

Revista Parlamentaria



REVISTA PARLAMENTARIA

Editor: LEGIS

10ª calle 6-81 Edificio 7y 10, oficina 706, zona 1, Guatemala, C.A.

Página web: www.legis.gt

Correo electrónico: revistaparlamentaria@legis.gt

Director: Luis Eduardo López Ramos

Subdirector: José Alejandro Valverth Flores

Consejo Editorial:

Luis Eduardo López Ramos

René Arturo Villegas Lara

José Alejandro Valverth Flores

José Fernando Fernández Rojo

Diseño caligráfico de portada:

Nelson Fernández

Foto de portada y contraportada:

Alejandro Valverth

Año IV, Volumen VIII

Septiembre 2017

Con el apoyo financiero del pueblo y gobierno del reino de Suecia.

Las ideas afirmaciones y opiniones que se expresan en este material pertenecen y son responsabilidad únicamente de sus autores. Los artículos de esta revista se pueden reproducir total o parcialmente, citando la fuente y el autor.

Material llevado a cabo en el marco del Proyecto de Fortalecimiento de la Institucionalidad del Congreso de la República, ejecutado por la Asociación para el Desarrollo Legislativo y la Democracia, LEGIS.



REVISTA PARLAMENTARIA

Lucha: Tu deber es luchar por el derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia.

Eduardo Juan Couture Etcheverry

SUMARIO

Víctor Manuel Valverth Morales DE LA VIGENCIA DE LAS LEYES Y SUS REFORMAS.	1
Alberto Pereira-Orozco ¿QUÉ ES LA CIUDADANÍA?	13
Carmen Bejarano Girón EL DERECHO HUMANO DE CONSULTA PREVIA E INFORMADA Y SU CARÁCTER VINCULANTE	29
René Arturo Villegas Lara GRANDES JURISTAS DEL SIGLO XX: HANS KELSEN	43
Aura Elena Herrera Flores LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO EN EL SISTEMA DEL COMMON LAW Y EN LA TRADICIÓN DEL CIVIL LAW	55
Gardenia Enedina Maza Castellanos EL ANTEJUICIO Y SU APLICACIÓN EN CASOS DE CANDIDATOS A CARGOS DE ELECCIÓN POPULA	71
Mauricio Alejandro Zarazúa Herrera PRINCIPIOS O CRITERIOS TRADICIONALES DE RESOLUCIÓN DE ANTINOMIAS JURÍDICAS	91

PRESENTACIÓN

La Revista Parlamentaria, creada como un instrumento para fomentar la creación y difusión de ideas en materia de constitucionalismo, derechos humanos y el desarrollo del Derecho Parlamentario, como elementos de un sistema democrático.

De esa cuenta, en ocasiones nos hemos detenido en temas políticos, sobre todo en coyunturas especiales en que hemos considerado que el futuro del país está en juego, tal como en el año 2015, situación que vuelve a repetirse en el segundo semestre de 2017.

Resulta de suyo importante el desarrollo del Derecho Constitucional en la época contemporánea, desarrollado por juristas destacados que han hecho historia. Sin embargo, también es relevante formular nuevos planteamientos a interpretaciones que a fuerza de repetirse en la historia termina dominando el pensamiento de la comunidad jurídica.

La Constitución y las leyes se interpretan según distintos métodos que corresponden a corrientes del pensamiento jurídico bien identificadas. El iuspositivismo es dominante toda vez que, como se ha dicho muchas veces, nuestras facultades forman abogados positivistas. Por esa razón, cuando surge una nueva forma de ver las normas y se contrasta con la práctica, resulta cuesta arriba alcanzar un mínimo consenso.

No obstante, así se ha desarrollado el pensamiento jurídico y las distintas corrientes que le representan: retando lo tradicional y desafiando a los abogados a refutar válidamente las nuevas ideas.

La Revista Parlamentaria tiene esa pretensión: Provocar debate. La intención es que con las ideas y sus refutaciones se construya conocimiento y se desarrollen ya sea las corrientes dominantes o se abra lugar a nuevas formas de ver el Derecho, de conformidad con las nuevas realidades sociales, políticas, económicas y jurídicas.

Presentamos ahora el volumen VIII, precisamente para generar esa necesaria confrontación de ideas que enriquece el conocimiento.

Guatemala septiembre 2017

Luis Eduardo López Ramos
Director

De la vigencia de las leyes y sus reformas

*Víctor Manuel Valverth Morales**

Por décadas el Congreso de la República ha replicado un criterio respecto de la aplicación del artículo 171 de la Constitución Política de la República –CPR– mediante el cual al Congreso de la República le corresponde aprobar, reformar o derogar las leyes “vigentes”, aunque esta última palabra no aparece en la norma fundamental. Asimismo, la Corte de Constitucionalidad se ha negado a dar trámite a normas jurídicas válidas erga omnes pero que aún no han surtido efectos.

Se operó bajo la creencia que las leyes son leyes solo cuando cobran vigencia y que antes de ese momento solo son proyectos de leyes o decretos del Congreso.

En el Congreso de la República:

Bajo el contenido de esa norma y basados en creencias sin fundamento se siguió una práctica que permitía sólo la reforma o derogatoria de leyes vigentes, es decir: que hubieran sido válidamente aprobadas por el Congreso de la República y sancionadas por el Presidente de la República, publicadas y vencido su plazo de *vacatio legis*; que no hubieran sido suspendidas o expulsadas del ordenamiento jurídico por sentencia de la Corte de Constitucionalidad o que no hubieran sido derogadas expresamente por el órgano que las aprobó.

Ejemplo: Mediante el Decreto Número 34-93, el Congreso aprobó reformas a la ley del ceremonial diplomático. Al menos esa fue su

* Víctor Manuel Valverth Morales es Director de LEGIS. Profesor del programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la USAC.

intención pues el decreto a reformar era el 86-73 y por error reformaron el 87-73, lo que obligó al Ejecutivo a vetarlo mediante Acuerdo Gubernativo Número 598-93. Si se hubiera considerado la posibilidad de reformarlo antes de su vigencia, no hubiera sido necesario el veto presidencial que, por supuesto es una atribución constitucional del Presidente de la República en Consejo de Ministros, pero que los poderes del Estado, aunque independientes entre sí, actúan en forma coordinada.

El Decreto Número 111-96 que el Congreso aprobó el 13 de noviembre de 1996, que contiene el Arancel de Abogados, Árbitros, Procuradores, Mandatarios Judiciales, Expertos, Interventores y Depositarios, derogó por error el Decreto Número 50-88 que aprobó el Tratado de Institucionalización del Parlamento Latinoamericano, del cual Guatemala forma parte.

Mediante fe de errata se pretendió enmendar el error, pero la solución generó dudas y se consideró “necesario” aprobar de urgencia nacional el decreto 12-97 para reiterar y ratificar la aprobación del tratado de mérito.¹

Quizás algunos errores han sido mínimos pero otros han sido de envergadura importante, tal el Código de la Niñez y la Adolescencia, Decreto 78-96, que no pudo entrar en vigencia porque contravenía los postulados ideológicos del gobierno de turno y en dos veces se “dejó sin aplicación las normas” contenidas en ese decreto hasta que finalmente fue derogado por la “Ley PINA”, Decreto Número 27-03.

La fórmula “dejar sin aplicación las normas contenidas en el decreto 78-96” fue un invento de necesidad ante la “imposibilidad”, como se apreciaba entonces, que las leyes no

¹ Se dice que se consideró “necesario” porque al tratarse de un decreto legislativo con el solo propósito de aprobar un instrumento internacional para que el Presidente lo ratificara,

estimamos que se trataba de un decreto de vigencia efímera y que al momento de ser derogado había perdido vigencia efectiva (aunque esto es materia de otra reflexión).

vigentes fueran reformadas o derogadas.

De esa cuenta, cuando el Congreso de la República aprobó leyes que fueron emitidas con errores de fondo o forma o que durante la *vacatio legis* cambiaron las circunstancias que motivaron su aprobación o simplemente porque luego se consideró inconveniente su vigencia, el Congreso –bajo el criterio ya señalado- se vio en la “imposibilidad” de reformarlas o derogarlas y cuando hubo de hacerlo, sin estar vigentes las normas reformadas o derogadas, se consideró como actos, al menos irregulares, si no inconstitucionales, aunque no hay registro de que se hubieran planteado acciones de inconstitucionalidad por ese motivo.

De esa interpretación se derivaron muchos problemas: entre ellos:

a) Las leyes aprobadas por el Congreso pero que no han cobrado vigencia por que no ha vencido el plazo de *vacatio legis* no han podido ser reformadas porque la

apreciación del anterior criterio lo hacía inviable.

b) Las leyes vetadas por el Presidente en Consejo de Ministros no han podido ser reconsideradas, esto es, reformadas para superar las observaciones que el Organismo Ejecutivo hizo en el acuerdo gubernativo de veto. Y la Constitución contempla la posibilidad de ser reconsideradas (hipótesis distinta a la de la aceptación o de rechazo del veto). De esa cuenta, para “reconsiderar un decreto” habría necesidad de emitir otro decreto, lo que prácticamente implicaría aceptar el veto y volver a legislar el tema sin los inconvenientes que dieron lugar al veto.

c) Las leyes que han sido aprobadas por el Congreso y suspendida provisionalmente su vigencia por amparo o inconstitucionalidad por la Corte de Constitucionalidad, no habrían podido ser reformadas para superar las deficiencias que dieron lugar a la suspensión.

Ese paradigma resulta errado porque según la interpretación

integral de las normas que contiene la CPR en materia de formación de la ley, se puede afirmar sin margen de error que “hay leyes no vigentes y leyes vigentes”. Unas y otras son leyes y, por lo tanto, el artículo 171 inciso a) de la CPR permite reformar las leyes vigentes y las que aún no han entrado en vigor ya sea porque no ha transcurrido el plazo de *vacatio legis* desde su publicación o porque se encuentren suspendidas por la Corte de Constitucionalidad.

Esto se deriva de una interpretación integral del texto de la Constitución y en sentido favorable a los derechos cuando se ha manifestado duda sobre la preferencia de interpretación extensiva o restrictiva. De esa cuenta, las normas de la CPR que sustentan esta afirmación son:

Artículo 171. Otras atribuciones del Congreso. Corresponde también al Congreso:

a) Decretar, reformar y derogar las leyes; (...)

Y como no se refiere a leyes vigentes o no vigentes, debemos

escudriñar el concepto de ley que puede ser reformada o derogada por el Congreso.

En primer lugar “decretar las leyes” es un acto que se realiza, una vez completado el proceso de formación de la ley en sede legislativa, es decir, hasta el momento de la aprobación del decreto, asignación de número, revisión de estilo y remisión al Organismo Ejecutivo. Si lo que se decreta es una ley, como lo dice el texto constitucional, no puede pensarse que se decrete una ley que solo será ley cuando cobre vigencia. La Constitución no distingue y solo dice que le corresponde al Congreso decretar las leyes, reformarlas o derogarlas. No prejuzga si esas leyes deben o no estar vigentes y el concepto de “ley no vigente” es precisamente el tema central de esta reflexión.

Y aunque no se refiere al concepto de “ley no vigente”, la Corte de Constitucional ha expresado que ley “es el texto publicado al que la Constitución atribuye el rango de ley de la República (artículo 171, letra a) y al que al ciudadano

corresponde obedecer (...)” [Gaceta No. 57, expediente No. 1048-99, página No. 55, sentencia: 02-08-00].²

Artículo 178.- Veto. Dentro de los quince días de recibido el decreto y previo acuerdo tomado en Consejo de Ministros, el Presidente de la República podrá devolverlo al Congreso con las observaciones que estime pertinentes, en ejercicio de su derecho de veto. Las leyes no podrán ser vetadas parcialmente. (...)

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad en opinión consultiva requerida por el Presidente de la República [Gaceta No. 35, expediente No. 519-94, página No. 6, resolución: 02-03-95]: interpretó que “...El artículo 178 de la Constitución establece que el Presidente de la República previo Acuerdo tomado en Consejo de Ministros, puede devolver al Congreso, con las observaciones que estime pertinentes, en ejercicio de su derecho de veto, las leyes que

reciba para su sanción, promulgación y publicación.”

De lo anterior se puede colegir válidamente que el Presidente de la República no puede vetar una ley hasta después que entró en vigencia sino antes, es decir, luego de su aprobación por el Congreso de la República.

Si no fuera suficiente, el artículo 272 CPR que establece las funciones de la Corte de Constitucionalidad dice en su inciso h) que tiene la función de “emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad”

Artículo 179.- Primacía legislativa. Devuelto el decreto al Congreso, la Junta Directiva lo deberá poner en conocimiento del pleno en la siguiente sesión, y el Congreso, en un plazo no mayor de treinta días, podrá reconsiderarlo o rechazarlo. Si no fueren aceptadas las razones del veto y el Congreso rechazare el veto por las dos terceras partes del

² En esta cita textual y en las sucesivas, los subrayados son propios.

total de sus miembros, el Ejecutivo deberá, obligadamente sancionar y promulgar el decreto dentro de los ocho días siguientes de haberlo recibido. Si el Ejecutivo no lo hiciere, la Junta Directiva del Congreso ordenará su publicación en un plazo que no excederá de tres días, para que surta efecto como ley de la República.

De lo anterior podemos deducir que el legislador constituyente consideró tácitamente la posibilidad de que haya leyes no vigentes y que lo serán hasta que cumpla el plazo contemplado en el artículo de vigencia, luego de su publicación en el diario oficial, y si no se señalara plazo, dentro de 8 días después de su publicación íntegra en el D.O.; siempre y cuando la Corte de Constitucionalidad no haya suspendido su vigencia.

Por otra parte, en la teoría de la interpretación de la Constitución el criterio dominante es el de que se debe interpretar en el sentido más favorable (derechos en contraposición de deberes, libertades en contraposición de

impedimentos, autorizaciones en contraposición de prohibiciones, etc.) por lo que, basados en ese criterio es factible interpretar que cuando el 171 dice “leyes” se refiere a todas las leyes, vigentes y no vigentes. Esta interpretación ayuda a resolver múltiples problemas que antes han constituido valladares para fortalecer el ordenamiento jurídico.

Lo anterior permitirá sin consecuencias negativas:

a) Hacer reformas a decretos legislativos que contienen errores que afectan al ordenamiento jurídico o se prevé tendrán consecuencias contrarias o al menos distintas a las queridas por el legislador.

b) Hacer reformas a normas legislativas suspendidas por la Corte de Constitucionalidad por acciones de Amparo o de Inconstitucionalidad.

c) Reformar decretos que han sido vetados por el Presidente de la República y que el Congreso ha dispuesto reconsiderar y estima que no va ni a aceptar el veto ni a

rechazarlo y prefiere hacerle reformas.

Por si no hay aun claridad al respecto, consideremos el contenido del artículo que norma la vigencia de las leyes:

Artículo 180.- Vigencia. La ley empieza a regir en todo el territorio nacional ocho días después de su publicación íntegra en el Diario Oficial, a menos que la misma ley amplíe o restrinja dicho plazo o su ámbito territorial de aplicación.

Aquí también se le da carácter de ley a los decretos aprobados por el Congreso y no podrían ampliar o restringir el plazo o ámbito de aplicación si aún no fuera ley y solo se considerara, como se ha interpretado comúnmente, “proyecto de ley”.

En cualquier caso: antes de su vigencia pero después de la aprobación en el Congreso, o después de su publicación y vigencia, las disposiciones legislativas aprobadas por el Congreso son leyes. Unas vigentes y otras no vigentes, razón por la cual pueden ser reformadas o

derogadas por el órgano que las creó.

El criterio es aplicable a las acciones de inconstitucionalidad:

Ahora bien, el planteamiento anterior es para la reforma o derogatoria de leyes. Pero es necesario hacer un razonamiento parecido para esclarecer cuándo se puede plantear acciones de inconstitucionalidad de las normas.

Al respecto citamos lo relativo normado en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

ARTICULO 133. Planteamiento de la inconstitucionalidad. La inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad se plantearán directamente ante la Corte de Constitucionalidad.

ARTICULO 140. Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad. Cuando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad declare la

inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el diario oficial.

La Corte de Constitucionalidad ha mantenido un criterio según el cual sólo puede atacarse de inconstitucionalidad las normas vigentes pero también aquí (como con el concepto de ley) al considerar que hay leyes vigentes y no vigentes, debemos esclarecer el alcance de la palabra “vigente”.

En efecto hay leyes que AÚN no han cobrado vigencia o no ha “surtido efectos” como afirma la C.C. y normas que no son vigentes por que han sido derogadas expresamente por el órgano que las

creó o expulsadas del ordenamiento jurídico por sentencia de inconstitucionalidad del tribunal competente.

Es claro que si una ley está derogada por el órgano que la creó (Congreso para las leyes en sentido formal y otros entes, para leyes en sentido material-no formal) sería ocioso plantear una acción de inconstitucionalidad porque ya no tiene vigencia, ya no tiene eficacia y no puede, por tanto, perjudicar a nadie. Por tanto podríamos concluir que las leyes que ya perdieron vigencia no son sujetas de ser atacadas de inconstitucionalidad.³

Distinto es el caso de las leyes que aún no han cobrado vigencia porque no se ha completado el procedimiento para ello, que consiste en publicarla en el diario oficial y que transcurra la *vacatio legis*, que normalmente es establecida en la misma ley o, en su

³ Doctrinariamente entendemos como leyes en sentido formal a las que son emitidas por el Congreso de la República. En sentido material pueden suele

llamarse leyes las normas que son emitidas por el Congreso o los reglamentos emitidos por el Ejecutivo o por otros órganos.

defecto, son ocho días, en concordancia con el artículo 180 de la Constitución.

En este caso no hay todavía afectación a nadie pero sí la expectativa que, al cumplirse el plazo de vacación surtan efectos y se verifique el peligro potencial que representaba para los derechos.

De ser así, estas leyes (aún no vigentes) sí podrán ser cuestionadas de inconstitucionales y procede que el tribunal constitucional conozca y resuelva lo que corresponda de conformidad con la norma fundamental.

Creemos que así debe entenderse el criterio de la C.C. cuando señala que “La acción directa de inconstitucionalidad procede contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad; persiguiéndose que la legislación se mantenga dentro de los propios límites que la Constitución ha fijado, al excluir del ordenamiento jurídico las normas que no se conforman con la misma,

anulándolas con efectos erga omnes, lo que requiere que el precepto normativo señalado de inconstitucional esté vigente, tanto en el momento de la acción de inconstitucionalidad, como en el examen y decisión de fondo que sobre la acción emita la Corte de Constitucionalidad, tribunal ante el que debe instarse la misma” [C.C. expediente número 4373-2009].

En esta sentencia la Corte indicó que “respecto del acuerdo impugnado, esta Corte –de oficio y por lo argumentado por uno de los intervinientes– ha tenido conocimiento que la disposición normativa antes relacionada ya no está vigente en el ordenamiento jurídico guatemalteco, pues ha sido derogada expresamente (...). Advertido lo anterior, esta Corte considera que la presente acción de inconstitucionalidad general parcial ha quedado sin materia, lo cual impone declararla sin lugar

Si bien es cierto en varias ocasiones el tribunal constitucional se ha negado a darle trámite a acciones que atacan la constitucionalidad de normas porque aún no han entrado

en vigencia, también es cierto que la Corte puede cambiar su criterio y corresponde que lo haga para ser congruente con la normativa constitucional y con las necesidades políticas y sociales de la Nación.

Muestra de lo anterior la encontramos en la sentencia contenida en el expediente 993-2015 en que resuelve una apelación de inconstitucionalidad de ley en caso concreto y denegó la apelación en razón de que la norma cuestionada no había cobrado vigencia: “De tal manera, puede arribarse a la conclusión de que la presente garantía constitucional no puede prosperar, ya que el control de constitucionalidad que por esta vía se intenta solamente puede llevarse a cabo respecto de leyes o reglamentos vigentes y eficaces, condiciones que no reúne, por las razones antes descritas, el acuerdo de intervención relacionado.”

