ser divididas en dos categorías: orgánicas y procesales. Las garantías orgánicas se refieren a la colocación institucional del poder judicial respecto a los otros poderes del Estado y a los sujetos del proceso; son garantías tales como la independencia, la imparcialidad, la responsabilidad, la separación entre juez y acusación, el derecho al juez natural, obligatoriedad de la acción penal, etcétera.

Las garantías procesales, por su parte, son aquellas que se dirigen a la formación del juicio, lo que comprende la recolección de las pruebas, el desarrollo de la defensa y la convicción del órgano judicial; se trata de garantías como la formulación de una acusación exactamente determinada, la carga de la prueba,²¹ el principio de contradicción,²² las formas de los interrogatorios y demás actos de la instrucción, la publicidad,²³ la oralidad,²⁴ los derechos de la defensa,²⁵ la motivación de los actos judiciales, etcétera.²⁶

Las garantías del proceso penal, tanto orgánicas como procesales, sirven para construir un modelo procesal de corte cognoscitivo, cuyo objetivo es conocer una “verdad mínima”, pero siempre controlada, de conformidad con los estándares del proceso acusatorio.

En este esquema, las garantías tienen un objetivo no solamente de libertad, sino también de verdad, de modo que se genera una especie de derecho fundamental de la persona que la protege frente a punicio-

²⁰ *Derecho y razón, cit.*, p. 537. El concepto general de “garantía” ha sido desarrollado por Ferrajoli en varios de sus trabajos; ver por ejemplo sus libros *Democracia y garantismo, cit.*, pp. 60 y ss.; así como *Principia iuris*, Madrid, Trotta, 2011, t. I, pp. 186-190 y 630-644.

²¹ Véase el artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución mexicana y el artículo 130 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP, en lo sucesivo).

²² Véase el encabezado del artículo 20, así como su apartado A, fracciones IV y VI de la Constitución y el artículo 6o. del CNPP.

²³ Véase el encabezado del artículo 20, así como su apartado B, fracción V de la Constitución y el artículo 5o. del CNPP.

²⁴ Véase el encabezado del artículo 20, así como su apartado A, fracción IV de la Constitución y los artículos 44 y 396 del CNPP.

²⁵ Véase el artículo 20, apartado B, fracción VI, de la Constitución y los artículos 113, 115 y 121 del CNPP.

²⁶ Ferrajoli, *Derecho y razón, cit.*, pp. 539 y 540.

SOBRE EL DEBIDO PROCESO

nes arbitrarias a cargo del Estado.²⁷ Dice Ferrajoli: “una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida «con verdad», es decir, basada sobre juicios penales predominantemente cognoscitivos (de hechos) y reconocitivos (del derecho), sujetos como tales a verificación empírica”.²⁸

Un esquema que se suele contraponer al cognoscitivo es el decisonista, que busca alcanzar una verdad sustancial, y global, fundada sobre todo en valoraciones. Bajo este esquema, que suele darse en procesos de corte inquisitivo, los términos de la acusación pueden ser discrecionales, la instrucción puede ser secreta, el papel de la defensa resulta irrelevante y el objeto principal del proceso no es el hecho cometido y su valoración, sino la personalidad del reo.²⁹

Es precisamente el valor de la verdad, junto al de la libertad, lo que permite legitimar un proceso penal; al respecto, Ferrajoli indica que “el objetivo justificador del proceso penal se identifica con la garantía de las *libertades* de los ciudadanos, a través de la garantía de la *verdad* —una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones— frente al abuso y al error”.

El valor de la verdad se proyecta de forma directa sobre el quehacer judicial, o sea, sobre el desempeño profesional del juez, al que se exige “tolerancia para las razones controvertidas, atención y control sobre todas las hipótesis y las contrahipótesis en conflicto, imparcialidad frente a la contienda, prudencia, equilibrio, ponderación y duda como hábito profesional y como estilo intelectual”.³⁰

En todo caso, lo que busca alcanzar el proceso penal garantista es una verdad formal o procesal, a la cual se accede

...mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser *la* verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa... se circunscribe a las tesis acusatorias formuladas conforme a las leyes... debe estar corroborada

²⁷ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 540, 541 y 543. Véase además, Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

²⁸ *Derecho y razón*, cit., p. 37.

