

# Revista Parlamentaria

Abril, 2018



**Víctor Valverth**

**Alberto Pereira**

**René Villegas**

**Juan C. Oxom**

**Flor Salazar**

**Diana Pérez**

**Gardenia Maza**

**Alejandro Zarazúa**

**Aura Herrera**



**REVISTA  
PARLAMENTARIA**



## **SUMARIO**

Víctor Manuel Valverth Morales LOS INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL Y SU APROBACIÓN POR EL CONGRESO.	<b>1</b>
Alberto Pereira-Orozco IDEOLOGÍA Y CONSTITUCIONALISMO	<b>11</b>
René Arturo Villegas Lara APUNTES SOBRE LAS TENDENCIAS EPISTEMIOLÓGICAS EN LA CIENCIA JURÍDICA PARA EL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GUATEMALA	<b>37</b>
Juan Carlos Oxom Hernández LA DEMOCRACIA. ¿CUESTIÓN DE VOTOS O CUESTIÓN DE DERECHOS?	<b>73</b>
Flor de María Salazar Guzmán EL TEJIDO SOCIAL Y LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES, EVOLUCIÓN Y CONTEXTO LEGAL	<b>87</b>

Diana Ibeth Pérez Rodríguez CORRUPCIÓN VERSUS ÉTICA PÚBLICA	<b>99</b>
Gardenia Enedina Maza Castellanos ANÁLISIS DEL CASO TORRES CASANOVA	<b>115</b>
Mauricio Alejandro Zarazúa Herrera INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SU CORRELACIÓN CON LA LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS	<b>127</b>
Aura Elena Herrera Flores LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL	<b>135</b>

## **PRESENTACIÓN**

La Revista Parlamentaria desde su primera edición, siempre ha buscado generar debate, que sirva de herramienta en discusiones académicas que a su vez deriven en una retroalimentación y con ello aporte construcción de la Guatemala ideal.

En esta edición las plumas invitadas analizan el espectro jurídico nacional y opinan en virtud de aspectos interesantes en materia de instrumentos internacionales y su aprobación por el legislativo, la importancia del tejido social y el derecho de libre asociación.

También exponen sobre aspectos tan importantes para el correcto desarrollo de una nación como el ejercicio de la democracia y la lucha contra la corrupción.

Y por último excelente material referente a la interpretación de las normas en casos generales y específicos.

Así pues la invitación está dada para generar el debate que promueva los cambios que Guatemala necesita, siempre con honestidad, con dignidad y valor.

**José Alejandro Valverth Flores**  
**Subdirector**







## LOS INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL Y SU APROBACIÓN POR EL CONGRESO

*Víctor Manuel VALVERTH MORALES\**

El proceso de formación de leyes está regulado en el artículo 176 de la Constitución, pero no existe norma de este rango que dicte los procedimientos para la aprobación legislativa de tratados, convenios o arreglos internacionales previos a su ratificación por el Organismo Ejecutivo.

En el Congreso se emite, para el efecto, decretos y se les da el trámite de las leyes ordinarias. No obstante lo anterior hay déficit normativo en algunos aspectos relativos a los instrumentos internacionales, principalmente en cuanto a la vigencia de los decretos que los aprueban y a los efectos de un eventual veto presidencial.

Otro aspecto no desarrollado, pero sí normado constitucionalmente, es el de la legitimación exclusiva del Presidente de la República para someter a conocimiento del Legislativo estos instrumentos de Derecho Internacional. Ahora nos referiremos a esos tópicos.

La Constitución Política de la República –CPR- establece en el artículo 183 inciso o) que es función del Presidente dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, por lo que le corresponde celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución.

Por otra parte en el artículo 171 inciso l) de la norma fundamental

\* Director de LEGIS. Profesor del programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la USAC.

se regula que corresponde al Congreso aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional, especificando los presupuestos para que estos instrumentos deban pasar por el tamiz legislativo (afecten el dominio de la Nación, afecten leyes vigentes, etc.)

De lo citado podemos inferir válidamente que el Presidente suscribe un acuerdo o tratado y si responde a lo previsto en las cinco condiciones del inciso 1) del artículo 171, el Congreso deberá aprobarlo previo a que sea ratificado por el Presidente de la República.

La aprobación legislativa es posterior a la suscripción y previa a la ratificación. Esa es la razón por la cual afirmamos que el Congreso no ratifica –como suele decirse erróneamente en algunos medios– sino aprueba para su ratificación. Lo que emite es una autorización.

Ahora bien, el instrumento que emite el Congreso de la República para expresar su voluntad de aprobar o autorizar la ratificación

de un acuerdo internacional suele ser un decreto, precisamente porque los tratados suelen contener normas que se introducen a nuestro ordenamiento por vía de “recepción” mediante la aprobación y ratificación de esos cuerpos del Derecho Internacional.

El procedimiento parlamentario para aprobar estos decretos es el mismo que se sigue con las iniciativas de ley con algunas excepciones a las que ahora pasamos a referirnos:

a) A conocimiento del Congreso no se presenta, para el caso de los tratados, una iniciativa de ley sino una copia certificada de los mismos. Es decir que el Presidente de la República envía, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, una copia del instrumento internacional no en forma de iniciativa de ley con los requisitos que indica la Ley Orgánica del Organismo Legislativo (**Artículo 109. Forma de las Iniciativas de Ley. Toda iniciativa cuyo propósito sea la presentación de un proyecto de ley, deberá presentarse redactada**

*en forma de decreto, separándose la parte considerativa de la dispositiva, incluyendo una cuidadosa, y completa exposición de motivos, así como los estudios técnicos y documentación que justifiquen la iniciativa.)*

A conocimiento del Congreso se presenta la copia del tratado mediante un oficio firmado por el Presidente de la República. La copia va acompañada de los estudios técnicos y opiniones, principalmente de la Dirección de Asuntos Jurídicos y Tratados de Cancillería.

b) El instrumento internacional no viene acompañado de exposición de motivos ni tampoco de un proyecto de decreto, como en las iniciativas de ley, toda vez que no son iniciativas de ley propiamente dicho, aunque derivan en un decreto que sigue un proceso de formación igual que en la aprobación de leyes. Es más, tienen fuerza de ley.

c) Cuando el Congreso de la República conoce por primera vez

el instrumento internacional, se da lectura en sesión del Pleno a la nota de remisión suscrita por el Presidente de la República e inmediatamente se cursa a la Comisión de Relaciones Exteriores, salvo que excepcionalmente, por razones especiales, sea cursada a otra comisión.

d) El decreto mediante el cual se aprueba un tratado internacional solo dispone precisamente eso, su aprobación, no reproduce el contenido del instrumento, por lo que regularmente está compuesto de dos artículos: uno que aprueba y el otro que establece la vigencia.

e) El decreto resultante de la aprobación del tratado una vez aprobado y revisado en sede legislativa, es cursado al Ejecutivo para su sanción y publicación o veto, pero es razonable inferir que muy difícilmente el Presidente podría vetar un instrumento que él mismo remitió para ser aprobado. Por esta razón podríamos afirmar que no son sujetos de veto

presidencial porque decir lo contrario sería un contrasentido.

f) El instrumento de Derecho Internacional solo puede ser presentado para aprobación del Congreso por el Presidente de la República y por nadie más. De esa cuenta, ningún diputado podría hacerlo precisamente porque consiste en una copia certificada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, no es precisamente una iniciativa de ley y por tanto no está contemplada en el contenido del artículo 174 del cuerpo normativo fundamental. (**Artículo 174. Iniciativa de ley.** *Para la formación de las leyes tienen iniciativa los diputados al Congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral.*)

Una vez que la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República emite dictamen, si es favorable, se sigue el mismo proceso que en la formación de cualquier otro decreto (se discute

en tres debates, artículos y redacción final, tras lo cual se le asigna el número correlativo que corresponde). Hay que recordar que como el Presidente de la República no remite proyecto de decreto sino solo una copia certificada del instrumento a ser aprobado razón por la cual en el dictamen de la comisión se debe acompañar ese apartado normativo en forma de decreto.

Por esa razón es que conviene distinguir entre las facultades constitucionales exclusivas y concurrentes. Un órgano del Estado puede tener facultades concurrentes con otros órganos u organismos. Por ejemplo, la iniciativa de ley es una facultad concurrente porque la tienen, además de los diputados al Congreso de la República, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos y el Tribunal Supremo Electoral. Cualquiera de ellas puede presentar una iniciativa sin que deba circunscribirse a una materia determinada.

Claro está que la lógica nos indica que el Presupuesto de ingresos y egresos del Estado solo lo puede presentar el Ejecutivo por determinación constitucional pero en general cualquiera de los que tienen esa facultad podría presentar todo tipo de iniciativas. Lo deseable sería que, aparte de los diputados, hubiera restricciones, así por ejemplo, el Tribunal Supremo Electoral debiera estar legitimado para presentar iniciativas relacionadas con los sistemas de organizaciones políticas y sistemas electorales, pero al no haber reserva de materia, las facultades concurrentes les habilitan sin restricciones.

Por otra parte están las facultades exclusivas, como por ejemplo la ya indicada del inciso o) del artículo 183 CPR. Como esta facultad solo está reservada para el Presidente de la República y no para otros órganos u organismos (como en el artículo 174), se considera exclusiva por lo cual no puede ser ejercida por diputados, magistrados, etc. El Presidente de la República tiene la facultad –

exclusiva- de dirigir la política exterior.

Nótese que en el mismo artículo 183 se faculta al Presidente a presentar iniciativas de ley al Congreso de la República (inciso g), prerrogativa que también aparece para otros órganos en el 174 y por eso se llama concurrente, en tanto que la del inciso o) solo aparece para el Presidente que es el jefe del Organismo Ejecutivo.

No obstante lo anterior, la norma que rige para el Organismo Legislativo no faculta a los órganos técnicos o administrativos para rechazar una iniciativa presentada por un diputado en la cual se pretenda ejercer facultades reservadas para el Presidente. Justamente este es un problema pendiente de legislar: Nadie está expresamente facultado para calificar si una iniciativa reúne los requisitos legales y constitucionales de admisión y rechazarla de plano en caso contrario.

La Ley Orgánica del Organismo Legislativo –LOOL- establece que

una iniciativa de ley debe ser acompañada por una exposición de motivos, pero no faculta a nadie para descalificar las iniciativas que no cumplan con ese requerimiento. En la práctica se han presentado iniciativas que carecen de esa exposición y otras que sí la incluyen, pero que razonablemente no es tal a juzgar por su brevedad, toda vez que el artículo 109 LOOL habla de una cuidadosa y completa exposición de motivos.

Esta es una razón más para afirmar que la copia certificada de un acuerdo internacional que ingresa al Congreso para su aprobación no es una iniciativa de ley y, por tanto, no puede ser presentada por diputado alguno ni en lo individual ni en grupo porque es facultad del Presidente de la República.

Y, como ya ocurrió alguna vez hace más de dos décadas, por no haber órgano calificador de las iniciativas, ya se han presentado para conocimiento del Congreso, disfrazadas de tales, instrumentos de Derecho Internacional de manera impertinente e inconstitucional.

Desde luego que cuando una “iniciativa” de este tipo es remitida a una comisión para dictamen, los miembros de ésta están facultados para rechazarla por lo inadmisibles que resulta disfrazar un tratado internacional de iniciativa de ley. Podría simplemente rechazarla o darle dictamen desfavorable por estimarla de origen espurio.

Pero si está bien presentada por el órgano constitucionalmente facultado, la comisión puede emitir un dictamen favorable o desfavorable. Se reitera que como no se trata de una iniciativa de ley en sentido estricto, lo que llega a la comisión no contiene un proyecto de decreto razón por la cual, si la decisión es de dictaminar favorablemente, corresponde a los diputados de esa comisión redactar el proyecto conforme la estructura ya establecida (preámbulo con las consideraciones que sean pertinentes y la parte resolutive que se manifiesta mediante artículos.

De ahí en adelante se sigue el mismo procedimiento que una iniciativa de ley y por regla general se aprueban con mayoría absoluta

(mitad más uno de los votos del total de diputados que integran el Congreso) y excepcionalmente con mayoría calificada, cuando así lo requiera porque afecten leyes vigentes para las que la CPR exija mayoría calificada, según lo establece el numeral 1 de la literal l) del artículo 171.

Debe insistirse que la función del Congreso no consiste en ratificar porque esa es atribución del Organismo ejecutivo. El Legislativo aprueba y esa aprobación es requisito para que ese instrumento pueda ser ratificado por el Ejecutivo. Lo cual nos lleva a una consideración hasta ahora no desarrollada por la doctrina ni por la ley.

Resulta que como el decreto legislativo que aprueba para su ratificación un convenio o acuerdo internacional, debe estimarse que su vigencia es efímera. Esto significa que una vez cumplido el propósito para el cual se emitió el decreto (una vez ratificado el instrumento internacional), la vigencia del decreto no tiene objeto alguno y podría ser derogado

expresamente ya sea emitiendo un nuevo decreto o estableciendo en el mismo que tiene una vigencia sujeta a condición. La condición consiste en la ratificación. Así, el artículo de la vigencia podría decir: “El presente decreto entrará en vigencia a los ocho días de su publicación en el diario oficial y ésta durará hasta el acto de depósito del instrumento de ratificación”.

La ventaja de esta consideración es que quedaría totalmente claro que esos decretos no mantienen vigencia indefinida y evitaría malos entendidos como el que se dio en 1997 que se emitió un decreto mediante el cual se aprobó de nuevo el tratado de incorporación de Guatemala al Parlamento Latinoamericano –PARLATINO- [Decreto Número 12-97] porque el decreto que autorizó la ratificación de ese tratado [Decreto Número 50-88] había sido derogado por error en 1996. En realidad no había necesidad de volver a aprobar un decreto que perdió su razón de ser al ratificarse ese tratado muchos años antes.

En el mejor de los casos resultará útil una norma de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo que establezca el carácter efímero de este tipo de decretos sujeta su vigencia a la materialización del acto de ratificación del instrumento.

Un buen ejemplo es el de los decretos que aprueban el presupuesto anual. Ahí mismo se establece el fin de la vigencia de los mismos, que es el 31 de diciembre del año para el cual fue aprobado dicho presupuesto.

Finalmente hay que hacer consideraciones sobre la posibilidad de veto presidencial de los decretos que aprueban instrumentos de Derecho Internacional Público, los cuales tienen su origen en el Organismo Ejecutivo y el Congreso de la República no está facultado para reformarlos. Los instrumentos internacionales se aprueban o no se aprueban, pero no pueden reformarse por un acto legislativo.

Por eso se puede afirmar que el Presidente no tendría ningún

motivo para vetar un decreto que autoriza ratificar un convenio o tratado. Todo esto resulta válido siempre que el Congreso no le introduzca cambios o consideraciones impertinentes al decreto de aprobación, como ya ocurrió a inicios del presente siglo.

El Decreto Número 38-2003 del Congreso reformó el segundo considerando del Decreto Número 50-2002. La razón se debió a que con la declaración de dicho considerando debió ser considerada impertinente al momento de la ratificación. El Presidente no vetó el Decreto 50-2002 pero debió someterlo a reforma.

De la misma manera ponemos el ejemplo del Decreto Número 05-2003 mediante el cual se reformó el tercer “considerando” del preámbulo del Decreto Número 61-97 mediante el cual se aprobó la Convención Internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, adoptada el 18 de diciembre de 1990 por la Asamblea de la ONU. El decreto reformado lo fue debido a que ese

“considerando” decía que “no obstante los beneficios que de su ratificación se obtendrán, los artículos 17 numeral 2°. In fine y 21, riñen con preceptos de la Constitución Política de la República de Guatemala, que califica a los menores como inimputables y prohíbe la confiscación”.

De aquí podemos reforzar el aserto mediante el cual planteamos que los decretos mediante los cuales se aprueban instrumentos internacionales no son vetados por el Ejecutivo, aunque el Congreso de la República haya introducido textos inconvenientes. En el último ejemplo, prácticamente el Legislativo estaba obligando a hacer una reserva al instrumento internacional y esta es una facultad que le compete al Organismo Ejecutivo. No fue vetado pero debió ser reformado.

La consecuencia de un eventual veto presidencial sería que el Congreso de la República tendría dificultades para volverlo a aprobar por carencia de consensos, toda vez que los vetos presidenciales no son

bien recibidos, por regla general, por los diputados. Cuando un Presidente veta un decreto emite un Acuerdo Gubernativo en Consejo de Ministros, en el cual explica las razones del veto, y el Congreso podría aceptar el veto o rechazarlo. El procedimiento para enmendar las causas que habrían motivado al presidente para vetarlo resulta complicado. De esa cuenta los presidentes prefieren sancionar esos decretos aunque contengan textos impertinentes y luego solicitar su reforma.

Una conclusión de estas reflexiones es que los decretos del Congreso de la República mediante los cuales se aprueba para su ratificación un tratado o convenio internacional no pueden tener vigencia indefinida puesto que solo sirven para autorizar la ratificación del mismo y, una vez realizado este acto, extinguen su

vigor y cualquier intento por rechazar el tratado o convenio mediante la derogatoria del decreto que lo autorizó no puede tener efecto alguno porque el Legislativo puede aprobar o improbar un tratado antes de su ratificación pero no después.

## IDEOLOGÍA Y CONSTITUCIONALISMO

Alberto PEREIRA-OROZCO \*

*No hay Constituciones ideológicamente neutras, o sea, sin ideología. Si algunas Constituciones escritas parecen, a simple vista, estar despojadas de ella, se trata únicamente de una apariencia equívoca. Aun la Constitución que en su letra normativa carece de fórmulas ideológicas, cuenta con un subsuelo ideológico.*

German BIDART CAMPOS:

*Teoría del Estado.*

*Los temas de la Ciencia Política*

### 1. Ideología y constitucionalismo

La idea fundamental que apareja el constitucionalismo es la de límite al ejercicio del poder. Así lo explica McIlwain al destacar este distintivo imprescindible: *El rasgo característico más antiguo, constante y duradero del verdadero constitucionalismo continúa siendo, como ha sido casi desde el comienzo, la limitación del*

*Gobierno por el Derecho* (2016, pág. 46).

La tesis trazada por McIlwain, que actualiza las ideas de Thomas Paine, es seguida por la mayoría de doctrinarios contemporáneos. Así, Rodrigo Borja indica que podemos definir al constitucionalismo como: *Una tendencia política de someter el Estado al Derecho* (1992, pág. 309); Norberto Bobbio apunta que

\* Director del Centro de estudios políticos y constitucionales de Los Altos (CEPCLA); miembro titular del INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Sección Guatemala; miembro fundador de la ACADEMIA QUETZALTECA DE CONSTITUCIONALISTAS y exdirector de su Unidad Académica, y docente universitario en el nivel de posgrado. Contacto: albertodepereira@gmail.com

*se suele llamar constitucionalismo a la teoría y la práctica de los límites del poder* (1989, pág. 139); Luis Carlos Sachica define el constitucionalismo como: *Un esfuerzo humano por racionalizar jurídicamente el ejercicio del poder político, sometiendo su organización, legitimando su origen y asignándole sus fines según un ordenamiento normativo* (1984, pág. 17); y, finalmente, Gregorio Badeni lo reseña así: *Históricamente, la esencia de la democracia pudo ser concretada por el movimiento constitucionalista, que implementó las técnicas destinadas a limitar el ejercicio del poder mediante diversas instituciones afectadas a la defensa de la personalidad individual y de los derechos naturales que son atributos inalienables del hombre. Concluye que: El constitucionalismo es un movimiento social y político que tiende a lograr una finalidad personalista mediante la vigencia de una especie particular de Constitución jurídica* (1997, pág. 71).

En tal sentido, consideramos que el constitucionalismo es una *tendencia sociopolítica cuyos objetivos principales son a) dotar a los Estados de una Constitución escrita; b) hacer valer la supremacía de dicha Constitución; c) reconocer los derechos inherentes a la persona; y d) estructurar al Estado y someterlo, junto con sus autoridades, al Derecho* (Pereira-Orozco y Richter, 2018, pág. 64).

Comprendemos, entonces, que el producto máximo del constitucionalismo es la Constitución, entendida esta tanto en su acepción general como en su aspecto concreto (Constitución Política del Estado de Guatemala, por ejemplo). Y entendemos por Constitución *la norma de mayor jerarquía dentro del Estado, inspirada en principios liberales o sociales, o en ambas categorías de principios. Su contenido determina: a) el fin para el que se organiza el Estado; b) el catálogo de derechos y obligaciones de sus habitantes (derechos fundamentales); c) los límites al*

*poder, su distribución y control, y la responsabilidad de los gobernantes; d) el sistema democrático-representativo, y los medios de defensa del orden constitucional (Pereira-Orozco y Richter, 2018, pág. 153).*

Un aspecto que resulta fundamental al momento de concretar el máximo producto formal del constitucionalismo, la Constitución, es la ideología que va a configurar la orientación de sus principales contenidos, particularmente en lo relativo al origen y facultades del poder y la preeminencia de los derechos fundamentales (es decir, la difícil convivencia entre derechos individuales y derechos sociales).

Así, en la configuración del concepto de ideología se encuentra un antecedente decisivo en las ideas de Francis Bacon (1561-1626). *A pesar de que Bacon no enuncia explícitamente la noción, es quizá el primero que, en una de sus obras fundamentales, el “Novum Organum” (1620), al reflexionar sobre las fuentes, la naturaleza y los obstáculos de conocimiento,*

*busca identificar a los agentes de error humano. Los denomina idola, y los describe como extravíos debidos a las diferencias inherentes al temperamento y las facultades de los hombres, las distorsiones del lenguaje, las aberraciones suscitadas por la fábula y la filosofía o la incidencia perniciosa de los sentimientos (Mier, 2000, pág. 323). Se evidencia que en sus primeros momentos, como sucederá luego de su aparición como tal, lo que pasaría a ser el concepto de ideología se encuentra vinculado con el error, como un obstáculo para acceder al conocimiento.*

El término *ideología (idéologie)* surge en el contexto de la Ilustración. Y qué mejor momento que este, el de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, en el que la lucha entre la razón y los prejuicios y el pensamiento heredado, tienen su momento *culmen*. La reflexión encuentra su particular enemigo en el velo que arrastran los conceptos del *Ancien Régimen*. Su creador es el filósofo y político parisino Antoine-Louis-

Claude Destutt De Tracy (1754-1836). Dicho concepto aparece en 1801, con la publicación del primer volumen de *Eléments D'Idéologie* (*Elementos de la ideología*). En este texto, la noción de ideología tiene un uso menos peyorativo que el que le da origen (*idola*), uso que no volverá a recuperar. Se entiende por esta a *una disciplina que revela sistemáticamente la fuente y fundamento de las ideas* (Borja, 2012, pág. 1034).

Si en de Tracy la ideología es una *teoría de la formación de las ideas*, con la crítica que de ella realizan Marx y Engels, se llega a entender a la ideología como *conciencia falsa*, que es determinada por las relaciones sociales imperantes (Villoro, 2007, pág. 15). Para estos últimos, no se está ante un conocimiento verdadero, sino frente a una forma de error socialmente condicionado.

Dejamos para otra ocasión una discusión detallada sobre el origen, evolución y azares del término ideología, y pasamos a citar dos conceptos que resultan esenciales para el vínculo entre el

constitucionalismo y la ideología (ideología política, de manera específica). Así, Nicola Abbagnano postula como concepto de ideología: *Sistema de creencias o de valores, que se utilizan en la lucha política para influir en el comportamiento de las masas, para orientarlas en una dirección de preferencia a alguna otra, para obtener el consenso y, en última instancia, para fundamentar la legitimidad del poder* (2004, pág. 575).

Por su lado, Rodrigo Borja sentencia que la ideología política *es un sistema de ideas, creencias, y valores filosófico-políticos sobre el fenómeno humano y el fenómeno social*. Añade que: *Las ideologías entrañan una peculiar concepción del mundo, una "cosmovisión". Idealistas unas, materialistas otras, ellas son desde el punto de vista filosófico distintas maneras de entender la libertad, la justicia social, el equilibrio entre la libertad y la autoridad, las tensiones entre la libertad y la igualdad, la organización y fines del Estado, la función de este en el*

*proceso económico de la sociedad, los linderos del concepto democrático, la organización y participación popular, los límites y la responsabilidad social del derecho de propiedad y otros temas cardinales de la convivencia humana* (2012, pág. 1034).

Borja concluye indicando que *la ideología es la forma como cada sujeto o grupo de sujetos ve el mundo, de acuerdo con sus conocimientos, experiencias, sensibilidades, condicionamientos y lugar que ocupa en la estructura social —particularmente, en el proceso de producción económica—, factores todos estos,*

*que le imprimen una manera de ver las cosas* (2012, pág. 1034).

## **2. Principales ideologías políticas contemporáneas**

El fin de la denominada *Guerra Fría* y la caída de *El Muro de Berlín* (1989), provocaron que el politólogo Fukuyama anunciara *el fin de la historia humana como lucha de ideologías*, y el consiguiente triunfo de Occidente y del modelo del liberalismo democrático (2015, pág. 57). Otro tanto hicieron Hegel y Marx en su momento. Sin embargo, la historia aún le reserva un importante lugar en las relaciones sociales, políticas y económicas a la ideología<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> «En un cómico alarde de triunfalismo, Francis FUKUYAMA, se atrevió a asegurar que esa victoria significaba, ni más ni menos, que el “final de la Historia”. El artículo que hizo famosa su tesis aún contenía una dosis de duda, expresada en forma de signos de interrogación (“¿El final de la historia?”). Sin embargo, algunos meses después FUKUYAMA suprimía los interrogantes y lo daba por un hecho consumado e irreversible. Su libro *The End of History and the Last*

*Man* aparecía en 1992. Visto desde la perspectiva que nos dan un puñado de años, resulta patético que tan pobre argumentación como la sostenida por FUKUYAMA (tanto en su famoso artículo como en el libro) dieran lugar a tanto revuelo: debates, seminarios, numerosísimos artículos de prensa, etc. El paso de solo unos pocos años ha arrinconado la tesis de FUKUYAMA en el basurero de nuestra Historia Contemporánea» (CABALLERO, 2014).

«La actual supresión del concepto de ideología es en cierto sentido un reciclaje de la época del “fin de las ideologías” posterior a la Segunda Guerra Mundial; pero mientras aquel movimiento fue parcialmente explicable como respuesta traumática a los crímenes del fascismo y del estalinismo, tal razón política no apuntala la ahora tan de moda aversión a la crítica ideológica. Además, la escuela del “fin de las ideologías” fue de manera palpable una creación de la derecha política, mientras que nuestra propia complacencia “postideológica” con cierta frecuencia exhibe credenciales radicales. Si los teóricos del “fin de las ideologías” consideran que toda ideología era algo inherentemente cerrado, dogmático e inflexible, el pensamiento postmoderno tiende a ver toda ideología como un producto teleológico, “totalitario” y con raíces metafísicas. Tan toscamente travestido de este modo, el

concepto de ideología se autoanula de forma inmediata» (Eagleton, 2005, pág. 14).

No existe tal fin de las ideologías, las mismas están hoy tan presentes como antes, con nuevas manifestaciones que vuelven a beber de los nacionalismos y de las religiones. Lo que sí es innegable es que el intento por proscribir su concepto y su discusión ha rendido frutos que permiten afirmar, *a priori*, la no existencia de un concepto preciso y medianamente hegemónico de esta.

### **2.1.El liberalismo**

Conforme lo expone Borja, el liberalismo, como filosofía, es una cosmovisión que asumen los individuos respecto a todo su entorno; su particularidad es la férrea oposición a todo dogma. Así, *la filosofía liberal afirma que la autoridad suprema, en cuanto a la búsqueda y calificación de la verdad y en cuanto a la moralidad de una opinión o de una acción, es para cada individuo su propio juicio, concienzudo y razonado* (1992, pág. 244). El liberal es un

librepensador, racionalista y crítico, y resulta ser el parámetro moral del mundo.

En el ámbito económico, el liberalismo consideró que la actividad económica tiene sus propias leyes, mismas que deben dejarse libres de la intervención del Estado. Adopta el axioma, que inicialmente perteneció a los fisiócratas, que lo opusieron a las excesivas restricciones aduaneras del mercantilismo: *laissez faire, laissez passer*, que conlleva reducir al mínimo la intervención del Estado en la actividad económica. El libre juego de las leyes económicas, que son naturales, permitiría la realización de la *armonía social* superando inclusive el excesivo egoísmo y ánimo de lucro individual.

El principio del *laissez faire* se considera hoy superado, o cuando menos rectificado sustancialmente, ya que el liberalismo evidenció la necesidad de que sea el Estado el que planifique y vigile el proceso económico, cuando dicha intervención redunde en beneficio de la misma libertad y,

particularmente, de la libertad económica. Entiende también, desde una postura utilitarista, que el Estado se debe inhibir de las actividades que puedan asumir con eficacia los particulares.

El liberalismo busca limitar jurídicamente el poder público. Entiende al Estado desde una perspectiva racional y finalista, como un medio: *Desde este punto de vista, el liberalismo es un sistema de barreras que detiene el poder del Estado con el fin de afirmar contra él la libre condición del individuo* (Borja, 1992, pág. 247).

Esta migración de criterios, que va desde una determinada limitación jurídica al poder, hasta exigirle a este, acciones específicas, la expone Borja: *Para defender las libertades del hombre de nuestros días, hace falta algo más que las simples limitaciones jurídicas al poder: se requiere una dinámica acción estatal regimentadora de las relaciones de producción. El liberalismo clásico, a su hora, creó eficaces mecanismos jurídicos para defender la libertad individual*

*dentro del grupo social —el Estado de derecho, la división de poderes, el sistema de los derechos naturales fueron, entre otras, soluciones eficaces e ingeniosas al problema— pero el proceso de desarrollo económico durante este siglo [XX] han generado tan profundas transformaciones en la sociedad, que las instituciones jurídico-políticas del liberalismo tradicional han resultado insuficientes para la ordenación de la sociedad actual. Las nuevas relaciones económicas requieren soluciones más dinámicas* (1992, 250).

Lo ya reseñado de la obra de Rodrigo Borja queda puntualizado por José María López Alonso:

«El liberalismo es una doctrina burguesa que postula la limitación de los poderes del Estado en beneficio de la libertad individual y la creación de un nuevo orden social basado en la libre competencia en el ámbito económico, la libertad de creencias y la libre expresión de estas como derechos fundamentales de la persona.

Surgió en el siglo XIX como resultado de las teorías racionalistas de la Ilustración y como consecuencia de la industrialización. Mantiene la firme creencia en el progreso en todos los ámbitos y aboga por la separación de la Iglesia y del Estado, la libertad religiosa y la enseñanza laica. Según el liberalismo, la sociedad y la economía poseen sus propios mecanismos de autorregulación que no deben ser dificultados por el Estado. Postula la igualdad de los individuos ante la ley, igualdad que, a lo largo del siglo XIX, se expresó en la promulgación de Constituciones» (2001, pág. 423).

«Durante el siglo XX y a medida que cobraron auge el movimiento obrero y los partidos socialistas, el término liberal pasó a designar exclusivamente una forma burguesa de conservadurismo que defiende la libertad económica y el protagonismo de los mercados frente al

intervencionismo del Estado» (2001, pág. 423).