Otro ejemplo localizado está en el expediente 5259-2012, Opinión Consultiva, en el que la Corte de Constitucionalidad considera que “al respecto, es necesario señalar

que en lo referente al control de constitucionalidad atribuido al Tribunal Constitucional guatemalteco se reguló lo referente al preventivo y reparador, encontrándose dentro del preventivo la facultad de consultar a la Corte de Constitucionalidad antes de que cobre vigencia una ley la conformidad o disconformidad de ésta respecto de la norma suprema. Tal función se ha ejercido por vía de la opinión consultiva, - toda vez que las inconstitucionalidades requieren la vigencia de la norma, puesto que su efecto será declarar su inaplicación o expulsión del ordenamiento jurídico, según el tipo de acción de que se trate” (los destacados son propios)

De estos ejemplos podemos reconocer que el criterio de la C.C. ha sido que solo se puede atacar de inconstitucional una norma que ha cobrado vigencia, a pesar que en el expediente citado se atribuye al tribunal la función preventiva y reparadora. Expulsar del ordenamiento una ley que está aprobada y quizás hasta publicada

pero que aún no ha entrado en vigencia cumple con esa función reparadora, por lo que la Corte –a nuestro criterio- puede válidamente conocer y resolver inconstitucionalidades interpuestas contra normas que todavía no han cobrado vigencia y que, por tanto, son ineficaces pero que tienen la expectativa de eficacia en perjuicio de alguien.

Al igual que en sede legislativa, estimamos que en sede constitucional el tribunal ha mantenido un criterio errado desde prácticamente su nacimiento y que quizás sea tiempo de enmendar.

De ser así la Corte tendría que distinguir entre normas que aún no están vigentes y normas que ya no están vigentes y proceder a dar trámite a las acciones en contra de las primeras, no así en contra de las

segundas. Habrá un ordenamiento constitucional coherente y lógico.

Y está facultada para variar su criterio de conformidad con el artículo 43 de la Ley de Amparo: “Doctrina legal. La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido.”

Ya es tiempo. ¿O no?

¿Qué es la ciudadanía?

Alberto PEREIRA-OROZCO *

Para pasar de la democracia electoral basada en la opinión pública a una democracia donde el 'demos' decide por sí mismo cada una de las cuestiones haría falta un nuevo 'demos', un pueblo que esté verdaderamente informado y sea verdaderamente competente. Si no, el sistema se vuelve suicida. Si confiamos a unos analfabetos (políticos) el poder de decidir sobre cuestiones de las que no saben nada, entonces, ¡pobre democracia y pobres de nosotros!

Giovanni SARTORI:

La democracia en 30 lecciones

1. Contexto

El primer apunte, indispensable, sobre la ciudadanía es indicar que estamos ante una construcción histórica que da cuenta de la relación entre el individuo y el Estado (ciudadano gobernado - ciudadano gobernante). La ciudadanía no es una propiedad natural del ser humano; no estamos ante un *derecho natural*, sino ante

una condición que nace en un tipo específico de relación y que se actualiza con cierta frecuencia. Contemporáneamente, la ciudadanía es definida, de manera general, como: *un conjunto de derechos y deberes que hacen del individuo miembro de una comunidad política, a la vez que lo ubican en un lugar determinado dentro de la organización política, y que, finalmente, inducen un*

* Director del CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES DE LOS ALTOS (Cepcla); miembro titular del INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Sección Guatemala; miembro fundador de la ACADEMIA QUETZALTECA DE CONSTITUCIONALISTAS y exdirector de su Unidad Académica, y docente universitario en el nivel de posgrado.

*conjunto de cualidades morales (valores) que orientan su actuación en el mundo público.*⁴

Como se expone adelante, el primer momento de la ciudadanía lo encontramos puntualmente en la Atenas de la Antigua Grecia, con los límites propios de su momento, en que no existía el Estado como lo entendemos en la actualidad, y la ciudadanía era una condición restrictiva, pues únicamente era posible en la *polis* y, contrario a como se entiende modernamente, lejos de *resaltar la igualdad, subrayaba la diferencia y las jerarquías que excluía de su ejercicio a la mayoría (mujeres, esclavos, etcétera).*⁵ La democracia y la ciudadanía de la Antigüedad griega eran, finalmente, para una élite. Con la modernidad, y sus grandes revoluciones: la norteamericana y la francesa (antecedidas por la Revolución gloriosa), se da cuenta del tránsito del poder autoritario (propio de la Edad Media) al poder

autorregulado cuya legitimidad descansa en la soberanía popular (entendida, claro está, con las limitaciones propias de su tiempo: sufragio censitario y el olvido de la mujer en su proyecto igualitario). Siendo hasta las últimas décadas del siglo XX en que la calidad de ciudadano vendría a materializar la igualdad formal de todos los miembros de un Estado por encima de otras desigualdades (naturales, económicas, culturales, etcétera). Así, la ciudadanía tiene, desde su origen, un vínculo necesario con la democracia; primero con la democracia de asamblea y luego con la democracia moderna o representativa, pasando esta última por un proceso de generalización y universalización.

2. Primera aproximación histórica

Nuestro viaje sobre la historia de la ciudadanía, y la búsqueda de una aproximación a su concepto, lo iniciamos con el primer filósofo:

⁴ BOBES, Velia Cecilia, Ciudadanía. En: BACA OLAMENDI, Laura, et al., Léxico de

la Política, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pág. 50

⁵ Cf. *Ibíd.*

Tales DE MILETO (624-546 a.e.c.). Para este, la vida de la ciudad debía tener por centro de gravedad *la verdad, la dignidad y la justicia*.⁶

Dentro de los modelos de formas de Gobierno, en la Antigüedad, se solía distinguir, por la cantidad de quienes ejercían el poder, entre monarquía, aristocracia y democracia. Como lo evidencia TOUCHARD, el término *democracia es la denominación oficial que se le da al estado político que prevalece en Atenas durante el siglo V*. Tanto partidarios como detractores de este modelo no brindaron un concepto propio del mismo; se solía definir a la democracia en relación con los otros modelos existentes. Más que exponer lo que era se expuso lo que no era: «La palabra “democracia” designa, en principio, el gobierno del pueblo.

Pero, al oponerla continuamente los políticos a los términos “tiranía” (o monarquía) y “oligarquía”, fue definida en relación con estos, más que en sí misma».⁷ Lo dicho se puede constatar al leer la *Oración fúnebre de Pericles* que TUCÍDIDES pone en boca de PERICLES en su obra *La guerra del Peloponeso*, y en las palabras de CIRO (rey de los persas):

*Nuestra ciudad en aquel tiempo no era regida por oligarquía, que es gobierno de pocos, ni tampoco por democracia, que es el mando de los del pueblo, sino por otra forma de gobierno, que es muy odiosa a todas las ciudades y muy cercana a la tiranía; es, a saber, por poder absoluto de algunos grandes y particulares.*⁸

Ningún miedo tengo de esos hombres que tienen por costumbre dejar en el centro de

⁶ FERNÁNDEZ LIRA, Carlos; Pedro FERNÁNDEZ LIRA, y Luis ALEGRE ZAHONERO, Educación para la Ciudadanía. Democracia, Capitalismo y Estado de Derecho, Quinta edición, Madrid, España, Akal, 2012, pág. 23.

⁷ TOUCHARD, Jean, Historia de las ideas políticas, Sexta edición, Madrid, España, Tecnos, 2006, pág. 32.

⁸ TUCÍDIDES, Guerra del Peloponeso, Traducción de Diego Gracián, México, Kindle, 2007, pág. 303.

*sus ciudades un espacio vacío al que acuden todos los días para intentar engañarse unos a otros bajo juramento.*⁹

Evidenciamos el vínculo necesario entre democracia y ciudadanía. En su etapa primera, en la Atenas del siglo V (a.e.c.), la democracia no solo implicaba el Gobierno del pueblo, suponía la igualdad política de sus miembros y algo que se ha perdido en los discursos contemporáneos y que no deja de incomodar a algunos sectores: *la igualdad social*. En el entendido de que la democracia ateniense era una democracia de élites, pues ni mujeres, ni esclavos, ni extranjeros podían participar en la misma, este análisis busca determinar el vínculo entre el ejercicio de la ciudadanía en este primer estadio y su renacimiento puntual en las revoluciones de finales del siglo XVIII.

En lo que se refiere a que la democracia era el *Gobierno del pueblo*, es necesario recordar que en este primer momento estamos

ante una democracia directa o de asamblea. «La soberanía reside por partes iguales en el conjunto del cuerpo cívico, y cada cual está obligado a ejercitar esa soberanía. Ser ciudadano es ya una función... la asamblea del pueblo, y solo ella es omnipotente».¹⁰ Salvando las distancias históricas y culturales, y el hecho relevante de que en lo expuesto se está en un modelo de democracia directa o de asamblea, en el Estado de Guatemala, cuyo modelo de Gobierno es *republicano, democrático-representativo*, también el ser ciudadano es una función. *Cumplir y velar porque se cumpla la Constitución Política* del Estado de Guatemala es la principal función, deber y derecho de todo guatemalteco. De ahí la importancia de conocer su contenido, pues no puede haber ciudadanía sin conocimiento previo de los derechos y obligaciones que la misma implica y sin su necesaria eficacia.

⁹ FERNÁNDEZ LIRA, et al., ob. cit., pág. 26.

¹⁰ TOUCHARD, ob. cit. Pág. 33.

Artículo 135. Deberes y derechos cívicos. Son derechos y deberes de los guatemaltecos, además de los consignados en otras normas de la Constitución y leyes de la República, los siguientes: a) Servir y defender a la Patria; b) Cumplir y velar porque se cumpla la Constitución de la República; c) Trabajar por el desarrollo cívico, cultural, moral, económico y social de los guatemaltecos; d) Contribuir a los gastos públicos, en la forma prescrita por la ley; e) Obedecer las leyes; f) Guardar el debido respeto a las autoridades; y g) Prestar servicio militar y social, de acuerdo con la ley.

Artículo 136. Deberes y derechos políticos. Son derechos y deberes de los ciudadanos: a) Inscribirse en el Registro de Ciudadanos; b) Elegir y ser electo; c) Velar por la libertad y efectividad del sufragio y la pureza del proceso electoral; d) Optar a cargos públicos; e)

Participar en actividades políticas; y f) Defender el principio de alternabilidad y no reelección en el ejercicio de la Presidencia de la República.

La igualdad política garantiza que los derechos de los actores sociales no sucumbirán ante el embate de sus oponentes: «Un Estado democrático es aquel donde la ley es la misma para todos (*isonomía*) y donde es igual también la participación en los negocios públicos (*isegoría*) y en el poder (*isocracia*). En la época, esta adhesión a la igualdad descansa sobre temores muy apremiantes. Protege a las clases populares de una reacción oligárquica, que las expulsaría fuera de las asambleas, y a las grandes familias de una tiranía apoyada en el pueblo, que las anularía políticamente». ¹¹

En una democracia, como más adelante lo advertirá SARTORI, la eficacia del ejercicio de los derechos y obligaciones del ciudadano no solo implica aspectos formales sino presupuestos

¹¹ *Ibíd.*, pág. 32.

materiales mínimos.¹² Los atenienses lo tuvieron claro: es indispensable que el ciudadano se involucre en la gestión del Gobierno; el no ejercicio de la ciudadanía socaba la fortaleza del sistema de Gobierno y puede llevarlo a su fracaso. Sin embargo, estas medidas (*mistoforia*), más que un socialismo de Estado se situaron en un plano teórico: «El partido democrático adoptó algunas medidas de carácter social: *mistoforia*, o indemnizaciones destinadas a favorecer la participación en la vida pública, medidas de asistencia pública a los indigentes», se favorecía dicha participación con el pago por el ejercicio del cargo público o por la asistencia a la asamblea, con lo que el ciudadano común no veía menoscabo en su patrimonio por tener que destinar su tiempo a estas actividades. Lo que sí formó parte del ámbito concreto en la vida de la polis democrática fue el interés global de la ciudad, y en este

sentido entendieron que: «los desequilibrios sociales son el azote de las ciudades desde hace más de un siglo, y la democracia, logro de una burguesía ilustrada de armadores y comerciantes, debe organizar un mínimo de distribución como paliativo para impedir que el conflicto tome un carácter agudo, para hacer participar a cada clase en los incrementados recursos de un Estado en expansión y para asegurarse, por otra parte, una clientela que pueda ejercer sus derechos políticos».¹³

Una última anotación, necesaria, respecto a la democracia griega, es que la *isonomía* era matizada con una especie de justicia distributiva en lo que se refiere a los sistemas fiscales: «el ciudadano más favorecido debe más a la ciudad. Los discursos de DEMÓSTENES demuestran suficientemente que la democracia toma en consideración, ante todo, el interés global de la ciudad y que, en nombre de la salud

¹² SARTORI, Giovanni, ¿Qué es la democracia?, México, Editorial Tauros, 2008, pág. 272.

¹³ *Ibíd.*, pág. 33.

del Estado, se pide a los ricos que no regateen en los pagos que deben hacer para sostener la vida de la República y a los pobres que no crean que el tesoro del Estado debe servir para su propio sustento. La fortuna de los ricos es el tesoro del Estado». ¹⁴

Artículo 144. Nacionalidad de origen. Son guatemaltecos de origen, los nacidos en el territorio de la República de Guatemala, naves y aeronaves guatemaltecas y los hijos de padre o madre guatemaltecos, nacidos en el extranjero. Se exceptúan los hijos de funcionarios diplomáticos y de quienes ejerzan cargos legalmente equiparados. A ningún guatemalteco de origen puede privársele de su nacionalidad.

Artículo 145. Nacionalidad de centroamericanos. También se considera guatemaltecos de origen, a los nacionales por nacimiento, de las repúblicas que constituyeron la Federación de Centroamérica, si adquieren domicilio en Guatemala y manifestaren ante autoridad

competente su deseo de ser guatemaltecos. En este caso podrán conservar su nacionalidad de origen, sin perjuicio de lo que se establezca en tratados o convenios centroamericanos.

Artículo 146. Naturalización. Son guatemaltecos quienes obtengan su naturalización de conformidad con la ley. Los guatemaltecos naturalizados tienen los mismos derechos que los de origen, salvo las limitaciones que establece esta Constitución.

Artículo 147. Ciudadanía. Son ciudadanos los guatemaltecos mayores de dieciocho años de edad. Los ciudadanos no tendrán más limitaciones que las que establecen esta Constitución y la ley.

3. Segunda aproximación histórica

«En la sociedad medieval, en lugar de individuos o ciudadanos, encontramos grupos cuya relación con la autoridad y la participación en los asuntos comunes quedaba definida por el estatus, a partir de la

¹⁴ Ibid.

adscripción hereditaria y la tradición. El individuo feudal es un *súbdito*, con mayores o menores derechos en función del estamento al que pertenece». ¹⁵

Los grandes cambios que arrojan los procesos revolucionarios de fines del siglo XVIII, tanto en Europa como en los nacientes Estados Unidos de América, rescatan el concepto de ciudadanía y buscan alcanzar su universalidad dentro del Estado moderno. Ahora, el poder requiere de una base que lo legitime: *la soberanía popular, la voluntad general, el voto*, y su mayor expresión sería la formulación de un contrato-Constitución, el denominado *contrato social*.

La ciudadanía moderna vendría a buscar la igualdad de todos los miembros de la comunidad política, pese a que transitó por el denominado *sufragio censitario* y otros límites como la tardía generalización del *sufragio femenino*. «El surgimiento del

Estado-nación —que define política y territorialmente los límites de la comunidad—, aunado a la desaparición de adscripciones estamentales o corporativas como criterio de identidad, torna problemáticas la pertenencia y la autoidentificación. La noción de ciudadanía surge como el criterio que une a los individuos particulares en su relación con el Estado, y proporciona un nuevo criterio de homogeneidad que permite obviar las desigualdades (económicas, culturales, etc.) que persisten entre los individuos... La nueva identidad que surge con la condición de ciudadano es política en su naturaleza e implica derechos de igualdad y universalidad, además de una relación *directa* (no mediada por grupos de pertenencia) de cada individuo con un Estado, cuya existencia está referida a la garantía de tales derechos». ¹⁶

«Históricamente, la constitución de la ciudadanía se ha entendido como un proceso evolutivo desde la

¹⁵ BOBES. En: BACA OLAMENDI, ob. cit., pág. 50.

¹⁶ *Ibíd.*, pág. 51.

codificación de los derechos civiles, pasando por los políticos, hasta los sociales, proceso que abarca desde el siglo XVIII hasta el XX. // Durante el siglo XVIII se instauran los derechos civiles (*habeas corpus*, libertad de trabajo, abolición de la censura, libertad de prensa y de palabra, etc.). Esta es la historia de la adición gradual de nuevos derechos que marcha pareja a la universalización de la libertad. // Los derechos políticos se codifican y generalizan a lo largo del siglo XIX. Como estos solo pueden aparecer cuando ya se han asentado los derechos civiles, no se trata propiamente de la aparición de nuevos derechos, sino de la extensión de los antiguos a nuevos sectores de la población. Hablamos de la extensión del sufragio, del derecho de libre asociación y reunión, y de todas aquellas prerrogativas que hacen posible

extender la libertad e igualdad al ámbito de la participación en la toma de decisiones políticas. // Los derechos entran a formar parte de los derechos ciudadanos durante el siglo XX. Tales derechos dimanar también de la extensión de la ciudadanía y la igualdad (en este caso al campo de lo social), y su ejemplo más claro puede encontrarse en el derecho a la educación. Dado que los derechos ciudadanos están diseñados para ser ejercidos por personas racionales e inteligentes, la educación ha llegado a considerarse como un requisito de la libertad civil». ¹⁷

4. ¿Qué es la ciudadanía?

Difícil resultará proporcionar una definición de ciudadanía con la que la mayoría esté de acuerdo, en principio, porque se le suele parangonar con el término *nacionalidad*,¹⁸ que, a decir

¹⁷ *Ibíd.*, pág. 52.

¹⁸ «No se deben confundir los conceptos nacionalidad y ciudadanía. La nacionalidad es una especial condición de sometimiento político de una persona a un Estado determinado, sea por haber

nacido en su territorio, sea por descender de padres naturales de ese Estado, sea por haber convenido voluntariamente en sujetarse políticamente a él. La ciudadanía, en cambio, es la calidad que adquiere el que, teniendo una

verdad, no se excluye del primero pero tampoco lo agota. Aclarado esto, diré que **ciudadanía es el vínculo o condición jurídica de un nacional con respecto a su Estado a través del cual adquiere el derecho y la obligación de participar en la vida política del mismo.**

Conforme a lo expuesto, NARANJO MESA indica que, satisfechos los requisitos que señale la Constitución, se habilita a la persona para ejercer sus *derechos políticos*, así como la plenitud de sus derechos civiles.¹⁹ Así, la Ley Electoral y de Partidos Políticos establece en su artículo 2: *Son ciudadanos todos los guatemaltecos mayores de dieciocho años.* En su artículo 3,

establece como derechos y deberes de los ciudadanos:

a) Respetar y defender la Constitución Política de la República; b) Inscribirse en el Registro de Ciudadanos... c) Elegir y ser electo; d) Ejercer el sufragio; e) Optar a cargos públicos; f) Velar por la libertad y efectividad del sufragio y la pureza del proceso electoral; g) Defender el principio de alternabilidad y no reelección en el ejercicio de la Presidencia y Vicepresidencia de la Republica; h) Desempeñar las funciones electorales para las que sean designados.

BORJA distingue dos acepciones generales del término ciudadanía, dentro de las cuales destaca la

nacionalidad y habiendo cumplido las condiciones legales requeridas, asume el ejercicio de los derechos políticos que le habilitan para tomar parte activa en la vida pública del Estado y se somete a los deberes que le impone su calidad. // «Por lo tanto, está claro que no puede haber ciudadanía sin nacionalidad, puesto que esta es condición necesaria para aquella, pero sí puede haber nacionalidad sin ciudadanía, como es el caso de los

menores de edad o de los adultos interdictos por cualquier causa, que pertenecen al Estado pero que no tienen el uso de los derechos políticos». BORJA, Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, Tomo I, Cuarta edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, pág. 239.