²⁹ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 541. Sobre los esquemas que distinguen al proceso acusatorio del proceso inquisitivo véase, por ejemplo, Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 11a. ed. (2a. reimp.), México, Porrúa-RENACE-UNAM, 2017.

³⁰ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 546 (las dos citas de este párrafo se encuentran en la misma página).

MIGUEL CARBONELL

por pruebas recogidas a través de técnicas normativamente preestablecidas... es siempre una verdad solamente probable y opinable... [ante] la duda, o a falta de acusación o de pruebas ritualmente formadas, prevalece la presunción de no culpabilidad, o sea, de la *falsedad formal o procesal* de las hipótesis acusatorias.³¹

Al contrario de lo que hemos dicho sobre el modelo garantista del derecho penal, los modelos antigarantistas y autoritarios no persiguen atender el delito en cuanto cuestión prevista (prohibida) por la ley, “sino la desviación criminal en cuanto en sí misma inmoral o antisocial y, más allá de ella, la persona del delincuente, de cuya maldad o antisocialidad el delito es visto como una manifestación contingente, suficiente pero no siempre necesaria para justificar el castigo”.³²

Los modelos antigarantistas han tenido muchas variantes a lo largo de la historia. Se han expresado, por citar algunos ejemplos,³³ en la concepción positivista-antropológica del “delincuente natural”, en la doctrina nazi del “derecho penal de la voluntad” o del “tipo de autor”, en la estalinista que concebía como delincuente al “enemigo del pueblo” y, más recientemente —en el contexto de la lucha contra el terrorismo internacional—, en la creación de un “derecho penal del enemigo”.³⁴

Todas estas formas de comprensión y análisis de las conductas delictivas no tienen ni pueden tener encaje en el marco del Estado constitucional de derecho. No se trata, hay que subrayarlo, de una mera inadecuación teórica —por ejemplo, respecto a los rasgos ya expuestos de la teoría garantista—, sino de una completa incompatibilidad con los ordenamientos jurídicos de corte democrático.

III. UN APUNTE HISTÓRICO SOBRE EL DEBIDO PROCESO

Los antecedentes históricos del debido proceso pueden encontrarse en el derecho inglés. En particular, se suele mencionar el enorme impacto que tuvo y sigue teniendo la Carta Magna o *Magna Charta* de Juan sin

³¹ *Ibidem*, p. 45 (cursivas en el original).

³² *Ibidem*, p. 41.

³³ *Ibidem*, p. 42.

³⁴ Ferrajoli ha examinado este último tema en su libro *Democracia y garantismo*, cit., pp. 234-250. Para nuestro autor, el derecho penal del enemigo representa una contradicción en los términos, ya que supone “la negación del derecho penal, la disolución de su papel y de su íntima esencia, dado que la figura del enemigo pertenece a la lógica de la guerra, que es la negación del derecho, del mismo modo que éste es la negación de la guerra” (p. 235).

SOBRE EL DEBIDO PROCESO

Tierra, expedida en 1215. La Carta ha sido considerada como la piedra angular del sistema constitucional inglés³⁵ y como lo más parecido que ha tenido Inglaterra a una ley fundamental en toda su historia.³⁶ Desde el derecho inglés, la influencia de la *Magna Charta* salta hacia las colonias norteamericanas y allí logra su desarrollo y consolidación.³⁷

El artículo 39 de la Carta disponía que

Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley ni exiliado, ni perjudicada su posición de cualquier otra forma, ni nos procederemos con fuerza con él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales y por la ley del país.

