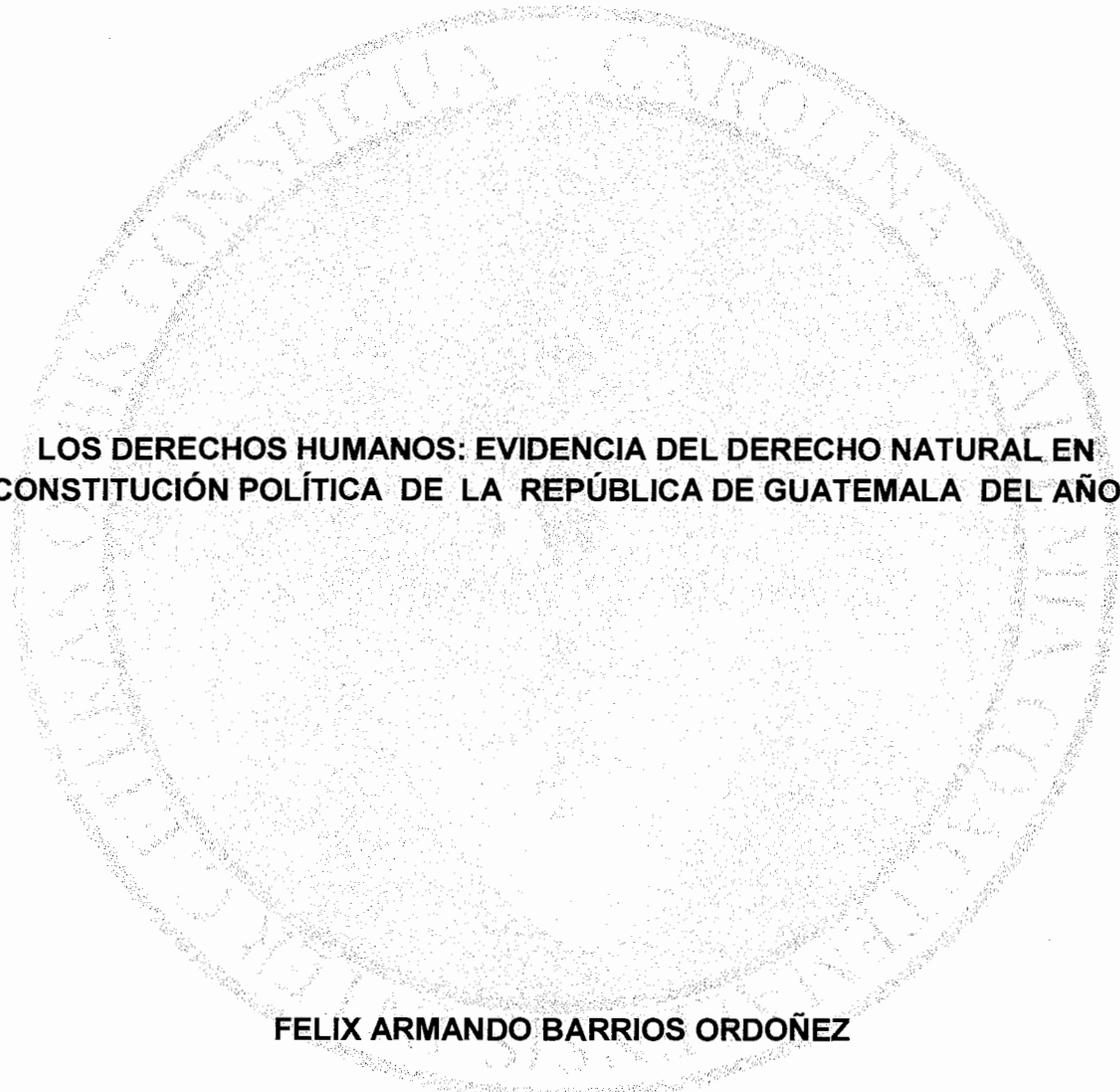


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LOS DERECHOS HUMANOS: EVIDENCIA DEL DERECHO NATURAL EN
LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA DEL AÑO 1985**

FELIX ARMANDO BARRIOS ORDOÑEZ

GUATEMALA, SEPTIEMBRE 2013

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LOS DERECHOS HUMANOS: EVIDENCIA DEL DERECHO NATURAL EN
LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA DEL AÑO 1985**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

FELIX ARMANDO BARRIOS ORDOÑEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Septiembre 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Antonio Rodríguez Arana
Vocal: Licda. Edna Mariflor Irungaray López
Secretario: Lic. Cesar Aníbal Najarro López

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ricardo Antonio Alvarado Sandoval
Vocal: Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández
Secretaria: Licda. Dora Renee Cruz Navas

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas en la Tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



FACULTAD DE CIENCIAS
 JURÍDICAS Y SOCIALES
 Ciudad Universitaria, zona 12
 GUATEMALA, C.A.

Guatemala, 16 de octubre de 2012.

Licenciado
 MAX HERIBERTO MAZARIEGOS DE LEÓN
 Ciudad de Guatemala

Licenciado MAX HERIBERTO MAZARIEGOS DE LEÓN:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que recibí el dictamen del (de la) Consejero (a) - Docente de la Unidad de Asesoría de Tesis de esta Facultad, en el cual hace constar que el plan de investigación y el tema propuesto por el estudiante: FELIX ARMANDO BARRIOS ORDOÑEZ, CARNÉ No. 200615922, intitulado "EVIDENCIAS DEL DERECHO NATURAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL AÑO 1985", reúne los requisitos contenidos en el Normativo respectivo.

Me permito hacer de su conocimiento que como asesor está facultado para realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar la investigación. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual regula: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis



cc.Unidad de Tesis, interesado y archivo



LIC. MAX HERIBERTO MAZARIEGOS DE LEÓN

ABOGADO Y NOTARIO

COLEGIADO: 3340

TEL: 2441-8023

18 calle 17-64. z.12 Ciudad de Guatemala.

Guatemala, 6 de Septiembre de 2013

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Respetable doctor:

De conformidad con el nombramiento emitido con fecha dieciséis de octubre de dos mil doce, en el cual se me faculta para realizar las modificaciones de forma y de fondo en el trabajo de investigación como Asesor de Tesis del Bachiller **FELIX ARMANDO BARRIOS ORDOÑEZ**, me dirijo a usted haciendo referencia a la misma con el objeto de informar sobre mi labor y, oportunamente, emitir dictamen correspondiente; en relación a los extremos indicados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, se establece lo siguiente:

- I) El trabajo de tesis se denominó inicialmente: "EVIDENCIAS DEL DERECHO NATURAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL AÑO 1985", pero consideré que por su enfoque, debe denominarse: "**LOS DERECHOS HUMANOS: EVIDENCIA DEL DERECHO NATURAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA DEL AÑO 1985**".
- II) Al realizar el asesoramiento en el trabajo de tesis relacionado, sostuve aportes que en su momento consideré se debían fortalecer, tales como el título de la tesis y otros que fueron de relevancia y que el sustentante cumplió con realizarlos para mejorar la comprensión del tema expuesto; la presente investigación de tesis está contenida en cinco capítulos, realizados en un orden lógico, para ser, en su oportunidad, un valioso aporte doctrinario.
- III) En relación a los extremos indicados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público se establece lo siguiente:
 - a) Contenido científico y técnico de la tesis: el sustentante abarcó reseñas y puntos principalmente dentro de la rama del Derecho constitucional, tomando en cuenta, aspectos relacionados con el Derecho natural, el Derecho positivo y las corrientes relacionadas con el tema de los Derechos Humanos en relación al tema central de dicha investigación, analizándolo desde un punto de vista eminentemente jurídico.
 - b) La metodología empleada fue deductiva, inductiva, analógica, sintética, analítica, y científica. Las técnicas de investigación utilizadas fueron la observación y análisis de contenido v documental, las cuales encuadran con las enumeradas en el plan de investigación; verificando que fueran aplicados correctamente.



LIC. MAX HERIBERTO MAZARIEGOS DE LEÓN

ABOGADO Y NOTARIO

COLEGIADO: 3340

TEL: 2441-8023

18 calle 17-64. z.12 Ciudad de Guatemala.

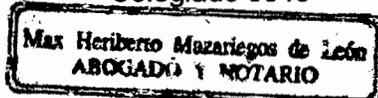
- c) La redacción, según a la estructura formal de la tesis, está compuesta de cinco capítulos desarrollados en una secuencia ideal, empezando con temas de carácter general que llevan al lector a la comprensión del tema principal para el buen entendimiento del mismo, por lo que ha cumplido con todos los procedimientos del método deductivo y científico.
- d) Contribución científica del tema presentado: El presente trabajo de investigación es un valioso aporte al estudio científico del Derecho, con la característica especial de que se hace un análisis de las dos corrientes que han generado extensas discusiones a lo largo de la historia de la humanidad: El Derecho positivo y el Derecho natural y sus correspondientes teorías como lo son el positivismo jurídico y el iusnaturalismo; esta característica del presente trabajo, en opinión de esta asesoría, la hará merecedora del mejor comentario académico.
- e) Conclusiones y recomendaciones: Se arribó a conclusiones tanto generales como específicas de la influencia que ha tenido y tiene el Derecho natural en nuestra Constitución y que, indudablemente, se manifiestan en las distintas instituciones de nuestro ordenamiento jurídico, destacando de manera especial el de los Derechos Humanos, recomendándose por parte de su autor, la atención que se debe poner a la ciencia de los valores, y que se deben cumplir en el Derecho, y que todos los abogados, desde el inicio del ejercicio de su profesión, deben conocer y poner en práctica.
- f) Se comprobó que la bibliografía, aparte de ser abundante, fuera idónea al tema; se evidencia también que se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación del informe final del presente trabajo de investigación.
- IV) En virtud de las literales anteriores y por reunir los requisitos del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito dictamen **APROBANDO** el presente trabajo de tesis realizado por el sustentante bachiller **FELIX ARMANDO BARRIOS ORDOÑEZ**.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y estima.


LIC. MAX HERIBERTO MAZARIEGOS DE LEÓN

Abogado y Notario

Colegiado 3340





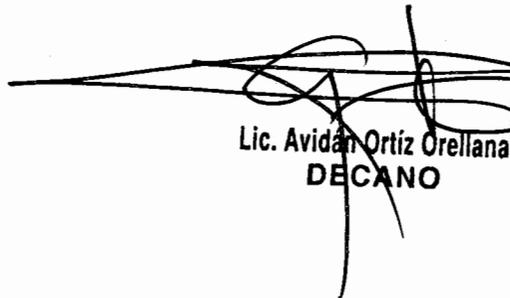
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

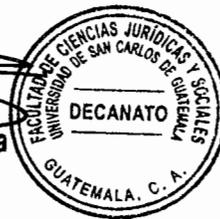


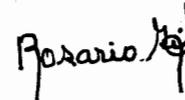
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 09 de septiembre de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante FELIX ARMANDO BARRIOS ORDOÑEZ, titulado LOS DERECHOS HUMANOS: EVIDENCIA DEL DERCHO NATURAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA DEL AÑO 1985. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyf.


 Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO




 Rosario





DEDICATORIA

A DIOS

A MIS ABUELOS: Por la inspiración de cada día.

A MIS PADRES: Felix Eduardo e Ileana Imilse por ser guía en el camino de la vida.

A MIS HERMANOS: Eduardo, José y María.

A ANA LUISA: Por este sueño compartido de lucha y de felicidad.

