

El debido proceso, decisiones judiciales y discrecionalidad: problemas conceptuales, metodológicos y de garantía*

En la presente ponencia pretendo defender, e ilustrar, tres hipótesis de trabajo. La primera, que el estudio del debido proceso implica abordar tres tipos de problemas: 1) los conceptuales, uno sobre qué es el debido proceso y el otro conocer los conceptos que permiten su comprensión; 2) los problemas metodológicos sobre la interpretación, argumentación y aplicación del debido proceso, 3) los y problemas de garantía sobre cómo hacer efectivo el debido proceso y cuáles son los efectos de su incumplimiento. La segunda hipótesis es que entre el debido proceso, las decisiones judiciales y la discrecionalidad existen por lo menos dos tipos de conexiones: las conceptuales, ya que por definición el debido proceso persigue evitar la arbitrariedad en las actuaciones judiciales y administrativas, y las conexiones de concreción, en el sentido de que varias de las garantías que concretan el debido proceso, como los principios de legalidad, de igualdad ante la ley y de imparcialidad judicial, no se conectan directamente con la arbitrariedad, pero sí con la discrecionalidad de las decisiones judiciales. Y la tercera hipótesis, que frente a las garantías del debido proceso que implican una conexión de concreción entre el debido proceso, la discrecionalidad y las decisiones judiciales, se presentan los mismos problemas, pero concretados, respecto al debido proceso en general, es decir, problemas conceptuales, metodológicos y de garantía.

* Elaborado por Sergio Pulido Jiménez, Universidad Nacional de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8122-0071>.

Para defender e ilustrar estas tres hipótesis, en una primera parte me concentraré en el debido proceso y sus problemas, y en la segunda me concentraré en las conexiones entre debido proceso, discrecionalidad y decisiones judiciales.

El debido proceso

Los problemas conceptuales relacionados con el debido proceso implican dos tareas diferentes: por una parte, construir o elaborar una definición clara y precisa del sintagma “debido proceso”, que refleje lo mejor posible los usos habituales de esta expresión; por otra parte, construir y elaborar un conjunto de conceptos, claros y distintos, que permitan dar cuenta de la definición adoptada; por ejemplo, si se considera que el “debido proceso” es un derecho fundamental, entonces deberíamos aclarar qué entendemos por “derecho fundamental”.

Los problemas metodológicos se refieren, en cambio, a cómo se aplica, interpreta y argumenta en relación con el debido proceso. Y los problemas de garantía se refieren a cómo garantizar la efectividad del derecho al debido proceso y cuáles son los efectos jurídicos de su incumplimiento.

A continuación, se abordan de forma breve y aproximativa estos tipos de problemas.

Problemas conceptuales

Nivel conceptual 1: concepto de “debido proceso”

Para la construcción y/o elaboración de una definición clara y precisa del sintagma “debido proceso” se debe proceder en dos momentos: en el primero se deben identificar algunos de los principales usos que se le dan a esta expresión (definiciones lexicográficas o

informativas), y en el segundo, con base en estos usos habituales, proponer una definición estipulativa que se considere más clara o precisa.

Definiciones lexicográficas o informativas del “debido proceso”

Para reconstruir algunos, y recalco que son solamente algunos, de los usos que se le dan al sintagma “debido proceso”, hay que dividir dos tipos de definiciones: las definiciones procesalistas y las definiciones constitucionalistas. Denomino “definiciones procesalistas” a todas aquellas que inicialmente definen el concepto de “proceso”, para posteriormente explicar en qué medida se le puede aplicar el adjetivo de “debido”. En cambio, denomino “definiciones constitucionalistas” a las que, por una parte, de forma directa definen al “debido proceso” como un derecho humano y/o fundamental; y que, por otra parte, definen de forma extensional las garantías de que se compone este derecho.

Un ejemplo de definición procesalista es la del profesor Adolfo Alvarado Velloso; para él:

...el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios. [En otras palabras, es aquel] que se adecua plenamente a la idea lógica del proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, *imparcial*, imparcial e independiente).¹

Un ejemplo de definición constitucionalista es el de la Corte Constitucional de Colombia; para ésta, el debido proceso se concibe como “el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en

¹ Alvarado Velloso, Adolfo, *Lecciones de derecho procesal civil*, Rosario, Juris, 2009, p. 179.

una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”.²

Ahora bien, algunas consideraciones adicionales sobre las definiciones procesalistas antes de formular una posible redefinición del “debido proceso”.