## 2.2.El socialismo

A la corriente del liberalismo se vino a oponer el socialismo. Esta corriente filosófica, política y económica enarbola como ideal básico la igualdad social y entiende al Estado como un instrumento que permitirá la muerte del Estado burgués y facilite el tránsito al comunismo. En sus diferentes vertientes, el socialismo ve en el Estado un instrumento para la redistribución de la riqueza y la erradicación de los males sociales. Claro está, ve al Estado burgués como su enemigo natural. El modelo socialista propugna por la conquista de los medios de producción como instrumento para lograr el bienestar general. Es la idea del bien común la que prevalece sobre el bienestar individual y egoísta.

Conforme Marx, la sociedad socialista se basa en el principio de distribución de *a cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades* (Audi, 2004, pág.

421). En el socialismo, la democracia tiene un ámbito mucho más amplio, amplitud que permitiría llegar a la democracia total, como *dictadura del proletariado*, o mejor aún, como lo manifestara Engels en una carta dirigida a Marx: *La democracia es comunismo* (Marx y Engels, 2000, pág. 78).

«Se piensa que la democracia o *gobierno del pueblo* ha de aplicarse en esas áreas y que requiere alguna forma de representación. Los socialistas no proponen sino extender el ámbito del control democrático para que incluya el control de los medios de producción, sobre la base de que exactamente los mismos argumentos que apoyan el control democrático de las áreas antes mencionadas apoyan el control democrático de los medios de producción. Además, según Marx, el socialismo se transformará en comunismo cuando la mayor parte del trabajo que la gente realiza en la sociedad se convierta en su propia recompensa, haciendo

que la desigualdad de recompensas monetarias sea en general innecesaria. Entonces la distribución en la sociedad procederá según el principio: *Cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades*» (Audi, 2004, pág. 421).

Conforme las concepciones del socialismo, la distribución igualitaria de la riqueza terminará con los conflictos sociales y, en consecuencia, con las clases sociales. Las diferentes manifestaciones del socialismo parten de una inconformidad con un régimen que consideran injusto, siendo los obreros los que poseen la vocación y capacidad de transformar esta situación, emancipando su fuerza de trabajo y postulando la responsabilidad social de la propiedad, la solidaridad y la promoción de métodos de equitativa distribución del ingreso.

«Con el advenimiento de la ideología marxista la palabra *socialismo* adquirió una connotación antiburguesa. El

socialismo se convirtió en la contrapartida del burguesismo. Y significó la reconstrucción por la vía revolucionaria del orden social, jurídico y económico sobre la base de la *propiedad común* para arribar a la última etapa: el comunismo, caracterizado por la supresión de la propiedad privada, el deber del trabajo y la distribución de los bienes según las necesidades» (Borja, 2012, 1841).

### **2.3.La socialdemocracia**

La socialdemocracia, llamada también *la tercera vía*, es una propuesta cuyos orígenes se pueden rastrear en el socialismo y en el marxismo clásico (primera etapa histórica), pero que posteriormente se separa de estos en muchos aspectos (segunda etapa histórica). Quizá la característica más importante que la separa del socialismo es el método para lograr la transición del capitalismo al socialismo, pues esta propone medios pacíficos y graduales. Busca llegar al poder mediante el acatamiento de las reglas de juego

de la democracia liberal. La socialdemocracia se desembaraza casi en su totalidad de los presupuestos históricos de la lucha de clases, de la dictadura del proletariado y de la extinción del Estado, propios del socialismo y del comunismo.

«La socialdemocracia defiende en sus países —todos ellos de mercado suficiente— el sistema de *economía de mercado* a condición de que se dé la libre competencia. Pero cuando los individuos o grupos pretenden dominar el mercado, sostiene que la autoridad pública debe intervenir para restablecer el equilibrio y la libertad económica. *Competencia donde sea posible, planificación donde sea necesaria*, fue la proclama del Partido Socialdemócrata Alemán en su programa de Godesberg de 1959» (Borja, 2012, 1839).

Para la socialdemocracia el poder económico entraña peligros, no obstante que en los países avanzados la propiedad de los instrumentos de producción está

ampliamente repartida entre los miles de accionistas anónimos de las empresas. De todos modos, como el poder de decisión está en manos de los funcionarios ejecutivos, el Estado debe tomar arbitrios para defender el buen funcionamiento del mercado y los intereses de los consumidores» (Borja, 2012, 1839).

«La socialdemocracia sostiene un orden económico mixto en el que tienen cabida tanto los mecanismos del mercado como la planificación estatal, la propiedad privada con el control social y las decisiones centrales con las descentralizadas, para alcanzar las metas de su política económica» (Borja, 2012, 1839).

En la actualidad, los partidos socialdemócratas representan una de las principales fuerzas políticas, esto pese a la gran remontada lograda por los partidos de derecha en Europa. Las agrupaciones socialdemócratas mantienen su propuesta de una mejor redistribución de la riqueza y la búsqueda de una mayor igualdad

social, siempre dentro del esquema de economía capitalista y de intervención limitada del Estado. Buscan una especie de amalgama entre *democracia política, Estado de bienestar, oportunidades educativas y mayor justicia social* (López Alonso, 2001, pág. 649).

### 3. La fórmula política

Conforme lo enuncia Lucas Verdú, la fórmula política es *la expresión ideológica jurídicamente organizada en una estructura social* (Tajadura Tejada, 2001, pág. 243). Gaetano Mosca (Italia, 1858-1941), creador del concepto *fórmula política* lo explica más detalladamente y encierra en este el evidente temor de la clase media europea del siglo XX ante el posicionamiento del marxismo en la región:

«La minoría gobernante justificará su poder en principios abstractos que tienen arraigo en la historia de una sociedad determinada. Esta abstracción permite que el fundamento del poder no sea constantemente cuestionado por parte de los

gobernados; a la par que la relación con la historia de la sociedad permite efectuar fáciles y accesibles referencias al contexto en el cual se enmarca, lo que supondría una más grande aceptación de la misma por parte de la mayoría gobernada» (Blancha).

«El carácter abstracto de esta fórmula posibilita que la posición de privilegio de la minoría sea aceptada en grandes extensiones territoriales, tales como los modernos Estados nacionales. Además, la fórmula política posee aspectos concretos que posibilita a la clase política ganar la adhesión y reforzar el consenso entre gobernantes y gobernados; son las acciones palpables que la minoría gobernante lleva a cabo para el resto de la sociedad. En este sentido la fórmula política se nutre y beneficia con la eficiente burocracia del Estado moderno que permite llevar a cabo en tiempo y forma, las decisiones tomadas por la clase política y que son aceptadas

gracias a la fórmula política» (Blancha).

Vemos cómo la fórmula política es explicada por Gaetano Mosca desde una *teoría de las élites*, y entendemos que un siglo después de su formulación su argumento puede tamizarse aunque no abandonarse. Y esto es lo que hace precisamente el maestro Lucas Verdú (España, 1923-2011), quien toma el concepto de Mosca y suma a lo ideológico lo jurídico y lo social. Así, para Lucas Verdú, los componentes de la fórmula política son:

- «a) Un techo ideológico: demoliberal, fascista, socialista, comunista, etcétera, que inspira todo el ordenamiento jurídico;
- b) Una organización juridicopolítica: parlamentaria, convencional, presidencialista, soviética, unitaria, regional,

<sup>2</sup> Tal vez es prudente relacionar, como seguramente lo hizo Gaetano MOSCA, el término techo ideológico con el fundamento del pensamiento marxista de donde originalmente parece haber surgido. Así, el techo ideológico viene siendo la superestructura que, al

federal, c) Una estructura social: capitalista, neocapitalista, socializada, colectivista, sudesarrollada, semidesarrollada, desarrollada, superdesarrollada» (Tajadura Tejada, 2001, pág. 244).

Explica Tajadura Tejada que *en cierta medida la noción de fórmula política no está muy lejos del concepto de decisión política fundamental. Ambas expresiones persiguen el mismo fin: explicar la unidad de sentido que informa todo texto constitucional, comprender la Constitución como una unidad, como una totalidad* (2001, pág. 244).

#### **4. El techo ideológico constitucional**

En lo que se refiere propiamente al *techo ideológico*<sup>2</sup> o *numen*

reposar sobre la base o infraestructura económica (relaciones sociales de producción), influyen o determinan en última instancia, las formas de conciencia social (la superestructura)

*constitucional*, también conocido como *principios inspiradores, espíritu de la Constitución, programa político de la Constitución, filosofía de la Constitución* (Tajadura Tejada, 2001, pág. 235), este guarda una relación casi siempre directa, con el preámbulo de la Constitución<sup>3</sup>. Ello debido a que *los preámbulos de las Constituciones expresan una síntesis de las ‘decisiones políticas fundamentales’, de lo que deriva su valor político* (Tajadura Tejada, 2001, pág. 235).

«Toda Constitución, en efecto, responde a determinadas pautas doctrinales o ideológicas. Sus preceptos no nacen de la nada, ni se dictan para cualquier fin, sino que son tributarios de intereses y demandas sociales, económicas, culturales, etc., reflejadas y defendidas en concreto por doctrinas e ideologías políticas.

Sobre cualquier Constitución, entonces, hay un *techo ideológico* (según la feliz expresión de Lucas Verdú) que la cubre y determina» (Sagüés, 2004, pág. 155).

«Ese techo ideológico no siempre es uniforme. En algunos casos responde nítidamente al estilo de una ideología que impera de modo incuestionable sobre las demás; pero en otros deja de ser homogéneo, al tener tramos de determinada orientación, y otros sectores de distinta conformación doctrinal. La integración de tales segmentos no siempre es armónica ni perfecta, y de allí los desajustes ideológicos que puede haber en cualquier documento constitucional» (Sagüés, 2004, pág. 155).

---

(Cf. PEREIRA-OROZCO, 2017, págs. 19 y ss.).

<sup>3</sup> Digo *casi siempre* pues existen Constituciones cuyo preámbulo no contiene el llamado *techo ideológico*, como es el caso de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo contenido se limita a legitimar el ejercicio del poder constituyente a partir de un acto revolucionario (Cf. Cossío, 2001, pág. 85).

Entendemos que entre fórmula política y techo ideológico existe una relación de todo a parte. Esto al menos en principio, pues ni la organización jurídico-política ni la estructura social están ausentes del elemento ideológico con el que están llamados a coexistir, a tal punto que el techo ideológico llegaría a abarcar o influenciar todas las partes de la fórmula política. Así parece entenderlo Germán Bidart Campos:

«No hay Constituciones ideológicamente neutras, o sea, sin ideología. Si algunas Constituciones escritas parecen, a simple vista, estar despojadas de ella, se trata únicamente de una apariencia equívoca. Aun la Constitución que en su letra normativa carece de fórmulas ideológicas, cuenta con un subsuelo ideológico, porque hasta la parte que parece resultar más ajena a la ideología, como es la organización del poder, planifica su estructura sobre la base de algunas ideas sobre el poder limitado o concentrado, un poder controlado o un poder

absoluto, etc. Y cuando decimos que toda Constitución tiene una ideología, entendemos también afirmar que todo régimen político también la tiene. // Para dar por ciertas estas afirmaciones, basta recordar que una Constitución y un régimen político involucran un proyecto o programa políticos, un plan existencial de convivencia, y estos implican una valoración y unas ideas con las que se proponen y se articulan. De ahí que sea fácil decir que Constitución y régimen tienen una *filosofía política*, que es su cuerpo de principios, creencias, ideas y doctrinas que componen un sistema de valores» (1991, págs. 144 y 145).

##### **5. El techo ideológico de la Constitución Política del Estado de Guatemala**

A nuestro modo de ver, el techo ideológico de la Constitución Política del Estado de Guatemala es decididamente personalista (no individualista), propugna un modelo de Estado liberal-democrático en lo económico y lo

político, y en lo que se refiere a lo social guarda una fuerte aspiración hacia el modelo de Estado de bienestar. También entendemos que el techo ideológico comúnmente se encuentra en el preámbulo, pero que esto no es así con exclusividad, pues asimismo se halla disperso y desarrollado en el texto constitucional que le sigue. A este respecto, el Doctor Jorge Mario García Laguardia manifiesta:

«En el Preámbulo y en otros artículos dispersos en el texto, podemos encontrar los principios, la filosofía de la Constitución, la ideología que la inspira... Probablemente hubiera sido conveniente introducir —como en otros textos— una forma explícita que definiera el nuevo régimen como un Estado social y democrático de derecho, como parece ser el sentido de las disposiciones comentadas y otras que las refuerzan a lo largo del articulado» (2002, pág. 101).

*INVOCANDO EL NOMBRE DE DIOS*

*Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, electos libre y democráticamente, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de organizar jurídica y políticamente al Estado; afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz; inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural; decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al Derecho.*

### **5.1.Su orientación personalista**

Cuando se pretende comprender el carácter personalista de la Constitución guatemalteca vigente, es necesario aclarar nuestros criterios en razón de si consideramos que el fin del individuo es el bienestar de la colectividad (Estados socialistas) o si, por el contrario, el fin de la colectividad es el bienestar del individuo (Estados liberales-democráticos). Claro está, el adoptar dichos postulados como dogmas nos haría caer en un grave error. El bienestar individual encuentra su límite en el bienestar colectivo, ya que este último debe implicar el bienestar de todos sus miembros.

La orientación personalista de la Constitución la distingue Ramiro De León Carpio al evidenciar que *nuestra Constitución y todas las leyes giran alrededor de la persona humana en forma individual que habita en nuestro país y de la familia guatemalteca y de todos sus habitantes que forman nuestra sociedad. Nuestra Constitución Política en su primer artículo*

*protege a la persona al establecer claramente que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; y que el fin supremo del Estado es la realización del BIEN COMÚN. De tal manera que la razón fundamental del Estado guatemalteco, es lograr el bienestar de todos los guatemaltecos* (1990, pág. 45).

Como lo señala la misma Corte de Constitucionalidad, si bien la Constitución de 1985 *pone énfasis en la primacía de la persona humana, esto no significa que esté inspirada en los principios del individualismo y que, por consiguiente, tienda a vedar la intervención estatal, en lo que considere que protege a la comunidad social y desarrolle los principios de seguridad y justicia a que se refiere el mismo preámbulo* (Expediente No. 12-86).

### **5.2.Sus elementos liberales**

Los elementos liberales de las protonormas tienen su origen en los grandes postulados del liberalismo victorioso de finales del siglo

XVIII, que instaura un nuevo modelo de Estado y se da una Constitución conforme a sus necesidades y expectativas: *El Estado liberal es el Estado que permitió la pérdida del monopolio del poder ideológico, mediante la concesión de los derechos civiles, entre los cuales destacan el derecho de libertad religiosa y de opinión política, y la pérdida del monopolio del poder económico, por medio de la concesión de la libertad económica, y terminó por conservar únicamente el monopolio de la fuerza legítima, cuyo ejercicio está limitado por el reconocimiento de los derechos humanos, y de las diversas obligaciones jurídicas que dieron origen a la figura histórica del Estado de derecho* (Bobbio, 1996, págs. 128).

«El liberalismo tiene una idea racional y finalista del Estado, al que considera como instrumento del bienestar humano, que cobra sentido en cuanto sirve a los fines para los que ha sido concebido como medio. Con tal criterio ha distribuido sus partes

y planificado su funcionamiento, de modo que con las menores fricciones garantice al hombre los valores esenciales de su existencia. Para alcanzar estos fines, el liberalismo ha impuesto una estricta limitación jurídica al poder público —al que considera como el mayor enemigo de la libertad individual— y ha señalado una esfera de libertad personal ante la cual el Estado es incompetente» (Borja, 1992, pág. 247).

En este punto es necesario repasar los principios del *constitucionalismo liberal*, muy puntualmente y dentro de su aspecto económico, el derecho de propiedad como derecho natural y, en consecuencia, sagrado e inviolable: —*Consagrar, de modo particular, el derecho de propiedad como un derecho natural de la persona, no sujeto a limitaciones por el gobernante* (Naranjo Mesa, 2006, pág. 45).

«Artículo 17. Al ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado,

nadie puede ser privado de ella, a no ser que le exija evidentemente la necesidad pública, constatada legalmente, y con la condición de una indemnización justa y previa» (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Francia, 1789).

Algunas de las características liberales, antes enunciadas, se pueden evidenciar dentro de nuestra Constitución: *Libertad de religión* (36); *libertad de emisión del pensamiento* (35); *propiedad privada* (39); *libertad de industria, comercio y trabajo* (43); *limitación a los derechos constitucionales* (138)<sup>4</sup>.

### 5.3.Sus elementos democráticos

Para lo que concierne a los *elementos democráticos*, comenzaremos por definir lo que

entendemos por democracia. Así, la democracia como forma de Gobierno ha tenido dos estadios importantísimos, los cuales podríamos denominar como *la democracia de los antiguos* y *la democracia de los modernos* (Bobbio, 2000, págs. 32 y ss.). La primera de ellas corresponde a la asamblea propiamente dicha, y la segunda a la democracia representativa. Evidenciamos la evolución del término democracia partiendo de su concepción clásica:

«Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo [al de] Gobierno elegido por el pueblo, ejercido por representantes del pueblo que pueden aplicar políticas públicas de mayor o menor beneficio para el pueblo» (Fernández Santillán, 2002, pág. 23).

<sup>4</sup> Respecto de este artículo, en particular, considero necesario anotar que pese a que la limitación de los derechos constitucionales puede considerarse contradictoria con los principios liberales, la doctrina reconoce la potestad del Estado, en

ciertos momentos extraordinarios, que pueden ser sociales, económicos, políticos, etcétera, de limitar los derechos de sus habitantes con el objeto de resguardar su integridad y la continuidad del orden constitucional.

Dicha evolución resulta de la imposibilidad de que, por la misma cantidad de habitantes, todo el pueblo ejerza el Gobierno. Así, en las democracias se considera legítimo el poder político cuando se origina y proviene del consentimiento mayoritario del pueblo. Pero el poder no se ejerce directamente por el pueblo sino por medio de mandatarios, por eso las democracias modernas son democracias representativas en las que los detentadores de poder son designados mediante elecciones periódicas en las que participan la mayoría de los ciudadanos que se inscriben en una lista o registro de electores, los cuales forman el cuerpo electoral que selecciona por votación a quienes ejercerán los cargos electivos de entre candidatos previamente presentados e inscritos. Los candidatos que resultan elegidos se convierten en los representantes políticos del pueblo, quienes asumen la responsabilidad de hacer realidad lo prometido al electorado durante el proceso electoral. En suma, las elecciones son el método

democrático para designar a los representantes del pueblo.

«Las elecciones democráticas se fundamentan en los siguientes supuestos: que el ejercicio legítimo del poder requiere del consentimiento de los gobernados; que hay un cargo a ocupar con poderes y deberes; que existen normas y procedimientos electorales; que cada individuo posee oportunidad y libertad para elegir quién lo ejercerá; que las preferencias individuales pueden irse agregando en un elegir social; que hay posibilidad para la oposición de llegar al poder; que hay igualdad de oportunidades para presentar candidaturas y para hacer campaña; que regularmente se presentan alternativas de elección; en la etapa electiva, que hay por lo menos dos opciones entre las cuales escoger, y finalmente, que los elegidos por el hecho de haberlo sido, poseen la legitimidad y la representatividad de los electores» (Instituto Nacional de

Estudios Políticos, 2002, pág. 278).

El concepto *democracia* tiene, entonces, diferentes alcances al abordarse desde una perspectiva liberal o una socialista: *En el binomio liberalismo más democracia, la democracia significa principalmente sufragio universal, y por consiguiente un medio de expresión de la libre voluntad de los individuos; en el binomio democracia más socialismo, democracia significa ideal igualitario que solo la reforma de la propiedad propuesta por el socialismo será capaz de realizar. En el primer binomio la democracia es consecuencia; en el segundo, presupuesto* (Bobbio, 2000, págs. 94 y 95).

Los elementos democráticos mencionados los podemos encontrar dentro de nuestra Constitución: derecho de libre sindicalización (102 q)); derecho de elegir y ser electo, optar a cargos públicos, participar en actividades políticas (136); sufragio universal (136 y 147) (12 L.E.P.P.); derecho de petición en materia política

(137); democracia representativa (140); libertad de pluralismo político (223).

#### **5.4.Sus elementos sociales**

Por último, como preámbulo a los *elementos sociales*, establecemos que, como lo afirma Borja, *el instinto socialista es tan antiguo como el hombre, pero su sistematización teórica es relativamente reciente. El hombre nació socialista. En la colectividad primitiva no hubo “mío” ni “tuyo”. Las cosas pertenecían a quien las necesitaba. Fue después, cuando los medios de producción crearon excedentes, que nació la dependencia económica. Entonces el hombre se transformó en “lobo del hombre” —“homo homini lupus”, decía Hobbes— y se disipó el socialismo original de la sociedad primitiva para convertirse en un estado de lucha implacable de todos contra todos, en el cual el ser humano, núcleo de apetitos, contrajo un ansia insaciable de poder y también de riqueza, que es una forma de poder* (1992, págs. 250 y 251).

«La sistematización teórica de la protesta humana contra los vicios de la organización social asumió diversas modalidades a través de la historia. Hay muchas clases de socialismo: desde el socialismo utópico, de principios del siglo XIX, hasta la socialdemocracia contemporánea, pasando por múltiples versiones del marxismo, que empieza con el marxismo de Marx y de Engels y sigue con las interpretaciones soviética, yugoslava, albanesa, china —en su etapa maoísta y en la actual—, húngara, cubana, eurocomunista, y otras» (Borja, 1992, pág. 251).

Para efectos de este tema, y conforme a lo ya expuesto, evidenciamos que el socialismo crea una nueva concepción de la sociedad, contrapuesta a la concepción liberal. Los postulados socialistas nutren la *segunda generación de los derechos humanos* e inspiran el movimiento denominado *constitucionalismo social*. Así, considera una nueva mentalidad, según la cual es

necesario que el Estado no se limite a mantener el orden público y el cumplimiento de los contratos, sino que actúe positivamente para que los derechos de la primera generación no sean un privilegio de unos pocos, sino una realidad para todos, constituyéndose en un conjunto de *exigencias de igualdad*.

Los elementos sociales que promueven esas *exigencias de igualdad* y buscan su eficacia los podemos evidenciar en los siguientes artículos constitucionales: *La realización del bien común como fin supremo del Estado* (1°); *preeminencia del interés social sobre el interés particular* (44); *protección a la familia* (47); *derecho a la cultura* (57); *protección de grupos étnicos* (66); *derecho a la educación* (71); *derecho a la salud* (93); *derecho a la asistencia social estatal* (94); *derecho a la seguridad social* (100); *derecho al trabajo* (101); *tutelaridad de las leyes de trabajo* (103); *derecho a la huelga* (104); *irrenunciabilidad de los derechos laborales* (106); *el régimen*

*económico y social se funda en principios de justicia social* (118); *acceso a vivienda* (119 g)); etcétera.

### **Bibliografía**

Abbagnano, Nicola. Diccionario de filosofía. Cuarta edición en español. Actualizado por: Giovanni Fornero. México: Editorial del Fondo de Cultura Económica, 2004.

Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala: 1985, y sus reformas de 1993.

asamblea Nacional. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. París, Francia, 26 de agosto de 1789.

Audi, Robert. *Diccionario Akal de Filosofía*. Madrid, España: Editorial Akal, 2004.

Badeni, Gregorio. *Instituciones de Derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc, 1997.

Bidart Campos, Germán J. *Teoría del Estado*. Los temas de la Ciencia

Política. Buenos Aires, Argentina: Ediar 1991.

Blancha, Luis E. *Fórmula política*. Centro de Ciencia, Educación y Sociedad. Recuperado de: <http://www.cecies.org/articulo.asp?id=150> (10 de abril de 2016).

Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

Bobbio, Norberto. *Estado, Gobierno y sociedad*. Por una teoría general de la Política. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

Bobbio, Norberto. *Liberalismo y democracia*. Primera edición en español. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

Borja, Rodrigo. *Derecho político y constitucional*. Primera reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*. Tomo II. Cuarta edición. México: Fondo de Cultura Económica, 2012.

Caballero, Carlos. De Fukuyama a Huntington o la legitimación del etnocidio. Recuperado de: <http://firgoa.usc.es/drupal/files/Francis%20Fukuyama%20-%20Fin%20de%20la%20historia%20y%20otros%20escritos.pdf> (1 de junio de 2014).

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. CD-Gacetas Jurisprudenciales. Guatemala: (s.e.), 2001.

Cossío, José Ramón. Los preámbulos de las Constituciones mexicanas: contenidos y funciones. México: Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Número 8, 2001.

De León Carpio, Ramiro. Catecismo constitucional. Instituto de Investigación y Capacitación Atanasio Tzul. Guatemala: Tipografía Nacional, 1990.

Eagleton, Terry. Ideología. Una introducción. Primera edición en castellano. Colección Surcos. Barcelona, España: Editorial Paidós, 2005.

Fernández Santillán, José F. La democracia como forma de Gobierno. México: Instituto Federal Electoral, 2002.

Fukuyama, Francis. ¿El fin de la historia? Y otros ensayos. Madrid, España: Editorial Alianza, 2015.

García Laguardia, Jorge Mario. Breve historia constitucional de Guatemala. Serie: Historia, Ministerio de Cultura y Deportes. Guatemala: Editorial CAUDAL, 2002.

Instituto Nacional de Estudios Políticos. Diccionario electoral. México: Casa impresora INEP, 2002.

López Alonso, José María. Diccionario de historia y política del siglo XX. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2001.

Marx, Karl y Federico Engels. *El manifiesto comunista*. Madrid, España: Editorial Alba, 2000.

McIlwain, Charles Howard. Constitucionalismo antiguo y moderno. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

Mier, Raymundo. Ideología. En: Baca Olamendi, Laura, *et al.* Léxico de la Política. México: Editorial del Fondo de Cultura Económica, 2000.

Naranjo Mesa, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Décima edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2006.

Pereira-Orozco, Alberto. Nociones generales de Derecho I. Decimosegunda edición. Guatemala: Ediciones De Pereira, 2018.

Pereira-Orozco, Alberto y Marcelo Ernesto Pablo Richter. Derecho constitucional. Prólogo de Eduardo Rozo Acuña. Decimoprimera edición. Guatemala: Ediciones De Pereira, 2018.

Sachica, Luis Carlos. Exposición y glosa del constitucionalismo moderno. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional, 1984.

Sagüés, Néstor Pedro. Teoría de la Constitución. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2004.

Tajadura Tejada, Javier. La función política de los preámbulos constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional: *Cuestiones Constitucionales*, julio-diciembre. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

Villoro, Luis. El concepto de ideología y otros ensayos. Segunda edición. Biblioteca Universitaria de Bolsillo. México: Editorial del Fondo de Cultura Económica, 2007.



## APUNTES SOBRE LAS TENDENCIAS EPISTEMIOLÓGICAS EN LA CIENCIA JURÍDICA PARA EL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GUATEMALA

*René Arturo VILLEGAS LARA\**

Palabras liminares

En la teoría de la ciencia ya está establecida la existencia de las disciplinas o ciencias normativas, dentro de la que se encuentra el Derecho, conocido también como teoría general del Derecho o ciencia del Derecho. Esta teoría general existe y transita a la par de la filosofía del Derecho, y a veces se dice que ella es filosofía. Algunos autores suelen confundirlas, quizá porque tanto la filosofía como la teoría del Derecho abordan su materia de manera general y hay similitudes en los temas que tratan. Sin embargo, creo que hay interrogantes o problemas que la teoría del Derecho no puede

resolver, porque son del resorte de la filosofía y quizá sólo ésta pueda contestar, como cuando nos preguntamos: ¿Qué es el Derecho? ¿Cómo se puede definir? ¿Cuáles son sus fines? ¿Cuáles son los valores que debe realizar? Por eso el filósofo italiano, Ricardo Guastini, en una serie de ensayos que publicó en un libro denominado “Distinguiendo”, dice que hay una Filosofía del Derecho de los filósofos y una Filosofía del Derecho de los juristas. Esta última parece ser la teoría del Derecho o teoría General del Derecho, que se contrae, especialmente, al estudio de los conceptos fundamentales y no comprende los aspectos

\* 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.

introdutorios al estudio del Derecho, que suelen contener los textos de Introducción al Derecho. No obstante, cabe señalar que la producción bibliográfica en materia de Filosofía del Derecho ha sido escrita por juristas que poseen sólidos conocimientos de la Filosofía general y del desarrollo histórico del pensamiento jurídico.

El problema que afrontan quienes deciden estudiar para llegar a ser juristas y tienen que escribir un trabajo científico, es que omiten utilizar una perspectiva que les indique cómo enfocar los problemas científicos que tratan de explicar y resolver. Sin esa perspectiva, es complicado aproximarse a soluciones que ensanchen el conocimiento, sobre todo en el terreno del Derecho, pues, éste es expresión de la manera de concebir la realidad, de manera que para trabajar científicamente y garantizar resultados aceptables, sólo es posible si se tiene un punto de vista sobre lo que se va a investigar. De lo contrario, se resulta exponiendo un adocenamiento de conceptos, de

teorías, de afirmaciones o de argumentaciones desordenadas y no habrá certeza en los resultados. Viene todo esto porque, a mi manera de ver, un problema jurídico puede afrontarse siguiendo el modelo iusnaturalista, el modelo positivista o el modelo realista; o combinar varios de ellos, como lo hace la corriente trialista. En resumen, debe manejarse una perspectiva o sea un modelo epistemológico o un paradigma, si se quiere abordar la realidad con consistencia y que la tarea investigativa no encuentre demasiadas dificultades.

En filosofía del Derecho, y por lo mismo en la ciencia jurídica en particular, hay diversos enfoques para entender los fenómenos jurídicos, sobre todo cuando se trata de encontrar la causa original y el fin de los ordenamientos jurídicos. Todos los seres humanos, de manera empírica, se explican la razón de ser de las leyes y, sin saberlo, utilizan un paradigma que no conocen como tal. Por su lado, los filósofos, los abogados, los profesores de Derecho, los

legisladores, los gobernantes, los periodistas, los escritores y, en fin, toda persona preocupada o relacionada con los problemas de la legalidad, también usan un paradigma para explicarse los fenómenos que observan o son parte de él. O como dice nuestro profesor, maestro Rolando Morgan Sanabria, existe un conocimiento cotidiano y un conocimiento científico, este último es el que hace un investigador que profesionalmente aborda un problema jurídico. Pues bien, para encontrar respuestas que tengan fundamento, contribuye valerse de una perspectiva en el enfoque de los fenómenos jurídicos.

Desde los presocráticos, hablo de los sofistas, como filósofos, se preguntaban sobre la diferencia entre lo justo por naturaleza y lo justo por la ley. ¿Y por qué lo justo? Porque la justicia, a la par de la libertad, son valores supremos para la vida del ser humano. La justicia resume todas las virtudes de la existencia, según Aristóteles. Así lo establece también el preámbulo y el artículo 2º de nuestra

Constitución Política. Y la justicia: ¿Viene de algo metafísico? ¿Viene de Dios? ¿Viene de la razón humana? Así como son variadas las interrogantes, son variadas las respuestas desde la antigüedad; y cada posible respuesta tiene correspondencia con el punto de vista de quien reflexione razonando científicamente sobre estos temas, pues el derecho es expresión cultural y se da en la vida social. En todo caso, dice Clarence Morris: “Cuanto más satisfaga la ley las genuinas e importantes aspiraciones de la sociedad, más justo será el sistema legal” (1974.3)

Los modelos epistemológicos o paradigmas, parafraseando al autor Jorge Witker, consisten en cualquier medio que se utiliza en el intento de explicar un fenómeno. (1997:75) Dentro los modelos más conocidos en la filosofía jurídica y en la teoría general del Derecho, están el iusnaturalismo o derecho natural, el iuspositivismo o positivismo jurídico y el realismo jurídico o realismo sociológico como lo califican juristas de los Estados Unidos de América y de los países

escandinavos. No obstante, el número de modelos no se agota en estos tres, pues, en la literatura jurídica hay teorías que se pueden considerar como paradigmas, porque buscan establecer metodológicamente la esencia del Derecho, tal el caso del marxismo, que lo considero un modelo sociológico; la teoría analítica de Jeremías Bentham; la teoría normativista de Hans Kelsen; la teoría Ecológica de Carlos Cossio; la teoría trialista de Miguel Reale; el desicionismo de Carlos Schimitt, también ligado a lo sociológico; y, más reciente, el neoconstitucionalismo, aunque éste, si se toma como paradigma, se utiliza, preferentemente, en investigaciones del Derecho Constitucional.

