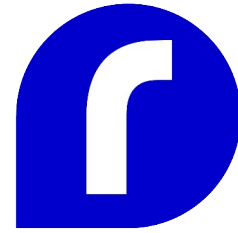


# La Función de garantía en El Estado



**Walter Antillón Montealegre**  
Costarricense. Doctor en Derecho  
Procesal Civil. Abogado y político;  
profesor emérito de la Universidad de  
Costa Rica (Costa Rica).  
Correo electrónico:  
[antillon32@gmail.com](mailto:antillon32@gmail.com)

## Constitución y constitucionalismo

Uno de los paradigmas básicos del Constitucionalismo ha sido particularmente lo que Hans Kelsen llamó “**el sometimiento del derecho al derecho**”, el cual, según Ferrajoli, permite verificar la disociación: a) entre forma y sustancia de la norma; b) entre vigor y validez de la misma; c) entre mera legalidad y estricta legalidad; y d) entre legitimación formal y legitimación sustancial de los actos (Ferrajoli 2014).

Ese ‘derecho sobre el derecho’, este sistema de normas meta-legales de rango superior dirigidas al legislador y a los otros poderes públicos, se resume precisamente en la presencia de un doble orden normativo del Estado Moderno; y en razón de ello la Constitución Democrática es definida por dicho Autor como un acuerdo de voluntades, en primer lugar, acerca de las formas políticamente representativas de las decisiones legislativas, pero también sobre el precepto constitucional que establece lo que esas voluntades no pueden decidir (la esfera de lo *no decidable*), ya sea porque se trate de materia sobre la que no es lícito absolutamente decidir, o igualmente, porque se trate de materia sobre la que no se puede no decidir (Ferrajoli 2008, 102).

## Gobernar y garantizar (1): garantías primarias

En el temprano Estado de Derecho del Siglo XIX, para saber si los ensayos realizados por el gobierno en ejercicio de sus funciones legislativas y administrativas están conformados a derecho, fue preciso que se organizaran instituciones a cargo de funciones consistentes en verificar no sólo los resultados prácticos de aquellos ensayos (eficiencia), sino también instituciones a cargo de funciones consistentes en verificar su conformidad con las formas jurídicas (legalidad).

Posteriormente, en el moderno Estado Constitucional de los Derechos Humanos, la “Constitución, entendida ahora como carta fundamental de los Derechos/Valores” (la *Grundwert* de Falzea) debe ser entendida como **el programa de realización de la democracia y los derechos fundamentales de todas las personas**; y en congruencia con ello, no bastaba la existencia de instituciones de control jurídico formal, sino que era imperativo **garantizar** institucional y funcionalmente el cumplimiento efectivo de aquel programa de valores, en caso de producirse omisiones o violaciones de parte de los gobiernos.

Se trató, pues, de postular un nuevo paradigma de las funciones del Estado contemporáneo, en el que se las reordene en las dos grandes categorías ya indicadas que, según vimos, corresponden precisamente a las dos grandes dimensiones de la fenomenología de la producción socio-jurídica: “voluntad/poder” y “conocimiento/saber”; lo que, aplicado al Estado, significa **funciones de gobierno** (voluntad/poder: el órgano ensaya un curso de acción en pos de un resultado) y **funciones de garantía** (conocimiento/saber: otro órgano verifica y enjuicia la acción a tenor de las normas).

Las mencionadas funciones son atribuidas a sendas **Instituciones de Gobierno e Instituciones de Garantía Primaria y Secundaria**. Ambos grupos de funciones (y de instituciones) se diferencian entre ellos por sus distintas fuentes de legitimación:

- i) Para las de gobierno y de garantía **primaria**, la fuente es la voluntad popular expresada inmediatamente en las elecciones nacionales de los respectivos funcionarios;
- ii) Para las de garantía **secundaria** lo es también, en sentido formal, la voluntad popular, pero expresada en forma mediata, en los textos de la Constitución y las leyes, y en forma inmediata a través de los correspondientes nombramientos de los titulares; pero en sentido sustancial la fuente de legitimación es el estricto sometimiento del órgano a la Constitución y a las leyes.

La observación de estas diferencias llevó a una nueva manera de agrupar los llamados ‘poderes del Estado, según la índole de sus relaciones, en relaciones de condivisión y relaciones de separación:

Se establece la **condivisión** entre dos órganos cuando, como ocurre con el Legislativo y el Ejecutivo, ambos realizan funciones que son diferentes pero complementarias, dentro de una unidad funcional superior que las engloba: son órganos distintos pero coordinados, no separados y descoordinados. Esto se aprecia con mucha claridad en el sistema parlamentario, donde el poder ejecutivo proviene del legislativo y requiere constantemente su respaldo para gobernar.

