

Año V, Volumen X

Revista Parlamentaria

Septiembre, 2018

Revista Parlamentaria

Víctor Valverth

Silvia García

René Villegas

Juan C. Oxom

Reina Teo

Aracely Amaya

Alejandro Zarazúa

Aura Herrera

**REVISTA
PARLAMENTARIA**

SUMARIO

Víctor Manuel Valverth Morales DE LA SOBERANÍA NACIONAL (A PROPÓSITO DE LA CICIG)	1
René Arturo Villegas Lara REFLEXIONES SOBRE LOS VALORES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GUATEMALA	7
Juan Carlos Oxom Hernández DERECHOS HUMANOS Y REGRESIVIDAD EN LA FUNCIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA	41
Silvia Verónica García Molina PROCEDIMIENTOS DE INTEGRACIÓN DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y CÁMARAS, EN CASOS DE IMPEDIMENTOS, EXCUSAS, INHIBITORIAS, RECUSACIONES Y AUSENCIA POR SUSPENSIÓN DE MAGISTRADOS	51
Reina Isabel Teo Salguero CONTENIDO DE UNA AUTÉNTICA CONSTITUCIÓN	63

Aracely Amaya Fabián DERECHOS FUNDAMENTALES DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y POLÍTICOS	77
Mauricio Alejandro Zarazúa Herrera PRINCIPIOS DEL DERECHO ELECTORAL	89
Aura Elena Herrera Flores MUTACION Y REFORMAS CONSTITUCIONALES	99

EDITORIAL

LA CONSTITUCIÓN DE 1985, LOS CIACS Y LA CICIG ANÁLISIS DE UNA CRISIS ANUNCIADA

ANTECEDENTES

La sociedad es inseparable del poder, y el poder está ligado a posiciones de autoridad, que mantienen un orden que busca enmarcar a la sociedad. La búsqueda del mejor método de autoridad, nos ha llevado a través de toda la historia humana por una variedad de caminos, que nos conducen a la democracia, que es hoy en sentido amplio el nombre de una civilización, o mejor, del producto final (hasta la fecha) de la civilización occidental. La democracia liberal nació de una concepción individualista de la sociedad, en la que el individuo es soberano, y se pone de acuerdo con otros individuos, igualmente soberanos, para crear la sociedad política: el Estado. La doctrina democrática creó un Estado sin cuerpos intermedios, característicos de las ciudades medievales y del Estado estamental, con un pueblo soberano, compuesto de muchos individuos y sus representantes.

Lo que ha sucedido en los Estados democráticos contemporáneos, es exactamente lo opuesto. Los grupos se han vuelto cada vez más los sujetos políticamente relevantes: las grandes organizaciones, los sindicatos, las asociaciones, los partidos políticos. Son grupos como estos, los protagonistas de la vida política y ya no el individuo soberano, ni el pueblo, como unidad ideal (o mística), ni la nación; sino el pueblo dividido objetivamente en grupos contrapuestos y en competencia entre ellos; con una autonomía relativa respecto al gobierno central. El modelo ideal de la sociedad democrática era el de una unidad centrípeta. La realidad que tenemos ante nosotros es de una sociedad centrífuga, que no tiene un solo centro de poder, sino muchos; y merece el término, en el que concuerdan los estudiosos de la política, de sociedad policéntrica o poliárquica, o

también policrática. La sociedad real que subyace en los gobiernos democráticos es por tanto, pluralista.

En una sociedad pluralista, como la actual, es visible la existencia de poderes varios, entre ellos, el de las élites; que por sus recursos y posición estratégica, pueden dirigir redes de poder, estructuralmente diferentes a las formales, político-estatales. Pero existe una serie de poderes invisibles que hasta ahora han sido muy poco explorados, sobre todo porque, según nos dice Bobbio, “escapa de las técnicas de investigación que habitualmente son utilizadas por los sociólogos” Este grupo de poderes invisibles adquieren una capacidad estudiada por Foucault, el de disociar la relación “ver-ser visto”. El vigilante observa cualquier movimiento del vigilado. La importancia se convierte no en que los vigilados vean quien los observa, sin que sepan que son vigilados. Bobbio eleva el modelo: “el príncipe es más capaz de hacerse obedecer en cuanto es más omnividente, es más capaz de mandar en cuanto más invisible”.

Existen por tanto la posibilidad de un criptogobierno, que se da con acciones realizadas por fuerzas políticas extra-estatales, paralelas al poder visible, que actúan a la sombra de los servicios secretos, o con una parte de ellos. El gobierno democrático liberal surge en su inicio para dar satisfacción a las necesidades de la población, requiriendo acciones que deberían plantearse en público y evitar lo “invisible”. A esto la obligación de la publicidad de los actos gubernamentales, no solo, para permitir al ciudadano conocer las acciones de quien detenta el poder, sino también porque la publicidad es en sí misma una forma de control, que permite distinguir entre lo lícito y lo ilícito. La Democracia como “gobierno de lo público, en público” La democracia busca ser representativa, esta representatividad puede ser traducida, en ser visible a los electores. Kant considera como concepto trascendental del derecho público, “que todas las acciones referentes al derecho de otros hombres cuya máxima no es

susceptible de publicidad, son injustas” queriendo decir con esto, que una acción que se mantiene en secreto y atañe a un grupo, no solo es injusta, sino que si fuese publicada, provocaría una reacción que haría imposible su realización. Aun así, existen razones por las que lo invisible, lo secreto dentro de la esfera pública, es necesario: según Poujol; la necesidad de rapidez en la toma de decisiones y el “desprecio” al conglomerado social, provoca un rechazo de los dirigentes políticos a hacer efectivo el planteamiento a la sociedad de sus acciones.

Donde existe un poder secreto casi como un producto natural, existe un anti poder igualmente secreto, bajo la forma de complots, conspiraciones, golpes de Estado, rebeliones, etc. Ya que el poder invisible se combate con un poder igualmente invisible. No hay Estado autocrático o democrático que haya renunciado a los actos de espionaje y en general de los servicios secretos, “porque no hay mejor forma de saber cosas ajenas que conocerlas sin ser descubierto y reconocido”. Pues las relaciones de poder asimétricas, dan una gran ventaja a quien se favorece de tal asimetría.

Iniciada la conclusión de la etapa de los gobiernos militares-autoritarios a raíz del golpe militar de marzo de 1982, la Constitución de 1985 rompe formalmente con el modelo tutelado de la Constitución de 1965, mediante mecanismos tales como elevar al rango constitucional toda la normativa sobre Derechos Humanos que ha ratificado el Estado de Guatemala, incluyendo los tratados internacionales; estableciendo además novedosos mecanismos institucionales de control del poder público y sentando las bases de un proceso democrático, ordenando un catálogo aún hoy no completado de leyes ordinarias, que deberían desarrollar las normas fundamentales.

Durante los treinta años de predominio político de los militares (1955–1985), el poder público fue simplemente el instrumento por medio de que

se buscaba alcanzar legitimidad, a través de la legalización del régimen militar, especialmente después del golpe de 1963.

Este poder necesitaba ser implementado de acuerdo al proyecto anticomunista y contrainsurgente que se estableció, estructurando así un Gobierno Paralelo, diseñado para satisfacer requerimientos de la doctrina de seguridad nacional.

El liderazgo empresarial se desarrolló acompañando estas medidas, enfocando sus objetivos de acuerdo a sus intereses económicos tradicionales y entrando con frecuencia en contradicciones, con el poder militar y entre las fracciones de la misma oligarquía. A dicho grupo se le dio protección y se le otorgó frecuentemente la dirección de la política económica del país. Durante los gobiernos militares autoritarios (1970-1985) se ocasionaron las fisuras señaladas antes señaladas, que dieron paso a los golpes militares de marzo de 1982 y de agosto de 1983.

La evolución económica mundial, provocó que los intereses de la elite económica cambiaran, dándose la necesidad de una reestructuración nacional en materia económica. En 1983 el CACIF se reestructuró por primera vez en su historia, dando paso a un nuevo modelo económico, basado en lo que se llamó modelo de crecimiento hacia afuera, que tomaba nota de los cambios que se sobrevendrían por la apertura democrática y por unas fuerzas armadas, cada vez menos autónomas en lo político y en lo financiero.

En el texto de la nueva Constitución de 1985 quedó plasmado este nuevo modelo de liberalización de la economía, aunque el modelo político que se pudo negociar fue realmente una versión atemperada del modelo de democracia tutelada que se venía desarrollando con base en las constituciones anteriores, reservándose entonces las fuerzas armadas, el

papel de tutor del sistema político con la capacidad para intervenir y corregir situaciones indeseables.

El nuevo Poder Paralelo, sucesor del Gobierno Paralelo, que se había implantado de acuerdo a la política de seguridad nacional, se había desarrollado a través de una red de instancias “invisibles”, cambio provocado a partir de 1982 por el alto grado de desorden en su centro de control, el Estado Mayor de la Defensa Nacional.

El estado mayor presidencial permanecía intacto, incluyendo su unidad de inteligencia (el Archivo) y manejaba el sistema aduanal y la red de corrupción, creada en su entorno.

ESTADO FALLIDO O ESTADO PARCIALMENTE FRACASADO

Otro punto a considerar es que de forma creciente, tanto en el debate sobre la seguridad global como de la región se emplea la terminología de Estado fallido o Estado débil, y pocos ponen en duda la aplicación de estos términos para clasificar la realidad estatal de países como Guatemala; no obstante, son escasas las reflexiones que se aproximan a explicar por qué hemos llegado como país a esta condición, y muchos menos a presentar propuestas concretas para mejorarla o superarla.

Aunque no es este el espacio para emprender esa tarea con profundidad, es importante considerar algunos planteamientos sobre este problema.

Es fundamental señalar, que un aspecto central de la consistencia de una construcción estatal, lo constituye la presencia del monopolio efectivo de la fuerza legítima; sin ese monopolio efectivo, enmarcado en su normativa constitucional, bajo formas institucionales diversas, el Estado pierde su eficacia y su integralidad, especialmente porque afecta profundamente su

institucionalidad judicial, su capacidad para la persecución criminal, y por tanto su capacidad para garantizar el orden y la convivencia sociales democráticas

En este sentido, un estudio reciente de la situación de la región, que adopta como categoría de análisis el paradigma del Estado Fallido, sostiene que a diferencia de otras zonas del mundo donde se aplicó originalmente este enfoque -el África sub sahariana- donde el Estado prácticamente ha desaparecido o dejado de existir, dado que esos estados perdieron completamente su capacidad para imponer su monopolio sobre la fuerza legítima; este no es el caso que se presenta en los países latinoamericanos.

Las perspectivas que tiene un país para contrarrestar este problema están asociadas a dos factores clave: la existencia o la no existencia de actores o fuerzas nacionales democráticas con capacidad de acción efectiva, (entre otros destacadamente los partidos políticos); y la ubicación del país en el mapa de intereses geoestratégicos y geopolíticos hemisféricos y/o globales.

Por otra parte, es preciso superar la dicotomía patología-normalidad desde la cual se ha planteado el problema de los Estados fallidos.

Asimismo, los Estados fallidos ponen en el centro del debate hasta qué punto la conformación de una economía global implica también una decisiva interdependencia en nuevas dimensiones securitarias, que difieren el tratamiento integral de la seguridad democrática.

Así, la relevancia internacional ya no concierne sólo a la posesión de recursos de poder tradicional, (militar, político y económico), tal y como se había asumido en la lógica westfaliana, sino que la debilidad, la fragilidad, se convierten en elementos pertinentes en el juego político

mundial, dada su potencialidad para desestabilizar el sistema internacional y generar anarquía.

A su vez, los estudios que profundizan sobre el tema, lo hacen fundamentalmente desde la perspectiva de la seguridad internacional, separándolo de sus dimensiones económicas.

Cabe agregar para situar más adecuadamente este fenómeno que de una manera u otra, todos los Estados nacionales, grandes y pequeños, más fuertes o más débiles están profundamente afectados por la globalización y ya no pueden garantizar plenamente el cumplimiento de los requisitos de la soberanía nacional y de las garantías fundamentales que establecen los órdenes constitucionales clásicos westfalianos, generando las condiciones para una creciente crisis de estatalidad, arribando el concepto de Estados parcialmente fracasados.

Los casos de Afganistán y de Irak han mostrado hasta qué punto resulta extremadamente complejo el intento de (re)construcción estatal basado en una visión simplificadora de lo que es y deber ser el Estado.

El tema de la falla estatal revela una toma de conciencia de las profundas transformaciones de la estatalidad, que en realidad no son recientes; estos cambios habían sido invisibilizados o distorsionados durante la Guerra Fría y ahora se ponen de relieve y se vinculan más claramente a la globalización.

La falla estatal no constituiría por consiguiente una patología, sino más bien un rasgo que puede considerarse estructural en el orden global que se estaría construyendo.

Ella nos remite a la necesidad de problematizar la estatalidad como fenómeno central; de comprender qué es realmente el Estado de hoy; de salirnos del discurso esencialista del Estado y del nacionalismo; de reformular el concepto moderno de Estado Nación, para comprender de qué modo el Estado como organización política central ha cambiado sustancialmente.

Países como Guatemala se encuentran en medio de una paradoja: mientras grandes grupos de su población y territorio se someten al control del Estado y el régimen democrático, subsisten todavía grupos o sectores armados (*armed actors*) que recurren a la violencia para hacer valer sus intereses económicos y políticos frente al Estado. El resultado de la existencia de estos grupos es la erosión y deslegitimación gradual de la autoridad estatal. De ahí su condición de estado parcialmente fracasado.

Asimismo cabe aclarar, que cuando se habla de los grupos que hacen valer sus intereses económicos y políticos frente al Estado, no se habla únicamente de aquellos relacionados con el narcotráfico, delincuencia organizada, maras, entre otros; sino también de aquellos grupos con intereses políticos y económicos.

En el caso de Guatemala, la falla institucional del Estado afecta sobre todo un tema que ocupa la atención del gobierno de los EE. UU.: el crecimiento exponencial de la migración de guatemaltecos a esa nación, especialmente menores no acompañados que se acogen a las leyes de los EE. UU. que protegen la unidad familiar. El vínculo entre esta migración, las pandillas juveniles transnacionales y el terrorismo constituyen un coctel explosivo para la seguridad nacional de los EE. UU.

El abordaje de esta compleja temática favoreció la instalación de la CICG, dada la probada incapacidad del Estado guatemalteco para resolver sus

graves falencias, después de veinte años de finalizada la guerra. La CICG constituye un instrumento para corregir esas falencias, contribuyendo a crear condiciones económicas sociales e institucionales para controlar y contener la migración ilegal y sus consecuencias perniciosas para la seguridad nacional de los EE. UU.

Dicho en otras palabras, a diferencia de los Estados africanos, en nuestros países, lo más pertinente es hablar de “fracaso (parcial) del Estado” o falla(s) estatal(es).

Esta distinción es crucial no solamente desde un punto de vista teórico, sino (y principalmente) desde el enfoque político, sobre todo porque con relación a los casos más extremos; el margen para acciones políticas internas de carácter institucionalizador y de apoyo por parte de la ciudadanía son deseables y aún posibles, con la salvedad obviamente, de cada caso particular. Los partidos políticos juegan un papel determinante en este balance, aunque su fragilidad frente a los poderes fácticos es evidente.

Y claro está, existe el riesgo de padecer un fracaso parcial, en el que puede llegarse al colapso total, si no se contiene el proceso de deterioro de la estatalidad.

LA CICIG Y LOS CIACS

Ejemplos concretos de estos comportamientos de los poderes ocultos mencionados, (CIACS), son las maniobras ampliamente descritas por los medios de comunicación, para asegurar subrepticamente el control en la designación de autoridades: magistrados a la Corte Suprema de Justicia, de la Salas de Apelaciones; de la Corte de Constitucionalidad, los magistrados al Tribunal Supremo Electoral, la injerencia mafiosa en el control del

Ministerio Público, a través de maniobras para intervenir en la designación del Fiscal general, así como en la designación del titular de la Contraloría General de Cuentas y los demás entes institucionales vinculados al control del presupuesto nacional, del lavado de activos y en su caso del financiamiento ilegal de los partidos políticos y de las campañas electorales.

A esa fenomenología, se suma ahora la guerra contra el narcotráfico, que ha emprendido el gobierno de México con el apoyo del gobierno y la agencias gubernamentales de los Estados Unidos, la cual ha devenido en un callejón aparentemente sin salida, produciendo un efecto colateral que involucra a el triángulo norte de Centroamérica, como retaguardia estratégica de los carteles mexicanos, agudizando las contradicciones internas ya mencionadas, al servirse de ellas para su consolidación y expansión, todo esto agravado por la creciente corriente migratoria ilegal.

LA IMPUNIDAD ESTRUCTURAL

Otro elemento a considerar en esta crisis es que la estructura centralizadora interna que cohesionaba el antiguo bloque en el poder, el cual se materializaba en el centro de control de los servicios de inteligencia militar, se desarticula al final del conflicto armado, entre 1978 y 2000, y de los cual surgen los grupos ya mencionados, produciendo como efecto un proceso mediante el cual los distintos grupo orgánicos del crimen organizado, focalizan su estrategia en el control de instituciones claves del Estado, conscientes de que por este proceso de desarticulación del poder, este ya no reside en la fuerza militar, ni en el aparato de inteligencia como tales, sino en redes horizontales clandestinas de intereses criminales, basadas en las distintas formas de organización bajo expresiones tanto de poder empresarial, político y militar, desarrollando una estrategia de cooptación institucional tanto pública como privada. Son los Cuerpos Ilegales y

Aparatos Clandestinos de Seguridad (CIACS), agente de cultivo del estado parcialmente fracasado, su hábitat natural.

Por lo tanto, fue a la sombra de la guerra como surgieron esas grandes redes ilegales, como una estructura paralela al poder del Estado, las cuales tuvieron sus orígenes en las condiciones generadas por el conflicto armado, por la necesidad de controlar fronteras y puertos, migración, aduanas y espionaje de personas, además para gestionar fondos para el sostenimiento de la guerra, lo cual se consolida a través de la instrumentalización con fines particulares de las estructuras de inteligencia militar y de partidos políticos, redes las cuales defienden sus intereses a base de contaminar o corromper el sistema institucional legal, con la consecuente corrupción del aparato político, cerrando el círculo vicioso que indica que no hay mafias sin políticos corruptos.

En cuanto a la forma de operación de estos grupos vinculados al ex bloque contrainsurgente, su organización se asemeja a múltiples empresas corporativas, con distintas ramificaciones públicas y privadas, lo que da origen a una compleja estructura ilegal que se ha venido denominando como Poder Paralelo operados por los poderes ocultos: Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad, (CIACS), motivo de la intervención de la ONU, a través de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, CICIG, instalada en el año 2006.

A raíz de la firma de la paz, se evidenció una escisión en las estructuras de inteligencia militar, que genera como resultado una desconcentración del aparato de inteligencia, situación que produce que cada centro o grupo corporativo, económico y/o mafioso, tiene su centro de inteligencia propio, lo cual se traduce en una pugna por el poder político real entre esos distintos grupos, especialmente en busca de captar los contratos financiados con fondos públicos. En tanto, el gobierno, en especial el

Organismo Ejecutivo, se ve desprovisto de un aparato propio e institucional de inteligencia, a partir de la disolución del Estado Mayor Presidencial, ampliamente comprometido con las actividades ilegales del pasado y descalificado por ello.

Las ganancias de esos grupo mafiosos en los años recientes son estimadas en treinta mil millones de dólares al año. Para coadyuvar con el Estado para combatir estas redes se creó por parte de las agencias del gobierno de los EE. UU, bajo las administraciones demócratas, como ya se apuntó, la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, (CICIG), la cual ha realizado avances paradigmáticos en la investigación criminal de estas redes, mediante casos como el del saqueo de los fondos del Ministerio de la Defensa, en el cual se implicó al ex Presidente Portillo; el complejo y revelador caso Rosenberg; el asesinato de los diputados salvadoreños al PARLACEN, (aún muy controversial) y el asesinato de los capos colombianos de la droga en la cárcel de Pavón en 2006, que implicó al Ministro de Gobernación, al Director y al Subdirector de la Policía Nacional Civil y al siniestro experto venezolano, Víctor Rivera, “Zacarías”, quién fue asesinado en 2008.

Actualmente, desde el año 2015 y bajo la dirección del fiscal colombiano Iván Velásquez, la CICIG hace historia al producir investigaciones judiciales que penetran en lo más profundo del sistema de impunidad estructural de las élites ya mencionadas, dejando al descubierto el contubernio, entre el sistema judicial, el sistema de partidos políticos y las élites militar y empresarial.

Nunca antes, y como resultado del accionar de la CICIG y de un Ministerio Público refuncionalizado por ella, dedicado a cumplir cabalmente con sus funciones, las estructuras de la impunidad estructural y de la corrupción

pública y privada habían sido objeto de una proceso de investigación tan amplio y tan profundo.

Se sugiere que la poca actuación en el pasado de las autoridades en casos paradigmáticos como los actuales procesamientos judiciales por lavado de activos, fraude fiscal y soborno de diferentes dirigentes políticos, empresariales y militares, deriva de la intromisión o contaminación del sistema institucional de control ilegal, integrados por entes de la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT) la Intendencia de Verificación Especial (IVE) de la Superintendencia de Bancos y la misma Junta Monetaria, por parte de estos poderes paralelos. Su efecto es paralizar o manipular el sistema institucional, lo que ha expresado una planificación estratégica exitosa desde la perspectiva de sus intereses ilegales.

Este complejo fenómeno, desarrollado a lo largo de cuarenta años, constituye el telón de fondo que explica la instalación de esta fenomenología de impunidad estructural, que ha corroído la confianza de los ciudadanos en el imperio de la ley, en la eficacia del Estado para garantizar la seguridad ciudadana y finalmente en la autonomía y representatividad de los partidos políticos, afectando gravemente el centro de gravedad del sistema político de Guatemala, como es el Congreso de la República, por su importante función legisladora y su acción contralora de los balances y contrapesos en el ejercicio del poder público.

LAS CRISIS ANUNCIADAS DE LA INTERVENCIÓN DE LA CICIG Y SU TRASCENDENCIA

El desarrollo de la actividad de la CICIG, enmarcada en el convenio suscrito el 12 de diciembre del año 2006, entre el gobierno del Estado de Guatemala y la Organización de las naciones Unidas, con el patrocinio del gobierno de los Estados Unidos de América y la participación activa de los

países amigos de Guatemala, donantes del programa, como era de esperarse ha tenido grandes vaivenes.

De la gestión del Comisionado español Castresana, a la del costarricense Dall'Anese, se produjeron cambios en temas, tiempos y velocidades, como ya se apuntó. Durante la gestión de este último se produjo el primer embate en contra de la Comisión, cuando los sectores entonces afectados, apoyados en aliados abiertos y encubiertos plantearon en el año 2012 que la CICIG había fracasado y que se preparaba su cancelación.

Luego, la crisis del 2018 no es evento nuevo, ni será el último. El examen cuidadoso de las principales características que la rodean, permite extraer conclusiones esclarecedoras, en el siguiente orden:

1. La CICIG es el producto de un largo e intenso cabildeo de actores guatemaltecos de diversa pertenencia, todos vinculados a la discusión y aprobación de los Acuerdos de Paz, a la firma de la Paz en 1996 y al seguimiento de sus principales desafíos.
2. Ese cabildeo se produce especialmente ante las autoridades de los gobiernos de los EE. UU. entre los años 2000 y 2007, abarcando administraciones demócratas y republicanas con significativos efectos positivos. Los interlocutores institucionales más importantes en los EE. UU., han sido siempre el Departamento de Estado y los círculos partidarios del Congreso Federal.
3. En la parte guatemalteca participaron activamente figuras muy respetadas de los ámbitos político, académico y ciudadano de Guatemala, pertenecientes a diferentes partidos y a diferentes tendencias políticas, con el respaldo de las iglesias, de sectores

empresariales y de organizaciones multiculturales de la base social del país.

4. Se ha coincidido ampliamente en identificar como variables dominantes generales del escenario fundacional de la CICIG, temas relacionados directamente con el fortalecimiento de la institucionalidad democrática, la política universal de Derechos Humanos, el robustecimiento de la gobernabilidad, el reforzamiento de la eficiencia del sistema de Justicia y el combate a la corrupción y la impunidad.
5. Como temas estratégicos de interés de las partes involucradas se mencionan: los efectos peligrosos que ejercen sobre temas de seguridad nacional y regional, la pobreza y la desigualdad, así como la corrupción y la impunidad, especialmente sobre el mantenimiento de la funcionalidad del Estado de Guatemala en el cumplimiento de los compromisos que ha asumido en las materias expuestas en el numeral anterior, tanto en procesos internos como los Acuerdos de Paz, así como en diferentes instrumentos internacionales, especialmente en temas de transparencia y gobernabilidad, flujos financieros y delitos de lesa humanidad.
6. La CICG es el producto de un largo esfuerzo por encontrar instrumentos idóneos para conjuntar los esfuerzos de los Estado interesados, para promover intereses comunes vitales.
7. La CICIG cuenta con el respaldo de los países miembros de la ONU, de la OEA, del sistema bipartidista de los EE. UU., e internamente del diálogo multicultural de Guatemala, así como de los otros dos países involucrados en la problemáticas del llamado Triángulo Norte.