¹⁹ NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Décima edición, Bogotá Colombia, Temis, 2006, pág. 110.

identificación del ciudadano como *elemento políticamente activo* del Estado: «Ciudadanía. Esta palabra tiene dos acepciones: la primera se refiere al conjunto de ciudadanos de un Estado, y la segunda, al cúmulo de derechos y deberes políticos que cada uno de ellos tiene. A la persona le asisten dos clases de derechos: unos que le son inherentes por su calidad humana, y que por tanto son comunes a todas las demás personas, y otros que le pertenecen en cuanto elemento políticamente activo del Estado, es decir, en cuanto ciudadano».²⁰

BORJA también expone los derechos que derivan de esa doble calidad que se manifiesta en los individuos (*la de persona humana y la de ciudadano*): «Dentro de esta doble consideración del individuo —como persona humana y como ciudadano—, los primeros son los derechos civiles, los derechos sociales y los *nuevos derechos* del ser humano, que se extienden a todos los individuos, nacionales o

extranjeros, mayores o menores de edad, que habitan en el territorio del Estado; y los segundos son los derechos políticos, que pertenecen exclusivamente a la persona en cuanto miembro activo de la vida política del Estado».²¹

5. Reflexión final. La importancia de la ciudadanía para la democracia

Ya hemos abundado sobre datos históricos, categorías políticas, conceptos y normativa constitucional relativos a la ciudadanía. Ahora es necesario darle contexto y, por qué no, respuesta a la afirmación tan contundente de SARTORI que abre este artículo: *Si confiamos a unos analfabetos (políticos) el poder de decidir sobre cuestiones de las que no saben nada, entonces, ¡pobre democracia y pobres de nosotros!*²² Precisamente, en su lección 30, el mismo Sartori afirma que la democracia es una gran

²⁰ BORJA, ob. cit., pág. 239.

²¹ *Ibíd.*

²² SARTORI, Giovanni, *La democracia* *Ibíd.*, pág. 143.en 30 lecciones, México, Debolsillo, 2015, pág. 40.

generosidad,²³ porque para la gestión y la creación de la buena ciudad confía en sus ciudadanos. Indica que es necesario distinguir entre la máquina y los maquinistas, *los maquinistas son ciudadanos, y no son nada del otro mundo, pero la máquina es buena.*²⁴

LAPIERRE parece traducir fielmente la sentencia de SARTORI: *No existe democracia si no existen ciudadanos, y no existen ciudadanos si no hay educación cívica.* «Educación y no solamente instrucción. Ciertamente es necesario que los adolescentes que llegan a la edad adulta (y así, pues, se convierten en electores) estén exacta y suficientemente informados de las instituciones y de los problemas políticos de la sociedad en la cual viven».²⁵ Cuando LAPIERRE escribe su *Cuarta y última carta a las ciudadanas y ciudadanos del mundo del siglo XXI*, provee de breves recomendaciones a los

noveles ciudadanos: sed ciudadanos, vigilantes y activos.

Ciudadanos vigilantes, no cread lo que dicen los políticos (sobre todo durante las campañas electorales) y solamente juzgadles por lo que hacen. Ciudadanos vigilantes, controlad a quienes os gobiernan y a los que habéis elegido. Ciudadanos activos, no solamente votad, sino también controlad a vuestros elegidos. La abstención electoral es una falta contra el civismo. La inercia entre dos elecciones es una debilidad del civismo. Exigid que vuestros elegidos rindan cuentas regular y públicamente de su mandato. Ciudadanos activos, podéis serlo sin adheriros a un partido. Lo importante es participar en las luchas sociales. La historia de las sociedades humanas está hecha de esas luchas que oponen los movimientos sociales innovadores a los movimientos

²³ *Ibíd.*, pág. 143.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ LAPIERRE, Jean-William, *Qué es ser ciudadano*, Madrid, España, Biblioteca Nueva, 2003, pág. 204.

*sociales conservadores o reaccionarios.*²⁶

Es la gente común, la ciudadanía, la llamada a hacer andar *la máquina*. Como los señala MONEDERO, citando a FOSDICK, *la democracia se basa en la convicción de que en la gente común hay posibilidades fuera de lo común. La gente común, la que hace que funcionen los autobuses, el metro, los desagües...*²⁷ Es la gente común la que debe asumir la gigantesca tarea de poner a punto *la máquina*, es el ciudadano común el que debe lograr el romper ese círculo que le impide formarse y dedicarse al ejercicio de su función de ciudadano porque la tarea no requiere de la participación de uno, ni de dos, ni de muchos; requiere de todos.

La eficacia de nuestro modelo democrático transita sobre la base de la ciudadanía, una ciudadanía educada, participativa, propositiva

y vigilante. Pero para ello debe existir lo que LAPIERRE y SARTORI podrían coincidir en llamar condiciones materiales de la democracia. «En una familia en la que los padres, parados o trabajadores precarios y mal remunerados, viven por debajo del umbral de la pobreza y están, ante todo, preocupados por arreglárselas para sobrevivir, el niño no puede aprender a convertirse en un ciudadano políticamente responsable y solidario con sus conciudadanos».²⁸ Existe un nexo, afirma SARTORI, entre sistema democrático y condiciones materiales (especialmente los niveles de pobreza o bienestar). Hoy, *democracia y bienestar están frecuentemente asociados —la correlación es relativamente fuerte—... el bienestar facilita la democracia... Por el contrario, que la democracia produzca bienestar es una hipótesis dudosa.*²⁹

²⁶ Ibid., págs. 208 y 209.

²⁷ MONEDERO, Juan Carlos, Curso urgente de Política para gente decente, Barcelona,

España, Planeta, SARTORI, ¿Qué es la..., pág. 273.2013, pág. 15.

²⁸ LAPIERRE, ob. cit., pág. 204.

²⁹ SARTORI, ¿Qué es la..., pág. 273.

Si bien la exposición de SARTORI es mucho más extensa, me atrevo a colegir y corregir que existe una relación directa entre ciudadanía efectiva, democracia, control del poder y bienestar. Dicha relación efectiva debería redundar en el beneficio colectivo, ya que mejores controles conllevan menos corrupción, más eficacia en el gasto, mejor administración y, en consecuencia, un mayor nivel de eficacia de los derechos fundamentales. La ciudadanía deviene, entonces, no solo en un cúmulo de derechos, sino también de obligaciones. Como ciudadanos debemos entender que dicha calidad implica una función que exige autoformación, participación y compromiso con el destino de la sociedad. El proceso para que la ciudadanía recupere su papel soberano difícilmente vendrá de las élites y/o centros de poder; deberá ser gestionado por el ciudadano común, que es, precisamente, el que se encuentra insatisfecho con el *statu quo*.

Bibliografía

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala: 1985, y sus reformas de 1993.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Ley Electoral y de Partidos Políticos. Guatemala: 1985, y sus reformas.

BACA OLAMENDI, Laura, et al. Léxico de la Política. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

BORJA, Rodrigo. Enciclopedia de la Política. Tomo I. Cuarta edición. México: Fondo de Cultura Económica, 2012.

FERNÁNDEZ LIRA, Carlos; Pedro FERNÁNDEZ LIRA, y Luis ALEGRE ZAHONERO. Educación para la Ciudadanía. Democracia, Capitalismo y Estado de Derecho. Quinta edición. Madrid, España: Akal, 2012.

LAPIERRE, Jean-William. Qué es ser ciudadano. Madrid, España: Biblioteca Nueva, 2003.

MONEDERO, Juan Carlos. Curso urgente de Política para gente

- decente. Barcelona, España: Planeta, 2013.
- NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Décima edición. Bogotá Colombia: Temis, 2006.
- SARTORI, Giovanni. La democracia en 30 lecciones. México: Debolsillo, 2015.
- SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia? Traducción de GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, PESTELLINI LAPARELLI y RUIZ DE AZÚA. México, Editorial Tauros, 2008.
- TOUCHARD, Jean. Historia de las ideas políticas. Sexta edición. Madrid, España: Tecnos, 2006.
- TUCÍDIDES. Guerra del Peloponeso. Traducción de Diego GRACIÁN. México: Kindle, 2007.
- , Jean. Historia de las ideas políticas. Sexta edición. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2006.

EL DERECHO HUMANO DE CONSULTA PREVIA E INFORMADA Y SU CARÁCTER VINCULANTE

*Carmen Bejarano Girón**

Ante la posible duda sobre el derecho humano al carácter vinculante de la consulta previa, libre e informada, se presentan generalidades de determinados estándares que sustentan el derecho a la consulta, principalmente del sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano.

Partiendo de la protección que gozan los pueblos indígenas y el derecho de consulta, enfatizando su condición de vulnerabilidad como fundamento de la protección específica de sus derechos, se procede a esbozar los alcances y el contenido del derecho de consulta, llegando a establecer el derecho humano a la consulta. Se arriba así a la conclusión sobre el derecho

humano al carácter vinculante de la consulta, recordando el llamado realizado por diversos órganos al Organismo Legislativo para que proceda a legislar sobre el derecho de consulta, conforme a los estándares de protección de derechos humanos vinculantes para el Estado.

I. Protección de Pueblos Indígenas y Derecho de Consulta

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece en el artículo 67: “Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de

* Carmen Bejarano Girón es abogada consultora experta en derechos humanos. Profesora en las maestrías de Equidad de Género y Derechos Humanos de la USAC.

protección especial del Estado.” Así, el Poder Constituyente, aunque bajo la denominación de comunidades indígenas, reconoció el derecho de los pueblos indígenas: maya, garífuna y xinca, de ejercer derechos sobre la tenencia de la tierra.

Asimismo, en el artículo 70 la Constitución Política ordena la emisión de una ley que regule lo relativo a las comunidades indígenas. Aunque no se estipula expresamente el derecho de consulta, está estrechamente relacionado con “lo relativo” a las comunidades indígenas como se explica más adelante. Sin embargo, no se ha cumplido con el mandato constitucional y la emisión de esta ley después de treinta y siete años, sigue pendiente.

El Poder Constituyente específicamente incluyó disposiciones de protección para los pueblos indígenas de Guatemala, los cuales se consideran población en condición de vulnerabilidad por diversos factores. Uno de ellos es la exclusión y la discriminación que

han sufrido, como sujetos individuales y como grupo específico.

El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, se encuentra expresamente consagrado en legislación vigente de fuente internacional, con preeminencia sobre el ordenamiento jurídico interno, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Constitución Política. El Estado, como se ha insistido tantas veces, ha adquirido compromisos que debe cumplir en orden a proteger a la persona humana, que es el sujeto y fin del orden social. Así lo establece el Poder Constituyente en el preámbulo de la Constitución Política.

Existen dos sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Por una parte, en cuanto a la protección del derecho a la consulta previa, libre e informada, a nivel del sistema de Naciones Unidas, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la

Organización Internacional del Trabajo –OIT-, ratificado por Guatemala el 7 de junio de 1996, establece en el artículo 6: 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para ese fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en

aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual contó con el voto favorable de Guatemala para su adopción el 13 de septiembre de 2007, en el artículo 19 establece que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

En el numeral 2 del artículo 32, esta Declaración estipula: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado

antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

En ambos tratados del sistema de Naciones Unidas, uno de los aspectos que sobresale es el principio de la “buena fe” para llevar a cabo los procesos de consulta. La buena fe es un elemento importante en la protección de derechos, por ello para el cumplimiento de tratados se estipula la buena fe como uno de los principios contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos.³⁰

Específicamente sobre los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, creado por la Convención Internacional para la Eliminación de

Todas las Formas de Discriminación Racial de la que Guatemala es Estado Parte,³¹ ha recalcado su preocupación “por la falta de avances en la discusión y aprobación por el Congreso de varias iniciativas tales como **la consulta a los pueblos indígenas (iniciativa 4051)**, la jurisdicción indígena (iniciativa 3946), el desarrollo rural integral (iniciativa 4084), los lugares sagrados (iniciativa 3835), la educación bilingüe, multicultural e intercultural (iniciativa 3913), los medios de comunicación comunitarios (iniciativa 4087), el programa nacional de resarcimiento (iniciativa 3551), la reforma de la Ley Electoral y de Partidos Políticos (iniciativa 4783), y la reforma de Ley de Minería (iniciativa 4945). Preocupa al Comité que la aprobación de varias de estas iniciativas siga pendiente en el Congreso desde hace más de una

³⁰ La Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados de 1969 estipula entre otros, los principios de buena fe y *ius cogens*.

³¹ Convención ratificada por Guatemala el 30 de noviembre de 1982.

década”.³² (El subrayado es agregado).

Ante la falta de los avances legislativos señalados, el Comité recomienda: “dar prioridad en la agenda legislativa a las iniciativas para la lucha contra la discriminación racial y la promoción de los derechos de los pueblos indígenas para su urgente discusión y adopción, en consulta con dichos pueblos. El Comité recomienda también tomar las medidas estructurales adecuadas para implementar plenamente el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, incluso con las necesarias reformas constitucionales, considerando la posibilidad de establecer mesas de trabajo al respecto con los pueblos indígenas”³³ (el subrayado es

agregado). De esta manera, se evidencia la necesidad que Guatemala cumpla con los compromisos contraídos como Estado Parte de diversos tratados que protegen derechos específicos de los pueblos indígenas, en los cuales sobresale el derecho de consulta.

Por otra parte, en el sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual es Parte el Estado de Guatemala, establece obligaciones generales de los Estados de respetar y garantizar los derechos³⁴ y el deber de adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacer efectivos los derechos

³² Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. “Observaciones Finales sobre los informes periódicos 14º y 15º combinados de Guatemala”. 3 de junio de 2016.

³³ Ibid.

³⁴ Artículo 1.1 “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en

ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición

contenidos en la Convención Americana.³⁵

No obstante la Convención Americana sobre Derechos Humanos no regula expresamente el derecho de consulta, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH- como la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH- han integrado el corpus juris internacional de protección de diversos grupos o poblaciones en condición de vulnerabilidad. Específicamente sobre la protección de los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos, el derecho de consulta previa, libre e informada.

En ese orden de ideas, la CIDH ante cuestionamientos recibidos del Estado de Guatemala, ha aclarado que en: “la evolución del cuerpo del

derecho internacional en materia de derechos humanos es pertinente la interpretación y aplicación derivada de las disposiciones de otros tratados multilaterales aprobados dentro y fuera del marco del sistema interamericano, incluidas las Convenciones de Ginebra de 1949, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y, de pertinencia particular para el caso presente, el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo relacionado con los pueblos indígenas y tribales en los países independientes y otros instrumentos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas”.³⁶

II. Condición de vulnerabilidad de los pueblos indígenas

³⁵ Artículo 2. “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que

fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades’.

³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los Derechos Humanos en Guatemala: Diversidad, Desigualdad y Exclusión. Washington, D.C. 2015, presentado en Guatemala en febrero 2016

La condición de vulnerabilidad de los pueblos indígenas ha sido resaltada por la CIDH, habiendo determinado que en Guatemala “la discriminación es uno de los factores que incrementa la desigualdad social y ahonda las condiciones de pobreza en que se encuentra la población indígena”.³⁷ En el mismo sentido, durante la visita in loco realizada por la CIDH en agosto 2017 vinculó la condición de vulnerabilidad de los pueblos con el derecho de consulta, indicando : “la Comisión constató la situación de profunda pobreza, desigualdad y exclusión en que se encuentran los pueblos indígenas, así como de la conflictividad asociada al control y tenencia de la tierra en el marco de monocultivos, proyectos hidroeléctricos y de industrias extractivas (...) tales problemáticas derivan fundamentalmente de la falta de respeto del derecho a la consulta previa, libre e informada

de los pueblos indígenas, de conformidad con estándares internacionales”.³⁸

La condición de vulnerabilidad de dichos pueblos en el caso de Guatemala, especialmente del pueblo maya, se intensificó como consecuencia del conflicto armado interno que tuvo lugar durante 36 años. Se estableció que el 83% de las más de doscientas mil víctimas de este conflicto, eran miembros del pueblo indígena maya.³⁹ Sin embargo, debe mencionarse que la condición de vulnerabilidad de los pueblos indígenas es histórica. Así, desde el mecanismo de protección respectivo de Naciones Unidas se ha reconocido que: “La condición actual de los pueblos indígenas en Guatemala es el resultado de un largo proceso de sometimiento colonial del pueblo maya a partir del siglo XVI, que se consolidó bajo el Estado nacional liberal en el siglo XIX, con la constitución de una

³⁷ Ibid.

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Observaciones preliminares sobre su visita a Guatemala, realizada del 30 de julio al 4 de agosto de 2017.

³⁹ Comisión para el Esclarecimiento Histórico. “Guatemala Memoria del Silencio” Conclusiones y Recomendaciones. UNOPS, Guatemala 1999.

clase gobernante que basó su poder y sus privilegios en la gran propiedad rural y la explotación de la mano de obra indígena, en el marco de regímenes autoritarios y patrimoniales”.⁴⁰

Es precisamente la condición de vulnerabilidad en que se encuentran determinados grupos o poblaciones, entre ellos los pueblos indígenas⁴¹, la que determina que gocen de una especial protección de sus derechos para que puedan ejercerlos libremente y en condiciones de igualdad.

III. Alcances y contenido del derecho de consulta

Previamente a establecer los alcances del derecho de consulta, es importante señalar que como parte de la protección de los derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la tenencia de tierra y territorios goza de una amplia protección. En ese sentido, la Corte IDH ha establecido que “la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de título escrito de la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”⁴². Esta decisión, que se reitera en posteriores sentencias, es paradigmática⁴³ y constituye un precedente de alta relevancia por el reconocimiento que el tribunal

⁴⁰ Naciones Unidas. Informe del Relator Rodolfo Stavenhagen. Misión Guatemala. 10 de febrero de 2003.

⁴¹ Otros grupos o poblaciones en condición de vulnerabilidad a quienes se les han reconocido derechos humanos específicos son, entre otros: niñez, mujeres, personas adultos mayores, personas con discapacidad, migrantes, personas LGBTI.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia del 13 de agosto de 2001.

⁴³ Debe recordarse que a la luz del control de convencionalidad, en el cual se incluye la normativa convencional y la interpretación que de ella realiza la Corte IDH como su máxima intérprete, todos los órganos del Estado deben realizar ese control para asegurar el efecto útil de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y como medida preventiva para que el Estado cumpla con los compromisos soberanamente adquiridos y así evitar incurrir en responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos.

interamericano realiza sobre el derecho a la propiedad de la tierra de los pueblos indígenas. Sin embargo, el derecho de consulta no se limita exclusivamente a los derechos sobre la tierra y los territorios.

De conformidad con el Convenio 169 de la OIT, son materia de consulta, entre otros: la explotación del subsuelo; la enajenación de las tierras, la elaboración de programas de formación y los planes educativos (artículos 15.2, 17.2, 22.3 y 28.1 respectivamente).

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, si bien contiene una amplia y marcada protección del derecho a la tierra, territorios y recursos, relaciona el derecho de consulta de los pueblos indígenas, entre otros, con el consentimiento en caso de traslado o reubicación; las medidas de reparación; las medidas para combatir la discriminación; la protección de los

niños indígenas de la explotación infantil; el consentimiento libre, previo e informado; el consentimiento en cuanto a la utilización de las tierras indígenas (artículos 10, 11, 15, 17, 19 y respectivamente).

Ubicándonos en el ámbito del sistema interamericano, haciendo referencia específicamente a los pueblos indígenas de Guatemala, la CIDH establece que en casos en que los proyectos hidroeléctricos, de explotación minera o monocultivos hayan contaminado aguas y tierras el Estado debe tomar medidas de reparación y no repetición, siempre en consulta con las comunidades y pueblos indígenas afectados, y la aplicación de la consulta previa debe permitir su participación en los beneficios que dichos proyectos produzcan.⁴⁴

No obstante recae en el Estado el deber de cumplir de buena fe con la realización de los procesos de consulta conforme a los parámetros

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Visita in loco a Guatemala 2017*. Op. Cit.

establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos, también se identifica el deber de las empresas y otros actores privados de respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas, destacando el papel que desempeñan para asegurar la promoción y protección de derechos de dichos pueblos.⁴⁵

Se ha identificado como objetivo de la realización de los procesos de consulta previa, libre e informada, alcanzar un acuerdo que proteja derechos y sea satisfactorio para las partes: los pueblos indígenas y el Estado. Al respecto, el relator de pueblos indígenas ha sostenido que con la realización de los procesos de consulta se tiene como propósito: “construir un diálogo en el que tanto los Estados y los pueblos indígenas

son llamados a trabajar de buena fe y a tratar en serio de llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio”⁴⁶.

Sobre el contenido del derecho de consulta, también la CIDH claramente establece cómo desde una interpretación evolutiva, particularmente del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que protege el derecho a la propiedad privada⁴⁷, se han desarrollado parámetros para proteger el derecho de consulta, aunque este derecho no aparezca expresamente contenido en el catálogo normativo de la Convención Americana. La CIDH sostiene que: “ha desarrollado el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención y ha interpretado las disposiciones en dicho artículo

⁴⁵ Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya. 2010.