Las definiciones procesalistas del debido proceso parten de dos supuestos: *i*) que el “debido proceso” es un sintagma en el que el sustantivo es el “proceso” y la expresión “debido” funciona como un adjetivo que se predica de éste, y *ii*) que lo central es el concepto de “proceso” para entender el sintagma completo.

Con ocasión de estos supuestos, hay que dar luces sobre la definición de “proceso”. Para ello, considero que en la práctica la mayoría de las definiciones combina, por lo menos, cuatro elementos: un elemento orgánico, un elemento formal, un elemento subjetivo y un elemento funcional.

Elemento orgánico. Se refiere al tercero imparcial que resuelve el proceso; usualmente la doctrina considera que se trata de un tercero imparcial, con funciones jurisdiccionales, que representa al Estado.

Elemento formal. Se refiere al procedimiento. Todo proceso implica procedimientos. Aquí la expresión “procedimiento” se emplea para referirse a una serie o sucesión de actos.

Elemento subjetivo. Se refiere a los sujetos que realizan los actos de que se compone el procedimiento. Tradicionalmente, la doctrina considera que estos sujetos son de tres tipos: juez, partes y terceros. Sin embargo, algunas definiciones ponen el énfasis en las partes,

² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-980 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

como lo hace el profesor Alvarado Velloso al hablar de “dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad...”.³

Elemento funcional. Se refiere a la función o finalidad del proceso. En este campo existen varias posibles respuestas a la pregunta ¿cuál es la función o finalidad del proceso? Algunas posibles respuestas son: *i)* la función del proceso es resolver conflictos (tesis conflictualista); *ii)* la función del proceso es hacer efectivo el derecho objetivo ante su incumplimiento (tesis objetivista); *iii)* la función del proceso es hacer efectivos los derechos sustanciales o subjetivos ante su vulneración, incumplimiento o amenaza (tesis subjetivista); *iv)* la función del proceso es resolver pretensiones de las partes (tesis de la pretensión), o *v)* la función del proceso es resolver litigios (tesis litigiosa).

En relación con estos elementos, en general existen acuerdos teóricos sobre los tres primeros (elementos orgánico, formal y subjetivo); mientras que existen profundos desacuerdos sobre el cuarto elemento (elemento funcional). Lo que demuestra, en general, que el elemento funcional del proceso, tal como se ha planteado hasta el momento, es sobre todo un problema ideológico o de política del derecho y no un problema en sentido estricto teórico.⁴

Esto explica que existan múltiples definiciones posibles del proceso que varían, unas de otras, con ocasión de las tesis del elemento funcional que se adopten. En ese sentido, existen definiciones atómicas del proceso, que son las que acogen una, y no más que una, tesis sobre la función del proceso; y existen definiciones moleculares que pretenden acoger una

³ Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*, p. 179.

⁴ La distinción entre teoría del derecho y política del derecho se encuentra presente en uno de los primeros apartados de la *Teoría pura del derecho*, de Kelsen. “Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica”. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4a. ed., trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, s/f, p. 19.

mezcla de distintas tesis sobre la función del proceso. En este marco, se pueden presentar por lo menos cinco definiciones atómicas del proceso (las definiciones conflictualistas, objetivistas, subjetivistas, pretensivas y litigiosas), y una gran variedad de definiciones moleculares. A continuación, se presentan un ejemplo de definición atómica y de definición molecular para ilustrar.

Definición atómica conflictualista. El proceso es una serie o sucesión de actos (elemento formal), llevados a cabo por sujetos procesales (elemento subjetivo), encaminados a que un tercero imparcial, revestido de funciones jurisdiccionales y que actúa en representación del Estado (elemento orgánico), resuelva un conflicto (elemento funcional). Las demás definiciones atómicas se construirían variando exclusivamente el último elemento: el funcional.

Definición molecular objetivista y subjetivista. Un ejemplo de definición molecular que mezcla las tesis objetivista y subjetivista, es la de Hernando Devis Echandía; para él, el proceso se define como

[E]l conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso en concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (en lo civil, lo laboral o contencioso administrativo), o para la investigación, la prevención y la represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal), y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y la dignidad de las personas, en todos los casos (civiles, penales, etc.).⁵

Por todo lo anterior, cuando se acude a la definición procesalista del “debido proceso”, y se usa el adjetivo “debido” para referirse al proceso que cumple con su función, su

⁵ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, t. I, 15a. ed., Bogotá, Temis-Pontificia Universidad Javeriana, 2018, p. 137.

fin, sus principios, o su idea lógica, se parte de una determinada concepción ideológica del proceso, más que de una concepción teórica.