**A LA
UNIVERSIDAD
DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA:**

En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El Derecho natural.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Surgimiento del derecho natural.....	3
1.3. Nociones históricas.....	8
1.3.1. El derecho natural en la edad antigua.....	9
1.3.2. El derecho natural en la edad media.....	21
1.3.3. El derecho natural en la edad moderna.....	27
1.4. El derecho natural en América.....	32
1.5. El derecho natural en Guatemala.....	34
CAPÍTULO II	
2. El Derecho positivo.....	35
2.1. El ordenamiento jurídico.....	35
2.2. El Estado y el derecho.....	38
2.3. Derecho y sociedad.....	40
2.4. Derecho natural y derecho positivo.....	41
2.5. Validez del derecho positivo.....	43
2.6. Legitimidad y eficacia del derecho positivo.....	44
2.7. El derecho positivo como voluntad del Estado.....	46
2.8. Derecho positivo y moral.....	47
CAPÍTULO III	
3. Iusnaturalismo y positivismo jurídico.....	51
3.1. Iusnaturalismo.....	52
3.1.1. Las formas que adopta el iusnaturalismo.....	52
3.1.2. Concepto y características del iusnaturalismo.....	54
3.1.3. La influencia del iusnaturalismo en el desarrollo de los derechos humanos.....	56
3.2. El positivismo jurídico.....	59
3.2.1. Tres aspectos del positivismo jurídico.....	60
3.2.1.1. El positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del derecho.....	60
3.2.1.2. El positivismo jurídico como teoría del derecho.....	61
3.2.1.3. El positivismo jurídico como ideología de la justicia.....	62
3.2.2. Una definición unitaria del positivismo jurídico.....	63

3.2.3. Los derechos humanos en el positivismo jurídico.....	64
---	----

CAPÍTULO IV

4. El Estado constitucional de derecho y los valores jurídicos.....	65
4.1. Qué son los valores y sus características.....	66
4.2. Derecho y valores jurídicos.....	67
4.3. Valores jurídicos fundamentales.....	70
4.3.1. Justicia.....	70
4.3.2. Seguridad jurídica.....	72
4.3.3. Bien común.....	74
4.4. Valores jurídicos consecutivos.....	76
4.5. Valores jurídicos instrumentales.....	79

CAPÍTULO V

5. Evidencias del derecho natural en la constitución política de la república de Guatemala.....	81
5.1. Antecedentes históricos del derecho natural en las constituciones guatemaltecas.....	82
5.1.1. Primera constitución del Estado de Guatemala del 11 de octubre del año 1825.....	82
5.1.2. Constitución de la república de Guatemala decretada por la asamblea constituyente del 11 de marzo del año 1945.....	83
5.1.3. Constitución de la república de Guatemala decretada por la asamblea constituyente del 2 de febrero del año 1956.....	84
5.1.4. Constitución de la república de Guatemala decretada por la asamblea constituyente del 15 de septiembre del año 1965.....	86
5.2. El preámbulo de la constitución de 1985 y su connotación de derecho natural.....	87
5.3. Principios y valores que se fundamentan en el derecho natural y que se encuentran inmersos en la vigente constitución guatemalteca.....	90
5.4. Los derechos humanos: evidencia del derecho natural en la constitución política de 1985.....	93
5.5. Derecho natural y derecho positivo: polos de un solo derecho.....	98

CONCLUSIONES.....	103
--------------------------	------------

RECOMENDACIONES.....	105
-----------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	107
--------------------------	------------



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación refleja la inquietud de su autor por estudiar objetivamente dos posturas filosóficas que, a lo largo de los siglos, ofrecen explicaciones diversas en la esfera de lo jurídico; ambas han originado e impulsado variedad de corrientes, evidenciando así la influencia que recíprocamente se tienen el Derecho natural y el Derecho positivo. Estimo que esta tesis presenta bases para sostener que en Guatemala coexiste el derecho Divino con el derecho creado por el ser humano.

Para cumplir con los objetivos trazados, la temática se presenta de la siguiente forma: el capítulo primero contiene algunas reflexiones y planteamientos doctrinarios sobre el Derecho natural, analizando de forma breve aspectos generales e históricos de la influencia de este, su filosofía, etc.

En el segundo capítulo expongo sobre la naturaleza y características del Derecho positivo. Como primer punto planteo al ordenamiento jurídico desde una perspectiva técnica; en el segundo punto se analizan las relaciones entre Estado y Derecho, aseverando que no puede existir Estado sin Derecho, ni Derecho sin Estado; en el tercer punto se hace un análisis conceptual a la relación Derecho y sociedad; en el cuarto punto se hace un breve análisis al antagonismo Derecho positivo y Derecho natural.

En cuanto a la validez, legitimidad y eficacia del Derecho positivo, son materias desarrolladas en los puntos quinto y sexto respectivamente; la perspectiva sobre el Derecho positivo como voluntad del Estado, corresponde al punto séptimo; concluyo el segundo capítulo con la exposición sobre el Derecho positivo en relación con la moral, y como este vínculo se encamina a la creación de un orden sobre la conducta humana.

El capítulo tercero trata específicamente el tema iusnaturalismo y positivismo jurídico, corrientes sobre el Derecho que son indagadas tratando de evidenciar en qué punto logran coincidir, consciente de que la realidad jurídica es una, la cual contiene elementos tanto del Derecho positivo como del Derecho natural.



El capítulo cuarto lo dedico a presentar una visión lo más amplia posible de los valores jurídicos, planteando cómo estos sirven de base al Estado constitucional de Derecho, el cual juega un papel importante en el desarrollo de los Estados modernos, perfilándose como el camino indicado a seguir.

Finalmente, en el capítulo quinto planteo lo que, a mi juicio, son aquellas evidencias del Derecho natural en nuestra Constitución Política, y qué, como inquietudes me permitieron discurrir sobre un tema tan importante; considero que esta temática seguirá siendo motivo de discusión en cuanto a su concepto, su connotación histórica y su referencia en el presente. Sobresale como característica de este capítulo final, su relación con los derechos humanos consagrados en la Constitución, así como la interrelación del resto de puntos aquí tratados. Mi investigación, en este contexto, pretende desde su visión axiológica, llevar a la reflexión sobre la importancia que tiene hacer efectiva la verdadera estructura ontológica del Derecho, permitiendo así, concebir que tanto el Derecho natural como el Derecho positivo son polos de un mismo Derecho, pues se trata de una relación de complementación mutua, teniendo como resultado un Derecho legitimado en ambas posturas.

Convencido de que la investigación realizada es de amplia discusión y análisis, dejo constancia de no haber agotado el tema, aunque también consciente de haber realizado este trabajo con la dedicación y esmero que mi corta experiencia me permitió, esperando incorporar una pequeña colaboración en la reflexión tanto de la ciencia del Derecho como en la filosofía jurídica, ya que ambas posturas se encuentra legitimadas en el Derecho guatemalteco.



CAPÍTULO I

1. El derecho natural

Un breve análisis del Derecho natural y sus fundamentos me permitirá, en primera instancia, encontrar argumentos valederos para fijar mi postura en relación a la influencia que este manifiesta en nuestra Constitución y determinar por qué, como le señala el Doctor Jorge Mario García Laguardia: *sus redactores han calificado, por esto, a la Constitución, como una constitución humanista*¹, análisis que hace este destacado jurista guatemalteco, considerando que más de la mitad de su texto está dedicado a los derechos humanos. Si esto se evidencia, es porque la persona individual tiene una dimensión jurídica natural, y los derechos humanos resultan preexistentes a la ley positiva, situación que será analizada en el desarrollo de esta tesis.

1.1 Definición.

Para ubicar el tema en los aspectos más generales, se hace necesario que revise algunos de los conceptos que se han vertido por destacados estudiosos del derecho natural; sobre este, se dice en los cuatro diccionarios consultados lo siguiente: *El basado en los principios fundamentales de la justicia, que sirve de base al positivo*².

Este concepto, y por razones de la metodología empleada en mi investigación, contiene elementos muy generales que reflejan un acercamiento a lo que para esta autora representaba el derecho natural, las siguientes citas ya reflejan un conocimiento más profundo debido a que son autores especializados en derecho y filosofía que me permitirán enfocar con esa perspectiva la temática propuesta.

Así, se dice también del derecho natural que es un *Conjunto de normas reguladoras de la conducta humana, justas, eternas e inmutables*³.

¹ García Laguardia, Jorge Mario. **Breve historia constitucional de Guatemala**. Pág. 101.

² Moliner, María. **Diccionario de uso del español**. Pág.938.

³ Osorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Pág.237.



El que basado en los principios permanentes de lo justo y de lo injusto se admite que la naturaleza dicta o inspira a todos los hombres, como si la unanimidad entre estos fuera posible; aspiración que el derecho positivo tiende a concretar como ideal humano. Se equipara por algunos a la filosofía del derecho⁴.

La observación de la disparidad y del contraste de los derechos vigentes en las distintas sociedades humanas y del carácter imperfecto de tales derechos condujo bien pronto a la noción de un derecho natural como fundamento o principio de todo derecho positivo posible, o sea, como condición de su validez. El derecho natural es la norma constante e invariable que garantiza infaliblemente la realización del mejor ordenamiento de la sociedad humana; el derecho positivo se ajusta más o menos, pero nunca por completo, al derecho natural, porque contiene elementos variables y accidentales que no son reconducibles a éste. El derecho natural es la perfecta racionalidad de la norma, o sea, la perfecta adecuación de la norma a su fin, que es garantizar la posibilidad. Los derechos positivos son realizaciones imperfectas o aproximativas de esta normatividad perfecta...⁵.

Federico Puig Peña, en su tratado de Derecho civil, resalta un aspecto importante del derecho natural y que va fundamentando mi tesis sobre la importancia de los derechos humanos para el derecho natural, refiere el citado autor que: *El derecho natural más que como ordenamiento se presenta como camino a seguir, como orientador del jurista; no está encerrado en un Código, definiendo normas de conducta taxativas y precisas, sino impreso en la naturaleza humana con la categoría de supremos principios fecundadores y legitimadores de la legislación positiva. No es producto de la razón humana, como pretende la concepción protestante del Derecho Natural; el legislador humano no crea el Derecho Natural, sino que solo lo reconoce, lo desarrolla y adapta a las infinitas contingencias de la vida⁶.*

Siguiendo un orden estructural del concepto de derecho natural conviene aquí la cita del autor argentino Bernardino Montejano, quién en la parte introductoria de su libro Curso de Derecho natural, parte de los conceptos derecho y natural, y expone que: *El derecho, en*

⁴ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**. Pág.122.

⁵ Abbagnano, Nicola. **Diccionario de Filosofía**. Pág. 276.

⁶ Puig Peña, Federico, **Compendio de Derecho Civil Español**. Pág.90.

sentido estricto, es lo justo, la conducta justa, y en sentido derivado, es un conjunto jerárquico de normas obligatorias que regulan los aspectos jurídicos de la vida social y política... El concepto 'natural', no es precisamente unívoco, pero su ligamen a lo justo y a lo normativo lo clarifica. Lo natural es esencia, dinamismo y fin⁷.

Con esta base, el autor citado nos propone el siguiente concepto de derecho natural: *Derecho natural en sentido estricto es lo justo natural y en sentido derivado son los principios y las normas jurídicas que regulan la vida social del hombre, aun en ausencia de toda ordenación positiva⁸.* Este concepto apunta a dos importantes temas: la esencia de las conductas y el contenido de las normas.