⁴⁶ Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2009.

⁴⁷ Artículo 21 Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Derecho a la propiedad privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley

puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

de manera evolutiva, interpretando de manera amplia el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por [los Estados] en otros tratados, como el Convenio No. 169 de la OIT. A través de dicho convenio y de desarrollos normativos y jurisprudenciales, el derecho internacional ha dado un contenido específico al deber de realizar consultas previas a los pueblos indígenas en situaciones que afecten su territorio”⁴⁸.

El requisito del consentimiento libre, previo e informado es parte del contenido de la consulta. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, demanda de los Estados cumplir con el requisito del consentimiento libre, previo e informado antes de la realización de diversas acciones, entre otras: el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas de sus tierras o territorios (artículo 10); el uso de los

bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, incluyendo materiales biológicos, medicamentos y conocimientos tradicionales, obras de arte, la danza y el canto (artículo 11).

De manera análoga, el Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas⁴⁹ ha establecido que la consulta permite y mejora la participación de los pueblos indígenas en toma de decisiones; asimismo, efectiviza el derecho a la autodeterminación.

IV. El derecho humano al carácter vinculante de la consulta

El Estado de Guatemala afirmó ante la CIDH que no existía un derecho humano al carácter vinculante de la consulta, por lo que la CIDH con fundamento en la jurisprudencia de la Corte IDH, recordó al Estado de Guatemala que: “el SIDH (sistema

⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los Derechos Humanos en Guatemala 2015. Op. Cit.

⁴⁹ Este informe fue publicado en julio de 2001. Disponible en

<http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/EMRIPIndex.aspx>
Consultado 4 de agosto 2017.

Interamericano de Derechos Humanos) también ha sido consistente en establecer el derecho humano de consulta que tienen los pueblos indígenas y la correlativa obligación de los Estados, porque el reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática”⁵⁰. (El subrayado es agregado).

Del mismo modo, la CIDH hizo un recordatorio al Estado de Guatemala en cuanto a que “la realización de esta consulta es obligación internacional de acuerdo con los estándares interamericanos en la materia”⁵¹.

Sumado a ello, en el ámbito interno, la Corte de Constitucionalidad con

fundamento en el artículo 46 de la Constitución Política de la República (Preeminencia del derecho internacional), implementando el bloque de constitucionalidad, ha establecido que la consulta “es un derecho fundamental de carácter colectivo”⁵². Cabe recordar que la consulta se ubicó en la categoría de derecho fundamental desde 1995, en virtud de Opinión Consultiva emitida por la Corte de Constitucionalidad sobre el Convenio 169 de la OIT⁵³.

Conclusiones

El derecho humano de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada, así como el derecho humano al carácter vinculante de la consulta están garantizados en diversos tratados y otros estándares internacionales de derechos humanos vinculantes para Guatemala, con carácter de

⁵⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los Derechos Humanos en Guatemala 2015. Op. Cit.

⁵¹ Ibid.

⁵² Corte de Constitucionalidad. Expediente No. 3878-2007. Sentencia de 21 diciembre 2009.

⁵³ Corte de Constitucionalidad. Expediente No. 199-95. Resolución de 18 mayo 1995.

preeminencia sobre el Organismo Legislativo atender el ordenamiento jurídico interno. llamado de diversos órganos de derechos humanos procediendo a emitir la legislación que cumpla con los parámetros internacionales de derechos humanos. Por consiguiente, corresponde al

GRANDES JURISTAS DEL SIGLO XX:

HANS KELSEN.

*René Arturo Villegas Lara **

1. Idea introductoria

El gran jurista de Harvard, Roscoe Pound, dijo alguna vez que Hans Kelsen es el principal jurista del siglo XX; y Carlos Cossio, creador de la única teoría jurídica que se ha concebido en América Latina, la teoría egológica, no vaciló en reconocerlo como el jurista de la época contemporánea, no obstante la confrontación que existió entre Kelsen y Cossio con respecto al derecho como norma o como conducta. Al escoger la figura de Kelsen para este artículo, seguiré la idea de Enrique Aftalión, de no desarrollar una valoración filosófica crítica del pensamiento kelseniano, pero sí tratar de responder a algunos cuestionamientos esenciales sobre

su teoría muy conocida en el ámbito jurídico de occidente y señalar los aspectos que de la misma siguen vigentes, así como los que con el transcurso del tiempo han ido cambiando conforme la realidad jurídica de la doctrina y la ley también han sufrido cambios. El mismo Kelsen, al final de su vida, varió la idea fundamental de su teoría lógico formal, y del análisis de la norma como juicio hipotético, pasó a concebirla como un acto de voluntad, lo que aparece en su obra póstuma denominada Teoría de las Normas.

Hay tres preguntas, dentro de muchas, con respecto a Kelsen y a su Teoría Pura del Derecho. La primera: ¿Qué contiene esta teoría para que sus adherentes la

* René Arturo Villegas Lara es Doctor en Filosofía por la Universidad Rafael Landívar; Doctor en Derecho por la Universidad de San Carlos; Socio Correspondiente de la Asociación Nacional de Abogados de México; Miembro de Número de la Asociación Latinoamericana de Abogados; Profesor de Derecho Constitucional en la Escuela de Postgrado de la Universidad de San Carlos; Expresidente del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

consideren como una especie de meridiano jurídico, es decir, una línea que divide el pensamiento jurídico? La segunda: ¿Qué se encuentra en esta teoría que induzca marcar distancia con otros importantes filósofos del Derecho? Y, la tercera: ¿Tendrán razón los detractores de la teoría para decir que es una idea superada y que ya no sirve para explicar la naturaleza del Derecho?

Ha transcurrido más de un siglo del año en que Hans Kelsen legó a la ciencia jurídica, concretamente a la teoría del derecho, su Teoría Pura, cuya pretensión filosófica y científica fue apartar a esta ciencia de todo enfoque que tuviera que ver con la sociología, con la política, con la economía, con la moral, etc., a efecto de circunscribirla únicamente al estudio de la norma jurídica, como componente primario del ordenamiento o sistema jurídico, producida por el organismo del Estado autorizado para emitirlas, cumpliendo el procedimiento establecido en la Constitución, de donde deviene su fundamental afirmación: el derecho

regula su propia creación y si se observa ese procedimiento, la norma es formalmente válida, que es un postulado esencial de esta teoría positivista. De la primera década del siglo XX al año 2017 del siglo XXI, mucha tinta se ha empleado para alabar o criticar esta teoría. Kelsen pretendió que su teoría fuera la explicación del ordenamiento jurídico positivo de cualquier Estado y como filósofo cumplió lo que afirma el profesor argentino, Rodolfo Vigo: que ningún jurista puede prescindir de la filosofía jurídica, pues el derecho encierra una concepción del mundo y de la vida, desde cualquier perspectiva en que se el hombre vea la realidad jurídica de la sociedad: iusnaturalismo, iuspositivismo, realismo jurídico, marxismo, etc.

En esta exposición trataré de señalar los aspectos de la teoría de Kelsen, que a mi juicio siguen teniendo vigencia y cuáles de sus postulados ya no se adaptan a nuevas realidades objetivas y nuevos planteamientos de la doctrina del derecho, especialmente en el campo del

Derecho Constitucional, que es la materia que más se nutre del pensamiento de Kelsen, además de la teoría general del Derecho y del Estado.

Hans Kelsen es un iuspositivista puro y una de sus ideas básicas como paradigma epistemológico, es la separación infranqueable entre el derecho y la moral, además de los principios y los valores que la axiología establece como elementos del orden jurídico, dejando fuera del conocimiento jurídico lo que no sea derecho positivo. Por esta separación los iusnaturalistas no aceptan la Teoría Pura, aunque respeten a Kelsen como un gran jurista.

Para la teoría constitucional, todo lo que Kelsen dejó escrito en su obra Teoría del Estado y del Derecho, da para desarrollar un curso semestral. Por ello, en este intercambio de conocimientos, me referiré únicamente a su conocido ensayo denominado “la Garantía Jurisdiccional de la Constitución”, que presentó en un encuentro de profesores alemanes de Derecho

Público, en Viena, en el año de 1928 y que fue recibido con no disimulado escepticismo por los juristas de ese tiempo. Recordemos que los filósofos alemanes y austríacos, en ese tiempo, se reunían en círculos para discutir sus estudios filosóficos y Kelsen perteneció al Círculo de Viena, en el que se cultivó el positivismo lógico como paradigma epistemológico.

Principiando por el nombre del ensayo, Kelsen dice que la garantía jurisdiccional de la Constitución equivale a justicia constitucional, en el sentido de que los jueces tienen facultad para anular cualquier norma que contradiga a la Constitución. Estas facultades o competencias de los órganos jurisdiccionales que están previstas en nuestra Constitución Política y en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, entroncan su origen en la teoría de Kelsen; y aquí encontramos la primera modificación de la teoría kelseniana, pues la supremacía normativa de la que en su tiempo sólo gozaban las norma

constitucionales, ahora se ha extendido a las normas de los tratados y convenciones de derechos humanos, en nuestro caso por la previsión del artículo 46 de la Constitución Política de la República.

La creación de normas jurídicas se da por actos de legislación o por actos ejecutivos cuando se emiten reglamentos. El límite de la competencia de estos dos organismos, legislativo y ejecutivo, es la Constitución, de manera que si emiten normas contrarias a ella, es un acto irregular que debe ser reparado. Para tal reparación existe el control de constitucionalidad con base en la garantía jurisdiccional de la Constitución; y como en la actualidad los tratados y convenciones de Derecho ocupan el mismo lugar en la jerarquía normativa, también es tarea de los jueces el control de convencionalidad. Tanto el control de la constitucionalidad como el de convencionalidad, forman parte del control del poder, que con maestría nos enseña el maestro mexicano Diego Valadés, en su obra El

Control del Poder; o sea que el poder judicial, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, actúa controlando el poder de los otros dos poderes del Estado y de cualquier ente estatal autónomo que tenga potestades de producir normas jurídicas.

2. Estructura del ordenamiento jurídico

Toda la estructura del ordenamiento jurídico del Estado se encuentra jerarquizado y se presenta como una pirámide. Esta idea de la pirámide para graficar el ordenamiento jurídico positivo, que en verdad fue idea de Merkl, un discípulo preferido y muy cercano a Kelsen, es uno de los conceptos básicos de la teoría de Kelsen. Merck, seguramente, y así lo han expresado algunos juristas, tomó en cuenta la antigua idea de Puchta, un jurista de la Escuela Histórica de la Alemania del siglo XVIII, que perteneció a la corriente de los pandectistas, y quien afirmaba que los conceptos jurídicos se encontraban jerarquizados de mayor a menor. Así, el concepto de

propiedad es un concepto mayor y ocupa un lugar superior; y son menores y dependientes los de servidumbre o el de usufructo, pues solo pueden existir porque existe la propiedad. Kelsen y Merckl tienen la misma idea, solo que no jerarquizan los conceptos, sino las diversas normas que forman un ordenamiento jurídico. Todas las leyes ordinarias o infra-constitucionales, en escala descendente, ocupan el segundo lugar de esa pirámide y su contenido normativo no pueden existir reglas que contradigan a la Constitución y a los tratados y convenciones de derechos humanos. El tercer peldaño lo ocupan las normas de los reglamentos que desarrollan las leyes, reglamento que no puede ir más allá de lo que dice la ley. Esto quiere decir que para que haya reglamento, debe antecederle la ley. Cuando un reglamento rebasa el contenido de la ley que desarrolla, se da un caso de inconstitucionalidad o bien de inconvencionalidad, según el caso. En este tema de la relación directa

y necesaria de los reglamentos con la ley, se dan dos excepciones: a) Los llamados reglamentos autónomos, que sirven para organizar una dependencia y que no desarrollan una ley específica; y b) los reglamentos que la misma Constitución autoriza emitirlos sin que exista ley, tal el caso de los que rigen en la Universidad de San Carlos, pues la Constitución dice que ésta se rige por su ley orgánica, sus estatutos y reglamento que le autoridad superior emita. Por último, en la base de la pirámide están las sentencias de los tribunales, las resoluciones administrativas, los negocios contractuales que crean normas sólo para las personas singulares que les afecta y se les llama normas individualizadas.

Según Kelsen, el principio de la supremacía constitucional, produce dos efectos:

- a) Le da unidad y existencia al Estado, pues Estado y derecho son los dos aspectos de una sola unidad; y,

b) Le da unidad al ordenamiento jurídico o sistema jurídico.

La irregularidad también puede darse en los actos administrativos y para resolverla existe un control jurisdiccional, que es el proceso contencioso administrativo, en el que, mediante una revisión legal, se puede establecer la existencia o no existencia de la juridicidad del acto reclamado. Cuando se trata de actos que producen normas generales y abstractas y su origen es legislativo, la irregularidad se discutirá utilizando una acción de inconstitucionalidad: inconstitucionalidad ante la jurisdicción difusa (en caso concreto) o ante la jurisdicción concentrada (control abstracto). Cuando se denuncia una lesión a la Constitución o a normas de derechos humanos mediante control concentrado, la consecuencia jurídica es la nulidad del acto reclamado y su expulsión del ordenamiento jurídico. Ahora bien si la denuncia es en un caso concreto, el efecto es la inaplicación y de la norma, porque

la anulación sólo puede decretarla la Corte de Constitucionalidad. Sobre este aspecto, Kelsen sostiene que resolver una inconstitucionalidad en un caso concreto, también produce la nulidad de la norma; pero, en nuestro ordenamiento legal eso no es posible, porque ese tipo de resolución es una facultad que sólo la tiene la Corte de Constitucionalidad.

¿Hacia dónde se extiende el efecto de la nulidad constitucional que produce una sentencia estimatoria: hacia el futuro o hacia el pasado? Kelsen aconseja únicamente el efecto pro futuro en aras de la seguridad jurídica. Y es que, como la nulidad de la norma ordinaria que contradice a la Constitución es de carácter absoluto y no prescribe, se supone que se puede hacer valer en cualquier tiempo. ¿Cómo se resolvería el caso de un impuesto que a los diez años de vigencia se resuelve que es inconstitucional? ¿Cómo se haría para devolver los impuestos cobrados en todo ese tiempo? Es más conveniente, entonces, según Kelsen, que las

sentencias tengan sólo efecto pro-futuro. En nuestro sistema la sentencia constitucional sí se extiende al pasado, si el Juzgador decretó al inicio del proceso la suspensión de las normas objetadas o del acto reclamado, resolución que los jueces suelen dictar cuando hay indicios razonables de que los hechos denunciados presenta rasgos de inconstitucionalidad.

En la doctrina constitucional se ha discutido si en razón de la soberanía de que está investida la autoridad legislativa que dicta la ley o en razón de la separación de poderes, no resulta negativo que un tercero, en este caso la autoridad jurisdiccional, anule un acto de otro poder y que en la doctrina se conoce como criterio mayoritario. Algunos piensan que debe ser la misma autoridad que incurrió en el acto irregular la que debe resolver la nulidad: el Congreso para las leyes y el Ejecutivo para los reglamentos. Kelsen dice que la soberanía y la separación de poderes no tienen por qué ser relevante es este caso y que lo conveniente es que sea una

autoridad extraña quien pronuncie la nulidad, pues es contraproducente que la autoridad que va a ser controlada designe a quien la va a controlar.

Aunque no son muy comunes, hay casos en que la Constitución señala el contenido que debe tener una ley. Por ejemplo, el contenido de la Ley Orgánica del Presupuesto está previsto en la Constitución. Si el legislador no cumple con lo que dice la Constitución, incurre en una irregularidad que puede remediarse mediante una acción de inconstitucionalidad abstracta y esto afecta también a los decretos del presupuesto que se emiten cada año.

En cuanto al proceso de formación de la ley en su aspecto formal, debe observarse el procedimiento que fija la Constitución; y en cuanto al contenido material o sustantivo, no pueden darse norma ordinarias contrarias a las normas constitucionales. En el primer caso, habría una inconstitucional formal; y en el segundo, una inconstitucionalidad material. Con

respecto a los tratados y convenciones de derechos humanos, por su preeminencia sobre el derecho interno, la irregularidad también puede darse en similar forma, sólo que en ésta no se denuncia como una acción de inconstitucionalidad, sino como una acción de inconvencionalidad, que sólo se da en el aspecto material, no formal, y sólo se denunciará como vicio material, pues ningún tratado o convención es formulado en una legislatura nacional. Este tema de la inconvencionalidad data de la sentencia que dictara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2003, en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* y que se ha reiterado en otras resoluciones posteriores.

Un aspecto importante que señala Kelsen es el del nombramiento de determinados funcionarios por parte de los organismos del Estado. Cuando la Constitución regula esos nombramientos, hacerlos son actos que están sujetos a la Constitución y por lo mismo sometidos al control jurisdiccional de la

Constitución, De manera que apartarse de la norma suprema es también materia del control jurisdiccional de la Constitución. Otro aspecto que aborda Kelsen en el ensayo que comentamos, es el de los tratados internacionales, pues éstos pueden ser incompatibles con la Constitución y esa incompatibilidad debe juzgarse en la misma forma con que se juzga la contrariedad de la ley con la Constitución. Esto es así, dice Kelsen, no solo por el grado que tales instrumentos ocupan dentro de un ordenamiento jurídico, sino , porque no existe una instancia internacional que pudiera juzgar esas contradicciones, siempre que se trate de tratados ordinarios y que no se refieran a derechos humanos. Expresamente, dice Kelsen:

“Los tratados internacionales deben ser interpretados de modo que tengan con la Constitución exactamente la misma relación que la Constitución guarda con las leyes”.

En el ingreso de los tratados internacionales al ordenamiento

jurídico interno de un Estado, los ministerios de relaciones exteriores deben contar con abogados minuciosos y capacitados para detectar las contradicciones que un tratado tenga con el derecho nacional, especialmente la Constitución y hacer las reservas del caso al momento de ser aprobados y ratificados.

Hace unos días tuve oportunidad de escuchar al maestro Fix Zamudio, ilustre procesalista mexicano, quien al referirse al tema de los tratados internacionales y especialmente los de los derechos humanos, dice que estos instrumentos, al ingresar al sistema de un Estado, se vuelve derecho nacional, solo que de origen internacional. Por lo tanto, para él, los jueces nacionales lo que aplican es derecho nacional y el convencional queda como tarea de las jurisdicciones internacionales. Este documento, que está en internet, debiera estudiarse en los cursos de derecho constitucional porque aclara muchas dudas sobre la naturaleza de los tratados y convenciones de derecho humanos,

los que, en Guatemala, podemos afirmar que aunque sean derecho nacional, no dejan de tener la jerarquía superior que les asigna la Constitución Política.

3. Clases de garantías de la regularidad

Las garantías pueden ser preventivas o represivas. Las preventivas tienden, la misma palabra lo dice, a prevenir un acto irregular que no ha sucedido; y las represivas reaccionan contra un acto irregular ya realizado y provocan la nulidad del acto.

El efecto de la nulidad, como ya se dijo, es la más polémica porque, aparentemente, se da un choque entre un poder soberano como lo es el Congreso, producto de una elección del pueblo, y una decisión jurisdiccional producto de un funcionario que se desempeña por nombramiento y que en el caló jurídico se conoce como “choque de locomotoras”. Se razona en contra de la nulidad la institución de la separación de poderes. No obstante, considera Kelsen, que es

más conveniente que un órgano ajeno a los organismos ejecutivo y legislativo sea quien resuelva y se pronuncie sobre el acto irregular y lo anule, pues sería ilusorio que el mismo organismo, autor del acto, sobre todo el legislativo, enmendara su irregularidad, especialmente porque su composición es eminentemente política y con intereses partidarios, lo que no es común en la función jurisdiccional.

Las garantías personales u objetivas, aunque también puede estimarse como represivas, son aquellas que pueden generar responsabilidades a los autores del acto irregular, como sería las responsabilidades administrativas o las responsabilidades civiles por daños y perjuicios.