Redefinición del sintagma “debido proceso”

A este problema ideológico de las definiciones procesalistas se añade un problema extensional, ya que en el derecho internacional y en el derecho constitucional el debido proceso se garantiza no solamente en los procesos judiciales, sino también en otros tipos de procedimientos (como los procedimientos administrativos sancionatorios).

Debido a estos problemas ideológicos y extensionales de las definiciones procesalistas, considero que una redefinición del sintagma “debido proceso” debe ser más próxima a las definiciones constitucionalistas, ya que éstas tienden a definir el debido proceso con referencia al derecho constitucional positivo vigente, de acuerdo con el cual se indica el ámbito de aplicación del debido proceso en procedimientos no judiciales (lo que evita el problema extensional), y también porque no parten de identificar un fin o función ideal del debido proceso, sino que pretenden describir las garantías descritas por el derecho constitucional positivo vigente (lo que evita el problema ideológico).

En este marco, la propuesta de redefinición es la siguiente: el debido proceso es un derecho humano y fundamental de las partes y terceros, que comprende un conjunto de garantías aplicables a los procesos judiciales y a los procedimientos administrativos, que de acuerdo con el derecho positivo se consideran necesarias para evitar la arbitrariedad de las autoridades judiciales y administrativas.

Nivel conceptual 2: conceptos relevantes de la definición del “debido proceso”

De la redefinición propuesta de “debido proceso” se desprenden, por lo menos, cuatro conceptos relevantes: “derecho humano”, “derecho fundamental”, “garantías” y “arbitrariedad”.

Concepto de derecho humano. Sobre la expresión “derechos humanos” recae una ambigüedad: en ocasiones se utiliza la expresión para denotar una serie de valores morales suprapositivos (no reconocidos por el derecho positivo) dotados de un contenido de justicia.⁶ En este sentido, “derechos humanos”, “derechos morales” y “derechos naturales” serían sinónimos. En otras ocasiones se utiliza la expresión para referirse a los derechos subjetivos reconocidos por el derecho positivo en su esfera internacional; en otras palabras, los derechos del derecho internacional de los derechos humanos.

Concepto de derecho fundamental. Al igual que sucede con la expresión “derechos humanos”, sobre los derechos fundamentales recae una ambigüedad. En ocasiones se utiliza la expresión para denotar los derechos subjetivos reconocidos por el derecho positivo en general, tanto en sede internacional como constitucional. Mientras que en otras ocasiones se utiliza la expresión para referirse exclusivamente a los derechos subjetivos reconocidos a nivel constitucional.⁷ En este segundo uso, la expresión “derechos humanos” estaría reservada a los derechos del derecho internacional, mientras que los derechos fundamentales estarían reservados a los derechos constitucionales (los derechos de la ley fundamental).

⁶ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 14-20.

⁷ “En el lenguaje corriente de la doctrina se suele llamar «derechos fundamentales» a los derechos conferidos por una Constitución rígida”. Guastini, Riccardo, *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del derecho en el Estado constitucional*, trad. de Diego Dei Vecchi, Lima, Palestra, 2018, p. 84.

En esta ponencia sostendré la segunda definición presentada de derechos humanos y de derechos fundamentales. Los derechos humanos son los derechos subjetivos reconocidos o conferidos por el derecho internacional, y los derechos fundamentales son los derechos subjetivos reconocidos o conferidos por la Constitución.

En este sentido, cuando se plantea que el debido proceso es un derecho humano y fundamental, lo que se afirma es que se trata de un derecho consagrado tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en las Constituciones contemporáneas.

En consecuencia, si el debido proceso es un derecho humano y fundamental, entonces también es un derecho subjetivo; sin embargo, sobre este punto pueden presentarse controversias, ya que existen por lo menos dos posturas: por una parte, la de quienes sostienen que los derechos fundamentales son valores o razones que sirven de fundamento para crear una red de relaciones normativas (dentro de las cuales se encuentran los derechos subjetivos) dirigidas a protegerlos.⁸ Postura para la cual los derechos humanos y fundamentales no son derechos subjetivos, sino valores. Y, por otra parte, la postura de quienes consideran que los derechos fundamentales son en sí mismos normativos y derechos subjetivos.