En el desarrollo de este ensayo nos referiremos a los modelos epistemológicos que señalo como más conocidos: iusnaturalismo, positivismo jurídico y realismo jurídico, dejando para otra oportunidad las teorías señaladas en el párrafo anterior, aunque algo de ellas ya se explicó en nuestro texto:

Temas de Introducción al Derecho y de Teoría General del Derecho.

### **1. Iusnaturalismo o Derecho natural**

El iusnaturalismo o derecho natural es la más antigua manera de explicarse los fenómenos jurídicos, pues desde la filosofía griega, el hombre concebía y se explicaba la realidad recurriendo a la existencia de un ser sobrenatural que creaba y regía toda la existencia material y espiritual; y, como corriente de pensamiento, no le faltaron detractores, especialmente los defensores del positivismo jurídico que lo acusaron de ser un punto de vista metafísico.

En la obra de Ortega y Gasset, “El Espectador”, que recoge variados ensayos del filósofo del vitalismo, hay uno que tituló “Dios a la Vista”, en el que, al referirse a la idea de Dios, dice:

“En la órbita de la tierra hay un tiempo de máxima aproximación al sol y un tiempo de máximo alejamiento... Algo de eso sucede en la órbita de la historia con respecto a Dios...Hay

épocas de “odium Dei”, de gran fuga lejos de lo divino, en que esta enorme montaña de Dios llega casi a desaparecer del horizonte. Pero al cabo vienen sazones (ocasiones) en que súbitamente, con la gracia intacta de una costa virgen, emerge a sotavento el acantilado de la divinidad. La hora de ahora es de este linaje y procede gritar desde la cofa ¡Dios a la vista!”.

Pues algo así, como en la metáfora de Ortega y Gasset, sucede con el iusnaturalismo o derecho natural, ya que siendo la primera explicación que se concibió para encontrar el fundamento y la finalidad del Derecho, basado en la moral y los principios jurídicos y éticos, hubo un tiempo en que fue abandonado por la irrupción del positivismo de Comte, (Bobbio no comparte este origen) sistema filosófico del cual se derivó el positivismo jurídico que sólo acepta lo que es real y esa realidad sólo se da en las normas del derecho positivo; lo demás es pura metafísica. Pero hoy, aunque no se confiese expresamente y que en el fondo parece ser una corriente

racional, muchos filósofos del Derecho y juristas de distintas regiones, como Alexi en Alemania, Atienza en España o Carbonell en México, especialmente en materia de Derecho Constitucional, derechos fundamentales y Derechos Humanos, que irradian la comprensión y el entendimiento de todo el ordenamiento jurídico, adoptan posiciones marcadamente iusnaturalista, pues sus argumentos abogan por que en la formulación legal y en la aplicación e interpretación de las leyes se recurra a valores y principios que pueden o no estar expresados en el texto normativo; es decir, que lo que se observa actualmente es un retorno al derecho natural, después de haber sido negado y combatido, especialmente a partir de la Escuela Histórica del Derecho, en la Alemania de finales del siglo XVIII y principios del XIX. Entonces, parafraseando a Ortega y Gasset, se puede gritar desde la cofa: **¡Derecho natural a la vista!**

En términos generales, el principio básico del iusnaturalismo es que el derecho positivo, conformado por

las leyes que integran un ordenamiento jurídico o las costumbres que cumplen la misma función en los Estados de Derecho consuetudinario, está subordinado o ligado necesariamente al derecho natural, de tal manera que las normas jurídicas no puede contradecirlo; y si ese fuere el caso, deben prevalecer los principios y preceptos que integran el derecho natural, sacrificando el contenido del derecho positivo. Al respecto, dice Enrique Aftalión:

“El derecho natural nace, en efecto, con la pretensión de ser derecho vigente: los principios de derecho natural, que el sentido o la razón encuentran en la naturaleza de las cosas, aspiran a regir los casos jurídicos concretos... (y como esa pretensión también es propia de la normas que dicta el legislador, surge entonces dos posiciones antagónicas: el iusnaturalismo y el positivismo) (1980:732).

El derecho natural, en sus diversas etapas, ha obedecido a dos posiciones: la de la escuela clásica iusnaturalista, en la que no hay ninguna concesión para el derecho

del Estado. Haya o no contradicciones entre el derecho del legislador y el derecho natural, siempre debe prevalecer el derecho natural; y aun cuando no haya contradicción entre uno y otro, las leyes deben aplicarse siguiendo los principios del derecho natural o sea una “aplicación conforme”. A esta posición se le conoce como **iusnaturalismo extremo**. La otra posición es conocida como **iusnaturalismo atenuado** y se caracteriza por aceptar que el derecho natural no es suficiente para resolver conflictos en casos jurídicos concretos y por ello se deben juzgar preferentemente conforme al Derecho positivo y sólo en caso de insuficiencia de las leyes, debe recurrirse a preceptos del derecho natural. Esta segunda posición es más cauta que la primera y permite la certeza de la ley, la seguridad jurídica y previene las tentaciones de la arbitrariedad en la aplicación de las normas jurídicas. ¿Cómo ha evolucionado el derecho natural en el devenir histórico? A eso me referiré en los párrafos siguientes.

### 1.1. El Derecho natural en los griegos

El derecho natural es el más antiguo de los paradigmas utilizados para explicar el Derecho. Los griegos, desde la época presocrática, tenían la idea de que existe una justicia que está más allá de la que se puede obtener con las leyes creadas por el hombre, pues, son anteriores a la existencia de la sociedad y le corresponden por naturaleza a los seres humanos, de manera que las que el hombre crea, sólo son válidas si son conforme al Derecho natural. Al respecto, dice Bodenheimer:

“...desde tiempos muy antiguos, filósofos y políticos han sustentado la creencia de que debe haber un derecho basado en lo más íntimo de la naturaleza del hombre como ser individual o colectivo. Han estado convencidos de que (existe) un Derecho natural permanente y enteramente válido, y que (es) independiente de la legislación, la convención o cualquier otro expediente imaginado por el hombre...En cuanto al contenido específico de ese derecho

natural, se han expuesto en el curso de la historia muchas ideas. Pero la idea misma de que (hay) un cuerpo de normas fundadas en la naturaleza humana y obligatorias, por tanto, para todos los hombres y en todos los tiempos, ha demostrado, a lo largo de los siglos, tener una gran vitalidad y tenacidad” (1964:125)

En congruencia con esa idea de Bodenheimer, los sofistas pregonaban la existencia de “*lo justo por la ley y lo justo por naturaleza*”; esto último era el derecho natural. Un ejemplo de estos dos órdenes lo encontramos en la conocida tragedia de Sófocles, Antígona. El rey de Tebas, Creón, prohíbe que cadáver de Polinice, hermano de Antígona, sea sepultado por haber ofendido a los dioses y como un escarnio a su memoria debe quedar expuesto. Antígona le desobedece y sepulta a su hermano, no acatando la orden del rey, quien por eso la condena a muerte en el fondo de una cueva. Cuando Creón le recrimina a Antígona su desobediencia, la condenada a

muerte le responde que ella no ha hecho más que obedecer las leyes emanadas de la autoridad de los dioses, leyes que son superiores a las creadas por el hombre. Obviamente, Antígona está recurriendo al Derecho natural para defenderse de la acusación de la autoridad que se basa en las leyes del hombre. Por eso esta tragedia se presenta en filosofía del Derecho como clara explicación de lo que es y debe entenderse como derecho natural.

En los sofistas, que no llegaron a conformar una escuela filosófica, como lo afirma el profesor italiano Guido Fasso, encontramos que sus ideas difieren de uno a otro. Algunos no eran seguidores del derecho natural y tenían opiniones escépticas sobre la naturaleza de la justicia, al considerar que no se basaba en principios que fueran eternos e inmutables. Trasímaco, por ejemplo, enseñaba que las leyes eran creadas por los hombres o grupos que ejercían el poder, como muchos siglos después lo dijo Marx en su tesis de la interpretación del Derecho, basada en el materialismo

histórico; o Carl Schmitt con su teoría del “decisionismo” dentro del orden concreto. Así también, Protágoras sostenía que las leyes deben ser obedecidas independientemente de su contenido moral, como más tarde lo enseña el positivismo jurídico; y afirmaba que el hombre es la medida de todas las cosas: de las que son y de las que no son, con lo cual, nada, incluyendo al derecho, podía ser universal, ni en el tiempo ni en el espacio, pues todo era relativo.

Contrariamente a esas posiciones escépticas sobre la existencia del derecho natural, otros pensadores griegos afirmaban que existían preceptos que debían guiar la conducta del hombre y que eran iguales en todo tiempo y en todo lugar; era una especie de deontología universal a la que debía someterse todo hombre y que hoy caracteriza a los Derechos Humanos, que son, precisamente, universales. Eso que constituye la esencia de lo humano, lo llamaron *physis* (naturaleza); y como también existen reglas de conducta que

nacen de convenciones o sean las leyes, les denominaron nomos. Dentro de los sofistas que defendieron la existencia del derecho natural podemos citar a Heráclito, quien fue defensor del Derecho natural y es conocido por aquel famoso “brocardo” filosófico de que nadie se baña dos veces en el agua de un mismo río, como forma de explicar el devenir de las cosas, agregando que “La suprema virtud y la suprema sabiduría es obedecer en las palabras y las acciones, a la naturaleza...al Logos universal”. Hippias distinguió el Derecho escrito del Derecho no escrito. El escrito cambiaba y el no escrito o natural, por ser dado por los dioses, era igual en todas las naciones. Este sofista afirmaba que la unión matrimonial entre parientes era prohibida por la ley natural porque producía descendencia degenerada.

Más tarde, Demóstenes decía que la legítima defensa y la defensa de la propiedad privada estaba justificada y basada en la naturaleza y eran comunes a todos los hombres. Platón creía en una idea eterna de la

justicia y la describía como la armonía en los componentes de una república, en donde cada uno debía desempeñar el puesto que le correspondía, según fuera hombre de oro, de plata o de latón. Aristóteles afirmó que el Estado era una institución de Derecho natural; que existe una ley de naturaleza; que es distinta la justicia natural a la convencional; que la natural tiene la misma autoridad en todas partes; y que la ley positiva se debe a la decisión de un legislador, que igual pudo haber prescrito algo diferente.

Párrafo especial merece el pensamiento de los estoicos sobre el derecho natural, que explicaban en la escuela estoica de filosofía, fundada por Zenón, pues predicaban que hay una lucha constante de los seres humanos para que la ley responda a fines, valores y principios para lograr la armonía en la convivencia de la sociedad.

La teoría estoica es importante porque colocó a la razón como sustancia esencial de la naturaleza y al derecho natural como algo idéntico a la ley de la razón. La razón es una fuerza universal que

nutre todo el Cosmos y es la base del Derecho y la justicia. Afirmaban que había un derecho natural común que se basa en la razón y por éste, los hombres deben vivir en armonía, sin apetitos que lo vuelven egoístas. Y así como no deben existir distinciones entre los seres humanos, tampoco las debe haber entre las distintas naciones, de manera que se rijan por un código universal de conducta fraterna, siendo la esencia de todo eso, el Derecho natural basado en la razón y que puede señalarse como un Derecho natural absoluto. Pero, resulta que esa situación utópica la destruye “el egoísmo, la ambición, el ansia de poder”; y entonces surgen las convenciones contenidas en leyes que crean instituciones para controlar esas conductas disociadoras que obliga a que se respeten los derechos fundamentales de las personas, defendiendo la existencia de un “derecho natural relativo”, que es al que deben aspirar las leyes y las instituciones jurídicas, de tal manera que el derecho del legislador se acerque lo más posible

a los postulados del Derecho natural. Al respecto, dice Bodenheimer:

“Dondequiera que han sido proclamados como principios eternos de justicia, la libertad, la fraternidad y la igualdad de los seres humanos, los hombres han seguido las huellas de los estoicos”.

### **1.2. El derecho natural en Roma**

Con respecto al derecho natural en Roma, debemos primero decir lo que significó el pensamiento romano con su contribución al pensamiento jurídico universal. El reconocido jurista y romanista alemán, R. von Ihering, en el capítulo I del primer tomo de su extensa obra “El espíritu del Derecho Romano”, lo inicia diciendo : “Tres veces Roma ha dictado leyes al mundo: primero por la unidad del Estado, cuando el pueblo romano se hallaba todavía en la plenitud de su poderío; después por la unidad de la iglesia a raíz de la caída del imperio; y finalmente, por la unidad del derecho al adoptarse éste durante la Edad Media” (1891:7) Y no podía ser de

otro modo, pues los romanos fueron constructores de un sistema jurídico ingenioso y práctico, que incluso ha llegado hasta nuestros días, tanto en el derecho civil como en el derecho público, con las muchas instituciones que aún perviven en el derecho municipal y el canónico. Y aunque los juristas romanos no especularon mucho en las discusiones filosóficas sobre la justicia, sí acogieron las ideas de la filosofía griega en materia de Derecho natural, ya que les sirvió para estructurar una larga lista de principios y brocados que utilizaban para solucionar casos de la práctica en los tribunales y en la organización del poder, especialmente por la presencia de la filosofía de los estoicos, que se implantó en Roma por medio de filósofos como Séneca.

El representante más conocido en la filosofía jurídica de Roma es Cicerón, quien siguiendo las ideas de los estoicos, citado por Bodenheimer, afirmó:

**“Que el verdadero derecho es la recta razón, conforme a la naturaleza; es de aplicación**

**universal, inmutable y eterna; llama al hombre al bien con sus mandatos y aleja del mal con sus prohibiciones”.** ( 1964:134)

Enseñaba Cicerón que una ley no es justa sólo porque haya sido promulgada por el Estado, pues en ese caso cualquier ley emitida por un tirano, sería derecho. Para que una ley sea justa tiene que concordar con principios morales, fundamentalmente de Derecho natural. Con esa idea, durante distintos períodos de gobierno los emperadores dictaron una serie de prohibiciones con miras a fortalecer la justicia, especialmente para atemperar la institución de la esclavitud. Así, los propietarios de esclavos debían respetarles el derecho a vivir y no podían privarlos de ella sin que interviniera un magistrado; se fue modificando poco a poco la situación de la mujer dentro del matrimonio; Caracalla prohibió la venta de los hijos; y así, aunque no se puede decir que esa evolución se deba al Derecho natural de forma total, en algo contribuyó junto a la evolución de la

sociedad romana hacia espacios más abiertos de igualdad y libertad.

### **1.3. El Derecho natural y el cristianismo**

El cristianismo también tiene que ver en la evolución del Derecho natural. Quien conozca las enseñanzas de Cristo, contenidas en los evangelios del Nuevo Testamento, convendrá en que muchas de sus parábolas expresan sentencias de Derecho natural, las cuales arrancan y se originan en los Diez Mandamientos que Dios le dictó a Moisés, para que rigieran la vida de los hebreos cuando llegaran a la tierra prometida. Al arribar a la Edad Media, la iglesia desarrolló una fuerte labor en pro del Derecho natural, especialmente en las obras de San Isidoro de Sevilla, San Agustín y Santo Tomás de Aquino.

Para San Isidoro el Derecho natural es anterior al apareamiento del Estado, lo que hoy se pregona como los derechos que se deben proteger por ser propios del ser humano, aunque no estén prescritos en la ley. San Agustín, formuló la utopía de la Ciudad de Dios, en la que todos los

hombres vivirían eternamente felices y libres bajo la ley de Dios. Y, Santo Tomás de Aquino, quizá el más grande y de pensamiento más profundo dentro de los padres de la iglesia. Santo Tomás, para adaptar el derecho natural a la realidad, con influencia de Aristóteles, decía que hay un derecho natural relativo que se debe acoplar a las circunstancias históricas del tiempo y del espacio y evolucionar y expresar las características de cada nación. Es famosa su idea de que la rebelión está justificada ante gobiernos tiranos y que las leyes injustas debían ser desobedecidas, expresiones del más avanzado Derecho natural en el medioevo. Según Santo Tomas, hay cuatro clases de leyes: Eterna, natural, divina y humana. La ley eterna es la que gobierna todo el universo y está depositada en Dios. El hombre no conoce esa ley, pero participa de ella por medio de la ley natural, que es un reflejo de la ley eterna. Esta ley natural consiste en principios generales y abstractos que se obtienen de la ley divina, que se encuentra en el antiguo el nuevo

testamento. Por último está la ley humana, la creada por el hombre, que debe aproximarse a la razón si se quiere que se le reconozca como ley, ya que la ley debe ser expresión de la ley natural.

#### **1.4. El Derecho natural clásico**

Dentro de este esbozo del desarrollo histórico del Derecho natural, existe también lo que se conoce como escuela clásica del Derecho natural y que, según Del Vecchio y Recaséns Siches, la representan Groccio, Tomasio y Punfendorff, aunque Bodenheimer, incluye a también Hobbes, a Montesquieu, a Rousseau, a Locke y otros renombrados filósofos más. En esta escuela se pretende desligar al derecho natural de toda influencia histórica y explicarlo como un producto de la razón que construye el ideal jurídico. En el fondo, según Del Vecchio, "...representan el pathos racionalista que rechaza lo vital, lo histórico para dejar expedito el camino a los esquemas que el entendimiento elabora en los gabinetes filosóficos" (1946:39).

Todos los autores que pueden considerarse como representantes del llamado Derecho natural clásico, coinciden en una idea fundamental: existen derechos en la vida de los seres humanos que están más allá de los que contemplan los textos legales, otorgados por Dios o contruidos por la razón y son anteriores a la misma existencia del Derecho y del Estado. Por ello, los abogados acusadores en los procesos de Nuremberg, en contra de los militares nazis señalados de haber cometido delitos de lesa humanidad, según Santiago Nino, pudieron decir:

“Por encima de las normas dictadas por lo hombres hay un conjunto de principios morales y universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales ínsitos a la verdadera naturaleza humana” (1975:20)

De manera que los nazis no podían alegar que actuaron cumpliendo la ley que había emitido el Estado, pues existe un derecho natural que

les prohibía obedecer leyes injustas. **“Siempre que la ley acaba, empieza la tiranía”.**

Tres autores, entre muchos, podemos referirlos en cuanto a esta nota común de que existen derechos de la persona humana más allá de los que pueda contemplar la ley. Por ejemplo, Rousseau, cuando concibió la idea del contrato social, dejó asentado que los hombres, al concertar tal pacto, no ceden todos los derechos, pues se reservan aquellos que son de su propiedad como tal, como expresión de su condición de seres libres. Estos derechos devienen de su naturaleza, de la **“naturaleza de las cosas”**. Por eso es que en nuestra Constitución, el artículo 46 agrega que los derechos que estatuye, no excluyen otros que son propios de la persona humana. Hobbes llamó Derecho natural a los principios que crea la razón humana para vivir en un ambiente pacífico y seguro. Y, Locke, citado por Bodenheimer, decía lo siguiente: “El Derecho natural permanece como norma eterna, para todos los hombres, legisladores o legislados...y su fin es conservar y ampliar la libertad. Estos pensadores a que nos referimos, fertilizaron el terreno para el florecimiento de muchas ideas que luego fructificaron en la Revolución Francesa, en la Revolución de los Estados Unidos de América y en todos los movimientos emancipadores de la América Latina. Basta una lectura panorámica de las constituciones del siglo XIX y XX, para encontrar en sus artículos un origen en el pensamiento clásico del Derecho natural, como los derechos fundamentales, la prevalencia de los principios jurídicos, la no prescripción de ciertos delitos, la objeción de conciencia, la ampliación de las garantías individuales, las limitaciones al ejercicio del poder político, la libertad de circulación, la abolición del vasallaje y la servidumbre, la libertad religiosa, la abolición de la tortura, la libertad de pensamiento, la humanización de las penas, el abandono de la insularidad del derecho que abona en favor del pluralismo en cuanto a las fuentes

del Derecho y el discutido activismo judicial; en fin, tantas conquistas que se han logrado como resultado de la lucha del hombre para ensanchar sus espacios de bienestar material y espiritual, especialmente en la consolidación de los valores de libertad, igualdad y dignidad, que hoy se cobijan en el llamado neoconstitucionalismo, que viene a ser, para la doctrina italiana, un Derecho natural actualizado. Así, resulta de permanente vigencia la frase de Hegel: la historia del hombre es la historia de su lucha por la libertad.

### **1.5. Actualidad del Derecho natural**

En la actualidad, a mi modo de ver, se está consolidando la presencia del Derecho natural como esencia de la juridicidad, como sucede en nuestro medio, al recurrir a la moral, a principios, implícitos o explícitos, tanto en artículos de la Ley del Organismo Judicial en cuanto a lo que deben observar los jueces al impartir justicia como en el Código civil cuando se refiere a condiciones contractuales que no sean contrarias a la moral. Tengo la convicción de

que los Derechos humanos de naturaleza individual y social, los derechos fundamentales en suma, son expresión del Derecho natural, aunque a su origen se le atribuyan diversas fuentes como Dios, la razón humana o no se les atribuya ninguna. Si uno observa el contenido de los textos constitucionales de la actualidad y particularmente el de nuestro país, vemos que desde el preámbulo y los artículos 1 y 2 del Título Capítulo Único, así como en los tratados y convenciones de Derechos humanos suscritos por el Estado, resulta que el Derecho natural tiene existencia y en gran medida se ha constitucionalizado, o sea que se ha vuelto Derecho positivo, pasando de ser de un orden extra-normativos a un orden normativo, pero siempre derecho natural, que se ve ampliado a lo que prescribe el artículo 44 constitucional, en el que están regulados los derechos no numerados, que no están escritos en ningún texto legal y que obviamente son materia del derecho natural y pueden invocarse en un conflicto de intereses. No obstante, hay autores,

como Andrei Marmor, que critica la existencia de estos derechos no enumerados y afirma que si eso significa aumentar los derechos que la Constitución prevé, ese es un poder que la Corte y los tribunales no deberían tener (2011:249) Este fenómeno que introduce preceptos de derecho natural en el ordenamiento jurídico, es lo que la doctrina actual conoce como “positivismo incluyente”. En resumen, el derecho natural está contenido en todo nuestro ordenamiento jurídico, desde la Constitución hasta las leyes ordinarias, así como en los tratados y convenciones de derecho humanos de los que Guatemala es parte.

## **2. El positivismo jurídico**

Para entender el positivismo jurídico como paradigma en el Derecho y que lo relaciono con el filosófico, aun cuando renombrados autores como Bobbio, afirmen que esa relación no existe, creemos necesario explicar antes qué es el positivismo o filosofía positiva, pues entendiendo lo que es esta corriente de pensamiento, creo

que se puede explicar con más claridad en qué consiste el positivismo jurídico, conocido también como iuspositivismo.

La característica esencial de la filosofía positiva es la exclusión de la metafísica. Según el diccionario de Walter Brugger, el positivismo exige a toda ciencia que tome en cuenta los hechos tal como se presentan en la realidad y que se limite a comprobarlos y relacionarlos con leyes naturales. Aunque el positivismo filosófico fue fundado por Hume, su representante más conocido es el filósofo francés Augusto Comte. Comte, para explicar las formas del desarrollo del pensamiento, creó la ley de las tres fases por las que ha pasado el pensamiento: En la primera, la fase teológica, la realidad existe como creación de los dioses o de Dios; en la segunda, la fase metafísica, se trabaja sobre conceptos universales y fuerzas de la naturaleza que están más allá de lo real; y la tercera, la fase positiva, es aquella en que únicamente es comprensible y posee sentido lo que es verificable, lo que se puede

comprobar por la experiencia de los sentidos. Lo metafísico significa lo que está más allá de lo físico, más allá de lo real, de lo verificable. Lo metafísico carece de sentido porque no es experiencia, no se puede percibir con ninguno de los sentidos. (1975:408) Con esa idea filosófica, los valores, los principios y todo lo que sea de naturaleza axiológica, resultan ser expresiones de sentimiento o de intenciones que es difícil encontrarles su contacto con la realidad.

De este positivismo filosófico de Comte, hay filósofos del derecho que establecen el origen del “positivismo jurídico” en el positivismo filosófico de Comte, idea que, repetimos, no comparte Norberto Bobbio, cuando afirma:

“La expresión positivismo jurídico no procede la de positivismo en sentido filosófico, aunque en el siglo( XIX) pasado haya existido una cierta relación entre los dos términos, en cuanto a que algunos positivistas jurídicos eran al mismo tiempo positivistas en sentido filosófico:

pero es tan cierto que en sus orígenes (que se encuentran a comienzos del siglo XIX), el positivismo jurídico no tiene nada que ver con el positivismo filosófico como que el primero surge en Alemania, y el segundo lo hace en Francia. La expresión positivismo jurídico deriva de la locución derecho positivo en contraposición a la de derecho natural. Por consiguiente, para comprender el significado de positivismo jurídico es necesario aclarar el significado de la expresión “Derecho positivo” (1998:35)

La idea del anterior párrafo de Bobbio, a mi manera de ver, no convence, pues en filosofía todas las ideas, sobre todos las que lindan con la filosofía, tiene continuidad y resulta discutible que el país en que ellas se hayan dado y el significado de un término, sirvan para diferenciar un punto de vista que, a la larga, encierra un postura filosófica, cuando lo que debe prevalecer para caracterizar una posición es la esencia que explica la manera de darse en el pensamiento.

Siguiendo la esencia del pensamiento de Comte, los autores repiten la idea de que la diferencia fundamental entre el paradigma iuspositivista y el paradigma isnaturalista, es que para el primero, el orden jurídico no tiene nada que ver con el orden moral, de manera que tratar el tema de la diferencia entre la moral y el Derecho, desde la perspectiva iuspositivista, carece de sentido. Por el contrario, la tesis iusnaturalista afirma que hay una relación necesaria entre Derecho y moral.

Para el positivismo jurídico, como lo dijo un autor referente de esta idea, Hans Kelsen, dentro de la corriente del positivismo analítico no existe un derecho más allá del que está contenido en las normas jurídicas dictadas por el Estado. Todo lo que existe en el mundo de lo jurídico es porque está previsto dentro del contenido sistemático del ordenamiento jurídico, cuya validez depende de dos supuestos: haber sido creado por una autoridad competente y autorizada para crear leyes y que en el acto de creación se haya observado el procedimiento

establecido. Incluso, el derecho consuetudinario puede ser parte del ordenamiento jurídico si hay una norma positiva que así lo autoriza. En síntesis, como lo expresa Kelsen y lo reitera Norberto Bobbio, el orden jurídico es un orden normativo; y la norma jurídica es la “célula” desde la que se autoconstruye todo el tejido normativo que es el ordenamiento jurídico del Estado.

El recordado y distinguido jurista y filósofo del Derecho, Santiago Nino, en su libro “Introducción al Análisis del Derecho”, ideó una dramatización que surge de los procesos de Nuremberg, en la que se establece con claridad la característica del Derecho positivo. En este proceso se plantearon las concepciones básicas del Derecho natural y del Derecho positivo. El argumento de los iuspositivistas, que defendían las acciones delictivas de los nazis, dicen:

“Una de las conquistas más nobles de la humanidad ha sido la adopción de la idea de que los conflictos sociales debe resolverse, no según el capricho

de las apreciaciones morales de los que están encargados de juzgarlos, sino sobre la base de normas jurídicas establecidas; es lo que se ha denominado “estado de derecho”. Esto hace posible el orden, la seguridad y la certeza en las relaciones sociales”. (1995:21).

Algunos autores, como Villoro Toranzo, en México, califican al positivismo jurídico como una teoría voluntarista, pues las normas jurídicas son creadas por un acto de voluntad del ente autorizado para dictarlas, según la estructura institucional cada Estado. Incluso la validez de las normas, como lo pregona Kelsen, no depende de su contenido, sino de que el acto de voluntad se dé según el procedimiento previsto para crear las leyes y que la autoridad esté facultada para ello. Para el positivismo importa poco que la ley sea justa o no, si resuelve o no un dificultad, si la sociedad la acepta o no. Esos son problemas de la filosofía, de la sociología o de la política, pero no de la existencia de la ley. De esa manera, existe un

culto al texto legal, lo que viene desde los glosadores; y el juez sólo es la boca de la ley, ya que la única fuente de lo jurídico es la legislación.

Hay una pregunta doble que es clave en esto del positivismo jurídico: ¿El derecho es únicamente la ley o hay derecho más allá de la ley? Norberto Bobbio, el gran jurista italiano recientemente fallecido, decía que el positivismo se puede explicar en tres variantes: Positivismo ideológico, positivismo teórico y positivismo metodológico, y la interrogante se resuelve con el positivismo ideológico y con el positivismo metodológico.

Para el positivismo ideológico hay una identidad de la justicia con el derecho positivo; el derecho (las leyes), sólo por el hecho de serlo, lleva implícito el ideal de justicia, por lo cual deben ser obedecidas sin objeción alguna. Este positivismo no ha tenido muchos seguidores y, además, contrasta con la realidad, pues de hecho se emiten muchas leyes injustas, resultando ingenuo creer que siempre hay buenas intenciones en el acto de legislar.

Para el positivismo teórico es una posición formalista, en el sentido de caracterizar al positivismo como un puro formalismo jurídico. Las normas se producen como actos de voluntad del legislador y su aplicación a los casos concretos se hace mediante el ajeo silogismo jurídico de raíz aristotélica, en la que el juez actúa como una máquina programada para resolver, lo cual recuerda la conocida jurisprudencia de conceptos. A esta forma de actuación del juzgador se le conoce como jurisprudencia maquinal. En la actualidad esta posición es muy criticada, pues se le considera insensible a la realidad, al no reconocer que existen lagunas en un ordenamiento, que sólo pueden llenarse de contenido con normas que no están en el ordenamiento: normas morales y principios.

Por último, encontramos el positivismo metodológico, que postula que no hay una conexión necesaria entre derecho y moral. Dice Bobbio que el método que debe seguirse, como camino para conseguir un fin, es el método científico. La ciencia tiene que ser

avalorativa o no es ciencia; el método positivista, entonces, sólo puede ser el método científico, que es el único que se puede seguir si se quiere hacer ciencia jurídica o teoría del Derecho. “Si no es ese el objetivo, no se hará ciencia, sino filosofía o ideología del Derecho”. (1998:241)

Creo que la pregunta de Bobbio se responde con el positivismo ideológico y con el positivismo metodológico.