1.2 Surgimiento del derecho natural.

La indagación sobre el surgimiento del Derecho natural me enfrenta a cuestiones históricas que, en el contexto de las diferentes sociedades y pensamientos políticos, sociológicos, religiosos y filosóficos, van delineando su carácter de inmutabilidad que se contrapone a la dinámica con que se nos presenta el derecho positivo y su presencia en el desarrollo de la humanidad, así, el Doctor Rivera Montealegre expresa que: *El Derecho Natural y el Derecho Positivo son los dos derechos que desde los orígenes de la humanidad y una sociedad organizada política, social y jurídicamente han sido utilizados por los seres humanos para vivir. El Derecho Natural con sus grandes hijas: justicia, equidad, igualdad, libertad y bondad humana, tiene su fuerza obligatoria en "una ley formal, abstracta y universal, de validez incondicionada: en algo penetrable lógicamente mediante juicios universales⁹.*

De lo expuesto por el Doctor Rivera, es necesario puntualizar que, si bien es cierto, el derecho natural ha acompañado al ser humano desde sus orígenes, su planteamiento y análisis surge en una sociedad organizada políticamente y que trata de fundamentar su presencia frente al derecho positivo.

⁷ Montejano, Bernardino. **Curso de Derecho natural**. Pág. 2.

⁸ **Ídem**. Pág.2

⁹ Rivera Montealegre, Vladimiro Gilielmo. **Influencia del Derecho Natural en la Constitución Política de la República del año 1985**. Pág.11

En esta línea, continua manifestando el referido autor que: *El Derecho Natural se ha hecho valer desde la época antigua ante Reyes, Tiranos, Gendarmes y Autoridades que han ejercido poder temporal que, de una u otra forma, han regido los destinos de los pueblos, aún en nuestros días arranca debates apasionados, su existencia trasciende de lo divino a lo real, ha sido atacado en determinadas épocas o lugares y en otras ensalzado y glorificado...El Derecho Natural, que no ha tenido principio, que siempre está y que vale en todos los tiempos y según sus postulados, es un derecho acrónico que nadie sabe cómo apareció, que no ha hecho el hombre, que no distingue ricos y pobres o reyes o plebeyos en un momento de administrar justicia, ese derecho que el género humano esgrime ante la impiedad, ante el vejamen, ante la fuerza, ante el ultraje, ante la desolación.*

Ese Derecho que no concibe esclavos ni amos, ese Derecho que aporta los principios de igualdad, libertad, equidad, bien común, paz en la convivencia social y en la aplicación de la ley al caso concreto...¹⁰. Estos argumentos me llevan nuevamente a la conclusión que, si bien es cierto, el derecho natural ha acompañado al ser humano desde su aparición, su reconocimiento racional se lleva a cabo con el desarrollo de las culturas, con la influencia religiosa dogmática de las distintas épocas.

Como se ha expuesto, el derecho natural tiene una carga de principios y valores morales que no necesariamente están plasmados en una norma escrita. Juan Vázquez de Mella, citado por Bernardino Montejano, expone que *No puede existir una sociedad sin un orden de principios morales y jurídicos inmutable e inviolable que sirva de frontera a la voluntad humana, individual o colectiva.» La inviolabilidad de los principios o de las instituciones que los representan tiene que estar en alguna parte; pues si todo es variable y violable no existe más que el imperio de la fuerza y el derecho es un proscripto. Y una sociedad que no esté unida por el derecho será una congregación de fieras, pero no será una comunidad de personas¹¹.*

El desarrollo de las ideas en el devenir histórico de la humanidad requiere, como lo señala Ferreira Cunha, citado por Montejano, ese rastreo histórico, *porque el derecho natural no resulta de la segregación de una razón pura, sino de la decantación de impurezas en la*

¹⁰ *Ídem.* Pág. 14

¹¹ Montejano, Bernardino. *Ob. Cit.* Pág. 1

práctica, sucesiva e incesante, a lo largo de los tiempos. No lo concebimos como un producto de la especulación filosófica sino de sedimentación histórica de las ideas.

Desde la más remota antigüedad los seres humanos se plantearon la cuestión de la existencia, más allá de las normas positivas, <puestas> por la autoridad o por la comunidad, de algunos preceptos necesarios, imperativos, que responden a las exigencias de la naturaleza humana. Esta preocupación, que pertenece a una órbita cultural, social y política muy distante de la nuestra, de acuerdo con las coordenadas del tiempo y del espacio. Porque ella es común a los hombres antiguos y a los hombres medievales, a los hombres modernos y a los hombres contemporáneos, a los orientales y a los occidentales, a los cristianos y a los no cristianos.¹²

Otro aspecto relevante que plantea Ferreira Cunha, citado en la misma obra de Montejano, es el interés que algunos seres humanos tenemos por el derecho natural, y digo algunos porque como lo señala este autor *no interesa a las masas porque ellas sólo se interesan por lo que la propaganda les manda interesante... y todas las tentativas de masificación en esta materia, redundaron en empobrecimiento. Lo que sucede es que la sociedad de masas es antinatural, es expresión de la disociedad; por eso toda política de desmasificación, al posibilitar al hombre-masa transformarse en persona, integrante de un pueblo, contribuirá al despertar de la conciencia del derecho natural¹³*. En el medio Guatemalteco, este tema debería ocupar grandes espacios en el ámbito académico, y planteamos como miembros de la sociedad esa conciencia sobre la importancia que puede representar el enfoque bien orientado del derecho natural.

El planteamiento propuesto en el párrafo precedente, debe tener en cuenta aspectos de singular importancia como el carácter orientador que puede representar el Derecho natural, su perspectiva sobre la naturaleza del ser humano y los principios sobre los cuales puede apoyarse en determinado momento el Derecho positivo.

Ya que El Derecho natural más que como ordenamiento se presenta como camino a seguir, como orientador del jurista; no está encerrado en un Código, definiendo normas de

¹² **Ídem.** Págs.3 y 4

¹³ **Ídem.** Pág.5

conducta taxativas y precisas, sino impreso en la naturaleza humana con la categoría de supremos principios fecundadores y legitimadores de la legislación positiva. No es producto de la razón humana, como pretende la concepción protestante del Derecho natural; el legislador humano no crea el Derecho Natural, sino que sólo lo reconoce, lo desarrolla y adapta a las infinitas contingencias de la vida¹⁴.

Ahora bien, es necesario analizar aspectos que a simple vista pueden parecer irrelevantes al indagar sobre su origen, pero que ayudan a tener una visión más clara y precisa de los términos involucrados en el concepto de Derecho natural e ir entendiendo las razones que lo fundamentan y la orientación que estos tienen, que como he señalado con anterioridad, dependerán de la cultura y las creencias de las distintas sociedades que habitan el planeta, por ello *La palabra «natural» en el derecho natural se refiere a una idea que constituye su fundamento, es decir, a la razón de porqué debe ser obedecido. La idea se describe a continuación. El hombre forma parte de la naturaleza y, dentro de ésta, tiene la suya propia. Ésta le orienta a ciertos fines, como tener hijos, proteger a su familia o asegurar su supervivencia. Perseguir estos fines es natural para el hombre, y aquellas cosas que le ayudan a alcanzar tales propósitos, ayudan a cumplir los de la naturaleza.*

*Por lo tanto, las leyes que ayudan a conseguir los fines naturales del hombre también ayudan a conseguir los fines de la naturaleza. Estas leyes, que están de acuerdo con los propósitos últimos del hombre, constituyen el derecho natural¹⁵. El abogado guatemalteco Maximiliano Kestler opinaba que *La variedad de formas del Derecho Natural debe su origen a los diversos fundamentos que históricamente, en las distintas épocas se ha atribuido a su pretensión de poder derivar preceptos jurídicos de validez universal e independiente de la voluntad humana...*¹⁶.*

El maestro mexicano Carlos De la Torre hace hincapié en los aspectos morales que inspiran el derecho natural, así como la relación existente entre Derecho y Naturaleza que crea un vínculo necesario para la fundamentación de principios jurídicos que ayudan a alcanzar el objetivo moral de todo orden normativo.

¹⁴ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág.90.

¹⁵ Riddall, J.G. **Teoría del derecho.** Pág.82

¹⁶ KestlerFarnés, Maximiliano. **La realidad y el Derecho. Estudio Filosófico.** Pág.85

Así, señala que *el derecho natural tiene su punto de partida en el contenido normativo, que se desprende de los valores morales ínsitos en la idea del derecho. Pero además tomando en cuenta la naturaleza de las cosas y, en especial, la propia naturaleza humana, debe trascender el campo meramente ético, para traducirse en un sistema de principios jurídicos concretos, que, aplicados a la vida social, puedan servir como modelos para la legislación y la jurisprudencia*¹⁷. Se evidencia también, en la cita precedente y la subsiguiente, el énfasis en la naturaleza humana que debe ser uno de los objetivos primordiales de toda legislación.

*De la unidad de la naturaleza humana racional resulta la unidad del derecho natural como nota suya fundamental. Pero esta unidad se presenta bajo dos aspectos: es, por un lado, unidad en el espacio; por otro, es también unidad en el tiempo. La nota de unidad se desdobla, pues, en la de universalidad y la de inmutabilidad. Estas características de universalidad e inmutabilidad son las que se han predicado siempre como exigencias ineludibles del Derecho natural, las que hipotéticamente justifican la utilización de este rótulo. Implica esto que en modo alguno debe identificarse el Derecho natural con todo sistema de legitimidad, con todo sistema de valores: históricamente las concepciones iusnaturalistas se han caracterizado siempre por la defensa de un sistema de valores de carácter predominantemente necesario, universal e inmutable*¹⁸.

Ese carácter de universalidad está orientado a que en todas las sociedades se tiene conciencia de que: es necesario contar con fundamentos racionales que hagan posible la convivencia social en paz, ya que al contar con un sistema de valores que no provienen precisamente de normas previamente establecidas por un órgano legislativo posibilitan su aceptación universal, claro, hay que seguir insistiendo que en cada sociedad, en cada país varía su forma de enfocarlo, pero, su sustancia se mantiene.

En ese sentido me parecen interesantes las palabras de Víctor Cathrein al señalar que *El Derecho natural es un derecho universal, válido para todos los hombres de todos los tiempos y pueblos. El Derecho natural es, por otra parte, un Derecho necesario, en tanto que, bajo la presunción de determinadas circunstancias, lo consideramos como una*

¹⁷ De La Torre Martínez, Carlos. **La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho.** Pág.217

¹⁸ Truyol y Serra, Antonio. **Fundamentos de Derecho Natural.** Págs.5 y 23

*exigencia inexcusable de la razón. Y en esto precisamente está la causa de por qué vale para todos los pueblos y tiempos, y de esto se deduce también que el Derecho natural es inmutable e invariable. Las relaciones concretas a las que se aplican las leyes del Derecho natural pueden cambiar, pero la ley universal en sí es invariable*¹⁹.

Al ir concluyendo el punto referente al surgimiento del Derecho natural, considero pertinente incluir algunas de las características que este ha presentado en el curso de la historia, que si bien es cierto pueden variar de un autor a otro, comparto las vertidas por el maestro argentino Enrique Aftalion cuando señala que *El extenso periodo que va desde la antigüedad hasta la constitución de la ciencia jurídica abarca más de dos milenios. En él, el pensamiento sobre el Derecho tuvo un marcado carácter filosófico, durante ese período los autores se ocuparon del Derecho Natural el cual constituirá un 'Derecho' al que se le atribuyen las siguientes características: a) Sus principios son válidos para todo tiempo y lugar, b) Estos principios encuentran su fundamento en algo superior al hombre, por lo cual los hombres no podrían cambiarlo aunque se lo propusieran, c) En consecuencia los principios y contenidos del llamado "Derecho Natural" no estarían sujetos a las vicisitudes de la Historia*²⁰.