4. El objeto de las garantías de la constitucionalidad

La garantía inicial de la constitucionalidad es la existencia de un tribunal especializado, no sólo por su conocimiento y capacidad, sino también porque la

ley delimita su competencia en esta materia. Además, se han dado casos en América Latina en que una sala constitucional perteneciente al poder judicial, resulta dictando resoluciones contrarias a la Constitución, aunque un tribunal independiente también puede ser tentado a violar la Constitución. Es importante indicar aquí, ahora que se está discutiendo una reforma constitucional, la manera de integrar el tribunal constitucional, que para Kelsen debe tener acceso a la conformación del tribunal constitucional, el sector académico, para aportar verdaderos científicos del derecho y alejar a los poderes ejecutivo y legislativo, pues a ellos es a quien va a controlar el accionar de la justicia constitucional. Además del gremio de abogados.

¿Qué hechos concretos deben someterse a la garantía jurisdiccional de la Constitución? Las leyes son el principal objeto de la garantía de su constitucionalidad cuando son producto de un acto irregular o cualquier otro acto que revista los caracteres esenciales de una ley: su generalidad y su

abstracción. En segundo lugar, los reglamentos porque son leyes en sentido material como dice León Duguit, por su generalidad y por su abstracción. También las irregularidades en actos concretos cuya validez está sujeta a los dictados de la Constitución; los tratados internacionales; así como los reglamentos que emite el Consejo Superior de la Universidad de San Carlos y todo reglamento que emita un ente autónomo como el Banco de Guatemala, las autoridades municipales, el IGSS, etc., sobre todo cuando se trata de reglamentos autónomos en donde no les precede una ley. Esta posibilidad encuentra su fundamento en la teoría administrativa de Dromi en Argentina y León Duguit en Francia, pues ellos consideran que emitir un reglamento no es un acto administrativo, sino un acto de producción normativa sujeto al control constitucional. En principio sólo pueden ser objeto de control de constitucionalidad las leyes que están vigentes; sin embargo, puede darse el caso en

que el control funcione para normas derogadas, como ocurre cuando el legislador deja con efectos jurídicos a la ley que deroga, para que surta efectos en hechos sucedidos durante su vigencia o trámites en curso. Este sería un caso muy especial sujeto al control de constitucionalidad.

5. Criterios del control jurisdiccional de la Constitución

- a)** El acto debe estar sujeto a las normas constitucionales;
- b)** Si el acto está sujeto a una ley ordinaria, entonces funciona el contencioso administrativo.
- c)** El papel de la moral, los valores y los principios no sería objeto de control constitucional en la teoría de Kelsen. No obstante, las nuevas corrientes van por otra ruta que no es la de Kelsen, especialmente con el paradigma del neoconstitucionalismo, que para mí es un enfoque iusnaturalista.

6. Efectos del control jurisdiccional de la Constitución

Dado el efecto anulatorio de las sentencias constitucionales, a Kelsen le preocupaba que ocurrieran fenómenos de crisis en el ordenamiento jurídico. Le preocupaban fenómenos negativos en la realidad jurídica del diario vivir, de los cuales sólo señalo unos cuantos:

1. Que la sentencias fueran retroactivas
2. Que la sentencia provoque un peligroso vacío legal; aunque para eso se estilas las sentencias de efectos diferidos
3. Que la demanda de inconstitucionalidad se plantee muchos años después de su vigencia.
4. Que el caso sometido a la jurisdicción sea dudoso en cuanto a su constitucionalidad, aunque para este problema se habla del indubio pro legislación.

Casi cien años después de las preocupaciones de Kelsen, el

derecho procesal constitucional ha mejorado la técnica y hay remedios para cada caso. Hoy existen el conocimiento de oficio y las sentencias de inconstitucionalidad por omisión que ha generado las sentencias exhortativas.

Por último, Kelsen dice que la garantía de un verdadero régimen constitucional es que esté prevista la anulación de todo acto que sea contrario a sus mandatos. Si eso no está establecido, no se puede hablar de un régimen democrático constitucional. Recordemos el famoso caso Marschall vrs Madison, en donde la Corte de los Estados Unidos declaró que es nulo todo acto que sea contrario a la Constitución, pronunciamiento que se esperaría de cualquier tribunal. A Marschall se le puede considerar como el padre del control difuso y a Kelsen el padre del control concentrado al concebir el Primer Tribunal Constitucional e introducirlo en la Constitución de Austria que él redactó.

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO EN EL SISTEMA DEL COMMON LAW Y EN LA TRADICION DEL CIVIL LAW

Aura Elena Herrera Flores *

I. INTRODUCCION.

La Jurisprudencia es importante en el desarrollo de un estado, por lo cual, o dicho de otra manera, se recomienda su estudio a efecto de permitir otros estudios sobre este importante tema jurídico.

La jurisprudencia no solo son resoluciones, sino que son fuente del derecho los cuales deben servir para un estudio más adecuado del tema materia de estudio y en ese orden de ideas es evidente que todos debemos estudiar y publicar sobre este importante tema jurídico.

La Jurisprudencia consiste en los fallos de la última instancia pero que tienen la característica de ser obligatoria para otros procesos, lo que es conocido por todos. Para

algunos autores la jurisprudencia son los pronunciamientos constantes sobre determinada rama del derecho o sobre determinado tema, lo que debe ser estudiado en una forma más amplia a efecto de ser estudiado no solo como una resolución, sino como un conjunto de resoluciones, lo que debe atraer la atención de los estudiosos del derecho comparado.

“Algunos autores consideran que la Jurisprudencia es exactamente igual que los precedentes y en ese orden de ideas es claro que los últimos en algunos casos son vinculantes y otros no lo son, lo cual trae como consecuencia y se puede afirmar que jurisprudencia es exactamente igual que presentes vinculantes.”⁵⁴

54

<https://es.slideshare.net/edgarjogarcia/el-common-law-y-el-civil>

* Aura Elena Herrera Flores es Abogada y Notaria, con estudios de derecho constitucional, de derecho internacional, especialización en derecho del trabajo y la seguridad social.

II. ANTECEDENTES.

La Jurisprudencia como institución del Derecho, tiene una larga historia que se remonta muchos siglos atrás; generalmente es aceptado en el foro, que tuvo sus antecedentes en el imperio romano, cuando los integrantes del Colegio Sacerdotal, estudiaban e interpretaban el Derecho, elaborando verdaderos formularios que se observaban rigurosamente, en la realización de toda índole de negocios y litigios; esta labor, magramente enriquecida por el aporte de notables y reconocidos jurisconsultos de épocas posteriores, estando en su máxima expresión en el famoso Corpus Juris Civiles, extendiéndose y aplicándose sus principios por toda Europa primero y posteriormente con una gran influencia, en las tierras del nuevo mundo.

Con todo ello, y con bastante certeza, es factible encontrar estos antecedentes en el desarrollo de la ancestral cultura jurídica de la península mediterránea, que se sentó las bases de nuestro derecho

privado moderno, es igualmente necesario que tales raíces no son las mismas que dieron vida durante el siglo XIX, a nuestro derecho jurisprudencial mexicano - (entendido como la jurisprudencia propia de los tribunales mexicanos)- pues se puede considerar que éste ha sido el vástago de otro árbol cuyas verdaderas raíces se pierden en la historia y las costumbres propias del derecho inglés.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, el derecho romano, ha sido motivo de profundo estudio en la exploración del conocimiento, por parte de nuestros juristas nacionales, tomando en cuenta la fundamental importancia que se le reconoce por parte de las universidades latinoamericanas y la abundante bibliografía que sobre el particular, se dispone.

Jurisprudencia es un vocablo que deviene su origen latino proveniente de “iuris” (Derecho) y “prudentia” (conocimiento o sabiduría). El jurista romano Ulpiano, definía la jurisprudencia

como el conocimiento de las cosas tanto divinas como humanas y también como la ciencia de lo justo y lo injusto. En este contexto jurisprudencia, significaba lo que hoy llamamos doctrina o sea el conocimiento de la ciencia del Derecho. A quien correspondía y ejercía este rol de conocedor del Derecho, recibía la denominación de jurisconsulto, que era aquel capaz, al conocer profundamente las cosas divinas y humanas, de discernir lo justo de lo injusto.

Actualmente se entiende por jurisprudencia a los fallos que se reiteran sobre un asunto determinado, y que se convierten en fuente del derecho al poder ser invocados por las partes para defender sus derechos, y tenidos en cuenta por el Juez al dictar sus sentencias.

Los jueces al dictar sentencias interpretan las normas jurídicas

para adecuarlas a un caso concreto. Cuando se presenta luego un caso parecido, las partes pueden en sus escritos remitir a esas sentencias, para que el nuevo Juez las tome en cuenta y decida el caso en el mismo sentido anterior; y el mismo Juez, aún sin petición de parte, puede tomar en cuenta esos fallos para fundamentar su propia decisión.

III. DEFINICION DE JURISPRUDENCIA

“La Jurisprudencia es el conjunto de pronunciamientos dictados por aquellos que tienen la facultad de interpretar las normas jurídicas y su aplicación y adaptación al caso concreto. En la práctica, se compone de los fallos o sentencias emanados de los tribunales, sean ordinarios o administrativos, que contienen las reglas conforme a las cuales se ha realizado la adaptación del derecho escrito a las circunstancias de la realidad.”⁵⁵

⁵⁵ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Pedro Bravo Gala, Aguilar, Madrid, 1969, p. 297-98.

Constituyen fuentes en cuanto aclaran la forma como puede o debe entenderse una norma jurídica, pero no es vinculante, en el sentido que la interpretación sostenida en un caso puede variar en otro.

La jurisprudencia en los sistemas de Derecho no escrito (Common Law) que se aplica en países como Estados Unidos, Canadá, Reino e Irlanda, entre otros, es fuente primordial de Derecho.⁵⁶

Pedro Bracho Grand expresa: "Es el conjunto de sentencias y decisiones dictadas por los tribunales, principalmente por el juzgado jerárquicamente superior dentro de la organización judicial de un país. En nuestra tradición, no se considera vinculante, sin embargo, es innegable su importancia como Fuente del Derecho, porque en ella se da cabida a un principio de justicia formal: que los casos

análogos reciban un tratamiento igual"

José Manuel Delgado: "En una primera acepción es lo mismo que la ciencia del Derecho. En sentido más amplio, es el conjunto de principios y doctrinas contenidos en los fallos o en las decisiones de los tribunales. Igualmente se puede entender como la manera de crear la sentencia, la manera como los Tribunales resuelven los casos que se comenten a su consideración".

"La jurisprudencia es digamos la fuente del derecho, que se encuentra integrada por los actos pasados de los que ha derivado la creación o modificación de las normas jurídicas que se hayan llevado a cabo oportunamente. Por esto es muy común escuchar decir a instancias de la resolución de un tribunal de justicia sobre determinado aspecto o cuestión, que su decisión ha sentado

⁵⁶ A la facultad del tribunal o juez inferior de apartarse del precedente vinculante establecido en una decisión del tribunal supremo, en el sistema del *Common law*

se le conoce como *anticipatory overruling* (derogación anticipada).

jurisprudencia en la materia que trató, en los tribunales de un país.”⁵⁷

La jurisprudencia, denominada también precedente judicial, stare decises, doctrina jurisprudencial, sentencia normativa, criterio jurisprudencial, es la decisión del más alto

IV. CARACTERES DE LA JURISPRUDENCIA.

Las características de la jurisprudencia son cuatro:

- Explicativa, en cuanto que aclara y fija el alcance de la ley cuando ésta es oscura.
- Supletoria, en cuanto da solución a los casos no previstos por la ley.
- Diferencial, adapta la ley al caso concreto, evitando que su aplicación indiferenciada consagre injusticias.

- Renovadora, la ley envejece rápidamente, pero merced a la acción de la jurisprudencia, se prolonga su vigencia en el tiempo, haciéndose más flexibles y duraderos sus preceptos.

En la legislación de Guatemala, la jurisprudencia es una fuente formal de escasa importancia. Sirve para complementar la ley. En el Código Procesal Civil y Mercantil, para que se sienta jurisprudencia, el Tribunal de Casación (Corte Suprema de Justicia, Corte de Constitucionalidad), debe emitir 5 fallos para la Corte Suprema de Justicia y 3 para la Corte de Constitucionalidad.

Estos fallos deben de ser uniformes, no interrumpidos por otro en contrario, dictados por el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos, utilizándose la expresión "doctrina legal" (Ver. Arts. 621 y 627 del Código Procesal Civil y Mercantil).

⁵⁷ [Http://clubensayos.com/temas-variados/clasificaciondela-jurisprudencia](http://clubensayos.com/temas-variados/clasificaciondela-jurisprudencia).

En materia procesal penal se utilizan las expresiones jurisprudencia y doctrina legal, debiéndose llenar los mismos requisitos legales, con la diferencia que el voto de los magistrados debe ser unánime. Finalmente, en materia de amparo puede también sentarse jurisprudencia, especialmente en la interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes constitucionales en las sentencias de la corte de Constitucionalidad, que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte; sin embargo, la de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido (ver Art. 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Dto. Leg. 1-86

La Jurisprudencia consiste como se dijo anteriormente, en los fallos de la última instancia pero que tienen la característica de ser obligatoria para otros procesos, lo que es conocido por todos. Para algunos autores la jurisprudencia son los pronunciamientos constantes sobre determinada rama del derecho o sobre determinado tema, lo que debe ser estudiado en una forma más amplia a efecto de ser estudiado no solo como una resolución sino como el conjunto de resoluciones lo que debe atraer la atención de los estudiosos del derecho comparado.

“Se señala por algunos autores también que la jurisprudencia es exactamente igual que los precedentes y en ese orden de ideas es claro que los últimos en algunos casos son vinculantes y otros no lo son, lo cual trae como consecuencia que se puede afirmar que jurisprudencia es exactamente

V. DIFERENCIA ENTRE JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE.

igual que precedentes vinculantes.”⁵⁸

En el derecho comprado se puede comparar jurisprudencia por ejemplo dentro de un país o dentro de una rama del derecho o dentro de un tema o institución jurídica, lo cual es muy importante en el estudio del derecho, sin embargo, estos temas son poco conocidos en algunos países.

El término jurídico precedente es de origen anglosajón por lo tanto, dicho término jurídico llegó a otras familias jurídicas con posterioridad, por lo cual es claro que pocos libros desarrollan el mismo dentro de la familia romano germánica, lo que debe ser materia de estudio por parte de los estudiosos del derecho comparado.

Hasta donde se conoce el primer país en el cual se utilizó el mismo, fue en Inglaterra y posteriormente en el derecho estadounidense, el precedente puede ser de dos clases:

a) precedente vinculante y b) precedente no vinculante. El precedente vinculante es igual que la jurisprudencia mientras que el precedente no vinculante es exactamente igual que las ejecutorias.

VI. VALOR DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO EN EL SISTEMA DEL COMMON LAW.

El término Common Law se emplea en diferentes sentidos. Así, suele emplearse para designar:

a) El Derecho angloamericano en su totalidad, distinto del sistema jurídico romano.

El elemento casuístico del Derecho angloamericano constituido por los precedentes judiciales, es decir, la jurisprudencia de los tribunales angloamericanos, a distinción de

⁵⁸

<http://www.contraloriadf.gob.mx/contralo>

[riacursos/marcojuridico/paginasjuridicas /php](riacursos/marcojuridico/paginasjuridicas/php).

las leyes promulgadas formalmente por el legislador.

c) El Derecho formado por las decisiones y precedentes judiciales aplicados por los clásicos tribunales ingleses llamados common law courts y los modernos tribunales de igual categoría tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, en contraposición con el Derecho constituido por la jurisprudencia de los tribunales de *equity* (Derecho-equidad, almirantazgo, Derecho marítimo, Derecho canónico, etc.)

d) El antiguo Derecho en Inglaterra y en los Estados Unidos, a distinción de los preceptos introducidos en épocas recientes por la legislación o la jurisprudencia.

“Common Law es cuando nos referimos al sentido a) y common law para designar el sentido b) La familia del Common Law

comprende «el Derecho de Inglaterra y todos aquellos sistemas que han tomado como modelo el Derecho Inglés y se han configurado inspirándose en éste, cuya estructura jurídica es fundamentalmente jurisprudencial».⁵⁹

VIII. VALOR DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO EN EL SISTEMA DEL CIVIL LAW.

Se denomina sistema de Civil Law (o sistema de Derecho continental o familia romano-germánica) al Derecho propio de la Europa continental, aunque numerosos países extraeuropeos se han sumado a este sistema. Estos países recibieron el Derecho romano-bizantino en los siglos XII y XIII, y más tarde se constituirían como Estados nacionales durante los siglos XVI y XVII. En ellos se

⁵⁹ Rosales Guerrero, Manuel Guadalupe. Estudio Sistemático de la Jurisprudencia. México. SCJN. 2005.

produjo el fenómeno de la codificación, que tuvo lugar en Europa a finales del siglo XVIII y se extendió hasta principios del siglo XX.

Características del sistema Civil: ⁶⁰

1) Es un sistema jurídico que agrupa a aquellos en los que la ciencia del Derecho se ha formado sobre la base del Derecho romano.

2) Las normas jurídicas son reglas de conducta estrechamente ligadas a preocupaciones de justicia y moral.

3) Los diferentes derechos, pertenecientes a esta familia, se elaboraron por razones históricas a fin de regular las relaciones entre los ciudadanos y las demás ramas del Derecho se desarrollan más tardíamente y con menos perfección partiendo de los principios del Derecho civil.

4) Es un Derecho formado sobre los esfuerzos de las Universidades europeas que elaboraron y desarrollaron, a partir del siglo XII y sobre la base de las compilaciones del emperador Justiniano, una ciencia jurídica común.

5) Por lo que a la aplicación del Derecho se refiere, los principios del Civil Law son los siguientes: a) la solución de cada caso debe encontrarse en el Derecho escrito, b) los precedentes, a pesar de tener autoridad no son obligatorios, c) el tribunal debe mostrar que su decisión está basada en el Derecho escrito y no únicamente en el precedente.

Uno de los caracteres que tradicionalmente se han considerado definidores de los sistemas de Civil Law es que el razonamiento judicial es un razonamiento deductivo,

⁶⁰ Escriche y Martín Joaquín; Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. México, Cárdenas, 1978.

deducción que suele identificarse con la figura del silogismo. Por su parte, la forma propia de razonamiento de los sistemas de Common Law es el razonamiento inductivo, una de cuyas formas es el razonamiento por analogía.⁶¹

El razonamiento inductivo, dentro del cual distinguimos dos tipos -la generalización inductiva y la analogía-, es tan importante como cualquier elemento en la tradición del Common Law. Está situado en el centro del proceso judicial y es la característica más importante de este proceso. El razonamiento por analogía va de lo particular a lo particular y no posee nunca, desde el punto de vista lógico-formal, una fuerza probatoria concluyente, sino únicamente verosímil o probable.

IX. **PAISES QUE APLICAN EL COMMON LAW.**

El Derecho de los Estados Unidos de América es un sistema que

deriva en gran medida del *Common Law* (Derecho anglosajón) que estaba vigente en el Derecho de Inglaterra en la época de la Guerra de la Independencia. Actualmente la ley suprema del país es la Constitución de los Estados Unidos, y bajo el principio de supremacía constitucional, las leyes aprobadas por el Congreso y los tratados en que Estados Unidos de América sea parte, suponen el siguiente escalón de la jerarquía de fuentes del Derecho. Éstos forman la base para las leyes federales bajo la constitución federal en los Estados Unidos, estableciendo los límites de la legislación federal y de las leyes en los cincuenta estados y otros territorios del país.

En los Estados Unidos, el Derecho se deriva de cuatro fuentes: la Constitución, las leyes, los reglamentos, y el Common Law (en el cual también se incluye la jurisprudencia o *case law*). La

⁶¹ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de

Pedro Bravo Gala, Aguilar, Madrid, 1969, p. 297-98.

fuelle más importante es la Constitución de los Estados Unidos, quedando todas las demás fuentes subordinadas a esa norma. Ninguna ley o reglamento puede contradecir lo dispuesto por la Constitución de los Estados Unidos y, por ejemplo, si el Congreso ratificase una ley cuyo contenido estuviese reñido con la Constitución, la Corte Suprema puede establecer que dicha ley es inconstitucional y declararla nula.

X. DIFERENCIAS ENTRE COMMON LAW Y CIVIL LAW.

Los sistemas de Common Law y Civil Law se consideran sistemas no sólo diferentes, sino incluso contrapuestos. Las diferencias entre ambos sistemas jurídicos suele establecerse en base a los siguientes aspectos:

1) Los sistemas jurídicos pertenecientes al área de Civil Law son sistemas esencialmente codificados, mientras que los del Common Law están basados

fundamentalmente en el Derecho Judicial.