8. La experiencia de la CIGG, institución única en su género en el mundo, es seguida con interés por la comunidad internacional. Sus resultados constituyen un acervo transcendental para orientar los esfuerzos para concretar un nuevo orden político mundial, que garantice la paz, el progreso y la comunidad de metas a escala universal.
9. Son normales los flujos y reflujos en la dinámica institucional de la CIGG. Están involucrados factores nacionales e internacionales de diferente orden y magnitud. Su funcionamiento y resultados afectan temas de seguridad nacional de los EE. UU.
10. Como todo ente institucional complejo, la CIGG está sujeta a cambios y reajustes que garanticen sobre todas las cosas su eficiencia, especialmente en cuanto a sus fines estratégicos y de largo plazo.

CONCLUSION PROVISIONAL

La crisis actual de la CIGG, tiene tres interpretaciones, de las cuales se desprenden tres escenarios alternativos de salida:

- a) La de sectores del gobierno de Guatemala y de las élites guatemaltecas coludidas con los CIACS, que lo controlan, que proponen falazmente que la CIGG lesiona la soberanía del Estado, argumentando que ya es tiempo del cese de sus funciones, ya que la transferencia de capacidades ya se produjo al sistema de Justicia y que por lo tanto es oportuno darle fin a la existencia de la Comisión.
- b) La de las diversas organizaciones de la sociedad civil guatemalteca que afirman la necesidad de mantener y fortalecer a la CIGG en su formato actual y ratificar a su actual Comisionado, dado que los progresos del proceso son aún muy endeble institucionalmente, en

especial por los graves vicios que persisten en el sistema de justicia y en el sistema electoral y de partidos políticos, con la persistencia de los CIACS, ahora enquistado en el poder Ejecutivo.

- c) La del Departamento de Estado del gobierno de los EE. UU. que se decanta por reformar el formato de la CICIG, en orden a aumentar su eficiencia e introducir mecanismos de transparencia institucional, como fórmula para aplacar la ira de las elites involucradas en las investigaciones en curso.

Las recientes declaraciones del Embajador de Guatemala en la ONU, confirman esta última posición, afirmando que lo declarado por el portavoz del Departamento de Estado, con motivo del reciente intercambio de mensajes entre esa autoridad federal y el gobierno de Guatemala, en el cual se adelantan los términos expresados en esta literal, no corresponden a la solicitud efectuada por el gobierno de Guatemala, contenida en la literal a) y que contiene las inconformidades del gobierno, reflejando el profundo malestar de los CIACS locales, sometidos a investigaciones, procesos judiciales y demás sanciones legales.

DE LA SOBERANÍA NACIONAL (A PROPÓSITO DE LA CICIG)

Víctor Manuel Valverth Morales*

*La soberanía es al Estado
como la dignidad
es a la persona humana.
No puede concebirse
uno sin la otra.*

Es una discusión frecuente en el ámbito nacional y más habitual entre personas ajenas a la ciencia y a la academia, sobre si la participación de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala –CICIG- responde o no a los intereses soberanos de Guatemala. Es decir, hay quienes creen que viola la soberanía nacional y otros que aseguran lo contrario.

Sobre el concepto de soberanía se pueden escribir tratados completos pero podemos resumir para efectos de la presente posición tres

posturas: 1. Hay quienes creen que el concepto no ha variado desde su “invención” con Jean Bodin según el cual Soberanía es un poder absoluto y perpetuo, limitado únicamente por las restricciones de los gobernantes. Thomas Hobbes decía al respecto que la soberanía la tenía el rey pero no era otorgada por Dios sino por los hombres, en contraposición con la posición medioeval que le daba origen divino. Fue Juan Jacobo Rousseau quien postuló que la soberanía reside originalmente en el pueblo, tal como se sostiene hoy en día.

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

Las características del poder soberano son la supremacía del poder y la potestad para definir su propia competencia. Como sea, es hoy de interés general desentrañar el significado actual del concepto cuyo estudio es de relevante complejidad toda vez que fenómenos como la globalización y la irrupción de organismos internacionales que ejercen competencias soberanas delegadas por los Estados le agregan elementos que hace unos siglos, cuando se configuró como atributo del Estado, no existían con la amplitud y la intensidad actual.

Cada vez que el Estado suscribe convenios y tratados internacionales en que delega en Organismos multilaterales funciones propias de los Estados, está haciendo una transferencia de competencias y la discusión se centra si esa transferencia significa una disminución de la soberanía del Estado, por una parte, o si, por lo contrario, la sola suscripción y ratificación del tratado se hace en ejercicio de su soberanía y, por tanto, se habrá de entender que no

hay disminución alguna ni mucho menos transferencia porque los Organismo internacionales no gozan del atributo de la Soberanía que es exclusivo de los Estados. De ahí que se infiere que la soberanía no puede fraccionarse como para que se pueda ceder parte de ella y conservar otra parte.

No se trata de una materia en que se pueda arribar a conclusiones terminantes, invariables, eternas, inamovibles, absolutas. Aquí Se trata de un concepto definido provisionalmente o, mejor dicho, sus manifestaciones, su volumen, su peso, su permanencia no puede sostenerse. Es como bañarse dos veces en el mismo río. No se puede –desde Heráclito-. Por eso no podemos asegurar que la soberanía sea un concepto fijo invariable en el tiempo y absoluto porque siempre aparecen interrogantes que nos obligan a dudar de ello: ¿Hay Estados más soberanos que otros? ¿Se puede medir la soberanía? ¿Se puede, acaso, fragmentar como para afirmar que un Estado “cedió” parte de su soberanía para poder entrar en un organismo

internacional? O, vale preguntarse si el peso específico de la soberanía (¿pesa?) de un Estado es mayor que la de otro; o, acaso ¿depende del poder bélico o del poder económico de un Estado?

Al respecto debemos establecer que ni el poder económico o la capacidad coercitiva derivada de su fuerza militar hace que un Estado sea “más soberano” que otro pues de lo contrario tendríamos soberanías de primero, segundo, tercero, etc. grados. (Que en la práctica haya Estados que tienen preeminencias especiales en Naciones Unidas, como por ejemplo el poder de veto en el Consejo de Seguridad, es cuestión ajena a esta lucubración filosófica).

Todas esas preguntas son válidas y muy probablemente según sea el enfoque la respuesta resulte ser distinta. En ese sentido podemos intuir desde ya que las respuestas que los investigadores han encontrado a estos problemas, son todas válidas, siempre y cuando las sepan argumentar apropiadamente y estén revestidas de datos que les den sustento o, al menos, de sentido

común o de razonamientos persuasivos.

Desde los orígenes del concepto Soberanía hasta nuestros días podemos apreciar cambios en las relaciones entre Estados y entre éstos y los organismos internacionales, así como, en lo interno, entre los Estados y los grupos de interés que tienen incidencia en las decisiones políticas que otrora se reservaban únicamente al “Soberano”.

La definición de Soberanía, no corresponde a lo que significó en sus orígenes debido, no solo al paso del tiempo sino a la irrupción de otros actores en el contexto internacional (los organismos internacionales, básicamente) y la disputa de espacios políticos, a nivel interno entre sectores que compiten con el Estado en acumulación de poder y pretenden dictar, en su beneficio, las políticas de los poderes públicos.

De esa cuenta, en la consideración de su significado debemos tener en cuenta organismos como la Organización de las Naciones

Unidas, la Organización de los Estados Americanos, entre otros, así como de disposiciones legislativas vigentes en los Estados por la vía de la recepción, que contemplan, asimismo, la creación y funcionamiento de órganos que, en pocas palabras, ejercitan funciones otrora reservados a los Estados, lo que abre la discusión de si éstos delegan funciones y, con ellas, parte de su Soberanía, o si esa delegación no afecta el poder estatal ni en su enfoque interno ni externo. Ejemplos: La Corte Penal Internacional, la Corte Internacional de Justicia o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La discusión sobre si la Soberanía es única, indelegable, indivisible y, por tanto, conservada por los Estados aun en sus relaciones de interdependencia con otras potencias, o si se ha fracturado por esa misma dinámica, es una discusión no concluida y el problema sigue vigente. Tan vigente que quienes creen que Guatemala debe prescindir del apoyo de la CICIG alegan que se

está violentando la soberanía, aunque no hacen consideración alguna sobre si un Estado permisivo a la corrupción y la impunidad puede considerarse un Estado soberano plenamente o si padece de soberanas dolencias antisoberanas que le ponen en peligro de convertirse en un Estado fracasado o, peor, en un Estado fallido.

Un Estado afectado masivamente por el fenómeno de la corrupción está amenazado en su propia supervivencia y, por tanto, está amenazada su propia soberanía por lo que cualquier esfuerzo soberano para sanearlo debe ser fomentado y celebrado antes que lamentado. Los lamentos de “pérdida de soberanía” son expresiones hipócritas que solamente pretenden mantener el estado de cosas en que unos medran con los bienes públicos impunemente y cualquier esfuerzo por impedirlo les parece amenazante y por tanto “antisoberano”.

Para el efecto de estas líneas podemos afirmar que cada convenio, cada tratado, pacto,

convención, etcétera que un Estado suscribe con otros Estados o con Organismos Internacionales, lo hace en ejercicio pleno de su soberanía y lo que puede ceder son funciones o competencias y no necesariamente ceder soberanía, porque a la fecha no se ha demostrado que la soberanía se pueda dividir, pesar o medir como para afirmar que un Estado ha “cedido” parte de ella lo que lo podría convertir solo parcialmente en un Estado y esto último no tiene ningún sentido.

Más si se trata de un acuerdo como el que dio vida a la CICIG, en que el Estado de Guatemala le dio al ente facultades para ciertas intervenciones en apoyo a la lucha contra la impunidad en el país (de ahí su nombre) y luego aparecen sus detractores alegando que eso significa “injerencia”. Claro que es injerencia porque para eso fue creado en órgano.

Pero no alegan injerencia de la FIFA en materia de deporte, o del Comité Olímpico Internacional. Recientemente hasta consultaron al primero de estos organismos sobre

qué tipo de reformas se requerían introducir a nuestro ordenamiento jurídico para volver a formar parte de esa comunidad futbolística.

Si queremos formar parte de una comunidad internacional y aceptamos soberanamente las reglas del juego, debemos cumplirlas so pena de ser excluidos. Vale esto para la OIT, OMC, y todos los organismos de las Naciones Unidas o de la Organización de Estados Americanos. Si queremos mantenernos en relación armoniosa con la comunidad internacional debemos atenernos a las reglas del juego de las cuales soberanamente hemos participado en su definición. No es que luego tengamos que emitir lamentos de injerencia extranjera y otras tonterías.

Para el caso de la CICIG, si fue creada esta comisión por decisión soberana del Estado de Guatemala y entre sus atribuciones estaría la de “injerir” en investigaciones en apoyo a los órganos del sector justicia, ¿cuál es la queja?

REFLEXIONES SOBRE LOS VALORES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GUATEMALA

*René Arturo Villegas Lara**

1. Explicación preliminar

Hace ya más de 70 años, la Editorial Bosch de Barcelona (1947), publicó un repertorio escrito por el profesor Jaime Mans Pruigarnau, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, en donde desarrolla el tema de los principios generales del derecho, así como las reglas, máximas y aforismos que son propios en la interpretación y aplicación jurisprudencial de las normas jurídicas y que también se utilizan en el campo de la doctrina jurídica. En este ensayo nos referiremos al tema de los valores y los principios esenciales del

derecho, los que provocan agudas contradicciones en la doctrina jurídica actual, especialmente en materia de derecho constitucional, pues, por ser una materia fundamental, su comprensión y efectos irradian a todas las ramas de un ordenamiento jurídico: civil, mercantil, administrativo, procesal, laboral, etc., ya que es aceptada la tesis de que todo el derecho, en cada una de sus expresiones o ramas especializadas, se encuentran “constitucionalizadas”.

Dice Mans Pruigarnau, que Francisco Bacon recordaba en su aforismo IX, que “...son dos las causas de incertidumbre en 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.

aplicación de la ley: primera, las lagunas de ésta, o sea la insuficiencia legal; segunda, los textos ambiguos u oscuros.”(1947: IX) Las lagunas, como ya se ha estudiado en nuestro texto de teoría General del Derecho, se colman resolviendo la insuficiencia con otras normas existentes para casos similares en su esencia; y la ambigüedad u oscuridad, se solucionan mediante la interpretación que hace el juez para aclarar su sentido, indicando cómo debe entenderse el sentido de las oscuridades o dudas contenida en la ley.

Los dos señalamientos que hace Bacon, son comunes en todo ordenamiento jurídico, pues, es una constante que quien formula las normas no está en posibilidad de preverlo todo; o bien la realidad cambia más rápido que la ley; o la construcción literal no es del todo clara y las normas pueden volverse complicadas al momento de interpretarlas. Al darse estas dificultades de entender un texto legal, en todo ordenamiento está prevista la prelación de fuentes a las

que podemos recurrir para llenar las llamadas lagunas de la ley o aclarar sus pasajes ambiguos u oscuros. Ambigua es una norma que puede dárseles diversos significados, sin que haya seguridad en la interpretación a que se llega; y, la oscuridad normativa es la ausencia de un texto claro para su correcto entendimiento. En todo caso, las omisiones, las ambigüedades y las oscuridades o las ineficiencia de las que adolezca una ley, son una negación del valor seguridad jurídica, pues un ordenamiento legal debe ser lo más completo posible y fácil de entender.

¿Cómo tiene previsto el sistema jurídico de Guatemala, la solución de las lagunas, de las ambigüedades, de las oscuridades o de las insuficiencias de la ley? Como enseña la doctrina, sobre todo en la Teoría Ecológica, del filósofo argentino Carlos Cossio, es esencia de la conducta ontológica del juez o del mismo ser de su función, resolver cualquier conflicto jurídico de intereses que se le presente, aun en el caso de que

las normas que detecta como aplicables al caso sean ambiguas, obscuras, insuficiente o, en el caso extremo, que no haya norma, pues no resolver lo sujetaría a incurrir en denegación de justicia (Artículo 15 Ley del Organismo Judicial), de manera que el ejercicio de su función deviene en un deber de la misma función del juez. ¿A qué fuente hay que recurrir en estas situaciones dificultosas de interpretar, de comprender o de integrar el orden jurídico? En nuestro ordenamiento, el artículo 10 de la misma ley antes citada, establece lo que en la doctrina se le conoce como “norma de clausura”, pues con ella el ordenamiento adquiere su plenitud, se cierra, o sea que ya no tiene ni lagunas ni obscuridades ni ambigüedades ni insuficiencias, pues, esta norma las hace desaparecer. Por eso se ha repetido en la doctrina que en el caso de las lagunas, éstas son de la ley y no del derecho como ordenamiento jurídico total y como ciencia general del derecho, ya que existen, en su conjunto, los recursos normativos que

consolidan la plenitud o completitud normativa. El citado artículo 10, que debe leerse en concordancia con el artículo 15, dice en su párrafo segundo:

“El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo al orden siguiente:

- a) A la finalidad y al espíritu de la misma;
- b) A la historia fidedigna de su institución;
- c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;
- d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

A la norma transcrita, que hace alusión a los principios generales del derecho como fuente de interpretación, debe agregarse y tomarse en cuenta el contenido del artículo 51 de la misma ley del Organismo Judicial, en donde se dice que: “...el Organismo Judicial imparte justicia conforme la

Constitución Política de la República y los valores y normas del ordenamiento jurídico del país.”

Resaltamos los términos principios generales del derecho y los valores, para evidenciar que el tema que desarrollamos en este ensayo no es ajeno al ordenamiento jurídico de Guatemala. Y es importante discutirlo a nivel teórico, porque la doctrina actual pone mucho énfasis en los valores y en los principios y les asigna un rol importante en materia interpretativa; y, en el caso de los principios, se le atribuye al intérprete la facultad de inferir el que permite conseguir soluciones justas, sobre todo cuando no están positivados, es decir, no están contemplados en la ley de manera expresa, pues son de naturaleza extra-normativa. Por esa polémica existente en la doctrina, es que en este ensayo trataré de explicar las posiciones de autores que en la teoría, especialmente constitucional y en la teoría del derecho, sostienen posiciones negativas o positivas con respecto al papel de los valores y los principios en la interpretación del

derecho, que es la eterna polémica entre los partidarios del derecho natural y los partidarios del positivismo jurídico.

2. Los valores jurídicos

Para identificar a los valores en la axiología, a estos entes se les conoce únicamente con ese término: valores. En cambio, a los principios se les agrega el calificativo de “generales” y así se les ha identificado en casi toda la historia de la formación de la ciencia del derecho. En esta exposición, primero trataremos el tema de los valores; y luego, el de los principios.

El maestro mexicano Eduardo García Máynez dice con respecto a los valores jurídicos, lo siguiente:

...el derecho es un orden concreto, creado para la realización de valores colectivos, cuyas normas-integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible-son sancionadas y, en caso necesario, aplicadas o impuestas, por la organización que determina las condiciones y los límites de la fuerza obligatoria...

Cuando se asevera que el derecho ha sido instituido para el logro de valores, con ello se indica- en lo que al mismo atañe un elemento estructural de todos los órdenes: su finalidad. Este elemento pertenece a la esencia de lo jurídico, ya que no podríamos llamar derecho a un orden no orientado hacia valores como la justicia, la seguridad y el bien común, para no mencionar ahora sino los fundamentales”. (1974:414)

La filosofía en general, tiene una rama conocida como “axiología”, en la que trata y estudia los valores que rigen las finalidades que deben tenerse en cuenta para juzgar toda relación de conducta de los seres humanos. De la misma manera, la filosofía del derecho tiene también una rama que estudia los valores que debe realizar el derecho para estimar como valiosa una conducta jurídica, siempre que sus fines y propósitos estén de acuerdo con los valores contenidos en la ley o en los que la ciencia jurídica tipifica como valores jurídicos; es decir, los que los seres humanos, en sus relaciones intersubjetivas, deben observar y cumplir como fines del orden jurídico.

Los valores más conocidos, o fundamentales como les denomina García Máynez, son la justicia, la seguridad y el bien común; pero, hay teorías que agregan otros, como “la adecuación al fin”, según Gustavo Radbruch; o la paz, el orden, la solidaridad, el poder y la cooperación, que enuncia el jurista y filósofo argentino Carlos Cossio. A lo anterior, habría que sumar como valores la vida, la libertad y el desarrollo integral de la persona, según el contenido literal del artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Este artículo es muy especial porque agrega dos valores que también son fundamentales: la vida y la libertad.

En la doctrina se afirma que los valores jurídicos sufren de una polarización, pues, frente a un determinado valor se da su correspondiente antivalor. Así, el bien común tendría como antivalor el egoísmo individual; el valor seguridad tendría como antivalor la no certeza de la ley; al valor justicia se le opondría la injusticia; a la paz se le opondría la discordia; y así,

siempre un valor tendrá su oponente negativo: su antivalor, idea que también encontramos en los textos del jurista español, Manuel Atienza.

García Máynez, en su obra *Filosofía del Derecho*, destina el último capítulo a desarrollar el tema de la axiología jurídica y los problemas axiológicos. En éste nos dice que respecto a los valores, hay dos posiciones: la subjetivista y la objetivista. La subjetivista es sostenida por el filósofo español, José Ortega y Gasset, quien, citado por García Máynez, la explica así:

Las cosas no son por sí valiosas. Todo valor se origina en una valoración previa, y esta consiste en una concesión de dignidad y rango que hace el sujeto a las cosas según el placer o el enojo que le causan (1974:p.p.420-421)

Esta posición subjetivista, a mi entender, no es convincente para explicar los valores jurídicos, porque su realización dependería de la apreciación del sujeto que valora, y así, su realización en actos concretos de la conducta jurídica sería relativa. Sobre el subjetivismo axiológico, el filósofo

argentino, Risieri Frondizi, también citado por García Máynez, dice:

“El subjetivismo tiene razón al afirmar que no puede separarse enteramente el valor de la valoración, pero yerra al pretender reducir el valor a la valoración” (1974:436)

Contrariamente al subjetivismo axiológico, encontramos el objetivismo axiológico, que es la posición que sostienen los filósofos Max Scheler y Nicolai Hartmann. Según esta posición los valores existen en sí y por sí, independientemente de todo acto de estimación o de conocimiento del sujeto, porque se han objetivado. De allí el nombre de esta posición: objetivismo axiológico, pues, la existencia de los valores no depende del sujeto que valora y son independientes de la apreciación subjetiva. A mi entender, los valores funcionan como los imperativos categóricos de Kant.

Los valores son muy importantes y necesarios cuando se interpretan

las leyes al momento de resolver un caso concreto. Por eso el jurista alemán Karl Larenz, al calificar al derecho como un pensamiento orientado a valores, dice:

Al interpretar las leyes (con vistas a la resolución de “casos jurídicos”) no puede pasarse por alto que no se trata de enunciados cualesquiera, sino de prescripciones que han de obedecerse, de pautas de juicio prescritas, brevemente: de normas. El legislador que promulga una ley... se deja guiar al respecto por ciertas intenciones reguladoras y por consideraciones de justicia o de oportunidad, a las que en último término subyacen ciertas valoraciones... Por ello, “comprender” una norma jurídica exige descubrir la valoración en ella decretada y su alcance. (1994:203)

Centrándonos en el problema de los valores jurídicos, García Máynez, dice:

En lo que atañe... a los valores jurídicos, que es lo que nos interesa...hay que percatarse de un hecho indiscutible: la llamada pretensión absoluta de validez de los ordenamientos legales, que presupone dos cosas: a) por un lado, que cada uno de ellos se basa en un trasfondo axiológico y una idea del derecho en buena parte determinante del contenido de sus normas; b) por otro lado, que-

independientemente del mayor o menor valor de éstas, la índole misma de la regulación jurídica y, sobre todo, su carácter coercible, implican la necesidad-para los órganos del poder público-el sostener que la fuerza obligatoria de los ordenamientos vigentes no depende en ningún caso del parecer de los particulares sobre la validez o carencia de validez intrínsecas de esos ordenamientos. (1974:438)

Partiendo de la importancia y justificación de la presencia de los valores jurídicos en la vida del derecho, siempre ha existido la polémica sobre su existencia y consistencia. Los seguidores del derecho natural los defienden, mientras que los positivistas los niegan. Los iusnaturalistas afirman que más allá del texto legal, existe un derecho natural de la persona humana que debe prevalecer al momento de resolver un conflicto de intereses. Esta idea viene del pensamiento filosófico de los griegos, desde los sofistas, cuya expresión la encontramos en la tragedia *Antígona*, de Sófocles, pues ella argumenta ante una prohibición del rey de sepultar a su hermano, que hay un derecho de los dioses más allá del de los hombres

y que es a ese derecho divino al que debe obedecer. Por el contrario, los positivistas afirman que toda norma, para que tenga la fuerza necesaria de imponerse a la voluntad de los destinatarios, debe estar contenida expresamente en una norma jurídica válida y emitida por la autoridad facultada para ello y que además sea coercible. Por eso sus seguidores son conocidos como “normativistas”, que es el caso de Kelsen y Bobbio, por ejemplo. Incluso, algunos teóricos que militan en la corriente del positivismo, aceptan la consistencia y necesidad de los valores, siempre que consten en el texto legal, corriente que se le denomina “positivismo incluyente”. Contrariamente, está el positivismo excluyente, que sigue defendiendo la posición de negar los valores jurídicos, pues, el positivismo parte de la tesis de que la supuesta realidad de los valores es una concepción metafísica que no tienen ninguna expresión real, no es comprobable, ya que los únicos objetos reales en los que se da la concreción del derecho es en

las normas que emite la autoridad. Respecto a esta contradicción, tengo la opinión de que debe buscarse una idea que convine las dos posiciones y la fundamento en la realidad teórica y la misma realidad del derecho positivo. Hay una frase de Anatole France, citado por Ortega y Gasset en *La Rebelión de las Masas*, en la que afirma que es más funesto un malvado que a un necio, porque el malvado a veces descansa, mientras que el necio, jamás. Pienso que insistir en negar los valores, ya sea que estén o no, contenidos en la ley, no excluye su existencia en la conciencia y en el sentimiento humano, pues no puede negárseles la categoría que tienen en la axiología jurídica, estén o no estén expresados en la ley; además, son parte de la cultura de las relaciones sociales. En la corriente actual conocida como “neoconstitucionalismo”, que algunos autores la califican como un constitucionalismo renovado, se les defiende porque dan protección a los derechos fundamentales. ¿Acaso el garantismo de Ferrajolli,

un positivista, no es en provecho de los derechos fundamentales, especialmente en el campo del derecho penal? Sin embargo, la polémica continúa: los iusnaturalistas juzgando como necesaria la conexión del derecho positivo con la moral, mientras los positivistas aislando al derecho de la moral y de los principios. Arrinconado queda el consejo del justo medio aristotélico, que significa el equilibrio necesario en las cosas del espíritu y en las cosas de la realidad. En esta línea de pensamiento, el jurista José Luís Godensi Alegre, en una monografía sobre el tema “Los principios jurídicos, la historia inconclusa de una convicción”, dice:

A partir de la segunda guerra mundial, el panorama del pensamiento jurídico, especialmente en Europa y América Latina, ha variado y a mi juicio en favor del Derecho Natural, sobre todo con la corriente llamada “Neoconstitucionalismo”, al grado de que en la doctrina jurídica italiana se dice que este paradigma es una renacer del derecho natural, pues uno de sus estandartes es el uso de principios y normas morales en la solución de conflictos y que el

juez debe utilizar en sus resoluciones. De esta idea se nutre el Derecho Constitucional actual, el que, al ser la base de todo el ordenamiento jurídico, el derecho ordinario (debe) debe interpretarse conforme a los postulados constitucionales. Y si a eso se agrega la existencia de una serie de tratados y convenios de Derechos humanos, de inspiración iusnaturalista, que los jueces están obligados a aplicar en la solución de controversias, los principios son de necesaria vigencia y positividad en la experiencia jurídica” (p. 9)

En nuestro sistema jurídico, ya lo he dicho en otras ocasiones, debe recurrirse a los valores en la administración de justicia, porque el artículo 51 de la Ley del Organismo Judicial, se establece que este ente del Estado, en el ejercicio de la soberanía que le ha sido delegada por el pueblo, imparte justicia de conformidad con la Constitución de la República y los valores y normas del ordenamiento jurídico del país, además de la previsión de recurrir a los principios generales del derecho en la tarea de interpretar la ley.