Este precepto es de la mayor importancia para comprender los posteriores desarrollos en materia de derechos fundamentales dentro del proceso, y es también el más importante de toda la Carta.³⁸ En una primera lectura se podría suponer que su objetivo es defender a las personas contra las detenciones arbitrarias, pero en realidad su contenido va más allá de eso: constituye un antecedente del derecho a un juez imparcial al reconocer el derecho a ser juzgado “por sus pares” (por tanto, no por quien designe el rey o el señor feudal).

También puede ser leído como un antecedente del debido proceso legal en varias de sus partes; así, por ejemplo, cuando vincula la detención, la privación de derechos y posesiones y el exilio, con la existencia de un juicio que debe ser “legal”, esto es, seguido conforme a “la ley del país” (*the law of the land*).

En este sentido, Maurizio Fioravanti opina que el artículo 39

...puede, efectivamente, ser leído como una anticipación histórica de una de las principales dimensiones de la libertad en sentido moderno, que es *la libertad como seguridad* de los propios bienes, pero también de la propia persona, sobre todo contra el arresto arbitrario. Está aquí, exactamen-

³⁵ Páramo, Juan Ramón de y Ansuátegui Roig, Francisco Javier, “Los derechos en la revolución inglesa”, en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, t. I, Madrid, Universidad Carlos III, Editorial Dykinson, 1998, p. 758.

³⁶ Schwartz, Bernard, *The Great Rights of Mankind. A History of the American Bill of Rights*, Rowman and Littlefield, Nueva York, 2002, p. 7.

³⁷ Abraham, Henry J. y Perry, Barbara A., *Freedom and the Court. Civil Rights and Liberties in the United States*, 8a. ed., University Press of Kansas, 2003, p. 108.

³⁸ Dorado Porras, Javier, *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, cit., p. 121.

MIGUEL CARBONELL

te en este punto, el origen, en la perspectiva historicista, de las reglas que componen el *due process of law*.³⁹

Sobre el artículo 39 Martin Kriele ha escrito lo siguiente:

Esta fórmula se convirtió en madre de todos los derechos fundamentales: la protección contra la detención y la persecución penal arbitrarias, es el derecho fundamental originario, la raíz de la libertad. Pues sin este derecho fundamental el hombre está permanentemente amenazado; todo tipo de expresión o actividad espiritual, política, religiosa o de otro tipo puede costarle la libertad personal; el miedo lo obliga a cerrar la boca. Un soberano es siempre sinónimo de terror, aun cuando maneja su poder con medida y con justicia; el súbdito vive con miedo y sin dignidad humana porque nunca puede estar seguro. La protección contra la detención arbitraria es, pues, no sólo *históricamente*, sino también *materialmente*, la madre de todos los derechos fundamentales.⁴⁰

La disposición contenida en el inciso 39 de la *Magna Charta* encuentra eco en algunos otros textos todavía anteriores al surgimiento del Estado constitucional.⁴¹ Por ejemplo, en el Código Legislativo Nacional de Magnus Erikson, en Suecia, emitido hacia 1350, se dispone que es obligación del rey jurar que va a ser “leal y justo con sus ciudadanos, de manera que no prive a ninguno, pobre o rico, de su vida o de su integridad corporal sin un proceso judicial en debida forma, como lo prescriben el derecho y la justicia del país, y que tampoco prive a nadie de sus bienes si no es conforme a derecho y por un proceso legal”.

IV. DEBIDO PROCESO: UN CONCEPTO EXPANSIVO

A partir de la conceptualización de garantías sustantivas y procesales que hace Ferrajoli, podemos trazar una analogía para poner en evidencia que el debido proceso puede consistir en un conjunto de formalidades, que es como tradicionalmente se le ha entendido, pero cuya aplicación

³⁹ *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 32. Cursivas en el original. En el mismo sentido, Schwartz, Bernard, *The Great Rights of Mankind. A History of the American Bill of Rights*, cit., pp. 6 y 7.

⁴⁰ Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, trad. de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 209.

⁴¹ Un elenco de tales textos y su impacto en la historia del constitucionalismo puede verse en Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2014 (reimp.).