1.3 Nociones históricas.

Procedo ahora a hacer un breve recorrido histórico; no es pretensión de esta tesis entrar en demasiados detalles históricos debido a las delimitaciones planteadas en mi plan de investigación. Ahora bien, esto no me exime de exponer las más relevantes corrientes, opiniones e investigaciones de autores que representan una autoridad en el estudio histórico del Derecho natural.

Presento en este punto tres de las grandes etapas históricas que, a mi criterio, ilustran de mejor manera el recorrido de las ideas sobre tan importante temática.

¹⁹ Cathrein, Victor. **Recht Naturrechtund positives Recht**. Pág.198

²⁰ Aftalion, Enrique R., Vilanova, Jose. Raffo, Julio. **Introducción al Derecho**. Pág.177

1.3.1 El derecho natural en la edad antigua.

Indudablemente, la influencia de la civilización griega juega un papel importante en casi todos los órdenes de la actividad humana, y el derecho natural no podía escapar al análisis de los pensadores griegos, es así, que *Es Grecia la que aporta al Mundo Antiguo y Moderno el desarrollo y concepción de un Derecho Natural... Los griegos como creadores de la filosofía, su mentalidad estaba hecha para la observación y la especulación... La reflexión sobre el mundo se había venido desarrollando ya en la civilización prehelénica y después en la griega en forma mítica, divinizando las grandes fuerzas y los mayores seres de la naturaleza, y dándoles figuras humanas... y representando sus relaciones sobre el tipo de las que aparecen entre los hombres en la vida social*²¹.

Es de resaltar que en la Grecia antigua, aparte de la connotación mítica que le daban a la naturaleza, fueron también analíticos de la propia naturaleza humana, argumento este que sigue apoyando mi tesis sobre la influencia que ha tenido y sigue teniendo la naturaleza del ser humano. Continúa señalando Rivera Montealegre que, *Los griegos toman de la humanidad las ideas de la generación y de la lucha, del amor que une y del odio que separa, de las jerarquías y del reino, de la justicia y de la ley, y otro tanto hacen después los primeros filósofos naturalistas. Y el concepto mismo del cosmos (es decir, del orden del mundo) que ellos afirman no es sino una proyección de la polis (el Estado griego) en el universo. También la ley de necesidad Natural es presentada tanto por los mitólogos como por los primeros filósofos, como ley de justicia... Giorgio Del Vecchio dice: En sus comienzos, la mente griega no se vertió sobre los problemas éticos, y mucho menos sobre lo jurídico, sino que se ocupó de la naturaleza física*²².

Como se evidencia en la cita del Del Vecchio, hecha por Rivera Montealegre, los griegos al ocuparse de la naturaleza física, dejaron las bases para que en el desarrollo de las culturas se pusiera énfasis en la naturaleza humana. Bernardino Montejano, en puntual recordatorio sobre los primeros pensadores acerca del Derecho natural, indica que fueron *Los primeros griegos que se ocuparon de los problemas de la justicia, la ley y el derecho fueron los poetas*.

²¹ Rivera Montealegre, Vladimiro Gilielmo. **Ob. Cit.** Pág.22

²² **Ídem.**

Entre ellos, Homero, Hesíodo, Solón y Sófocles... En Hesíodo existe un aporte significativo. Para él, el orden cósmico se bifurca en el orden de los animales y en el orden moral y jurídico... Esa presencia existencial de la justicia es exigida por Sófocles cuando la heroína de su tragedia, Antígona, ante la prohibición del tirano de enterrar el cadáver de su hermano, le recuerda la existencia de leyes no escritas, obra de los dioses, que primaban sobre las leyes positivas... Así mismo un poeta, que además es filósofo y gobernante, Solón, nos completa este primer panorama. En ejercicio del gobierno trata de reestructurar la polis a través de un buen ordenamiento jurídico. Pero para imponerlo necesita el auxilio de la fuerza. Entonces, distingue una buena y una mala Bía. La primera es la fuerza al servicio del derecho; la segunda es la violencia arbitraria que se levanta en su contra. Asociando el derecho y la fuerza, Solón restaura la polis griega²³.

La cita precedente evidencia que, si bien los griegos respetaban un ordenamiento dictado por los hombres, a estos les atribuían un origen natural teológico: leyes no escritas que regía los comportamientos de sus ciudadanos. Asimismo, desde esta época se evidencia como el derecho en sus distintas manifestaciones era inspirador de obras de literatura que reflejaban el acontecer diario de las distintas culturas. Los aportes realizados por las primitivas escuelas griegas sobre el derecho y derecho natural son de suma importancia, puesto cada una de ellas tendrán influencia en corrientes y doctrinas desarrolladas respectivamente en la Edad Media y consecuente Edad Moderna.

La concepción de la ley divina jugó un importante papel en el desarrollo del Derecho Natural, muchos de sus seguidores, o por lo menos los que evidenciaban su inclinación hacia lo divino, veían en una ley divina el origen de un orden, esto se puede ver en el pensamiento de importantes filósofos que refiere la siguiente cita: *La escuela jónica y la búsqueda de la sustancia única como origen de todas las cosas. Se formó hacia el año 640 antes de Cristo, por Tales de Mileto y sus seguidores Anaximandro, Anaxímenes y Heráclito, y se caracteriza por la búsqueda de la sustancia única del universo ya separada... Heráclito respecto al Derecho Natural agregaba «Se alimentan todas las leyes humanas de una sola, la divina; porque esta domina lo que quiere y basta para todo y*

²³ Montejano, Bernardino. **Ob. Cit.** Págs.37-39

sobre todo tiene imperio». Tal concepción obedecía desde luego a la sustancia única que basta para todo, lo que en derecho significa en ese tiempo la ley divina²⁴.

Asimismo, filósofos cosmológicos como Anaximandro y Heráclito veían en una ley divina, que regía todo el universo supeditado a una razón eterna y verdadera, que de acuerdo a *Anaximandro de Mileto trasladó la justicia al cosmos, que aparece como una inmensa polis sometida a una ley ordenadora. Para él existe una justicia cósmica que preside la generación y disolución de los seres particulares...Según el filósofo de Éfeso, el flujo ininterrumpido del devenir está presidido por el logos, que introduce en las oposiciones una invisible armonía que las rige. Este logos es, para Heráclito, la Razón eterna, siempre verdadera, que dirige todas las cosas²⁵.*

La escuela pitagórica y la eleata, aportaron concepciones del derecho natural que también influenciaron a sus seguidores al darle otra perspectiva, tal y como lo comenta Rivera Montealegre, así, *En relación al Derecho Natural, la escuela pitagórica dejó el cielo y puso los ojos en la tierra. La justicia no la busca en paradigmas divinos sino la percibe como una relación de igualdad basada en el contracambio o sea que es una relación entre el hecho y el tratamiento que ha de dársele a través de la ley... La escuela eleata. Fundada por Jenofonte entre 550 y 480 antes de Cristo... En cuanto al Derecho Natural, lo concibieron como inmutable porque precisamente Dios tenía esa característica²⁶.*

Otra de las grandes influencias en el pensamiento griego se atribuye a las ideas de filósofos como Sócrates que perteneció a la escuela sofista, que privilegio el uso de la retórica y que *Bajo la denominación de "sofistas" se agrupa a una serie de pensadores contemporáneos a Sócrates que, a pesar de tener entre ellos diferencias importantes, se encuentran vinculados entre sí por ser los que conducen el pensamiento griego en su tránsito de una visión objetiva a una subjetiva, los que someten a dura crítica al nomos y los que a cambio de una retribución enseñan a los griegos el arte de la retórica²⁷.*

²⁴ Rivera Montealegre, Vladimiro Gilielmo. **Ob. Cit.** Pág.24

²⁵ Montejano, Bernardino. **Ob. Cit.** Págs. 40 y 42

²⁶ Rivera Montealegre, Vladimiro Gilielmo. **Ob. Cit.** Pág. 25

²⁷ Montejano, Bernardino. **Ob. Cit.** Pág. 43

José López hace un importante recordatorio sobre la escuela sofista y que considero pertinente, ya que, por ejemplo, Sócrates sí se ubica dentro del pensamiento sofista, pero a diferencia de los demás él no cobraba por sus enseñanzas, así, *Los sofistas no constituyeron un grupo homogéneo de pensadores. Lo único común, aparte su actividad de enseñanza remunerada y sobre temas jurídicos-políticos, era que precedían de todas las partes de Grecia y se establecieron en Atenas, atraídos por la prosperidad y por el régimen democrático. Este régimen favoreció a la actividad de estos pensadores por dos razones: 1) El ideal ético-pedagógico de la democracia fomentaba el desarrollo de la capacidad racional y crítica para hacer efectiva la igualdad de derechos. 2) Las instituciones políticas y judiciales exigían el dominio de la retórica, así como un saber sobre cuestiones sociales, para poder persuadir al pueblo en el ágora o a los tribunales populares según los casos*²⁸.

Un dato interesante, y que sigue delineando mi postura en cuanto al carácter humanista de esta tesis, es el hecho de la variante que tuvo la escuela sofista y que se refleja en las siguientes citas: *La escuela Sofista... Del naturalismo se pasa al humanismo. Con los sofistas, cambio el objeto de estudio, si antes las escuelas ya relacionadas habían dirigido su investigación al objeto, ahora con los sofistas varió y el estudio se centró el sujeto (persona). Se estudió al hombre y por primera vez se plantearon los problemas de las facultades del espíritu humano y el problema ético.*

Con ellos surgió la filosofía moral, se desarrolló la retórica y la elocuencia... En el Derecho Natural no podía existir un derecho Natural, sino tantas y transitorias normas de derecho, como resultaran de las exigencias modificables de la vida colectiva. Esta distinción entre lo inmutable de acuerdo a la naturaleza (fusas) y lo variable (tesis, posición) produjo un gran aporte de los sofistas como fue la división entre un orden ético jurídico Natural o necesario y universal y un orden ético artificial o variable... Fueron los sofistas los que se plantearon abiertamente el problema de si la justicia tiene un fundamento Natural, de si aquello que es justo por ley, o como nosotros diríamos derecho positivo, es también justo por naturaleza... Sócrates, 469 a 399 antes de Cristo.

²⁸ López Hernández, José. **Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna**. Pág. 50

En cuanto al derecho Natural no lo trató en forma específica, por lo que únicamente se infiere en términos generales que sigue la corriente de su tiempo o sea la cosmovisión griega. Sin embargo como lo afirma Giorgio Del Vecchio anteriormente creía en un Derecho hecho por los dioses. Derecho hecho por Dios y dado a los hombres²⁹ equipara lo justo con la ley. Pero para él no existe solo la ley positiva humana, sino también normas superiores, no escritas, establecidas por los dioses. Para ellas no existe distinción de fronteras y no cabe tratar de burlarlas, pues alcanzan al hombre en forma ineludible³⁰.

Indudablemente, como lo señala Riddall, el aporte de los filósofos griegos sigue siendo hasta nuestros días motivo de admiración, se puede decir que en Platón y Aristóteles encontramos a los mejores exponentes de la época, estos gigantes revolucionaron la filosofía en el mundo antiguo y la filosofía en general... Ninguno de los dos puede ser descrito como iusnaturalista. Sin embargo, en cada uno de ellos podemos encontrar líneas de pensamiento que pueden tener su lugar en el sistema de pensamiento del derecho natural que después iba a desarrollarse³¹.