En esta ponencia asumiré la segunda opción: concebir a los derechos fundamentales como derechos subjetivos.

Ahora bien, la expresión “derecho subjetivo” suele ser empleada para designar una situación jurídica subjetiva ventajosa. Estas situaciones jurídicas pueden tener por objeto: *i*) el comportamiento del titular del derecho (derecho a llevar a cabo un determinado comportamiento); *ii*) el comportamiento de otro sujeto (derecho a obtener que otros realicen un determinado

⁸ Atienza, Manuel, “Epílogo. Positivismo y derechos: un debate. ¿Una visión postpositivista de los derechos? Comentario a propósito de un libro de Bruno Celano”, en Celano, Bruno, *Los derechos en el Estado constitucional*, Lima, Palestra, 2019, pp. 291-320.

comportamiento); *iii*) situaciones jurídicas propias y de terceros (derecho de crear, modificar y extinguir obligaciones y derechos), y *iv*) cosas (derechos reales).⁹

Estos cuatro objetos de los derechos subjetivos permiten distinguir los derechos por lo menos en cinco tipos: *i*) los derechos como libertades; *ii*) los derechos como inmunidades; *iii*) los derechos como pretensiones; *iv*) los derechos como poderes o potestades, y *v*) los derechos como situaciones jurídicas complejas.

Derechos como libertades. La libertad es la situación jurídica de un sujeto no gravado con obligación alguna en relación con una determinada acción. Las libertades también pueden ser consideradas como facultades o permisos. Son derechos que tienen por objeto el comportamiento del titular del derecho. Este tipo de derechos se pueden dividir en dos: libertades en sentido fuerte y libertades en sentido débil. Las libertades en sentido fuerte se refieren a la situación jurídica de un sujeto al que una específica norma permisiva y/o facultativa le permite comportarse de un determinado modo. Las libertades en sentido débil, en cambio, se refieren a la situación jurídica de un sujeto al que ninguna norma le ordena o le prohíbe comportarse de un determinado modo.¹⁰

Derechos como inmunidades. La inmunidad es la situación jurídica relacional que implica la ausencia de sujeciones de un sujeto respecto de otro. Se trata de un derecho que tiene por objeto el comportamiento del titular del derecho. Las inmunidades se pueden clasificar en dos: inmunidades en sentido fuerte e inmunidades en sentido débil. En sentido fuerte, las inmunidades se refieren a la situación jurídica de un sujeto al que una norma le confiere positivamente una inmunidad. En sentido débil, las inmunidades se refieren a la situación jurídica de un sujeto al que ninguna norma le impone una sujeción.¹¹

⁹ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 76.

¹⁰ *Ibidem*, p. 78.

¹¹ *Ibidem*, pp. 79 y 80.

Derechos como pretensiones. Las pretensiones se refieren a la situación jurídica relacional en la que un sujeto tiene una pretensión y el otro sujeto tiene una obligación a su cargo. Se trata de un derecho que tiene por objeto el comportamiento de un sujeto diferente al del propio titular. Las pretensiones se pueden clasificar dependiendo de si el comportamiento obligado es una acción o una omisión. Un ejemplo típico de este tipo de derechos son los derechos de crédito.¹²

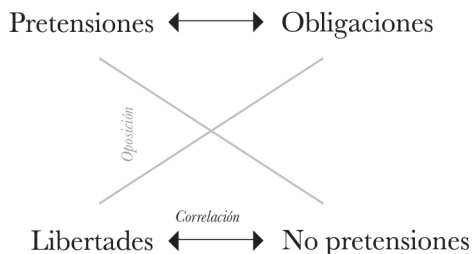
Derechos como poderes o potestades. Los poderes o potestades se refieren a la situación jurídica en la cual un sujeto cuenta con la capacidad jurídica de modificar la situación jurídica propia o de terceros (que tendrían una relación de sujeción con quien ejerce la potestad), en otras palabras, es la capacidad de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Se trata de un derecho que tiene por objeto otras situaciones jurídicas.¹³

Cada uno de los tipos de derechos subjetivos mencionados hasta aquí cuenta con una relación jurídica correlativa y de oposición. *Relaciones de correlación:* las pretensiones correlativamente implican obligaciones. Las libertades correlativamente implican la no existencia de pretensiones de terceros. Las potestades correlativamente implican sujeciones. Y las inmunidades correlativamente implican incompetencias (o no potestades) de terceros. *Relaciones de oposición:* lo opuesto a las pretensiones son las no pretensiones. Lo opuesto a las libertades son la existencia de obligaciones. Lo opuesto a las potestades son las incompetencias (o no potestades). Y lo opuesto a las inmunidades son las sujeciones. Lo anterior se puede ilustrar gráficamente en el siguiente esquema:

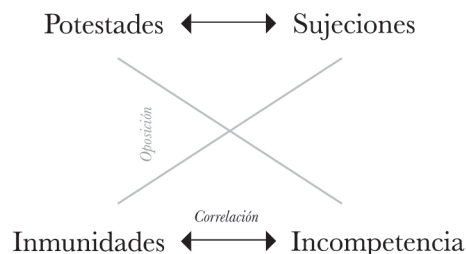
¹² *Ibidem*, p. 80.

¹³ *Ibidem*, pp. 80 y 81.

Normas regulativas



Normas constitutivas



Derechos como situaciones jurídicas complejas. Se trata de aquellos derechos que en realidad comprenden un conjunto (molecular) de múltiples situaciones jurídicas positivas del titular (atómicas). Un ejemplo de este tipo de derechos son los que tienen por objeto cosas, como el derecho de propiedad. Este derecho comprende los siguientes derechos atómicos: libertades (de actuar y de omitir), poderes (de disposición), inmunidades (respecto de actos dispositivos de terceros), y pretensiones (sobre omisiones de terceros).¹⁴

De acuerdo con lo aquí expuesto, el debido proceso, como derecho humano y fundamental, es un derecho reconocido en sede internacional y constitucional, que se caracteriza por ser un derecho subjetivo molecular (una situación jurídica compleja), es decir, un derecho que comprende dentro de sí diversas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades.

Concepto de garantías. De acuerdo con el profesor Luigi Ferrajoli, las garantías designan "las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a las expectativas positivas o

¹⁴ *Ibidem*, pp. 81 y 82.

negativas normativamente establecidas”.¹⁵ Para los efectos de esta ponencia se partirá de un concepto amplio de “garantías”, de acuerdo con el cual éstas comprenden los derechos subjetivos atómicos de que se compone el derecho fundamental, así como las demás normas, regulativas y constitutivas, que designan el contenido normativo protegido por el derecho.

Concepto de arbitrariedad. La “arbitrariedad” puede considerarse que se refiere al sometimiento de una persona a la pura voluntad de otra u otras personas.¹⁶

Una vez estudiados algunos de los principales problemas conceptuales relacionados con el debido proceso, podemos proceder a enunciar algunos de sus principales problemas metodológicos.

Problemas metodológicos

El método jurídico tradicionalmente comprende el estudio de la interpretación y argumentación jurídicas. En este sentido, en la presente ponencia al hablar de problemas metodológicos haré alusión a los principales problemas interpretativos y argumentativos que surgen en relación con el debido proceso, problemas que usualmente están asociados a su calidad de derecho humano y fundamental.

Como bien se sabe, una parte considerable de la literatura especializada, de las cortes y tribunales constitucionales, siguiendo los planteamientos del profesor Robert

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006, pp. 15-31. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9954/1/Doxa_29_01.pdf.

¹⁶ Aguiló Regla, Josep, “En defensa del Estado constitucional de derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, 2019, pp. 85-100.

Alexy,¹⁷ suelen distinguir reglas y principios, consideran que los derechos fundamentales son principios, y estiman que las reglas se aplican todo o nada, mientras que los principios son “mandatos de optimización”, es decir, se aplican en la mayor medida de lo posible (dependiendo de las posibilidades jurídicas y fácticas). De allí que algunos consideran que las reglas se aplican mediante la subsunción, mientras que los principios se aplican mediante la ponderación.

De acuerdo con esta perspectiva, si el debido proceso es un derecho humano y fundamental, y, por tanto, puede ser concebido como un principio constitucional, su aplicación se daría mediante la ponderación. Sin embargo, respecto de esta visión cabe hacer algunas precisiones y anotaciones:

1. Los principios se diferencian de las reglas en la medida en que son normas que tienen un carácter fundamental (fundamentan las demás normas del sistema, y no requieren ser fundamentados) y cuentan con un particular grado de indeterminación (tienen un supuesto de hecho abierto, son derrotables y son generales).¹⁸
2. Una norma no es *ex ante* un principio o una regla; el que se considere que una norma sea una regla o un principio depende de elecciones interpretativas (es un resultado *ex post*).¹⁹
3. La aplicación de principios en la práctica implica, por lo menos, dos operaciones diferentes: *i*) concretar un principio en una regla, y *ii*) utilizar esta regla como premi-

¹⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 63-116.