El positivismo jurídico tiene una larga historia en el devenir de la historia de la filosofía jurídica y de la teoría del Derecho. La codificación de finales del siglo XVIII y del siglo XIX, son ejemplos de la tendencia al derecho contenido en leyes. Cuando se creó el Código civil francés, más conocido como Código de Napoleón, un profesor de Derecho civil dijo una frase muy conocida: “- Yo no enseño Derecho civil: yo enseño el Código de Napoleón”. Y este Código inspiró a muchos movimientos codificadores, incluyendo el que se dio en Guatemala, durante el gobierno

liberal de Justo Rufino Barrios. La Escuela de la Exégesis, de auténtico corte positivista, tenía como premisas: a) Culto al texto de la ley; b) Predominio de la intención del legislador al momento de interpretar; c) Doctrina estatista sobre el origen del Derecho, entre otras; siguiendo siempre el viejo aforismo romano: “*ex lex dura lex*”. Y esa escuela de la exégesis, aunque ya declinó como teoría, de hecho siguen existiendo jueces y abogados litigantes exégetas.

En la actualidad hay prestigiados filósofos y juristas que defienden las concepciones del positivismo jurídico, hoy transformado en un positivismo jurídico analítico, llamado así porque su análisis de la norma jurídica es un enfoque de carácter lógico formal, en el que debe tomarse muy en cuenta la estructura lingüística de la proposición normativa, como preocupación esencial para encontrarle el sentido a la norma jurídica al momento de interpretarla y aplicarla. Uno de los más preclaros representantes del nuevo positivismo jurídico y cuyas tesis

siguen orientando en algunos aspectos el pensamiento jurídico, es Hans Kelsen. Kelsen, con la ayuda de su discípulo Merkl, los dos alemanes, formularon la famosa teoría de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico del Estado, que forma parte de la Teoría Pura del Derecho, estructura que se presenta como una pirámide en cuyo vértice, como normatividad suprema, está la Constitución. Lo antes dicho basta para decir y afirmar que Kelsen es positivista; que su Teoría Pura del Derecho es una idea que separa al Derecho de la moral, de lo político, de lo ético, de lo sociológico, porque estos son campos que deben ser estudiados por otras disciplinas como la filosofía, la ciencia política, la sociología, la axiología, no por la ciencia del Derecho, la cual debe concentrarse en un objeto específico: la norma jurídica como acto de voluntad del Estado. Y, como su análisis es un razonamiento lógico de la estructura de las normas jurídicas contenidas en las leyes, se le ubica como un positivista analítico. En resumen, su teoría es

una concepción normativa del Derecho, al igual que la tesis que defiende Norberto Bobbio. El nombre de su teoría, Teoría Pura del Derecho, lo dice todo.

Los pilares teóricos sobre los que descansa el positivismo jurídico, parten de una característica esencial a la que ya nos referimos: la independencia absoluta del derecho contenido en las leyes que emite el Estado, de otros órdenes normativos de origen distinto, especialmente del orden moral; y, se caracteriza, en lo más significativo, por lo siguiente:

a. El único orden jurídico que rige la conducta intersubjetiva está contenido en las normas que emite el Estado,

b. Una norma jurídica es válida y obliga a los destinatarios si fue emitida por un órgano competente facultado para ello, independientemente de que sea justa o injusta y si conviene o no a los destinatarios;

c. El ordenamiento jurídico es un orden herméticamente cerrado y por lo tanto no tiene lagunas. Las

lagunas son de la ley no del Derecho como orden total.

d. La única fuente del derecho es la ley. A esto se le conoce como “legiscentrismo”

Para el caso de nuestro ordenamiento jurídico, el positivismo jurídico, como positivismo normativo, se encuentra respaldado por el artículo 2 y 57 de la Ley del Organismo Judicial, en donde se establece que la ley es la primera fuente del ordenamiento jurídico y éste se integra por todas las leyes que lo forman, emitidas por el Congreso de la República, a quien le compete con exclusividad la potestad de emitir normas generales y abstractas, de conformidad con el sistema republicano que nos rige.

### **3. Realismo jurídico**

Cuando Rafael de Sanzio, en el Renacimiento, pinto su famoso cuadro conocido como la Escuela de Atenas o La Academia de Platón, el artista dibujó a Platón y a Aristóteles ingresando a la academia en animada conversación; y es simbólico que Platón aparezca

con su mano señalando al cielo y Aristóteles con su mano señalando hacia la tierra. Allí está reflejada la añeja contradicción entre el idealismo y el realismo, que interesa relacionarlo como antecedente remoto del realismo filosófico y en consecuencia, del realismo jurídico. Así, dice el filósofo español Manuel García Morente, Aristóteles logró:

“...traer las ideas del cielo a la tierra; destruir la dualidad del mundo sensible y el inteligible, fundir estos dos mundo en el concepto lato de la sustancia, de la cosa real que está ahí...” (1967:103).

Conforme lo dicho por García Morente, creemos que el realismo jurídico tiene como antecedente muy remoto al realismo aristotélico, que en la historia del pensamiento filosófico ha ido transformándose con las ideas de posteriores intelectuales dedicados a la filosofía. Hoy, el realismo filosófico designa la idea que defiende la realidad. Es aquella concepción que afirma que el ente real existe independientemente de nuestro conocimiento. De ahí que el

realismo jurídico se atiene a la existencia de hechos de la vida y a la solución que se les da.

El realismo jurídico, como modelo epistemológico, parte del estudio de dos elementos que lo caracterizan: la existencia de hechos concretos de la vida en sociedad y el modo como estos hechos son conocidos y resueltos por los tribunales. Por eso es que en los países que se rigen por este modelo, la jurisprudencia o fallos de los jueces constituyen la fuente principal del Derecho y el precedente es de primer orden para la práctica del de la profesión legal. La fuente principal del Derecho en este sistema es la jurisprudencia y no la ley, como sucede en los sistemas de derecho escrito. Este modelo epistemológico, el realismo jurídico, es el que sirve para estudiar el Derecho en países como Inglaterra y especialmente en los Estados Unidos de América, considerados como sistemas de derecho jurisprudencial, no entendido el término jurisprudencia como “ciencia del Derecho”, como se acostumbra en Alemania, sino

jurisprudencia como lo que resuelven los tribunales.

El maestro Francisco Campos Romero, de la Universidad Nacional de Costa Rica, en la Revista de Ciencias Jurídicas, escribió un ensayo con el título de “Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico”, en donde explica sobradamente lo que constituye este modelo epistemológico. Explica el profesor Campos Romero que existen varias ideas para explicar el realismo jurídico. Empero, me parece muy didáctico dividirlo en realismo jurídico alemán, realismo jurídico norteamericano y realismo jurídico escandinavo. Siguiendo esta ruta de dicho profesor, nos referiremos a estas tres tendencias, auxiliándonos, además, de la obra del maestro Luís Recasén Siches, “Panorama del Pensamiento Jurídico del Siglo XX”, Segundo Tomo.

### 3.1. Realismo jurídico alemán

Gohete puso en boca de Mefistófeles estas palabras: **“Toda teoría es seca, mi buen amigo, y el árbol de la vida es florido”**. Esta

frase del notable escritor alemán, encierra la riqueza de lo real sobre lo teórico. No son muchos los autores que tratan el tema de un realismo jurídico alemán, pues de concretan a explicar el norteamericano y el escandinavo. Sin embargo. Como dice Delgaauw, “El pensar guarda su propia continuidad. Lo nuevo es nuevo en cuanto se distingue de lo viejo, y por esta distinción se vincula lo nuevo a los viejo”. (1965:9). Cito a estos dos autores porque creo que las corrientes realistas actuales han heredado conceptos que vienen desde la Escuela Histórica del Derecho, en la filosofía jurídica de la Alemania de los siglos XVIII y XIX.

Recordemos que dicha Escuela, uno de cuyos exponentes es Rudolf von Jhering, surgió para refutar al iusnaturalismo, afirmando que el Derecho es como el idioma de un pueblo: un producto ordenado de la historia; y por ello había que buscar la explicación de lo jurídico en la normatividad de las costumbres. Esta posición es, a mi juicio, un

razonamiento jurídico realista. Decía Jhering que:

“el Derecho... es un organismo objetivo de la libertad. Ya no se dice, como se creyó en otro tiempo, que sea un conjunto de disposiciones arbitrarias que deben su origen al pensamiento del legislador, sino que es, por el contrario, como el idioma de un pueblo, producto interno y ordenado de la historia” (1946:17).

Jhering defendía la fortaleza de la jurisprudencia sobre la debilidad de las normas emitidas por el legislador, porque ella estaba más cerca de la vida real; más cerca de los hechos que llegan a los tribunales para ser discutidos por los sujetos procesales. En esa misma línea, Puig Brutau, al presentar el libro *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*, escrito por el jurista norteamericano Roscoe Pound, decía que la auténtica vida del Derecho está en lo particular no en lo general; es decir, el único derecho que vive es el que pasa por los estrados de los tribunales.

Parafraseando al iusfilósofo argentino, Carlos Cossio, podemos decir que la jurisprudencia es el derecho de la vida humana viviente.

Otro autor del realismo jurídico, es el jurista alemán Hermann Kantorowics, citado por el maestro Campos Zamora, cuando dijo:

“...el concepto del Derecho de los realistas, su tesis sustantiva, es la siguiente: el Derecho no es un cuerpo normativo, no es una deber, sino una realidad fáctica. En el comportamiento real de ciertas personas, especialmente los oficiales del derecho, más especialmente de los jueces que crean el Derecho, es a través de sus decisiones, que se construye el Derecho” (2009: 201)

Para Campos Zamora, dentro de la corriente del realismo Jurídico, debe incluirse también al jurista Philipp Heck, quien escribió un libro denominado “El Problema de la Creación del Derecho”, cuyas tesis forman parte de los que se conoce como Escuela del Derecho Libre. En este texto encontramos una frase de Heck, en la que dice que “prever

que no se puede prever todo, es la mejor de las provisiones”. La omnipotencia del legislador es una utopía por diversos motivos y la ley no puede resolver todas las circunstancias de la vida real, por lo que el juez viene a ser el verdadero motor que mueve el derecho.

“Una ley, dice Heck, de la que todo el mundo supiera que los tribunales no la aplican perdería toda su importancia para la vida”. (1961:35)

Lo anterior significa que el realismo alemán es una derivación en el tiempo, de la Escuela Histórica del Derecho.

### **3.2. El realismo jurídico norteamericano**

El realismo jurídico norteamericano es la versión más caracterizada de los ordenamientos que siguen esta corriente y es el que sirve para conocer la naturaleza y la esencia de su derecho. La frase que explica esta versión, se podría sintetizar en la famosa frase del juez de la Suprema Corte, Oliver Wendel Holmes, citado por Recaséns Siches:

“El derecho antes que lógica ha sido experiencia. Las necesidades sentidas de cada época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones en que la acción política se ha inspirado, bien aquellas confesadas explícitamente o bien otras inconscientes, e incluso los principios que los jueces tienen, al igual que todas las otras gentes, han tenido que ver más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar a los hombres” (1963:593).

Con esa idea de Wendel Holmes, en el realismo jurídico norteamericano no existe preocupación por el análisis lógico de las normas jurídicas, como sucede en el positivismo; ni los “desvela” las preocupaciones morales del iusnaturalismo, pues son ideas que no necesariamente encajan con la realidad. El único derecho que merece estudiarse es el que pasa por la función jurisdiccional. Holmes no desechaba la estimativa jurídica, pero tenía claro que el ingrediente

natural era una actitud mental ingenua y que no existen deberes a priori. “El Derecho efectivo, el que realmente es, el que se aplica y ejecuta, es el decidido por los tribunales”. De ahí que la fuente principal del Derecho en los Estados Unidos de América, es la jurisprudencia y los abogados litigan con base en los precedentes.

El realismo jurídico norteamericano ha experimentó otros planteamientos posteriores y uno de ellos es el llamado realismo sociológico o jurisprudencia sociológica, cuyas bases fueron sentadas por Wendel Holmes y posteriormente reelaborado por los jueces y profesores universitarios, el magistrado Benjamín Cardozo y Roscoe Pound, este último decano de la Facultad de Derecho de Harvard durante 20 años y recordado maestro de esa Universidad.

La literatura jurídica estadounidense es poco difundida en Guatemala y la producción de connotados autores ocupa un espacio reducido, salvo en bibliotecas particulares. La misión diplomática de ese país, ha

difundido algunos títulos, todos en español, como The Common Law (sólo el título) de Holmes, La Justificación del Derecho de Clarence Morris, Los Grandes Problema de la Política de Leslie Lipson, La Democracia y el Sistema de Partidos Políticos en los Estados Unidos de los autores Ranney y Kendall, El Sistema Legal de los Estados Unidos de Lewis Mayers y algunos volúmenes pequeños sobre el funcionamiento del Congreso, de la Presidencia, una Teoría de la Democracia y la Democracia Liberal de Massimo Salvatore, además de tres volúmenes que preparó la Universidad de La Florida, sobre el Derecho privado de ese Estado, civil y mercantil, destinado a capacitar a los abogado que llegaban exiliados y que provenían de países de derecho escrito. En una librería de libro viejo tuve la suerte de encontrar un ejemplar de la obra “Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico” del maestro Roscoe Pound, escrita en 1922. No obstante, de Benjamín Cardozo, sólo tengo conocimientos que me

han transmitidos autores que lo incluyen como un referente del realismo jurídico en su versión de realismo sociológico.

En este realismo jurídico sociológico se reconocían las estructuras lógicas en el Derecho, pero no perdían de vista que el Derecho no es pura lógica, sino que, además, según Recaséns Siches:

“...es también un instrumento para la vida social, para la realización de los de los fines humanos, dentro del cauce vario y cambiante de la historia. El jurista, el legislador y el juez, debe conocer la realidad sociológica de la realidad actual para encontrar la solución justa que reclaman los problemas concretos. (1963:606)

El juez Cardozo se hacía estas preguntas: ¿Qué es lo que yo hago cuando fallo un litigio? ¿Hasta qué punto busco congruencia lógica? Sobre esas preguntas, Recaséns Siches comenta lo siguiente:

“Si claramente la constitución o una ley contiene una norma que parece cubrir sin duda el caso planteado, no se presenta al juez el problema de hacer una prolija indagación sobre las fuentes que dan servir de base para su sentencia. Sin embargo, Cardozo, recordando sus propias experiencias judiciales, hace notar vigorosamente que ni siquiera en tales casos la función del juez es mecánica y de mera rutina, pues siempre se presenta el problema de interpretar la norma aplicable al caso planteado...la tarea interpretativa es siempre algo más que el mero buscar y descubrir un sentido “.

“...a veces, los artículos de la constitución o los de una ley están redactados en términos muy generales y bastante vagos o indeterminados; y sucede que el contenido, la significación y el alcance de tales normas varían en el transcurso del tiempo, al cambiar las relaciones sociales, y al cambiar las aspiraciones

predominantes de la gente  
“(1963:607)

Según Cardozo, cuando se desempeñó como juez, hubo de resolver siguiendo cuatro caminos. Primero, se refiere al razonamiento lógico que a veces no contribuye a resolver el caso concreto. Segundo, se trata de tomar en cuenta el desenvolvimiento histórico evolutivo de la institución, para que nuevas realidades den la pauta del sentido que debe dársele a la ley. Tercero. Cuando, ni la lógica ni la historia nos dan la solución correcta, entonces debemos recurrir a las costumbres y convicciones sociales vigentes. Cuarto. Por último se tomará en cuenta el ideal de justicia y el bienestar social según un análisis sociológico de los hechos. Cardozo sabía que una sentencia no es sólo un procedimiento que descubre el sentido de la ley, sino también un proceso de creación. Para Cardozo, según Bodenheimer, el juez interpreta la conciencia social y le da realidad en el Derecho, pero al hacerlo contribuye a formar y

modificar la conciencia que interpreta. (1964:349)

El realismo jurídico, en las ideas de Cardozo, afirma resueltamente la necesidad de examinar lo que las cosas son en la más auténtica realidad y no dejarnos engañar acerca de cuáles son los factores que influyen en la efectiva tarea de administrar justicia.

Con relación al maestro Roscoe Pound, y siempre dentro del realismo jurídico o realismo sociológico, fue él que estableció que el Derecho es una ciencia de “ingeniería social”, que es una especie de programa o un tipo de regulación social planificada según el principio de utilidad. Para él, el Derecho debe ser juzgado no por aplicación de patrones eternos de razón, sino por métodos experimentales. Niega la existencia de principios jurídicos eternos e inmutables. El Derecho es fluido y cambia cuando cambian las condiciones sociales a los que debe su vida. (Bodenheimer 1964:344-345). Dice que el Derecho es una ingeniería social porque se ocupa en obtener resultados mediante la

ordenación de las relaciones humanas.

Esta finalidad de resolver problemas sociales por medio del Derecho (ingeniería social), le encuentro parecido con lo que hoy se pregona como “uso alternativo del Derecho”.

### **3.3. Realismo Jurídico escandinavo**

Aunque muy lejos de nuestra latitud y de nuestra idiosincrasia, no puede omitirse exponer algunas ideas que establece la doctrina, para caracterizar esta variante del realismo jurídico, el realismo jurídico escandinavo, que se refiere a lo que los juristas y filósofos de los países enclavados en la península escandinava, utilizan para investigar la naturaleza del Derecho, variante que ha sido calificado como un positivismo extremista.

¿Qué es esta versión del realismo jurídico? Silvana Castignone, citada por el profesor Campos Zamora, dice que este realismo “...sostiene que en el proceso cognoscitivo entra en contacto no

con una modificación de su conciencia, sino con una realidad distinta a la suya e identificable con el mundo de la experiencia sensible; con la totalidad de los fenómenos inscritos en las coordenadas espacio-temporales” (2010:209)

Se rechazan los conceptos que se utilizan en la teoría general del derecho, como el deber jurídico, el derecho subjetivo, la relación jurídica, abuso del derecho, etc., desechando, incluso, los conceptos del derecho de propiedad o de norma jurídica. Lo único que existe son los hechos sociales. El deber jurídico no es más que el hecho psíquico de sentirse obligado. En resumen, dice Campos Zamora, para los realistas escandinavos el derecho es un conjunto de hechos y no un conjunto de normas, afirmación que marca una distinción esencial con las doctrinas de las teorías del sistema romano germánico e incluso, con el realismo jurídico estadounidense. “...la discusión sobre el contenido de la justicia es meramente ilusoria. La justicia es parte del derecho sólo cuando el orden jurídico o social es

eficaz o realmente aplicado, cumplido u observado por la sociedad” (2010:209). De ahí que, con mucha propiedad a juicio mío, se le califique como un “positivismo jurídico extremista”.

Las teorías de los juristas que siguen este realismo, este modelo y este razonamiento doctrinario, muy relacionado con la Filosofía del Derecho y la teoría general del Derecho, no encajan y contradicen a las que existen en nuestro medio. Por ejemplo, Kelsen sostiene la teoría de la norma hipotética fundamental que viene a ser la causa u origen de un ordenamiento jurídico porque ella hace que surja el texto constitucional y que es un hecho pre-normativo o sociológico: la voluntad del pueblo de darse una Constitución. Pues bien, al jurista Karl Olivecrona, Recaséns Siches le atribuye este razonamiento:

“¿Qué es lo que dota a la constitución de un carácter jurídico? Si hacemos a un lado cualquier explicación supra-natural, nos encontramos con el hecho de que toda constitución tuvo su origen directa o

indirectamente, o en la guerra o en la revolución. Podemos, desde luego, profesar veneración a los padres fundadores de la patria. Pero los fundadores no fueron otra cosa más que hombres mortales que tuvieron éxito en el establecimiento de un nuevo orden. Si se alude a la “voluntad del pueblo” como fuente de la constitución, se introduce entonces una ficción, una fantasía. No existe esa supuesta voluntad del pueblo, pues lo único real son las voluntades de los individuos...” (1963:306 T.I).

Creo que ante estos razonamientos, cuya esencia es propia de todos los defensores de este realismo, con sus naturales diferencias, reflejan, me permito la licencia de decirlo, apreciaciones distintas del mundo y de la vida: las teorías del mundo romano germánico o anglosajón en algunos autores, son románticas y creemos en ficciones, en aspiraciones, hasta en utopías, lo que no es común en los países nórdicos.

Por supuesto que hay autores, como Al Ross, que tienen posiciones teóricas menos “extremistas”. En su obra “Sobre el Derecho y la Justicia”, refiriéndose al jurista Julius Stone, con respecto a la tarea de la filosofía del Derecho, dice:

**“Su principio guía es que la filosofía del derecho (o jurisprudencia) estudia el derecho a la luz de la lógica, de la ética y de la sociología” (1994:28)**

La anterior idea es la que sigue el realismo jurídico de Miguel Reale.

En relación a su punto de vista, Ross dice:

“Nuestra hipótesis de trabajo dice que las normas jurídicas, como las normas del ajedrez, sirven como esquemas de interpretación para un conjunto correspondiente de actos sociales, el derecho en acción, de manera tal que se hace posible comprender esos actos como un todo coherente de significado y motivación y predecirlos dentro de ciertos límites...” (1994: 29)

El modelo realista no tiene mucho impacto en Guatemala como esquema epistemológico y las opiniones son controvertidas cuando se plantea el tema del activismo judicial, que en alguna medida se emparenta con el realismo jurídico. No obstante, el hecho de que se encuentre prevista la costumbre como fuente del derecho de manera auxiliar, que es un elemento del realismo jurídico norteamericano, y que los artículos 621 del Código Procesal Civil y Mercantil y 43 de la Ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad, contemplen la doctrina legal, que es jurisprudencia, como fuente de normas jurídicas en casos similares, autoriza a decir que si existe el modelo denominado realismo jurídico, de manera que puede utilizarse en un investigación que tenga como unidad de análisis los fallos de esas instancias procesales.

#### **4. RESUMIENDO**

Don aspectos importantes quiero decir en estos párrafos finales, después de haber presentado un panorama general de los

paradigmas epistemológicos más conocidos en la ciencia jurídica.

1. En líneas anteriores citamos una frase del gran escritor Gohete, en donde dice que es más florida la realidad que la teoría. Sin embargo, otro portento de la cultura universal, Emanuel Kant, dijo que no se puede despreciar la teoría, a riesgo de caminar adivinado cuando se trabaja sobre experiencias de la realidad. Por eso, Jhering aconsejaba que quien enseñaba Derecho, mejor si también desempeñaba labores en los Tribunales como juez o como magistrado, para combinar la teoría con la experiencia. Un dicho popular dice que la experiencia es la madre de la ciencia. Pero, sólo experiencia creo que no sirve sin una buena teoría y una buena teoría es vacua sin una experiencia.
2. ¿Qué modelo utilizar en el conocimiento del ordenamiento jurídico de Guatemala? Creo que por inercia constitucional y legal, las normas del ordenamiento permiten utilizar

el iusnaturalismo, el positivismo jurídico y en menor medida el realismo jurídico.

El iusnaturalismo se encuentra en el preámbulo de las Constitución, en los artículos 1 y 2 del Título I, Capítulo Único, y en toda la parte dogmática del texto supremo, así como en los tratados y convenciones de Derecho Humanos que están vigentes y tienen supremacía normativa conforme al artículo 46 constitucional. Todo el derecho nacional ordinario, en vista de lo previsto en este artículo, está sujeto a la constitución y los tratados y convenciones derechos humanos y éstos son Derecho natural, de manera que, en concordancia con el principio de interpretación conforme, todo el derecho ordinario debe interpretarse y aplicarse conforme esta normativa. A lo anterior hay que sumar el artículo 44 constitucional, primer párrafo, en donde están previstos los derechos no enumerados o sea

que no están escrito en el texto, pero que son propios de la persona humana, los que son expresiones de derecho natural. Además, el artículo 51 de la Ley del Organismo Judicial establece que el organismo Judicial “Imparte justicia conforme la Constitución Política de la República y los valores y normas del ordenamiento jurídico del país”; y en el Código Civil, en materia de condiciones contractuales, se prohíbe pactar condiciones que sean contrarias a la moral y al orden público. La fuente o el origen del derecho natural puede ser distinta según las concepciones de cada uno: algo que está más allá de lo terreno (Dios) o la razón humana. A lo anterior debe sumarse el Código civil que prohíbe, repetimos, pactar condiciones contractuales contrarias a la moral.

También participa nuestro ordenamiento jurídico del paradigma positivista, pues el artículo 2 de la Ley del

Organismo Judicial establece que la ley es la fuente principal del ordenamiento jurídico y conforme a su artículo 57 todas las leyes integran el ordenamiento jurídico.

Por último, de manera bastante “tibia”, existe como paradigma el realismo jurídico, ya que la jurisprudencia complementa a la ley. Este realismo jurídico jurisprudencial, emparentado con la corriente de los Estados Unidos de América, existe en la jurisprudencia contenida en las resoluciones que haya dictado la Corte Suprema de Justicia al resolver casos de Casación así como en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad en materia de su competencia, fallos que al ser reiterados en similares asuntos, crean lo que se denomina doctrina legal, pero que debe entenderse como jurisprudencia. En resumen: en nuestro sistema jurídico pueden utilizarse como paradigmas o modelos epistemológicos, el

iusnaturalismo, el positivismo jurídico y el realismo jurídico.

**BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:**

Bobbio, Norberto. (1998) El positivismo jurídico, Editorial DEBATE, España.

Bodenheimer, Edgar. (1964) Teoría el Derecho, Fondo de Cultura Económica, México.

Campos Zamora, Francisco. (2010) Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico, Revista de la Universidad de Costa Rica, Número 122.

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

Guastini, Ricardo. (1961) Estudios de Teorías Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Unam. México.

Heck, philipp. El problema de la Creación del Derecho, Editorial Ariel, Barcelona, España.

Jhering, Rudolf. (1946) La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, Buenos Aires.

Marmor, Andrei. (2011) Teoría Analítica del Derecho e interpretación constitucional, Ara Editores, Perú.

Morris, Clarence. La Justificación del Derecho, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires.

Nino, Santiago. (1995) Introducción al Análisis del Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires.

Roscoe, Pound. (1950) Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico, Editorial Ariel, Barcelona.

Ross, Alf. (1994) Sobre el Derecho y la Justicia, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina.

Recasén Siches, Luis. (1963) Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX, Tomos I y II, Editorial Porrúa, México.

**LEYES CONSULTADAS**

Constitución Política de la  
República de Guatemala

Ley del Organismo Judicial.

Código civil.

## LA DEMOCRACIA. ¿CUESTIÓN DE VOTOS O CUESTIÓN DE DERECHOS?

*Juan Carlos OXOM HERNÁNDEZ \**

### 1. Delimitación conceptual

Usualmente, en contextos políticos y jurídicos, los actores se refieren a la democracia como sinónimo de los procedimientos electorarios o de toma de decisiones. Incluso, se suele escuchar a los diputados, repetir la frase: “así es la democracia” cuando razonan sus votos en los distintos asuntos sometidos a decisión que les resultan desfavorables. Así es como, la democracia, uno de los más remotos sistemas de gobierno y de mayor predominio entre los Estados contemporáneos, parece haber adquirido significación: la democracia es un mero procedimiento de elección y de toma de decisiones. Ante ese

escenario, es necesario, como ejercicio reflexivo, preguntarse ¿Es en las formas y procedimientos donde se encuentra el valor y los fundamentos de la democracia?

Las nociones usuales de democracia parecen ser concurrentes al apoyar la idea mencionada, desde los anales de la historia, la delimitación de qué es la democracia, y otras formas de gobierno, ha girado en torno a dos cuestiones: ¿Quién gobierna? y ¿Cómo gobierna?. En cuanto a la primera de las interrogantes la noción de democracia, generalmente no admite discusión, es el gobierno del pueblo. La complejidad procedimental para hacer practica esa premisa ha

\* 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.

significado, que, en algunos periodos históricos, como el actual, la segunda cuestión -referida a parámetros cualitativos- quede aislada o en segundo plano. Los siguientes apartados tratan de construir una delimitación lógica-histórica del porque la democracia ha quedado reducida a medios procedimentales y si es en estos donde realmente encuentra fundamento.

## 2. La democracia griega

Los antecedentes citables más lejanos de la “democracia” como sistema de gobierno se encuentran en la antigua Grecia. Los filósofos sistematizaron todo el conocimiento humano de la época, y el Estado y su forma de gobierno no escaparon a ese proceso de construcción racional. Son conocidas la teoría de Platón<sup>5</sup> sobre el Estado y el Gobierno y sus funciones. Aristóteles estudió las diferentes formas de gobierno de

las distintas polis y ciudades y les contrastó con su modelo ideal, el resultado de sus reflexiones marcó en alguna medida, el desarrollo de las instituciones políticas occidentales.

Las ideas de Aristóteles se desarrollaron en el plano real, como estudios empíricos de lo que observaba en las distintas ciudades griegas o polis en las cuales la democracia “era directa o al menos una representación distinta de los que conocemos hoy. En Atenas, la idea de los griegos era contar con un cuerpo colegiado amplio en que cualquier ciudadano se pudiera sentir representado, no precisamente por haber sido electo (...) sino porque la integración de ese ente se hacía pretendiendo que se incluyera ‘algo de todo’ lo que había en la sociedad (...) Esos niveles de participación le daban legitimidad órganos de gobierno”<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Platón planeó un gobierno de Monárquico a cargo de un filósofo rey, cuyo fin máximo es la realización de ideales éticos.

<sup>6</sup> Valverth, Víctor. La Legitimidad del Derecho y del Poder que lo Crea. Pág. 5

El Estado ideal, fue para Aristóteles el destino a realizar ideales éticos, el cual podía regirse por las formas puras de gobierno (monarquía, aristocracia o democracia moderada) en éste el gobernante debía ceñirse al imperio de la ley, como instrumento de la razón desprovisto de pasiones. Planteó como límites del ‘imperio de la ley’ que el mismo se “realice mediante regulaciones generales y no por decretos arbitrarios”, a pesar de estas líneas generales, Sabine, recuerda que “...Aristóteles no definió nunca en realidad el gobierno con arreglo a derecho.”<sup>7</sup>

A pesar de lo enunciado ut supra, durante su observación empírica, el filósofo se planteó cuál, en la práctica, debía ser la forma más viable para el Estado ideal, desarrolló entonces, la idea de la “moderación” en la democracia, “ya que el pueblo tiene un poder considerable y enfrenta a la clase gobernante con la posibilidad de utilizarlo, pero en la medida que los

gobernantes actúan con moderación, el pueblo les deja en libertad de hacer lo que les parezca mejor” por el contrario cuando existe mucha participación ciudadana la democracia es propensa a la tiranía “ cuando hay una gran población urbana que no solo tiene poder sino que lo usa tratando de resolver los asuntos públicos (...) [esto] abre el campo libre a los demagogos y tal democracia acabará casi siempre por ser desordenada y no sometida a leyes (...) apenas se diferencia de una tiranía”. Concluye en consecuencia que una buena forma de gobierno es la que combina la oligarquía (donde unos pocos gobiernan) con la democracia, pero como condición cualitativa, independientemente de la forma, el gobierno siempre debe dirigirse a realizar ideales éticos.

Como se lee, las reflexiones aristotélicas respecto a límites de la democracia parecen centrarse en tres aspectos; i) que el gobierno de

---

<sup>7</sup> Sabine, George. Historia de la Teoría Política. Pág. 96

leyes no sea basado en decretos arbitrarios, ii) que en esta deben decidir/ gobernar algunos pocos que no permitan el desorden, ni el abuso del pueblo y iii) que se gobierne en pos de realizar ideales éticos. Las ideas aristotélicas, fueron base de las ideas políticas planteadas por Tomás de Aquino y los iusnaturalistas. El gobierno de las leyes, constituyó una de las premisas fundamentales del desarrollo de la filosofía política iusnaturalista y de fenómeno factico resultante, el constitucionalismo. Además la democracia representativa puede haber también inspirado en la idea de la moderación de la participación.