Platón (Aristocles, 427 a 347 antes de Cristo), y su aporte en el Derecho Natural lo constituye el hecho de encontrar las esencias o paradigmas de las cosas o valores en un mundo no real (topos – uranos) en consecuencia en dicho lugar se cree están las cosas tal y como son o deben ser, aquí en la tierra... Platón juntamente con Aristóteles forman una dupla que reúne las dos corrientes que tratan de explicar la existencia y explicación de las cosas, como lo son el materialismo (Aristóteles) y el idealismo (Platón)³².

Otro de los aspectos relevantes, que hace su aparición con el pensamiento de uno de estos grandes del pensamiento filosófico antiguo, es la importancia que Platón le dio a los valores, los que impregna de un carácter permanente e inmutable; asimismo, con su teoría de las formas, nos enseña que existe en las cosas cualidades independientes de su concepción, así la verdad y la justicia tienen existencia propia, lo que sienta en cierta medida lo que hoy conocemos como idealismo.

²⁹ Rivera Montealegre, Vladimiro Gilielmo. **Ob. Cit.** Págs. 26 a 28

³⁰ Montejano, Bernardino. **Ob. Cit.** Pág. 48

³¹ Riddall, J.G. **Ob. Cit.** Págs.84 y 85

³² Rivera Montealegre, Vladimiro Gilielmo. **Ob. Cit.** Pág. 30

Por eso, A Platón puede remontarse la línea de pensamiento de la ley natural que considera los valores como eternamente existentes y verdaderos. Pero Platón fue más allá todavía. Lo que para nosotros son abstracciones -lo rojo, lo cuadrado, lo redondo, lo afilado, el honor, el valor, la belleza, la igualdad- tiene una existencia permanente e inmutable, una existencia independiente del hecho de que algunas cosas o acciones del mundo como tal como lo conocemos reflejen estas cualidades. Ésta es la teoría de las «formas» de Platón. Las «formas» de Platón son arquetipos trascendentales que existen con independencia del mundo físico, de la mente humana, del espacio y del tiempo.

De este modo, hay una «forma» de belleza, y todos los entes terrestres que poseen la cualidad de la belleza son meras manifestaciones de ella. Cualidades como la justicia y la verdad existen por derechos propios. El hombre sólo puede intentar reproducirlas. Para ello, debe intentar conocer las verdades eternas, y éste es su propósito más elevado. La escuela de pensamiento que sigue esta teoría se llama idealismo, pues sostiene que la idea de una cosa tiene su propia existencia³³.

El otro de los grandes, Aristóteles (384 a 322 antes de Cristo), plantea un aspecto que en nuestros días sigue generando grandes discusiones: la contraposición del Derecho natural y el Derecho positivo. Trata el Derecho Natural, en su obra 'La Retórica', haciendo un breve análisis del derecho positivo frente al derecho Natural, el cual indica cómo deben obrar las personas justas en cuanto a la equidad... Al tratar la equidad considera Aristóteles que la aplicación de la ley escrita, por ser general y universal, no casuística, puede ocasionar injusticia, por ello analiza un correctivo que la atempera como es la equidad, la cual se aplica a través de un decreto, que adapta la ley a los hechos³⁴.

Aristóteles no suscribió la teoría platónica de las ideas, pero en su pensamiento había elementos que iban a influir en lo que más tarde sería la doctrina del derecho natural. Aristóteles estaba interesado en el mundo tal como lo veía existir en torno suyo... para él, el universo es dinámico y se encuentra siempre en un proceso de devenir, de movimiento hacia un fin inminente en él mismo desde el principio. La filosofía que afirma que todo lo que existe tiene siempre un fin predeterminado se llama teleología (del griego, telos, fin y

³³ Riddall, J.G. **Ob. Cit.** Pág. 85

³⁴ Rivera Montealegre, Vladimiro Gilielmo. **Ob. Cit.** Págs. 31 y 33

logos, norma o principio) Aristóteles comprende que la naturaleza de cada cosa es aquello en lo que se ha convertido una vez ha concluido su período de crecimiento³⁵. La cita precedente evidencia uno de los aspectos que diferenciaban a estos dos grandes filósofos: la concepción idealista de uno y la visión existencialista del otro.

No obstante lo anterior, y con la correspondiente diferencia en el pensamiento político de ambos pensadores Aristóteles con su metafísica consolida los fundamentos (platónicos) de lo que más tarde será la doctrina tradicional del derecho natural. Sin embargo, en el ámbito político defiende postulados realistas y empíricos acerca de la justicia, excluyendo conceptos metafísicos como el de naturaleza... Platón y Aristóteles habían puesto los fundamentos metafísicos (ideales) de la teoría del derecho natural clásica, pero son los estoicos los que le dan la forma externa a dicha teoría, y esto tiene una importancia decisiva para el pensamiento posterior.

Los estoicos ponen en relación conceptos que en Aristóteles no estaban totalmente asociados, como, por ejemplo, lo justo natural y la razón, el orden natural humano y la divinidad. El enlazar estos conceptos y dar, por tanto, forma al conjunto de la doctrina del derecho natural será precisamente la tarea del estoicismo³⁶.

Es precisamente la escuela estoica, la que a mi parecer, gana gran relevancia por haber sido la que conjunta las ideas de la antigua Grecia y Roma y representa un gran adelanto en el pensamiento de la época. Al gran período sistemático de la filosofía griega representado por Platón y Aristóteles le suceden tiempos de decadencia durante los cuales aparecen diversas escuelas: cínicos, epicúreos, estoicos. La última nos interesa por su influencia, sus ideas fueron la nave que unió a Grecia con Roma, pues ellas nutrieron a sus filósofos, juristas y abogados. La escuela fue fundada en Atenas por Zenón de Citio alrededor del año 300 antes de Cristo... y según el Estoicismo, la ley natural es una parte de la ley eterna que reside en cada hombre. Esa ley es Dios, la recta razón que rige y gobierna todo. Como los hombres son una parte de la ley eterna, pues la participación es por vía de partícula, hay en cada uno una parte de Dios. El panteísmo es evidente³⁷.

³⁵ Riddall, J.G. **Ob. Cit.** Págs. 86 y 87

³⁶ López Hernández, José. **Ob. Cit.** Págs. 119 y 127

³⁷ Montejano, Bernardino. **Ob. Cit.** Págs. 60 y 61



Como se expone en el párrafo anterior, la importancia de la escuela de los estoicos se refleja en esa tarea de armonización de conceptos relevantes que anteriormente se les presentaban dispersos y, en muchos casos, contrapuestos, lo que vino a significar, como lo señala José López, el primer planteamiento de la doctrina del Derecho natural, ya que, *Muchos autores coinciden en atribuir a los estoicos la primera formulación precisa de la doctrina del derecho natural...reúnen elementos... Además de los citados anteriormente, como justicia, razón, naturaleza y Dios, los estoicos armonizan definitivamente los conceptos de physis y nomos, que en gran parte de la sofística habían sido considerados opuestos. Bien es verdad que ahora el nomos estoico no se corresponde ya exactamente con la ley de la polis, sino con la ley del universo físico. También procuran los estoicos armonizar, aunque con más dificultades, los términos opuestos del instinto y la razón a través del concepto de naturaleza*³⁸.

En la tarea de ir aunando ideas a mis esfuerzos de fundamentar la presente tesis en su carácter humanista, considero pertinente reforzar los conceptos que integran esa característica, tal como lo son las virtudes que deben acompañar un pensamiento orientado a los derechos humanos, por ello la siguiente cita refleja esa condición ya que también *Los estoicos creían que la ley natural requería del hombre cualidades como la tolerancia, el perdón, la compasión, la fortaleza, la sinceridad o la honestidad.*

*La razón dictaba que el hombre debía aspirar a estas cualidades para vivir de acuerdo con lo que la naturaleza había ordenado. Si tuviéramos que resumir en una palabra la contribución del pensamiento estoico a la evolución de la doctrina del derecho natural, ésta sería universalidad. Los estoicos concebían a la humanidad como fraternidad. Si volvían la mirada fuera de la ciudad-estado, fuera del imperio, veían una especie humana global, orgullosa y unida por el amor fraternal que los preceptos del derecho natural habían impuesto*³⁹.

Siguiendo siempre en este punto las ideas de la escuela de los estoicos, procedo ahora a presentar algunas de las aportaciones de otros filósofos, especialmente romanos, que concretizaron en gran medida la idea del Derecho natural en otros aspectos que, como

³⁸ López Hernández, José. **Ob. Cit.** Pág. 128

³⁹ Riddall, J.G. **Ob. Cit.** Pág. 92

apunté, fueron integradores de esta doctrina; de esta cuenta *La física estoica es el fundamento de su filosofía moral y, por tanto, de sus ideas iusfilosóficas. Los estoicos no elaboraron directamente la doctrina del derecho natural, en cuanto no utilizaron explícitamente los términos «ley de naturaleza» y «derecho natural».*

El autor de estas expresiones, en lengua latina, fue Cicerón, de quien pasarían ya definitivamente a la literatura romana y medieval. Pero lo que hizo Cicerón fue adaptar y divulgar la filosofía estoica al idioma y al pensamiento romano, que era fundamentalmente un pensamiento jurídico-político. Por ello, aunque no en la terminología, pero sí en las ideas, los estoicos fueron los verdaderos creadores del núcleo de la doctrina del derecho natural, habiendo reunido y reordenado conceptos dispersos elaborados por el pensamiento griego anterior⁴⁰.

Cicerón fue uno de los filósofos romanos que difundió la filosofía griega en Roma; en cuanto al Derecho natural se le tribuye ser el creador de su concepto y fue uno de los que impregnó el carácter universal, inmutable y teológico que dominó esa época, así, *Formula una definición descriptiva de la ley natural y expresa que hay una ley verdadera, la recta razón inscrita en todos los corazones, inmutable, eterna, que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas; pero ya sea que ordene o que prohíba, nunca se dirige en vano a los buenos ni deja de atemorizar a los malos.*

No se puede alterarla por otras leyes, ni derogar alguno de sus preceptos, ni abrogarla por entero; ni el Senado ni el pueblo pueden liberarnos de su imperio; no necesita intérprete que la explique; es la misma en Roma que en Atenas, la misma hoy que mañana y siempre una misma ley inmutable y eterna que rige a la vez a todos los pueblos y en todos los tiempos. El universo entero está sometido... al Dios todopoderoso que ha concebido, meditado y sancionado esta ley; desconocerla es huírse de sí mismo, renegar, de su naturaleza y por ello mismo, padecer los castigos más crueles, aunque se escaparan a los suplicios impuestos por los hombres⁴¹.

⁴⁰ López Hernández, José. **Ob. Cit.** Pág. 129

⁴¹ Montejano, Bernardino. **Ob. Cit.** Pág. 68

La cita precedente refiere entonces a Cicerón como el creador del concepto, pero como señala José López en su obra, *A pesar de que la teoría no está completamente desarrollada en el autor romano, ni éste es siempre coherente en sus textos, el tratado en el que hace una exposición más detallada de la misma es el De Legibus... Por ello, la teoría del derecho natural de la tradición estoico-escolástica, que Cicerón formula en estas páginas, habrá de tener ese marcado carácter idealista: afirmando que sólo es ley aquella que se ajusta a la ley natural o ley verdadera.*

Las ideas más destacables que transmitió Cicerón a la posteridad se pueden resumir en estas tres: 1) Lo justo e injusto tienen su fundamento en la naturaleza y no en la voluntad de los hombres. 2) Los principios de la ley natural son universales, inmutables y están impresos en el alma humana. 3) las leyes humanas o positivas pueden ser justas o injustas y, por tanto, auténticas leyes o no, según se adecuen o se contrapongan a la ley natural. Por todo ello podemos decir que en Cicerón se encuentra la primera formulación expresa de la doctrina del derecho natural e incluso de la tesis iusnaturalista⁴².