SOBRE EL DEBIDO PROCESO

no debe verse limitada al campo del derecho penal. En todas las demás materias, en las que se pueda ver afectada la libertad de las personas, su patrimonio o —en general— sus derechos, también se deben aplicar las reglas del debido proceso.

Desde un punto de vista formal, el debido proceso ha sido definido por García Ramírez como un límite a la actividad estatal que “se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”.⁴²

A lo señalado por García Ramírez quizá habría que precisar que la comprensión de lo que es una “instancia procesal” debe hacerse con gran amplitud, ya que también los órganos administrativos que con sus actos afecten la esfera jurídica de los particulares están obligados a respetar las formalidades procedimentales que el ordenamiento jurídico les impone.

Es por eso que el propio García Ramírez habla de un “concepto expansivo” del debido proceso legal, el cual nos permite extender sus garantías hacia ámbitos como el derecho administrativo sancionador, que de alguna manera también es expresión del poder punitivo del Estado.⁴³

Respecto a la aplicación de las garantías del debido proceso al derecho administrativo sancionador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente: es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica, es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en

⁴² García Ramírez, *El debido proceso*, cit., p. 22.

⁴³ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

MIGUEL CARBONELL

el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste (caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, párr. 106).

En otro pronunciamiento sobre el tema, el tribunal interamericano al resolver un caso contra Guatemala ha señalado lo siguiente (cursivas añadidas):⁴⁴

73. La Corte ha señalado que el artículo 8.1 de la Convención consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal”, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos. Mientras que el artículo 8.2 de la Convención establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. *Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.*

75. Del recuento de la jurisprudencia que ha desarrollado la Corte hasta al momento, se entiende que ésta ha considerado que *las garantías del artículo 8.2 de la Convención no son exclusivas de los procesos penales, sino que además pueden ser aplicables a procesos de carácter sancionatorio.* Ahora bien, lo que corresponde en cada caso es determinar las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal, según su naturaleza y alcance.

80. El derecho a contar con comunicación previa y detallada de la acusación en materia penal contempla que debe realizarse una descripción material de la conducta imputada que contenga los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. Como parte de las garantías mínimas establecidas en el artículo 8.2 de la Convención, el derecho a contar con comunicación previa y detallada de la acusación se aplica tanto en materia penal como en los otros órdenes señalados en el artículo 8.1 de la Convención, a pesar de que la exigencia en los otros órdenes puede ser de otra intensidad o naturaleza. Ahora bien, *cuando se trata de un proceso disciplinario sancionatorio el alcance de esta garantía puede ser entendido de manera diversa, pero en todo caso implica que se ponga en conocimiento del sujeto disciplinable cuales son las conductas infractoras del régimen disciplinario que se le imputan.*

⁴⁴ Caso “Maldonado Ordóñez contra Guatemala”, sentencia del 3 de mayo de 2016.

SOBRE EL DEBIDO PROCESO

V. EL DEBIDO PROCESO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

El debido proceso es una herramienta que está al servicio de una serie de valores que tienen la mayor relevancia en el Estado constitucional de derecho. Uno de ellos es el valor de la seguridad jurídica, que tan violado y olvidado ha sido a lo largo de la historia de México —y de otros países de América Latina, por supuesto—.

La protección de la seguridad jurídica se logra a través del establecimiento y de la garantía efectiva de una serie de derechos fundamentales que deberían estar en el centro del debate público en nuestro país y que deberían también ser la guía permanente de la actuación de todas las autoridades.

La realidad demuestra que no es así y que nos falta mucho para preservar tales derechos. Pero eso no debe llamarnos a la resignación, sino a la movilización informada para reivindicar una serie de postulados sin los cuales es imposible que las personas logren vivir tranquilas, sin estar amenazadas permanentemente por la compulsiva arbitrariedad de las autoridades.