2) En los países del Civil Law se tiende a identificar el Derecho con la ley (con la consecuencia de que, por ejemplo, en el caso de laguna el juez no hace otra cosa que aplicar la ley al recurrir a la analogía o al argumento a contrario) y las decisiones judiciales no constituyen fuente de Derecho. En los países del Common Law el Derecho de origen legislativo es considerado en cierto sentido como una fuente de Derecho excepcional. Los juristas ingleses conciben su Derecho, esencialmente, como un Derecho jurisprudencial (*case law*); las reglas del Derecho inglés son fundamentalmente reglas que se encuentran en la “*ratio decidendi*” de las decisiones dadas por los tribunales superiores de Inglaterra.

3) Mientras que la Teoría de Derecho del Common Law da una importancia fundamental al Derecho judicial, la del Civil Law gira en torno a las normas jurídicas.

4) Hay una contraposición entre el método inductivo y deductivo, tanto en la aplicación del Derecho como en el método jurídico en general. En el Civil Law se precede de reglas generales (normas jurídicas) a decisiones individuales (método deductivo), mientras que en el Common Law el método gira en torno a problemas individuales a partir de los cuales se elabora el principio general (método inductivo). Sin embargo, “la pérdida de seguridad en el carácter neutro, transparente, de los entes jurisdiccionales y el nuevo fenómeno de la «provisionalidad» de la ley se unen a la convicción, comúnmente compartida, de la inexistencia de un razonamiento meramente «deductivo» en la aplicación del Derecho”.

5) En los países pertenecientes al Civil Law falta algo similar a la regla del “stare decises”, esto es, la

vinculación al precedente judicial.⁶²

6) El dualismo common law y equidad es desconocido para los sistemas de Civil Law, donde la equidad es únicamente un principio de interpretación aplicado a cada cuestión jurídica, pero no constituye un cuerpo jurídico especial.

Aunque no negamos la existencia de diferencias entre ambos sistemas jurídicos, creemos que éstas tienen un carácter mucho más atenuado de lo que fueron en su origen y de lo que actualmente siguen considerándose rasgos definidores de ambos sistemas.

X. LA IMPORTANCIA CRECIENTE DE LA JURISPRUDENCIA.

Si el estudio de la jurisprudencia se justifica en los anteriores términos es debido, simple y sencillamente,

⁶² Escriche y Martín Joaquín; Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. México, Cárdenas, 1978.

al sitio que guarda en la conformación y aplicación del ordenamiento jurídico y al papel relevante que los órganos judiciales tienen en la actualidad en el perfeccionamiento de las democracias occidentales, basadas en un principio esencial de pesos y contrapesos entre los poderes públicos.⁶³

Además, desde el análisis de la actividad judicial en el ámbito del derecho constitucional -cuyo producto tal vez más notable es la jurisprudencia- se puede apreciar el cambio que ha operado en el Estado tradicional, así como la forma en que "se van creando los medios técnicos por el propio Estado para conseguir su transformación en Estado social de Derecho".

La importancia de la jurisprudencia se puede resumir en los siguientes puntos, que sin ser los únicos dan muestra suficiente de tal relevancia: a) La norma

jurisprudencial permite al juzgador trasladar la típica generalidad y abstracción de la ley hacia la concreción del caso concreto, puesto que aun sin ser tan particular como la propia sentencia, representa un acercamiento importante a las cambiantes necesidades del momento. En este sentido, la norma jurisprudencial frecuentemente hace de puente entre las normas típicamente generales -la ley, el reglamento, el tratado, etcétera- y la norma particular y concreta que resuelve un caso controvertido -la parte dispositiva o resolutive de la sentencia; b) Las resoluciones de los tribunales, para que puedan constituir jurisprudencia, deben ser por regla general materialmente jurisdiccionales, es decir, que deben ser aplicadas a los sujetos de un proceso con el fin de resolver algún punto de derecho controvertido o no, pero siempre con efectos extra orgánicos en relación al tribunal que dicta la

⁶³ Emmanuel Guadalupe Rosales Guerrero. "Estudio Sistemático de la Jurisprudencia". México 2005

resolución. Esto es debido a que no tendría sentido que se estableciera jurisprudencia en alguna cuestión que únicamente interese a la administración de los tribunales - resolución de tipo materialmente administrativa- o en relación con normas de organización interna de los mismos, como pueden ser sus reglamentos interiores o escalafonarios -resolución de tipo materialmente legislativa-, ya que estas resoluciones no tienen repercusión alguna en sujetos ajenos a la estructura organizativa y administrativa de dichos tribunales.

Sobre esto se ha señalado que "la jurisprudencia es una creación del órgano judicial, y por ello tiene como materia (contenido) el objeto propio del juicio. Es decir, la forma peculiar del conocimiento jurídico que gobierna el acto de

jurisdicción, condiciona la creación de jurisprudencia".⁶⁴

CONCLUSIONES.

1. Se designa jurisprudencia al conjunto de las sentencias de los tribunales, las cuales, por ley, constituyen un precedente para justificar otros casos no regulados.
2. Se señala por algunos autores también que la jurisprudencia es exactamente igual que los precedentes y en ese orden de ideas es claro que los últimos en algunos casos son vinculantes y otros no lo son, lo cual trae como consecuencia que se puede afirmar que jurisprudencia es exactamente igual que precedentes vinculantes.
3. Los sistemas jurídicos pertenecientes al área de Civil Law son sistemas esencialmente

⁶⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, "Jurisprudencia en materia pesquera" en González Oropeza, Manuel y Miguel Ángel Garita Alonso (coords.), El régimen

jurídico de la pesca en México, México, 1994, pp. 400-401.

codificados, mientras que los del Common Law están basados fundamentalmente en el Derecho Judicial.

4. El dualismo Common Law y equidad es desconocido para los sistemas de Civil Law, donde la equidad es únicamente un principio de interpretación aplicado a cada cuestión jurídica, pero no constituye un cuerpo jurídico especial.

5. Las normas jurídicas irán siendo menos precisas y reglamentarias cada vez. Más bien, irán tomando forma de principios de carácter general que servirán para resolver diversas situaciones concretas.

6. El precedente judicial obligatorio acaba con las sentencias contradictorias originadas por la interpretación arbitraria del Derecho por parte de los jueces; genera una justicia predecible y con ello la ansiada seguridad jurídica que garantiza la igualdad de las personas frente a la ley.

BIBLIOGRAFIA.

1. El Sistema Político en los estados unidos de America.
<http://usinfo.state.gov/eua/poli.htm>
2. KAY (John). American Legal Process. West Publications, Estados Unidos de América, 2ª Edición, 1997.
3. Kunkel, Wolfgang. Historia del derecho romano. Págs. 10
4. Bernal y Ledesma. Historia del derecho romano y de los derechos neorromnistas.
5. Margadant, Guillermo. Panorama de la historia universal del derecho. Leoni, Bruno. La libertad y la ley. Tercera Edición Pág. 54
6. Jaramillo, Carlos Ignacio. El renacimiento de la cultura jurídica.
7. Von Ihering, Rudolph. El espíritu del derecho romano.
8. Radbruch, Gustav. El espíritu del derecho inglés.

9. Escriche y Martín Joaquín;
Diccionario Razonado de
Legislación y Jurisprudencia.
México, Cárdenas, 1978.

10. Rosales Guerrero, Manuel
Guadalupe. Estudio Sistemático de
la Jurisprudencia. México. SCJN.
2005.

EL ANTEJUICIO Y SU APLICACIÓN EN CASOS DE CANDIDATOS A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR

*Gardenia Enedina Maza Castellanos**

INTRODUCCIÓN

El antejuicio es una garantía establecida en la Constitución Política de la República de Guatemala para la protección de la función pública eficaz, su objetivo es impedir que se presenten denuncias penales infundadas contra ciertos funcionarios públicos por razones políticas o espurias.

Su regulación se encuentra establecida en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley Electoral y de Partidos Políticos y la Ley en Materia de Antejuicio; la Corte de Constitucionalidad también ha desarrollado fallos que han ido modificando los alcances de la figura, limitando su aplicación a los funcionarios que se establecen en la

Constitución y ampliando sus alcances hasta adquirir la categoría de cosa juzgada.

Actualmente existe un debate social y político sobre la necesidad de modificar la institución del antejuicio para hacer el procedimiento más ágil, limitar los efectos de cosa juzgada y permitir la separación de los funcionarios cuando el antejuicio es declarado con lugar. Todo lo anterior por la tergiversación de su finalidad utilizando esa prerrogativa como mecanismo de impunidad de los propios funcionarios, con la venia de la autoridad que interpreta y aplica la ley en estos casos, como si se tratara de “lobos de la misma loma”.

INTRODUCCIÓN CONCEPTUAL

* Gardenia Maza es Abogada y Notaria, docente de la Universidad de San Carlos de Guatemala

El Diccionario de la Lengua Española define al antejuicio como: “*Trámite previo establecido como garantía en favor de los jueces y magistrados, y en el que se decide si ha lugar o no, a proceder criminalmente contra ellos por razón de su cargo*”.⁶⁵ Por su parte Cabanellas define al antejuicio como el “*trámite previo, para garantía de jueces y magistrados, contra litigantes desechados o ciudadanos por demás impulsivos, en que se resuelve si ha lugar, o no, a proceder criminalmente contra tales funcionarios judiciales por razón de su cargo, sin decidir sobre el fondo de la acusación*”.⁶⁶

Dentro de los autores guatemaltecos podemos citar a Andy Jarvoys quien afirma que “*El antejuicio es un procedimiento especial que debe tramitarse previamente para poder exigir la responsabilidad penal a los dignatarios y funcionarios públicos*

por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones”.⁶⁷

La Corte de Constitucionalidad en sentencia del expediente 670-2003 comparte las anteriores definiciones cuando establece que: “*Derecho de Antejuicio que se establece a favor de determinadas funciones públicas, en calidad de protección política. Esa prerrogativa se otorga con el objeto de que, si es el caso, determinados funcionarios no sufran persecución penal, con ocasión de los actos que hayan realizado en forma legítima en el ejercicio del cargo que desempeñan; ello con la pretensión de evitar, de esa manera, la promoción y tramitación de casos penales infundados. que conlleven cuestiones políticas o imputación de la comisión de un delito, que se formule contra una persona que ejerce la función pública protegida, el asunto debe someterse previamente a*

⁶⁵ Vocablo “antejuicio”, Diccionario de la Lengua Española; Editorial Espasa-Calpe; vigésimo primera edición. Madrid; 1992. p. 106.

⁶⁶ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo I.

Editorial Heliasta, vigésima cuarta edición. Buenos Aires; 1996. p. 303.

⁶⁷ Jarvoys, Andy; Observaciones sobre la propuesta de reforma del Decreto 85-2002, Ley en Materia de Antejuicio. [s.n, s.l. 2000?] p. 1.

*conocimiento de un ente especializado que determinará la procedencia del encausamiento del funcionario”.*⁶⁸

El antejuicio y su aplicación en casos de candidatos a cargos de elección popular

I. Justificación

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo. La soberanía radica en el pueblo quien la delega para su ejercicio, pero el ejercicio de ese poder esta sujeto a las limitaciones señaladas por la Constitución y la ley. En ese sentido, los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Las autoridades deben estar investidas de legitimidad ante la sociedad,

aunque por la misma naturaleza humana, los titulares están en posibilidad de cometer actos arbitrarios y/o equivocados, incurriendo en conductas irregulares, lo que resulta intolerable, menos bajo la única defensa que la autoridad que ostentan, porque no pueden ser superiores a la ley en un ambiente de igualdad de los miembros de la sociedad.

Sin embargo, existen casos en que el servidor público es cuestionado en su actuar por la simple objeción, diferencia o inconformidad con las decisiones tomadas en ejercicio de su mandato; instaurando procesos penales con fines políticos, espurios y sin fundamento. Para evitar lo anterior, la Constitución Política de la República de Guatemala, como excepción al principio de igualdad ante la ley, otorga una prerrogativa a los funcionarios públicos de mayor rango institucional para que no puedan ser sometidos a proceso penal por causas infundadas, y crea un procedimiento previo al trámite

⁶⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia del expediente 670-2013, 21 de diciembre de 2004.

penal correspondiente, para que se analice si los hechos que se le imputan tienen fundamento o no, y solo en caso de un resultado afirmativo, se inicie el proceso judicial respectivo, resguardando así la función pública, para no poner en riesgo el ejercicio del poder dentro del Estado, que resulta un interés general de la sociedad. Porque *“Se considera de interés nacional que el desempeño de aquel cargo no pueda verse interrumpido abruptamente, sobre todo por razones de tipo político o que evidencien ilegitimidad. Ese interés es de carácter supraindividual, pues trasciende a la esfera del ciudadano común y, como antes se dijo, interesa a la sociedad en su conjunto”*⁶⁹

El antejuicio *“Configura un gobierno de leyes por encima de las personas, garantiza de forma paralela la integridad y salvaguarda de sus instituciones y la seguridad de las personas que las representan, pues solo así es posible mantener el equilibrio en el ejercicio del poder. Busca evitar*

que mediante el abuso del derecho de acceso a la justicia se pretenda paralizar ilegítimamente el discurrir normal de las funciones estatales y el ejercicio del poder por parte de quienes han sido elegidos democráticamente para regir los destinos de la Nación.” (Vid. Corte de Constitucionalidad, sentencia C-222 de 1996. M. P. Fabio Morón Díaz).

II. Naturaleza

El antejuicio es un mecanismo de protección, en este caso, se presenta como prohibición de perseguir judicialmente a determinados funcionarios públicos hasta que no se determine si la causa de la acusación es realmente la comisión de un delito, o si por el contrario, se trata de una denuncia espuria causada por un ciudadano afectado por una decisión de ese funcionario público, es por ello que históricamente fueron los jueces y magistrados quienes gozaban de esta garantía, pues en muchas ocasiones eran acusados por quienes resultaron afectados por

⁶⁹Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia del expediente 2354-2015, 14 de julio de 2015.

sus resoluciones. En ese sentido la doctrina considera que el antejuicio está protegiendo, no un derecho personal del funcionario público, ni al funcionario público como persona, sino, que es una garantía para la función pública que ejerce el funcionario y por lo tanto, es quien ejerza esta función, no importa su nombre y apellido, quien gozará de este derecho, de allí su naturaleza de garantía de carácter temporal, porque una vez, el funcionario deja la función pública, el antejuicio ya no le es aplicable; se le puede denunciar por causas infundadas o no como a cualquier particular, y será en el proceso penal donde se determinará su culpabilidad o inocencia, sin necesidad de la calificación previa de la fundamentación de los hechos que se le imputan.

De este criterio es Raúl Goldstein, quien indica que el antejuicio es

una medida de carácter temporal y solo dura mientras el funcionario esta en funciones: “*la sustracción temporal del sujeto a la ley procesal común como puede ocurrir en los casos de los congresistas, jueces, presidente, etc., y sólo tiene el alcance de un impedimento que posterga el proceso común hasta que se haya producido el desafuero o la destitución*”.⁷⁰ La Corte de Constitucionalidad ha seguido y establecido este criterio.⁷¹

García Chavarría indica que: “*La finalidad del antejuicio no es aplicar alguna sanción al funcionario acusado, sino que se limita a decidir si se habilita o no, la competencia penal de la judicatura ordinaria para iniciarse el proceso respectivo contra el referido funcionario por la posible comisión de delitos en el ejercicio del cargo*”.⁷²

⁷⁰Goldstein, Raúl; Diccionario de derecho penal y criminología. Editorial Astrea, Tercera edición. Argentina; 1993, p. 75.

⁷¹ Cfr. Sentencia del 16 de febrero de 2012, dictada por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 1436-2011

⁷² García Chavarría, Abraham. Acusación constitucional, juicio político y antejuicio desarrollo teórico y tratamiento jurisprudencial. Disponible en http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wpcontent/uploads/2014/05/ct9_acu

El antejuicio se materializa en un procedimiento por medio del cual, una autoridad que no necesariamente es judicial, conoce la denuncia contra un funcionario que goza del derecho de antejuicio, a efecto de determinar si existen indicios razonables de la comisión de un delito por parte del funcionario público, y de ser así, permitir que el mismo enfrente proceso penal. Algunos autores consideran que el antejuicio es un juicio, en el sentido estricto de un proceso de conocimiento que termina en una decisión, pero no es un juicio para determinar la culpabilidad o inocencia de una persona sino para determinar si la denuncia contra esa persona tiene fundamento, o si responde a intereses de venganza, políticos, espurios o con el ánimo de afectar a dicha persona por el cargo que ejerce. Cabe explicar que el antejuicio no entraña una naturaleza jurídica eminentemente jurídica, a pesar de ser un órgano jurisdiccional el que conoce de su admisibilidad (análisis previo realizado por la Corte Suprema de

Justicia), sin embargo, al ser una garantía meramente política, en la que entra en juego el control político de pesos y contrapesos para salvaguardar la función pública, aunado a ser el Congreso, en determinados casos, uno de los órganos que resuelven sobre su procedencia, no extraña que algunos autores tiendan a clasificarlo como un juicio político, promulgando una naturaleza jurídica de esa índole. Será la integración de los dos puntos de vista lo que define la verdadera naturaleza jurídica *sui generis* del antejuicio.⁷³

III. Funcionarios que gozan del derecho de antejuicio

La Constitución Política de la República de Guatemala, en los artículos 161, 165, 190, 202, 206, 227, 251, 252, 258, 270, 273, y 279 concede expresamente, el derecho de antejuicio a varios funcionarios.

La Ley Electoral y de Partidos Políticos también otorga el derecho de antejuicio a los candidatos a cargos de elección popular, como candidatos a Diputados al

sacion_constitucional.pdf , fecha de consulta: 16 de febrero de 2016.

⁷³Cfr. Corte de Constitucionalidad, op. cit., expediente 2354-2015.

Congreso, a Presidente y1. Vicepresidente, a Alcaldes, lo cual ha generado controversia, que más adelante se aborda. Por su parte la Ley en Materia de Antejuicio también establecía originalmente, que otros funcionarios, además de los ya señalados contaban con derecho de antejuicio, tales como el Director de la Policía Nacional Civil, los agentes fiscales del Ministerio Público, entre otros, sin embargo, la Corte de Constitucionalidad en sentencia dictada dentro del expediente 670-2013 estableció que únicamente los funcionarios que se establecen en la Constitución gozan del derecho de antejuicio y que no se puede ampliar este derecho por ley ordinaria.⁷⁴

IV. Trámite del antejuicio

El Decreto 85-2002, Ley en^{2.} Materia de Antejuicio, establece el procedimiento del antejuicio, de la siguiente forma:

1. Cuando se presenta una denuncia o querrela contra un funcionario público que goza del derecho de antejuicio, el Juez que recibe la misma debe inhibirse de seguir conociendo y trasladarla a la Corte Suprema de Justicia en el plazo de tres días hábiles. Velando porque en la nota de remisión no se emitan juicios de valor ni se tipifiquen los delitos, pero que se incluya una adecuada motivación que explique la tipicidad de los hechos considerados como delito y las circunstancias propias del caso.⁷⁵ Esto obedece a que el antejuicio protege a los funcionarios públicos frente a un eventual proceso penal, no abarca procesos disciplinarios, por ejemplo; y los hechos imputados deben tener relación con la investidura que ostenta.⁷⁶

2. Una vez recibida la denuncia, la Corte Suprema de Justicia tendrá un plazo de tres días para trasladar la denuncia al órgano competente para conocer el antejuicio, salvo que ella misma deba conocer, en

⁷⁴Cfr. Corte de Constitucionalidad, op. cit., expediente 670-2013.