La época clásica de la "jurisprudencia" (ciencia del Derecho) romana transcurre durante el siglo II y primera parte del siglo III de nuestra era. Sus más grandes exponentes, Papiniano, Gayo, Ulpiano, Paulo y Modestino, no se clausuran en el derecho vigente, sino que buscan su fundamento en la naturalis ratio, que no significa la mera razón subjetiva individual, sino aquella racionalidad que está ínsita en el orden de las cosas, y que por esto es superior al arbitrio humano... Al derecho natural, bajo el nombre "derecho de gentes", se refiere Gayo en su Instituta: Todos los pueblos... usan en parte del suyo propio, y en parte del derecho común a todos los hombres... el derecho que cada pueblo constituyó el mismo para sí... se llama derecho civil; pero el que la razón natural estableció entre todos los hombres, es observado igualmente por todos y se llama derecho de gentes, como derecho de que se valen todos los pueblos⁴³.

Es indudable que el derecho natural tuvo en otros pensadores romanos su caracterización especial, pero lo que siempre destaca es su preocupación por explicarse racionalmente su fundamentación; independientemente de la orientación que esta fuera, como se señala en

⁴² López Hernández, José. **Ob. Cit.** Pág. 149-155

⁴³ Montejano, Bernardino. **Ob. Cit.** Págs. 70 y 71

el párrafo precedente, ya fuera como un derecho civil o Derecho de gentes, la idea del Derecho natural privilegiaba su universalidad e inmutabilidad como características relevantes.

Al remarcar ese deseo de una explicación racional nos lleva a la consideración que los romanos, si bien es cierto, tenían una idea clara de lo que para ellos significaba el Derecho natural, no fueron al inicio metódicos en su desarrollo: los motivaba un espíritu pragmático que reflejaba su deseo de apoyar su labor de impartir justicia en un fundamento racional, aunque teológico, pero que representaba una doctrina aplicable a su realidad social, por ello, *El derecho natural en la jurisprudencia romana no adopta la forma de una teoría, sino que es un instrumento más de su concepción práctica y de la aplicación técnica del derecho. El pretor se guiaba por la razón natural y por el fin de la utilidad social para establecer, en el Edicto anual, los principios en los que habría de basarse su actividad jurisdiccional.*

La razón natural y el resultado de su aplicación, que era la equidad, resultaban ser los mismos conceptos que la filosofía jurídica venía asociando con la idea de una justicia o derecho natural. Lo que era una simple técnica pasó después a convertirse, con la ayuda de la filosofía, en un cuerpo de doctrina asumido por los jurisconsultos en sus tratados. Estos fueron incorporando a sus definiciones y clasificaciones jurídicas también las correspondientes al derecho natural y a las diversas clases de derecho⁴⁴. Con la intención de ir resumiendo en este punto la gran labor del pensamiento griego y romano y de la influencia que han tendido en el mundo occidental y aplicable también en nuestros sistemas, he conjuntado varias de las citas hechas por Vladimiro Rivera, y que a mi criterio exponen claramente esa labor desarrollada por esas culturas.

Expone el citado autor que *La jurisprudencia romana, fue tan excelsa en lo jurídico que aceptado el Derecho Natural a sus circunstancias dividió las cosas del derecho divino en: a) cosas sagradas propias de los dioses, b) cosas religiosas, las propias de los dioses inferiores como los sepulcros, y c) cosas santas confiadas a los hombres, como las puertas de la ciudad... Los romanos admitieron que junto al derecho civil existían principios que*

⁴⁴ López Hernández, José. **Ob. Cit.** Pág. 158

aunque no estuvieran legislados por Roma o por otros pueblos, no por ello tenían menos fuerza ni menos efectividad como reglas necesarias para la convivencia humana.

El derecho Natural tuvo un proceso lento, entre el juscivile y el jusnaturale (derecho de la razón) Estatal, se fue formando el jus Pentium, integrado por reglas y principios comunes a todos los pueblos, lo que dio origen al derecho internacional... Los romanos, extendiendo el derecho Natural, hablaron de razón Natural (ratio tautales – lo jurídico) como fuente directa de muchas de sus leyes y disposiciones de derecho civil; y al referirse a la... equidad o aequitas que para los romanos era el instrumento mediante el cual el juez romano iba resolviendo y mejorando los nuevos planteamientos judiciales, significaba no solo lo que entendemos por equidad hoy día, sino un concepto de justicia primaria, de noción superior al espíritu que debe presidir toda decisión al aplicar el derecho al caso concreto.

Los romanos no perdieron nunca de vista la vida y la naturaleza de las cosas, y supieron hacer progresar continuamente el Derecho, según el contenido de las nuevas exigencias, pero con una técnica formal perfecta. En eso estriba su máxima gloria, el derecho occidental tiene como fuentes clásicas, la filosofía griega y la jurisprudencia romana⁴⁵.

Hasta aquí he enfocado mi investigación del derecho natural en la edad antigua, cumpliendo con la tarea que me impuse de dar, con la mayor claridad posible, algunas nociones históricas, su importancia y su caracterización en estas culturas, especialmente la romana, que como señala José López *no opusieron nunca el derecho natural como cuerpo jurídico al derecho positivo. Consideraron a aquél simplemente como un producto de la razón, una regla ideal, que debía servir para orientar al legislador (Cicerón) o para que el juez interpretase y aplicase el derecho (juristas).*

En este último sentido, los romanos equiparaban el derecho natural con la equidad y la razón común. En esta idea seguían los pasos de Aristóteles. Pero, además, el derecho natural tenía para ellos un sentido eminentemente práctico y estaba lejos aún la

⁴⁵ Rivera Montealegre, Vladimiro Gilielmo. **Ob. Cit.** Págs. 41 y ss.

*formulación de una teoría sistemática del mismo. Ésta habría de ser obra de la Escolástica primero y, más tarde, de la modernidad*⁴⁶.

Considero preciso resaltar que para los efectos de esta investigación, he privilegiado aquellas ideas del Derecho natural en la edad antigua que se decantan en un buen porcentaje por presentar como argumento del derecho natural la naturaleza humana, que como lo iré exponiendo en el curso de esta tesis, es mi principal objeto de estudio.

1.3.2 El derecho natural en la edad media.

Al entrar a conocer sobre esta etapa por la que ha transcurrido el Derecho natural, no puedo dejar pasar la oportunidad de comentar sobre el impacto que significó para la humanidad el fenómeno del cristianismo, pues, es desde este momento que se tienen nuevas y conflictivas formas de pensar el Derecho, ya que fue una fuente doctrinaria de gran relevancia; no se puede dejar de lado que en la vida cotidiana, y especialmente en el desarrollo jurídico de los Estados, el cristianismo ha tenido un gran espacio y que la propia iglesia se ha visto obligada a precisar cada vez más, y con suficiente claridad, su diferenciación entre lo sagrado y lo profano.

En ese contexto y tomando en consideración que la edad media fue un largo período que influyó el desarrollo de las ideas que alimentaron el concepto del Derecho natural, es preciso diferenciar algunas concepciones que me permitirán ubicar el tema, por ello comparto el criterio de José López al señalar que *El cristianismo es una religión, no una filosofía. Sin embargo, durante más de diez siglos (durante el fin de la antigüedad y toda la Edad Media) la filosofía hecha en Occidente se ha denominado «filosofía cristiana». A pesar de seguir el camino trazado por los griegos, el pensamiento durante estos siglos tenía como presupuesto la fe en la revelación cristiana. La filosofía llegó a convertirse en una actividad dependiente de la teología y subordinada a ella. Las ideas forjadas durante este período han pervivido, además, en la filosofía moderna, que es, por tanto, heredera de Grecia y del cristianismo.*

⁴⁶ López Hernández, José. **Ob. Cit.** Pág. 159

Por tanto, el cristianismo, evidentemente, ha aportado nuevas ideas (religiosas en su origen, filosóficas en su destino) a la historia de la filosofía general y del derecho...el pensamiento cristiano, mezcla de religión y de filosofía, constituye la última etapa de lo que aquí hemos llamado «período religioso» o «teológico», que abarca desde el inicio de la filosofía griega hasta el final de la Edad Media⁴⁷. Para Riddall El cristianismo ofrece una ventaja que los estoicos y otros sistemas religiosos no tuvieron: llena el hueco que dejó el declive de la religión del Imperio romano, enseñaba «Amaos los unos a los otros», pero añadía «y si lo hacéis seréis recompensados con la vida eterna», ofreció una recompensa y venció⁴⁸.

Considero que las ideas del cristianismo se centraron en aspectos profundamente dogmáticos, esto derivado, en parte, de la concepción trascendente de la idea de Dios y de la estigmatización que se le dio al hombre por nacer con un pecado original, generando esto último, según sus seguidores, la corrupción de la naturaleza humana que limita o anula la acción del hombre para la creación del derecho natural, por eso, considera López Hernández que *Desde el ámbito religioso que le es propio, el cristianismo aporta algunas ideas nuevas e importantes a la filosofía.*

De ellas, las que atañen más directamente al pensamiento jurídico son: 1) El concepto de Dios creador, que hace el mundo de la nada y se distingue perfectamente, como Ser supremo, de la naturaleza que es obra suya. Dios es trascendente al mundo y la naturaleza, concepto básico de la doctrina del derecho natural, se diferencia de Dios y adquiere de Él, a través de la acción creadora, sus caracteres esenciales. 2) El pecado original y la redención de Cristo plantean problemas a la concepción del derecho natural por parte de la filosofía cristiana.

Unos autores consideran que el pecado original corrompió totalmente la naturaleza humana y, por tanto, ésta no puede ser la sede o el criterio del derecho natural; la ley natural no se obtiene de la naturaleza humana por deducción racional, sino que es directamente implantada por la voluntad divina; Con estas nuevas ideas, la doctrina del derecho natural cristiano se inserta en la línea establecida por los estoicos y Cicerón,

⁴⁷ *Ídem.* Pág. 163

⁴⁸ Riddall, J.G. **Ob. Cit.** Pág. 92



asume el Decálogo bíblico como documento escrito de los preceptos fundamentales de la ley natural y añade a todo ello las enseñanzas de Cristo en los Evangelios, especialmente el precepto cristiano del amor⁴⁹.

Según lo expuesto por Vladimiro Rivera, la filosofía cristiana de la Edad Media se divide en tres principales periodos: el de los apologistas, la escuela de San Agustín y la escuela de Santo Tomas de Aquino. *Los apologistas o defensores cristianos, se le conoce así a un grupo de pensadores cristianos que se dedicaron a contestar los ataques de los escritores paganos... En lo jurídico, que es lo que nos interesa, consideraron en forma orgánica acerca de la justicia y las leyes... La escuela Patrística, iniciada por San Agustín, desde los orígenes del cristianismo, esta se dirigía a las conciencias de los hombres y a la moral, excluyendo los intereses terrenales, los que eran protegidos por las leyes romanas de derecho privado sin concretarse en construcciones sistemáticas sobre el derecho, la justicia y el Estado.*

En la escuela Patrística se confronta la razón griega versus dogmas cristianos, con inclinación por las no observancias de leyes injustas, que más adelante dio origen al derecho de resistencia del pueblo y defensa de los derechos humanos... en el tercer periodo aparece Santo Tomás de Aquino, cuya inclinación es, según los filósofos, materialista, y estigmado como seguidor de la escuela Aristotélica y cuya denominación es la escuela Escolástica⁵⁰.