Sin seguridad jurídica no puede haber crecimiento económico, protección de los derechos de los trabajadores, respeto a la libertad de las personas o control del poder de las autoridades. De ahí la importancia de estudiar y saber aplicar adecuadamente las disposiciones constitucionales, convencionales y legales que protegen el debido proceso legal y, de esa forma, sirven al valor de la seguridad jurídica.

Los derechos vinculados con la seguridad jurídica son, tal vez, los que más clara relación guardan con el concepto de Estado de derecho en sentido formal. El Estado de derecho en sentido formal puede entenderse como el conjunto de “reglas del juego” —de carácter, fundamentalmente, procedimental— que los órganos públicos deben respetar en su organización y funcionamiento internos, y lo que quizá es todavía más importante, en su relación con los ciudadanos. Se trata del concepto formal de Estado de derecho como Estado en el que las autoridades se encuentran sujetas a la ley —o, en general, a las normas jurídicas—.

Una de las notas que más presente ha estado en la historia y en la teoría sobre la noción de “Estado de derecho” es la que tiene que ver con la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento: los requisitos que deben observar las autoridades para molestar a una persona, la competencia limitada y/o exclusiva de cada nivel de gobierno, la imposibilidad de aplicar hacia el pasado las nuevas leyes, las reglas de carácter procesal para privar a una persona de su libertad, y así por el estilo.

MIGUEL CARBONELL

Elías Díaz lo ha escrito de forma contundente en un libro clásico sobre el tema:

...el Estado de derecho es el Estado sometido al derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley... Las ideas de control jurídico, de regulación desde el derecho de la actividad estatal, de limitación del poder del Estado por el sometimiento a la ley, aparecen, pues, como centrales en el concepto del Estado de derecho en relación siempre con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales.⁴⁵

La sujeción de los órganos públicos a la ley se concreta en el principio de mera legalidad, que es distinto al principio de estricta legalidad según el cual las autoridades no solamente deben de acatar las leyes, cualesquiera que sean sus contenidos, sino que es preciso, además, que todos sus actos —incluyendo los propios actos legislativos— estén subordinados a los derechos fundamentales.⁴⁶

La idea de seguridad jurídica tiene muchas vertientes y se expresa a través de una pluralidad de significados. En el primero que estamos analizando, referido a la sujeción de los poderes públicos al derecho, empata directamente con la misión central que tuvo el primer constitucionalismo, que entendía que todo el sistema constitucional se justificaba en la medida en que pudiera controlar al poder por medio del ordenamiento jurídico.⁴⁷

La división de poderes y el respeto de los derechos fundamentales serían desde entonces, y lo siguen siendo en la actualidad, los dos elementos claves para alcanzar ese objetivo, como lo anticipó en su momento el conocido artículo 16 de la Declaración francesa de 1789. En esa misma lógica, y dentro del mismo momento histórico, se debe recordar también que el artículo 8o. de la Declaración de los Derechos del

⁴⁵ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1991 (reimpresión), pp. 17 y 18; del mismo autor sobre el tema, “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en Carbonell, Miguel *et al.*, (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI-ITAM-UNAM, 2002, pp. 61 y ss.

⁴⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, *cit.*, p. 857; del mismo autor sobre el tema, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

⁴⁷ La idea del control del poder ha sido desarrollada, entre otros autores, por Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, y por Valadés, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2000.

SOBRE EL DEBIDO PROCESO

Hombre y del Ciudadano de 1793 establecía que “La seguridad consiste en la protección otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades”.

La seguridad jurídica, por tanto, se expresa en mandatos de carácter formal con respecto a la actuación del Estado y de sus órganos, preservando la idea de la división de poderes como sujeción funcional a una serie de “reglas de juego”, con el objetivo de preservar la libertad de las personas que habitan en el propio Estado —sin embargo, tómesese en cuenta lo que del “debido proceso en sentido sustantivo” se dijo en las páginas anteriores—.