En cambio, se impone y se requiere la **separación** e incluso la no coordinación entre los órganos de gobierno y los de garantía, como ocurre entre el Poder Judicial y los otros Poderes, porque esa separación/no coordinación entre ellos es esencial para asegurar el ejercicio independiente y la efectividad de la función de garantía de las instituciones judiciales.

Destacar esta diferencia entre la condisión y la separación es de gran utilidad para entender la naturaleza de lo judicial, profundamente diversa de la naturaleza de los poderes legislativo y ejecutivo. Los jueces del Estado (es decir, la judicatura) forman un orden que se caracteriza porque cada uno de ellos (que pueden ser cientos o miles) realiza enteramente por sí mismo, en sus sentencias, la función jurisdiccional del Estado: cada juez constituye, realiza y agota, en sí, el poder judicial; a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en los sistemas presidencialistas con el poder ejecutivo, titular de la función administrativa, el cual está integrado, no por cada uno de los innumerables órganos que forman la burocracia del gobierno y la administración pública, sino únicamente por dos: el presidente y el ministro; y por una razón similar se diferencia el poder judicial del legislativo, cuyos cincuenta o cien diputados o senadores se refunden en un solo órgano titular de la función legislativa: la cámara legislativa o el senado, según el caso. Este contraste nos revela un indicio para apreciar la singularidad de la **figura del juez** frente a los burócratas y otros órganos públicos.

Como ya lo hacíamos ver anteriormente en el ejemplo de los sistemas parlamentarios de gobierno, la condisión de los respectivos poderes entre los órganos ejecutivo y legislativo es muy nítida, porque

- a) el ejecutivo surge del seno del parlamento y depende de su confianza (voto mayoritario positivo);
- b) el ejecutivo participa en la disolución del parlamento y en el llamamiento a nuevas elecciones;
- c) el ejecutivo tiene poder de convocatoria y de 'dirección política' que vinculan al parlamento; y
- d) el voto mayoritario negativo del parlamento provoca la caída del ejecutivo; etc., etc.

En sistemas presidencialistas, como el nuestro, la condisión no es tan notoria, pero la podemos observar:

- a) En el proceso de formación de la ley, pues luego de la aprobación legislativa, se precisa la sanción ejecutiva;
- b) Durante el llamado "Período de Sesiones Extraordinarias", en el que la iniciativa legislativa corresponde exclusivamente al poder ejecutivo;
- c) En la potestad de interpelación que tiene el legislativo sobre los miembros del ejecutivo; etc.

Como ya lo decíamos, la condisión entre poderes ejecutivo y legislativo es posible porque son instituciones homogéneas, cuya suma (legislar + dirigir + administrar) articula o integra una función activa única: **gobernar** a la comunidad y para la comunidad instalada en el territorio estatal.

Con otras palabras, la técnica occidental de gobernar consiste en legislar y administrar lo legislado por parte de dos instituciones que combinan sus acciones de la manera más eficiente posible. De manera que cuando un parlamento legisla, siempre dentro de los límites trazados por las normas constitucionales, establece las pautas normativas para que un poder ejecutivo administre. Y por su parte el ejecutivo, al actuar, lleva a cabo todas las funciones administrativas que conforman un ejercicio reglado o discrecional, dentro de los modos y los límites normativos trazados en la ley ordinaria.

Por el contrario, aquella homogeneidad y aquella proximidad entre poderes no existen ni pueden existir con respecto a la función jurisdiccional. Ahí la cosa es distinta, porque:

- a) **el juez** verifica, mediante el proceso contencioso administrativo, si la Administración Pública ha dictado un acto en violación de la ley;
- b) **el juez** verifica, mediante el proceso penal, si los funcionarios públicos han incurrido en delito;
- c) **el juez** verifica, con el llamado 'recurso de inconstitucionalidad', si la Asamblea Legislativa ha promulgado una ley contraria a la Constitución; etc.

Para realizar su parte del **programa de la Constitución**, las instituciones de gobierno deben organizar sus agentes y dotarlos de sus respaldos normativos y de los medios financieros y técnicos adecuados, de modo que **ese aparato institucional, a la vez que ensaya las funciones de legislar y conducir el gobierno interior y los asuntos internacionales del Estado, también constituye la garantía primaria** de cumplimiento del referido programa constitucional, en lo que atañe a la satisfacción de los derechos fundamentales, creando y financiando las instituciones y las funciones correspondientes.