Las figuras de San Agustín y de Santo Tomas juegan un rol importante en el desarrollo de las ideas cristianas, este período, que abarca casi diez siglos, es considerado el de mayor apogeo de la filosofía cristiana. Terán remarca en su obra una diferencia que es importante conocer, ya que el pensamiento de estos dos grandes de la iglesia tuvo discrepancias importantes: *El asentamiento institucional del cristianismo en la historia de occidente madura en la doctrina tomista, pero la imagen cristiana y estatal de la doctrina tomista da una diferencia de grado y de polémica interior entre el concepto del hombre y del Derecho natural en San Agustín y en Santo Tomás. Es muy importante esta diferencia, porque a la altura de la filosofía tomista, en el siglo XIII, se produce una concepción optimista, ya no*

⁴⁹ López Hernández, José. **Ob. Cit.** Págs. 164 y 165

⁵⁰ Rivera Montealegre, Vladimiro Gilielmo. **Ob. Cit.** Págs. 47- 49

*pesimista, del destino del hombre sobre la tierra; es decir, el destino del hombre sobre la tierra no es una preparación para la muerte, sino una lucha por el bien divino, viable no sólo en el Reino de Dios, sino como una tarea que se inicia en el mundo terreno*⁵¹.

Como lo expone José López, a la muerte de San Agustín, y luego de varios siglos, aparece la figura de Santo Tomás de Aquino y es aquí donde *la teoría del Derecho natural adquirió forma acabada*⁵². Se evidencia en sus obras la doctrina clásica del Derecho natural *principalmente en su Summa Theologica*⁵³.

Las ideas de Santo Tomas también fueron objeto de revisiones posteriores provocando que se dieran cambios a sus conceptos de ley y del Derecho natural y, *con la Escuela franciscana se produce una reacción contra el intelectualismo tomista que tendrá grandes consecuencias en la futura concepción del derecho. De hecho, en los dos principales autores de esta Escuela, Duns Escoto y Guillermo de Ockham, nace la corriente voluntarista, que ha de dividir la filosofía del derecho hasta nuestros días*⁵⁴.

Se evidencia que los conceptos de razón y fe han sido generadores de innumerables análisis por parte de los filósofos y de los clérigos, se han encontrado posturas que reflejan la complejidad de definir la ley natural e integrarla con los elementos que la revistan de legitimidad; se aduce que con Santo Tomas no había quedado resuelto este problema y genera *Lo que se ha llamado «el problema escolástico», es decir, la posibilidad de unir en una síntesis la razón y la fe, se había solucionado aparentemente en el siglo XIII con la síntesis tomista. Pero realmente en este mismo siglo había otros intentos de solución e incluso corrientes que la negaban. Ockham definitivamente disuelve este problema, concluyendo que es imposible unir las verdades que se basan en la fe (Teología) y las que se basan en la razón natural (Filosofía). La ley natural moral es, para Ockham, íntegramente una ley divina, que nace de la voluntad de Dios. Ya no es, como en Santo Tomás, una ley del intelecto divino, accesible por eso mismo a la razón humana a través de la evidencia*⁵⁵.

⁵¹ Terán, Juan Manuel. **Filosofía Del Derecho**. Pág. 269

⁵² López Hernández, José. **Ob. Cit.** Pág. 181 y ss.

⁵³ Riddall, J.G. **Ob. Cit.** Pág. 94

⁵⁴ López Hernández, José. **Ob. Cit.** Págs. 205 y 206

⁵⁵ **Ídem.** Págs. 214 y 216

Ockham, citado por López Hernández, hace una revolucionaria transformación en el terreno de las ideas jurídicas ya que *abre para el hombre una vía de acceso al conocimiento del derecho natural a través de la recta razón, impuesta por la propia voluntad divina; de esta manera, en el amplio campo del gobierno temporal y del derecho positivo existe un criterio de razón que ha de regir las actuaciones del poder político y que permite a éste evitar las intromisiones del poder del Papa y de la jerarquía eclesiástica. En resumen, mientras reduce el ámbito de la ley natural o divina, amplía enormemente el ámbito del derecho positivo humano*⁵⁶.

Concluyo en este punto con la cita de José López referente a las aportaciones de Ockham quien es considerado el pionero de las ideas orientadas a la filosofía jurídica, remarcando su decisión de prescindir de la razón divina como fundamento del Derecho natural e incorporando la voluntad, reintroduciendo la razón humana como medio para conocer y decidir lo que establece el derecho natural. *En esta simple fórmula, confusa y sutil, está resumido el principio del mayor cambio que ha de producirse en el pensamiento jurídico al final de la Edad Media. Dos siglos más tarde, las circunstancias históricas y los últimos desarrollos del pensamiento escolástico en España prepararán definitivamente el salto hacia una nueva concepción del derecho natura*⁵⁷.

El autor del párrafo precedente me ha sido de mucha utilidad para presentar la evolución del derecho natural en la época medieval y concluir de manera simple los cambios de la filosofía, identificada mejor como Teología, y de la metafísica que le fue de gran apoyo.

La etapa que entro a analizar en forma sucinta, es sin duda alguna un cambio dramático para la iglesia, y por ende para las concepciones del Derecho natural; las ideas de Martín Lutero vienen a convertirse prácticamente en un instrumento que, entre sus objetivos principales, tiende a hacer un llamado a la emancipación contra la arbitrariedad, que según él, la iglesia cometía ocultándolas en sus facultades potestativas. *La reforma protestante, iniciada por Lutero y continuada por Calvino y otros, que produce la escisión definitiva entre fe y razón, entre saber teológico y saber filosófico-científico.*

⁵⁶ López Hernández, José. **Ob. Cit.** Pág. 222

⁵⁷ **Ídem.** Pág. 223

Lutero reclama para el ámbito religioso exclusivamente el recurso a la fe, que implica la relación directa del hombre con Dios a través de su voluntad libre. En este ámbito la moral intelectualista, cuyo núcleo era la ley natural dictada por la razón divina y conocida por la razón humana, que obligaba al hombre y le conducía así a la perfección, pierde sentido para Lutero, así, la reforma protestante abre el camino a una separación radical de estos ámbitos, el religioso y el mundano. Donde triunfan sus doctrinas se produce un rechazo del intelectualismo tomista. Los autores protestantes sólo tendrán como alternativa rechazar el derecho natural e ir decididamente hacia el positivismo jurídico o, como ocurrió en la mayoría de los casos, restaurar la doctrina del derecho natural sobre bases diferentes al intelectualismo⁵⁸.

Otro fenómeno que marca la trayectoria del Derecho natural es el renacimiento italiano que se verá caracterizado por evidenciar la lucha entre las creencias dogmáticas teológicas que forman parte del estilo de vida *El renacimiento producirá, implícitamente, una valoración antropológica y, por lo tanto, también en el campo del derecho y del Estado un cambio de valores en la concepción jusnaturalista escolástica. El mundo de las ideas renacentistas niega el derecho natural divino y el derecho natural del hombre, porque si bien no se combate al cristianismo, tampoco se vive conforme a las reglas medievales cristianas... los renacentistas no son ateos, pero no viven de acuerdo con las reglas del ascetismo cristiano. Justamente, esta situación da lugar a un movimiento tan importante como el Renacimiento que es la Reforma en el norte de Europa⁵⁹.*

De acuerdo a lo expuesto, esa valoración antropológica que se inclina por el estudio de la realidad humana y, básicamente en sus aspectos sociales, se ve identificada con la reforma protestante; ese significativo cambio de paradigma, va a conceder el espacio para que se estudie de forma diferente a la persona humana, así como concederle libertades como la objeción de conciencia; esto sigue aunando a mi posición sobre ese carácter humanista que se ve reflejado en nuestra actual constitución y, que como lo expondré en el capítulo correspondiente, es la evidencia de la corriente humanista.

⁵⁸ *Ibíd.* Págs.228 y 229

⁵⁹ Terán, Juan Manuel. *Ob. Cit.* Págs.271 y 274

La diferencia fundamental que establecen los reformistas frente al estado escolástico dominante es el libre examen de la doctrina religiosa; es decir, que los individuos, la persona humana individual, pueden examinar libremente los términos de la palabra cristiana. Coincide con el espíritu del Renacimiento el individualismo de la Reforma protestante, que establece el cuerpo espiritual cristiano a partir de la afirmación de la libre voluntad de los individuos. En el espíritu del Renacimiento y de la Reforma se incubaba una «corriente humanista» que contrasta con las ideas anteriores. Ante la existencia del Reino de Dios, el hombre actúa con mayor autonomía. Este espíritu humanista que florece a la altura del siglo XVI es proyectado en las doctrinas cristianas y en la idea del derecho natural⁶⁰.

Como corolario a esta breve relatoría sobre el Derecho natural en la edad media, considero pertinente citar la doctrina individualista; esta se enfoca básicamente en la elaboración del concepto de hombre nuevo dentro de la filosofía del Derecho y cuyo punto de partida será la idea de una ilimitada libertad del hombre-individuo; tiene de relevancia que, junto a las ideas de la época antigua citadas en el punto anterior, es la precursora de la tesis de que el Estado solo puede nacer de un contrato celebrado por individuos originalmente libres. Esta doctrina, como lo señala Bernardino Montejano *se desenvuelve en tres direcciones: la primera sería la de transición hacia los tiempos modernos, entre cuyos representantes señala a Vásquez de Menchaca y Grocio; la segunda sería la doctrina del derecho naturalista, expuesta por Hobbes, Locke y Rousseau; y la tercera, la racionalista, representada por Pufendorf y Wolff⁶¹.*

1.3.3 El derecho natural en la edad moderna.

Al entrar al tercero de los períodos históricos en los que ha dividido tradicionalmente el mundo occidental el desarrollo de la humanidad, he de indicar que, de acuerdo a lo que distintos autores han coincidido, es el período en el que triunfan los valores de la modernidad: la razón, el progreso y la comunicación, los cuales se contraponen a lo que se le denomina la etapa oscura que también se identifica como la etapa del aislamiento o atraso de la humanidad.

⁶⁰ **Ídem.** Pág. 271

⁶¹ Montejano, Bernardino. **Ob. Cit.** Pág. 120

Esta etapa se caracteriza, en parte, por buscar un referente en la edad antigua: se retoman las ideas de la época clásica que dieron fundamento a ideas sobre la importancia del ser humano. *Este período constituye la primera parte de lo que hoy denominamos Modernidad, entendida la era que abarca desde el renacimiento hasta nuestros días. Hay tres hechos sociales que determinan el horizonte histórico de la Modernidad en general y que influyen en la concepción del derecho. Estos son: el surgimiento del Estado-nación, la consolidación del sistema económico capitalista o de mercado y el nacimiento de la ciencia moderna.... En esta etapa la concepción general del derecho cambia respecto de la época anterior.*

Ahora ya no se concibe el derecho como algo que tiene su origen en la transcendencia... y que desde ahí ha sido tratado a la mente de los hombres y al ámbito de la sociedad. Por lo contrario, el derecho es concebido como algo inmanente al mundo humano⁶².

Uno de los eventos trascendentes de este período fue el nacimiento de la escuela del Derecho natural ya que en la Edad moderna, ya no concibió el orden ético – jurídico como emanado de la voluntad divina o de la razón de Dios o de la voluntad de Dios y se entendió dicho orden como emanado de la naturaleza, orden inquebrantable de la realidad Natural... Con dicha escuela se origina la filosofía del derecho moderno, cuyo movimiento denominado iusnaturalista, es fruto de la fusión de la filosofía y el derecho, lo cual dio origen a la filosofía del derecho moderno, que nació con la escuela del derecho Natural⁶³.