2.1. Los valores en nuestro derecho positivo

¿En qué norma, regla o precepto jurídico encontramos los valores jurídicos? Dada la generalidad de la previsión del artículo 51 de la Ley del Organismo Judicial, debemos recurrir al Preámbulo y a los artículos 1 y 2 de la Constitución Política de la República, pues en estas normas constitucionales se encuentran los valores jurídicos que informan y le dan sustento a los fines del ordenamiento jurídico nacional.

2.1.1. El preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución.

Si el ordenamiento jurídico sólo contara con el artículo 51 de la Ley del Organismo Judicial, en donde se establece que en la impartición de la justicia se tomarán en cuenta los valores, dicho de manera genérica, el juzgador confrontaría el problema de no saber a qué valores se refiere esa norma, y sólo le quedaría el recurso de consultar la axiología jurídica, para informarse a qué valores se refiere el citado artículo 51. Sin embargo,

para la certeza de nuestro sistema, el preámbulo de la Constitución y sus artículos 1 y 2 los identifica plenamente.

El preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, al que la Corte de Constitucionalidad estima que no tiene efectos normativos, se advierte que éste es la guía filosófica de todo el ordenamiento jurídico, puesto que el texto fundamental señala, entre valores y principios, los que constituyen fines esenciales del Estado. Como valores se establecen: el bien común, la seguridad, la justicia, la igualdad, la libertad y la paz; y los principios están diseminados en todo el contexto de la Constitución y en las leyes ordinarias como principios especiales. En consecuencia, estos valores, constitucionalmente, se han positivado, de manera que no pueden ser negados de manera alguna. Incluso, en diversas sentencias dictadas por dicha Corte, se asienta que esos valores constituyen el fundamento

ideológico y filosófico de nuestro régimen constitucional de derecho.

Al respecto, en la sentencia dictada el 19 de octubre de 1990, en el expediente 280-90, se lee lo siguiente:

...la Constitución es una norma que incorpora los valores y principios esenciales de la convivencia política que conforman todo el ordenamiento jurídico. Por ello, todos los poderes públicos y los habitantes del país están ligados a su imperio y el Derecho interno sometidos a su supremacía (2018: p.25)

En cuanto a los artículos 1 y 2 de la Constitución, como reglas o normas jurídicas de nuestro derechos constitucional, se reiteran los que se señalan en el preámbulo e identifican como tales, los siguientes: el bien común, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Refiriéndonos al artículo 1, aunque también debe relacionarse con el artículo 2, la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de fecha 1 de febrero del año 2012,

en los expedientes acumulados 2123-2009 y 2147-2009, resolvió:

Los valores superiores que establece la Ley Fundamental determinan el sentido y fin de la organización social, derivado de los objetivos máximos que denotan la razón de ser del Estado. En el caso de la Constitución guatemalteca, los artículos 1 y 2 contienen un conjunto de valores de especial preponderancia, como la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, la protección de la familia el desarrollo integral de la persona y el bien común los que, indudablemente, trascienden más allá de las normas específicas en que se encuentran contenidos, pudiéndose apreciar que tales valores dan sentido al conjunto de derechos que el resto de preceptos fundamentales reconoce y, por ende, justifican los límites que el texto constitucional fija a quienes detentan el poder... (2018:27)

Una particularidad de esta sentencia y que vale la pena señalar, pues lo doctrina no la identifica como valor en sentido axiológico, es la protección de la familia. Pero, estimo que la lista de valores no es cerrada, debiéndose aceptar el criterio interpretativo de la Corte, de tener a la protección de la familia como valor, que al

mismo tiempo funciona como una norma programática para el accionar del Estado, en sus políticas sociales que tiendan a cumplir ese fin.

En el caso de la seguridad jurídica, que debe entenderse como la certeza del orden normativo para que los destinatarios sepan de sus derechos y de sus obligaciones, existen muchas normas constitucionales y ordinarias que la garantizan como seguridad jurídica, relacionada con principios como el del debido proceso o tutela judicial efectiva, el de legalidad y otros más diseminados en todo el ordenamiento. La seguridad jurídica es la seguridad del régimen normativo y abarca desde la claridad de las normas, el procedimiento de su formación, la uniformidad de su interpretación, la plenitud del ordenamiento jurídico o el conocimiento de la ley. Lo anterior no significa que allí se agote el significado del término seguridad, porque también debe tenerse como tal la seguridad individual, que significa la seguridad personal de los

habitantes para proteger la vida y la integridad física de las personas individuales.

En cuanto al valor bien común, todo el accionar del Estado y de la sociedad en conjunto, deben orientarse e inspirarse en él, para el bien de la colectividad, que es la función social como tarea del Estado.

En concreto, estos tres valores, justicia, bien común y seguridad, es coincidente nuestra Constitución y la interpretación reiterada de la Corte de Constitucionalidad, con el criterio del maestro García Máynez, en el sentido de singularizarlos como fundamentales de todo ordenamiento jurídico democrático y constitucional, sin que eso signifique restarle importancia a otros valores que son también esenciales, como es de la vida y la libertad.

3. Los principios jurídicos

Las normas jurídicas, particularmente las constitucionales y las que regulan la materia de derechos humanos

contenidos en la Constitución y en los tratados y convenciones sobre derechos humanos suscritos por el Estado de Guatemala, contienen principios que pueden colisionar cuando se presentan conflictos de intereses y se dan dificultades de interpretación para resolver el caso, sobre todo en los llamados “casos difíciles”. En la actualidad, las dificultades interpretativas se resuelven con el uso de los denominados principios jurídicos. Los principios jurídicos están en el mismo origen de los ordenamientos jurídicos que pertenecen a la familia romano-germánica, conocidos también como sistemas continentales, de derecho escrito o de derecho latino. Estos sistemas vienen del derecho romano y a nosotros nos llegó con el derecho español, luego de la conquista y colonización. Tanto las instituciones del derecho privado como del derecho público, tienen como antecedente todas las regulaciones del derecho romano. Esta acotación es importante porque si algún derecho se expresó a base de reglas, principios o

máximas, es el derecho romano, al grado que muchos de ellos se siguen utilizando en las argumentaciones de los abogados y de los jueces. ¿Quién no tiene en su cartera de conocimientos del Derecho romano los famosos principios o valores que no legó el jurista Ulpiano: Vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada quien lo suyo? En el campo penal, ¿Quién no conoce la máxima de Ulpiano: es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente? o aquella máxima atribuida al jurista Marciano: “El agua corriente y el mar, por derecho natural, son comunes a todos” Y así, son innumerables estas modalidades de principios que originaron el derecho de la actualidad.

Explicar el tema de los principios es más complicado que el de los valores, por las diversas posiciones que sostienen los autores de la filosofía del derecho de la teoría general del derecho. En la ciencia jurídica actual, sobre todo en la teoría constitucional, los valores y principios constituyen

herramientas de primer orden para resolver conflictos de intereses que necesitan una solución jurídica justa, en especial en aquellos casos en que hay colisión de normas de derechos fundamentales que se sustentan en diferentes principios jurídicos y que es necesario decidir con cuál de ellos se debe dictar una resolución. La técnica de aplicación de las normas o reglas jurídicas, cuando los hechos de un caso están reflejados en los supuestos o hipótesis de la regla o norma, la concordancia entre hecho y norma es tan clara, que no presenta mayor problema la interpretación y aplicación, porque para eso se ha utilizado la “subsunción”. Diferente es el caso de la aplicación e interpretación de los principios, pues mientras con la norma lo que se hace es aplicarla o no aplicarla, en los principios, como no tienen supuestos, hay que ponderarlos y pesarlos, para decidir con cuál de ellos se obtiene una solución que realice un grado mayor de justicia. Es un confrontarlos en sus contenidos esenciales y fines, para decidir con cuál de ellos resuelvo

un conflicto de intereses jurídicos. Para la interpretación de los principios no se usa la subsunción, porque su estructura, regularmente es abierta, carece de supuestos, utilizándose entonces, la ponderación. En la doctrina constitucional encontramos renombrados autores que aceptan esta metodología interpretativa, que es el caso de Robert Alexi, prácticamente su máximo exponente; y hay quienes la niegan y rebaten, como el caso del profesor español Antonio García Amado; o sea que hay posturas afirmativas y posturas negativas con respecto a este método interpretativo de aplicación de los principios. Recordemos que, para que pueda hablarse de ponderación, es necesario que tengamos en cuenta dos principios.

3.1. Concepto de principio jurídico

¿Qué es un principio jurídico? Aristóteles, nos da un idea de lo que se considera un principio: “El principio es...la parte esencial y primera de donde proviene una cosa” (1954: Libro Quinto p.95).

Nuestro maestro del curso Derecho Procesal Civil, doctor Mario Aguirre Godoy, al respecto, dice:

...que deba entenderse por principios generales del derecho no lo dice la ley, pero se entiende que son aquellos que recoge el propio sistema jurídico, de acuerdo con su tradición y desarrollo...El problema de cuáles sean los principios generales del derecho en nuestro sistema, tiene que ser resuelto en el tiempo a través de soluciones jurisprudenciales que vaya sentando la Corte Suprema, de acuerdo con el desarrollo y transformaciones necesarias que sufre el derecho en el país (1964: pp.41-42)

Sin embargo, como la obra del maestro Aguirre Godoy, fue escrita cuando no existía un tribunal superior en materia constitucional y la doctrina sobre este tema no había tenido la elaboración y difusión actual, podemos agregar que ahora los fallos de la Corte de Constitucionalidad han ido acuñando diversos principios de naturaleza constitucional y del derecho ordinario, debiéndose agregar la abundante doctrina constitucional que trata este tema,

tanto en Europa como en América Latina.

Dentro de los esquemas jurídicos a que se refiere el maestro mexicano, Miguel Villoro Toranzo (1978:p.2439, nos dice que los principios jurídicos también son conocidos como axiomas, brocardos, aforismos o estándares jurídicos, muchos de ellos con origen en el antiguo derecho romano y que prestan un valioso auxilio en la función jurisdiccional en general. Y, en el campo del derecho constitucional, por ser la materia básica del ordenamiento jurídico y por la forma en que están redactadas las normas constitucionales, con una estructura lingüística abierta e imprecisa, sobre todo en el aspecto de los derechos humanos, como garantías individuales y como derechos humanos sociales, los principios tienen presencia esencial para resolver conflictos tanto en aplicación e interpretación de la ley fundamental y del derecho ordinario. Refiriéndose a este aspecto, sólo que en materia constitucional, el jurista mexicano

Marcos del Rosario Rodríguez, dice:

Los principios constitucionales como ejes rectores de cualquier sistema establece estándares. Sobre cómo debe actuar el Estado en razón a la responsabilidad de tutelar de modo efectivo los derechos humanos. De ahí la trascendencia de que los principios sean salvaguardados y puestos en práctica, en cualquier ámbito de la estructura constitucional. Sin principios constitucionales los sistemas jurídicos estarán a la deriva, ya que la autoridad no tendrá directrices claras sobre cómo llevar a cabo sus obligaciones, siendo la principal: la búsqueda del bienestar de toda persona y la comunidad (2016: p.263)

En honor a la terminología que se ha utilizado por muchos años, y así lo hace nuestra Ley del Organismo Judicial, se habla de principios generales del derecho, aplicables a cualquier relación jurídica en conflicto y por eso me he permitido clasificarlos en generales y especiales. En mi opinión, la característica de “generales” es porque valen para todas las ramas de un ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el principio de la no retroactividad de la ley es para toda

ley, cualquiera que sea su ámbito material. En cambio, los principios especiales como el de verdad sabida y buena fe guardada, son propios del derecho mercantil y se aplican sólo a las relaciones jurídicas mercantiles; y por eso no son generales. El principio de reserva es propio del derecho penal sustantivo y del derecho tributario: no hay delito sin ley anterior y no hay tributos si no están creados por una ley. O sea que la denominación de principios generales no excluye que haya principios especiales en cada rama del orden jurídico. En este aspecto, considero que los principios constitucionales pertenecen a los principios generales del derecho.

3.2. Diversas clases de principios

Tal como ha quedado expresado en renglones anteriores, en cuanto a la clasificación de los principios jurídicos en generales y especiales, según que se apliquen a todo el ordenamiento o a sólo una parte de él, no sería ésta la única clasificación. El maestro italiano, Ricardo Guastini, los clasifica en

expresos o implícitos. Según este autor, son expresos aquellos que explícitamente están formulados en una disposición constitucional o legislativa y que se califican como principios positivados. Y “Son implícitos, por el contrario, aquellos que están privados de disposiciones, es decir, que no están formulados en ninguna disposición constitucional o legislativa, pero que son elaborados a contruados por los intérpretes” (2011:156)

3.3. Teoría y aplicación de los principios

Cuando se tiene acceso a la reciente literatura jurídica referida a estos temas, uno se encuentra con lo complicado que es entender la esencia de un aspecto como el de los principios. Quien escribe para transmitir conocimientos, debiera recordar al filósofo español, don José Ortega y Gasset. Dice Ortega y Gasset en su libro “¿Qué es Filosofía?”:

Siempre he creído que la claridad es la cortesía del filósofo. ...Pienso que el filósofo tiene que extremar

para sí propio el rigor metódico cuando investiga y persigue sus verdades, pero que al emitirla y enunciarlas de huir del cínico uso que algunos hombres de ciencia se complacen, como Hércules de feria, en ostentar ante el público los bíceps de su tecnicismo. (1960:27)

Traslado este pensamiento orteguiano a la misión de escribir para enseñar: la primera cortesía de un maestro es ser claro. Y digo lo anterior, no como una dificultad de entendimiento, sino, porque los autores renombrados que han escrito sobre los principios, reitero, no suelen ser claros en sus exposiciones o al menos exigen releerlos y releerlos para aclarar el conocimiento que nos están transmitiendo. Los juristas y filósofos del derecho, el alemán Robert Alexi, el italiano Ricardo Guastini o el español Manuel Atienza, para citar únicamente tres, son autores que se han preocupado de explicar qué son los principios jurídicos, especialmente los de índole constitucional, y sus teorías apuntan hacia la defensa de los derechos fundamentales, entre

nosotros conocidos constitucionalmente como derechos humanos. Sus teorías tienen coincidencias y diferencias con respecto a los planteamientos de Alexi, aunque no varían sus tesis en lo esencial. Especialmente encontramos que debe diferenciarse lo que es una regla o norma jurídica, término equivalente a norma jurídica, de lo que es un principio jurídico. Para atribuirle o no al principio la categoría de norma o regla jurídica, para Guastini hay dos sentidos: si los juzgamos en un sentido fuerte, los principios no son normas; o como dirían Puig Peña y Coviello, en sus textos de derecho civil, son normas incompletas; y si los juzgamos en un sentido débil, los principios sí son normas, aunque de diferente estructura, naturaleza y forma de operar. En un caso concreto sometido al conocimiento de un juez, si existe una regla clara, precisa y los supuestos o hipótesis normativas están claramente escritas, al confrontar la regla con los hechos que juzga, el intérprete no tiene más camino que aplicarla

mediante la subsunción, que es el procedimiento tradicional de las decisiones en las que se interpreta y se aplica una norma jurídica, método que viene desde la escuela francesa de la exégesis y que consiste en encajar el hecho en lo previsto en la norma, para luego decretar la consecuencia normativa. Ahora bien, si por las características del hecho, especialmente en conflictos de normas que contienen principios de derechos fundamentales, existiendo dos normas presuntamente aplicables para encontrarle solución al caso y que colisionan en cuanto al derecho que protegen, el juez hará uso de los principios jurídicos contenidos en cada norma, los ponderará y pesará, para poder percibir con cuál de ellos se obtiene una solución con mayor grado de justicia. El juzgador utiliza su razonamiento, su argumentación, como una especie de balanza que “pesa” los principios que ha encontrado y decide con cuál de ellos puede dictar una solución que mejor realice los fines y valores del

Estado y de su ordenamiento jurídico. Decidirse por uno u otro principio, es lo que la doctrina denomina ponderación.

Alexi, para diferenciar la regla del principio, dice que los principios son “mandatos de optimización”. ¿Por qué optimización? Si buscamos el significado del término en la lengua española, el Diccionario de la Real Academia nos dice la optimización es “la propensión a juzgar y ver las cosas en su aspecto más favorable...” y optimista es quien suele ver las cosas en su aspecto más favorable. Semánticamente, entonces, es similar el significado del término en alemán y en español. Dice Alexi:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque poder ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo

de las posibilidades está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario...En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, poder ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. La regla contiene por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a la que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si solo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla. (1989:143-144).

Para entender mejor el planteamiento de Alexi, veamos nuestro texto constitucional. El artículo 185 de la Constitución establece los requisitos que deben llenar quienes aspiren a optar a los cargos y de Presidente y Vicepresidente de la República. Si el ciudadano aspirante no cumple con un requisito de los que indica dicho artículo, no puede postularse, tiene vedado ser Presidente o

Vicepresidente. Por lo tanto, esa es una regla (norma), pues las circunstancias personales del aspirante no pueden subsumirse en los supuestos del artículo 185. En cambio, casi todos los artículos de la parte dogmática, y sucede también en artículos de la parte orgánica, contienen principios que puede colisionar en casos de la vida real, cuando se enfrentan dos normas que sustentan principios diferentes y pareciera que ambas pueden ser aplicables. Entonces habría que ponderar y pesar. O sea que en la Constitución hay artículos que se interpretan y aplican con la subsunción y otros con la ponderación, cuando sus principios, los que contiene cada norma, no concilian. Si en un hecho real entrara en conflicto el principio de la intimidad con el principio de la libertad de prensa o de pensamiento, el juez hará uso de la ponderación y fallará utilizando uno de ellos y sacrificando el otro, el que para ese caso, se juzgó no aplicable según el razonamiento del juzgador, que no es arbitrario, pues, precisamente para eso es que Alexi

aconseja la ponderación, que está precedida de profundos razonamientos para optar por uno u otro. Distintas son las contradicciones que pueden darse entre normas de las leyes ordinarias, cuando se refieren al mismo hecho de modo distinto: una prohíbe y otra autoriza, porque en estos casos nos encontramos con lo que se conoce como “antinomias” y los sistemas jurídicos tienen diversas fórmulas para resolverlas: por el tiempo en que fueron emitidas, por la generalidad – especialidad, por la jerarquía, etc.; en cambio, los conflictos entre principios se conocen como colisiones, no son antinomias, y decidirse por aplicar uno u otro, no hace desaparecer el principio abandonado; éste sigue vigente y puede ser que en otro caso si se aplique porque en éste sí pesa más que el otro, lo que no sucede en las antinomias, en donde, al solucionarlas, una de las normas pierde validez para aplicarlas.

3.4. La opinión de García Amado sobre la ponderación

El profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de León, en España, es un destacado opositor a la teoría de los principios y de la ponderación como método de interpretación. Sus polémicas con Manuel Atienza, de la Universidad de Alicante, son brillantes y expresa argumentos sólidos para demostrar su posición. Se declara ser “militante” de la corriente positivista, y yo diría que dentro del positivismo excluyente, siguiendo la idea de Kelsen, de negar rotundamente la existencia de preceptos jurídicos extra-normativos: no hay valores ni principios en un ordenamiento jurídico, a menos que estén contemplados en la ley.

Su posición es diametralmente opuesta a Robert Alexi y afirma que cuando se dice que se ha ponderado, lo que realmente hace el juzgador es subsumir. Además, afirma que no es cierto lo que afirman quienes defienden la ponderación, en el sentido de que se trata de una metodología protectora de los derechos fundamentales, lo cual, para García Amado, no es

cierto; al contrario, los desprotegen. Para esta afirmación, comenta que ha analizado diversas resoluciones de los tribunales constitucionales de Alemania y España, en las que se expresa que se ha recurrido a la ponderación y en el contexto de ellas no aparece ningún rastro de haber ponderado principios, sino lo que se ha hecho es subsumir. Para este argumento utiliza los casos que expone Alexi como ejemplos de haberse utilizado la ponderación, de los cuales refiero únicamente dos: el de un soldado alemán de la segunda guerra mundial y el de una experiencia judicial sucedida en España, en los cuales vamos a ver que García Amado, al describir la ponderación, de lo que desconfía es del uso de los llamados principios implícitos.

En el primer caso, resulta que un soldado alemán, concluida la Segunda Guerra Mundial, fue apresado por el Ejército soviético y juzgado por crímenes de guerra. Es encontrado culpable y fue enviado a purgar la condena a una prisión de Siberia. Al cabo de los años, el soldado sufre un infarto severo,

sobrevive y por esa causa los liberan y lo regresan a Alemania. Allí lo procesan de nuevo por crímenes de lesa humanidad. Cuando es citado para la audiencia principal del juicio penal, su abogado plantea al tribunal que su defendido no puede asistir porque la emoción de estar de nuevo ante los jueces, puede provocarle la muerte y argumenta como fundamento de su negativa el derecho constitucional fundamental a la vida, reconocido por el texto constitucional. La fiscalía insiste en que debe asistir a la audiencia y se funda en otro principio fundamental, para el caso un principio implícito que no está en la ley, de que el Estado, en defensa de un interés común de la sociedad, tiene el derecho y el deber fundamental del ejercicio de persecución de los delitos, o sea el derecho a la persecución penal. Los dictámenes médicos afirman que el reo si corre el peligro de sufrir un infarto por la emoción de estar de nuevo frente de los jueces. En este caso, hay colisión de dos principios: el derecho a la vida y el

derecho del Estado a la persecución penal. Según el comentario de García Amado, el Tribunal resolvió con base en el derecho a la vida; subsumió el hecho en la norma que velaba por el derecho a la vida y dejó por un lado el derecho a la persecución penal. En este caso, dice García Amado, no hay ponderación, sino una simple y llana subsunción, porque el tal principio implícito no existe en la ley. Por casos como este, él es contrario a la tesis de Alexi y afirma que la ponderación no existe; lo que existe es la subsunción, pues el principio implícito es una suposición de la fiscalía, lo que le sirve para sugerir que la tal ponderación parte de una premisa falsa: el principio implícito.

Segundo caso. El segundo caso se relaciona con un juez muy conocido: el juez Garzón. Resulta que la Constitución española garantiza como derecho fundamental de una persona procesada, dentro del debido proceso penal, que es prohibido ejercer investigación sobre lo que

los procesados platican con sus abogados con motivo de la defensa. Este juez permitió que se ocultara una grabadora en la celda para saber lo que el o los reos dijeran a su abogado en una visita profesional al recinto carcelario. Se discutió ese proceder del tribunal para que no se tuviera como prueba las conversaciones, con base en la garantía del debido proceso y la confidencialidad de las conversaciones del reo con su abogado. Por su parte, la fiscalía opuso el principio fundamental del derecho del Estado a que el proceso asegurara una sentencia justa con base en una dilación procesal efectiva, que tampoco contempla el ordenamiento jurídico español. Se trataba también de un principio implícito. El tribunal resolvió que esa prueba no debía tomarse en cuenta y subsumió el hecho en la norma constitucional existente y omitió considerar el expuesto por la Fiscalía.

El señalamiento de García Amado, sólo con estos dos casos, es que la colisión de normas que postulan principios expuestos diferentes, no

tiene porque recurriré a la ponderación para resolver, y que el juez al decidirse por aplicar una de ellas, no pondera, lo que hace es subsumir el hecho en la norma que estima más adecuada y justa para resolver. El problema que él ve es cuando se presenta una colisión entre un principio expreso con uno implícito, porque este último es una inferencia del juez, producto de un activismo judicial, tan defendido por muchos, que atenta contra la seguridad jurídica como valor constitucional que el Estado debe garantizar. Y aquí coincide con el jurista argentino, Bulygin, quien dice que el juez sólo puede decir lo que dice la ley.