### **3. El constitucionalismo y la positivación de los Derechos Humanos**

El iusnaturalismo es el marco filosófico y político que cuestionó abiertamente el ejercicio ilimitado,

y mayoritariamente despótico, del ejercicio del poder público. Las consecuencias fácticas de la irrupción continuada del iusnaturalismo, alcanzaron su punto de quiebre histórico con la Revolución Francesa y la defenestración de Luis XVI, sin embargo, el iusnaturalismo, no planteó, en términos generales<sup>8</sup>, a la democracia como una forma viable de gobierno de los estados.

El hito de la independencia y formación de los Estados Unidos de América determinó, no solo el ocaso de las monarquías, sino además, la instauración del “republicanismo”<sup>9</sup>. Los padres fundadores para la creación de la constitución tomaron ideas políticas del Barón del Montesquieu, John Locke (división de poderes, frenos y contrapesos) y de Juan Jacobo Rousseau (democracia). Para hacer viable el ejercicio democrático se introdujeron formas

---

<sup>8</sup> Rousseau, fue la única clara excepción, postuló a la democracia directa como la única forma de gobierno apta para garantizar la libertad de todos.

<sup>9</sup> Montesquieu presentó al republicanismo como una forma de gobierno en el cual una parte del pueblo gobernaba en una asamblea.

procedimentales de representación popular.

“Pero la forma de gobierno que [John] Madison llama democracia, siguiendo la lección de los clásicos que llega hasta Rousseau, era la democracia directa; en cambio, por república entiende el gobierno representativo, precisamente la forma de gobierno que hoy nosotros convencidos de que en los grandes estados no sea posible otra democracia más que la representativa...”<sup>10</sup>

Parece contradictorio que, Rousseau, el más acérrimo defensor de la democracia directa, sea uno de los filósofos que inspiró la creación de una serie de procedimientos de representación popular. La creación de los procedimientos “republicanos” se explica, en principio, porque el mismo ginebrino, no pensaba que la democracia directa no fuese posible más allá de estados pequeños en los que fuese fácil la reunión del pueblo y todos se conociesen. En

ese contexto, no es detalle menor, que postulara que los derechos naturales debían ser garantizados por la voluntad general, determinada por la mayoría “Cuando se formó el Estado mediante contrato social, la voluntad general se expresó por consentimiento unánime de los ciudadanos. Pero todas las posteriores manifestaciones de la voluntad general han de expresarse en forma de decisión mayoritaria”.<sup>11</sup>

Queda claro que el filósofo al referirse a las mayorías, no se refería a las mayorías de representantes, empero, el “republicanismo” estadounidense amalgamó su teoría con las de Locke y Montesquieu y las asambleas. Bobbio citando a Tocqueville refiere que “para quien escribe estas líneas [Tocqueville] la distinción entre democracia directa y representativa ya no tiene ninguna relevancia (...) lo que cuenta es que el poder esté, de

---

<sup>10</sup> Bobbio, Norberto. Estado Gobierno y Sociedad. Pág. 211

<sup>11</sup> Bodenheimer, Edgar. Pág. 252

hecho, directamente o por interpósita persona, en las manos del pueblo, que rija como “ley de leyes” el principio de la soberanía popular, donde ‘la sociedad actúa sobre si misma’<sup>12</sup>

La Constitución de Estados Unidos de América, es el ejemplo claro de como se combinaron una serie de teorías para dar al Estado y a la democracia un buen porcentaje de su significación actual. El constitucionalismo significó, no solo la búsqueda del límite del poder de quien gobierna en pro de los derechos del gobernado, sino también debió hacer frente a una serie de cuestiones procedimentales que viabilizarían el gobierno del pueblo.

Una vez superadas en los textos constitucionales las cuestiones procedimentales referidas, los órganos representativos por excelencia -las asambleas- adquirieron una especial relevancia como instrumento del pueblo para limitar el poder y darse leyes a sí mismo y reconocer los derechos

naturales como derechos del hombre y del ciudadano. Las decisiones de la representación popular, se tomaron como incuestionables, infalibles y herméticas, era el mismo pueblo estatuyendo en su favor. Es entonces, a partir de esta construcción lógica, que la democracia y los derechos fundamentales parecen depender de la ley, que refleja la voluntad mayoritaria del pueblo a través de sus representantes, y, en ese periodo histórico, esa voluntad es infalible y todo le está permitido.

Esa concepción trajo consecuencias históricas que, en ese mismo periodo histórico, demostraron que en realidad las decisiones mayoritarias ni son infalibles, ni deben ser ilimitadas.

#### **4. El Estado de Derecho**

El constitucionalismo y sus sistemas republicanos, democráticos y representativos predominaron en la mayoría del mundo occidental, las

<sup>12</sup> Bobbio, Norberto. Op Cit. Pág. 211

constituciones fueron en términos generales, el instrumento político básico de convivencia y control del poder. Los Estados modernos reconocieron a sus ciudadanos -al menos formalmente- primero derechos individuales, y luego derechos sociales.

La eficacia del sistema mencionado fue cuestionado severamente, por la Segunda Guerra Mundial, en la cual, las mayorías alemanas entregaron el poder al Tercer Reich y limitaron y autorizaron de manera directa o indirecta, no solo violaciones a derechos fundamentales, sino también la abrogación o derogación formal de los mismos a ciertas personas.

Es a partir de entonces que se discute más seriamente la eficacia de las constituciones como límites al poder y como garantía de respeto de derechos fundamentales. Como consecuencia de este periodo, surge el derecho internacional de derechos humanos, como categoría para proteger los derechos naturales más allá de las voluntades estatales o de las mayorías nacionales.

El surgimiento de los derechos humanos y su característica de universalidad, implicó límites a la voluntad de los Estados y de sus mayorías respecto a la decisión de restringir o derogar formalmente derechos a sus gobernados.

En torno a esta nueva categoría jurídica, es replanteada la viabilidad del sistema constitucional como forma del límite del poder y como mero producto legal de la voluntad del pueblo; no se trata ya solo de observar las leyes y los procedimientos de creación, sino hacer un sistema sustentable de gobierno y de respeto a los derechos de los gobernados.

La irrupción de los derechos humanos y su característica de universalidad re conceptualizó la concepción de constitución más allá de una mera declaración política (y por tanto disponible) dependiente de la voluntad estatal y acentuó su característica de obligatoriedad de cumplimiento.

Es así, que para juristas como Bobbio, no es suficiente para

considerar Estado de Derecho la mera existencia de la constitución; sino el mismo está sujeto a las siguientes características: i) imperio de la ley, ii) principio de legalidad de la administración pública, iii) división de poderes y d) vigencia y respeto de los derechos humanos.

Formulaciones teórico–normativas como la concepción del Estado de Derecho, han sido utilizadas para cuestionar el modelo de positivación de los derechos naturales en leyes, pues introducen categorías cualitativas que un Estado democrático, debe observar, como es el caso de “vigencia y respeto de los derechos humanos”. Esa vigencia y respeto de los derechos humanos implica que el cumplimiento de los mismos está sujeto a controles Estatales, mayormente judiciales, que ordenan a otros órganos del Estado cumplimiento o restitución de derechos fundamentales.

Para Luigi Ferrajoli<sup>13</sup> el Estado de Derecho supone la sujeción de toda la creación normativa a las formulaciones contenidas en una constitución rígida y supra ordenada que es el parámetro de validez sustancial de todas las demás normas y parámetro de justicia.

Robert Alexy<sup>14</sup> plantea que el Estado de Derecho debe tener como presupuestos los principios siguientes: i) dignidad humana, ii) libertad, iii) igualdad, iv) fines del Estado de Derecho, democrático y social.

Si bien, en algunas de la concepciones de Estado de Derecho, la fundamentación democrática es solo tangencialmente mencionada, a su elaboración se debe una re evaluación cualitativa, respecto del contenido de los instrumentos jurídicos producidos por la democracia, estos deben atender a

---

<sup>13</sup> Ferrajoli, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho, en Neoconstitucionalismo(s) Edición del Miguel Carbonell. Pág. 13

<sup>14</sup> Alexy, Robert. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático en Neoconstitucionalismo(s) Edición del Miguel Carbonell. Pág. 31

ciertos principios y brindar herramientas que permitan, al ciudadano la defensa de sus derechos frente al poder público y el control del poder mismo.

### **5. La democracia sustancial**

La lógica del desarrollo del constitucionalismo responde a la limitación del poder público de quien gobierna, para esto se estatuyeron diferentes mecanismos, que en una parte importante, se confiaron a las asambleas como representantes del pueblo. La asamblea fue concebida entonces, como una primera línea de freno al ejercicio abusivo de poderes ejecutivos.

Los derechos naturales fueron positivados con la idea de la codificación – plenitud, que evitaría los abusos de quien detenta el poder, que únicamente sería mero ejecutor de la voluntad general. Esta condición lo que produce una suerte de contradicción iusnaturalista que reconoce como válidos solo los derechos contenidos en la ley y decididos por los representantes del

pueblo. Los representes pueden decidir, sobre los derechos, aun limitándoles. Como se mencionó, la asamblea, como representante del pueblo, fue concebida según la idea Rousseauiana de plenitud e infalibilidad.

“No cabe duda que la teoría de Rousseau puede conducir fácilmente a una democracia absoluta, en la cual la voluntad de la mayoría no está sujeta a limitaciones. No hay garantía del derecho natural salvo la prudencia y la moderación voluntaria de la mayoría. El propio Rousseau estaba firmemente convencido de que no podía haber conflicto entre la libertad individual y la autoridad colectiva (...) los derechos de la minorías están indudablemente garantizados con mayor seguridad en un sistema político en el que haya garantías constitucionales efectivas contra el ejercicio arbitrario del poder de la mayoría que en una democracia pura, en la

que la mayoría tenga un poder ilimitado”<sup>15</sup>

Bodenheimer subraya el principal cuestionamiento que fue hecho desde la época griega y que se acentuó con la teoría de la democracia directa de Rousseau, pero que pareció perderse con la instauración de la democracia representativa en las primeras constituciones republicanas, que daban el control del poder ejecutivo por supuesto y garantizado por las mayorías, representadas en las asambleas. ¿Puede la democracia devenir en un poder ilimitado que acabe por arrastrarlo todo? ¿Deben los procedimientos democráticos observar ciertos límites sustanciales?

Bobbio propone que la concepción de la democracia trascienda más allá de su mera significancia como forma de gobierno y forma procedimental “...el lenguaje político moderno también conoce el significado de la democracia como régimen caracterizado por los fines o valores para cuya

realización un determinado grupo político tiende a operar (...) De esta manera fue introducida la distinción entre democracia formal, que atañe precisamente a la forma de gobierno y democracia sustancial, que se refiere al contenido de esta forma.”<sup>16</sup> Sin embargo, este jurista no delimitó claramente cual debe ser en contenido de una democracia sustancial, sino solo hizo mención de algunos principios constitucionales que debía observar, fundamentalmente la igualdad jurídica.

Luigi Ferrajoli, desarrolla la teoría de la democracia esbozada por Bobbio y postula, como su maestro, que existen dos dimensiones en la democracia; la democracia formal y la democracia sustancial. Asegura el autor “Según la concepción ampliamente dominante, la democracia consiste en un método de formación de las decisiones públicas: y precisamente en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, o mejor, a la mayoría de

---

<sup>15</sup> Bodenheimer, Edgar. Op. Cit. Pág. 142

<sup>16</sup> Bobbio, Norberto. Op. Cit. Pág. 221

sus miembros, el poder, directo o mediante representantes de asumir tales decisiones (...) [esta definición] identifica a la democracia simplemente conforme a las formas y procedimientos idóneos justo para garantizar que las decisiones producidas sean expresión directa o indirecta, de la voluntad popular. La identifica, en una palabra, por el quien (el pueblo y sus representantes) y el cómo (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de sus contenidos, es decir, del qué viene decidido”<sup>17</sup>

Para el jurista italiano las formas si son una condición fundamental de la democracia, pero no la única, ni más importante, porque: i) según el paradigma del Estado de Derecho no puede concebirse poderes ilimitados no sujetos a la ley, aun sean del pueblo. ii) siempre es posible que mediante formas democráticas sean suprimidas o modificadas las formas democráticas. iii) Solo es posible

expresar la voluntad soberana popular si existe un marco mínimo de libertades que no pueden ser disponibles para las mayorías y iv) la preponderancia de la mayoría debe ser re evaluada en cuanto toma de decisiones que afecten a la minorías, pues la mayoría solo puede decidir sobre sí misma.

Bajo esos parámetros debe entonces examinarse, cual es la sustancia de la democracia, es decir, la sustancia de lo decidido mediante procedimientos democráticos, que debe bajo los parámetros del Estado de Derecho y la constitución, tender a la realización de los derechos fundamentales.

Las decisiones para ser democráticas sustancialmente deben asegurar la realización de los derechos fundamentales y limitar su cuestionamiento, esto solo es posible lograrlo al jerarquizar la obligación de garantizar derechos como superior al poder

<sup>17</sup> Ferrajoli, Luigi. Principia Juris, Teoría del Derecho y la Democracia. 2. Teoría de la Democracia. Pág. 9

procedimental de toma de decisiones, es decir, haciéndoles indisponibles de la decisión política, aun de la mayoría.

Esto podría considerarse, como algo “antidemocrático” pues al categorizar los derechos fundamentales como normas jurídicas sujetas a cumplimiento obligatorio, se abstrae de ellas la posibilidad de restringirles o abrogarles formalmente, solo siendo objeto de decisión política la ampliación o las formas de cumplimiento de la obligación de garantía de derechos fundamentales del Estado.

“Los derechos humanos son profundamente democráticos porque aseguran el desarrollo y la existencia de las personas gracias a la garantía de los derechos de libertad e igualdad capaces, por lo general, de mantener estable el procedimiento democrático (...) son profundamente antidemocráticos porque desconfían del proceso democrático. Con el sometimiento

incluso del Legislativo privan de poder de decisión a la mayoría parlamentariamente legitimada”<sup>18</sup>

Parece claro entonces, que para que exista una verdadera democracia sustancial, el poder de la mayoría debe conocer límites, y esos límites deben ser denotados por el texto constitucional y sus derechos fundamentales, esas ideas coinciden en las de la génesis del constitucionalismo creado para restringir el poder; pero matizan ahora, que incluso al poder del pueblo, o de la mayoría deben oponerse los derechos fundamentales como mínimos indisponibles.

Si esa indisponibilidad es antidemocrática o no, o si existe en ella una “paradoja de la democracia”, será cuestión de ulterior análisis, por de pronto, se puede concluir que una democracia sin sustancia de derechos fundamentales es una democracia vacía que se agota únicamente en procedimientos, y como tal es susceptible de una crisis, en donde

---

<sup>18</sup> Alexy, Robert. Op Cit. Pág. 38

las mayorías cuestionaran los derechos de las minorías y acabaran arrastrando todo, incluso los procedimientos formales.

#### Bibliografía

BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno y Sociedad. Fondo de Cultura Económica. Primera Edición, decimoséptima reimpresión 2016.

BOBBIO, Norberto. La Teoría de la Forma de Gobierno en la Historia de la Teoría Política. Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición, séptima reimpresión 2010.

BOBBIO, Norberto. El Futuro de la Democracia. Fondo de Cultura Económica. Tercera Edición, sexta reimpresión 2010.

BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. Editorial Estudiantil Fenix. Segunda Edición, 2016

CARBONELL Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s) Editorial Trotta. Cuarta Edición 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Principia Juris, Teoría del Derecho y la

Democracia. 2. Teoría de la Democracia. Editorial Trotta. S.E. 2011

SABINE, George. Historia de la Teoría Política. Fondo de Cultura Económica. Tercera Edición, decimotercera reimpresión. 2015

SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia?. Editorial Taurus. S.E. 2016

VALVERTH, Víctor. La Legitimidad del Derecho y del Poder que lo Crea. Tesis Doctoral. 2011e introducirlo en la Constitución de Austria que él redactó.



## **EL TEJIDO SOCIAL Y LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES, EVOLUCIÓN Y CONTEXTO LEGAL**

*Flor de María SALAZAR GUZMÁN\**

Las expresiones organizadas de la Sociedad Civil, desde sus orígenes se constituyeron y desarrollaron como mecanismos esencialmente solidarios, a través de los cuales, las comunidades, o individuos con intereses comunes se organizan para suplir las funciones del Estado, en los lugares o ámbitos donde éste no logra llegar.

Históricamente, se identifica el surgimiento de las Organizaciones no Gubernamentales, con mayor solidez a partir de la segunda guerra mundial, en tanto se integraron con fines de asistencia humanitaria, puede nombrarse como una de las

organizaciones más activas, entonces, a la Cruz Roja, que se dedicó a asistir a los pueblos que sufrían las catastróficas consecuencias de la guerra, en estos casos la ayuda provenía sobre todo de la comunidad internacional.

En Guatemala, las expresiones sociales de solidaridad a través de organizaciones de sociedad civil, han superado tres momentos importantes, primero, alrededor de los años 50 del siglo XX, cuando tuvo casi exclusivamente finalidades benéficas; el segundo momento se da después del terremoto de 1976 en donde la

\* Abogada y Notaria, consultora de LEGIS.

cooperación internacional aportó ayuda humanitaria al país que había sido devastado por dicho fenómeno. En los dos primeros momentos, puede concluirse que la cooperación internacional canalizada a través de la sociedad civil, sirvió con funciones altruistas y benéficas, primero para proveer insumos o servicios básicos a los más necesitados y luego para contrarrestar los efectos del terremoto, en cooperación a un país en subdesarrollo.

El tercer momento se identifica a partir del conflicto armado interno, que se extendió en Guatemala por 36 años. En este tercer momento se materializa el trabajo de las organizaciones no gubernamentales, que se erigen como sujetos de acompañamiento y apoyo en educación, salud e infraestructura de las comunidades desplazadas por la guerra, y eventualmente también en portavoces y canales de denuncia de violaciones a los derechos humanos; un cambio en la ruta de la evolución de las expresiones

sociales organizadas se da a raíz de la firma de los Acuerdos de Paz, en donde su rol se extiende al desarrollo y la verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado; las organizaciones, operando sobre todo con aportes de la cooperación internacional, se dedican al fortalecimiento de la sociedad civil, a llevar esos servicios que el Estado no logra satisfacer, y a suplir las funciones de este en capacitación y acompañamiento para el desarrollo económico y social. La importancia del tejido social gestado, y limitado, durante el conflicto armado interno fue tal, que incluso el reconocimiento y la promoción de la participación activa de la ciudadanía a través de las organizaciones de sociedad civil, como portadores de la voluntad ciudadana, fueron objeto de uno de los Acuerdos de Paz, específicamente el Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática, firmado en la República de México el 19 de septiembre de 1,996.

Actualmente puede observarse que se está viviendo una cuarta etapa en la evolución de las organizaciones no gubernamentales para el desarrollo, pues la coyuntura social y política vivida en el país a partir de la segunda década del siglo XXI, ha puesto de relieve la importancia de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la fiscalización, denuncia y formación ciudadana, los llamados *think tank*, tanques de pensamiento, que han cobrado singular importancia por analizar la administración del Estado y reaccionar ante los abusos en el ejercicio del poder.

Derivado de la evolución histórica de las expresiones organizadas de la sociedad civil, identificadas como Organizaciones No Gubernamentales para el Desarrollo, se establece que tienen en común el interés de promover el desarrollo, la solidaridad y la defensa de los derechos humanos, por ende la denominación ONG que en principio puede extenderse a cualquier asociación civil, en razón de sus principios y finalidades

específicas, excluye a los sindicatos y a las asociaciones eminentemente religiosas.

Toda organización no gubernamental, es una asociación civil, en efecto, por la forma de su creación y el reconocimiento de su personalidad jurídica, sin embargo, se diferencia de tales por sus finalidades específicas, que pueden resumirse en la prestación de servicios sin fines de lucro, la entrega de donaciones, el traslado de capacidades, la generación de documentos con fines académicos y la formación ciudadana, con la finalidad de satisfacer las necesidades de la población, precisamente para paliar las desigualdades y promover el desarrollo del país.

En atención a lo anterior puede clasificarse las organizaciones según su campo de acción y sus medios de captación y ejecución de recursos de la siguiente forma:

1. Organizaciones ejecutoras de proyectos estatales, han sido blanco de críticas por tener la característica de ejecutar fondos

estatales, y eventualmente utilizarlos con fines electorales o clientelares.

2. Organizaciones para la prestación de servicios: suplen las obligaciones del estado, prestando servicios, como salud, educación etc. Generalmente operan con donaciones de la cooperación internacional.
3. Organizaciones benéficas, proveen asistencia a través de la donación directa de productos o servicios a los ciudadanos, de medicinas, ayudas técnicas o alimentos, por ejemplo.
4. Promotoras del desarrollo, aportan expertos para el traslado de capacidades, por ejemplo, en la formación de comadronas, capacitación a agricultores, formación para emprendedores etc., en este ramo pueden nombrarse a las cooperativas.
5. Tanques de pensamiento, constituidas con fines académicos y de promoción de derechos humanos, realizan

actividades de formación ciudadana, de análisis, informativas, de observación en el ejercicio del poder mediante la auditoría social y ante el abuso de este, funciones de denuncia a través de acciones mediáticas o judiciales.

En cuanto a la forma de financiamiento, como se indicó previamente, hay organizaciones que funcionan total o parcialmente con recursos del estado, lo cual las convierte en ejecutoras y por ende en cuentadantes, obligadas a la rendición de cuentas y a los procesos de adquisición establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y sometidas al control por la Contraloría General de Cuentas de la Nación.

Otras organizaciones, funcionan exclusivamente con aportaciones de sus propios miembros, las fundaciones, o con fondos provenientes de la cooperación internacional, en ambos casos, donaciones, que no son objeto de control de su ejecución por el

estado, pero si obligadas, al cumplimiento de obligaciones tributarias, bajo la supervisión de la Superintendencia de Administración Tributaria.

El marco normativo internacional que regula las expresiones organizadas de la sociedad civil, viene desde la declaración de las Naciones Unidas, firmada en junio de 1945 y en vigencia a partir de octubre del mismo año, a través de la que se reconoce por primera vez a las organizaciones no gubernamentales como contrapartes del Consejo Económico y Social, es en el artículo 71 en donde se establece que dicho consejo podrá realizar las consultas necesarias con las ONG's que se ocupen de asuntos en los que tenga competencia dicho consejo, la llamada diplomacia no gubernamental. Esta es la primera oportunidad en la que se reconoce internacionalmente la importancia de las mismas para la toma de decisiones y para la ejecución de proyectos.

La importancia de las organizaciones no gubernamentales para el desarrollo, por llegar a donde los Estados no lo logran, y por haberse convertido en agentes de cambio y denuncia, ha puesto de manifiesto la necesidad, además de su reconocimiento, de la protección de su creación, integración, ejecución de sus proyectos y garantía de sus libertades y derechos, al respecto pueden referirse los siguientes estándares internacionales:

### **1. Libertad de Asociación.**

Uno de los principios rectores para la creación y funcionamiento de las organizaciones no gubernamentales, establece que las mismas no pueden ser limitadas en sus finalidades por los Estados, ni orientadas para su creación, dirigidas en sus funciones, ni en las calidades de sus miembros; es libre la asociación tanto para integrar una asociación como para decidir no ser parte de la misma.

Al respecto los siguientes cuerpos normativos:

- a. Declaración Universal sobre derechos Humanos, proclamada por las Naciones Unidas en diciembre de 1948, en el artículo 20 establece que toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y asociación pacífica, además que nadie está obligado a pertenecer a una asociación.
- b. Convención Americana sobre Derechos Humanos, proclamada por la Organización de Estados Americanos en noviembre de 1969, en el artículo 16 establece que todas las personas tienen derecho de asociarse libremente, con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole; este ejercicio de derechos encuentra su límite en las restricciones atinentes a la seguridad nacional, el orden público, el derecho y libertad ajenas y la protección de la salud y la moral públicas.
- c. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de fecha 16 de diciembre de 1966, y en vigencia a partir del 23 de marzo de 1976. En su artículo 22 reconoce el derecho de libre asociación, establece también restricciones en atención a la seguridad nacional, la protección de la moralidad y la salud públicas, así como encuentra límite también en las libertades y derechos ajenos. Reconoce además la libertad sindical.
- 2. Libertad de Expresión.**
- Constituye el derecho inherente a todas las personas, individuales y colectivas, de poder transmitir sus opiniones, conclusiones, ideas, y propuestas por cualquier medio, encontrando su límite únicamente en el derecho ajeno, y en la licitud, es decir que a través de la expresión no se cometan delitos. Encuentra su asidero legal en los siguientes instrumentos:
- a. Declaración Universal sobre Derechos Humanos. En el artículo 19 establece que todo individuo tiene derecho a la

libertad de opinión y expresión, este derecho incluye el no ser perseguido ni molestado en razón de sus opiniones y el derecho a investigar, recibir y difundir sus opiniones por cualquier medio sin limitación de fronteras.

- b. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Establece en el artículo 13 el derecho a la Libertad de Pensamiento y Expresión, reiterando los extremos que al respecto establece la Declaración Universal, y agregando que el derecho de expresión no puede ser limitado por medios tendientes a impedir la comunicación, prohíbe la censura, pues en todo caso el contenido de la comunicación si es objeto de responsabilidades ulteriores.

**3. Independencia de las Organizaciones no Gubernamentales.** (Prohibición de injerencia estatal en los asuntos internos de una asociación.)

Establecido en el artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y

Políticos, que establece que: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

De la interpretación de la norma, al tratarse las Organizaciones no Gubernamentales de personas jurídicas privadas, se establece que manda a que las autoridades se abstengan de interferir en los asuntos internos de las asociaciones y respetar su derecho a la privacidad; de este precepto se deriva que las autoridades no pueden condicionar las decisiones y actividades de las asociaciones, su integración, ni solicitar a las organizaciones que presenten planes de trabajo para su aprobación o informes antes de su publicación, sin embargo, en cuanto a fiscalización establece que organismos independientes, por ejemplo los donantes, tienen derecho de auditar a las

asociaciones en aras de verificar la transparencia y garantizar la rendición de cuentas.<sup>19</sup>

Al respecto además se ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, en cuanto al derecho de libertad de asociación, consagrado en el artículo 16 del Pacto de San José, interpretó que debe ejercerse el mismo “sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho...sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad.”<sup>20</sup>

Por su parte, el derecho interno, a través de la Constitución Política de la República y el decreto 2-2003 del Congreso de la República, también reconoce los derechos y libertades antes apuntados, de la siguiente forma:

1. Constitución Política de la República, reconoce los derechos de libertad de asociación y libertad de emisión del pensamiento. En cuanto al derecho de asociación el artículo 34 establece que se reconoce el mismo y además que nadie está obligado a asociarse ni a formar parte de asociaciones o grupos de autodefensa o similares, en el único caso que es obligatorio es el de la colegiación profesional. La libre emisión del pensamiento está regulada en el artículo 35, y en la ley específica, que de igual forma que en los tratados internacionales referidos previamente, establecen que no puede ser objeto de censura previa pero sí de responsabilidad posterior, es decir, encuentra su límite en el derecho ajeno; importante es

---

<sup>19</sup> <http://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/Mejores-pr%C3%A1cticas-en-Libertad-de-Asociaci%C3%B3n.pdf>. Consultado el 19 de febrero de 2018.

<sup>20</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gudiel Alvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala, sentencia de fecha 20 de noviembre de 2012.

indicar que la norma constitucional establece que “No constituyen delito o falta las publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos”, es decir, que no pueden ser penalizadas ni sancionadas las publicaciones realizadas en virtud de la observación ciudadana del ejercicio del poder por la administración pública, aun cuando la misma no sea objeto de un proceso judicial o administrativo sino una simple apreciación, calificación o descalificación. Respecto a las normas constitucionales, es preciso recordar que, por el Control de Convencionalidad, de conformidad con los artículos 44 y 46 de la misma, y por la ratificación del Pacto de San José, el Estado de Guatemala está obligado a cumplir con lo dispuesto, respecto de los derechos de libertad de

expresión y asociación en los tratados internacionales en materia de derechos humanos; además de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La no injerencia estatal en las organizaciones no gubernamentales, también ha sido objeto de manifestación por la Corte de Constitucionalidad, misma que en sentencia de fecha quince de enero de 2004, dentro del expediente 538-2003, resolvió declarar inconstitucional el artículo 16 del Decreto 2-2003, que disponía la fiscalización de las Organizaciones No Gubernamentales por la Contraloría General de Cuentas de la Nación, norma que vulneraba la independencia de las organizaciones y contravenía las funciones que constitucionalmente se le han conferido a dicha institución, que es la de velar y fiscalizar el buen manejo de los fondos

propios del Estado y sus intereses.

excedentes, ventajas o privilegios en favor de sus miembros.

2. La norma ordinaria, que atiende a las obligaciones adquiridas a través de los Acuerdos de Paz, y que regula la constitución y funcionamiento de las Organizaciones no Gubernamentales para el Desarrollo es el decreto 2-2003 del Congreso de la República, Ley de Organizaciones no Gubernamentales para el Desarrollo, establece la libertad de finalidades y funcionamiento, en tanto sean sin fines de lucro, de beneficio social y promuevan el desarrollo social, económico, cultural y de ambiente. Entre otras normas establece la forma de constitución, inscripción, obligaciones tributarias y control contable, así como la forma de disolución y liquidación; la única prohibición que establece es la de distribuir dividendos, utilidades,

Como puede observarse, la normativa ordinaria establece sobre todo los requisitos legales para funcionamiento, pero no contempla formas de control o participación estatal en la definición y ejecución de proyectos por parte de las organizaciones, respetando así los principios constitucionales y los compromisos internacionales respecto de la libertad de asociación y expresión.

Puede concluirse que las Organizaciones no gubernamentales para el desarrollo tienen características comunes que las fundamentan y orientan su participación activa en la sociedad, proveyendo desde alimentos, medicamentos, capacidades, servicios hasta información, formación y recursos técnicos; que se han materializado como portavoces de la sociedad civil y

que su constitución responde a la necesidad de reconocimiento legal de las expresiones ciudadanas; que por mandato constitucional es libre la disposición de los socios sobre su integración y finalidades, y que en atención a los tratados internacionales ratificados por Guatemala, debe garantizarse el derecho irrestricto a organizarse y expresarse, sin limitación o censura alguna; y además en cumplimiento de las sentencias citadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte de Constitucionalidad debe protegerse la independencia evitando cualquier forma de injerencia que condicione o perjudique el cumplimiento de sus fines.

**Referencias:**

<http://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/Mejores-pr%C3%A1cticas-en-Libertad-de-Asociaci%C3%B3n.pdf>.  
Consultado el 19 de febrero de 2018.

<http://mesadearticulacion.org/columna/guatemala-2017-iv-congreso-de-las-ong-de-desarrollo/>.  
Consultado el 19 de febrero de 2018.

<http://asindesgt.org/index.php/noticias/proximos-eventos?download=24:iv-congreso-nacional-de-ong>.  
Consultado el 17 de febrero de 2018.