Entonces, obviamente incluimos entre las instituciones de **gobierno** a las cámaras legislativas, a los presidentes, los primeros ministros y los ministros de gobierno; y los entes públicos regionales, provinciales y locales.

Por su parte, las instituciones de garantía **primaria** son las escuelas, los hospitales, las universidades, los museos, la policía, los entes de seguridad social (como la CCSS), las instituciones prestadoras de bienes y servicios de educación, salud, seguridad, etc., en cumplimiento de sendos derechos humanos tutelados constitucionalmente; porque, en efecto, son creadas para garantizar que las aspiraciones plasmadas en la Constitución y las leyes se materialicen en obras de bien común.

## Gobernar y garantizar (2): las garantías secundarias

Entonces, según yo lo entiendo, en el contexto de la teoría ferrajoliana, la **Garantía Secundaria** se define como un enunciado normativo que, ante la verificación de una determinada situación de disvalor que se describe, postula el deber ser de una o varias funciones públicas dirigidas a la supresión del disvalor. Se empieza a hablar de garantías a partir de la Ilustración, en la medida en que se concibe al Estado con una vocación de bien común, y a la Constitución como el instrumento programático para la realización de dicho bien común: los derechos fundamentales de las personas.

En ese contexto, por **Garantismo** debemos entender la reflexión dogmática, teórica y filosófica que nace de la observación de la divergencia entre un modelo normativo (por ejemplo, el derecho constitucional a la libre expresión) y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores (ley y/o reglamento que establece la censura previa), con miras a la implantación de técnicas coercitivas que conduzcan a controlar y neutralizar la divergencia política (Ferrajoli 1995, 851). Los dos términos resultan claves para lo que sigue.

Hablamos aquí de la necesidad de que existan instituciones idóneas **para asegurar a los administrados el goce de aquellos derechos constitucionales, cuando** les fueren negados en niveles legislativos o administrativos, realizando para ello funciones específicas que serían entonces de '**garantía secundaria**'; y de ellas nos ocuparemos ahora.

Las instituciones de garantía **secundaria**, son instituciones prestadoras de servicios jurídicos de carácter jurisdiccional: en primer lugar **la judicatura**, el ministerio público **de la defensa** y el ministerio público **de la acusación**; pero también las diversas contralorías, el ombudsman y las defensorías de los habitantes, etc. Pero en todo caso, sin duda alguna la principal y más delicada es el **Poder Judicial**, tema principal de este artículo.

A propósito de las funciones judiciales, recuerdo lo que coloquialmente ilustra el gran constitucionalista italiano Alessandro Pizzorusso:

- a) Al parlamentario que produce la ley inválida, el juez le recita la cartilla de la Constitución: ¡Ojo! Usted no puede decidir así, porque el pueblo, en la Constitución, dispuso otra cosa;
- b) Al funcionario que produce el acto administrativo ilegal, el juez le recita la cartilla de la Ley: ¡Ojo! Usted no puede decidir eso, porque el pueblo, a través de la Ley, dispuso otra cosa.

De ese modo, la voluntad del pueblo plasmada en la Constitución, hace que la volubilidad del acto parlamentario se atempere frente a la perennidad del texto constitucional; así como hace también que la contingencia del acto administrativo se atempere frente a la fijeza o estabilidad de la ley.

La función jurisdiccional de garantía secundaria puede definirse esencialmente como el **ejercicio de constatación** de actos inválidos o ilícitos, para anular los primeros o condenar los segundos, aplicando al respecto las mismas normas violadas por dichos actos.

Es decir, la institución judicial garantiza al ciudadano el goce del derecho cuando no funcionó o no puede funcionar la garantía primaria, por culpa de ensayos fallidos debido a inercias o ineptitudes, o de actos inválidos o ilícitos de parte de los órganos de gobierno.

### La judicatura como contra-poder

Aquí cae por su peso una constatación: la feliz y oportuna promulgación de una ley, la realización efectiva o el éxito financiero de un determinado gobierno, son temas que no rozan con la esfera de acción del juez, en su condición de juez: son ajenos a sus funciones en cuanto miembro de la judicatura, aunque en su condición de ciudadano privado puedan resultar o no de su interés. Desde el punto de vista de sus funciones, los actos de presidentes, ministros, diputados, etc., deben interesar al pensamiento y la actividad del juez sólo en el contexto de un proceso jurisdiccional, cuando encarnen hipótesis subsumibles en la norma jurídica; sólo interesan, por decirlo así, para los efectos del 'silogismo' de la sentencia judicial.