Al final de una conferencia que García Amado dictó en la Universidad de Girona, nos lanza una advertencia angustiosa: Dice que él quiere vivir en un Estado en donde el derecho sea seguro; en donde haya certeza jurídica, lo cual no podría darse cuando el aplicador de la ley tenga la posibilidad de recurrir a principios que no están claramente tipificados, o sea que no estén expuestos en la ley. Sin

embargo, no hay que olvidar la idea de Guastini, ya expuesta en líneas anteriores, en el sentido de que los principios implícitos no surgen de una “ocurrencia” del juez, sino que se infieren del contenido normativo contextual del texto constitucional, con lo cual, y comparto la opinión de Guastini, se disipa la preocupación de García Amado, ya que el juez no inventa el principio implícito, sino que lo obtiene de su conocimiento de la ley y de la doctrina jurídica; lo infiere de normas existentes en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, considero que sí correría un serio peligro el valor seguridad jurídica, porque quienes plantean pretensiones ante los tribunales y los abogados que los patrocinan, ignoran qué principio va a concebir el juez al momento de resolver.

4. Los principios constitucionales en el ordenamiento jurídico de Guatemala

En lo que expondré a continuación para concluir este ensayo, no me referiré únicamente al texto constitucional en sí, sino trataré de

identificar los principios que se encuentran en otros instrumentos legales, como los tratados y convenciones de derechos humanos suscritos por el Estado de Guatemala, en las llamadas leyes constitucionales y los que encuentran en resoluciones de la Corte de Constitucionalidad. Algunos a los que haré alusión, están relacionados con artículos de leyes ordinarios. Se advierte que elaborar una nómina cerrada de principios, no es posible, pues cada autor señala los que considera importantes.

Atendiendo la clasificación de los principios que Guastini divide en expresos e implícitos, el lector observará que algunos tienen un asidero normativo que permite citar el o los artículos en que se encuentra; y otros, deviene de la doctrina constitucional, sobre todo la que se ha producido en la segunda mitad del siglo XX y lo que va del XXI, especialmente dentro del paradigma del llamado neo-constitucionalismo. Por ello, en la explicación de cada uno se dirá en qué norma o normas se

encuentra cuando sean expresos; y en los implícitos, de donde viene la inferencia o señalando que son producto de la doctrina constitucional, que en todo caso sólo es obligatoria si se trata de la llamada doctrina legal.

• Principio de supremacía de la Constitución

Según este principio expreso, las normas constitucionales ocupan el peldaño más alto de la jerarquía normativa, pues el ordenamiento jurídico, conforme a lo previsto en el artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial, es un sistema jerarquizado en que la norma inferior se encuentra supeditada a la superior. Por este sistema, la norma de la Constitución es la norma superior, la norma de las normas, y todas las que conforman el derecho positivo ordinario, están supeditadas en su validez, a la norma constitucional. Este principio, al que aluden muchas sentencias de la Corte Constitucional, se encuentra en los artículos 44 párrafo tercero, 175 y 204 de la Constitución Política. Ninguna norma ordinaria,

legal o reglamentaria, o disposición de autoridad, puede contrariar las disposiciones de la Constitución, bajo pena nulidad absoluta, que se produce ipso jure. Con este principio fundamental del ordenamiento, concuerda el artículo 4 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Al respecto de lo que dicen las normas citadas, existe un problema de interpretación sobre el cual ya hemos fijado nuestra posición y aquí la reiteramos. Resulta que tanto en la Constitución como en las leyes ordinarias, al normar la jerarquía superior de la Constitución, agrega una disposición adversativa o una salvedad, al establecer que no obstante esa jerarquía suprema de la Constitución, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, prevalecen sobre el “derecho interno”. Semejante agregado que introdujo el constituyente originario, confunde al intérprete y la misma Corte de

Constitucionalidad no ha sido unánime en su interpretación. Pareciera que dentro de los términos “derecho interno” debe incluirse a la Constitución. Eso significaría que una norma de derechos humanos contenida en tratados y convenciones, puede ser superior a la norma constitucional si dispone lo contrario o bien agregarse más norma al texto constitucional, cada vez que se acepta y se ratifica un tratado o convención. En ambos casos, por incompatibilidad o agregando reglas, se trataría de una reforma a la Constitución por un procedimiento que no está previsto en el texto fundamental. Por eso sostenemos que esos tratados y convenciones son superiores a todo el derecho ordinario, a toda norma infra-constitucional; pero, no son superiores a la Constitución, de manera que dentro de los términos derechos interno, debe excluirse a la Constitución. No hay ley, tratado o convención que sea superior a la Constitución. Sin embargo, debe entenderse que, en materia de jerarquía normativa, los tratados y

convenciones en materia de derechos humanos, tienen la misma jerarquía que las normas constitucionales, de manera que una norma del Código Civil, del Código Penal, del Código de Comercio, etc., sería inválida si prescribiera lo contrario a una norma de esa naturaleza y sería objeto de una acción de inconvencionalidad.

Lo dicho en el párrafo anterior está referido a Guatemala, ya que la situación puede cambiar en otros ordenamientos. En México, por ejemplo, en la última reforma constitucional del año 2011, se estableció la suprema jerarquía del derecho convencional sobre la Constitución y esa es la idea de muchos constitucionalistas mexicanos. Esto ha provocado problemas teóricos y prácticos, pues ya se han planteado problemas en los tribunales en que se han planteado acciones de control de convencionalidad para hacer prevalecer un tratado de derechos humanos sobre la Constitución, situación que en nuestro medio jurídico no tendría

cabida. El maestro mexicano Héctor Fix Zamudio, en una conferencia dictada en un Congreso iberoamericano de Derecho Constitucional, afirmó que cuando un tratado de derecho humanos es aceptado y ratificado, pasa a formar parte del derecho nacional, sólo que, en nuestro caso, con una jerarquía igual a la de las normas constitucionales por disponerlo así el artículo 46 de la Constitución.

• Principio de jerarquía normativa

Este principio expreso está regulado en el artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial y el peldaño superior de la Constitución se infiere de sus artículos 44, 175 y 204. La jerarquía normativa fue formulada por la teoría de Kelsen y Merkl, en las primeras décadas del siglo XX. El principio es esencial en un ordenamiento jurídico, porque introduce orden en las diversas normas que lo componen y afecta no sólo a lo constitucional, sino también al derecho ordinario. La jerarquía va de mayor a menor, de lo general a lo concreto, de manera que si la norma inferior contradice a la superior, la inferior

carece de validez. Una norma reglamentaria, por ejemplo, no puede contrariar a la norma de la ley que desarrolla. O sea que este principio afecta a todo el ordenamiento jurídico.

• Principio de no retroactividad de las leyes

El artículo 15 de la Constitución establece expresamente este principio, componente de la seguridad jurídica, en el sentido de que las leyes norman para el futuro y no para el pasado. Con este artículo el principio que contiene, concuerda el artículo 7 de la Ley del organismo Judicial, sólo que éste extiende su cobertura a la no afectación de los derechos adquiridos. Recordemos que la institución de la cosa juzgada y la de los derechos adquiridos, están protegidas por el principio de la no retroactividad de la ley. Cosa aparte son los las “expectativas de derechos”, que sí pueden cambiar con nuevas prescripciones legales. De la no retroactividad está excluida la materia penal, sustantiva o procesal, que si pueden aplicarse retroactivamente cuando

las nuevas disposiciones favorezcan al reo.

- Principio del derecho al debido proceso

Conocido también como el derecho a la tutela judicial efectiva, este principio expreso está prescrito en el artículo 12 de la Constitución Política y como derecho humano, es una garantía individual. Este derecho fundamental al debido proceso también está normado en el artículo 4 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y además lo prescribe el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos dentro de las garantías judiciales. En él se comprenden varios aspectos del desarrollo del proceso y comprende: que la demanda de todo derecho en el orden judicial se tramite ante “juez natural”, que se entienda como tal al juez competente para conocer y resolver; que la pretensión se tramite mediante un proceso que esté preestablecido en la ley; que tenga el acusado oportunidad de ser citado, oído y vencido juicio; el de

proponer pruebas, recursos y toda defensa de sus derechos ; en fin, todos los actos procesales que hacen efectivo el derecho fundamental de defensa. Por supuesto que la garantía del debido proceso es una exigencia tanto en el orden judicial como en el orden administrativo, exigencia garantista que está prevista en la legislación nacional y en la citada Convención Americana de Derechos humanos, lo que así lo ha resuelto la Corte de Constitucionalidad en diferentes sentencias de amparo, pues este extender la obligación de observar el debido proceso a la materia administrativa, está previsto en el artículo 4 y en el inciso h) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad. Este último regula los casos en que se puede accionar en amparo y ellos está prevista la no observancia del debido proceso en el campo administrativo. La cobertura legal del debido proceso en esta ramo de la actividad estatal, es importante porque es esta esfera en donde se viola constantemente el derecho al

debido proceso previsto en leyes administrativas, como suele suceder en materia tributaria y en el control del manejo de la hacienda pública, pues sus autoridades accionan en el campo judicial sin que previamente se haya agotado la vía administrativa.

- Principio de unidad sistemática de la Constitución

Este principio lo considero como implícito y no tiene un artículo específico en la Constitución, aunque en la ley del Organismo Judicial, aplicable a todo el ordenamiento jurídico, y la Constitución es su componente más importante, en el artículo 10 establece que las normas se interpretará en su texto y en su contexto; es decir que no se interpretan de manera aislada, sino en relación a otros artículos con las cuales tengan relación, a manera de que su interpretación sea integral. El intérprete de la Constitución debe verla como un conjunto, como un sistema, a pesar de que tenga imperfecciones y contradicciones. El profesor mexicano, Rubén Sánchez Gil, en

un ensayo sobre los Principios de la Interpretación Constitucional, cita un párrafo de una resolución de la jurisdicción constitucional alemana, que dice:

Una singular disposición constitucional no puede ser considerada aisladamente e interpretarse por sí sola. Se encuentra dentro de un conjunto de sentido con los demás preceptos de las Constitución, que representa una unidad interna. Del contenido total de la Constitución resultan ciertos principios y decisiones fundamentales a los cuales están subordinadas sus disposiciones individuales. De lo anterior se sigue que cada disposición constitucional tiene que interpretarse acorde con aquellos elementales principios y decisiones fundamentales del constituyente. (2016:491)

- Principio de fuerza normativa de la Constitución

Cuando se tenía la idea de que la Constitución era únicamente un programa político, la idea predominante era que las disposiciones de la Constitución no eran normas en el sentido que lo entiende la teoría del derecho, de manera que todo su contenido eran “normas programáticas” que

necesitaban de una ley ordinaria para poderse aplicar. Por el contrario, la doctrina moderna ha creado el principio de la fuerza normativa de la norma constitucional, el que afirma que la Constitución es un conjunto de prescripciones en el estricto sentido del término, por lo que son de aplicación directa, sin necesidad de que haya una producción legislativa que las complete. De ahí este principio que tiene su origen en la doctrina constitucional y que es un avance en la consolidación del imperio de la Constitución. De esta manera, muchas normas de la Constitución calificadas como programáticas para el accionar del Estado, no pueden dejar de cumplirse bajo la excusa de necesitar de una ley ordinaria que emita el Congreso, ya que toda norma constitucional es de cumplimiento obligatorio.

- Principio de interpretación conforme

El principio de interpretación conforme lo considero un principio expreso, pues tanto en la Constitución como en otros

instrumentos del derecho positivo, se establece que las normas ordinarias están subordinadas a la ley fundamental. Así rezan los artículos 175 y 204 de la Constitución, 3 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y 9, 51 y 57 de la Ley del Organismo Judicial. Por este principio toda norma ordinaria debe interpretarse de manera que armonice con la Constitución; y a al juez le toca resolver un caso en que son aplicables dos o más artículos constitucionales, lo hará con el que más desarrolle el precepto contenido en la Constitución.

- Principio pro persona

Este principio es motivo de mucho beneficio para la persona individual con motivo de las últimas corrientes del constitucionalismo y consiste en que cuando se juzga a una persona individual, el juez debe aplicar aquella norma que mejor proteja los derechos fundamentales de las personas, reconocidos tanto por la Constitución, como por los tratados y convenciones de derechos humanos o en leyes ordinarias. En la última reforma constitucional en

México, en el año 2011, este principio se elevó a rango constitucional. En Guatemala, el artículo 1 de la Constitución prescribe que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia y que su fin supremo es el bien común. Estimo que en este caso, que el principio pro persona pareciera ser un principio implícito, pero, es expreso y se infiere del artículo 1 constitucional. Este principio aparece en la primera sentencia que dictó la Corte de Constitucionalidad el 17 de septiembre de 1986, Gaceta No. 1, en la que se cuidó de advertir que dicha norma no está basada en defender intereses particulares, sino en intereses generales.

- Principio de corrección funcional

Este principio tiene relación con las atribuciones y competencias de los organismos y órganos del Estado, en el sentido de prohibir interferencias, intromisiones o subordinaciones entre una autoridad y otra. En el fondo, este principio persigue el correcto funcionamiento de los organismos

del Estado y su sistema de gobierno republicano que está previsto en los artículos 140 y 141 de la Constitución y está relacionado con el principio de legalidad.

- Principio de legalidad, también llamado de primacía de la ley

Si la persona civil o particular puede hacer todo, menos lo que le prohíbe la ley, con base en el principio doctrinario de que lo que no está jurídicamente prohibido, está permitido, en el caso de los funcionarios y empleados públicos le está prohibido todo, de manera que sólo pueden hacer lo que la ley les permite. Este principio está contenido en los artículos 152 y 254 de la Constitución política, el cual es parte fundamental de todo Estado constitucional de derecho. La Corte de Constitucionalidad, en su sentencia de fecha 21 de enero de 2015, expediente 2956-2016, resolvió: "...un funcionario público solamente puede realizar lo que una disposición normativa expresa le autoriza a hacer y, le está prohibido todo lo no explícitamente autorizado..."

• Otros principios relacionados con la Constitución que se aluden en sentencias de la Corte de Constitucionalidad

La Corte, en diversas resoluciones alude e identifica otros principios a saber:

a) Principio de publicidad de los actos administrativos, previsto en el artículo 30 de la Constitución, el cual da derecho de acceso a los expedientes que contienen actuaciones públicas y a obtener copias y certificaciones de las mismas.

b) Principio de progresividad, según el cual los derechos humanos sociales únicamente se pueden mejorar y no disminuir. Empero, la misma Corte de Constitucionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han dictado resoluciones, muy pocas por cierto, en las que han resuelto que en casos muy especiales sí se pueden disminuir, especialmente cuando el obligado es una institución del Estado y se carece de presupuesto para cumplir con su deber,

resolución que, en todo caso, debe ser razonable y proporcional.

c) Principio pro sentencia: “...según el cual todas las normas procesales que existen, deben interpretarse de manera que faciliten la administración de justicia y no como obstáculos para alcanzarla, y en esa línea de pensamiento, debe interpretarse extensivamente y sin mayor rigorismo, todo aquello que conduzca a la decisión de cuestiones de fondo en sentencia”. Sentencia 21-11-2007, Gaceta 86.

d) Principio de imperatividad del proceso establecido. Este principio establece que:

...los tribunales y los sujetos procesales-incluido por lo tanto el órgano jurisdiccional- no podrá variar las formas del proceso, ni las de sus diligencias e incidencias, ello para brindarle seguridad y certeza jurídica a todas las partes y puedan hacer uso de su derecho de defensa de la forma más adecuada a sus intereses Sentencia 7/7/2009 Gaceta No.93.

Como se puede observar, los principios a que se refieren los incisos c) y d), son inferencias del

derecho fundamental del principio del debido proceso o de la tutela judicial efectiva y considero que ya están contenidos en ellos.

Bibliografía consultada:

Aristóteles. (1954) *Metafísica*. Quinta edición, colección Austral, Espasa-Calpe, Buenos Aires,

Alexi, Robert. (1994) *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa Editorial, Argentina.

Atienza, Manuel. (2006) *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Editorial Ariel, Barcelona.

Coing, Helmut. (1976) *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona.

Contreras, Sebastián. (2012) *Ferrajoli y los derechos fundamentales*. Revista de la Inquisición, Universidad de los Andes.

Constitución Política de la República de Guatemala con notas de jurisprudencia, publicación de la Corte de Constitucionalidad.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al. (2014) *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, México.

García Amado, Juan Antonio. (s.f.) *La interpretación Constitucional*, monografía publicada por la Universidad de León, España.

Razonamiento jurídico y argumentación. EOLAS ediciones, Universidad de León, España.

Guastini, Ricardo. (2011) *Distinguiendo*. Gedisa Editorial, Barcelona.

Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. Revista Palestra del Tribunal Constitucional, Madrid.

García Máynez, Eduardo. (1974) *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México.

Kelsen, Hans. (2008) *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

- Karl, Larenz. (1994) *Metodología del Derecho*, sexta edición, Editorial Ariel, Salamanca, España.
- Max Puigarnau, Jaime. (1947) *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona.
- Ley de Amparo, Exhibición y Personal y de Constitucionalidad, con notas de jurisprudencia, publicación de la Corte de Constitucionalidad.
- Ortega y Gasset. (1960) *¿Qué es Filosofía?*, segunda edición, Revista de Occidente, Madrid.
- Radbruch, Gustav. (1951) *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Colección Breviarios, Fondo de Cultura Económica, México.
- Sánchez Gil, Rubén. Et al. (2016) *Los principios de la interpretación constitucional, parte del libro Derecho Procesal Convencional y la Inconvencionalidad*, Editorial Porrúa, México.
- Steiner, Christian. et al. (2014) *Convención Americana sobre Derecho humano: comentario*. Publicación de la Fundación Konrad Adenauer, Bolivia.
- Villoro Toranzo, Miguel. (1978) *Introducción al Estudios del Derecho*, tercera edición, Editorial Porrúa, México.

DERECHOS HUMANOS Y REGRESIVIDAD EN LA FUNCIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

*Juan Carlos Oxom Hernández **

1. La legalidad como límite del Poder Público

Tradicionalmente, cuando se ejerce el poder público y dado el diseño republicano construido en torno al límite del poder, se escucha frecuentemente a los funcionarios hacer alusión a que sus actuaciones se enmarcan o deben enmarcarse dentro de los límites de la ley, pues el poder está delimitado por esta.

En el caso del Congreso de la República y de sus diputados el discurso parece mantenerse, pero con distinciones, pues generalmente se utiliza para exigir de los funcionarios los límites legales cuando se fiscaliza e internamente en referencia a los procedimientos administrativos del

Organismo Legislativo. En cuanto a la función legislativa, el discurso pro principio de legalidad, en general, se mantiene únicamente referenciando a los procedimientos para la creación de las leyes, pero no sobre su contenido.

Esa falencia, si se utiliza una lógica silogística básica, es fácilmente explicable, al ejercer la labor legislativa, no se discute la legalidad como límite sustancial de esta función, pues precisamente se ejerce para crear o modificar el marco normativo que demita no solo el poder del resto de funcionarios, sino las relaciones de los particulares entre sí o con el poder del Estado. Este fenómeno es también explicable no solo por la

* Juan Carlos Oxom Hernández es Abogado y Notario, consultor de Legis, ex catedrático de los cursos de filosofía del derecho y teoría general del derecho de la Universidad de San Carlos.

lógica citada, sino también porque, la voluntad popular bajo la concepción roussoniana que dio lugar al sistema republicano, era incuestionable, plena e infalible y por ende no debía conocer ningún límite.

Bajo ese contexto conviene preguntarse si en realidad, bajo las condiciones actuales, la función legislativa debe seguirse concibiendo como plena o si por el contrario, debe observar límites sustanciales, cuáles son esos límites sustanciales y porque en ese contexto se habla de regresividad.

2. Límites sustanciales en la función de legislar

¿Debe la función de legislar conocer límites sustantivos más allá de los de procedimiento? Como se citó, en el inicio del movimiento constitucional, la voluntad general se erigió como plena y por ende, como hermética, infalible e ilimitada.

Esa concepción hermética evolucionó, según el devenir constitucional, para impedir que la función trastoque los principios,

derechos o estructura constitucional, en términos generales, este se considera un límite infranqueable. En caso que la función legislativa trascienda este límite existen las llamadas garantías constitucionales, que se concretan en acciones procesales incoadas, con el objetivo –en el caso de la función legislativa- de dejar sin efecto las normas creadas, que propasen la demarcación creada por la norma constitucional.

La limitación a la función legislativa mencionada ut supra, fue diseñada sobre la idea de la rigidez del orden jurídico kelseniano, en la cual, la norma constitucional daba validez lógica al resto del ordenamiento. Esa validación lógica, no depende necesariamente del contenido sustantivo de la norma supra ordenada, sino solo de su posición en el ordenamiento derivada de, entre otras condiciones, su forma y procedimientos de creación.

Como se lee, puede postularse que, al menos en principio, este límite en la función de legislar, es también una demarcación formal, con

efectos sustantivos sí, pero meramente referencial, pues bajo esa concepción “positiva-clásica” difícilmente puede alegarse como coludido por la legislación un derecho humano no contenido en la Constitución.

Afortunadamente, con las corrientes modernas de pensamiento constitucional, esa concepción rígida ha variado en favor de una interpretación progresiva y amplia de los derechos constitucionales, no delimitada únicamente por el propio texto constitucional o su posición en el ordenamiento jurídico.

Ferrajoli, por ejemplo, asegura: “La democracia implica necesariamente el derecho (...) puesto que la democracia es un conjunto de reglas validas sobre el válido ejercicio del poder: por un lado las reglas que les confieren autodeterminación individual y colectiva, garantizando su igual titularidad a todos en cuanto a

personas o ciudadanos: por el otro, las reglas que imponen límites y vínculos a estos mismos poderes para impedir su degeneración y garantizar su ejercicio en tutela de los intereses de todos. **“Y éstas reglas valen para limitar y vincular los diferentes tipos de poder en garantía de los intereses de todos en la medida que establezcan la igualdad de los derechos fundamentales como normas constitucionales jerárquicamente superiores a aquellos poderes”**¹ (El resaltado no es propio del texto original)

Según se lee, para el jurista italiano, la delimitación de la función de legislar debe ceñirse al interés de todos los ciudadanos, esto garantizado en la igualdad de derechos humanos fundamentales y supeditando a estos el ejercicio de todo poder, más allá de su reconocimiento formal por la norma constitucional.

¹ Ferrajoli, Luigi. Principia Juris, Teoría del Derecho y la Democracia, 2. Teoría de la Democracia. Pág. 17

3. Los derechos de las minorías

Desde la época griega², los filósofos de entonces cuestionaron los peligros del “gobierno del pueblo”, pues pensaron que la mayoría podía abusar del poder y devenir en una forma corrupta de gobierno, en la cual, el poder ilimitado de la mayoría, podía arrastrarlo todo, incluidos los derechos de las minorías. El enfoque del planteamiento y preocupaciones originales griegos cambiaron, pero el problema total se mantiene: la mayoría puede abusar de un poder sin límites y ejercerlo despóticamente.

En ese contexto, para determinar si la mayoría del pueblo representada puede tomar o no decisiones sobre la minoría y sus derechos, debe considerarse que, para la mayoría de modelos constitucionales actuales, es claro que, la soberanía –que legitima al poder público y a sus representantes- se encuentra en el pueblo, y según la constitución

de Guatemala está “delegada” en los organismo de Estado. Es válido preguntarse entonces ¿Es en la mayoría en que radica la soberanía? O por el contrario ¿Radica la soberanía en todo el pueblo?

La respuesta es simple, la soberanía del pueblo radica en la totalidad de sus pobladores incluidas las minorías, y por ende, la prohibición para apropiarse o atribuirse esta aplica también a la mayoría, que en ejercicio de su poder –un poder que debe ser limitado- no puede propasar ni atropellar los derechos de las minorías, tengan o no estas representación.

“...el pueblo es un sujeto colectivo, que no puede más que decidir por mayoría (...) y ninguna mayoría sobre lo que no le pertenece.”³

4. Estándares internacionales de derechos humanos y control de convencionalidad.

Tras la creación de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, se han

² Aristóteles planteó que si la democracia no era moderada el pueblo podía alzarse en contra de la minoría poderosa.

³ Ferrajoli, Luigi. Op. Cit. Pág. 12

desarrollado como marco jurídico una serie de instrumentos de derecho internacional que directamente o indirectamente obligan a los Estados nacionales a cumplir con un mínimo de normas o principios respecto de los derechos humanos de sus habitantes.

Este sistema de normas internacionales está constituido por una serie de instrumentos, creados en el seno de la Organización de las Naciones Unidas o de los mecanismos regionales como la Organización de Estados Americanos, que los Estados están obligados a cumplir, por el solo hecho de participar de la comunidad internacional y además porque en el marco del derecho internacional han suscrito los instrumentos y se han comprometido a observar ese mínimo de reglas con el fin de garantizar a los ciudadanos sus derechos humanos.