[https://es.wikipedia.org/wiki/D%C3%ADa\\_Mundial\\_de\\_las\\_ONG](https://es.wikipedia.org/wiki/D%C3%ADa_Mundial_de_las_ONG).  
Consultado el 15 de febrero de 2018.

[https://issuu.com/jrojasl/docs/la\\_ruptura\\_del\\_tejido\\_social\\_en\\_gua](https://issuu.com/jrojasl/docs/la_ruptura_del_tejido_social_en_gua).  
Consultado el 15 de febrero de 2018.

<http://www.laregion.es/articulo/xornal-escolar/historia-ong/20160511181904621058.html>.  
Consultado el 13 de febrero de 2018.



## CORRUPCIÓN VERSUS ÉTICA PÚBLICA

*Diana Ibeth PÉREZ RODRÍGUEZ\**

### CONSIDERACIONES GENERALES

La corrupción es un tema antiguo, que desde etapas pasadas de la civilización se practica y que se tienen antecedentes sobre cómo se combatía, por ejemplo, el filósofo Platón hablaba de soborno en las leyes, el caso de la China antigua en la que se daba una mesada extra a los funcionarios, que precisamente era para contrarrestarla bajo el principio “alimenta la no corrupción”.

El Diccionario de la Real Academia Española, contempla varias acepciones de la corrupción, como la acción y efecto de corromper o corromperse; vicio o abuso introducido en las cosas no materiales, uso antiguo de diarrea.

El corruptor es quien corrompe, el que soborna a alguien con dádivas, quien pervierte o seduce a una persona para que lleve a cabo actos ilícitos y el corrupto es el que se deja o ha dejado sobornar, pervertir o viciar; pero en el fondo ambos son corruptos. La corrupción, entre otras, se puede definir como la inducción de un funcionario mediante consideraciones deshonestas, como el soborno, para cometer una violación en el deber.

En el caso de la ética pública, nos indica el Diccionario, que ética es la parte de la filosofía, que trata de la moral y de las obligaciones del hombre, o sea lo que está ligado al deber ser, de manera que la persona

\* Abogada y Notaria, con Maestría en Economía.

que estudia o enseña moral es ético. Dentro de las acepciones de público o pública, se encuentra lo que se aplica a la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado. Sobre una acepción de ética pública es bastante complejo determinarla; sin embargo, para comprenderla mejor hay que vincularla al régimen político predominante, o sea, cuando se habla de régimen democrático, como el régimen ideal para la convivencia pacífica de los pueblos y en el que impera la voluntad del pueblo en el cambio de sus gobernantes en forma pacífica y al gobierno se le concede el derecho de gobernar por delegación del pueblo. En ese sentido, se mencionan los valores de la democracia que debe ser visualizada y abordada como una forma de vida no sólo personal, sino social, para lo cual los valores se pueden considerar como los presupuestos éticos y políticos que permiten considerar como superior a la democracia, en relación con

otras formas de gobierno y organización política.

Para lograr el objetivo de la administración eficaz, eficiente y sobre todo con sentido humano, es importante determinar los valores democrático, dentro de los cuales está el bien común, en contraposición al bien individual, en el que las actividades del Estado deben dirigirse a la realización de una situación en que los ciudadanos pueden desarrollar sus cualidades personales y solidarizarse para lograr juntos ese bien común.

En los últimos años y como una preocupación no sólo de una sociedad determinada, sino de la comunidad internacional, se ha venido hablando de la corrupción pública y de la ética pública, la primera, concebida como un mal de fin de siglo, en los que las personas responsables de los bienes públicos realizan determinados actos ilícitos faltando a sus deberes llevándose los dineros que tienen a su disposición y que provienen de los contribuyentes, siendo el abuso de diversas formas de poder en

provecho particular, personal o de grupo, lo cual es factible cuando el clima ético es permisivo y se puede faltar a la moral o a las normas con impunidad, debido a que los controles políticos y sociales, son débiles o nulos y, la segunda, como un escudo para combatirla, en las que el comportamiento del servidor público debe ir encaminado a que su función debe ser para realizar el bien común y nunca para satisfacer intereses particulares.

La corrupción en la administración pública tiene múltiples facetas y se identifica, entre otros, con el abuso de poder, el tráfico de influencias, las inversiones que se realizan sin programación y planificación, la contratación de servidores públicos no calificados, el nepotismo, las comisiones en los procesos de contratación pública, los sistemas aduaneros que facultan al personal comprometido con los exportadores e importadores, la revisión de la declaración de impuestos que incide en la evasión tributaria. La corrupción pública tiene que ligarse fundamentalmente con la moral pública, impunidad, el

bien común, la solidaridad y la justicia social, y su práctica no sería tan grande ni posible, sin la corrupción privada. Asimismo, la corrupción tiene que ver con la doble moral que se aplica en los asuntos de interés público y que se manifiesta cuando se pasan por alto los actos corruptos de los amigos y se omiten los propios, pero se condenan los cometidos por los demás, actos en los cuales se promueve la ética permisiva, que se aparta de la ética pura del deber ser.

### **ELEMENTOS DE LA CORRUPCION**

El problema de la corrupción ha sido objeto de mucho análisis en todos los países y también en el ámbito mundial, porque a través de estudios que se han realizado y propuestas de diferentes perspectivas sobre esta plaga inciden en que ha ido en aumento, dentro de una de las perspectivas planteadas, la corrupción se refleja como un sistema representado bajo la fórmula:  $C = M + D - RC$ , corrupción es igual a monopolio de poder más discrecionalidad menos

rendición de cuentas, fórmula que se manifiesta como triángulo de la corrupción, lo que será objeto de comentario en los tres párrafos siguientes.

Dentro del triángulo de la corrupción está el abuso de poder, el que con la práctica continua se convierte en un monopolio de poder en el servidor público, que le permite llevar a cabo actos al margen de la ley y contrarios a preceptos, que pueden ir más allá de su propia función y que inciden en la violación a normas constitucionales, al ser depositarios de la autoridad, responsables legalmente de su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella, de conformidad con el Artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Pero como ya se expresó, la corrupción pública no sería viable, sin la corrupción privada, en ese sentido el monopolio de poder puede provenir de otra fuente, como lo es el monopolio económico, en el que a veces la concentración del poder económico, emana de que una

empresa es la única compradora, en cuyo caso, los oferentes (empresas) afectados tienen que aceptar precios menores a los de competencia, caso típico de las cadenas de supermercados, quienes debido a su poder económico, admiten las mercancías únicamente en consignación y en plazos que equivalen a un crédito de proveedores, oneroso para los vendedores. Otro caso de monopolio, es el monopolio natural, que parte de la impracticabilidad de una competencia en la prestación de servicios, por la eficiencia que la empresa manifiesta en la prestación de determinado servicio, lo cual es latente en las redes de distribución de energía eléctrica o en la red telefónica, para lo cual es necesaria una regulación clara y precisa, con el objeto de evitar que los monopolios abusen de los consumidores.

Otro componente del triángulo de la corrupción es la discrecionalidad, que se da cuando no existe un mandato o conjunto de normas claras en la función

gubernamental y que se cometen actos que no están reglados, en el que el servidor público se convierte en un todo poderoso y decide por sí, quienes serán atendidos y quienes no, a quienes se les darán los bienes o prestarán los servicios que por obligación se les deben prestar a todos. La discrecionalidad es una oportunidad para los funcionarios corruptos, porque de ella se valen para tomar sus decisiones en las que prevalece el interés particular sobre el interés general, en el que se obvia el principio constitucional del Estado, cuyo fin supremo es la realización del bien común, conforme al Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Para complementar el triángulo de la corrupción, el otro elemento es la rendición de cuentas, ya que su puesta en práctica es un freno al abuso de poder y al uso de toma de decisiones arbitrarias. Cuando en los cargos públicos no se rinden cuentas de los actos que se realizan, no existen informes de labores, no hay transparencia en el uso de los recursos, no hay controles internos

y externos, o sea, carencia de un sistema de control de gestión pública, es cuando la corrupción se manifiesta campante y proclive para los funcionarios corruptos. En la rendición de cuentas juega un papel importante la participación ciudadana y la información de los medios de comunicación, como controles externos de la función pública, y como controles internos, actos que van desde la implementación de sistemas de control de gestión pública hasta la participación de entidades públicas controladoras o fiscalizadoras del Estado, como la Contraloría General de Cuentas, Ministerio Público, Organismo Judicial, cada quien realizando la función que les corresponde.

Como se ha dicho, las causas profundas de la corrupción pública se encuentran ligadas al monopolio de poder, por tal razón, la corrupción es el abuso de diversas formas de poder en provecho particular, personal o de grupo, lo cual es factible cuando el clima ético es permisivo y se puede faltar a la moral o a las normas con

impunidad, debido a que los controles políticos y sociales son débiles o nulos. De acuerdo a las ciencias políticas, el poder emana del pueblo, quien al no poder controlar todos los problemas cotidianos de la administración de la cosa pública, lo delega, siendo que el poder se posee por elección o por nombramiento de los ciudadanos que van a dirigir a los organismos del Estado u otras instituciones públicas, por tal razón quienes lleguen a ocupar cargos públicos deben ser aquellos ciudadanos que tengan afán de servicio y con las cualidades idóneas para ocuparlos. Al respecto y sobre el término soberanía, el Artículo 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala, señala que la soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, pero como para el ejercicio de esa soberanía se requiere de personas que representen a cada uno de dichos organismos, en algunos casos, para asumir un cargo público se realiza

por vía de elección popular y, en otros, por nombramiento, para el caso de los cargos por elección popular, el ciudadano debe tomar en consideración al momento de depositar su voto que el candidato a elegir sea una persona que reúna las cualidades idóneas para ocupar el cargo, proba y con espíritu de servicio, para que sus actos siempre vayan encaminados a satisfacer el bien común y no intereses particulares o de grupo.

Ahora bien, la corrupción no sólo la practica quien tiene el monopolio de poder, sino que por su naturaleza tiende a formar redes, al necesitar por lo menos de dos actores en el acto de la corrupción, que son: el corrupto y el que paga por la corrupción. De esa cuenta la corrupción funciona por medio de organización de redes, los actores internos, que ocupan cargos de distinta jerarquía dentro de la organización y, los actores externos, que son los gestores, que actúan como simples tramitadores, o en forma más profesional, como en el caso de el traficante de influencias. La administración

pública al funcionar como un sistema tiene defectos, entre otros, mala administración, negligencia en los controles o debilidad moral de sus administradores, y esta situación es aprovechada por quien sopesa que la probabilidad de ser penalizado es mínima que la probabilidad de obtener ganancias al lograr corromper el sistema, por tal razón la formación de redes es alta, sea partiendo de actores interno o externos, desde quien ofrece la realización de hechos o actos corruptos o de quien lo solicita. En tal sentido, la violación a los valores positivos, por el problema de la corrupción, trasciende los efectos económicos entre las ganancias de los corruptos y las pérdidas del Estado, porque el daño va más allá al destruir a las instituciones del Estado y al deteriorar la credibilidad de los ciudadanos; además, que con dicha práctica las instituciones públicas tiene un costo que excede el de sus presupuestos.

### **EFFECTOS DE LA CORRUPCION**

Los efectos de la corrupción son nocivos para el Estado, porque produce costos de eficiencia al provocar inseguridad política y social, enriquecimiento ilícito, empleados de gobierno no calificados, negligencia policial, mala aplicación de la justicia y otros que paran en males públicos. A niveles jerárquicos se dan casos de corrupción por funcionarios de alto rango que tergiversan las políticas públicas en beneficio personal y pequeño número de allegados o cómplices que participan en los negocios, actos que inciden en una mala distribución equitativa de los fondos públicos, al revelarse que los ricos y privilegiados se benefician de las operaciones corruptas a expensas de los pobres, los campesinos y aquéllos en situación económica social muy baja.

Otro efecto de la corrupción es que se dan incentivos perversos en la sociedad y sobre todo en el sector público, como sobornos para acelerar o detener procesos que ha generado un sistema de cobro

típico dentro del aparato gubernamental, propinas ilícitas o pagos extras que se convierten en pagos exigidos y luego en montos de extorsión. En ese sentido, la corrupción conduce indefectiblemente a la alienación e inestabilidad política, siendo la corrupción el reflejo de la inestabilidad de un régimen y crea cinismo popular. La corrupción, entre otros, es nociva al desarrollo económico, social, político y de organización de una nación; destruye la confianza, la fe y el imperio de la ley; es un medio para lograr fines políticos y de generar altos costos políticos, en deterioro de la organización política.

La práctica de la corrupción tiene varias consecuencias, entre ellas, aminora el ritmo de crecimiento económico al reducir los incentivos para la inversión nacional y extranjera, porque si se soborna para iniciar actividades empresariales o cuando se solicitan otra clase de dádivas, la corrupción actúa como un impuesto, que por su naturaleza es una práctica perniciosa y crea incertidumbre al

actuar bajo la secretividad, merma la calidad de los servicios e infraestructuras públicas, reduce los impuestos, orilla a personas capaces a buscar rentas ilegítimas en lugar de aplicar su talento en actividades productivas, asimismo, daña el funcionamiento de la economía mediante la distorsión del gasto público, porque se da la práctica de asignar gastos en aquellos destinos en los cuales es más fácil obtener grandes sobornos y mantenerlos en secreto.

La corrupción se encuentra entrelazada a tres situaciones propicias, como ya se expresó, llamadas el triángulo de la corrupción: el abuso de poder que se traduce en monopolio de poder, la discrecionalidad en los actos administrativos amparado en el contexto ético permisivo y la ausencia o debilidad de controles sociales e institucionales. Cuando un funcionario está investido de mucho poder, es factible que se dé el uso ilegítimo del poder; no obstante, que el Estado de Derecho y el régimen democrático tiene como objetivo la limitación y la

regulación del poder por medio de los pesos y contrapesos, que vienen a ser un aliciente para la ciudadanía en contra la tiranía de los gobernantes y poderosos, para evitar el monopolio del poder, como principio constitucional está la sujeción a la ley, que fuera citado en uno de los párrafos anteriores, los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superior a ella. Así como este principio constitucional hay otros que limitan el monopolio del poder, los frenos y contrapesos intraorgánicos o interorgánicos, a nivel de jerarquía institucional o de los organismos del Estado.

En el caso de la ética se ha entrado a un proceso dentro del contexto ético permisivo, basado en normas morales concebidas en forma personal, yo no soy corrupto aunque otros lo sean, o sea “dejar pasar, dejar hacer”, que incide en que campee en el funcionario corrupto la discrecionalidad en sus actos. Ello aunado con la ineficacia o inexistencia de los controles que

la sociedad debe tener sobre los negocios de la cosa pública, o sea falta o ausencia de exigir rendición de cuentas, en el que debe participar la sociedad organizada, lo que hace imperativo el fortalecimiento de la sociedad civil y de los medios de comunicación y de opinión pública; pero, además, se debe buscar la transformación del Estado que consiste en otorgar una verdadera independencia o autonomía a las instituciones de control y fiscalización (Contraloría General de Cuentas, Superintendencia de Administración Tributaria, Corte de Constitucionalidad, etc.) y del Organismo Judicial que den eficacia, aseguren y velen por el buen manejo de los fondos públicos, de conformidad con las disposiciones constitucionales y leyes ordinarias, que rijan a las instituciones públicas de control y fiscalización.

**ESTRATEGIAS PARA  
CONTROLAR LA  
CORRUPCION**

Para controlar la corrupción se deben tomar medidas que van desde la selección de empleados honestos, honrados y capaces, hasta la implementación de un sistema que permita procesar información sobre esfuerzos y resultados contra la corrupción, reestructuración de la relación del empleado gubernamental y el público usuario del servicio, así como elevar el costo moral de la corrupción con códigos éticos y cultura de la organización. Todo lo cual debe ir amparado en reformas a la Ley de Servicio Civil o en la creación de una nueva ley de la materia, que permitan una mejor selección del futuro servidor público, implementado con cursos de inducción previas que permitan determinar si la persona a nombrar en un cargo público tiene vocación de servicio en beneficio del bien común, así como desarrollar políticas dentro de la institución, las que estarán sujetas a análisis para obtener un mejor desempeño de los recursos citados.

Así también deben formularse políticas anticorrupción que

tiendan a minimizarla para evitar que funcionarios con pocos escrúpulos sigan aprovechándose de la cosa pública, como ir determinando los posibles focos de corrupción; conducta del empleado con posibles usuario corruptos; dónde ocurre la corrupción y cuánto de ella existe; evaluar los costos y beneficios que ocasionan las variadas actividades de corrupción. Además, dentro de la institución se deben implementar políticas anticorrupción tomando en consideración tres factores, el primero, crear un sistema de información que recolecte la trayectoria del personal que es intachable, nombrar comisiones de investigación, utilizar agentes secretos, idear medidas nuevas contra la corrupción, integrar al público o usuario del servicio; el segundo, cuáles son las medidas aplicables o no, en su momento y en forma general o particular en la institución, que forman parte o son un código de ética y, el tercero, comenzar la campaña contra la corrupción de manera positiva, por ejemplo, que los empleados inicien

con la formulación o definición de objetivo y misión de la institución, con una medida de evaluación del desempeño, con aspectos positivos de las tareas diarias de tal forma que cuando se ataque la corrupción haya un resultado totalmente negativo. En síntesis se debe promover en el personal los incentivos a las cosas buenas como el endurecimiento de las sanciones para aquéllos que participan en la corrupción.

La erradicación de la corrupción es imposible, pero sí se puede minimizar tomando medidas que vayan a mejorar la cultural del personal de la institución e implementando controles en los actos de la gestión pública, entre otros, se deben tomar medidas como, profesionalización del personal; identificar al contribuyente, proveedor o cliente potencialmente corrupto; fortalecer los sistemas de control; modificación sustancial a leyes tributarias, probidad y de las instituciones de control y fiscalización para otorgarles independencia o autonomía total en

sus funciones; fortalecimiento de la supervisión; auditorías externas periódicas y al azar y readecuación salarial.

Para combatir la corrupción es imperativo llevar a cabo una estrategia nacional uniendo esfuerzos pueblo y gobierno, en donde una vez identificadas las causas y sus efectos, debe iniciarse un combate decisivo, implementado con políticas, planes y programas en todos los niveles de gobierno que abarque lo administrativo, técnico, profesional, de servicios y otros, en los que se tome en cuenta aspectos relacionados con la ética y la moral, en ese sentido debe enfocarse el problema, considerando una estrategia comunicativa que persiga consensuar objetivos nacionales éticos, con una participación amplia de representantes del Estado y de la sociedad civil y partir de la definición de una estrategia básica en una institución para convertirla en isla de probidad, para lo cual se debe ir desarrollando una estrategia de reforma vertical progresiva, por

instituciones seleccionadas, para ir ganando terreno en la erradicación de la corrupción.

Por otro lado, es necesario implementar consensos éticos para extraer un sistema de valores que permitan visualizar lo relacionado al bien y el mal, lo justo y lo injusto, lo correcto y lo incorrecto, con el propósito de ir estableciendo normas de valoración para obrar, como punto de partida para iniciar un proceso de cambio de actitudes y la práctica de valores positivos. Para ello debe tomarse en cuenta varios puntos que sirvan de soporte para la práctica de los valores, como transparencia en los actos y brindar toda la información a quien la requiera; crear normas contra la corrupción y para la promoción de la práctica de valores; el combate a la impunidad, que se logra con el fortalecimiento y otorgamiento de autonomía plena a los organismos de control y de la justicia; exigencia en la rendición de cuentas producto de la contraloría social y generar programas de educación para la promoción de la práctica de valores

en todos los ámbitos o esferas sociales.

### **NORMAS QUE COMBATEN LA CORRUPCION**

Por último cabe señalar, que dentro de nuestro de ordenamiento jurídico se establecen normas que tienden a combatir la corrupción, que van desde disposiciones constitucionales a leyes ordinarias y reglamentarias.

En el caso de la normativa constitucional se establece que todos los guatemaltecos tienen derecho a optar a empleos o cargos públicos y para su otorgamiento no se atenderá más que a razones fundadas en méritos de capacidad, idoneidad y honradez, así como lo inherente a la función pública y sujeción a la ley, en el sentido que los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superior a ella, derivado de esta disposición todo funcionario público debe ajustar sus actos a la ley, caso contrario estaría abusando de poder y, por lo tanto, realizando actos

discrecionales, en los que podrían estar encaminados a satisfacer intereses particulares o de grupo, riñendo con otros principios constitucionales relativo a que el interés general prevalece sobre el interés particular y con el fin supremo del Estado que es para la realización del bien común. Artículos 1, 44, 113 y 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La Ley del Organismo Ejecutivo, dentro de sus principios se encuentra instituciones que combaten la corrupción, como lo son la transparencia, la probidad y la participación ciudadana, este último como ente contralor y fiscalizador externo. El mismo cuerpo legal dentro de las atribuciones generales de los ministros, establece que los Ministros deben gestionar la asignación presupuestaria de los recursos financieros necesarios, velando porque los mismos sean invertidos con eficiencia, transparencia y conforme a la ley, así también dictar los acuerdos, resoluciones, circulares y otras

disposiciones relacionadas con el despacho de los asuntos de su ramo, conforme la ley.

La Ley de Servicio Civil, que regula las relaciones entre la Administración Pública y sus servidores, contiene disposiciones que establecen principios y requisitos que deben cumplirse para optar a cargos públicos, en los que hace mención, entre otros, a la capacidad, eficiencia y honradez para aspirar a un cargo público. Así mismo, establece como condición para ingresar al servicio, el poseer la aptitud moral, intelectual y física, y como prohibición especial, el estar prohibido a los servidores públicos solicitar y recibir dádivas.

La Ley de Contrataciones del Estado, aplicable a los Organismos del Estado, las entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, municipalidades, empresas municipales o estatales, que contempla los procedimientos para la compra y venta y la contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requiera el Estado,

que dependiendo del monto de la compra de bienes o adquisición de servicios, puede ser licitación pública, cotización o compra directa, y para aquellos bienes de uso general y constante que necesita el Sector Público o de considerable demanda que sean requeridos por dos o más instituciones del Estado y sus entidades descentralizadas con destino al cumplimiento de sus programas de trabajo, el contrato abierto, cuya administración le corresponde exclusivamente al Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la dependencia correspondiente. Esta ley debe merecer una revisión exhaustiva, en la que debe quedar bien claro el principio de transparencia, evitando normas abiertas que permitan al funcionario aplicar criterios discrecionales, que vayan en detrimento de la transparencia, partiendo de la preparación de las bases y publicación de normas y los centros de información accesible a todos los proveedores u oferentes, la publicación de las oportunidades de contratación, transparencia de

las decisiones sobre la adjudicación, en las que deben nombrarse a personas probas para que conformen las juntas de licitaciones o cotizaciones y la disposición de órganos y procedimientos imparciales e independientes para la revisión de los casos planteados por los proveedores inconformes, en el caso que impugnen, por medio de recursos administrativos, decisiones o resoluciones emanadas de la institución pública que convocó al evento de compra o adquisición de bienes o servicios, por considerar que afecta sus intereses. Otro punto importante de revisar, son los plazos que se establecen en la ley para los procedimientos de compra de bienes y adquisición de servicios, que deben quedar bien establecidos, ya que cuando se dan plazos muy cortos puede existir la posibilidad de que la compra sea conducida a favor de un determinado proveedor, máxime si la compra es compleja, que requiere suficiente tiempo para que

los proveedores preparen sus ofertas.

Otros cuerpos legales, como el Código Penal, que tipifica delitos que combaten la corrupción, como: cohecho pasivo, aceptación ilícita de regalos, cohecho activo, peculado, malversación, concusión, fraude, exacciones ilegales y cobro indebido. La Ley de la Contraloría General de Cuentas, es otra ley que se fundamenta sobre la base del combate a la corrupción, al corresponder a la Contraloría la función fiscalizadora en forma externa de los activos y pasivos, derechos, ingresos y egresos de los Organismo del Estado, entidades autónomas y descentralizadas, las municipalidad y sus empresas y demás instituciones que conforman el sector público no financiero, así como disposiciones sancionatorias en el ámbito administrativo, civil, penal y pecuniario. La Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, tiene por objeto crear normas y procedimientos para transparentar el ejercicio de la

administración pública y asegurar la observancia estricta de los preceptos constitucionales y legales en el ejercicio de las funciones públicas estatales; evitar el desvío de los recursos, bienes, fondos y valores públicos en perjuicio de los intereses del Estado; establecer los mecanismo de control patrimonial de los funcionarios y empleados públicos durante el ejercicio de sus cargos; y prevenir el aprovechamiento personal o cualquier forma de enriquecimiento ilícito de las personas, al servicio del Estado y de otras persona individuales o jurídicas que manejen, administren, custodien, recauden e inviertan fondos o valores públicos.

No obstante, que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con varios cuerpos legales que tienden a combatir la corrupción, es necesario hacerles una revisión para ir las ajustando a nuestra realidad actual, ante todo, tomando en consideración que Guatemala ha adquirido compromisos a nivel internacional, con la aprobación y ratificación de instrumentos

internacionales, tal el caso de la Convención Interamericana contra

la Corrupción, en la que se hacen recomendaciones a los Estados para que adopten medidas o mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, en donde es imperativo plantear modificaciones al Código Penal, para adecuar las diferentes modalidades de estos delitos a nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo a los compromisos contraídos con la comunidad internacional.

## ANÁLISIS DEL CASO TORRES CASANOVA

*Gardenia Enedina MAZA CASTELLANOS\**

### ANTECEDENTES:

La coalición de partidos políticos Unidad Nacional de la Esperanza – UNE- y Gran Alianza Nacional– GANA-, solicitaron que se inscribiera como candidatos para los cargos de presidente y vicepresidente de la República a Sandra Julieta Torres Casanova y José Roberto Díaz-Duran Quezada, respectivamente.

El Director General del Registro de Ciudadanos en resolución de fecha veintinueve de junio de dos mil once, denegó tal solicitud al considerar dos puntos específicos:

- a) Que la prohibición expresa del Artículo 186 literal c) de la Constitución Política de la República de Guatemala impedía a la señora Torres a optar al cargo de presidente.
- b) Que se incurrió en fraude de ley de conformidad con el Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial.

Teniendo presente que la señora Torres Casanova, desde el veinte de febrero del año dos mil tres hasta el siete de abril de dos mil once fue esposa del –en ese entonces- presidente de la República Álvaro Colom Caballeros y se divorció

\* Abogada y Notaria, docente de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

para poder participar en la contienda electoral próxima.

La coalición UNE - GANA, no conforme, interpuso recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo Electoral, sin embargo, el mismo fue considerado improcedente en resolución de fecha uno de julio de dos mil once. Se intentó modificar la decisión por medio de Revisión, pero la impugnación fue declarada sin lugar el cuatro de julio de dos mil once. Agotada la sede administrativa y al considerar la violación de derechos fundamentales los interesados acudieron en amparo ante la Corte Suprema de Justicia, intentando que por esa vía se aseguraran los derechos constitucionales transgredidos.

#### **DERECHOS CONSTITUCIONALES ALEGADOS:**

Derecho de defensa, libertad e igualdad, elegir y ser electo, optar a cargos públicos, participar en actividades políticas, la obediencia de las leyes, la presunción de inocencia y el debido proceso.

#### **VIOLACIONES QUE SE DENUNCIAN:**

Se argumentó básicamente que al momento de solicitar la inscripción el estado civil de la señora Torres era “soltera”, que los cónyuges no forman grado y que en todo caso ya no era cónyuge del Presidente, que reúne los requisitos constitucionales; que debe ser considerada inocente sin embargo no fue oída, citada ni vencida en juicio; que el Registro de Ciudadanos se extralimitó en sus funciones porque debió consultar al Tribunal Supremo Electoral, que para considerar fraude de ley debió existir una sentencia judicial, que se aplica retroactivamente la ley y que el objetivo era el divorcio en sí, pero que no existe supremacía constitucional.

#### **SENTENCIA DE PRIMER GRADO:**

La Corte Suprema de Justicia al sentenciar en primera instancia estableció lo siguiente:

**Método de interpretación:** El método utilizado fue el finalista y armónico, al indicar que “se debe

buscar el sentido de la norma, aun cuando su texto resulte claro... lo que la norma constitucional en realidad quiso expresar, (...) regido por el principio fundamental de supremacía constitucional... que impone coherencia y armonía al sistema legal. La constitución es finalista, antidinástica e igualitaria, valorativa y finalista en forma extensiva.

**Consideraciones:**

a) Sobre la prohibición a optar al cargo de presidente y la facultad de declarar la existencia de fraude de ley:

- El parentesco es el vínculo jurídico entre dos personas, sea por consanguinidad, por afinidad y el civil. El grado de parentesco es la distancia que media entre dos parientes, así para el caso de los cónyuges, ese conteo inicia desde la unión matrimonial, tronco común que liga a las demás personas por parentesco. Sería inadmisibles que la prohibición alcanzara a los parientes del cónyuge y dejara excluido de la

prohibición al cónyuge mismo; eludiendo la finalidad de la norma que consiste en evitar una transmisión dinástica y nepótica del poder, o la participación no igualitaria en el sistema democrático. Es por eso que el artículo en cuestión indica: “dentro” de los grados de ley, lo cual involucra al cónyuge sin lugar a dudas.

- Por su parte debe tomarse en cuenta que el mandato presidencial se ejerce por períodos previamente establecidos, bajo el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder, prohibiendo la reelección y la perpetuación indirecta por medio de los parientes, evitando ponerlos en situación de ventaja frente a los demás en la sucesión del poder en el sistema democrático; esto en contraposición a la monarquía para asegurar el sistema republicano de gobierno.
- El derecho a elegir y ser electo no es un derecho absoluto, esta limitado por la propia

Constitución, y el hecho de que la señora Torres haya mantenido vínculo matrimonial con el Presidente desde el inicio del mandato hasta poco antes de la convocatoria a elecciones, ejerciendo su posición de esposa con funciones de Primera Dama de la Nación, constituye un impedimento jurídico para convertirse en sujeto pasivo de una relación electoral por prohibición categórica para acceder al cargo aun cuando al momento de solicitar la inscripción como candidata se encontraba soltera.

- Al Tribunal Supremo Electoral mediante sus dependencias le compete resolver las solicitudes de las Organizaciones Políticas, lo que conlleva la obligación de razonar sus resoluciones y decidir sobre aspectos de derecho electoral, lo que implica facultades suficientes para calificar la aptitud legal de quienes requieren su inscripción a cargos de elección pública, y determinar si reúnen

los requisitos exigidos para ello.

- El fraude de ley entraña, como presupuestos, la existencia de un acto legal cuya validez jurídica no se cuestiona (en el presente caso, el divorcio) y que en sí mismo no es contrario a la ley, pero que es el medio para eludir una prohibición (específicamente, la imposibilidad de optar a la Presidencia de la República a quienes se encuentren en el supuesto contemplado por el inciso c) del artículo 186 constitucional), dado que estos presupuestos se cumplen en el caso de mérito, la consecuencia ha de ser indefectiblemente la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir: la prohibición de optar al cargo de Presidente de la República.
- b) Sobre la vulneración al principio de irretroactividad de la ley:
  - El artículo 186 literal c) constitucional era una norma vigente al momento de solicitar

y resolver sobre la inscripción de la candidatura de la señora Torres, razón por la cual no se encuentra en discusión la irretroactividad de dicha ley.