Como escribe Gregorio Peces-Barba:

En su dimensión de justicia formal, la función de seguridad jurídica ayuda a limitar el voluntarismo del poder y a crear sensación de libertad en los ciudadanos. Es, por consiguiente, una dimensión esencial para la cohesión social y para la adhesión y el acuerdo de la ciudadanía con su sistema político y jurídico.⁴⁸

VI. DIMENSIONES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Si analizamos con algo más de detalle lo que se acaba de apuntar, veremos que son dos las dimensiones principales a través de las cuales se expresa el principio de seguridad jurídica: la primera tiene que ver con la previsibilidad de nuestras acciones en cuanto a sus consecuencias jurídicas, y la segunda se refiere al funcionamiento de los poderes públicos. Antonio E. Pérez Luño ha llamado a lo primero “corrección estructural” y a lo segundo “corrección funcional”.⁴⁹

En efecto, la seguridad jurídica busca que la “estructura” del ordenamiento sea correcta (que sea justa, para decirlo en otras palabras) y que también lo sea su “funcionamiento”.

La corrección estructural se concreta en una serie de principios que están presentes en casi todos los ordenamientos jurídicos democráticos. Entre esos principios encontramos los siguientes:⁵⁰

⁴⁸ Peces-Barba, Gregorio, “La Constitución y la seguridad jurídica”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 138, diciembre de 2003, p. 8.

⁴⁹ Pérez Luño, Antonio E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 23 y ss. y “Seguridad jurídica”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 483 y ss.

⁵⁰ Sigo la exposición de Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, cit., pp. 23 y ss.

MIGUEL CARBONELL

- A. *Lege promulgata*. Según el cual para que una norma jurídica sea obligatoria tiene que haber sido adecuadamente promulgada; es decir, tiene que haber sido dada a conocer a sus destinatarios mediante las formalidades que se establezcan en cada caso. La promulgación en los Estados modernos presupone el carácter escrito del derecho, lo que permite la inclusión de las normas en publicaciones oficiales, así como su recopilación en códigos, leyes, tratados, reglamentos, etcétera. Sobra decir que un sistema de derecho escrito permite contar con mayores niveles de seguridad que un sistema de derecho consuetudinario, puesto que, al estar fijadas en un texto, es más fácil que las normas que rigen en una sociedad sean conocidas y aplicadas por sus destinatarios.
- B. *Lege manifiesta*. Según el cual las leyes (las normas jurídicas en general) deben ser claras, comprensibles, alejadas de formulismos oscuros y complicados. Así, por ejemplo, es contrario a la seguridad jurídica el establecer tipos penales abiertos o en blanco, que son aquellos en los que la acción que se quiere sancionar no está claramente definida en el texto ni se establecen con precisión las consecuencias jurídicas para quienes la llevan a cabo.
- C. *Lege plena*. Según el cual las consecuencias jurídicas de alguna conducta deben estar tipificadas en un texto normativo; todos los actos o conductas que no estén jurídicamente previstos (por ejemplo, la determinación del lado por el que se debe subir una persona a la bicicleta o la forma correcta de ponerse los calcetines) no pueden tener consecuencias jurídicas que nos afecten. Esto se logra mediante el establecimiento de un sistema de fuentes del derecho a través del cual se determina qué normas forman parte del ordenamiento jurídico y los pasos que son necesarios para modificar o derogar esas normas. Solamente con base en alguna de las normas pertenecientes al sistema jurídico un juez o una autoridad administrativa nos podrá imponer, llegado el caso, algún tipo de consecuencia jurídica por nuestra conducta.
- D. *Lege stricta*. Según el cual algunas áreas de la conducta pueden ser reguladas, pero sólo mediante cierto tipo de normas. Así, por ejemplo, en el caso de bienes jurídicos de gran importancia, el texto constitucional puede establecer que únicamente pueden ser afectados mediante una ley, excluyendo de esa manera la posibilidad de que tales bienes sean regulados por otras fuentes del derecho o por sujetos distintos al poder legislativo. Es lo que sucede en los países democráticos con la materia penal o con la materia tributaria, en las que las Constituciones suelen