En ambos sistemas, un porcentaje mayoritario de instrumentos normativos, están encaminados a la protección de minorías o grupos

vulnerables, ante los cuales deben adoptarse medidas legislativas y políticas públicas que sean coherentes y no contradictorias con el contenido de éstos.

Cuando los Estados incumplen con su deber de observar los estándares internacionales existen mecanismos para recomendar, solicitar y exigir de los Estados el cumplimiento de los derechos de sus habitantes. Los mecanismos más eficaces han resultado las cortes internacionales de derechos humanos, donde se discuten las responsabilidades de los Estados, en casos concretos de violaciones a los estándares mínimos de protección de derechos humanos.

El conocimiento de estos casos es importante para el efecto de este tema, porque derivado del mismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha emitido, derivado de sus interpretaciones, una serie de valoraciones y postulados que los Estados deben observar en su actividad estatal.

La institución explicada constituye el llamado control de convencionalidad que

...es una figura que viene a concretar la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte IDH y todos los agentes estatales, de la adecuación de las normas jurídicas internas a la CADH y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, aplicando en cada caso concreto aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y que dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente.⁴

Es decir, por el control de convencionalidad, toda actividad estatal debe ser examinada no solo bajo las normas internacionales de derechos humanos, sino también bajo los criterios interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para concluir si la actividad Estatal es viable por

ser coherente con los instrumentos y su interpretación.

Si bien en principio, el término y los parámetros de interpretación estaban destinados a únicamente a los jueces, paulatinamente fueron introduciéndose innovaciones jurisprudenciales que atendían lo que expresó el juez Sergio García Ramírez, en su voto razonado concurrente, en el Caso Mack Chang, vrs. Guatemala –primero en el que se introdujo la noción de “control de convencionalidad-:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación

⁴ Nash Rojas, Claudio. Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario

Latinoamericano de Derecho Constitucional. 2013. Pág. 492.

repercuta sobre el estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

Bajo esa interpretación, se obligó también a los órganos relacionados con el sistema de justicia, sin embargo aún algunos estudiosos se cuestionan si los órganos administrativos están sujetos también a la convencionalidad, sin embargo en el tema de la función legislativa, la Corte Interamericana ya se ha pronunciado según los siguientes parámetros:

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales es, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las

normas del Derecho Internacional de los Derechos, **la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad"**⁵ (el resaltado no es propio del texto original)

De lo citado el claro que la función legislativa, debe observar al desarrollarse no solo las normas internacionales de derechos humanos, sino también aplicar el control de convencionalidad, es decir, las interpretaciones que de la Convención Americana de Derechos Humanos, realiza la Corte Interamericana.

5. La progresividad de los Derechos Humanos

Norberto Bobbio, aseguró que en esta época, el problema de los Derechos Humanos ya no era buscar su fundamento, sino lograr su protección y garantía. La

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay,

Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), párrafo 239

importancia del principio de progresividad procura precisamente eso, la efectiva protección de los mismos.

El principio de progresividad de los derechos humanos implica que el Estado, siempre debe buscar una más amplia y mejor protección del ejercicio y goce de todos los derechos humanos. Esa búsqueda de reconocimiento, promoción y garantía, en su esfera jurídica, exige que al ser positivados los derechos, no exista posibilidad alguna de formalmente “desconocerlos”.

La premisa citada va más allá del mero reconocimiento, sino una vez establecidas normas o mecanismos de promoción estos no deberían de eliminarse o modificarse en perjuicio del ser humano, delimitando de esa manera una línea infranqueable que impediría cualquier retroceso formal.

6. La regresividad en la función legislativa

Las ideas desarrolladas hasta este punto permiten delinear una serie de condiciones dentro de las cuales, la función legislativa, para ser considerada democrática debe ejercerse: i) sujeción al límite de la constitución como norma supra ordenada, ii) sujeción a la constitución como límite sustancial, iii) No restringir los derechos de las minorías, iv) sujeción a las normas internacionales de derechos humanos y v) sujeción a los criterios de la Corte Interamericana en cuanto a la interpretación de aplicación de los derechos humanos.

Si la labor legislativa sustancial, no cumple con alguno de esos puntos, no puede considerarse democrática, sin embargo, es corriente escuchar que una votación o una iniciativa o proyecto de ley es “regresivo”, cuando se infiere que atenta contra los derechos humanos o procura impunidad⁶, entre otras condiciones. Esa calificación

⁶ No es objeto de este trabajo el análisis de las iniciativas o proyectos *pro impunidad*

atendería al principio de progresividad explicado, y a la regresividad como su contra parte. Es decir, un proyecto sería regresivo cuando atente contra derechos humanos y sus estándares, los derechos de las minorías o contra el efectivo cumplimiento o garantía de los mismos.

La efectividad en el goce o garantía de los derechos merece particular atención, puesto que difícilmente una iniciativa o proyecto, estaría encaminado directamente a abrogar formalmente derecho alguno, sino, en cambio los cambios se encaminarían a impedir el efectivo goce y garantía de los derechos. Como ejemplo puede citarse la Iniciativa 5257, Reformas a la Ley de Organizaciones no Gubernamentales para el Desarrollo, que si bien no pretende derogar directamente el derecho de libertad de asociación, si introduce una serie de restricciones al mismo que dificultan y restringen su efectivo goce, en comparación con la normativa actual. En ese contexto de comparación es que puede hablarse de regresividad,

puesto que, la irrupción de la normativa pretendida supondría un retroceso en el ejercicio, de por ejemplo, la libertad de asociación.

El marco teórico acá desarrollado, permite entonces, en cuanto a parámetros de derechos humanos, examinar la actuación del congreso, y los distintos iniciativas o proyectos sometidos al procedimiento legislativo y si los mismos son o no antidemocráticos o regresivos.

7. Conclusión

El poder del congreso de la republica al ejercer su función legislativa no es ilimitado, un poder legislativo democrático debe observar como delimitación concreta de su labor, además del contenido formal de la constitución, los estándares internacionales de derechos y su desarrollo jurisprudencial.

Bibliografía

Bobbio, Norberto. (1991). *El Tiempo de los Derechos*. Editorial Sistema.

Bodenheimer, Edgar. (2016). *Teoría del Derecho*. Editorial Estudiantil Fenix. Segunda Edición.

Ferrajoli, Luigi. (2011). *Principia Juris, Teoría del Derecho y la Democracia*. 2. Teoría de la Democracia. Editorial Trotta. S.E.

PROCEDIMIENTOS DE INTEGRACIÓN DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y CÁMARAS, EN CASOS DE IMPEDIMENTOS, EXCUSAS, INHIBITORIAS, RECUSACIONES Y AUSENCIA POR SUSPENSIÓN DE MAGISTRADOS

*Silvia Verónica García Molina**

1. Marco constitucional y ordinario para la elección de magistrados de Corte Suprema de Justicia.

La Constitución Política de la República de Guatemala desarrolla en su Capítulo IV, las funciones del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, la forma de integrarla, etc., normativa que se integra con la Ley del Organismo Judicial, Ley de la Carrera Judicial su reforma y sus reglamentos, Ley del Servicio Civil del Organismo Judicial y la Ley de Comisiones de Postulación, ésta última desarrolla las normas constitucionales relativas a las comisiones de postulación, con el propósito de regular y establecer los mecanismos y procedimientos, para seleccionar las nóminas de

candidatos a cargos que ejercen funciones públicas en el Estado de Guatemala.

Los trece magistrados titulares de Corte Suprema de Justicia, son electos por el Congreso de la República por un periodo de cinco años y de una nómina de veintiséis candidatos que envía la comisión de postulación. Los trece magistrados no nombrados quedan en calidad de suplentes esperando una vacante definitiva para ser nombrados como titulares.

2. Sistema de integración de Corte Suprema de Justicia, por impedimentos, excusas, inhibitorias, recusaciones o ausencia temporal de magistrados: casos jurisdiccionales y caso de elección de presidente.

* Silvia Verónica García Molina es magistrada vocal VIII de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala.

De conformidad con el artículo 214 constitucional,

La Corte Suprema de Justicia se integra con trece magistrados incluyendo a su presidente, ...En caso de falta temporal del presidente del Organismo Judicial o cuando conforme a la ley no pueda actuar o conocer, en determinados casos, lo sustituirán los demás magistrados de la Corte Suprema de Justicia en el orden de su designación. (Constitución Política de la República, 1985).

Por su parte la Ley del Organismo Judicial en sus artículos 75 y 76 describen las funciones, representación del presidente y organización de la Corte Suprema de Justicia; aquí también se indica el procedimiento de sustitución temporal del presidente, lo cual según la Ley, se debe dar en forma ascendente de acuerdo con el número que les corresponda a los magistrados por el orden de su elección, no por votos. El número de vocalía asignado a cada magistrado sirve para la sustitución temporal del presidente y para el efecto de las votaciones.

Los Acuerdos del Congreso de la República, con los cuales se legaliza la elección de los trece magistrados titulares, con las últimas Cortes juramentadas, ha designado erróneamente el orden de prelación por número de votos, lo cual contradice la propia Constitución Política de la República, en virtud, que se deben consignar los nombres de los magistrados electos como titulares, pero por el orden de su elección.

El procedimiento aquí indicado, es el utilizado para la sustitución temporal del presidente y, en caso de ausencia definitiva del presidente, la Corte Suprema de Justicia debidamente convocada e integrada solo por magistrados de esa Corte, procede a elegir entre sus miembros al presidente.

Cuando se produzca una vacante definitiva en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de la Carrera Judicial dará aviso al Congreso de la República de dicha vacancia, a fin de que proceda a elegir a la brevedad al nuevo magistrado de la misma lista de candidatos que haya enviado la respectiva comisión de postulación. (Artículo 23 Ley de la Carrera Judicial, 2016)

En el caso específico de magistrados suplentes de Corte Suprema de Justicia, el artículo 36 de la ley en cita, solo establece el procedimiento de nombramiento por parte del Consejo de la Carrera Judicial, para magistrados suplentes de Corte de Apelaciones, no así para magistrado de Corte Suprema de Justicia.

El artículo 222 constitucional preceptúa que “Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán suplidos por los magistrados de los tribunales a que se refiere el artículo 217 de ésta Constitución, conforme lo disponga la Ley del Organismo Judicial, siempre que reúnan los mismos requisitos de aquéllos.” (Constitución Política de la República, 1985); (el subrayado no consta en el texto original). Éste artículo se refiere a magistrados de Cortes de Apelaciones como suplentes de magistrados de Corte Suprema de Justicia, pero hace la excepción que siempre que reúnan los mismos requisitos de aquéllos, lo cual es improcedente porque los artículos 207, 216 y 217

constitucionales contemplan requisitos distintos.

Es incomprensible, el hecho que no se consideró, la integración de magistrados suplentes de Corte Suprema de Justicia, tal y como lo estipula para la Corte de Constitucionalidad, con el objeto de dar cumplimiento al artículo 207 constitucional, el que establece que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia prestarán ante el Congreso de la República, la protesta de administrar pronta y cumplida justicia. Esto no es posible por las distintas formas de integrar que contempla la normativa constitucional y ordinaria.

En el caso de la Corte de Constitucionalidad no tienen que pasar todos estos tropiezos porque la misma Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Inconstitucionalidad especifica la forma de integrar y cuando conoce de los casos especiales indicados en la normativa siguiente:

La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco Magistrados

titulares, cada uno de los cuales tendrá su respectivo suplente. Cuando conozca de asuntos de inconstitucionalidad contra de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el Presidente o Vicepresidente de la República, el número de sus integrantes se elevará a siete, escogiéndose los otros dos Magistrados por sorteo de entre los suplentes.” (Artículo 150, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).

Asimismo, cuando los magistrados titulares se inhiben de conocer por cualquiera de las causales indicadas en el artículo 170 de la ley ya citada, llaman al suplente que corresponda, esto es conforme a la designación que cada cuerpo electoral realizó, ya que en esa contienda de elección se postulan candidatos titulares y candidatos suplentes y de acuerdo con la mayoría de votos, es como son elegidos los titulares y los suplentes.

Este procedimiento de integración facilita la función primordial de otorgar una pronta y cumplida justicia; en cambio, el procedimiento de integración para resoluciones o vistas de Corte Suprema de Justicia, atrasa dicha

función. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha emitido fallos, pero básicamente, es necesario indicar que dicha Corte, consideró, que para poder aplicar lo indicado en la Ley del Organismo Judicial, primero se debe agotar la integración con magistrados de Corte Suprema y, en caso existiese algún impedimento por el cual no se pueda integrar con magistrados de Corte Suprema, ya sea para Cámara o Corte, entonces se acude a integrar con magistrados de Corte de Apelaciones, esto con el objeto de que la decisión se revista de la legitimidad necesaria para la subsistencia jurídica de la resolución. (Expediente 3090-2014 de fecha 24-03-2015)

En otro de sus fallos, específicamente en la elección de presidente de Corte Suprema de Justicia, explica otra forma específica para integrar, separa la integración jurisdiccional de la integración para elegir presidente de Corte Suprema de Justicia, y en uno de los considerandos establece que:

...se advierte que la decisión del Pleno de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de integrar a un magistrado de una Sala de la Corte de Apelaciones para elegir a su Presidente, constituye una variación a lo ordenado en el artículo 215 constitucional, toda vez que si bien es cierto en virtud de las disposiciones anteriores, en caso de ausencia de un magistrado titular de la Corte Suprema de Justicia, puede llamar a un suplente para integrar el Pleno de la Corte y ejercer las funciones que en el caso concreto se requieran, también lo es que para el caso específico de elegir al Presidente del Organismo Judicial, no resulta viable integrar el Pleno con un Magistrado de Sala de la Corte de Apelaciones, ello porque el artículo 215 constitucional relacionado es claro al indicar las formalidades que deben observarse en estos casos, ...de ahí que, en el caso de la elección del Presidente de uno de los tres Organismos o Poderes del Estado, la norma Constitucional no permita la participación de un magistrado de sala de la Corte de Apelaciones, sino es explícita en mencionar que deben ser Magistrados de la Corte Suprema de Justicia electos en esa categoría.” (Expediente 5073-2016 de fecha 30-01-2017, Corte de Constitucionalidad).

El fallo citado, también relaciona que el mismo criterio ha sostenido la Corte en las resoluciones dictadas dentro de los expedientes números 2731-2006 y 3205-2008 de fechas diez de octubre de dos mil seis y seis de octubre de dos mil ocho, respectivamente.

Como se observa los procedimientos son variados y en el caso de la integración para conocer casos jurisdiccionales, encontramos que el procedimiento es prolongado y antitécnico, por motivo de tener que notificar a los interesados cada inhibitoria o excusa y si se oponen, deviene otro procedimiento incidental, que alarga aún más; luego, si no es posible integrar con magistrados de Corte, es cuando se inicia el mismo procedimiento con magistrados de Corte de Apelaciones. Este procedimiento atrasa a los magistrados en sus funciones especiales, porque si el que integra pertenece a otra Cámara y en el momento de integrar Cámara para discusión de ponencias, tiene una

vista o también tiene reunión de Cámara, se inhibe.

conociendo.” (Artículo 132, Ley del Organismo Judicial)

Como la Ley de la Carrera Judicial no contempla un procedimiento para integrar con magistrados suplentes de Corte Suprema, que más que suplentes solo es un listado de abogados en espera de una oportunidad de ser nombrados por ausencia definitiva de uno de los integrantes de Corte Suprema de Justicia, ellos no son juramentados como magistrados suplentes, como en el caso de los magistrados suplentes de Corte de Apelaciones.

En el caso de la Ley del Organismo Judicial establece el siguiente procedimiento para integrar órganos colegiados en general:

Por impedimento, excusa o recusación legalmente declarada de alguno de los magistrados de cualquier tribunal colegiado, se llamará a los respectivos suplentes, si aun así no se integrare el tribunal, se llamará a los suplentes de otros tribunales. Pero si por algún motivo no previsto no se pudiere integrar el tribunal, el asunto se remitirá a la presidencia del Organismo Judicial, para que en el plazo de tres días designe al que deba seguir

3. ¿Cómo integrar cámaras de Corte Suprema de Justicia en casos de desintegración, por separación del cargo, suspensión, suspensión por enfermedad o accidentes?

El artículo 214 constitucional relacionado en el tema anterior, también indica que la Corte Suprema de Justicia se integrará en las cámaras que la misma determine y cada cámara tendrá su presidente; por su parte, el artículo 77 de la Ley del Organismo Judicial establece que en caso de impedimento, excusa, recusación o ausencia temporal de alguno de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, cuando ésta deba conocer en pleno, deben ser llamados a integrarla los presidentes de las Salas de Apelaciones o Tribunales de similar categoría, principiando con los establecidos en la capital de la República en su orden numérico, en su defecto, los vocales de dichos tribunales y, por último, a los

suplentes de éstos. Si la ausencia fuere absoluta, se procede de la misma manera mientras el Congreso de la República hace una nueva elección. (Artículo 13, Acuerdo No. 36-2004 de Corte Suprema de Justicia)

La ausencia temporal de un magistrado por más de tres meses, por enfermedad, accidente o licencia, ocasiona prolongación en la tramitación y estudio de expedientes sometidos a consideración de magistrados que integran una cámara. En primer lugar, porque el procedimiento indicado en ley ordena integrar, primero agotando con magistrados de Corte Suprema de Justicia y, en segundo lugar, con magistrados de Corte de Apelaciones, generalmente, los magistrados de otra Cámara tienen sus propias actividades jurisdiccionales, las cuales no se pueden interrumpir y, muchas veces, se tienen que suspender vistas públicas por falta de integración. (Artículo 31 Situación de Servicio. Ley de la Carrera Judicial)

Otros casos lo constituyen, la separación de la función jurisdiccional de magistrados con goce de salario, en los casos cuando se ha declarado con lugar el antejuicio contra jueces o magistrados, para garantizar el efectivo ejercicio de su derecho de defensa y la adecuada prestación del servicio y la suspensión cuando se ha dictado auto de procesamiento en contra de un magistrado o como suspensión cuando se ha suspendido sin goce de salario por haber cometido una falta gravísima. (Artículo 31, Ley de la Carrera Judicial)

Estas causales de ausencia de magistrados son fatales para la administración de justicia, porque no permite integrar temporalmente con magistrados suplentes de Corte Suprema de Justicia, sino indica los procedimientos ya descritos y, en los casos de licencia, aunque no pueden exceder de seis meses, se ocasiona una extensión de plazos en los procedimientos jurisdiccionales por la ausencia de uno de los miembros de la Cámara;

no digamos en caso de enfermedades o accidentes, que no se puede prever el tiempo de recuperación. Luego en casos de separación del cargo y suspensión por haberse dictado auto de procesamiento, si bien, se cataloga como ausencia temporal, realmente se convierte en definitiva, porque los procesos en los que debe dilucidarse la actuación de los magistrados, puede durar más del período para el que fue electo para resolver sobre la situación jurídica a que está sometido.

En el último de los casos, el honorable Congreso de la República hizo una consulta a la Corte de Constitucionalidad, en la que constaban tres preguntas puntuales, las que se parafrasean a continuación:

¿Para integrar la Corte Suprema de Justicia con todos los magistrados titulares, puede el Congreso de la República, en el caso de ausencia por haberse dictado auto de procesamiento en contra de un magistrado, designar en definitiva a un nuevo magistrado?; ¿La elección debe efectuarse de la

misma nómina propuesta en su oportunidad por la respectiva Comisión de Postulación?; y, en tanto se efectúa una nueva elección, ¿La Corte Suprema de Justicia está integrada para todos los efectos legales, con la designación de un magistrado de la Corte de Apelaciones?.

La Corte de Constitucionalidad se abstuvo de emitir opinión, ya que consideró que de las preguntas realizadas en la consulta advirtió:

... que estas no incorporan tópicos con relevancia constitucional que tornen procedente que este Tribunal emita la opinión requerida. Cabe puntualizar que las situaciones jurídicas a las que hacen referencia las citadas interrogantes pueden ser resueltas de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable para cada una de las interrogantes formuladas.” (Consulta No. 2683-2017 del 28-09-2017, Corte de Constitucionalidad)

Si bien es cierto, que la Ley establece procedimientos para integrar, también lo es que estos, no resuelven los problemas que se ocasionan en la integración y en la ampliación de plazos para resolver, en virtud, de los procedimientos

incidentales que se producen en la mayoría de los casos citados, aparte de la duración de las integraciones con magistrados de Corte Suprema de Justicia o de Salas de Apelaciones.

4. Conclusión

Los procedimientos de integración de Cámaras de Corte Suprema de Justicia, en casos de impedimentos, excusas, inhibitorias, recusaciones y ausencia por suspensión de magistrados, están normados en la Constitución de la República y en la Ley del Organismo Judicial, a pesar de ello, dichos procedimientos no son congruentes con los principios de justicia pronta y cumplida, debido al entorpecimiento procesal que producen los mismos procedimientos incidentales en su mayoría, que son utilizados para la respectiva integración de Cámara; pero lo más preocupante del caso, es la desintegración que sufren las cámaras en virtud de suspensiones o licencias por enfermedad o accidente de magistrados, es porque la ley obliga a integrar de la

misma forma, a sabiendas que en lugar de ser temporal se convierta en suspensión definitiva.

Indiscutiblemente en el tiempo en que fueron emitidas las normas en cita, no se tenían dichos problemas ni la carga de trabajo que ha venido en crecimiento constante, por la diversidad de conflictos que aquejan a los ciudadanos. Existen procedimientos pero estos permiten que en cada caso en particular se integre con distintos magistrados en virtud, de la disponibilidad de ellos, en relación a sus propios compromisos jurisdiccionales de Cámara, Pleno de Corte y Corte de Apelaciones, agregando la elaboración de ponencias, estudio y aprobación de resoluciones, integración en vistas públicas de Cámara y Corte Suprema de Justicia.

La suspensión no obstante no es una terminación de trabajo, si es un cese definitivo de funciones, porque el magistrado se ve sujeto a un proceso judicial, que no es resuelto dentro del período para el que fue electo; es aquí donde radica

la problemática afrontada, lo cual podría ser remediado si se tuviera un procedimiento de integración con magistrados suplentes como el caso de la Corte de Constitucionalidad y, así dejan de ser abogados cuyos nombres aparecen en un listado esperando turno para ser nombrados, porque se les da la calidad de magistrados suplentes y no han sido juramentados para ello.

Debido a la exposición del problema y normativa analizada, concluyo que es necesario una reforma constitucional a los artículos que desarrollan los procedimientos de integración de Corte Suprema de Justicia y las cámaras respectivas y, por consiguiente, una reforma parcial a

la Ley del Organismo Judicial y Ley de la Carrera Judicial, así establecer que deben integrar Cámaras y Corte Suprema de Justicia, en los casos multicitados, los magistrados suplentes de Corte Suprema de Justicia, tal y como lo realiza la Corte de Constitucionalidad, con ello se estaría cumpliendo con el mandato establecido en el párrafo final del artículo 207 constitucional, que preceptúa que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia prestarán ante el Congreso de la República, la protesta de administrar pronta y cumplida justicia.

Bibliografía consultada

Barrera González, Daniel. (2010) *Análisis y propuestas del sistema de elección y del estatuto jurídico de los magistrados de la Corte de Constitucionalidad frente al principio de independencia*. Tesis de Graduación. Facultad de Derecho, Universidad del Istmo. Editorial Comunicación Gráfica G&A, Guatemala 427 páginas.

Vásquez, Smirilli, Gabriela Judith, con la colaboración de Tuyuc Velásquez María Cleofás. (2000). *Independencia y carrera judicial en Guatemala. Ideas y Documentos para la Democratización del Sistema de Justicia*. Programa de Justicia USAID/CHECCCHI, CromoGráfica, Guatemala, 465 páginas.

Aguilar Rivera, Edgar Oswaldo. (2006). *Supremacía constitucional, jerarquía normativa y argumentación jurídica constitucional*. Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Enero-Junio 2006. Número 52. SERVIPRENSA, S.A., Guatemala, 160 páginas.

Constitución Política de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial Decreto del Congreso de la República 2-89 y sus reformas.

Ley de la Carrera Judicial, Decreto 32-2016 y sus reformas Decreto 17-2017 del Congreso de la República.

Ley de Comisiones de Postulación. Decreto del Congreso de la República número 19-2009.

Acuerdo 36-2004 de la Corte Suprema de Justicia.