**Decisión:** Se denegó el amparo solicitado.

**APELACIÓN:**

La Señora Torres apeló la sentencia argumentando que se pretenden destruir las elecciones libres y democráticas, que mediante una interpretación extensiva se le aplica una prohibición que no le es aplicable; que el TSE al hacer una preselección de los candidatos pone en riesgo el Estado de derecho, judicializando un caso electoral y politizando la justicia; que el artículo 186 literal c) no menciona la palabra cónyuge, y que el cónyuge no forma grado; que no existió juicio en el que se respetaran sus derechos fundamentales; que el divorcio es una decisión personal que no puede afectar su vida política como mujer y a las mujeres que representa.

La coalición UNE-GANA apeló y argumentó que la Corte Suprema de Justicia convalidó argumentos ilegales basados en aseveraciones que en ningún momento se probaron; que debió tramitarse previamente un proceso de conocimiento para determinar las intenciones de la candidata al momento de divorciarse; que el caso de Raquel Blandón de Cerezo no es aplicable porque ya no existe vínculo matrimonial, que se impone un impedimento cuando la causal de éste ya no existe, y que el principio de alternabilidad solo procede sobre la misma persona.

**SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO:**

La Corte de Constitucionalidad al sentenciar en segunda instancia, confirma la resolución conocida en alzada que deniega el amparo solicitado, con el voto de Mauro Roderico Chacón Corado, Héctor Hugo Pérez Aguilera, Roberto Molina Barreto, y Juan Carlos Medina Salas.

**Métodos de interpretación:** Para optimizar la fuerza normativa de la

Constitución y maximizar su eficacia, debe encontrarse un efecto útil con el que la norma pueda dar respuesta respecto de eventos no contemplados. El intérprete constitucional no puede arribar a un resultado que sea solamente expresión de la realidad de un momento dado, porque su carácter normativo, la Constitución ordena y conforma a su vez la realidad social y política del Estado, garantizando los fines del constituyente mediante una interpretación realista y dinámica.

En el caso sujeto a análisis se utiliza el método de interpretación histórica porque para desentrañar el significado de una norma debe acudir al contenido y la finalidad con que fue establecida, recurriendo para ello a la historia fidedigna de la institución o norma contenida en el precepto objeto de hermenéutica. También se acude a la interpretación armónica o sistemática para que ninguna norma constitucional sea considerada aisladamente solucionando antinomias con conclusiones armónicas

concordantes con las normas restantes. Asimismo, se basa en la interpretación finalista porque los valores que la Constitución aspira a realizar y los principios contenidos en ella, deben trascender la literalidad de sus artículos.

### **Consideraciones:**

Primera Parte: La Corte de Constitucionalidad inicia precisando el significado de la prohibición contenida en la literal c del artículo 186 constitucional.

- A) Regulación: Establece que en concreto lo que se reguló en el artículo citado es la prohibición por inelegibilidad para poder optar a los cargos de presidente o vicepresidente de la República; lo que implica que no se puede ser sujeto pasivo de una relación electoral, impidiendo que siquiera se pueda postular como candidato, porque su elección sería nula.
- B) Utilidad: De conformidad con su historia, la prohibición desde su incorporación al derecho constitucional, tiende a evitar

prolongaciones indebidas en el ejercicio del poder con una transmisión dinástica o el nepotismo para preservar el principio de alternabilidad. De conformidad con el sentido armónico y sistemático de la prohibición se establece su utilidad para garantizar un sistema de gobierno democrático, republicano y representativo, propugnando la alternabilidad en el poder. De conformidad con su finalidad, la prohibición tiende a positivizar el principio de igualdad para no privilegiar la candidatura de los parientes del presidente en la contienda electoral, para que se compita en igualdad de condiciones.

C) Alcance: el artículo analizado prohíbe la postulación de los parientes dentro de los grados de ley, hasta el cuarto por consanguinidad y el segundo por afinidad, sin embargo, por la finalidad antidinástica e igualitaria de la disposición, su máxima protección se logra al

incluir al cónyuge aún no se aluda en el texto constitucional de manera taxativa, dado que se indica “dentro” del parentesco y éste se genera por la procedencia de un tronco común que se origina por excelencia en el matrimonio. Aunado a lo anterior debe considerarse que la prohibición alcanza a quien siendo cónyuge del presidente, deje de serlo por divorcio durante su mandato. Esto porque la norma ordinaria es la que debe interpretarse en congruencia con los preceptos constitucionales y no al revés.

D) Temporalidad: La norma alcanza a quienes sean parientes, adquieran la condición de parientes o hubiesen dejado de ser parientes del presidente dentro del período en que se desempeña como tal, pero no en períodos subsiguientes, puesto que para entonces ya no existirían las condiciones que justifican el impedimento.

Segunda parte: La Corte de Constitucionalidad continúa analizando el caso concreto, y determina como probados los siguientes hechos:

- a) que Sandra Torres y Álvaro Colom contrajeron matrimonio el veinte de febrero de dos mil tres;
- b) que Álvaro Colom fue electo presidente para el período 2008-2012;
- c) que el presidente electo ya estaba casado con Sandra Torres,
- d) que Sandra Torres obtuvo sentencia de divorcio durante el período presidencial de Álvaro Colom. Razón por la cual le es aplicable la prohibición de mérito, porque esta alcanza a quien haya dejado de ser cónyuge del presidente por disolución del vínculo conyugal, cuando el divorcio ocurre dentro del período en el que se desempeña como presidente.

Esa Corte ha reconocido que el Tribunal Supremo Electoral tiene jurisdicción en materia electoral en todo lo relativo al ejercicio del

sufragio, los derechos políticos, organizaciones políticas, autoridades, órganos electorales y proceso electoral, por lo tanto, la resolución de la autoridad impugnada en el sentido de denegar la inscripción solicitada por la Coalición UNE- GANA guarda congruencia con el principio constitucional al quedar evidenciada una condición de inelegibilidad y de permitirse la participación del candidato, si este resultare electo, el resultado de aquella elección sería igualmente nulo. Asimismo, esta situación provoca la necesaria denegatoria de la inscripción del candidato a vicepresidente, por la vinculación de la postulación ordenada en el artículo 190 de la Constitución que regula: “Será electo en la misma planilla con el Presidente...”

También se analiza como agravio el fraude de ley diferenciándolo del fraude a la Constitución; y establece:

- A) La determinación de su existencia no requiere agotar un proceso declarativo previo. Dicha determinación puede ser

de control administrativo o judicial. La postulante en nombre propio y en representación de sus candidatos ha tenido a oportunidad de enervar la decisión tomada, en cumplimiento del precepto constitucional que indica que las solicitudes deben ser presentadas por los representantes de las organizaciones políticas que los postulen. Además que todos los derechos de una persona están limitados por los derechos de los demás por la seguridad y el bien común. Que en todo caso la consulta a la que se hace referencia que el Registro de Ciudadanos puede realizar al Tribunal Supremo Electoral, no es obligatoria.

- B) Dentro de las atribuciones del Registro de ciudadanos se encuentra la de velar por el fiel cumplimiento de la Constitución, leyes y disposiciones aplicables de conformidad con el artículo

125 de la Ley de la materia, en su calidad de Registrador, por lo que no es necesario un juicio o una sentencia previa.

- C) No existe fraude de ley o fraude a la Constitución, porque mediante la negativa a inscribir al binomio presidencial se impidió la violación de la prohibición contenida en el precepto constitucional relacionado y esto evitó la consumación de un fraude a la Constitución, por la oportuna determinación de la condición de inelegibilidad.

Respecto a la irretroactividad de la ley, que alega el postulante, la Corte de Constitucionalidad acota que la prohibición de mérito se encuentra vigente desde mil novecientos ochenta y seis hasta la fecha, razón por la cual no existe irretroactividad.

**Decisión:** el amparo solicitado es notoriamente improcedente y debe denegarse confirmando la sentencia de primer grado.

**VOTOS RAZONADOS  
CONCURRENTES:**

Alejandro Maldonado Aguirre, aprueba la ponencia de conformidad con los siguientes razonamientos a los cuales se adhirieron Gloria Porras y Héctor Trujillo.

- Comparte con la sentencia de mérito que el vocablo “dentro” involucra con absoluta certeza al cónyuge. Que por el hecho de haber existido vínculo conyugal es legítima la aplicación de la norma prohibitiva, y que esta situación es suficiente para declarar la improcedencia del amparo.
- Presenta un historial de la legislación constituyente de la prohibición examinada, estableciéndose que en el pasado se especificaba su temporalidad con frases como: “en el período inmediato siguiente”, “al hacerse la elección o que la hubiere ejercido en los seis meses anteriores o parte de ellos”, “para el próximo período

constitucional”, “y este último ejerza la presidencia”. Asimismo, al no haberse hallado la fuente ideológica debe acudir a la interpretación finalista, armónica y coherente para asegurar que el vocablo “dentro” involucra con toda certeza al cónyuge, para evitar la transmisión nepotica o dinástica y la desigualdad en el sistema democrático. Pero explica que esto se debe a la existencia de una presunción de derecho de que el parentesco predispone o prejuzga en situaciones concretas, por lo que es lícito establecer limitaciones al derecho para alcanzar el grado de autenticidad de una elección, como lo hace la legislación constitucional guatemalteca en el artículo 186 literal c).

- Agrega que el divorcio se basa en el reconocimiento de dos importantes principios jurídicos: el del respeto mutuo del juez y las partes y el de vigencia del valor de la

voluntad. Y por esa razón no hay obligación de explicarle al juez ni este tiene derecho a pedir los motivos de los esposos para obtener la disolución absoluta de su matrimonio. Esto es así porque el libre albedrío de la persona individual forma parte de su dignidad, existiendo cosas íntimas que merecen el respeto de los demás. En el caso analizado, se rompió la solemnidad probatoria, al pretender demostrar los motivos de un divorcio por mutuo acuerdo con informaciones periodísticas, asegurando la existencia de un fraude de ley, que se presume por la lectura de algunas informaciones de prensa, cuya fuente no cita con precisión ni indica que tuvo a la vista otra clase de elementos legales de prueba que sustentaran la convicción por la que juzgó.

- Afirma también, que debe juzgarse por evidencias responsables y no por

sospechas de una intención, que como en el caso examinado, bien pudo conducir a otra hipótesis. Tomando en cuenta que la mala fe se prueba y no se presume. Podría caber una interpretación basada en la buena fe, que concluyera que la intención de disolver el vínculo conyugal fue para cumplir con su condición habilitante, tal es el caso de la renuncia al cargo de Magistrado Presidente del Tribunal Supremo Electoral realizado por Arturo Herbruger Asturias para poder participar como candidato a presidente en la crisis constitucional del año mil novecientos noventa y tres.

- Existe una línea teórica que determina el fraude de ley no por la intención sino por el resultado (tesis objetivista), cuya valoración debe ser reforzada por la tutela constitucional, tomando en cuenta el respeto a los derechos o la reputación de los demás, con una interpretación *pro hominis, favor libertatis* y *pro*

*accione*, cuidando que en la resolución se utilice una generalización doble: por un lado, enunciados dirigidos a cualquiera (en la correspondiente situación y por otro lado, lo que se dice en los enunciados se debe decir en general, sin utilizar nombres propios, esto es así porque con dichas resoluciones se abre la puerta para que las doctrinas cobren autoridad para los tribunales subalternos, que en el caso concreto pueden empezar a hacer declaratorias de fraude de ley por presumir la intención, derivado de pesquisas psicológicas, donde la norma defraudada ni siquiera establece una temporalidad o plazo para hacerse claramente exigible como para sindicar el fraude de ley de una norma incompleta.

- Indica que el fallo fue necesario para concretizar la norma, en base a la función hermenéutica del Tribunal, evidenciándose buena fe en la acción del

postulante, que concluye que debiera eximirse de costas y la correspondiente multa, y consecuentemente confirmar con modificaciones.

## **Bibliografía**

### **I. Legislación**

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Ley Electoral y de Partidos Políticos
- Ley del Organismo Judicial
- Código Civil

### **II. Jurisprudencia**

- Corte de Constitucionalidad, Opinión consultiva 172-88
- Corte de Constitucionalidad, Opinión consultiva 212-89
- Corte de Constitucionalidad, Opinión consultiva 3205-2008
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de inconstitucionalidad 1803-2005
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de amparo 280-90

## INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SU CORRELACIÓN CON LA LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS

(Cuerpo normativo de carácter constitucional)

Mauricio Alejandro ZARAZÚA HERRERA\*

La hermenéutica reviste de una actividad minuciosa, cuyo matiz al ser realizado por el intérprete, debe tomar en cuenta varias aristas, para con ello propiciar un resultado que no resulte pernicioso y este cause una mutación vía esa acción.

Rodolfo Luis Vigo, citando a Savigny, define que interpretación es: “*la reconstrucción del pensamiento insito de la ley.*” (Vigo, 2004, pág. 16). El proceso legislativo, reviste de características particulares, que en abstracto van creando supuestos de

hecho, que en el ámbito del Derecho generan obligaciones, derechos y que en reiterados fallos van asentando jurisprudencia que son apoyados por el sector letrado especializado.

Francisco Javier Díaz Revorio, siguiendo a Zagrebelsky, indica que podemos concebir como “*(...) interpretación como el proceso intelectual a través del cual, partiendo de las fórmulas lingüísticas que forman un enunciado, se llega a un contenido, es decir, se pasa de los*

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario. Con los estudios de postgrado siguientes: a) Especialidad en Medicina Legal y Ciencias Forenses; b) Magister en Derecho Constitucional; y c) PhD Candidato en Derecho Constitucional. Docente universitario y expositor invitado.

*significantes a los significados (...) Así, el significado que se trata de extraer del enunciado lingüístico es una norma jurídica, entendida como mandato o prohibición dirigido a poderes públicos o a ciudadanos, y cuyo incumplimiento es objeto de una respuesta mediante una sanción jurídica”.* (Díaz Revorio, 2016, págs. 11-12)”

Se colige que la interpretación constitucional, se sustenta en la identificación de las motivaciones argumentativas que edificaron una norma jurídica y del porqué esta tuvo prelación al ser ubicada dentro del texto constitucional sobre el texto ordinario, de esa cuenta al ser un ordenamiento jurídico jerarquizado, debe comprenderse que tanto los procedimientos de promulgación como su motivación, la posiciona en un lugar especial al momento de dirimir una controversia, como en el caso de la Ley Electoral y de Partidos Políticos del Estado Guatemalteco, el Constituyente tuvo la previsión al ubicarla dentro del rubro de leyes de carácter constitucional y cobijarla dentro de ese bloque con

el objeto de garantizar sin restricción la materia que allí se desarrolla.

De lo antes expuesto, la interpretación verifica la interioridad y motivación de una norma jurídica de rango constitucional, una vez determinado su significado, sirve de relevante punto de armonización versus las normas infraconstitucionales. Se colige, que la importancia de la interpretación constitucional, gravita en cuanto y en tanto dicha norma tiene un alcance interpretativo superior frente al caso concreto, que por su jerarquía obliga un significado y una salvaguarda frente a otra norma no constitucional que la contradice cumpliendo en ese sentido el intérprete una función de mediador.

La interpretación de una norma constitucional, por muy clara que ésta sea, siempre va a ser recurrida de interpretación necesariamente al ser expuesta al caso concreto, toda vez que independientemente de

contener una fortaleza semántica y por ende de una certeza lingüística, son valores socialmente aceptados por medio de ese pacto social al cual se le denomina Constitución. La cuestión a dilucidar de acuerdo con lo anteriormente expresado, se sustenta en ¿cómo se conciben esos valores?, y ¿quiénes?, dentro de un momento históricamente condicionado, desde la función de interpretadores formales y oficiales de la norma constitucional, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, de manera definitiva, deciden el significado de esa norma constitucional.

Para los efectos positivos de este sucinto artículo, indicare que tradicionalmente existen algunos criterios de interpretación constitucional, verbigracia para Francisco Javier Díaz Revorio (Díaz Revorio, 2016, págs. 17-19) citando a Savigny relaciona los siguientes puntos:

a) *“Criterio gramatical. Se basa en el sentido propio de las palabras. Esto es, en la dicción literal del texto. Es un imprescindible punto de partida*

*en toda interpretación jurídica, por tanto, también en la interpretación constitucional. En aquellos supuestos en que la dicción literal es clara y terminante, la interpretación gramatical es el método más fiable.*

b) **Criterio sistemático.**

*Entendido en sentido amplio, engloba tres argumentos. El argumento a coherencia, según el cual los enunciados legales han de interpretarse tomando en cuenta que no pueden expresar normas incompatibles. El argumento sedes materiae, por el cual se atribuye un significado normativo a un precepto dudoso tomando en cuenta el lugar que ocupa el texto normativo del que forma parte. Por último, el argumento sistemático en sentido estricto, que atribuye un significado normativo a un enunciado tomando en cuenta otros preceptos o normas.*

c) **Los antecedentes históricos y legislativos.** *En el caso de la norma fundamental, nos referimos a los precedentes constitucionales y los debates parlamentarios que dieron origen a su aprobación.*

d) **Interpretación teleológica.** *Es la que busca el significado de un precepto de acuerdo con su finalidad. Posee también relevancia a la hora de interpretar el texto constitucional. Sin perjuicio de que cada precepto constitucional puede tener su finalidad, hay un sistema constitucional de valores y principios que determinan los fines de la Constitución y del resto del ordenamiento.*

e) **La interpretación evolutiva.** *Este elemento posee mayor trascendencia en la interpretación constitucional, dado que la Constitución ha de tener una especial pretensión de permanencia y estabilidad. De este modo, resulta la norma fundamental y suprema de un*

*sistema político y social llamada a perdurar en el tiempo. Esta permanencia no sería posible si la interpretación de la misma no se realizase tomando en cuenta la realidad social a la que ha de aplicarse. Por ello, se ha destacado la importancia de una interpretación evolutiva del texto normativo supremo, que lo vaya adecuando a las cambiantes circunstancias sociales, políticas, económicas, sin llegar a tergiversar o ignorar el significado literal de sus preceptos”.*

Sin embargo, aún y cuando existen diversos criterios que se refieren a la interpretación constitucional, no puede afirmarse que exista un método propio y global para la hermenéutica de la norma fundamental, Kelsen señala que: “(...)la teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia (...) la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede

*existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta.”* (Kelsen, 2009, pág. 132)

De lo anterior, la *quid* es ¿Cómo se debe interpretar la Constitución? ¿Cómo debe armonizarse con el texto Electoral? por ejemplo, en la Constitución Política de la República de Guatemala, no existe un artículo que prescriba la forma en que esta actividad debe llevarse a cabo y es por ello que reiteraríamos la pregunta ¿Qué es interpretar?, ya que cuando se va interpretar, lo primero que debe determinarse es el “objeto interpretado”, porque lo intangible no es posible de interpretación, en conclusión, toda interpretación tiene un objeto y a la vez se determina que no hay hermenéutica sin texto. Importante es acotar que una cosa es la interpretación y otra es la argumentación siendo esta un discurso justificativo del porque se desentrañó algún objeto. La

argumentación, no puede ser parte de la interpretación, porque interpretación jurídica es interpretación textual. Al interpretar una determinada norma jurídica, el intérprete le concede una significación, ya que las normas tienen una razón porque están compuestas de palabras, estas últimas son signos y los mismos son significados, ahora otra cosa es que en la parte considerativa de una de una sentencia constitucional, se empiece a decir lo que se entiende de determinada norma jurídica, lo cual constituye un discurso justificativo, en la cual la interpretación es una etapa que ya precluyó.

En la argumentación, ahí se puede hacer acopio a decir cualquier cosa, porque ahí cualquier elucubración es válida, pero no confundamos interpretación con argumentación, no se puede hablar de métodos, parámetros o procedimientos o reglas de interpretación, porque si son reglas deberían ser obligatorias, pero no lo son, varios autores hablan como interpretar la constitución, pero lo que plantean

son consejos para el intérprete, si hablamos de corrección vamos a tener un parámetro para el efecto, entonces todo lo que se aleje del mismo sería incorrecto, en conclusión no hay un método predeterminado, incluso no podríamos decir que es la ponderación porque esta viene cuando ya se interpretó y este si tiene un método, pero es únicamente para dirimir.

En conclusión, en el caso del Estado de Guatemala, la Ley Electoral y de Partidos Políticos, por su particular rango constitucional, debe enfocarse dentro de la plena armonización con la Ley Fundamental, porque aducir que pueda existir conflictos normativos entre las mismas es un tema complejo propio de un estudio específico, es por ello que su análisis y reforma debe ser conteste a esa condición privilegiada, la defensa del texto constitucional, constituye una atribución específica de la autoridad electoral, lo cual desde mi particular punto de vista, es imperativo que la interpretación de

cualquier texto normativo debe supeditarse a la jerarquía constitucional, la Ley *ibid* no es la excepción, la preponderancia de la misma, es que esta fue canalizada para desarrollar el ejercicio de los derechos ciudadanos de manera individual u organizada, las vicisitudes que puedan suscitarse típica o atípicamente, deben ser objeto de una resolución congruente no solo con el marco legal, deben sumarse los escenarios externos, para lograr con plenitud la tutelaridad en el pleno ejercicio del voto y la pureza de los comicios electorales, siendo como es conocido el Tribunal Supremo Electoral, garante de la voluntad popular.

#### **FUENTES DE INFORMACIÓN LIBROS**

Diaz Revorio, F. J. (2016). Interpretación de la Constitución y Juez Constitucional. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. Año X. No.37. Enero- Junio de 2016.

Kelsen, H. (2009). Teoría pura del Derecho. Buenos Aires, Argentina: Editorial Eudeba.

Vigo, R. L. (2004). Interpretación Jurídica. Del Modelo Ius positivista

legalista decimonónico a las nuevas perspectivas. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal, Editores, de Rubizal y Asociados. S.A.



## LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

*Aura Elena HERRERA FLORES\**

### **I. INTRODUCCION.**

Desde hace varias décadas existe una proliferación tal de estudios y textos sobre interpretación jurídica y judicial, que, según algunos autores, así como en los años sesenta del siglo pasado la teoría jurídica se centró en el debate sobre la noción de norma y sistema jurídico y en los setenta mostró un interés creciente en el tema de los principios, desde los años ochenta los desarrollos en este campo han girado en torno a la interpretación. Es más, la interpretación es tan importante en el debate jurídico contemporáneo, que no solo existe una buena cantidad de textos, muchos de ellos de notable calidad, de algunos autores destacados que definen el derecho como una actividad esencialmente interpretativa o argumentativa.

Este interés creciente en la interpretación no es casual sino que responde a varios factores que lo explican: de un lado, desde hace mucho tiempo existe conciencia sobre la centralidad que tiene la interpretación en la actividad judicial; de otro lado, los jueces han adquirido un protagonismo creciente en la vida política contemporánea; finalmente, el tema de la interpretación jurídica no es pacífico: no existe una teoría o metodología que genere consenso ni entre los estudiosos ni entre los prácticos del derecho.

Atienza considera que a las visiones clásicas del derecho centradas en el valor y la justicia (iusnaturalismo), o en la validez formal (positivismo) o en la eficacia social (realismo), habría que agregar hoy en día un

\* Abogada y Notaria, con estudios de derecho constitucional, derecho internacional, especialización en derecho del trabajo y la seguridad social.

entendimiento del derecho como argumentación.

Estos tres elementos, entre otros, explican el auge del debate actual sobre la interpretación: así, como las sentencias de los jueces empiezan a tener un impacto considerable en la vida cotidiana, entonces es natural que las sociedades democráticas se interroguen sobre cómo controlar la actividad de estos funcionarios no electos, que tienen eso que Montesquieu llamaba significativamente el «terrible poder de juzgar»

## **II. INTERPRETACION.**

Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos, por ello tiene significación. Interpretación es la acción de interpretar. Etimológicamente hablando, el verbo “Interpretar” proviene de la voz latina *interpretare* o *interpretari*, palabra que, según el eminente Jurista uruguayo Eduardo J. Couture deriva de *interpres* que

significa mediador, corredor, intermediario. El Diccionario de la Lengua española, en el sentido que nos interesa recalcar, define la voz “interpretar” como: “explicar” o “declarar el sentido de algo”, y principalmente el de textos poco claros. Explicar, acertadamente o no, acciones, palabras o sucesos que pueden ser entendidos de varias formas.

Desde un punto de vista jurídico la interpretación tiene diversas acepciones:

- Interpretar es determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas.
- Interpretar es averiguar lo que tiene valor normativo. De este modo se amplía la función interpretativa a la delimitación del campo de lo jurídico, comprendiendo tanto la concreción de las fuentes tanto como la determinación de su sentido.
- Interpretar es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del Derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior. En el caso

normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer.

### **III. OBJETO DE LA INTERPRETACION JURIDICA.**

Partiendo de la afirmación, poco controvertida, de que toda interpretación tiene como objeto las manifestaciones de un determinado lenguaje oral o escrito, podemos sostener que la interpretación jurídica es una interpretación peculiar dentro del modelo genérico de interpretación que se califica como «jurídica», porque tiene como objeto el lenguaje jurídico. Ahora bien, conviene tener en cuenta que la anterior definición del objeto de la interpretación jurídica se torna problemática si tomamos en consideración la ambigüedad de la que adolece el adjetivo «jurídico».

En efecto, como ha señalado Guastini, el adjetivo jurídico puede

significar «del Derecho, propio del Derecho, perteneciente al Derecho» y también «sobre el Derecho, relativo al Derecho, concerniente al Derecho». Así, en el uso común la expresión «lenguaje jurídico» se refiere confusamente «a dos tipos de discurso», aquel que Guastini denomina «discurso de las fuentes», que es un tipo de discurso «prescriptivo», y el «discurso de la doctrina», que es un tipo de discurso «descriptivo». Esta confusión no puede solucionarse recurriendo a la clasificación del lenguaje jurídico como un lenguaje normativo, pues tal adjetivación presenta similares problemas de ambigüedad. A partir de estas consideraciones parece plausible afirmar que, en un sentido amplio, la expresión «lenguaje jurídico» integraría tanto el denominado lenguaje del Derecho como el lenguaje sobre el Derecho.

Desde esta perspectiva, el lenguaje jurídico se definiría «como un tipo de lenguaje especial, el lenguaje en el que se formulan las normas jurídicas y en el que puede hablarse

de las mismas». En un sentido estricto, el lenguaje jurídico englobaría tan sólo el primer tipo de discurso, esto es, el lenguaje del Derecho como tipo de lenguaje normativo-prescriptivo. En todo caso, el principal problema que surge a estos efectos radica en adscribir en los niveles de discurso antes señalados el lenguaje de los operadores que por excelencia son considerados como aplicadores de normas, esto es, el lenguaje de los jueces y tribunales.

Mientras que en el planteamiento de Guastini no sólo el lenguaje de los creadores de normas sino también de los operadores jurídicos aplicadores de normas integra el lenguaje del Derecho, otros autores, como Wroblewski parecen considerarlo como un tipo de discurso perteneciente al lenguaje sobre el Derecho, equiparándolo al discurso de los juristas dogmáticos. En esta diferencia de criterios, como se comprobará en el siguiente epígrafe, tiene que ver, en última instancia, con el distinto concepto de interpretación y de norma

jurídica que manejan ambos autores.

Finalmente, conviene resaltar que esta caracterización del objeto de la interpretación jurídica se muestra claramente insuficiente en el ámbito judicial, puesto que suele afirmarse que en este contexto la actividad interpretativa tiene que proyectarse también sobre los hechos del caso que se pretende resolver 17. De cualquier forma, este déficit puede verse atemperado desde la consideración, compartida por la doctrina mayoritaria, de que la interpretación de los hechos remite, en última instancia, a la interpretación de las normas.

#### ***IV. DIVERSAS CLASES DE INTERPRETACIÓN.***

La interpretación jurídica puede ser legislativa, judicial, doctrinal o usual.

- La Interpretación Legislativa. Es la que emana del legislador, el cual declara por medio de una ley, en forma general y obligatoria el sentido de las normas legales preexistentes.

- La Interpretación Judicial. Es la realizada por los Tribunales de Justicia en sus sentencias. Ella sólo tiene obligatoriedad en el proceso en que se dictó el fallo. Es la practicada por los jueces y tribunales para emitir sus decisiones (sentencias y demás resoluciones motivadas jurídicamente) en los cuales ésta interpretación queda plasmada.
- La Interpretación Doctrinal. Es la realizada por los juristas y no posee obligatoriedad. Es aquella practicada por los teóricos, juristas o jurisconsultos, tratadistas, estudiosos del derecho, doctrinarios y en general a todos aquellos que se dedican a la ciencia del derecho. También se le denomina a éste tipo de interpretación como científica.
- La Interpretación Usual. Es la que proviene de los usos o costumbres y no posee fuerza obligatoria.

La Interpretación jurídica entonces podemos decir que por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los

demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición

#### **V. INTERPRETACIÓN JUDICIAL.**

La interpretación judicial es la actividad que llevan a cabo los jueces en el ejercicio de la actividad jurisdiccional que les está encomendada, consistente en determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas y otros estándares de relevancia jurídica (como los principios) que deben aplicar al caso concreto que están conociendo y que deben resolver.

La interpretación de la sentencia es la actividad consistente en determinar el o los sentidos o alcances del contenido de un fallo judicial. Esto por cuanto, una vez dictado por el respectivo órgano jurisdiccional, puede ofrecer dudas en cuanto a alguna o algunas de sus partes, esto es, sus fundamentos o normas creadas o citadas, los mandatos u órdenes que contiene, o la forma de ejecutarlas. Hablar de interpretación de la sentencia,

entonces, supone aceptar que es un texto escrito y que como tal, puede adolecer de vaguedad, ambigüedad, oscuridad o contradicción.

Cada vez que se habla de interpretación jurídica e interpretación de la ley, en lo que se piensa comúnmente es en la interpretación judicial. Sin embargo, una diferencia trascendental entre la interpretación legal (es decir, aquella realizada por el órgano legislativo) y la interpretación judicial es que la primera tiene obligatoriedad general, como quiera que se lleva a cabo mediante una ley, mientras que la segunda tiene obligatoriedad sólo respecto al caso de que se trate. Esta última idea está estrechamente ligada a la eficacia relativa de los fallos.

La Interpretación Judicial es la que emana de las sentencias de los Tribunales de Justicia. Al respecto, el ordenamiento jurídico guatemalteco da ciertas normas para que los jueces determinen el sentido y alcance de las leyes y establece que en el proceso de

interpretación los magistrados Jueces deben tomar en consideración lo contenido en el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, el cual señala que: Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales.

Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes 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.

En consecuencia, el juez no sólo debe analizar las palabras de que se ha servido el legislador sino las relaciones que unen todas las partes del articulado sobre el punto de que

se trata, la situación jurídica existente a la época en que se dictó la ley objeto de la interpretación y, por último, posesionarse de la acción ejercida por dicha ley en el orden general del Derecho y el lugar que en este orden ocupa.

Estos cuatro elementos, estudiados en conjunto, han de adaptarse a la práctica y a la realidad, para que se cumpla con los fines que se propuso el legislador y encontrar enseguida la verdad jurídica.

#### ***VI. LIMITES DE LA INTERPRETACION JUDICIAL.***

Desde la concepción de la interpretación jurídica manejada en estas páginas se plantean dos tipos de límites a las decisiones interpretativas judiciales, aquellos que se proyectan sobre su legalidad, esto es, que se mueven en el plano de su validez, y aquellos que hacen referencia a la racionalidad de tales decisiones, es decir, que se sitúan en el ámbito de su justificación.