¹⁸ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, 2a. ed., trad. de Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 183-205.

¹⁹ Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 1998, p. 92. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10350/1/doxa21-2_07.pdf.

sa mayor del razonamiento jurídico. De allí que los principios, como las reglas, en su aplicación, requieran de la subsunción.²⁰

4. En este sentido, los intérpretes en la práctica optan, dependiendo el caso, por interpretar las garantías del derecho al debido proceso ya sea como principios o como reglas, y en este sentido, como normas más o menos derrotables.
5. El debido proceso como un derecho molecular puede implicar cuatro tipos de contradicciones normativas: *i)* contradicciones normativas del debido proceso entendido como principio, divididas en: *a)* contradicciones entre dos o más garantías del debido proceso y otros principios constitucionales (por ejemplo, la colisión entre el debido proceso y el principio de eficaz persecución del delito), y *b)* contradicciones entre dos o más garantías del debido proceso entendido como principio, *ii)* contradicciones normativas del debido proceso entendido como regla, igualmente divididas en: *a)* contradicciones entre dos o más garantías del debido proceso, entendidas como reglas, y otras reglas constitucionales o legales, y *b)* contradicciones entre dos o más garantías del derecho al debido proceso, entendidas como reglas.
6. En este sentido, dos problemas metodológicos resultan relevantes: *i)* cómo concretizar las garantías del debido proceso en su aplicación práctica a casos, ¿cuáles son las garantías del debido proceso?, ¿existen garantías implícitas no enunciadas por texto constitucional o legal alguno?, ¿cuál es el contenido normativo de estas garantías?, y *ii)* ¿cómo solucionar las contradicciones normativas que se pueden presentar con o entre las garantías del derecho al debido proceso?

²⁰ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar, cit.*, pp. 250 y 251.

Problemas de garantía

Los problemas de garantía son aquellos asociados a dos preguntas: ¿cómo garantizar la protección y cumplimiento del derecho al debido proceso?, y ¿cuáles son los efectos o consecuencias jurídicos de incumplir o vulnerar las garantías del debido proceso?

Frente a los problemas de garantía, los ordenamientos jurídicos positivos tienden a estructurar distintas soluciones, que a mi consideración pueden ser clasificadas en dos tipos: mecanismos judiciales de garantía y efectos jurídicos de garantía.

Los *mecanismos judiciales de garantía* se refieren a los instrumentos procesales con los que cuentan las personas para hacer efectivas las garantías del derecho al debido proceso. Algunos de estos mecanismos son: *i)* acciones judiciales de protección de derechos; *ii)* recursos ordinarios o extraordinarios dentro los procesos; *iii)* el régimen de mecanismos procesales encaminados a controlar las irregularidades del procedimiento (por ejemplo, incidentes de nulidades procesales); *iv)* acciones judiciales de reparación por la violación del derecho, y *v)* las acciones judiciales en sede internacional de protección de derechos, como el sistema de casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros mecanismos.

En cambio, los *efectos jurídicos de garantía* se refieren a los efectos que se ordenan o declaran una vez que se resuelven los *mecanismos judiciales de garantía*. Dentro de estos efectos, algunos de los principales son: *i)* la invalidez de las actuaciones que contravinieron el debido proceso (nulidades procesales); *ii)* órdenes para ajustar el procedimiento a los mandatos del debido proceso; *iii)* órdenes de reparación de los perjuicios ocasionados por la violación del derecho al debido proceso; *iv)* sanciones a los funcionarios que vulneraron el derecho al debido proceso, y *v)* sanciones a los responsables de la vulneración al derecho al debido proceso, entre otros.

Debido proceso, discrecionalidad y decisiones judiciales

Existen por los menos dos tipos de conexiones entre el debido proceso, la discrecionalidad y las decisiones judiciales: conexiones conceptuales y de concreción.

Las *conexiones conceptuales* hacen alusión al hecho de que una característica presente en la redefinición propuesta para el debido proceso es que las garantías de este derecho persiguen evitar la arbitrariedad en los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos, lo que implica evitar la arbitrariedad en las decisiones judiciales.

Para esto se requiere analíticamente distinguir dos tipos de decisiones: las decisiones arbitrarias y las no arbitrarias; y dentro de estas últimas se pueden distinguir a su vez las decisiones discrecionales de las decisiones no discrecionales.