En Costa Rica, por ejemplo, está muy arraigada la práctica de que el Presidente de la República convoque a reunión a los Presidentes de los otros Poderes para discutir asuntos de Estado, tales como el aumento de la delincuencia o la crisis fiscal. Creo que, si interpretamos correctamente la Constitución, tales 'cumbres' resultan ser ilícitas, además de inoportunas, porque el juez que sirve la Presidencia de la Corte debe tener presente que los otros Presidentes, al igual que los demás ciudadanos, eventualmente podrían ser imputados en procesos penales, en los que no pueden valer el 'espíritu de cuerpo' ni camaraderías entre 'colegas presidenciales'.

La **división funcional** que menciona la doctrina, entre poder ejecutivo y poder legislativo, tiene solo el propósito de controlar la competencia/legitimidad en el ejercicio de cada función, para que cada uno haga bien la parte que le corresponde en el todo.

Con el poder judicial la cosa es radicalmente diferente: **la neta separación** entre las funciones y las instituciones de gobierno y las funciones e instituciones de garantía jurisdiccional debe ser institucionalizada de forma minuciosa al más alto nivel, **para asegurar la independencia y la imparcialidad** del juicio de verdad y juricidad que, cuando ello proceda, deberá realizar la Judicatura con referencia a los otros Poderes, a sus titulares y a cualesquiera funcionarios o ciudadanos. La función jurisdiccional es crítica, en cierto sentido negativa, no activa, en contraste con el esquema dinámico de homogeneidad/colaboración de los otros poderes, conformando entonces, frente a ellos,

lo que ha sido llamado un contra-poder. Y por esa razón, en el plano interno del desempeño de su cargo, el juez no debe ostentar el éxito ni perseguir la gloria, así como tampoco temer el descontento de los poderosos; debe cumplir sus funciones, como decían los romanos, *sine spe et sine metu*: sin esperar recompensa; sin miedo a la represalia.

Y es por todo eso que, valga la ocasión, resulta tan importante, vital, instaurar en el mismo nivel de los poderes superiores del Estado, un consejo supremo administrador del sistema de la judicatura, separado y completamente independiente de las instituciones de Gobierno, en sustitución del impresentable mecanismo actual, cuya inepticia funcional y cuya manipulación corrupta están poniendo en grave peligro la institucionalidad del País.

La fuente de legitimación de las funciones de garantía secundaria en lo judicial se sustenta jurídicamente en su rígido sometimiento a la Constitución y a las leyes, es decir: a un principio de legalidad reforzado en la forma de 'legalidad sustancial'. Tales instituciones de garantía no sólo actúan conforme a normas como toda institución, sino que su función específica es **aplicar las normas** constitucionales y legales a los actos privados o públicos que les compete verificar y juzgar.

**Repito: el poder judicial, titular de funciones supremas de Garantía Secundaria, no es un miembro más de una trilogía del poder: por el contrario es, típicamente, un contra-poder** que garantiza el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de los ciudadanos, controlando las actuaciones del legislativo, del ejecutivo y de cualesquiera otros entes públicos y privados, desde el punto de referencia de la constitución, los tratados y la ley ordinaria.

## Rasgos y condiciones de la función jurisdiccional

Entonces, según lo explicado, en el organigrama del Estado, el Sistema Judicial debe figurar separado de los órganos con funciones de gobierno: Legislativo y Ejecutivo, como titular de una función propia y característica que es la función de garantía secundaria.

Según Ferrajoli, las características de la función jurisdiccional son:

- a) Constituir una garantía secundaria, es decir, un servicio jurídico que funciona ante la eventual crisis de las garantías primarias por violación de las normas (primarias) que las consagran.
- b) Pronunciar un juicio de comprobación (acertamiento de la verdad) de hechos, que se expresa en un acto declarativo o cognitivo, a fin de anular un acto inválido o condenar un acto ilícito. En otras palabras: se trata de la formulación de un juicio en el que se comprueba un ac-

to inválido o ilícito, y se pronuncia su invalidez o su condena, en aplicación de las normas primarias violadas.

- c) Consistir en una actividad preceptiva de aplicación de normas secundarias, cuando se comprueba la violación de las primarias.
- d) Aplicar en la sentencia, como normas sustanciales, las normas primarias violadas por los actos inválidos o ilícitos, y como normas formales, las normas secundarias que prevén la anulación o la condena de tales actos.