⁷⁵ Cfr. Sentencia del 9 de febrero de 1999, dictada por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 336-98

⁷⁶ Cfr. Sentencia del 2 de septiembre de 1992, dictada por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 227-92

cuyo caso, continuará el trámite correspondiente. La Corte de Constitucionalidad ha desarrollado la interpretación de este apartado, indicando que la Corte Suprema de Justicia no es un simple ente de gestión, y que previo a remitir el expediente al ente designado por la propia Constitución, debe reflexionar sobre la procedencia o no de la remisión ordenada, esto con base al sistema de pesos y contrapesos cuidando el equilibrio entre los poderes políticos en un sistema presidencialista.⁷⁷ Al analizar el caso concreto, la Corte Suprema de Justicia al igual que el órgano que recibe la denuncia, debe establecer la existencia de elementos de razón suficientes que hagan viable la pesquisa, incluyendo la debida motivación; en el caso que se concluya que el denunciante no tuvo conocimiento directo de los hechos denunciados, o bien, que no se proporcionen elementos de razonabilidad que permitan imputar directamente al funcionario denunciado, la comisión de delitos, la solicitud de

antejuicio debe ser rechazada *in límine*.⁷⁸

3. En el caso de que el antejuicio lo conozca el Congreso de la República, este deberá integrar una Comisión pesquisidora con cinco miembros electos por sorteo. La Comisión examinará el expediente y las pruebas presentadas, escuchará al denunciante y al funcionario denunciado, y además, puede realizar las diligencias de investigación que considere pertinentes. En base a lo recabado, la Comisión elaborará un informe circunstanciado donde recomiendan o no, la formación de causa contra el funcionario, el cual deberá ser remitido al Pleno del Congreso. En la próxima sesión ordinaria que éste tenga, el Pleno podrá discutir el informe y votará si ha lugar la formación de causa contra el funcionario denunciado. Para decretar ha lugar la formación de causa se necesita la votación favorable de dos terceras partes del Congreso, si esto sucede, el expediente retorna a la Corte Suprema de Justicia para que ésta

⁷⁷ Cfr. Sentencia del 1 de abril de 2004, dictada por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 2153-2003

⁷⁸ Cfr. Sentencia del 6 de marzo de 2006, dictada por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 2631-2005

asigne un Juez competente; de lo contrario el expediente es archivado.

4. En el caso de que el antejuicio lo deba conocer la Corte Suprema de Justicia, ésta, una vez recibido el expediente por parte del juez que recibió la denuncia, nombrará a un Magistrado de la misma Corte como el juez pesquisador, éste realizara las diligencias de investigación pertinentes, incluyendo escuchar al denunciante y al funcionario público denunciado; emitirá un informe en el cual declare si ha lugar o no la formación de causa contra el funcionario, éste informe será conocido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia quien lo remitirá, en su caso, al Juez competente para que inicie el proceso penal.
5. Finalmente si el antejuicio lo debe conocer una Sala de Apelaciones esta actuará de acuerdo al procedimiento anterior, con la diferencia que el Juez pesquisador

puede ser un miembro de la Sala o un Juez de primera instancia.

Originalmente el Decreto 85-2002 establecía que si se decretaba no ha lugar la formación de causa contra el funcionario, esto no causaba cosa juzgada, es decir que una vez que el funcionario público cesaba en el cargo se podía iniciar denuncias penales por el mismo hecho, sin embargo la Corte de Constitucionalidad en sentencia del expediente 2616-2014 declaró inconstitucional la frase “y no causa cosa juzgada” contenida en el inciso n) del artículo 17 de la Ley en Materia de Antejuicio, estableciendo que el antejuicio si causa cosa juzgada; con base a un símil de los términos causar estado y cosa juzgada y entremezclando el proceso del antejuicio con el proceso penal que se intenta, a la luz del principio *non bis in ídem*.⁷⁹ Cabe mencionar que, no obstante lo anterior, la Corte de Constitucionalidad en expediente 3301-2014, al sentenciar vuelve a analizar el tema y pareciera que se contradice, lo cierto del caso es que

⁷⁹ Corte de Constitucionalidad, sentencia dentro del expediente 2616-2014 de fecha 29 de marzo de 2005.

por la propia ley, no se regula expresamente que el antejuicio causa o no, cosa juzgada.⁸⁰

V. Problemática actual del antejuicio

1. Mecanismo de impunidad:

En la práctica y en la opinión pública, se considera al antejuicio como un mecanismo de impunidad que impide el juzgamiento de los² delitos cometidos por funcionarios públicos. Esta percepción sobre una institución que, en principio, es una garantía para proteger la función pública tiene como fundamento la práctica real de los antejuicios, principalmente el escaso número de las solicitudes que se resuelven con lugar, en efecto, de acuerdo a datos proporcionados por una investigación periodística *“desde enero de 2010 al 24 de junio de 2015, la Corte Suprema de Justicia –CSJ- y el Congreso habían recibido 833 solicitudes de antejuicio, de las cuales solo 72*

han sido admitidas para su trámite”.⁸¹

Otro problema es el plazo para resolver la solicitud de antejuicio, ya que si bien la ley establece que el informe de los jueces pesquisadores deberá emitirse en un plazo de 60 días, en la práctica los antejuicios pueden tardar más de un año en resolverse.

Rechazo liminar:

La Constitución y las leyes establecen el control de pesos y contrapesos mediante el cual se otorga el conocimiento de determinadas acciones al órgano que consideró idóneo para decidir sobre la procedencia del posible procesamiento de los funcionarios en ejercicio de su cargo, encomendando dicha tarea a la Corte Suprema de Justicia, a la Corte de Apelaciones y al Congreso.

Como se indicó, todas las denuncias contra funcionarios que gozan de antejuicio, al ser

⁸⁰ Corte de Constitucionalidad, sentencia dentro del expediente 3301-2014 de fecha 12 de marzo de 2015.

⁸¹ Claudia Palacios, Antejuicio: Un derecho que puede funcionar como cerco de impunidad. Información disponible en:

<http://lahora.gt/antejuicio-un-derecho-que-puede-funcionar-como-cerco-de-impunidad/> Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2015.

ingresadas al Juzgado penal correspondiente, deben ser remitidas a la Corte Suprema de Justicia, para que sea la autoridad máxima del Organismo Judicial quien remita el expediente al ente que por ley deba conocer y luego del diligenciamiento correspondiente determine si ha lugar o no a formación de causa. La Corte de Constitucionalidad ha establecido jurisprudencialmente que la Corte Suprema de Justicia no debe ser un mero ente de gestión, y que previo a remitir el expediente al órgano que debe pesquisar, reflexione y emita un fallo razonado en el que determine la admisibilidad del antejuicio, y en caso negativo, pueda rechazar el trámite sin intervención del órgano designado legalmente; en caso positivo, remitirá el expediente al órgano correspondiente para que, luego de la pesquisa, determine la procedencia del antejuicio y remita el expediente al Organismo Judicial para el procesamiento respectivo. Esto en base al principio de celeridad y economía procesal, para recuperar el equilibrio que debe prevalecer entre los organismos ejecutivo y

legislativo. (2354-2015, 2040-2003)

Efectos de la garantía:

a. Defensa ordinaria: El antejuicio es la prerrogativa del funcionario frente a un eventual proceso penal, su procedencia esta limitada al conocimiento de hechos delictivos relacionados con la investidura del cargo, sin embargo, en la práctica se plantea como defensa ante cualquier situación que pudiera perjudicar al funcionario, como que si la figura legal se constituyera en una carta de impunidad personal, frente a casos disciplinarios, familiares, de responsabilidad civil, etc.

Se ha pretendido, también, que la declaratoria de no ha lugar a formación de causa genere el archivo de la denuncia, en forma total y no solo a favor del funcionario, sin embargo el antejuicio no puede beneficiar a los coimputados.

De esa cuenta, la Corte de Constitucionalidad ha tenido que reconducir su ámbito de validez para que no se tergiverse el campo de acción. (227-92, 3301-2014)

b. Cosa juzgada: La Corte de Constitucionalidad declaró

inconstitucional la frase: “y no integrará cosa juzgada” del artículo 17 de la Ley en Materia de Antejudio, indicando que esto permite reabrir proceso penales finalizados o abrir nuevos procesos contra las mismas personas no obstante haber sido declarado sin lugar el antejudio, con base en el principio *non bis in idem* y la característica de definitividad de dicha resolución. Esto causo asombro, por la poca y mala interpretación de los alcances de la figura legal. Sin embargo, pareciera que los actuales Magistrados se retractan de tan erróneo juicio, porque al conocerse en amparo, se ha establecido, que si bien, la resolución del antejudio⁴, causa estado, la misma no puede generar cosa juzgada, pues no se ha tramitado el procedimiento penal correspondiente ni la autoridad jurisdiccional ha emitido un fallo con el agotamiento jurídico del caso. En todo caso, el funcionario puede ser perseguido penalmente al concluir su gestión. (2616-2004, 3301-2014)

c. Cese del cargo: El objeto del antejudio se centra en evitar que el funcionario sea separado de su cargo por cuestiones meramente

políticas o de rivalidad de asuntos personales. Pero no podría operar si el particular, por cualquier causa, deja de ser el titular del cargo que ostenta el beneficio, de esa cuenta, por la temporalidad del antejudio no puede ser invocado frente a hechos cometidos durante el cargo, cuando ya no se ejerce; porque el beneficio a favor de la función pública y no a favor del individuo en lo particular, como se ha indicado, el funcionario al culminar su gestión podrá ser procesado penalmente por cualquier causa, y a pesar del antejudio, podrá ser procesado penalmente por causas justificadas, si así lo determina la autoridad. (965-99, 2354-2015)

4. Funcionarios favorecidos:

a. Caso PARLACEN: La Corte de Constitucionalidad conoció la acción de inconstitucionalidad general del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas, dentro de los expedientes acumulados 12-2004 y 213-2004, por la que se declara la inconstitucionalidad de la incorporación de los ex presidentes y ex vicepresidentes como diputados al PARLACEN y

las inmunidades personales de dicho cargo, al considerar: 1) La violación al principio de igualdad por la diferencia entre los diputados al PARLACEN, al eximirles de cualquier requisito a los ex presidentes y ex vicepresidentes de la República para optar al cargo, mientras que los demás deben ser electos por sufragio universal. 2) La falta de sustento razonable de las inmunidades personales otorgadas a los diputados centroamericanos que representen a Guatemala ante el PARLACEN, incluido el derecho de antejuicio; porque las funciones de planteamiento, análisis y recomendación no generan riesgo para la función pública.

Sin embargo, en el 2008 se aprobó el Protocolo de Reformas al Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas, y contra el cual se interpuso inconstitucionalidad general conocida en expediente 56-2012, por la incorporación de los ex presidentes y ex vicepresidentes

como diputados al PARLACEN, por su carácter antidemocrático y violatorio al principio de igualdad. Pero en esta oportunidad la Corte de Constitucionalidad declaró sin lugar la petición, con base en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el principio *pacta sunt servanda* y la doctrina de los actos propios. En este caso se vuelve a establecer el antejuicio como prerrogativa de los diputados al PARLACEN pero no se impugnó de inconstitucionalidad a pesar de haberse expulsado de la Ley en Materia de antejuicio.⁸²

VI. Antejuicio de Candidatos a cargos de elección popular

A pesar que la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de la inconstitucionalidad decretada en expediente 670-2003, establece como *números cláusus*, los funcionarios a quienes la Constitución otorga antejuicio, prohibiendo la incorporación de mayor número de funcionarios beneficiados con antejuicio por medio de leyes ordinarias; los

⁸²Cfr. Sentencias del 20 de Julio de 2004 y 13 de mayo de 2012, dictadas por la Corte de Constitucionalidad dentro de los

expedientes 12-2004/213-2004 y 56-2012.

contemplados en leyes constitucionales e internacionales son aceptados considerando un bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico. Y en ese sentido se ha aceptado que la Ley Electoral y de Partidos Políticos otorgue el derecho de antejuicio a los candidatos a cargos de elección popular, como candidatos a Diputados al Congreso, a Presidente y Vicepresidente, y a Alcaldes, en el artículo 217 se establece: *“Derecho de antejuicio. Desde el momento de su inscripción, los candidatos presidenciales y vicepresidenciales no podrán ser detenidos o procesados, salvo que la Corte Suprema de Justicia declare que ha lugar a formación de causa en su contra. Tampoco podrán serlo los candidatos para diputados o alcaldes, salvo que la sala correspondiente de la Corte de Apelaciones haga igual declaratoria. Se exceptúa el caso de flagrante delito, en el que podrán ser detenidos los candidatos, pero puestos inmediatamente a disposición del*

tribunal que corresponda, para los efectos consiguientes.”

El contenido de la norma citada, fue modificado por medio de la reforma que hizo el Congreso de la República de Guatemala en el año 2004; en el texto original se indicaba que al declarar procedente un antejuicio, debía cancelarse la inscripción de la respectiva candidatura, sin embargo con esta modificación se eliminó dicho castigo como bien lo explica Javier Brolo, analista de la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (Asies), al comentar las dudas y enredos legales que provocó la petición de antejuicio contra un candidato a la vicepresidencia que ya estaba inscrito.⁸³

En palabras de Gabriel Orellana: *“...No se encuentra sustento lógico para sustentar el antejuicio para proteger a los candidatos a cargos de elección popular. (...) Y lo cierto es que, por muy justificada que lo parezca, su institucionalización en Guatemala no es más que el reflejo de una enorme desconfianza hacia*

⁸³En <http://www.republicagt.com/politica/congreso-elimino-cancelacion-de->

[inscripcion-por-antejuicio-de-candidatos/](#), 24 de mayo de 2016.

el sistema de administración de justicia, presa fácil del poder político.”⁸⁴

Cabe mencionar que los candidatos a cargos de elección popular no revisten la calidad de funcionarios públicos en tanto no resulten electos y no gestionan el que hacer del Estado, lo que sustenta la postura de que los mismos no deben gozar del derecho de antejuicio, por la finalidad propia de la figura constitucional.

Sin embargo, en contraposición se argumenta que si bien, el fundamento del antejuicio radica en la protección de la gestión pública, se parte de los principios democráticos, mismos que obligan al Estado a proteger a los ciudadanos que en el pleno ejercicio del derecho fundamental de elegir y ser electo, contemplado en la Constitución Política de la República de Guatemala; se postulan para cargos de elección popular, para que puedan participar en el proceso electoral, prohibiendo las acusaciones y persecuciones de carácter político o espurio que

podrían afectar la dinámica democrática.

Esto se comprende por la propia historia de nuestro país, que durante los sistemas dictatoriales que vivió, se acostumbraban actividades de opresión y persecución política que realizaban quienes ostentaban el poder para contra sus opositores para evitar su participación electoral. Fue necesario que el propio Estado protegiera a quienes tuvieran la valentía de postularse sin pena de ser perseguidos, otorgándoles el beneficio del antejuicio.

Actualmente la figura del antejuicio se ha tergiversado, utilizándola como un mecanismo de impunidad. A decir de Carlos López Aquino, quien funge como Jefe de la Agencia Fiscal de Delitos Electorales, la inmunidad que otorga la Ley a las 25 mil 760 personas inscritas por el Tribunal Supremo Electoral como aspirantes a cargos públicos en esta última elección, constituye un obstáculo para las investigaciones del Ministerio Público, por la autorización que debe solicitar a las

⁸⁴ En <http://cees.org.gt/politización-de-la-justicia/>, 25 de mayo de 2016.

instituciones correspondientes, lo que posterga el inicio del proceso investigativo contra cualquiera de ellos. Por su parte Thelma Aldana, actual Fiscal General, opina que los funcionarios y candidatos a funcionarios deben responder ante la ley como cualquier otro ciudadano.

“En tres meses de operaciones, la agencia fiscal que dirige López Aquino ha interpuesto 12 solicitudes de antejuicio contra candidatos, de las cuales la Corte Suprema de Justicia (CSJ) rechazó tres y admitió una. Ocho solicitudes siguen pendientes de resolución. Las tres solicitudes rechazadas por la CSJ fueron planteadas por la fiscalía contra Sandra Torres, candidata a la Presidencia por Unidad Nacional de la Esperanza (UNE); Manuel Baldizón, candidato a la Presidencia por Libertad Democrática Renovada (Líder), y Mario Estrada, candidato a la Presidencia por Unidad del Cambio Nacional (UCN), por el delito de coacción al elector. De

*acuerdo con las denuncias, los tres candidatos repartieron vales canjeables por materiales de construcción, a cambio de votar por sus respectivos partidos políticos. Pese a este antecedente, en fecha reciente la CSJ dio trámite al antejuicio contra Inés Castillo, quien fue denunciado por repartir vales de gasolina en una actividad proselitista con la finalidad de conseguir votos.”*⁸⁵

De lo que resulta procedente la pregunta sobre los alcances de la figura del antejuicio, al intentar proteger a quienes figuran como candidatos de frente a un proceso electoral, o al propio proceso democrático de elección, así como sucede en cuanto a los funcionarios públicos en ejercicio de su cargo, frente a acusaciones de delitos de orden común; cabría la distinción entre la comisión de delitos eleccionarios y las acusaciones espurias y/o políticas que pudieran vedar su participación o simplemente romper el equilibrio de poderes en la actuación

⁸⁵ En <http://lahora.gt/fiscal-derecho-de-antejuicio-debe-ser-eliminado-para-los-candidatos/> 24 de mayo 2016.

partidaria de quienes ostentan el poder.

Especial atención merece la calificación de honorabilidad e idoneidad de las personas que se postulan a los cargos de elección popular, ante el principio de inocencia plasmado en la Constitución. En el último proceso electoral, el Tribunal Supremo Electoral, permitió la postulación de quienes consideró que cumplían con los requisitos legales, sin embargo, al momento de ganar la elección, no adjudicó los cargos a quienes tenían pendiente el trámite de antejuicios. Siendo el antejuicio el único impedimento para la juramentación y la toma de posesión bajo la premisa de que quien tiene una acusación fundada que amerita la tramitación de un proceso penal en su contra, no es, ni honorable ni idóneo para ejercer la función pública; esto procedería en caso se hubiera determinado que ha lugar a formación de causa dentro del trámite del antejuicio. Sin embargo, al no tener dicha decisión, el actuar del Tribunal Supremo Electoral se ve amenazante al derecho a la presunción de inocencia, porque la calificación de idoneidad realizada

no debería depender únicamente del mero trámite de los antejuicios planteados, porque muchos de ellos son planteados sin fundamento y declarados sin lugar o rechazados in limine.

Es por todo lo anterior que la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) ha solicitado al Congreso de la República, la reforma del Decreto 85-2002 Ley en Materia de Antejuicio. Dentro de los puntos principales de la reforma propuesta se encuentra: 1) Agilizar el trámite del antejuicio, 2) Permitir la separación temporal del funcionario público cuando el antejuicio haya sido declarado con lugar, pues actualmente el funcionario público sigue en funciones hasta que se decreta la prisión preventiva. 3) Establecer que el antejuicio no causa cosa juzgada. Sin tocar el tema sobre el antejuicio a favor de candidatos a cargos de elección popular.

No obstante, la importancia de las reformas propuestas, la problemática de las leyes en general radica en su interpretación y aplicación, más que en su redacción. En la práctica el

antejuicio cumple su función de proteger la continuidad de la función pública, en extremo, el reproche que se le hace es que por su medio, los involucrados intentan salir indemnes de cualquier hecho que durante el tiempo que ejercen su función, pudiese ser tenido como delito, para evitar persecuciones penales.

CONCLUSIONES

El antejuicio es una garantía que establece la Constitución Política de la República de Guatemala, para proteger la función pública contra denuncias infundadas que busquen afectar al funcionario público y no debe constituir un mecanismo de impunidad, siendo necesario agilizar su trámite y determinar realmente si procede el procesamiento penal.

La Corte de Constitucionalidad con sus fallos, ha ido modificando la regulación del antejuicio establecida en el Decreto 85-2002, en el sentido de limitar su ámbito de aplicación únicamente a los funcionarios que la Constitución les otorga este beneficio así como extendiendo sus efectos. Sin embargo reconoce el antejuicio otorgado en la Ley Electoral y de

Partidos Políticos a candidatos a cargos de elección popular, debido a su carácter de ley constitucional.

En salvaguarda del sistema democrático se reconoce el derecho de antejuicio a los candidatos a elección popular, para que no sean perseguidos por razones espurias o políticas por quienes detentan el poder o por otros candidatos que se valen del propio sistema judicial para evitar su participación en la contienda electoral.

El antejuicio es una figura legal que permite la correcta administración estatal, protegiendo la función pública y la participación política en un sistema democrático, sin embargo, en la práctica se han desnaturalizado su aplicación y alcances convirtiéndola en un mecanismo de impunidad.

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros

- Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo I, Editorial Heliasta, vigésima cuarta edición. Buenos Aires; 1996.