Expedientes de Corte de Constitucionalidad números: 2731-2006, 3205-2008, 3090-2014, 5073-2016 y 2683-2017

CONTENIDO DE UNA AUTÉNTICA CONSTITUCIÓN

Reina Isabel Teo Salguero*

Una de las máximas tareas de la que debe ocuparse el encargado del poder público, de suma relevancia, lo constituye la formación de las leyes, son las que han de reglar los negocios de intereses de la comunidad política y a las que los ciudadanos deben conformar sus actos, también conforme a ellas los funcionarios del legislativo, ejecutivo y judicial usan su poder. Por consiguiente, es obvio que toda ley es importante en donde quiera que hay acción humana, porque es la que “regulará la vida de toda la comunidad en sus aspectos fundamentales, y por un tiempo generalmente prolongado.” (SAGUES. 2007)

La constitución escrita no data de mucho tiempo, surgió en el siglo XVIII cuando:

...empiezan a existir documentos en los que pretende fijarse por escrito las normas a las que debe responder la organización política general de la sociedad, con especificación de los órgano y

procedimientos a través de los cuales se debe ejercer el poder; así como de la relación de tales órganos con los individuos y sus derechos.”(PÉREZ. 2007)

Se estima que es, precisamente, la formación de la constitución escrita, como Ley Suprema, la más importante y difícil de formar, en virtud de que debe ser elaborada “con formalidades más o menos solmenes...”(DUVERGER, 1962), es un sistema de normas que debe establecerse de una sola vez, determinando de forma total, exhaustiva y sistemática, “las funciones fundamentales del Estado, regulando sus órganos y ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellas.” (DA SILVA. 2003)

Con la sola formación de una constitución no se puede aseverar que se tiene una constitución *per se* o que el Estado que la forma es una república o en él existe un estado de derecho; se tiene una auténtica constitución cuando va

* Abogada y Notaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala

acompañada de un determinado contenido, el cual permitirá saber si es una constitución o bien solo es “una forma espuria, que «hace uso del nombre de Constitución en vano»” (PÉREZ. 2007). Aunque no está definido cuál es el contenido que debe tener una constitución, pues la formación de estas varía de un país a otro, cada proceso constituyente responde a criterios racionales, pero históricamente condicionados y distintos, se concuerda en que deben tenerse en cuenta muchos aspectos no solo de lenguaje o de ortografía, sino también de tecnicismo y contenido, como también de brevedad y flexibilidad en su articulado, por cuanto en la formación de la constitución es donde se constitucionaliza el derecho y la estructura jurídica, momento máximo en el cual la garantía de la “Constitución pasaría a ser una garantía política.” (PÉREZ. 2007)

En principio, se señala que la elaboración de una constitución debe ser con plena libertad, es decir, que el poder constituyente originario –el cual supone una

constitución- actúe sin condiciones, aunque de *mutuo proprio* puede aceptar que se le limiten sus atribuciones.

Se recomienda que no tenga excesivo tecnicismo o que sea demasiada extensa (la Constitución de Ecuador tiene 444 artículos, sin incluir las disposiciones transitorias), en virtud que ello, a la postre, puede generar incompreensión por parte del ciudadano, además de que “inmoviliza una cantidad demasiado grande de reglas jurídicas y exige frecuentes revisiones (...) no dejan lugar alguno a la construcción jurisprudencia o a la costumbre”. (HAURIOU, GICQUEL Y GÉLARD. 1980) La mayoría de las constituciones no recogen el tipo constitucional, la única que se rescata es la de Argentina, además es breve, tiene aproximadamente 120 artículos, se promulgó el 1853; se derogó en 1994. También se pide evitar manipulación de dirigencias políticas que quieran injerir para satisfacer sus intereses de política agonal; o bien, no esté contenida de

una serie de expresiones de deseos inagotables para asegurar los más variados derechos de manera explícita.

Al tener la constitución vocación de divulgación, el doctrinario Néstor Sagúes, en la obra antes citada, afirma que su formación debe cumplir con varias técnicas de lenguaje, siendo la primera, utilizar vocabulario constitucional claro, evitando términos oscuros, complejos, ambiguos o contradictorios, o extranjerismos, neologismos o los de difícil comprensión para la población; que se redacte de forma ordenada y en atención a normas gramaticales y ortográficas; en tercer lugar, se haga uso de lenguaje jurídico descriptivo (neutro que informe una realidad), expresivo (manifestación de sentimientos o emociones) y directivo (provoque o incite a la población a comportamientos activos o pasivos) y que el lenguaje constitucional sea sincero; y, los tiempos verbales se expresen a futuro o en presente. Lo que debe tenerse claro es que la constitución es un documento que

debe ser comprensible para cualquier persona, que inspire seguridad y simbolice la participación popular en el ejercicio del poder constituyente.

Los criterios tradicionales opinan que la constitución “está conformada por dos partes bien diferenciadas, la dogmática que incluye el enunciado de los derechos fundamentales y de las libertades que corresponden a los ciudadanos y otra, la orgánica, que estructura el poder público y delimita as competencias.”(FLORES. 2009) Avala la división de la constitución en dos partes el doctrinario guatemalteco Mario David García, al decir:

En sentido propio, la Constitución admite sólo dos aspectos regulatorios: Los derechos y garantías personales –relativos a la vida, la libertad, la propiedad; la definición de ciudadano y ciudadanía, el debido proceso y la convivencia-; y la organización administrativa del Estado y sus expresos e infranqueables límites, que conlleva la determinación de los poderes gubernamentales, las institución que lo componen, el

ejercicio de la función pública y sus
constreñimientos y prohibiciones.
(GARCÍA. 2011)

Este autor no estima que el preámbulo tenga aspecto regulatorio. Lo trascendental es que el legislador crea derecho a partir de la Constitución y con el límite que la Constitución supone.

Acepta que debe dividirse en dos partes, Manuel Atienza, al decir que “una Constitución supone dos requisitos más: una declaración de derechos y una organización inspirada en cierta interpretación del principio de separación de poderes”. (ATIENZA) Se estima que es insignificante que la constitución se divida en dos o tres partes, como tampoco es importante si contiene o no preámbulo, ya que la doctrina española concuerda en que este no tiene carácter dispositivo ni tampoco contiene verdadera normas jurídicas, es decir, carecen de valor normativo, pero sí tienen valor interpretativo de la Constitución (SSTC 36/1981 de 12 de noviembre; 1/1982 de 28 de enero y 62/1982 de 4 de

noviembre). Lo toral y relevante es que la constitución sirva de base de todo sistema jurídico, que sea el asiento primordial de todo orden estatal y que constituya, sobre todo, la camisa de fuerza que impone límites a los gobernantes; en otras palabras que sea aplicada –tenga aplicación positiva-y que sea eficaz y eficiente. En el continente Americano hay 10 constituciones que no tienen preámbulo; en Europa son 17; en Asia hay 8; y, en África son 6 las constituciones.

Generalmente la mayoría de las Constituciones se suelen dividir en tres partes, el primero es el preámbulo (las constituciones de Holanda y Austria no lo tienen); el cuerpo –comúnmente dividido en parte dogmática, o de declaraciones, derechos y garantías; la orgánica, o de estructuración del poder del Estado (hay Estados que separan el poder en 3, otros en 4 y unos en 5 poderes, ejemplo, Ecuador lo divide en Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Poder Electoral y Poder de Participación Ciudadana; y, Bolivia lo divide en –Órgano

Legislativo, Órgano Ejecutivo, Órgano Judicial y Órgano Electoral), y los apéndices (cláusulas complementarias, enmiendas, transitorias y promulgación, entrada en vigencia, etcétera, también se incluyen tratados o instrumentos internacionales)

En Latinoamérica tienen preámbulo las constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela. Costa Rica, Ecuador, República Dominicana y Perú tienen una breve declaración inicial sin mayor contenido que denominan preámbulo. Carecen de él las constituciones de Bolivia, Chile, México y la República Oriental de Uruguay. Las 26 constituciones de Venezuela fueron precedidas de un preámbulo, algunas muy brevemente. La Constitución de Guatemala se formó atendiendo el contenido que habitualmente tiene una constitución, expresando los tiempos verbales en futuro y en presente, como también en

infinitivo, lo cual si bien técnicamente no es recomendable no incide en su comprensión, interpretación y menos en su aplicación positiva y menos en su eficiencia y eficacia.

De ahí que se considere que el poder constituyente tiene libertad de incluir materias que usualmente no conforman las partes reconocidas por la tradición, un ejemplo claro de esa inobservancia se encuentra en Francia que, en 1791, redactó un texto con falta de parte dogmática, asumió como tal, por remisión, la Declaración de 1789; como tampoco existe prohibición de que la normativa constitucional esté dispersa, como es el estilo de la Constitución de Gran Bretaña.

Aunque no incide en la eficacia y aplicabilidad de una Constitución, se considera otro aspecto que debe tenerse en cuenta al momento de formar una constitución es cómo se dividirá y cómo se enunciará el articulado, puede seguir distintos criterios, por ejemplo se pueden faccionar en partes, secciones y

capítulos, así lo hace la Constitución de Guatemala y de Argentina; otros, de forma distinta la dividen solo en títulos, verbigracia Mónaco, y algunos en letras, como lo es el caso de Noruega. Los artículos casi siempre se enuncian en números arábigos, aunque en el siglo XIX se utilizaron los números romanos, verbigracia la Constitución de Argentina de 1819; y, también se dividen los artículos en incisos en letras o números.

No hay unidad ni uniformidad de criterio en cuanto al nombre que se le debe asignar a una constitución, pero cotidianamente se le denomina constitución, otros optan por llamarla ley fundamental, instrumento de gobierno, carta constitucional, estatuto, reglamento o acta constitucional, inclusive carga magna, es decir, en la mayoría de los casos, se le ha denominado atendiendo a la forma de emisión. Ahora bien, los que tienen una constitución dispersa, como Francia en 1875 le llaman leyes constitucionales, España - 1942-1978- les denominó leyes

fundamentales. Guatemala utilizó el término de leyes constitucionales de carácter constitucional en su ordenamiento normativo con varias leyes, decretos 63 y 65 (Poder Ejecutivo); en la actualidad lo mantiene con 4, Ley de Emisión del Pensamiento, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Ley Electoral y de Partidos Políticos y la Ley de Orden Público y les otorgó esa adjetivación en virtud que las promulgó una Asamblea Nacional Constituyente.

Son aceptables las acepciones de constitución, como también ley fundamental o leyes fundamentales, conforme el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el cual señala que la Constitución es la ley fundamental de un Estado (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2004), lo cual es confirmado por Jellinek quien señala que para señalar a la constitución es “En el siglo XVI aparece por vez primera el concepto de ley fundamental, *lex fundamentalis*.” (JELLINEK,

1970) Lo cual denota que la adjetivación Constitución, tal y como se entiende ahora, no se conoció antes del siglo XVII, pues las leyes calificadas como constitucionales, con anterioridad a ese siglo, se les denominaba leyes fundamentales o leyes políticas, son términos que se acercan más a lo que es una constitución. La República Dominicana denomina a su Ley fundamental Constitución Dominicana, El Salvador solo le denominó Constitución al igual que Venezuela y España la llamó Constitución Española.

Otro doctrinario afirma que el término Constitución tiene los siguientes significados principales:

- 1) En una primera acepción, “Constitución” denota todo ordenamiento político de tipo “liberal”. 2) En una segunda acepción “Constitución” denota un cierto conjunto de normas jurídicas, grosso modo, el conjunto de normas –en algún sentido fundamentales– que caracterizan e identifican todo ordenamiento. 3) En una tercera acepción, “Constitución denota – simplemente– un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente). 4) en una cuarta acepción, en fin

“Constitución, denota un particular texto normativo dotado de ciertas características “formales”, o sea de un peculiar régimen jurídico.” (GUASTINI. 2001)

Lo anterior es equívoco, porque el término constitución solo tiene un significado central: una ley escrita, dictada por un órgano específico – el Poder Constituyente–, en su calidad de mandatario del pueblo, que impone y determina los límites de la acción gubernamental y garantiza los derechos fundamentales de la población; por lo que, no cualquier documento al que se le dé el nombre de constitución puede ser considerada una constitución en el sentido propio de lo que es una constitución.

De igual manera, tampoco es correcto identificar a una constitución como instrumento de gobierno o acta constitucional, ya que un doctrinario asevera que, en sentido genérico, una constitución

es el acto formativo o fundacional de una organización política global, que define las reglas de juego bajo cuya vigencia se desarrollaran las relaciones del poder político y la

convivencia social. La Constitución es la unidad orgánica de la organización global y el modo en que se operara su funcionamiento.” (BADENI. 1997).

Al nombrar a la constitución instrumento o acta, se le demerita el valor republicano que tiene una constitución la cual se la dan hombres libres, no es un acto simple como lo es un instrumento o una acta. En Guatemala se promulgó la Acta constitutiva de la República de Guatemala de 1851.

Además, se considera que la adjetivación carta magna no es igual o semejante a lo que es una constitución y que es equívoca la sinonimia que hace el Diccionario mencionado en cuanto a ambos conceptos, porque la carta magna solo es una carta de concesiones que “...contiene limitaciones al poder monárquico...” (GARCÍA. 2010), a través de la cual el rey se comprometió, entre otras situaciones, a respetar derechos de la comunidad reconocidos en leyes o tradiciones, *contrario sensu*, los “liberados de su deber de lealtad y tienen derecho a rebelarse...”. Autor que también dice que puede

ser definida como “...el origen de las libertades políticas de los ingleses y referente del desarrollo constitucional, principalmente de las naciones monárquicas europeas.” (GARCÍA. 2010)

Aunado a que, en la Carta Magna se estableció uno de los elementos que van a caracterizar el concepto y la finalidad de una constitución, que es ser un escrito en el que se consignan limitaciones al poder público, se reconocen y garantizan derechos fundamentales a la población y se fijan procedimientos para la toma de decisiones en ciertos aspectos sensibles de los asuntos públicos (tributos, guerra, etcétera). No se demerita la importancia histórica que tuvo la Carta Magna en el constitucionalismo, sin embargo, no se puede desconocer que solo fue una concesión del rey a los pares, que no garantizaba derechos a todos los ciudadanos británicos, es decir, no era universal. Casi haciendo alusión al término de carta, Guatemala en 1963 emitió la Carta Fundamental de Gobierno.

Asimismo, a pesar de que en Italia se estableció un estatuto constitucional en la forma legislativa ordinaria, vigente del 4 de marzo de 1848 a 1946, no es pertinente que una constitución se determine de esa forma, porque esta puede ser modificada por el procedimiento idéntico a los utilizados por la ley ordinaria y por el órgano que tenga facultad para modificar estas leyes ordinarias; "...implica la soberanía del Parlamento más bien que la soberanía de la Nación" (HAURIOU, GICQUEL Y GÉLARD. 1980) y, lo más catastrófico es que excluye la distinción entre el poder legislativo y el poder constituyente. Son dos los Estatutos de Gobierno de Facto que ha tenido Guatemala, Decretos Leyes 8 (1963) y el 24-82 (1982).

No puede dejarse de indicar que otros países como Chile y Bolivia, y los centroamericanos, - Guatemala, Nicaragua, Honduras, Costa Rica y Panamá-, le han denominado Constitución Política. En Guatemala, desde la época colonial, con la Constitución

Política de la Monarquía Española, fue que se utilizó por primera vez el término constitución política y se sigue utilizando en la constitución que en la actualidad está vigente. Como república, utilizó esa denominación con la Constitución de 1825, 1945, 1956, 1965 y lo reiteró en la de 1985.

Acompañar a la constitución con la adjetivación "política", se estima que es equívoco, por cuanto la finalidad que la constitución persigue es "posibilitar la construcción jurídica de un orden político." (PÉREZ. 2007) Precisamente porque la sociedad igualitaria naturalmente es desordenada, por lo que el orden tiene que ser políticamente construido, la constitución entonces es orden construido por esta, pero además es lenguaje.

Además, la Real Academia Española, en el diccionario antes mencionado, no contiene definición de lo que es una constitución política, por lo que se mantiene el criterio de que a una constitución no se le puede

denominar de esa forma, porque a la constitución se le asigna un valor superior frente a las demás leyes, su formación es distinta y depende de un momento político y jurídico inicial.

Si bien, un doctrinario señala que la constitución se define por los siguientes criterios:

Constitución tiene que limitarse a ser Constitución Política y renunciar, por tanto, expresamente a ser Constitución de la Sociedad (...). El constituyente tiene que saber autolimitarse a ser un constituyente político. La sociedad va por su cuenta (...) si la Constitución no es de la sociedad, entonces “sí debe reconocer y garantizar los principios en los que dicha Constitución se basa. Si la Constitución es una Constitución de la igualdad y la libertad, es porque la sociedad de la que arranca es una sociedad igualitaria y libre (...) no debe ser su tarea <invadir> o <politizar> la sociedad, pero sí <reconocer y garantizar> los principios que la hacen ser tal (...) tiene que ofrecer a la sociedad un cauce para que ella pueda autodirigirse políticamente (...) además de ser aprobada democráticamente, tiene que ser obedecida ya que una ley la que no se presta obediencia no sirve para nada, deja de ser realmente una ley

(...) tiene que disponer de un mecanismo de resolución de conflictos que consista en la aplicación individualizada de la ley de manera objetiva, esto es, imparcial e independientemente.” (PÉREZ. 2007)

Y otros señalan que “cuando se piensa en la Constitución de un Estado, generalmente no se considera más que a una constitución política”. (GICQUEL Y GÉLARD. 1980)

Se entiende que la propuesta de que la constitución tiene que limitarse a ser constitución política se encamina no al sentido literal de que la constitución sea propiamente política o que así se le denomine, sino que su formación es política porque es el Estado la expresión política de este, ya que, el mismo autor, sostiene que “no puede haber órdenes políticos distintos en la sociedad.” (PÉREZ. 2007)

Cuando el doctrinario Pérez Rayo, en la obra citada, afirma que la sociedad “tiene que darse una Constitución política, tiene que constituir el Estado” (PÉREZ.

2007), se da en el sentido de que la constitución debe tener una garantía política, la cual debe ser ante la existencia de una Cámara representativa la que es "...representante de la sociedad y no hay límites jurídicos para su manifestación de voluntad." (PÉREZ. 2007) Es la constitución la que consagra jurídicamente la idea política dominante en la sociedad que determina su creación y funcionamiento, de ahí que, desde que se promulga, pierde ese sentido político. Esto porque es "el legislador, que tiene un amplio margen de decisión política, utilice esa discrecionalidad con el objeto de configurar el orden jurídico." (VILA.2007) Es el Congreso un órgano eminentemente político y la constitución la que inicialmente dispone cuáles son sus actos, los limita y dirige a la vez. La constitución tiene como objetivo crear y mantener la unidad política.

El doctrinario Sánchez Viamonte también indicó que no era correcto llamarla Constitución política, "porque ella abarca, además, toda la organización jurídica y su múltiple contenido: ético, social, económico, cultural, etc." (SÁNCHEZ. 1944)

Se concluye que, la constitución no debe tener nomenclatura (nombre), porque la constitución es una, es límite al ejercicio del poder, es fundacional, es principialística, tiene principios, es breve y clara.

Por último, pero no menos importante, es el cuidar la no introducción de todas las novedades que se conozcan en el derecho público actual, ello es nocivo como la ignorancia; es lógico que, no se pueden desconocer los aportes del derecho comparado eficientes y provechosos para el país que forma una constitución.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel.
Argumentación y Constitución.
http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Argumentaci_n_y_constituci_nn_manuel_atienza.pdf. Consultada el 10 de julio de 2018 a las 14: 40 horas.

Badeni, Gregorio. (1997) *Instituciones de Derechos Constitucional*, Argentina, Ad-hoc S.R.L.

Da Silva, José Afonso. (2003) *Aplicabilidad de las Normas constitucionales*, traducción Nuria González Martín, México.

Duvenger Maurice. (1962) *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Traducción de Jesús Ferrero. España. Ediciones Ariel, S.A.

Flores Juárez, Juan Francisco. (2009) *Constitución y Justicia Constitucional / Apuntamientos*. 2ª. Reimpresión. Guatemala. Talleres Gráficos de Impresos.

García, Mario David. (2010) *Teoría Clásica del Estado*, 1ª.

Reimpresión, Guatemala, Editorial Tierra Labrada.

García Velásquez, Mario David. (2011) *Tutela de Urgencia y el Desajuste Sistémico Constitucional*. Editorial Tierra Labrada, Guatemala.

Guastini, Riccardo. (2001). *Estudio de teoría constitucional*, 1ª. edición, México, Distribuciones Fontamara, S. A.

Hauriou, André; Gicquel, Jean; y Gélard, Patrice. (1980) *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Traducido por José Antonio González Casanova. España. Editorial Ariel.

Jellinek, George. (1970) *Teoría General del Estado*. Buenos Aires, Argentina, Albatros.

Pérez Rayo, Javier. (2007). *Curso de Derechos Constitucional*. Undécima edición. Revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán. Barcelona. Marcial Pons.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo I. Vigésima Segunda

Edición. 2004. España, Editorial Espasa Calpe, S.A.

Sagués, Néstor. (2007). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires Argentina. Editorial Astrea.

Sánchez Viamonte, Carlos. (1944) *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Kapelusz.

Vila Casado, Iván. (2007) *Fundamentos del derecho Constitucional Contemporáneo*. 1ª. Edición. Colombia, Legis Editores, S.A.

DERECHOS FUNDAMENTALES DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS, CIVILES Y POLITICOS

*Aracely Amaya Fabián**

Introducción

El presente trabajo de forma muy breve, pretenderá dar una breve explicación de mis consideraciones sobre los Derechos Fundamentales, y entre ellos de los Derechos Sociales, Económicos, Civiles y Políticos.

Para una mejor explicación, se trazaran algunas clasificaciones de Derechos, teniendo el cuidado correspondiente de remarcar que las mismas, carecen de jerarquización vertical, y la división, se hace principalmente en un plano horizontal, en cuanto a su contenido funcional, y en cuanto al titular de la reclamación; lo cual me permite hacer llegar con más claridad el mensaje que intento trasladar.

Las principales teorías utilizadas, para la realización del presente

trabajo, son de los juristas Luigi Ferrajolli y Rodolfo Arango. El primero en cuanto a la definición de Derechos Fundamentales y sus diferentes orígenes de pretensión; y el segundo principalmente para las definiciones de Derechos Sociales Fundamentales.

Por último, se presentarán una serie de conclusiones finales, con el objetivo de remarcar las principales diferencias encontradas, entre los Derechos antes establecidos.

DERECHOS FUNDAMENTALES

DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS, CIVILES Y POLITICOS

Para poder hacer una diferenciación entre Derechos Sociales y Civiles, es importante, en primer lugar ubicarlos dentro de una categoría en el mundo Jurídico.

* Aracely Amaya Fabián es magistrada vocal I, sala quinta de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social.

Esto permitirá plasmar concepciones básicas que fundamenten la definición de cada uno de ellos, y de dicha cuenta poder presentar en la medida de lo posible, un ensayo, con mayor contenido científico.

Es por ello que diré que los Derechos antes citados sin lugar a dudas, pasan a formar parte de los Derechos Humanos, los cuales para efectos del presente trabajo, también serán ubicados dentro de la esfera de los Derechos Fundamentales; y al respecto de Derechos Fundamentales, presentare la definición que a mi parecer, presenta de forma más objetiva lo relativo a los mismos, la cual es proporcionada por el jurista italiano Luigi Ferrajolli: “formalmente son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de

ciudadanos o personas con capacidad de obrar⁷”.

Partiendo de la definición anterior, es posible ahora a modo de estudio, realizar una clasificación entre Derechos Fundamentales, la cual debo aclarar no es en cuanto a jerarquía, sino a funcionabilidad y aplicabilidad de los mismos, dado que en mi opinión no es posible una jerarquización de Derechos Fundamentales.

La imposibilidad de alinear verticalmente Derechos Fundamentales, se debe al alto grado de importancia en el contenido de cada uno de ellos, tal como lo definió Robert Alexy, a lo que debemos agregar que su proceso de positivación le sitúa dentro de una Constitución, y por tal razón su importancia no es un valor discutible o delegable libremente a disposiciones políticas únicamente⁸.

Es por eso que Rodolfo Arango expone que todos los derechos

⁷ Luigi Ferrajolli, Los fundamentos de los derechos fundamentales, editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 9.

⁸ Rodolfo Arango, El Concepto de Derechos Fundamentales Sociales, Editorial Legis, Colombia 2005, pp. 32.

acogidos por una Constitución poseen un alto grado de importancia, ya “que la incorporación de Derechos en una Constitución está orientada a reconocer su importancia y a darles una mayor protección, no siendo posible su modificación por medio de simples leyes. El alto grado de importancia del derecho respectivo se reconoce automáticamente mediante su consagración constitucional”.⁹

Dejando clara mi negativa a jerarquizar a los Derechos Fundamentales, Luigi Ferrajoli, ofrece una tipología basada en la definición de Derechos Fundamentales, la cual se desarrolla desde una base subjetiva en cuanto a la titularidad de los mismos, esto refiere a la capacidad de las personas de ejercer estos derechos en base a sus condiciones personales, pudiendo optar a los mismos como ser humano, como ser humano- ciudadano y como ser

humano-ciudadano con capacidad de obrar.

En base a lo anterior Ferrajoli descubre cuatro clases de Derechos Fundamentales:

- a) Los derechos humanos, que pertenecen a todas las personas en cuanto tales, incluso a las que no son ciudadanos ni capaces de obrar; b) los derechos civiles, que pertenecen a las personas en tanto son capaces de obrar, independientemente de la ciudadanía; c) los derechos públicos, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar; d) los derechos políticos, que corresponden a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar”¹⁰.

A su vez estas cuatro clases de derechos fundamentales Ferrajoli los agrupa en dos grandes grupos,

⁹ Ibid. pp. 33.