De lo anterior se desprenden las siguientes conclusiones:

1. La distinción conceptual entre funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía secundaria permite entender, más claramente que nunca, la diferencia cualitativa esencial entre el llamado **poder judicial** y los otros dos poderes del Estado, y la necesidad de establecer un tratamiento institucional netamente diverso en cada caso, en atención a su naturaleza y fines;
2. También permite analizar con más amplitud la naturaleza de las funciones de garantía secundaria en las relaciones entre los órganos públicos, con el propósito de instituir con mayor certeza distanciamientos e inmunidades donde resulte necesario. En el caso de Costa Rica, atribuir, por ejemplo, el carácter de 'institución de garantía' a la Contraloría General de la República, nos permite visibilizar inmediatamente la carencia de suficientes respaldos para la efectiva independencia de sus titulares, que deben ser independientes en una medida y de una manera semejante a lo que la mejor doctrina de los países civilizados prescribe para los jueces.
3. Y asimismo, la identificación de la especificidad de las funciones de garantía secundaria de la judicatura permiten también el reconocimiento de un perfil propio de los jueces, distinto de los demás funcionarios; y de una cultura y una sensibilidad específicamente diferentes, que deben ser identificadas, cultivadas y estimuladas;
4. La independencia de todos los órganos titulares de funciones de garantía secundaria, y en primer lugar de los órganos judiciales y parajudiciales, debe asegurarse indispensablemente **a nivel constitucional**: porque, como bien lo sabemos los latinoamericanos por dolorosas experiencias: sin las más sólidas garantías institucionales de la independencia de los jueces, de los fiscales y de los defensores, no se producirá la función de contra-poder, ni tendremos garantías ciudadanas, ni derechos fundamentales, ni tampoco, finalmente, vida civilizada.



## Bibliografía

- Benvenuti, Feliciano. 2021. «Función administrativa, procedimiento, proceso» *Bilancio Comunità Persona*, 1.
- Bodin, Jean. 2006. *Los seis libros de la República*; Tecnos, Madrid.
- Bruti-Liberati, Edmondo. 2019. *Judicatura y sociedad en la Italia contemporánea*. Laterza, Bari.
- Bryce, James. 2015. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. CEPS, Madrid.
- Burckhardt, Jacob. 1952. *La cultura del Renacimiento en Italia*. Losada, Buenos Aires.
- Carré de Malberg, Raymond . 1948. *Teoría General del Estado*. F.C.E, México.
- Cassese, Sabino. 1994. *Las bases del Derecho Administrativo*. Inap, Madrid.
- Constant , Benjamin. 1861. *Curso de Política Constitucional*. Guillaumin, Paris.
- de Montesquieu, Charles. 1972. *Del Espíritu de las Leyes*. Tecnos, Madrid.
- Duguit, Leon. 1921. *Manual de Derecho Constitucional*. Beltrán, Madrid.
- Falzea, Angelo. 2009. *Eficacia Jurídica*. Ifsa, San José.
- Ferrajoli, Luigi. 2011. *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*. Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi. 2008. *Democracia y Garantismo*; Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi. 2014. *La democracia a través de los derechos*. Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi. 2020. *Iura Paria*; Trotta, Madrid, 2020.
- Giannini, Massimo Severo. 1970. *Derecho Administrativo*. Giuffrè, Milán.



- Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*; Eudeba, Buenos Aires, 1982
- Hobbes, Thomas. 1940. *Leviatán*. Fondo de Cultura Económica, México.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. 2007. *En torno a la Jurisdicción*. Ediciones del Puerto, Buenos Aires
- Ibáñez, Perfecto Andrés. 2015. *Tercero en discordia*. Trotta, Madrid.
- Jellinek, Georg. 1954. *Teoría General del Estado*. Albatros, Buenos Aires.
- Joseph Sieyès, Emmanuel. 2019. *¿Qué es el Tercer Estado?* Omegalfa, Madrid.
- Locke, John. 2010. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Tecnos, Madrid.
- Mommsen, Theodor. s.f. *Compendio de Derecho Público Romano*. La España Moderna, Madrid.
- Mortati, Costantino. 1969. *Instituciones de Derecho Público*. Cedam, Padua.
- Ortíz, Eduardo. 1974. «Presentación del libro del Profesor Jesús González Pérez El proceso administrativo en Costa Rica». *Revista de Ciencias Jurídicas* 24-
- Paul Laband: *Derecho Público del Imperio Alemán*; Giard & Briere, París, 1900
- Romano, Santi. 1964. *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*. Ejea, Buenos Aires.
- Romano, Santi. 1964. *Principios de Derecho Constitucional General*. Giuffrè, Milán.
- von Mohl, Robert. 1860. *Derecho Público, Derecho Internacional y Política*. Laupschen, Tubinga.
- Zambrana, Antonio. 1907. *Estudios Jurídicos*. Tipografía Nacional, San José.
- Zanobini, Guido. 1958. *Curso de Derecho Administrativo*. Giuffrè, Milán.