En ese sentido, cabe aclarar qué se entiende por discrecionalidad. Ésta puede entenderse por lo menos en tres sentidos: como elección libre del decisor entre varias alternativas posibles dentro del marco normativo; como ausencia de estándares normativos aplicables a un caso, y como la facultad de tomar decisiones de carácter definitivo (no sujetas a revisiones).²¹

Para este efecto, consideraré que la discrecionalidad se refiere a la posibilidad del decisor de tomar una determinación eligiendo voluntariamente entre dos o más soluciones jurídicas alternativas y razonables en el marco de un determinado derecho positivo.

Cabe resaltar que estas soluciones jurídicas pueden responder a distintos tipos de problemas; por ejemplo, interpretativos (se pueden interpretar de dos o más formas las disposiciones normativas aplicables); de antinomias (se pueden resolver de dos o más formas

²¹ Lifante Vidal, Isabel, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002, pp. 413-439. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25_12.pdf.

una antinomia); de integración normativa (se pueden integrar de dos o más formas las lagunas normativas), entre otros problemas más.

Ahora bien, las decisiones no arbitrarias y no discrecionales corresponderían a las decisiones que adopten la única respuesta correcta para un caso, es decir, decisiones en casos en los que no existen dos o más soluciones jurídicas alternativas y razonables, sino solamente una única solución posible y razonable en el marco de un determinado derecho positivo.

Cabe decir que sobre esta posibilidad existen por lo menos tres posturas: *i)* considerar que en derecho no existen, en ningún caso, respuestas correctas (tesis del no cognoscitismo interpretativo); *ii)* considerar que en derecho existen, en algunos casos, respuestas correctas, pero no en todos (tesis del cognoscitismo interpretativo moderado), y *iii)* considerar que en derecho siempre, o por lo menos casi siempre, existen respuestas correctas (tesis de los cognoscitistas interpretativos radicales y de los constructivistas interpretativos). Este debate demuestra que, por lo menos, no resulta pacífico, desde el plano teórico, que existan respuestas correctas en esta materia jurisprudencial.

En ese sentido, la conexión conceptual entre debido proceso, discrecionalidad y decisiones judiciales se refiere a que, por definición, el debido proceso trata de, entre otras cosas, evitar las decisiones judiciales y administrativas arbitrarias, lo que implica la adopción de decisiones por regla general discrecionales.

Por su parte, las *conexiones de concreción* se refieren a que varias de las garantías que concretan el derecho al debido proceso tienen que ver directa o indirectamente con la discrecionalidad y las decisiones judiciales. Un ejemplo de esto son las garantías del principio de legalidad, el principio de igualdad ante la ley, y el principio de imparcialidad judicial.

El *principio de legalidad* en el modelo del Estado de derecho implicaba que los jueces se encontraban sometidos en sus decisiones al imperio de la ley, mientras que en el

modelo del Estado constitucional de derecho los jueces se encuentran sometidos al imperio del derecho en su conjunto.

El *principio de igualdad ante la ley* implica que casos similares se resuelvan de forma similar, y que casos diferentes se resuelvan distinto, por lo que, en un cierto sentido, se debe aplicar en la mayor medida de lo posible el derecho de forma uniforme, y las decisiones judiciales deben ser previsibles.

El *principio de imparcialidad judicial* implica que los jueces no tengan un interés directo en el resultado de sus decisiones ni una relación directa con las partes, lo que en el modelo del Estado de derecho y del Estado constitucional de derecho significa necesariamente el sometimiento de los jueces en sus decisiones al imperio del propio derecho.

Ahora bien, debido a que el derecho en general es indeterminado por la equivoicidad de los textos normativos y por la vaguedad del lenguaje, la garantía del principio de legalidad, de igualdad ante la ley y de imparcialidad judicial requieren que los jueces adopten decisiones discrecionales, pero no arbitrarias. Lo que implica admitir que en la práctica no existen, o por lo menos en la mayoría de los casos no existen, respuestas únicas correctas, sino varias posibles respuestas correctas en el marco de un determinado derecho positivo. En este sentido, la aplicación del derecho depende de decisiones voluntarias de los intérpretes, pero que se ajustan a un marco de posibilidades jurídicas.