SOBRE EL DEBIDO PROCESO

establecer lo que se llama una “reserva de ley” conforme a la que exclusivamente el legislador puede establecer los tipos penales y sus consecuencias jurídicas o determinar los elementos esenciales de los tributos que debemos pagar para el sostenimiento del gasto público.⁵¹

- E. *Lege previa*. Según el cual las leyes solamente pueden regir hacia el futuro, haciendo con ello posible que las consecuencias jurídicas de nuestra conducta sean previsibles en la medida en que podamos saber que estarán regidas bajo las actuales reglas del juego y no bajo las reglas que, en un momento posterior, pudieran dictarse. Este principio se materializa en la prohibición de aplicar retroactivamente la ley, el cual será analizado con detalle en el siguiente capítulo.
- F. *Lege perpetua*. Según el cual los ordenamientos jurídicos deben ser lo más estables que sea posible, a fin de que las personas puedan conocerlos y ajustar su conducta a lo que establezcan. Si un ordenamiento es muy volátil, lo más seguro es que cueste mucho alcanzar un conocimiento general de sus normas, de forma que la posibilidad de incumplirlo se incrementará sustancialmente. En México sabemos bien las consecuencias funestas de tener un ordenamiento que todo el tiempo está cambiando; eso sucede sobre todo en materia fiscal y en materia constitucional.

Cuando todavía no terminamos de entender el sentido de una reforma constitucional ya están promulgando la siguiente. En los primeros 100 años de vigencia de la Constitución mexicana (1917-2017) se le han realizado más de 700 modificaciones; los decretos de reforma constitucional se han publicado cada 51 días en promedio, sin interrupción alguna, a lo largo de este primer siglo de vida de la Carta de Querétaro.

Como se puede apreciar, los principios que se acaban de enumerar no tienen sentido por sí solos; es decir, para que en verdad puedan estar al servicio de la seguridad jurídica, es necesario que todos ellos, sin excepción, estén presentes en un ordenamiento jurídico determinado.

No serviría de nada que las leyes no pudieran ser retroactivas si su contenido fuera tan oscuro que nadie las entendiera; tampoco tendría sentido disponer la necesidad de publicar las leyes si los jueces pudieran utilizar sus propias convicciones personales al momento de imponer una multa o fijar una pena privativa de la libertad, y así por el estilo.

⁵¹ Una visión general de la problemática enunciada en este párrafo puede verse en Guastini, Riccardo, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, 2a. ed., Lima, Legales Ediciones, 2017.

MIGUEL CARBONELL

La seguridad jurídica exige la presencia de todos esos principios para volverse realidad —y quizá también de algunos otros, ya que los mencionados son la base mínima para que podamos considerar que un ordenamiento jurídico protege la seguridad jurídica—.

Los principios mencionados corresponden, decíamos, a la dimensión de la corrección estructural. Por lo que hace a la corrección funcional, la seguridad jurídica exige que podamos garantizar el cumplimiento generalizado de las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico por parte de los particulares, así como la regularidad de la actuación de las autoridades.

Esta segunda vertiente o dimensión de la seguridad jurídica se traduce:⁵²

- A. Por un lado, en la presunción de conocimiento del derecho y en la prohibición de esgrimir la ignorancia del mismo.
- B. Por el otro, en el principio de legalidad de los poderes públicos, de acuerdo con el cual estos poderes solamente podrán hacer aquello para lo que estén facultados por una norma jurídica (ver al respecto lo que establece el artículo 16 de la Constitución mexicana).

A través de los dos subprincipios que se acaban de mencionar se busca evitar que las personas puedan evadir el cumplimiento del derecho aduciendo que no conocían las obligaciones que las normas les imponen, así como impedir la arbitrariedad de los poderes públicos al sujetarlos a una serie de reglas que se integran en un sistema de pesos y contrapesos, tendiente a evitar cualquier transgresión por parte de las autoridades al ámbito de competencias que tienen jurídicamente establecido.