¹⁰ Luigi Ferrajoli, pp. 293.

los cuales a mi entender ejemplifican mejor el contenido y diferencias que surgen de esta clasificación por lo que a continuación tratare de esbozar los lineamientos de los mismos.

El primer gran grupo se compone de los derechos de la persona, formado por los derechos humanos y los derechos civiles y los derechos de ciudadanía o del ciudadano a su vez creado por los derechos públicos y los derechos políticos. La diferenciación en este grupo es evidente ya que los primeros son los derechos aplicables a todas las personas independientemente de su vínculo jurídico con un Estado; y los segundos son aplicables únicamente a los que ostenten la calidad de ciudadanos en cada Estado respectivamente.

El segundo gran grupo Ferrajolli también lo subdivide en derechos primarios o sustanciales, comprendido por los derechos humanos y los derechos públicos; y los derechos secundarios o formales, sustentado por los

derechos civiles y los derechos políticos.

Para evitar aparentes contradicciones en cuanto a jerarquización de derechos fundamentales, me limitare a nombrar sustanciales y formales, a los derechos que forman el segundo grupo.

Es importante esta subdivisión porque Ferrajolli fundamenta su definición subjetiva de derechos fundamentales en la combinación de las mismas, ejemplificándolo de esta forma: en el primer grupo tenemos los derechos de la persona y los derechos del ciudadano; y en el segundo los derechos sustanciales y los derechos formales, al combinar las cuatro subdivisiones tenemos: 1) derechos sustanciales de la persona, que son los derechos humanos; 2) derechos sustanciales del ciudadano, igual a los derechos públicos; 3) derechos formales de la persona; que son los derechos civiles; y por ultimo 4)

derechos formales del ciudadano para crear los derechos políticos¹¹.

Tipología objetiva de los derechos fundamentales

Debo mencionar que la tipología utilizada para dividir subjetivamente los Derechos Fundamentales, nos sirve también para realizar una clasificación objetiva, basada ya no en la capacidad de obrar del sujeto¹² sino en su accionar a través de conductas o comportamientos.

Para esto Ferrajolli nos ilustra tomando en cuenta su segunda gran clasificación que recordamos son los derechos sustanciales y los derechos formales, a los primeros les denomina derechos de libertad y derechos sociales, los cuales considera inherentes a la persona independiente de su capacidad de obrar, dividiendo los primeros en “libertades de” y “libertades para”, ejemplificando las “libertades de” con el derecho a la vida, y derecho a la justicia; mientras que a “las libertades para” con los derechos

de prensa, de asociación y de reunión.

Los derechos sociales en cambio los podemos ver en ejemplificados en los derecho a la salud, a la educación y a la seguridad social. **Lo que diferencia a ambos es que en los primeros se pretende que la libertad sea en base a la omisión estatal, es decir que no exista interferencia alguna en nuestro accionar; en cambio en los segundos advertimos la necesaria intervención de terceros que brinden servicios previamente establecidos, para gozar plenamente de dichos derechos.**

Lo importante tanto de los derechos de libertad y de los sociales, es que no se precisa acreditar ningún tipo de personalidad para poder optar a estas garantías, es decir que no dependen de ninguna condicionante en su capacidad para obrar.

Estando ya definidos los derechos sustanciales corresponde asignar

¹¹ Luigi Ferrajoli, pp. 294.

¹² Desde un punto de vista subjetivo.

una división a los derechos formales, a los que Ferrajolli denomina derechos de autonomía y en estos incluirá a los derechos civiles y políticos. En esta división la capacidad de obrar es condicionante para la efectividad de las garantías fundamentales.

Los derechos civiles son asociables con los actos negociables de disposición sobre derechos patrimoniales; y los políticos con actos públicos, ejemplificados perfectamente con el ejercicio del voto.

De esta cuenta se advierte la importancia en toda la clasificación del “status” del ser humano, ya que este como presupuesto normativo de algunos Derechos Fundamentales evita la posibilidad que todos los derechos del ciudadano sean derechos humanos y que todos los derechos políticos sean derechos civiles.

Lo anterior nos lleva a la conclusión que la evolución lógica del Derecho Constitucional va orientada a suprimir el estado-

ciudadano de las personas para conseguir la atribución de todos los derechos a todos los seres humanos, fin axiológico de los Derechos Fundamentales.

Ferrajolli finaliza esta división aclarando que:

...estas distinciones al igual que la definición de Derechos Fundamentales, son distinciones analíticas, verdaderas por definición. No nos dice que derechos en su contenido son de la persona, o del ciudadano, de libertad o sociales, sino lo que son estos distintos tipos de derecho... ... Así, llamamos, por ejemplo derechos sociales a los derechos a la salud o la educación, y de libertad a la libertad de prensa o reunión... ... Pero ello no quita para que en el derecho a la salud se incluyan inmunidades (por ejemplo frente a la contaminación) o para que en la libertad de reunión se incluyan también expectativas positivas (por ejemplo, al disfrute de un lugar público)¹³.

Derechos fundamentales sociales

El anterior análisis sobre Derechos Fundamentales realizado por el jurista Luigi Ferrajolli, a mi parecer es uno de los más completos en

¹³ Luigi Ferrajoli, pp. 298.

cuanto a las características reales y prácticas que competen a los mismos en la esfera constitucional moderna.

No obstante la complejidad y profundidad del estudio realizado, me parece importante hacer mención, a otra clasificación sobre los Derechos Fundamentales, la cual es aceptada por gran parte de la doctrina constitucional y consiste en la división de estos, en derechos de defensa y de prestación, los cuales se definen según la relación estado-ciudadano. Esta división se explica según Rodolfo Arango en base a la acción u omisión del Estado y en cuanto a la participación ciudadana, definiendo a los derechos de defensa como la omisión estatal, limitando la acción de este para garantizar la libertad del individuo. En cuanto a los derechos de prestación se refiere al accionar positivo del Estado para asegurarse la participación del

ciudadano en prestaciones normativas.¹⁴

Lo anterior lo incorporo al presente trabajo, debido a que la postura constitucional clásica, en su estudio únicamente reconoce “derechos de defensa”, y no admite la inclusión de los derechos de prestación en su estructura, contrario a las teorías constitucionales modernas quienes si los incorporan reflejando la amplitud conceptual de los Derechos Fundamentales.

Esta justificación es necesaria para definir los derechos sociales fundamentales, ya que los mismos surgen de la clasificación constitucional moderna, y se refiere a los Derechos Fundamentales de prestación.

Recordemos que los derechos de prestación se refieren a la acción estatal frente al ciudadano y en su sentido más estrecho incorpora únicamente los derechos mínimos vitales, que Robert Alexy dice son los derechos que el individuo reclama al Estado pudiendo en caso

¹⁴ Rodolfo Arango, pp.35.

contara con medios económicos adecuados y una oferta abundante de los mismos adquirirlos de particulares¹⁵.

La teoría clásica reclama únicamente a los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales, circunstancia parcialmente correcta, ya que como detalle anteriormente los Derechos Fundamentales son una fracción de los Derechos Humanos, por lo que dado el espíritu de los mismos, (que es la dignificación del ser humano) no es posible encasillar a los Derechos Humanos dentro del andamiaje formal de una constitución.

De esa cuenta es la importancia del análisis sobre los Derechos Sociales Fundamentales, ya que no solo forman parte de la esfera constitucional moderna, sino es a través de ellos que garantizamos el compromiso del Estado a dignificar la condición humana del individuo. Si recordamos la acepción que

consideraba a los Derechos Fundamentales como condiciones de gran importancia, no es de extrañar que todo lo que garantice las condiciones humanas mínimas para una vida digna sea considerado como tal.

Es por eso que no comparto la teoría que considera como condición excluyente de los Derechos Fundamentales, la actividad positiva del Estado. Lo anterior lo concretizo afirmando que sin el reconocimiento de los Derechos Sociales Fundamentales, sería imposible la práctica de otros Derechos Fundamentales.

Para ejemplificar lo anterior, me permito citar a Rodolfo Arango, quien en términos amplios nos ilustra y resume todos los **Derechos Sociales Fundamentales en los derechos a la alimentación, la educación, la atención médica, la vivienda, la seguridad social y el trabajo**¹⁶.

¹⁵ Ibíd. pp.36

¹⁶ Rodolfo Arango, La Fundamentación filosófica de los derechos sociales fundamentales, pp.347

Habiendo detallado los Derechos Sociales Fundamentales, puedo ahora realizar un breve análisis en cuanto a lo argumentado anteriormente. Tomando como ejemplo el derecho a la alimentación, concretizare mi crítica a la teoría clásica, que juzga inoperante el reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales. La teoría clásica estima únicamente como fundamentales los derechos humanos tales como el derecho a la vida, a la justicia, y a la libertad. Esta aclaración es importante para la concretización de la crítica mencionada.

Diré que la teoría clásica considera el derecho a la vida como un Derecho Fundamental, debido a que es universalmente reconocido para todo ser humano, sin haber condicionante alguna que lo menoscabe, por lo que determina totalmente oportuno que nada ni nadie realice acciones encaminadas a entorpecerlo (acciones negativas), porque lo mismo

atentaría contra la dignificación del individuo.

Para defender este derecho, el estado crea normas que condicionan las conductas que pudieren afectar o a atentar en contra de la vida del ser humano. Cabe mencionar que estas normas dentro de un sistema jurídico pertenecerían a un ordenamiento ordinario, el cual no es de discusión especial y no se le considera de gran importancia en comparación a Derechos Fundamentales. Otra característica no definitiva pero si importante es que en su mayoría son normas reaccionarias y no preventivas, determinadas en base a conductas que varían en periodos generacionales cortos.

Por el contrario parte las teorías constitucionales modernas, no solo consideran el derecho a la vida como un derecho humano positivizado, sino estiman de gran importancia reconocer fundamentalmente condiciones que cumplan efectivamente a nivel estatal con los mínimos sociales

para que la vida en este caso sea un derecho garantizable.

Por lo que es válido decir que un ser humano no vive sino se alimenta, por lo que también es válido decir que un estado no puede garantizar fácticamente la vida de un ser humano, sino garantiza la alimentación básica (por ejemplo) del individuo, de igual modo la necesidad de alimentarse para poder vivir no es una condición que variara en el transcurso de los años, por lo que su regularización es con carácter de perpetuidad, modificable únicamente por mecanismos especiales, debido a la importancia que deviene en el hacer estatal.

Recordemos que los Derechos Fundamentales deben resguardar la dignidad del ser humano, es una falacia el decir que un estado cumple con este cometido sin garantizar las condiciones mínimas para que un hombre pueda vivir dignamente. De tal razón me permito afirmar que no hay dignificación humana en un estado, si este permite que sus habitantes mueran a causa de desnutrición.

Debido a esto concluyo mi razonamiento, en cuanto a la importancia de los derechos sociales dentro de una consideración fundamental, mencionando que las nuevas teorías y la constante actualización del Derecho Constitucional, permiten asegurar que la inclusión de derechos humanos a una constitución, no garantiza el éxito en su cumplimiento, si estos no son garantizados fácticamente por condiciones reales que permitan su consecución.

Conclusiones sobre las diferencias prácticas entre los Derechos Civiles y Políticos; y, los Sociales y Económicos.

Los Derechos Civiles y Políticos, requieren la actividad Estatal negativa, es decir la inacción del estado; con lo que se prevé que no se impidan ni limiten el cumplimiento de dichos derechos.

Los Derechos Sociales y Económicos, al contrario de los anteriores, requieren la actividad Estatal positiva, es decir la acción del estado. Con esto nos referimos

a que es el Estado quien debe buscar los mecanismos para que estos Derechos se cumplan. La participación del Estado en ellos es directa.

Los Derechos Civiles y Políticos, reclaman un cumplimiento más de carácter particular o individual, mientras que los Sociales y Económicos, se ligan más a reclamaciones grupales o comunitarias.

Los Derechos Sociales y Económicos, tienden a la evolución; ya que entran en esa dinámica social de superación constante; en cambio los Derechos Civiles y Políticos, son de carácter

más estático. Lo anterior no significa que estos últimos no muten con el devenir de los años; pero esta transformación es en plazos mucho más largos.

Los Derechos Civiles y Políticos, entran dentro de una categoría de la formalidad, mientras que los Sociales y Económicos, se sujetan a una categoría de sustancialidad.

PRINCIPIOS DEL DERECHO ELECTORAL

*Mauricio Alejandro Zarazúa Herrera**

En esta oportunidad, hare un breve acopio de los principios universalmente aceptados en materia electoral, siendo oportuno partir de lo que se entiende por el vocablo “principio”, para el efecto en un sentido gramatical, Guillermo Cabanellas, lo define como: “Primer instante del ser, de la existencia, de la vida. Razón, fundamento, origen. Causa primera. Fundamentos o rudimentos de una ciencia o arte. Máxima, norma, guía¹⁷”. Ronald Dworkin citado por Enrique Alcalde Rodríguez, lo denominada como” un ‘estándar’ que debe ser

observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad¹⁸”.

Por su parte, Robert Alexy, al hacer la distinción entre normas y principios señala que:

Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas

* Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario. Con los estudios de postgrado siguientes: a) Magister en Derecho Constitucional; y c) PhD Candidato en Derecho Constitucional. Docente universitario y expositor invitado.

¹⁷ Cabanellas, Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”. Ed. Torres, España, 2003, Pág. 359.

¹⁸ Alcalde Rodríguez, Enrique “Los Principios Generales del Derecho”,

Ediciones Universidad Católica de Chile. 1º Edición. Santiago de Chile. 2002. Pág. 56

«mandatos definitivos». Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto último significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios¹⁹.

Por último, no podría quedarse afuera de este somero estudio, lo relacionado por *Gustavo Zagrebelsky*, el cual al momento de hacer una efectiva distinción entre reglas y principios, indica que:

(...) sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, ‘constitutivo’ del orden jurídico.

Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas, por su forma especial (...) la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto ‘tratamiento’ que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tienen por objeto el lenguaje del legislador. En la formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo (...) a las reglas se les ‘obedece’(...) a los principios, en cambio ‘se presta adhesión’(...) Puesto que carecen de ‘supuesto de hecho’, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles ‘reaccionar’ ante algún caso concreto (...) ²⁰.

Superado lo precedente, en materia electoral es importante resaltar que el ordenamiento jurídico, no solo se construye sobre disposiciones escritas, a la vez están sustentadas en principios, que resultan de soporte para la interpretación de las

¹⁹ Alexy, Robert “El concepto y validez del derecho”. Segunda Edición. Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2004. Pág. 75.

²⁰ Zagrebelsky, Gustavo, “El derecho dúctil”. Editorial Trotta. Madrid, España, 1995. Págs. 110-111.

normas y una proyección normativa.

Señala el autor Rubén Hernández Valle, que:

la consagración o anunciación de un principio implica la prefiguración, aunque imprecisa, de sus contenidos jurídicos, los cuales, al ser actualizados en su proyección normativa por el legislador o el juez, se traducen en reglas concretas de Derecho que sirven no sólo para regular una situación concreta, sino también, en otros casos, como criterios vinculantes de interpretación de otras disposiciones normativas o para integrar una laguna del ordenamiento²¹.

Adiciona, el autor previamente citado que, cada ordenamiento suele tipificar diferentes principios electorales, pero existen cuatro que son universalmente aceptados, los cuales se describen en las tablas insertas a continuación:

Principio de calendarización	El impedimento de falseamiento de la voluntad popular
El proceso electoral se efectúa en plazos cortos, que se desarrollan en etapas previamente definidas por la Ley y que están ubicadas temporalmente en forma secuencial. Tales etapas conllevan: a) una preparatoria que en síntesis la constituye, la inscripción de candidatos, que inicia con la convocatoria y el inicio de la propaganda electoral; b) asimismo, una constitutiva, que se traduce con la emisión del sufragio y su respectivo	Postula que la voluntad libremente expresada en las urnas por los electores no pueda ser suplantada y la nulidad parcial de algunos sectores del proceso electoral no se traduzca en que la generalidad posea vicios que hagan nugatoria la voluntad popular.

²¹ Hernández Valle, Rubén "Los principios del Derecho Electoral", [https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/co](https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-1994-01-004-025.pdf)

ntent/pdf/a-1994-01-004-025.pdf.
(Consulta, 17 de junio de 2018).

escrutinio, concluyendo con la declaratoria de validez de las elecciones y su respectiva adjudicación, y c) por último, la comunicación de los resultados electorales.	
--	--

determinante para variar el resultado de la elección tampoco comporta la nulidad de la elección cuando no se altere el resultado final. En tercer lugar, la declaratoria de nulidad de un acto no implica necesariamente la de las etapas posteriores ni las de los actos sucesivos del proceso electoral, a condición de que la nulidad decretada no implique un falseamiento de la voluntad popular.	mayor jerarquía. Por ejemplo, una vez iniciado el escrutinio, este no debe ser interrumpido por ningún motivo.
--	--

La conservación del acto electoral	Unidad del acto electoral
De este principio se derivan varios corolarios: primero, que mientras no se constaten infracciones legales graves que puedan producir la nulidad de las elecciones, los organismos electorales o jurisdiccionales, en su caso, no deberán decretar la nulidad del acto electoral, segundo, que un vicio en el proceso electoral que no sea	Los resultados finales de un proceso electoral se deben al concurso de una serie de actos, trámites y procedimientos, que, a pesar de tener su propia autonomía, se encuentran concatenados formando una sola unidad, la cual debe ser respetada, salvo que con ello se lesionen otros principios de

Nota: Elaboración propia con información obtenida de Rubén Hernández Valle²².

Trayendo a colación, lo antes enunciado, cada ordenamiento jurídico, hace acopio a una enumeración local de los principios que rigen la materia electoral, de esa cuenta, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala,

²² Ibídem.

al efectuar un prolijo discernimiento en cuanto a la forma de interpretación y aplicación de la materia ibíd., enumera los principios rectores al respecto, al señalar que

(...) es oportuno señalar que la interpretación y aplicación de las normas jurídicas debe ir siempre atendiendo a los principios que regulan la materia, en armonía con las demás leyes y la Constitución Política de la República de Guatemala. En el caso de la materia electoral se deben atender los principios que buscan alcanzar el respeto de la democracia participativa y la consolidación del estado de Derecho, **entre los principios que lo rigen se encuentran el de alternabilidad del poder, brevedad, preclusividad, participación, representatividad, equilibrio, eliminación de cualquier forma de anarquía, equidad, libertad electoral, igualdad, seguridad, proporcionalidad, educación democrática y probidad, entre otros.** Para que un gobierno sea democrático, representativo, legítimo y participativo, es necesario que el ejercicio del sufragio esté sujeto a un proceso

electoral que garantice su legitimidad, limpieza y efectividad, y para ello, el artículo 223 de la Constitución Política de la República de Guatemala remite a la Ley Electoral y de Partidos Políticos, norma constitucional que regula la materia (...)²³.

(Realce no aparece en el texto original). (Criterio sostenido en los expedientes, sentencia 17 de agosto de dos mil once, expediente, 1325-2011; sentencia de 21 de septiembre de once, expediente 334-2011).

Adicionalmente, el Tribunal Supremo Electoral, como producto de este escudriñamiento doctrinario, se logró determinar que hace una aproximación al respecto, circunscribiéndose en materia de control y fiscalización sobre el origen, monto y destino de los recursos dinerarios y no dinerarios públicos y privados, que reciban las organizaciones políticas para el financiamiento de sus actividades de proselitismo, de funcionamiento y de propaganda o

²³ Sentencia de dieciocho de octubre de dos mil once, expediente 2080-2011,

campaña electoral, en el “Reglamento de control y fiscalización de las finanzas de las organizaciones políticas”, acuerdo 306-2016 del Tribunal Supremo Electoral, específicamente en el artículo 36 al indicar que “*Los casos no previstos en este Reglamento serán resueltos por el Tribunal Supremo Electoral de conformidad con la Ley y los principios de **transparencia, publicidad, rendición de cuentas, fiscalización, cooperación y coordinación interinstitucional, integridad y equidad***” (realce no aparece en el texto original), situación que resulta congruente con lo estipulado en la literal v) del artículo 125 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, que indica que dentro de las atribuciones y obligaciones del Tribunal Supremo Electoral, está la de “Resolver en definitiva todos los casos de su competencia que no estén regulados por la presente ley”.

De lo anterior, se colige que, la máxima autoridad en materia electoral en armonía con la doctrina legal de la Corte de

Constitucionalidad, puede desarrollar los principios en que se rige la justicia electoral guatemalteca, toda vez que, el Constituyente y en su momento el Parlamentario legisló en la ley electoral, un capítulo titulado *principios generales*, sin embargo, **se concluye que no son transversales, y no se refieren a prelados constitutivos**, como señalo *ut supra* el autor Gustavo Zagrebelsky, estos reflejan distinciones normativas -reglas- en cuanto a la ciudadanía, la libertad el voto y participación ciudadana.

Por último, en varios pasajes de la citada Ley Constitucional, indica que al suscitarse determinadas vicisitudes, apunta que se diriman en atención a los **principios de la legislación electoral**, verbigracia:

- **Artículo 20 literal d)** “Denunciar ante el Tribunal Supremo Electoral o ante el Inspector General, cualquier anomalía de la cual tengan conocimiento y exigir que se investiguen las actuaciones que vulneren las normas y **principios**

de la legislación electoral y de partidos políticos”;

• **Artículo 22 literales**

“d) Desarrollar sus actividades de proselitismo, formación ideológica, captación de recursos y participación en procesos electorales, conforme a la ley y con **apego a los principios que les sustentan**, y l) Denunciar ante el Tribunal Supremo Electoral o el Inspector General cualquier anomalía de la cual tengan conocimiento y exigir que se investiguen las actuaciones que vulneren las normas y **principios de la legislación electoral** y de partidos políticos;

• **Artículo 102 literal c)**

“Denunciar ante el Inspector General cualquier anomalía de que tengan conocimiento y exigir que se investiguen cualesquiera actuaciones reñidas con las normas y **principios de la legislación electoral** y de organizaciones políticas, y

• **Artículo 125 literal e)** “Cumplir y hacer que se cumplan las

disposiciones legales sobre organizaciones políticas y procesos electorales, así como dictar las disposiciones destinadas a hacer efectivas tales normas, incluyendo la facultad de acordar directamente, las medidas y sanciones necesarias para tutelar los **principios que informan al proceso electoral**”. **(Realces no aparecen en los textos originales).**

Razón de lo anterior, tener claridad, desarrollo y difusión en cuanto a este apartado, resulta preponderante, para efectos de la aplicación de la justicia electoral guatemalteca, por parte de la máxima autoridad electoral o por medio del control de constitucionalidad efectuado por la Corte de Constitucionalidad, para con ello lograr certeza jurídica al momento de emitir los fallos correspondientes.

Bibliografía

Alexy, Robert “*El concepto y validez del derecho*”. Segunda Edición. Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2004.

Alcalde Rodríguez, Enrique “*Los Principios Generales del Derecho*”, Ediciones Universidad Católica de Chile. 1º Edición. Santiago de Chile. 2002.

Cabanellas, Guillermo, “*Diccionario Jurídico Elemental*”. Ed. Torres, España, 2003.

Hernández Valle, Rubén “*Los principios del Derecho Electoral*”, <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-1994-01-004-025.pdf>. (Consulta, 17 de junio de 2018).

Zagrebelsky, Gustavo, “*El derecho dúctil*”. Editorial Trotta. Madrid, España, 1995.

Corte de Constitucionalidad

Sentencia de dieciocho de octubre de dos mil once, expediente 2080-2011.

Leyes

Constitución Política de la República de Guatemala.

Decreto Ley 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyentes. Ley Electoral y de Partidos Políticos.

MUTACION Y REFORMAS CONSTITUCIONALES

*Aura Elena Herrera Flores**

Las modificaciones o cambios que se realizan en los ordenamientos jurídicos constitucionales operan de diversas formas, estos en su inmensa mayoría obedecen a las necesidades históricas de adaptar la Constitución de un país determinado a las realidades políticas y jurídicas existentes, lo cual significa que debe de existir dentro de lo posible una armonía, una concordancia, entre ambas realidades. La discordancia entre lo político y lo jurídico puede generar malestares en una sociedad política y jurídicamente organizada.

Podemos decir que existen mecanismos formales y no formales de modificaciones o cambios constitucionales.

Como mecanismos formales de modificación o cambio

constitucional, se encuentran, en primer lugar, el denominado **Poder Constituyente o Poder Originario**, este poder se caracteriza por ser soberano, ilimitado, previo, y total, que tiene su objeto en la elaboración de un nuevo orden jurídico constitucional, es decir en la creación de una nueva Constitución.

Es un poder que se justifica por sí mismo, es un poder pre-jurídico, de hecho, no sólo ilimitado en los contenidos de su voluntad sino en las propias formas de sus ejercicios, y es un poder total ya que todo lo puede. Una vez que este ha cumplido su misión, el de elaborar un nuevo ordenamiento jurídico Constitucional, desaparece y cede lugar a su propia obra, la

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

norma Constitucional. Es aquí, donde todos los poderes del Estado por él creados pasan a ser así poderes constituidos, y la Constitución, que encierra estos poderes, pasa a ser la ley suprema.