- García Chavarría, Abraham. Acusación constitucional, juicio político y antejuicio desarrollo teórico y tratamiento jurisprudencial. Disponible en http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wpcontent/uploads/2014/05/ct9_acusacion_constitucional.pdf.
- Goldstein, Raúl. Diccionario de derecho penal y criminología. Editorial Astrea, tercera edición. Argentina; 1993.
- Jarvoys, Andy; Observaciones sobre la propuesta de reforma del Decreto 85-2002, Ley en Materia de Antejuicio. [s.n, s.l, 2000?]
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de expediente 670-2003
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de expediente 2040-2003
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de expediente 2153-2003
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de expedientes acumulados 12-2004 y 213-2004
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de expediente 2631-2005
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de expediente 1436-2011
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de expediente 56-2012
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de expediente 2616-2014
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de expediente 3301-2014
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de expediente 227-92
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de expediente 336-98
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de expediente 965-99

II. Jurisprudencia

- Corte de
Constitucionalidad, sentencia de
expediente 2354-2015

III. Otras fuentes

- <http://lahora.gt/antejuicio-un-derecho-que-puede-funcionar-como-cerco-de-impunidad/>
Consultado el 17 de noviembre de 2015.

- <http://www.republicagt.com/politica/congreso-elimino-cancelacion-de-inscripcion-por-antejuicio-de-candidatos/>
Consultado el 24 de mayo de 2016.

- <http://lahora.gt/fiscal-derecho-de-antejuicio-debe-ser-eliminado-para-los-candidatos/>
Consultado el 24 de mayo 2016.

- [http://cees.org.gt/politización-de-la-justicia/](http://cees.org.gt/politizacion-de-la-justicia/) Consultado el 25 de mayo de 2016.

PRINCIPIOS O CRITERIOS TRADICIONALES DE RESOLUCIÓN DE ANTINOMIAS JURÍDICAS

*Mauricio Alejandro Zarazúa Herrera**

Definición de antinomias jurídicas

Entre los tradicionales problemas que se suscitan en el campo del Derecho, son aquellos que se originan en los problemas argumentativos de sus normas, lo que genera conflicto y que merecen una metódica respuesta bajo principios razonables de solución. Dentro de los factores de total importancia, es el carácter de la hermenéutica del Derecho, verificando su contexto y las diferentes concepciones de los derechos fundamentales y el sustento argumentativo.

Con prontitud diré que cuando existe una colisión entre normas jurídicas, se

le suele conocer como antinomia o conflicto normativo y varios jurisconsultos, han dedicado por muchos años estudios específicos sobre la materia, advirtiendo los tipos que se derivan del conflicto y los métodos o criterios clásicos de solución, cuestión que se desarrollará en esta breve investigación.

Riccardo Guastini, define a una antinomia “en uno u otro de los modos siguientes: a) en un sistema jurídico existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado en dos modos incompatibles por dos diversas normas pertenecientes al sistema; o bien b) en un sistema jurídico existe una antinomia

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario. Estudios de postgrado en Derecho Constitucional. Medicina Legal y Ciencias Forenses.

siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema.⁸⁶” Adicionalmente este autor, señala que “se puede convenir que el sistema jurídico presenta una antinomia cada vez que un caso concreto es susceptible de dos diversas y opuestas soluciones con base en normas presentes en el sistema (...) Hay que insistir en que [sic] un antinomia es un conflicto entre normas y no entre disposiciones normativas.⁸⁷”

Luis Prieto Sanchís, indica que “Suele decirse que existe una antinomia o antinomia hay que eliminar una de las contradicción normativa, cuando dos normas en conflicto o quizás dentro de un mismo sistema jurídico ambas y f) Se debe trazar una clara línea de demarcación entre los incompatibles a las mismas procedimientos para prevenir las condiciones fácticas, es decir, cuando

en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden observarse simultáneamente⁸⁸”.

Resumiendo lo manifestado por Guastini⁸⁹, una antinomia puede: a) Ser evitada, prevenida, por medio de la interpretación, b) Una antinomia puede ser creada por la interpretación; c) Una antinomia puede solo presentarse como una interpretación ya realizada, d) Que en consecuencia una antinomia no es un problema interpretativo por lo que no puede ser resuelta por vía de la interpretación, sino un problema de

⁸⁶Guastini, Riccardo. “**Antinomias y lagunas**” Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana. No.29. Editorial Themis, S.A. de C.V. Santa Fe, Ciudad de México, México. 1999 p. 437

⁸⁷ IBIDEM. 437

⁸⁸ Prieto Sanchís, Luis “**Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación**” Cuadernos de Derecho Público, No. 11. Revista de Ciencias Sociales de Valparaíso (Chile). 2002. p.97

⁸⁹ Guastini, Riccardo. Op. Cit. p.p. 437-438.

antinomias y las técnicas para sistema se oponen resolverlas. contradictoriamente entre si

Ámbitos para la validez de una oposición contradictoria

El concepto jurídico de oposición contradictoria y la teoría Kelseniana citada por García Máynez⁹⁰ indica al referirse a los cuatro ámbitos de aplicación, se refiere que para que pueda sostenerse que las normas que regulan un mismo caso se contradicen entre sí, no basta con la simple comprobación de cualidades positivas y negativas de sus disposiciones. Hay que establecer, además, si se refieren a los mismos sujetos y si sus ámbitos temporal y espacial de aplicación son iguales.

Hay oposición contradictoria entre normas jurídicas cuando: a) Dos normas de derecho de un mismo

cuando, teniendo ámbitos iguales de validez: a.1 Material. a.2 Espacial. a.3 Temporal y a.4 Una permite y la otra prohíbe a un mismo sujeto la misma conducta. Sujeto la misma conducta. (ámbito personal). Cuando la coincidencia de los ámbitos de aplicación de los cuatro ámbitos no es completa, los preceptos no son contradictorios.

Tipología de conflictos normativos

El conflicto por sí mismo de la lectura de algunos autores, su incompatibilidad, puede tener cierto grado de complejidad, tal es el caso que esta pudiera suscitarse por su grado de contradicción.

Según Jaime Cárdenas Gracia⁹¹, la antinomia puede ser:

⁹⁰ García Máynez, Eduardo. **"Filosofía del Derecho"** Decima séptima edición, Editorial Porrúa. México 2009. p. 215

⁹¹ Cárdenas Gracia, Jaime **"La Argumentación como Derecho"**, Universidad Nacional Autónoma de

México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 142, Primera edición, México 2005. p.p. 126-127

a) **total-total** ocurre cuando la incompatibilidad es absoluta y radical. Vrg.: una norma que prohibiera la huelga y otra que la permitiera.

b) La antinomia es **parcial-parcial** cuando cada una de las normas tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra y un campo de aplicación en el que el conflicto no existe.

c) La antinomia **total-parcial** se da cuando su ámbito de validez es en parte igual y en parte diverso con relación a la otra. Hay antinomia total de la primera norma respecto a la segunda, y sólo parcial de la segunda respecto a la primera. La primera norma no puede ser aplicada en ningún caso sin entrar en conflicto con la segunda; la segunda tiene un ámbito de aplicación que no entra en contradicción con la primera.

Siguiendo a Guastini⁹², refiriéndose a la tipología de los conflictos normativos hace la distinción fundamental entre dos tipos de conflictos de lo cual se elabora un resumen de su exposición: **Conflictos en abstracto** Se produce, cada vez que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases de supuestos de hechos o si se quiere, ofrecen dos soluciones incompatibles para dos casos de controversias que se sobreponen en todo o en parte desde el punto de vista conceptual. Un conflicto de este tipo puede ser identificado por vía de interpretación textual “en abstracto”, es decir, haciendo abstracción de cualesquier supuesto de hecho concreto, sobre cualquier controversia particular. Por ejemplo, una primera norma prohíbe el aborto; una segunda norma, consiente el aborto terapéutico. **Conflictos en concreto:** Se produce cada vez que

⁹² Guastini, Riccardo “**Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales**” Palestra del Tribunal

Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año2, Nº 08, agosto 2007, Lima Perú. p.p. 632-633

al momento de la aplicación del derecho en un caso concreto se observa que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles al mismo caso concreto. Esto ocurre cada vez que un supuesto de hecho concreto recae simultáneamente en dos clases de supuestos, pero independientes desde el punto de vista conceptual, por lo que el Derecho establece consecuencias jurídicas incompatibles. Un conflicto de este tipo no puede ser identificado sino con ocasión de la aplicación de las normas en cuestión a un caso particular al cual ambas se revelan aplicables. Por ejemplo: una norma establece que el automóvil se debe detener frente al semáforo rojo; otra norma prohíbe detener el automóvil frente a las instalaciones militares. Los dos supuestos (semáforo rojo e instalación militar) no guardan ninguna relación conceptual, y por tanto no entran en conflicto “en abstracto”. No obstante, el conflicto nace si alguien de facto sitúa un semáforo en los

alrededores de una instalación militar.

Oposición contradictoria entre preceptos de Derecho

Las disposiciones contradictorias son discrepantes, pero su diferencia reviste un carácter *sui generis*, ya que una de ellas prohíbe la misma conducta permitida por la otra. No es posible, en efecto saber que de los dos preceptos una permite la misma conducta que otra prohíbe, si antes no son entendidas las formas de expresión empleadas por sus creadores. Para que el encargado de aplicar normas abstractas a situaciones particulares se enfrente a una antinomia auténtica es necesario que el conflicto entre la prohibición y el facultamiento condicione la absoluta incompatibilidad de la regla que prohíbe y la que la permite y haga en consecuencia imposible su aplicación simultánea. La conducta jurídicamente regulada no puede hallarse, a la vez jurídicamente prohibida y jurídicamente permitida, si de dos preceptos del

mismo orden jurídico, el primero prohíbe y el segundo permite a los mismos sujetos, en condiciones idénticas, el mismo proceder, las normas en cuestión se oponen contradictoriamente y por tanto, son incompatibles, lo que trae consigo la imposibilidad de su aplicación concomitante.

Cuando el problema antinómico no sea reductible al hermenéutico, queda por ser si tiene autonomía frente al de determinación de la vigencia *lex posterior derogat priori*, es lógicamente imposible el surgimiento de una antinomia.

Asimismo, cuando dos normas se contradicen teniendo la misma jerarquía y ámbito temporal de validez, no puede haber derogación recíproca, una de las normas debe por ende quedar en pie, la prohibitiva o la permisiva. Esta establecida entonces la autonomía del problema antinómico frente al de determinación de la vigencia, el conflicto surge siempre entre dos normas y consiste en decidir cuál

de ellas debe aplicarse al hecho previsto por el supuesto de ambas.

García Máynez, se cuestiona si “¿hay en la órbita del derecho, antinomias genuinas? Sólo se puede responder cuando se ha definido con rigor el concepto de oposición contradictoria. Pues bien podría ocurrir que las antinomias fueran sólo aparentes y que para destruir tal apariencia, bastare una interpretación correcta de los textos legales. En tal coyuntura, el problema antinómico sería sólo un aspecto o faceta del hermenéutico⁹³.”

La importancia de amalgamar todos los elementos es esencial, para establecer términos antinómicos, es fundamental por medio de una exhaustiva interpretación llegar a esa conclusión y que dicho enlace sea fáctico, porque como cita García Máynez “para sostener que dos normas regulan contradictoriamente un hecho, no basta que cada una le atribuya

⁹³ García Máynez, Eduardo. Op cit. p.214.

consecuencias jurídicas distintas (...) la simple discrepancia de sus partes dispositivas no implica contradicción⁹⁴.”

Destacando lo vertido por el autor antes citado “Para que haya antinomia, en la órbita del derecho, es necesario que los preceptos antagónicos pertenezcan al sistema que ofrece el susodicho criterio o cuando menos que sea posible incorporarlos o referidos de algún modo a ese sistema en virtud de una delegación. La ley puede establecer, verbigracia, que los jueces están facultados para colmar analógicamente una laguna y que, a falta de disposición análoga aplicable les está permitido llenar aquella por aplicación de un principio de derecho natural⁹⁵”. Como en el caso guatemalteco refiriéndose al artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República.

Principios y criterios tradicionales de resolución de antinomias jurídicas

Señala García Máynez que “de antinomia sólo puede hablarse, en el ámbito del derecho, cuando dos preceptos de un mismo sistema se oponen contradictoriamente(...) a afirmación de que entre ellos hay conflicto antinómico exige no sólo el conocimiento de lo que debe entenderse por oposición contradictoria entre normas jurídicas, sino el de los criterios que permiten determinar la pertenencia de éstas al sistema del órgano aplicador(...) una vez establecido que dos preceptos contradictorios pertenecen a un mismo ordenamiento(...) es indispensables decidir cuál de ellos debe aplicarse(...)”⁹⁶.”

En atención a lo citado con anterioridad, como parte de la investigación a *prima facie*, es importante que se determine los criterios que sustentan una solución

⁹⁴ IBIDEM. p.214

⁹⁵ IBIDEM. p.219

⁹⁶ García Máynez, Eduardo. Op. Cit. p. 215

al momento de suscitarse una antinomia jurídica, tradicionalmente ha respondido a criterios que van desde el aspecto cronológico bajo el principio jurídico en la que determina que la ley posterior deroga la anterior. Otro criterio nos recuerda la reconocida teoría Kelseniana, en la que donde entraríamos a verificar aspectos de prelación por carácter jerárquico, es decir la ley superior posee preeminencia sobre la inferior. Por último, otro tradicional criterio, es el de especialidad en el que hemos asimilado que la ley especial tiene predilección sobre la general. No obstante, lo antes relacionado es oportuno desarrollar cada uno de ellos y adicionar otro tipo de criterios emergentes.

Según Guastini, “las técnicas aptas para resolver las antinomias son reducibles a dos principios o criterios: el principio jerárquico y el principio cronológico, por lo que hace al principio de competencia,

se puede decir que en nada más que una variante del principio jerárquico. Por lo que respecta al principio de especialidad, tal principio no desarrolla otra función más que limitar la operatividad del principio cronológico y del jerárquico”⁹⁷. Adiciona Guastini que el “**Principio jerárquico:** Es el principio en virtud del cual, en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente ordenadas, la norma jerárquicamente inferior debe considerarse inválida y por lo tanto no aplicarse. **Principio de competencia:** a) Que se produzca un conflicto entre normas provenientes de fuentes de tipo diverso. b) Que entre las dos fuentes en cuestión no exista una relación jerárquica. c) Que las relaciones entre las dos fuentes estén reguladas por normas jerárquicamente superiores a ella, atribuyendo a cada una de ellas, una diversa esfera material de competencia, de modo que cada una de las dos fuentes fuente tenga

⁹⁷ Guastini, Riccardo. “**Antinomias y lagunas**”. Op. Cit. p. 439.

competencia exclusiva para regular cierta materia. La norma que proviene de la fuente competente es válida y por lo tanto debe ser aplicada mientras que la norma proveniente de una fuente no competente en esa materia es inválida. Por ejemplo, en el tema de fuentes no jerárquicamente ordenadas, pero dotadas de diversas competencias, es el conflicto entre norma de ley estatal y normal de ley regional. Ambas normas mantienen una relación de subordinación con la fuente constitucional. La ley regional invasiva de la competencia de la ley estatal es inválida no porque esté en contraste con la ley estatal, sino porque está en contraste con la constitución. Es inválida no porque contradiga una norma de igual grado, sino porque contradice una norma superior. **Principio cronológico:** En caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente equiparadas y provistas de competencia la norma proveniente de la fuente anterior en el tiempo debe considerarse abrogada. La

radical diferencia entre el principio jerárquico y el principio cronológico, es que este último provoca la abrogación de la norma mientras que el primero de los citados su invalidez. **Criterio de especialidad:** El llamado criterio de especialidad, en su formulación típica, suena así: la norma especial deroga la norma general. Manifiesta Guastini que la doctrina tradicional, que este criterio no constituye una solución de antinomias. Por norma especial se entiende propiamente que una norma deroga una norma general. El criterio de especialidad toma realce cuando interfiere con el principio cronológico o con el principio jerárquico. **a) Criterio de especialidad y principio jerárquico:** La norma general prevalece sobre la especial en el sentido de la norma especial contrastante con una norma general supraordenada. Norma especial supraordenada prevalece sobre la general subordinada. **b) Criterio de especialidad y principio cronológico:** La norma sucesiva, aunque sea general abroga a la

precedente, aunque sea especial en virtud el principio cronológico. La norma especial no abroga la norma general precedente, pero se limita a derogarla, se limita su campo de aplicación lo que constituye en una abrogación parcial”.⁹⁸

En la legislación guatemalteca se ha tratado el criterio de especialidad, con lo prescrito en el artículo 13 del Decreto 2-89 del Congreso de la República “Ley del Organismo Judicial” que señala que “Las disposiciones especiales de las leyes, prevalecen sobre las disposiciones generales de la misma o de otras leyes”, sin embargo resulta discrepante, toda vez que no podríamos decir que una **“Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer”** por citar un ejemplo pueda prevalecer con el **“código de comercio”**, la razón es simple porque el ámbito de aplicaciones de la ley es distinto, por eso las leyes son diferentes y el citar este artículo que prevalece sobre otras resulta equívoco, por eso el

criterio de especialidad solo existe para resolver en conflicto de aplicabilidad, porque no hay normas especiales, todas las normas son generales y obligatorias, la norma especial se distingue de la general porque aunque el supuesto de hecho es el mismo, la consecuencia normativa es más amplia más detallada y más explicada que la general, por eso se prefiere la aplicabilidad de las especiales a las generales, pero obviamente se habla de norma especial y después tiene que hablar de la general, porque no hay especie sin género.

Luis Pietro Sanchis, al referirse del criterio de especialidad parte del descarte del principio jerárquico y el cronológico cuando “se muestran inservibles cuando la antinomia se produce dentro de un mismo documento legislativo, pues todos sus preceptos son perfectamente coetáneos y gozan del mismo nivel jerárquico. En tales casos, sólo resulta procedente

⁹⁸ IBIDEM. p.p. 439-444

observar el criterio de especialidad, concibiendo la norma especial como una excepción a la disciplina prevista por la norma general. Pero excepción -insisto- que pretende operar en todos los casos: siempre que se dé el supuesto de hecho contemplado en la norma especial, deberá adoptarse la consecuencia jurídica que ella imponga sobre la prevista en la norma general.⁹⁹”

De varios ejercicios se ha evidenciado, que los mismos criterios entran en conflicto sin embargo ha quedado de manifiesto que el aspecto jerárquico ha sostenido su lugar preponderante lo cual denota que la Ley Fundamental en este caso, se antepone ante cualquier normativa salvo condiciones de especialidad que en todo caso brinda un paso específico a la solución del tema en disputa. De lo anterior aún y con la suma de principios o criterios de solución de antinomias jurídicas, se generan corrientes que advierten la insuficiencia de las mismas, este

breve ensayo coadyuva e insta al lector a conocer de lo acá indagado, refiriendo que este solo es un acopio con fines académicos y no pretende subrogar inclinaciones jurídicas, únicamente orientar un discernimiento sobre el problema al momento de suscitarse una oposición contradictoria entre preceptos del Derecho.

Bibliografía

1. Cárdenas Gracia, Jaime **“La Argumentación como Derecho”**, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 142, Primera edición, México 2005.
2. García Máynez, Eduardo. **“Filosofía del Derecho”** Decima séptima edición, Editorial Porrúa. México 2009.
3. Guastini, Riccardo. **“Antinomias y lagunas”** Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad

⁹⁹ Pietro, Sanchis. Op. Cit. p.98

Iberoamericana. No.29. Editorial Themis, S.A. de C.V. Santa Fe, Ciudad de México, México. 1999

4. Guastini, Riccardo
“Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales” Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año2, N° 08, agosto. Lima, Perú. 2007

5. Prieto Sanchís, Luis
“Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación” Cuadernos de Derecho Público, No. 11. Revista de Ciencias Sociales de Valparaíso. Chile. 2002.



La Revista Parlamentaria fue creada como un instrumento para fomentar la creación y difusión de ideas en materia de constitucionalismo, derechos humanos y el desarrollo del Derecho Parlamentario, como elementos de un sistema democrático.

De esa cuenta, en ocasiones nos hemos detenido en temas políticos, sobre todo en coyunturas especiales en que hemos considerado que el futuro del país está en juego, tal como en el año 2015, situación que vuelve a repetirse en el segundo semestre de 2017.



Resulta importante el desarrollo del Derecho Constitucional en la época contemporánea, desarrollado por juristas destacados que han hecho historia. Sin embargo, también es relevante formular nuevos planteamientos a interpretaciones que a fuerza de repetirse en la historia termina dominando el pensamiento de la comunidad jurídica.