VII. RIESGOS ACTUALES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

No es difícil advertir que son muchas las exigencias que despliega el principio de seguridad jurídica. Pero tampoco es complicado intuir que muchas de esas exigencias se realizan de manera muy precaria en la mayoría de países democráticos del mundo —y no se realizan de forma alguna en los países no democráticos, como es obvio—.

⁵² Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, cit., pp. 26 y 27.

SOBRE EL DEBIDO PROCESO

Pensemos, por ejemplo, en el principio de *lege manifesta*, de acuerdo con él, las normas jurídicas deben ser claras y comprensibles por sus destinatarios: ¿en verdad una persona sin formación técnico-jurídica sería capaz de entender una ley aduanera o un reglamento sobre impacto ambiental? Lo más probable es que para orientarse en esos textos deba recurrir a la asesoría de los profesionales.

De hecho, ni siquiera la propia Constitución mexicana de 1917 utiliza el lenguaje adecuado y comprensible que sería deseable para una norma que se dirige a todas las personas que se encuentran en el territorio nacional. El lenguaje constitucional es rebuscado y la redacción de algunas de sus normas es oscura e intrincada. En ocasiones ni los especialistas ni los tribunales pueden orientarse con claridad en el texto constitucional, como lo demuestra el hecho de que sobre un mismo precepto existan las más diversas y dispares interpretaciones. En general, se puede decir que tenemos un ordenamiento jurídico opaco, en el que no abunda la claridad, pero sí las zonas de penumbra o de franca oscuridad.

Las dificultades para la seguridad no se detienen en la mala redacción de las normas jurídicas, sino que aumentan por efecto de la velocidad a la que cambia el ordenamiento jurídico y por el gran número de normas de todo tipo a las que se enfrentan cotidianamente las personas. En un país con una estructura federal, como es el caso de México, una persona que quisiera estar al tanto del conjunto del ordenamiento jurídico no solamente tendría que leer todos los días el *Diario Oficial de la Federación*, sino también las gacetas y periódicos oficiales de las 31 entidades federativas y de la Ciudad de México. Se trata de una tarea de proporciones titánicas.

Como principio de seguridad jurídica es incontrovertible que debemos presumir que el derecho es conocido por todos por el mero hecho de contar con una serie de formalidades para que una norma jurídica sea obligatoria —por ejemplo, al exigir su publicación antes de que pueda entrar en vigor—, pero es también indudable que ese conocimiento no se realiza en los hechos, y que cada día se revela más como una cuestión meramente académica.

Por lo que hace a la corrección funcional aplicada a la observancia del principio de legalidad de los poderes públicos, cualquiera que se acerque a la realidad mexicana de nuestros días comprobará que no se observa cabalmente en ningún nivel de gobierno y por ninguna autoridad. Las autoridades administrativas se han significado, históricamente, por ignorar cualquier tipo de regulación jurídica en su funcionamiento.⁵³

⁵³ Un análisis más detenido de los artículos que en la Constitución mexicana contienen los principios del debido proceso puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos*

MIGUEL CARBONELL

Lo mismo la policía que los inspectores de vía pública; en general las autoridades se conducen al margen de la ley y están sujetos, más bien, a códigos corruptos, en perjuicio del interés general. Es aplicable a México la observación que hace Luigi Ferrajoli sobre Italia, en el sentido de que, junto a la configuración formal y pública del Estado, se ha ido construyendo un Estado sumergido, “un doble Estado oculto y paralelo que contradecía todos los principios de la democracia política y del Estado de derecho, desde el principio de legalidad al de publicidad, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de los poderes públicos”.⁵⁴

fundamentales en México, 6a. ed., Porrúa-UNAM-CNDH, 2017 (reimp.), así como en los comentarios a los artículos 14, 16 y 17 (entre otros) que se contienen en Cossío, José Ramón (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, t. I, México, Tirant, 2017.

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI-ITAM-IFE, 2003, p. 144.