El alcance de los límites que inciden en la validez de las decisiones interpretativas

judiciales se deriva de algunos presupuestos que hemos ido asumiendo a lo largo del trabajo y, en concreto, de la tesis de la relativa determinación del lenguaje jurídico y de la relevancia en el ámbito jurídico del contexto sistemático. Así, desde estos parámetros, las decisiones interpretativas judiciales se presentan como decisiones vinculadas por el sentido determinado de la norma dato y por el sistema jurídico en su conjunto.

En todo caso, la comprensión del significado de este vínculo exige introducir la distinción, ya anunciamos que relevante a estos efectos, entre interpretación actividad e interpretación resultado. Puede decirse que las limitaciones que repercuten en la validez de las decisiones interpretativas se proyectan sobre la interpretación resultado, excluyendo la posibilidad de adoptar determinadas soluciones interpretativas. Ciertamente, la relativa indeterminación del lenguaje jurídico imposibilita el establecimiento objetivo del

significado de una disposición normativa, pero su relativa determinación no impide que pueda afirmarse que un significado no constituye un sentido admisible de la misma. Igualmente, la idea de sistema, según se apuntó, descarta aquellas interpretaciones que entren en contradicción con el significado de disposiciones de rango superior.

En este contexto, adquieren protagonismo dos criterios interpretativos estrechamente relacionados: el criterio literal y el criterio sistemático, o, más exactamente, una determinada dimensión de estos criterios. A mi juicio, ambos criterios pueden operar en la interpretación bien como fuente de las soluciones interpretativas o bien como parámetro límite de las mismas. En el primer sentido -en el que se proyectan sobre la interpretación actividad-su concurrencia depende de una elección del intérprete. Sin embargo, en su dimensión de límite -que afecta a la interpretación resultado- su presencia resulta ineludible.

Desde las anteriores consideraciones, la vinculación del juez a las normas y al sistema jurídico en su conjunto se perfila como una limitación mínima o relativa que opera en el ámbito de la validez de las decisiones interpretativas en un sentido exclusivamente negativo. De esta forma, esta vinculación se relaja significativamente frente a lo defendido por el formalismo extremo, pero no se concibe ni como meramente aparente ni como absolutamente irrealizable, como mantienen los partidarios del escepticismo radical. La interpretación judicial no es ni una auténtica creación ex novo ni una mera declaración del Derecho preexistente.

Avanzando en la argumentación, creo que puede sostenerse que de esta comprensión de los límites en los que se enmarca la validez de las decisiones interpretativas judiciales se deriva una respuesta positiva a la disputa en torno al carácter creativo de la función judicial. Ahora bien, se trata, en cualquier caso, de una respuesta

moderada: la producción normativa judicial se percibe como un grado más en el proceso de conformación del Derecho, objetivo y no como una fuente autónoma de creación de normas. Recurriendo para ilustrar esta visión a dos conocidas imágenes de la función judicial, cabe afirmar que el juez no es la boca muda del Derecho, pero tampoco procede predicar la sustitución del gobierno de las leyes por el gobierno de los jueces.

**VII. INTERPRETACION CONSTITUCIONAL.**

Interpretación Judicial Constitucional: sería aquella que realizan los tribunales al desempeñar su actividad jurisdiccional e impartir justicia, es decir, es la interpretación que deben realizar los jueces para poder aplicar las normas jurídicas a casos concretos. IGARTUA SALAVERRÍA señala “que la interpretación judicial se distingue de las demás, y cobra por ello su especial relevancia, por ser la única que se inscribe en el proceso aplicativo encaminado a resolver

oficialmente las controversias jurídicas”.

Esta interpretación es la que más directamente incide en la sociedad, pues el juez es la única persona que con sus decisiones produce efectos jurídicos entre las partes en conflicto. Sin dudas “la gran contribución americana al derecho constitucional consiste en haber confiado la interpretación y la aplicación de la constitución al poder judicial ordinario, hasta el punto de que constitutional law en sentido estricto es el estudio de las interpretaciones judiciales de la Constitución formal”.

Ahora bien, no es igual la interpretación que realizan los jueces ordinarios a la que realizan los jueces constitucionales, aunque los dos tengan que interpretar la Constitución y las leyes para poder aplicarlas a un caso determinado. Los jueces constitucionales son los intérpretes finales de todas las normas fundamentales y su interpretación es obligatoria para todos los jueces y tribunales. Los jueces ordinarios deben interpretar las normas jurídicas, según la

interpretación que de los preceptos y principios de la Constitución hayan realizado los jueces constitucionales en sus resoluciones. Además los jueces constitucionales están más preparados técnicamente para interpretar la Constitución que los jueces ordinarios. La interpretación judicial constitucional, “se distingue de las otras en que es calificada, en el sentido de que se realiza por juristas especializados en materia constitucional, con motivo de los procesos de que conocen, y además de manera imparcial”.

Tampoco es igual la interpretación que se hace de la Constitución que la que pueda hacerse de cualquier otra norma, de hecho hay autores como FIX – ZAMUDIO, FRANCO PIERANDREI y JORGE CARPIZO, entre otros, que defienden la existencia de la interpretación constitucional como rama independiente dentro de la interpretación jurídica.

Los Tribunales Constitucionales, a la hora de interpretar y aplicar la Constitución, se convierten en

orientadores de los demás órganos del Estado – incluyendo el legislativo – pues aportan, a jueces, funcionarios, abogados y legisladores, criterios generales referidos a cómo interpretar y aplicar, no solo la Constitución, sino el resto del ordenamiento jurídico, en concordancia con esta.

Es de atender que para que exista una verdadera interpretación constitucional tienen que tenerse en cuenta los siguientes supuestos: “1) Que haya una constitución rígida, 2) que la Constitución se cumpla, 3) que el intérprete goce de libertad para manifestar sus opiniones, 4) que exista un Poder Legislativo democráticamente electo, y 5) que los jueces sean independientes” . Todos estos factores aunados contribuyen a que todo el proceso, de creación, interpretación y aplicación del Derecho, sea más democrático, eficiente y justo.

En cuanto a la importancia en virtud del resultado que una interpretación puede arrojar, existe la interpretación judicial, la cual posee al momento de aplicarse o verse los criterios de

interpretación respectivos, en las sentencias o autos que determine un proceso en el cual se halle inmersa una norma constitucional, una importancia que incide de manera directa en el sistema jurídico guatemalteco, pues será esta la que realmente tendrá efectos respecto de terceros, a quienes puede afectarse con una correcta o incorrecta interpretación de la norma constitucional.

El autor Naranjo Mesa<sup>21</sup> comenta respecto de ésta que: “En el caso concreto de la interpretación constitucional es entonces la que realiza el órgano u órganos competentes para ello. Esta interpretación se traduce en decisiones, particularmente en sentencias.

Del texto citado no queda dudas en cuanto a quien es el sujeto que realiza la interpretación, y de la materialización de las mismas, es por ello que constituye uno de los

sistemas más importantes a nivel interpretativo, aunque obviamente dependerá de la mayor o menor capacidad del órgano jurisdiccional que realice la interpretación, la adecuada o inadecuada interpretación de la norma constitucional, para lo cual debe entender la naturaleza de los principios Constitucionales comenzando por el de jerarquía que fundamenta el sistema de fuentes del derecho guatemalteco.

Hay que ubicarse en el ámbito de aplicación del derecho para entender correctamente la labor interpretativa de los Órganos Jurisdiccionales, tal como lo manifiesta Balaguer Callejón: 2“...si queremos crear una teoría adecuada de la interpretación de las normas, es de todo punto exigible que centremos el concepto de la función jurisdiccional desde la función en sí misma que los jueces realizan en la aplicación del

---

<sup>21</sup>Naranjo Mesa, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Editorial Temis. Pág. 410.

derecho, y no como ha venido haciéndose hasta hace poco, desde la sumisión a la ley...”<sup>22</sup>.

Jurídico. Editorial: Tecnos S. A. Pág. 39.

Aunque no puede obviarse la sujeción a la ley, lo que resulta claro es que en materia interpretativa, el juez que interpreta la norma constitucional debe ser más amplio en la misma, aunque respetando ciertos límites, pues tampoco le es legalmente posible hacer decir a una norma lo que en realidad no dice alegando una interpretación amplia.

Algunos autores atribuyen la facultad de interpretación judicial constitucional, a un órgano especializado en la misma, en el caso de Guatemala, dicho órgano correspondería a la Corte de Constitucionalidad, sin embargo, no es únicamente el referido órgano quien la realiza, ya que la interpretación de los preceptos constitucionales en orden a su

aplicación, no corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional, como es obvio sino que se trata de una obligación de todos los poderes públicos, y por tanto, dentro de su ámbito de competencias, de los Jueces y Tribunales ordinarios.

En el caso de Guatemala, corresponde a todos los tribunales la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, pues como se hizo referencia *ut supra*, por mandato expreso contenido en el Artículo 204 de la Constitución Política de la República deben observar el principio de jerarquía en todas sus resoluciones, aunque también existe un tribunal constitucional específico para conocer de los casos de inconstitucionalidades de leyes de carácter general, cuyas resoluciones pueden tener un efecto expulsivo del ordenamiento jurídico de la norma de que se trate.

---

<sup>22</sup> Balaguer Callejón, María Luisa. Interpretación de la Constitución y

Ordenamiento Jurídico. Tecnos S.A. Pág. 39.

**VIII.INTERPRETACION  
LITERAL O GRAMATICAL.**

Es la que consiste en asignar a las palabras empleadas en las normas constitucionales el significado exacto que dichos Vocablos tienen en el lenguaje ordinario,<sup>23</sup> con forme a las definiciones que de ella se den en los diccionarios más reputados o en lenguaje técnico-jurídico usualmente utilizado en la respectiva área del conocimiento.”

Es decir que consiste primordialmente en asignar a cada una de las normas el significado que en realidad poseen las palabras que las conforman.

Las normas están expresadas mediante palabras, por ende como lo hace ver Ramón Soriano al referirse al sistema literal: “Representa el primer criterio empleado por el intérprete, puesto que la primordial tarea del jurista es la fijación del texto de la norma: la norma es ante todo una expresión

lingüística y el intérprete tiene que examinar el significado de los términos de tal expresión.” Así resulta como un sistema que no puede desatenderse por cualquier persona que realice una interpretación constitucional, pues no puede apartarse de la literalidad inicial aunque se utilicen otros sistemas o criterios más amplios que le permitan ir más allá del texto de la norma.

Dentro del sistema de interpretación gramatical se hace ver que uno de los principales problemas ocurre cuando las palabras son ambiguas, pues puede conferírseles distintos significados o bien son vagas, cuando es difícil definir la totalidad de objetos que pueden identificar, ante lo cual habría que recurrir a otros sistemas e integrarlos con el gramatical que servirá de base al resto de sistemas o bien cuando no ocurran las referidas cuestiones relativas a

---

<sup>23</sup> Balaguer Callejón, María Luisa. la interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria. Página 38.

ambigüedad o vaguedad, la utilización del sistema gramatical, como lo hace ver Naranjo Mesa: “Cuando no entran en juego elementos no textuales, y el texto mismo no ofrezca dificultad, de modo que de su contenido pueda extraerse el sentido propio de lo que el constituyente quiso decir, entonces no será necesario acudir a criterios distintos del literal.”

***IX. INTERPRETACIÓN DESDE LA CONSTITUCIÓN O CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.***

Toda norma jurídica debe ser interpretada según los principios y preceptos constitucionales, y únicamente serán consideradas inconstitucionales cuando por vía de su interpretación no sea posible su adecuación al ordenamiento constitucional. La presunción de constitucionalidad de toda norma legal ayuda a la apropiada aplicación de este principio. A fin de establecer criterios de interpretación conforme a la Constitución, en algunos ordenamientos el Tribunal Constitucional ha elaborado las

denominadas sentencias interpretativas.

En ellas no se declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada, y se descartan, además, determinadas interpretaciones respecto a su inconstitucionalidad, señalándose, por el contrario, criterios de interpretación que la hacen válida. La discusión respecto a estas sentencias se centra en si son de obligatoria observancia o no, pues si bien se entiende que la decisión de un Tribunal Constitucional respecto a la inconstitucionalidad de una norma obliga a los demás poderes públicos a seguir esa decisión, no ocurre lo mismo con los considerandos o fundamentos del Tribunal Constitucional en aquellas decisiones que no declaran inconstitucional precepto alguno.

***X. LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.***

La interpretación de la Constitución Política de la República, no es una actividad que quede libre de límites. En tanto se

trata de una tarea que realizan los poderes constituidos, la interpretación que por ellos se lleve a cabo no puede contradecir la labor realizada por el poder constitucional se encuentra en la propia Constitución, pues su labor no puede encaminarse a la creación de preceptos constitucionales. Desde esta perspectiva, cuando una Constitución señala el proceso especial a través del cual es posible su reforma, está excluyendo la posibilidad que se genere un derecho constitucional consuetudinario mediante la jurisprudencia constitucional, así como la modificación de la Constitución mediante sentencias particulares o una interpretación del Tribunal Constitucional.

Así como el intérprete de la Constitución no puede sustituir la labor del poder constituyente, tampoco le está facultado sustituir la de los poderes constituidos, en especial la labor del legislador ordinario. Esto significa que el

intérprete constitucional no puede crear normas el ordenamiento jurídico, pues de un lado, escaparía a su principal función, cual es otorgar un sentido a las normas contenidas en Constitución, y de otro, invadiría un ámbito de competencia legislativa que la propia ley fundamental le ha otorgado a otro órgano constitucional.<sup>24</sup>

Por otra parte, se ha planteado la necesidad de que en su labor como intérpretes de la Constitución La Corte Suprema posee también un catálogo abundante de lo que podríamos llamar "Estándares correctores" de interpretación. Las reglas de corrección operan como verdaderos "filtros" de ciertos productos o resultados interpretativos que aunque fuesen teóricamente posibles y tuviesen su sustento en alguna técnica exegética, son de todos modos reputados como no válidos.

Veamos algunas de ellas:

<sup>24</sup> GUASTINI, Ricardo: "Estudios sobre la Interpretación Jurídica". Editorial

Porrúa. Universidad Nacional Autónoma de México. Quinta edición, 2003. México. Págs. 3 y 5.

*a) INTERPRETACIÓN POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN.*

Partiendo del supuesto de que la Constitución, a menudo, admite varias interpretaciones, la Corte enseña en tales casos que se debe respetar al Congreso en su interpretación de los poderes atribuidos por la Constitución. Dicho de otro modo, los tribunales deben aplicar no solamente su propio criterio hermenéutico, sino el que es admisible para otros ramos del Gobierno al que la constitución le ha dado competencia en la materia.

*b) INTERPRETACIÓN FUNCIONAL, POSITIVA Y CONSTRUCTIVA.*

Para el Tribunal, no puede importar un criterio interpretativo válido, anular unos preceptos constitucionales por aplicación de los otros. Tampoco que queden frente a frente los Derechos y los deberes enumerados por la ley suprema, para que se destruyan recíprocamente. Del mismo modo, no deben contraponerse entre sí las facultades que ella declara, por lo

cual corresponde evitar, igualmente, que se autodestruyan recíprocamente. Algunas veces se ha denominado a esta actitud interpretación práctica de la constitución. Es la que aconseja entender al texto constitucional de tal manera que no destruya los poderes del Estado, que trabe su ejercicio eficaz o que permita que una bloquee al otro.

*c) INTERPRETACIÓN "CONTINUISTA" DE LA CONSTITUCIÓN.*

Esta directriz es una receta para consumo interno de la Corte: "Es regla para el funcionamiento de la Corte Suprema que sus decisiones se adecuen a sus precedentes y es indudablemente la conveniencia de asegurar la estabilidad de su jurisprudencia en tanto no medien razones que hagan ineludible su modificación, al punto de que el Tribunal ha señalado que deben existir causas suficientemente graves para hacer inexcusable tal cambio de criterio"

*d) INTERPRETACIÓN  
"OBJETIVA" DE LA  
CONSTITUCIÓN.*

Otra línea de conducta interpretativa que lanza algunas Cortes es la condena de la interpretación "subjetiva" de las normas, con lo que, a contrario sensu, ésta Debería enmendarse en pro de una interpretación "objetiva" de ella. La interpretación "subjetiva" no es de por sí una interpretación absurda, caprichosa o arbitraria del precepto legal o constitucional, tratándose por ende de una exégesis posible del texto; pero defiere de la corriente o generalmente aceptada. Como afirmación general, la Corte alerta que la interpretación debe practicarse "con objetividad". Algunas veces esa "objetividad" es interpretada por la Corte en el sentido que importa "acatamiento.... a la letra y al espíritu de la ley", ya que las sentencias que "sólo traducen las posturas subjetivas de los jueces no son vividas como jurídicas".

Pero en otros pronunciamientos el Tribunal avanza más, indicando

que cuando la norma constitucional ofrece "un amplio marco de decisión, es preciso que los jueces no se atengan a sus propios "valores personales", sino que ponderen los que apoyen la doctrina jurisprudencial de su época.

*e) INTERPRETACIÓN  
RAZONABLE, JUSTA Y  
EQUITATIVA.*

Como regla, deben descartarse las interpretaciones irrazonables, por más que puedan responder a la letra de la norma, como así también los productos interpretativos absurdos, que no deben quererse como presumidos por su autor. En definitiva, se impone una interpretación "razonable y discreta" de tales normas, con sentido común. En ciertos fallos, la Corte exige que la aplicación de las normas, sea realizada equitativamente, "ya que para hacer justicia no importa otra cosa que la recta administración de lo justo en concreto", conforme a los hechos y situaciones concretas que se presentan.

*f) INTERPRETACIÓN  
AFORMALISTA.*

El "excesivo rigor formal de los razonamientos" en la exégesis de una norma es condenado con frecuencia por la Corte Suprema, sea porque desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción, o porque provoque un resultado "paralizante".

*g) INTERPRETACIÓN  
PREVISORA Y PRUDENTE.*

Esta importante pauta rectificadora sugiere que, una vez que el intérprete arriba a un determinado producto interpretativo según algún método o técnica aceptable no dé por terminado su trabajo. Deberá, en efecto, en una segunda etapa, inquirir sobre los resultados y consecuencias de dicha interpretación, y preguntarse si ellos son positivos. En el caso de haber una respuesta afirmativa, aplicará el producto. Pero si ella es negativa, tendrá que rechazarlo y recomenzar su función interpretadora, hasta alcanzar uno que produzca un resultado valioso.

Generalmente la doctrina de la interpretación previsora opera como un mecanismo de opción entre varias interpretaciones posibles de la norma (se elige entre ellas, a la que reproduzca un resultado provechoso).

La regla más común indica que en la interpretación de las normas no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el que sistema en que está engarzada la norma. De modo especial, que se ha dicho que no se puede prescindir de las consecuencias sociales de las decisiones que tome el órgano jurisdiccional, ni de la realidad que la precede. Se enseña que la interpretación de toda ley debe ser prudente, pero es la Corte Suprema quien debe aplicarla, "con un grado sumo de prudencia" cuando interpreta la Constitución lo que la lleva a sopesar, enseña el Tribunal, las consecuencias individuales y sociales que generan sus decisiones.

## ***XI. FINES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.***

En primer término la finalidad primordial de toda interpretación jurídica, es la de extraer el sentido normativo de un texto, con el objeto de su posterior aplicación al caso concreto, lo cual no necesariamente va ligado a la voluntad del legislador, como lo expresan algunos autores, pues al momento de realizar la interpretación, puede ser otro el contexto en el cual se interprete y además por cuestiones de redacción o de tipo gramatical pueden no ser congruentes la voluntad del legislador o lo que éste quiso dar a entender en un momento determinado, con lo que en realidad, apegados a criterios interpretativos objetivos, en realidad refleja la norma.

Además de la finalidad referida en el párrafo anterior, el autor Arturo Hoyos señala 5 cinco más que son las siguientes: “La primera de estas finalidades es permitir la actuación práctica del ordenamiento constitucional... Una segunda

finalidad de la interpretación constitucional es la integración del ordenamiento constitucional... Una tercera finalidad es el control formal de la regularidad de las leyes y otros actos, y el control sustancial del contenido de tales actos... Una cuarta finalidad es la de elegir la solución más correcta para el caso, desde el punto de vista de la Constitución. Por último, la interpretación constitucional persigue la defensa de la fórmula política contenida en el sistema constitucional.”

Al analizar cada una de las finalidades puede inferirse que la actuación práctica de la Constitución es determinante, en virtud de que a través de ella, se da vida realmente a la Constitución, respecto del resto del ordenamiento jurídico, de allí la especial importancia del conocimiento profundo del intérprete para que a raíz de una adecuada interpretación, se evite la necesidad de reformar la misma y la convierta al ordenamiento jurídico en una normativa en constante evolución a

favor de los intereses surgidos a través del tiempo.

La integración del ordenamiento jurídico como lo señala el autor citado, es otra de las finalidades, ello como también lo señala el mismo a través de las sentencias relacionadas en materia constitucional, las cuales sirven de complemento interpretativo al ordenamiento en general, que debe ajustarse a las disposiciones constitucionales. El control formal de regularidad de leyes y actos y el control sustancial de los mismos, es otra de las finalidades referidas, en la cual resalta la especialidad jerárquica de las disposiciones constitucionales como determinadoras del contenido general del ordenamiento jurídico, así como la especial trascendencia que la interpretación posee al determinar la expulsión de una norma que no sea adecuada a la Constitución.

Mientras que en aplicación práctica presenta especial trascendencia la de “elegir la solución más correcta al caso”, obviamente dicha elección atendiendo a las normas y

principios constitucionales, y resolviendo conforme a estos, que será la labor que deberán desempeñar los jueces al momento de interpretar la norma constitucional o bien la de inferior jerarquía.

## ***XII. LOS JUECES Y LA NUEVA INTERPRETACIÓN JUDICIAL.***

La justicia constitucional se manifiesta en dos sentidos: la jurisdicción constitucional objetiva, esto es como jurisdicción que tutela el ejercicio de los poderes públicos; y la tutela judicial de los derechos subjetivos. Se trata, por una parte, del control de constitucionalidad de las leyes y actos de la administración pública; y, por otro lado, de la jurisdicción de la libertad.

Si bien el control de constitucionalidad nació al calor de la jurisprudencia anglosajona y lo perfeccionó la justicia constitucional norteamericana, por lo cual es inevitable hacer referencia histórica a los precedentes de los casos Thomas Bonham (Inglaterra, en 1610) y

Marbury vs Madison (Norteamérica, en 1803), y si a dos siglos de antigüedad la cuestión no deja de producir acalorados debates en el seno de las sociedades donde se originó, los latinoamericanos no debemos sorprendernos del hecho que el control judicial de constitucionalidad de las leyes (judicial review of legislation), esté sujeto a discusiones acaloradas en nuestros países.

Es entendible que la doctrina del presidente del Tribunal Supremo, Marshall, en Marbury vs Madison, respecto a que la Constitución es la «ley superior», por lo que debe tener supremacía y estar por encima de la ley ordinaria que la contradiga, es una teoría que ha demostrado su solidez a pesar de los profundos debates doctrinales y políticos que a ha producido a lo largo de los dos siglos de vigencia.

En la actualidad el problema del poder del juez constitucional gira en torno a la legitimidad democrática del juez o tribunal constitucional, quien con su autoridad legitimidad o ilegitimidad, según el modelo

democrático que lo designa, llena con su declaración de valores los conceptos de la ley y determina el valor de la justicia.

Ya en 1980, el maestro Mario Capeletti (en un artículo traducido por Faustino González y publicado en la Revista de Estudios Políticos, nueva época, número 13, Enero-Febrero de 1980), sostenía que: “no creo absolutamente que exista una solución clara a este problema que, recurrente ahora en América, ha proporcionado durante siglos en Europa la justificación del rechazo del control judicial: conceder un poder tan enorme a los jueces no es de por sí ni «bueno» ni «malo». Asimismo, soy muy escéptico sobre la posibilidad de trazar una línea abstracta que determine hasta qué punto puede llegar legítimamente el control judicial”

#### ***XI. EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE LEGALIDAD.***

La justicia constitucional se sustenta en el principio de supremacía constitucional; y la importancia e influencia del

principio de supremacía constitucional es que viene a ser el principio rector del moderno sistema jurídico-político del Estado, del cual se deriva, para el Derecho Procesal Constitucional, el principio de legalidad constitucional o presunción de constitucionalidad.

Los poderes, entonces, del juez o tribunal constitucional se centran, por consecuencia, en la tutela de la supremacía constitucional sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Esto significa que en el moderno Estado Constitucional de Derecho, enrumado hoy hacia el Estado Constitucional Social de Derecho, el Juez o tribunal constitucional debe garantizar la constitucionalidad, esto es, para el Derecho Constitucional, la supremacía de la Constitución, y para el Derecho Procesal Constitucional, la legalidad constitucional de las leyes, Decretos Leyes, decretos, Acuerdos, resoluciones y los actos administrativos, todo lo cual se caracteriza por la subordinación al imperio de la Constitución.

El surgimiento, primero, de los precedentes jurisprudenciales del sistema anglosajón, con el caso Thomas Bonham de 1610, en Inglaterra, y luego el caso Marbury -vs- Madison de 1803, en Norteamérica, influenciados por la doctrina, y después en obras legislativas de institutos aislados, como el perfeccionamiento legislativo del Hábeas Corpus; proceso legislativo que sienta su máxima expresión con la creación de los Tribunales Constitucionales de Checoslovaquia y Austria y viene a producir, como consecuencia, la transformación del Estado Legal de Derecho a Estado Constitucional de Derecho, en el que si bien se mantiene el principio de legalidad, éste es subordinado al principio de supremacía constitucional.

Con el surgimiento del Estado Constitucional de Derecho, aparece la jurisdicción constitucional que se sustenta en el control de la legitimidad constitucional de las leyes como el mecanismo idóneo para el control político, administrativo y también judicial

en el moderno Estado Constitucional de Derecho. Desde la visión del Derecho Constitucional, el principio de supremacía constitucional es la inmediata relación de superioridad y subordinación que, en el Estado Constitucional moderno, se impone para el orden jerárquico de las normas jurídicas, en tal prelación que se asegura la efectiva vigencia y aplicación de las normas contenidas en la Ley Fundamental del Estado. En tanto, que para el Derecho Procesal Constitucional el principio de legalidad constitucional es un imperativo de conminación metodológica para la jurisdicción constitucional en la tarea de salvaguarda de los derechos subjetivos con rango constitucional y la Guarda de la Integridad de la Constitución.

## ***XII. EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA VIOLACIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.***

Si la Constitución es la Ley fundamental del Estado, como en efecto lo es, producto de la voluntad ciudadana expresada en

virtud del poder constituyente originario, y actualizado por el poder constituyente derivado, la norma constitucional es la máxima expresión del orden jurídico público; luego, entonces, la violación de la normativa constitucional, ya por acción u omisión, constituye la infracción jurídica más grave que se pueda irrogar en contra de orden jurídico del Estado.

Por consecuencia, al tratarse de una grave violación normativa, por razón de la naturaleza de la materia tutelada, que siempre será derecho fundamental, el vicio que se produce es una nulidad absoluta, porque el acto o la conducta infractora desconocen el fundamento normativo del orden jurídico público por excelencia.

El Juez constitucional o el tribunal constitucional deben enfrentar el dilema atendiendo a la superioridad de la norma constitucional vulnerada, cuya violación produce un conflicto ya de leyes o actos contra la norma fundamental. El efecto que el vicio produce es siempre la nulidad absoluta, por

deducción lógica tenemos que dar por establecido que los actos lesivos del Derecho Constitucional son inconválidos.

Existen actos viciados que el juez puede convalidar o subsanar para que produzcan el efecto jurídico que tienen por finalidad, y la materia que estos actos regulan es de naturaleza legal; pero existen otros vicios tan graves, respecto de los que la posibilidad de convalidación es imposible, porque son vicios absolutos o insubsanables (que en el mundo de las nulidades legales pueden aparecer o no reconocidos por la ley), que en el caso del Derecho Procesal Constitucional al ser vicios que afectan derechos constitucionales no pueden ser convalidados.

En la Constitución se consagra la normativa fundamental para la convivencia pacífica, y como contenido se distinguen las garantías fundamentales, ya en función pública ya en función privada, por lo que el Juez o tribunal constitucional deben ser garantía de salvaguarda y

protección, en el marco del Derecho Procesal Constitucional, lo cual determina la eficacia o ineficacia de la justicia constitucional.

### ***XIII. EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA JUSTICIA DE LOS IGUALES.***

El juez o tribunal constitucional es el juez intérprete de la Constitución, por lo que en el ejercicio de la función tuteladora de los derechos fundamentales, el orden público, la moral y los derechos de terceros deben ser interpretados y aplicados sin licencias que den permisibilidad al juez constitucional para la aplicación de criterios ajenos ya a la naturaleza del hombre, entendiendo al hombre como el singular del género humano, esto es "*quem vocamus hominem*" (al que denominamos hombre), el hombre poseedor de las cualidades (o las imperfecciones), por lo que las decisiones del juez constitucional no pueden ir ni contra la naturaleza del hombre ni contra el género humano, sino en observancia del principio "*pro hominis*".

En unidad conceptual, y como deducción de la naturaleza del hombre y del género humano está la libertad y el principio "*Pro Libertatis*" impone al juzgador constitucional que, en su tarea y función tuteladora, parta del principio de que el hombre es un ser libre por naturaleza y que la restricción a ese derecho natural sólo puede estar condicionado a un mandato racional previsto en la misma Constitución como orden jurídico público supremo.

#### **CONCLUSIONES.**

1. La interpretación es y ha sido por mucho tiempo un tema controvertido en el que aún no se llega a conclusiones definitivas, como actividad realizada en el ámbito jurídico.

2. La función judicial de aplicación del derecho ha sido objeto de una larga y paulatina evolución cuya primera etapa inicio en Francia, a partir de la Revolución de 1789, donde factores de tipo histórico e ideológico influyeran de manera determinante para que la interpretación de las leyes se

considerara como una actividad inherente al órgano legislativo.

3. La doctrina ha demostrado que la aplicación judicial del derecho consta de tres momentos vinculados e inseparables en la realidad de manera esquemática estos son en primer término la interpretación como un acto previo e indispensable a la aplicación de cualquier precepto con el fin de determinar su sentido y alcance y la integración del origen jurídico mediante una creación de una norma jurídica individualizada menos general y abstracta.

4. La Constitución en sentido formal comprende las normas materialmente constitucionales esto es aquellas que se refieren a la organización básica del Estado y los derechos fundamentales de la persona humana, que establecen los procedimientos de creación y modificación de las leyes.

5. La supremacía de las normas constitucionales determina la creación de la interpretación constitucional como una rama de la hermenéutica jurídica. Que si bien

no abandona totalmente los principios proporcionados por esta posee sin embargo matices propios que le otorgan una notable especialidad y trascendencia tanto teórica como práctica.

### **BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, R.: Teoría de los derechos fundamentales, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALONSO GARCÍA, E.: La interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., et alii, Jurisdicción y procesos constitucionales, Mc Graw Hill, Madrid, 2ª ed., 2.000

CANOSA USERA, R., Interpretación constitucional y fórmula política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.988.

DÍAZ REVORIO, F. J., Valores superiores e interpretación constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1.997.

DÍAZ REVORIO, F. J., Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Valladolid, 2.001.

SANTOS VIJANDE, J. M., Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto a los tribunales ordinarios, Comares, Granada, 1.995.

LEYES,  
Constitución de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial.