Estas conexiones conceptuales y de concreción implican los siguientes problemas:

1. *Problemas conceptuales*. Las garantías del debido proceso mencionadas (principios de legalidad, de igualdad ante la ley y de imparcialidad judicial) parecen ser simultáneamente pretensiones y potestades, pretensiones de los ciudadanos y personas de las cuales se desprende correlativamente la obligación de los jueces de decidir con base en derecho, de forma discrecional, mas no arbitraria. Y, por

otra parte, los jueces tienen la potestad de emitir decisiones judiciales a las cuales se encuentran sujetas las partes procesales, siempre que no sean dictadas de forma arbitraria o por fuera del derecho. Tratándose de decisiones arbitrarias, las partes procesales cuentan con *mecanismos judiciales* y *efectos jurídicos de garantía*, lo que puede conducir a la invalidez de estas decisiones.

2. *Problemas metodológicos*. Éstos comprenden problemas de vaguedad, de concreción y de antinomias.
 - a. *Problemas de vaguedad*. Existirán casos en los que es claro que una decisión fue discrecional, y otros en los que es claro que fue arbitraria; sin embargo, existe una gran zona de penumbra donde no es claro si estamos en la órbita de la discrecionalidad o en la de la arbitrariedad. Este problema se agrava en el modelo de Estado constitucional de derecho donde los jueces no están sometidos solamente al imperio de la ley, sino al imperio del derecho en su conjunto. Esto hace que muchas veces se inapliquen reglas legales bajo el pretexto de aplicar de forma directa los principios constitucionales (lo que sucede con el fenómeno conocido con el nombre de “la derrotabilidad de las normas”).
 - b. *Problemas de concreción*. Por medio de la interpretación jurídica, los juristas deben concretar el contenido de las garantías del debido proceso expuestas. ¿Qué implican para un caso en concreto los principios de legalidad, igualdad ante la ley e imparcialidad judiciales?
 - c. *Problemas de antinomias*. Los juristas deben contar con herramientas metodológicas claras para resolver los cuatros tipos de antinomias presentados en relación con las garantías de los principios de legalidad, de igualdad ante la ley y de imparcialidad judiciales. Aunque se debe anotar por hipótesis, que en el marco de un Estado de derecho y/o constitucional de derecho no parece admisible que se presenten antinomias con estas garantías ni que se pueda de-

rotarlas ya que esto sería como decir que en determinados casos el derecho permite la adopción de decisiones arbitrarias. Tal vez este tipo de problemas requieran profundizar en otra distinción, como la de las antinomias en abstracto y en concreto; sin embargo, por limitaciones de espacio solamente las dejen enunciadas.

Por último, cabe decir que este tipo de garantías del debido proceso pueden reflejar la existencia de problemas metodológicos de segundo grado: la aplicación de estas garantías que disponen la discrecionalidad y la no arbitrariedad de las decisiones judiciales deben ser aplicadas a su turno discrecionalmente y de forma no arbitraria.

3. *Problemas de garantía.* En cada caso se requiere identificar los *mecanismos judiciales* y *efectos jurídicos de garantía* que garantizan la efectividad de estas garantías del derecho al debido proceso. ¿Qué mecanismos judiciales existen para garantizar los principios de legalidad, igualdad ante la ley e imparcialidad judiciales?, ¿cuáles son los efectos jurídicos de incumplir o vulnerar los principios de legalidad, igualdad ante la ley e imparcialidad judiciales?

El objeto de otros trabajos deberá ser profundizar en cada uno de estos problemas.

Bibliografía

- AGUILÓ REGLA, Josep, “En defensa del Estado constitucional de derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, 2019.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de derecho procesal civil*, Rosario, Juris, 2009.

- ATIENZA, Manuel, "Epílogo. Positivismo y derechos: un debate. ¿Una visión postpositivista de los derechos? Comentario a propósito de un libro de Bruno Celano", en CELANO, Bruno, *Los derechos en el Estado constitucional*, Lima, Palestra, 2019.
- COMANDUCCI, Paolo, "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 1998, p. 92. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10350/1/doxa21-2_07.pdf.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso*, t. I, 15a. ed., Bogotá, Temis-Pontificia Universidad Javeriana, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006, pp. 15-31. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9954/1/Doxa_29_01.pdf.
- GUASTINI, Riccardo, *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del derecho en el Estado constitucional*, trad. de Diego Dei Vecchi, Lima, Palestra, 2018.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, 2a. ed., trad. de Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4a. ed., trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, s/f.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002, pp. 413-439. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25_12.pdf.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.