En segundo lugar, como mecanismo formal de modificación, aparece el denominado Poder de Reforma o Poder de revisión. Este mecanismo se entiende como aquella técnica, mediante la cual se establece un procedimiento más agravado y difícil para modificar la Constitución que el que se sigue para modificar la ley ordinaria. Con esto se pretende como señala Pedro de Vega “salvar en tanto el principio político democrático como el principio jurídico de supremacía constitucional”. El poder de reforma o poder de revisión está condicionado por las exigencias políticas, derivadas del principio democrático, y los requerimientos jurídicos, emanados del principio de supremacía constitucional, como medio de control del gobernante.

Parece que no vale la pena abordar un poco más a fondo el contenido de estos dos mecanismos (Poder Constituyente y Poder de Reforma), así como la problemática que los mismos encierran, no porque, ambos, no sean de gran importancia, al contrario, es importante conocerlos y plantearlos, pero el presente trabajo tiene como objeto estudiar los cambios no formales que operan en los ordenamientos jurídico constitucionales. Es aquí, entonces, en los cambios no formales, donde radica el objeto del presente trabajo y donde se tratará de abordar un poco más a fondo.

Los cambios no formales aparecen bajo el nombre de mutaciones constitucionales, es así como la doctrina se ha encargado en denominarlos. En el presente trabajo trataremos de hacer un análisis de la problemática que conlleva el tema de las mutaciones constitucionales, su importancia teórica y práctica, así como sus alcances y consecuencias en la vida del Estado Constitucional.

Es oportuno, dejar planteada algunas ideas que ayuden a una mejor comprensión de las mutaciones Constitucionales. Nos referimos a partir del hecho de definir una constitución y su importancia en el Estado Constitucional de Derecho, creemos que aunque se presume de lo que se habla, no está de más hacer este pequeño planteamiento inicial.

QUE SE ENTIENDE POR CONSTITUCION.

La comunidad humana a lo largo de la historia ha tratado de crear y regirse bajo ciertas normas básicas de convivencia social con el objeto de mantener un cierto orden en sus relaciones. El tratar de mantener un cierto grado de orden ha sido la lucha constante del ser humano a través de la historia, ya que el enfrentamiento por obtener el poder ha originado el conflicto. Esto ha conducido al ser humano a la búsqueda de mecanismos de diferente índole para tratar de resolverlo y mantener ese orden en la convivencia humana. Es así pues, como a lo largo de las

incansables luchas nace la idea de Constitución. Entendida a groso modo como un marco general de regla fijas que vinculan tanto a gobernantes como a gobernados por igual.

Lo que hoy entendemos por Constitución, ha sido producto del desarrollo histórico de la humanidad. De esa búsqueda constante, como hemos afirmado en el párrafo anterior, del hombre con el objeto de crear mecanismo de límites, de control, de frenos del poder político, de cómo hacer para que los detentadores (gobernantes) de ese poder no abusen de él, y cómo los no detentadores o destinatarios (gobernados) del mismo por su parte puedan controlar a los primeros. Todo esto se desarrolla dentro del llamado proceso político, que no es más que toda la mecánica que encierra la búsqueda constante por obtener y mantener el poder político. Es pues, la idea general de crear instituciones para limitar y controlar el poder político.

Ahora bien, el concepto de Constitución es un concepto

equivoco pues presenta varios significados. Aunque de forma universal se puede decir que la Constitución es entendida, “como manera de ser de la organización política, o como forma de gobernarse de un pueblo”²⁴. También como señala Wheare, “como conjunto de norma que establecen y regulan un Estado”²⁵.

Así pues, que para poder definir un concepto de Constitución es necesario tomar en cuenta factores de índole históricos, las diferencias del contenido, los cambios de las fuerzas políticas, las propias transformaciones de la sociedad, así como el factor político-cultural. Este conjunto de elementos produce diversos conceptos de Constitución.

LAS MODIFICACIONES NO FORMALES DE LA CONSTITUCION.

Las modificaciones no formales de la Constitución, es decir, de los ordenamientos jurídicos

constitucionales, en términos generales, podemos decir, que se refiere a aquellos cambios operados en el mismo sin seguir el procedimiento más agravado y difícil establecido para la reforma de la Constitución.

La doctrina se ha encargado de denominar a las modificaciones no formales de diversos modos, por un lado vemos como en Francia aparecen bajo el nombre de *coutume constitutionnelle*, en referencia a la costumbre. A su vez, en Italia, se le conoce bajo el nombre de modificaciones constitucionales tácitas. Pero quien ha hecho una elaboración más rigurosa y completa es la doctrina Alemana, que las denomina como *verfassungswandlung*, entendida como mutaciones constitucionales. Es aquí, en Alemania, como señala Pedro de Vega, donde aparece ya la distinción entre reforma constitucional y mutación constitucional. Son los autores

²⁴ Ajá, Eliseo. Introducción a Lassalle, F. ¿Qué es una Constitución Ariel, Barcelona. 1994. Pág.10

²⁵ Ajá, Eliseo. Op.Cit. Pág.10.

Jellinek y Laband quienes se encargan de hacer la distinción.

La mutación constitucional tiene como nota característica el hecho que debido a que se realiza un cambio al margen del procedimiento de reforma, el texto constitucional no presenta modificación alguna, queda intacto, invariable. Se trata, pues, de modificar el contenido de la norma sin alterar su texto, es decir, cambiar el contenido de la norma sin que se cambie o altere su redacción.

Ha de observarse también que las mutaciones obedecen a “requerimientos políticos y a unas urgencias históricas similares a los que provocan la reforma”. Aparece de esta forma al igual que en la reforma constitucional (cambio formal del ordenamiento jurídico constitucional), la idea del cambio bajo una perspectiva histórica, adaptar la constitución a las nuevas realidades, está de manifiesto la idea de acoplar la realidad jurídica normativa y el incesable y constante cambio político.

Lo curioso de este fenómeno es que no se hace bajo los mecanismos formales que la misma constitución establece para el cambio, sino que utiliza otros mecanismos al margen del ordenamiento jurídico constitucional, quizás opere por un cierto grado de temor de los agentes de cambio de utilizar mecanismos formales, o por una simple práctica política que al margen de lo jurídico, del derecho, opera de hecho, de facto. Sea cual sea su naturaleza, la realidad es que se produce y entra en gran contradicción con el significado de una norma jurídica constitucional, al no utilizar los canales y mecanismos previamente establecidos.

Como vemos reforma y mutación parecen ser términos, como señala Pedro de Vega “en cierta manera complementarios y excluyentes”. En la medida que los ordenamientos jurídicos constitucionales estén sometidos a continuas reformas, en esa medida las mutaciones irán desapareciendo y no tendrán razón de ser. En cambio, si por el contrario los

ordenamientos jurídicos no son sometidos a la reforma, las mutaciones constitucionales, irán ganando terreno, y aparecerán como mecanismos de solución a esa necesidad imperante de adaptar las constituciones a las realidades históricas, acoplar como ya hemos dicho, el ordenamiento jurídico-normativo a los acontecimientos políticos.

El interrogante que se nos plantea aquí es si ¿vale la pena reformar continuamente una constitución para que desaparezcan las mutaciones, o son las mutaciones medios sanos para realizar cambios sin llegar a la reforma? Pensamos que carece de respuesta contundente, pero creemos que sólo cada ordenamiento jurídico y el entorno que lo rodea estarían dispuestos a responder. De todas formas como hemos señalado las mutaciones son fenómenos que aparecen y están allí presentes en las realidades constitucionales y que se presentan con mayor o menor medida según sea el caso.

Todo lo anterior nos conlleva a la obligada afirmación de señalar que el fenómeno de las mutaciones constitucionales es bastante complejo, y como afirma Hesse, “no existe un concepto equívoco de mutación, ni se ha precisado una tipología adecuada de las mismas, ni ha habido un pronunciamiento unánime sobre su valor y alcance jurídico”.²⁶ A su vez, afirma Pedro de Vega, “decir que la mutación implica una modificación en el contenido de las normas, que conservando el mismo texto, adquieren un significado diferente, si bien puede representar una aproximación clarificadora al fenómeno de la modificación no formal de la constitución, dista todavía mucho de constituir una explicación definitiva sobre el mismo”.

Tomando como punto de partida los planteamientos anteriormente establecidos, seguiremos como clasificación de las mutaciones constitucionales, las que establece Pedro de Vega en su obra “La

²⁶ Vega, P. de. Op. Cit. Pág. 182.

reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente”.

LOS TIPOS DE MUTACIONES CONSTITUCIONALES.

Como se ha señalado el tema de las mutaciones es muy complejo. Existen mutaciones de diversas clases, con alcances jurídicos y políticos diferentes. Todo esto, obliga a los autores que han abordado el tema a establecer distintas clasificaciones.

Es importante señalar como nota previa para establecer cualquier clasificación que sea de las mutaciones constitucionales, su procedencia, es decir, las fuentes u orígenes que dan lugar a las mutaciones.

Es así como, Pedro de vega, señala que existen “mutaciones emanadas de los órganos estatales, y adquieren el carácter de verdaderos actos jurídicos, ya sean de naturaleza normativa (leyes, reglamentos), ya sean de naturaleza

jurisdiccional (básicamente, las sentencias de los tribunales constitucionales). Otras veces derivan de simples prácticas políticas que, o no sobrepasan su condición de hechos, quedando convertidas en normas de naturaleza políticosocial (convenciones), o aspiran a convertirse en auténticos hechos jurídicos (costumbres)”.²⁷

Vemos entonces, una vez señaladas las diferentes fuentes de donde pueden emanar las mutaciones constitucionales (órganos estatales, o prácticas políticas reiteradas) que la problemática que se plantea referente al tema de las mutaciones constitucionales radica en torno al establecimiento de sus límites, es decir enmarcar con precisión su alcance y valor jurídico. Es aquí donde aparece el verdadero problema del tratamiento de este tema, ¿hasta dónde es permitida una mutación constitucional, hasta dónde puede llegar sin que ocasione conflicto con la norma jurídica constitucional?

²⁷ Vega, P. de. Op. Cit. Pág.189

Una vez planteado las fuentes de las mutaciones constitucionales, y su problemática referente a su alcance y valor jurídico, es decir, los límites de las mismas, procedemos a establecer algunas de las clasificaciones que la doctrina ha elaborado. Como se ha señalado con anterioridad, sigo las clasificaciones que ha planteado Pedro de vega en su obra “La Reforma constitucional y la problemática del poder constituyente”.

Una de las clasificaciones más completas sobre las mutaciones constitucionales es la establecida por Hsü Dau-Lin. Este autor distinguió cuatro tipos de mutaciones constitucionales.²⁸

1. Mutaciones que derivan de prácticas políticas que no se oponen formalmente a la Constitución escrita, y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional. Este tipo de mutaciones obedecen a la

necesidad de llenar lagunas constitucionales, así lo afirmó Jellinek, y lo señala Pedro de vega. Se caracteriza también por no representar oposición manifiesta entre la realidad política y la realidad jurídica pero si expresan con toda evidencia, como lo señala Pedro de Vega, “superación desde la praxis de los contenidos materiales del texto formal de la constitución”.²⁹

Ejemplo de este tipo de mutaciones se encuentra el control judicial de constitucionalidad de las leyes que es practicado por los tribunales Federales en los Estados Unidos de América, el cual concede la facultad de declarar inaplicable una ley. Esta facultad no se encuentra establecida en la Constitución pero constituye uno de los pilares fundamentales de la Democracia de Los Estados Unidos de América y a su vez un principio fundamental en la conciencia social del pueblo. En igual forma aparece la prohibición a los Presidentes de ejercer un

²⁸ Hsü Dau-Lin. Die verfassungswandlung, Berlin, 1932. Citado en Vega, P. de Op. Cit. Pág.185

²⁹ Vega, P. de. Op. Cit. Pág. 186

tercer mandato, esta fue una práctica reiterada (el no ejercicio del tercer mandato) que fue elevada a norma constitucional mediante la aprobación de la enmienda 22, es decir que la práctica convencional se convirtió en norma constitucional.

2. Mutaciones debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos de la Constitución. En estos supuestos las realidades políticas se encuentran en contraposición a las realidades jurídicas, se origina así el supuesto que lo fáctico o de hecho impera sobre lo jurídico o de derecho. Se impone la fuerza sobre la norma.

Un ejemplo de esto se encuentra en la práctica constante a la violación de la prohibición del mandato imperativo, que se establece en la mayoría de textos constitucionales.

3. Mutaciones originadas por la imposibilidad del ejercicio, o por desuso, de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución.

Plantea Pedro de Vega, que fue Jellinek, quien inicialmente habló

de mutación constitucional por no ejercicio. Para Jellinek la mutación aparecía por el simple hecho de no ejercicio de los derechos y competencias conferidos en la Constitución, en cambio Hsü Dau-Lin, señala que la mutación existe no por el hecho de no ejercicio de los derechos y competencias, sino porque aun existiendo estos, la práctica política y la exigencia de la realidad lo impedirían.

A manera de ejemplos de este tipo de mutaciones se encuentran los que van desde el no ejercicio del derecho conferido a los Jefes de Estado a no sancionar una ley aprobada por el parlamento, hasta aquellos en los cuales los Jefes de Estado no hacen uso de un derecho y se convierte esta norma por la práctica en desuso, tal como el derecho presidencial de disolución del parlamento en Francia.

4. Mutaciones originadas a través de la interpretación de los términos de la Constitución.

Aquí los preceptos obtienen un contenido distinto de aquel en que inicialmente fueron pensados. Este

tipo de mutaciones constitucionales están referidas básicamente a la interpretación judicial, tanto la función que desempeñan los tribunales constitucionales o los máximos tribunales de justicia en el caso donde no existen tribunales constitucionales, como los mismos jueces en el caso de la justicia Estadounidense, sobre las normas constitucionales. Es muy importante reconocer la función modificadora de la interpretación, así como la misma está sujeta a las necesidades y opiniones variables del hombre.

Es en este punto donde quizás hoy en día el tema de las mutaciones constitucionales adquiere gran importancia. El interpretar de un modo en un momento luego de otro modo en otro momento no muy lejano puede provocar que se esté cambiando el sentido de un texto constitucional sin hacer uso de los canales correspondientes. Inexorablemente el problema del límite en el caso de la interpretación aparece de nuevo, hasta dónde quien interpreta no se excede y realiza actos que no le

corresponde realizar. Es aquí donde el interrogante se plantea y donde en nuestra opinión no existe todavía una claridad meridiana del tema. Tal vez los actores políticos correspondientes de realizar las reformas necesarias tienen temor, cierto recelo y prefieren que sean otros y mediante otros mecanismos los que lo realicen. El precio político que implica una reforma aparece como un riesgo que no muchos están dispuesto a pagar. Aunque por otro lado no importando el precio a pagar se reforma para adecuar la norma a conveniencias personales o partidistas.

Por otro lado, existe una clasificación elaborada por la doctrina Italiana. Aquí destacan autores como Pierandrei, Mortati, Biscaretti. Ellos clasifican mutaciones constitucionales originadas por actos normativos y modificaciones procedentes de hechos normativos.

Pedro de Vega señala que no es de extrañarse que algunas mutaciones constitucionales sean producto de actos legislativos, así mismo cree

oportuno tomar en cuenta tres circunstancias que colaboran con el tema.³⁰

Me refiero en primer lugar, a las mutaciones que se originan como producto de la propia naturaleza de muchas normas constitucionales, referentes a normas constitucionales que no pasan de ser “meros enunciados de principios que exigen para su aplicación concreta un desarrollo legislativo posterior”.³¹

En ese sentido, la mutación aparece cuando sin cambiar el texto constitucional, en su aplicación concreta a través de una ley ordinaria, se modificará entonces su contenido. Esto está vinculado a lo que señalaba Jellinek, acerca de las lagunas constitucionales que requerían un desarrollo posterior y a su vez una interpretación, que como señalaba Bülow, estaba sujeta a “las necesidades y opiniones variables de los hombres”.

En segundo lugar, debido al hecho, que muchas constituciones modernas son producto del consenso, en ellas nos encontramos muchas veces normas constitucionales que además de ser ambiguas aparecen también como contradictorias entre sí.

A manera de ejemplo se encuentran el artículo 38 de la Constitución Española (en el cual se reconoce la economía de mercado) y los artículos 128 y 131 (donde se protegen especialmente los intereses del sector público y la planificación).

Independientemente cual sea el desarrollo posterior, si por la economía de mercado o por la planificación, lo que se va originar es una mutación de una norma en relación a la otra.

En tercer lugar, aparecen las mutaciones constitucionales cuando las propias constituciones, que en su mayoría lo hacen, reenvían a la legislación posterior el desarrollo de sus propios preceptos. Este hecho puede

³⁰ Vega, P. de. Op. Cit. Pág. 190

³¹ Vega, P. de. Op. Cit. Pág. 190

generar una doble consecuencia: por un lado, que esa legislación no se establezca, lo cual origina el tipo de mutación por “imposibilidad del ejercicio o por el desuso de las competencias atribuidas en la constitución”; y por el otro lado, que en el desarrollo legislativo de la Constitución la mutación aparezca en la medida en que se amplíe o se restrinja el sentido de la norma fundamental.

A manera de ejemplo podemos señalar situaciones en que la norma fundamental establece una serie de órganos para llevar a efecto lo que el texto señala, pero en la práctica estos órganos o bien no existen porque no fueron desarrollados por la legislación ordinaria, o bien no funcionan porque carecen de funciones debidamente establecidas. Tal es el caso del Procurador de los Derechos Humanos en Nicaragua, que las reformas constitucionales de 1995 crearon dicha figura en el texto constitucional. La elección para desempeñar el cargo no fue posible hasta a finales de 1999 debido a que las fuerzas políticas no lograban

consenso (no conseguían los votos suficientes para poder elegir el cargo) en el parlamento.

Como se ve una vez más se presenta la afirmación que las mutaciones operan en el campo de la realidad, en lo fáctico, y no en el jurídico. El interrogante del límite de las mutaciones constitucionales aparece de nuevo y esta vez nos planteamos: ¿Es posible hablar de mutaciones constitucionales originadas por actos legislativos? Creemos que es muy difícil ya que cuando una ley modifica el contenido de una Constitución, sin seguir el procedimiento establecido para la reforma, se puede calificar sin temor alguno como algo inconstitucional.

En tal sentido afirma Pedro de Vega que las únicas mutaciones constitucionales admisibles que tienen sus orígenes en actos legislativos son, por un lado, cuando la falta de desarrollo legislativo de ciertos preceptos imposibilitan el ejercicio de determinados derechos y competencias constitucionales, y por el otro lado, cuando sin

vulnerar abiertamente el contenido de la constitución pueden conducir a una modificación efectiva de la realidad constitucional por la vía de la interpretación. En ambos supuestos, las mutaciones aparecen no como una contraposición en el plano jurídico formal entre Constitución y ley o decreto, sino como efecto en el plano de la realidad constitucional de actos normativos o de la ausencia de ellos que, jurídicamente, no se presumen contradictorios con el ordenamiento fundamental.

Es aquí donde se sitúa el límite de las mutaciones constitucionales y se abre camino para entender su verdadero alcance y su valor político. Esto se hace con el objeto, señala Pedro de Vega, de no destruir la lógica del Estado constitucional, ya que no puede admitirse que sin hacer uso del procedimiento de reforma se modifique legalmente la Constitución. Con lo cual, insiste de nuevo Pedro de Vega, que el campo de las mutaciones constitucionales no puede ser otro que el de la realidad constitucional.

Con todo lo anteriormente señalado, lo que cabría analizar, es cómo la praxis política puede incidir, condicionar y transformar la realidad jurídica y la normatividad constitucional.

Una vez abordada estas clasificaciones se entra a abordar un poco el tema de las convenciones. Es importante señalarlo ya que el mismo está íntimamente vinculado con el tema de las mutaciones constitucionales. Veamos de qué forma se relacionan las convenciones con las mutaciones constitucionales.

LOS LÍMITES DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES.

Como se ha venido señalando, las mutaciones constitucionales se presentan cuando existe una discordancia entre la realidad jurídica y la realidad política, por ello se señala que la base de las mutaciones constitucionales radica en la contraposición de lo normativo con lo fáctico.

Bajo ese planteamiento de la contraposición, se señala que esta

sólo puede resolverse bajo tres posibles formas:

Una primera forma que es admitir el hecho del triunfo de lo fáctico sobre lo normativo con lo cual estaríamos admitiendo “la pérdida de toda significación normativizadora del ordenamiento constitucional, y la destrucción del propio concepto jurídico de Constitución”.

La segunda posibilidad es que el conflicto entre lo jurídico (normativo) y lo político (fáctico) se pueda resolver, o bien que la legalidad constitucional asuma formalmente (por la vía de la reforma) los cambios operados previamente en la realidad por la vía de las mutaciones, o bien, que sobre la vía de hecho se haga valer la vía de las normas, es decir el Derecho. En ambos casos la solución para hacer desaparecer el conflicto, la tensión es mediante la imposición de la norma sobre lo fáctico.

A manera de ejemplos podemos citar que para el primer supuesto encontramos la enmienda número

22 de la Constitución de los Estados Unidos, como una práctica reiterada que operaba de hecho fue elevada a través del mecanismo formal de la reforma a formar parte del ordenamiento constitucional del país. Nos referimos a la prohibición de ejercer un tercer período la presidencia de la república. En el segundo supuesto aparecen las sentencias del Tribunal Constitucional español, la de 5/1983, de 4 de febrero y la de 10/1983, de 21 de febrero. Ambas sentencias delimitan el alcance del mandato representativo.

Lo importante a dejar claro es que siempre que se presente el conflicto, la tensión entre lo fáctico y lo normativo, dentro de la lógica del Estado constitucional no cabe otra forma de resolver este conflicto que mediante la vía de lo normativo, es decir de la legalidad. Que prime la legalidad sobre lo fáctico. Las mutaciones constitucionales se toleran dentro del Estado constitucional mientras exista el conflicto, pero una vez que este estalla y causa convulsión en el ámbito político, social y jurídico,

inexorablemente lo que cabe es aplicar la legalidad. De esta forma estamos salvando y poniendo de manifiesto la prevalencia del concepto de supremacía constitucional que no debe ponerse a prueba ya que es la base misma de un Estado constitucional. La Constitución es una *Lex superior*.

Es aquí, el límite del problema de las mutaciones constitucionales cuando el conflicto explota, ¿qué hacer? Caben dos posibilidades, por un lado, como ya se ha señalado, convertir la práctica convencional (mutación) en norma a través de la reforma, o negar el valor jurídico en nombre de la legalidad existente, de la mutación. De esta forma en ambos supuestos estaríamos salvando el principio de supremacía de la norma constitucional.

CONCLUSIONES

1. Es muy importante tener presente que el tema de las mutaciones constitucionales no puede ser abordado y entendido

sino es bajo la óptica de la realidad constitucional.

2. Es un fenómeno que se mueve en el lindero del Derecho constitucional y la praxis política y que es debido a esto que el problema del límite así como de los efectos jurídicos de las mutaciones representan uno de los mayores obstáculos para abordar el fenómeno.

3. No obstante se torna en un tema de gran importancia ya que representa como se ha señalado una realidad constitucional, es un tema que se encuentra allí y que no debería dejar de ser tratado, aun sabiendo las dificultades que el mismo trae consigo.

4. Se plantea como hipótesis inicial que la labor del juez en el Estado constitucional debe privilegiar escenarios de argumentación jurídica más que demostración, pues el juez en estos modelos de Estado debe velar por asegurar niveles de justicia material valiéndose no solo de normas sino de principios que permitan cumplir ese supuesto.

5. Para realizar esta tarea en la actividad judicial se plantea que los argumentos demostrativos a pesar de ser muy útiles para soportar la seguridad jurídica, son insuficientes para el Estado constitucional cuando se busca dar prioridad a este valor, pues se deben priorizar otros como la justicia.

6. Se logra sustentar que efectivamente existe una diferenciación entre la actividad de demostración y argumentación, y que, a su vez, cada uno de esos modelos permite con mayor facilidad sustentar determinados principios.

BIBLIOGRAFIA

AGUIRRE, Javier & GARCÍA, Pedro. (2008). *Lógica y teoría de la argumentación*. Bucaramanga: UIS.

AGUIRRE, J.; SILVA, A. & PÉREZ, V. (2007). *Lenguaje y derecho: Habermas y el debate ius filosófico: análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el lenguaje jurídico constitucionalmente inadmisibile*. Bucaramanga: UIS.

ASENSI, José. (1998). *La Época Constitucional*. Valencia: Tirant lo blanch.

ARTURO, Néstor y otros. (2005). *Argumentación jurídica y análisis jurisprudencial*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana.

ATIENZA, M. & RUIZ, J. (2004). *Marxismo y filosofía del Derecho*. México: Fontarama.

ATIENZA, Manuel. (2003). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

GUASTINI, Ricardo. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

PERELMAN, Chaim & TYTECA, Olbrechts. (1989). *Tratado de la argumentación*. Madrid: Gredos.

PERELMAN, Chaïm. (1998). *El imperio retórico*. Bogotá: Norma.