En el contexto de la escuela clásica, donde destacan las figuras de Grocio, Tomasio y Pufendorf, predominan, en relación a los derechos naturales del hombre, las ideas alejadas de la influencia teológica y fundamenta estos derechos en principios axiomáticos racionales de modo matemático *los principios del derecho natural son axiomas racionales, evidentes y exactos para la vida social. Tales principios no descansan en una voluntad metafísica trascendente, sino en la evidencia racional; el fundamento eterno de los principios del derecho es su evidencia clara y distinta⁶⁴.*

⁶² López Hernández, José. **Ob. Cit.** Págs. 246 y 247

⁶³ Rivera Montealegre, Vladimiro Gilielmo. **Ob. Cit.** Págs. 66 y 67

⁶⁴ Terán, Juan Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 280

Grocio, se puede considerar como uno de los autores que aporta fundamentos esenciales al Derecho natural como el social, llegando sus investigaciones a descubrir ciertas cualidades del ser humano: *1. La facultad de obrar conforme a conceptos generales y particulares de sociedad, 2. El deseo del hombre de obrar dentro de la sociedad, concibiendo ello el fundamento del derecho Natural; Consideraba a la ley Natural como emanación de la ley divina. Afirma también que el derecho Natural es inmutable y que vale independientemente de cualquier consideración de tiempo o lugar, mientras que el derecho positivo varía según los países, las épocas y las necesidades*⁶⁵.

Montejano refiere que *Grocio define, el derecho natural es el dictado de la recta razón que indica si una acción cualquiera es moralmente, necesaria o torpe, según su conformidad o disconformidad con la propia naturaleza racional, y que, por consiguiente, dicha acción es ordenada o prohibida por Dios, respectivamente*⁶⁶.

Por la relevancia que reviste el punto de los derechos del ser humano en este trabajo de tesis, es preciso indicar que en la escuela clásica del Derecho natural y especialmente en las ideas de Hugo Grocio, se fundamentan los derechos humanos, y que como lo he expuesto, en nuestra Constitución tienen preeminencia; *Tan es así, que las Constituciones actuales de los Estados democráticos tienen como primer capítulo precisamente la afirmación de los derechos del hombre, y si se agrega lo natural, serán los derechos naturales del hombre... El hombre moderno, más que oponerse al cristianismo, intenta la formación de un orden autónomo de su voluntad y su razón. Esto significa que detrás del sistema jurídico y estatal moderno está una escuela de derecho natural...*⁶⁷.

Otro de los pensadores de obligada referencia en mi tesis es el filósofo inglés Tomás Hobbes, quien aporta importantes fundamentos filosóficos al Derecho natural. Sus escritos de mayor relevancia fueron en su orden: "Elementos de Derecho natural y política"; posteriormente publica su obra "Del ciudadano" y finalmente concluye el aporte de sus ideas filosófico-políticas con "El Leviatan".

⁶⁵ Rivera Montealegre, Vladimiro Gilielmo. **Ob. Cit.** Pág. 69

⁶⁶ Montejano, Bernardino. **Ob. Cit.** Pág. 122

⁶⁷ Terán, Juan Manuel. **Ob. Cit.** Págs. 283 y 284

El filósofo alemán Leo Straus, estudioso de la filosofía política de Hobbes manifiesta que en los siglos XVII y XVIII las teorías del de la ley natural fueron por excelencia las más acogidas. Fue precisamente Hobbes *sólo él quien formuló la pregunta fundamental por la vida justa del hombre y el ordenamiento justo de la sociedad... en él se estableció el fundamento sobre el que descansa eternamente el desarrollo moderno de la filosofía política, y constituye el punto del que debe partir todo intento de comprensión exhaustiva del pensamiento moderno*⁶⁸.

*Su posición respecto al derecho natural y al derecho positivo es muy esclarecedora, porque refleja las ambigüedades de la doctrina moderna del derecho natural y su profundo carácter de corriente que habría de preparar el camino para el surgimiento del positivismo jurídico en el siglo XIX*⁶⁹. ...*el naturalismo de Hobbes nos conduce al positivismo*⁷⁰.

El filósofo neerlandés Benito Spinoza al referirse al derecho Natural, lo plantea como un largo predicamento al factor racional, a la fuerza espiritual, según él, el hombre, por ser tal, se encuentra guiado por la razón , que es una facultad natural en él. *Define entonces Spinoza, por Derecho e institución natural, no entendiéndola otra cosa que las reglas de la naturaleza de cada individuo, según las cuales concebimos a cada uno determinado naturalmente a existir y a obrar de cierto modo*⁷¹.

El pensador inglés John Locke, considerado el padre del empirismo y del liberalismo moderno, afirmaba que la ley Natural se encuentra insertada en la razón del hombre. Estimaba que el individuo poseía ya derechos inalienables como el de la libertad, los cuales eran respetados por todos porque el ser humano es por naturaleza sociable; fue uno de los pensadores que inicio la discusión sobre los derechos del hombre y del ciudadano. *Locke es el representante más significativo de la Escuela del Derecho Natural moderno y el que formula una versión más equilibrada de esta doctrina, manteniendo lazos incluso con la tradición del Derecho Natural clásico*⁷².

⁶⁸ Straus, Leo. **La filosofía política de Hobbes.** Pág. 26.

⁶⁹ López Hernández, José. **Ob. Cit.** Pág. 286.

⁷⁰ Montejano, Bernardino. **Ob. Cit.** Pág. 124.

⁷¹ López Hernández, José. **Ob. Cit.** Pág. 314

⁷² **Ídem.** Pág. 325

El jurista e historiador alemán Samuel Pufendorf pondera el uso de la razón en forma sistemática, por lo que Montejano considera que con *Pufendorf* asistimos al primer intento de construir un sistema de derecho natural con la sola ayuda de la razón⁷³. Pretende construir la ciencia del derecho natural con un método similar al que se empleaba en las ciencias físicas; un método resolutivo-compositivo, según la terminología de Galileo, que comenzaba con el análisis de los hechos, usando la experiencia, para obtener conceptos claros y, a continuación, deducir de tales principios las preposiciones científicas.⁷⁴

Otro filósofo, jurista y periodista alemán, Cristian Thomasius critica la visión metafísica de la filosofía y defiende que su valor reside en su utilidad: contribuir tanto al bien común o social, como a la felicidad y bienestar del individuo. La filosofía es un instrumento de progreso y debe liberarse de las influencias de la tradición.

En su obra "Fundamentos del derecho Natural y gentes" refiere que el derecho natural es la ley del mundo dada a todos los hombres y esta vale para todos los hombres y todas las naciones. *Thomasius* es un precedente de Kant, para quien, el derecho natural es sólo una condición de posibilidad racional del derecho positivo; el derecho positivo es, a su vez, la condición de validez jurídica del derecho natural⁷⁵.

Al concluir las referencias sobre el Derecho natural en la época moderna, deseo destacar la pluralidad de ideas, algunas de ellas contrapuestas, pero *Durante toda la Época Moderna* hemos visto cómo la reflexión jurídica ha oscilado entre diversas doctrinas del derecho natural que conducían, bien a una concepción iusnaturalista, afirmando que el derecho positivo sólo es legítimo si se basa en principios y preceptos objetivos deducidos de la naturaleza humana (Locke, Pufendorf), bien a una concepción iuspositivista, que afirmaba la existencia de un derecho natural presocial que nada tiene que ver con el derecho positivo, pues éste nace exclusivamente de la voluntad del Estado (Hobbes)⁷⁶.

⁷³ Montejano, Bernardino. **Ob. Cit.** Pág. 130

⁷⁴ López Hernández, José. **Ob. Cit.** Págs. 263 y 264

⁷⁵ **Ídem.** Pág. 391

⁷⁶ **Ibid.** Pág. 447

1.4 El derecho natural en América.

El debate en América sobre el Derecho natural se puede decir que inicia con la interrelación entre los indios y los conquistadores; la crueldad a que fueron sometidos los indios y las dificultades que veían los clérigos españoles en el proceso de evangelización fueron argumentos para que personajes como Bartolomé de las Casas acudiera al Derecho natural para defender la vida, la seguridad y la libertad. Este último derecho fue asociado a la condición de no ser esclavo y, que los indios eran seres humanos dotados de alma y de razón; de ello se desprendía que todas las naciones del mundo son humanas. Ahora bien, según Terán *La historia se inicia a partir de las culturas pre-cartesianas con la gran tradición que va de la Conquista a la Colonia. La Conquista y la Colonia tienen su estilo político.*

Para una mirada poco atenta, poco o nada pueden significar las tesis jusnaturalistas en la Conquista y la Colonia. Pero bastan los más elementales conocimientos de la historia y los también elementales conocimientos de la filosofía acerca del derecho natural para advertir, de inmediato, una profunda vinculación entre la mentalidad imperial regia que avasalla por la Conquista y la Colonia a los pueblos de América Latina y las condiciones inherentes al ideal de un derecho natural teológico⁷⁷.

La idea del Derecho natural rige entre los misioneros para justificar la libertad de los indios, siempre y cuando se encuentren bajo la tutela del cristianismo, que era apoyado por los reyes, por ello *El gobierno monárquico español católico que rige los destinos de esas aventuras, sólo es inteligible a través del derecho natural teológico. Los reyes lo son por principio de derecho divino, propio de una doctrina jusnaturalista específica... Por si esto fuese poco, la base en que se funda el derecho a la conquista desde el punto de vista de España en sus relaciones coloniales es de derecho cristiano. Envía a sus emisarios a la ocupación de otros pueblos porque esos pueblos no estaban bajo el orden jurídico de la cristiandad; es un derecho por delegación de justicia divina; una estructura de derecho natural. En otras palabras, el régimen de derecho aplicado en la Conquista y la Colonia sólo es inteligible a partir de cierta idea del derecho natural teológico⁷⁸.*

⁷⁷ Terán, Juan Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 366

⁷⁸ **Ídem.** Págs. 367 y 368.

En el caso de los Estados Unidos de América, se tiene una noción casi generalizada, en muchos autores, que el Derecho natural norteamericano tiene su asidero inicial en la conflictividad que les generó a los colonos la no observación de sus derechos por las leyes inglesas ante el rey, fue entonces cuando estos invocaron la ley natural. La evidencia más clara de esto lo podemos observar en la declaratoria de independencia de ese país, pues es ahí donde hacen invocación a la ley natural y su reconocimiento a los derechos inalienables de que las personas han sido dotadas por Dios; Tomas Jefferson reconoce la influencia de las ideas de Aristóteles, Cicerón, Locke y otros, Alexander Hamilton también influencio con sus recomendaciones para que se estudiaran las ideas de muchos de los autores que he citado con anterioridad (Santo Tomas, Grocio, Locke, Pufendorf).

En el orden político, los norteamericanos vieron la necesidad del consentimiento de los gobernados para la legitimidad de su gobierno: su fundamento básico es el hecho de que el poder político reside originalmente en el pueblo quien lo delega en sus autoridades por el elegidas y para ejercerlo siempre conforme al Derecho natural. La influencia de las ideas de Santo Tomas se evidencia en que los pensadores norteamericanos definieron la ley como una ordenación del bien común: tal ordenación corresponde entonces a la comunidad y legislar pertenece a la comunidad.

En el ámbito judicial la filosofía norteamericana más inclinada a la práctica que la especulación, que en la mayoría de sus filósofos, encuentra simpatía por lo práctico y procedimientos sencillos, muy al contrario, se nota la tendencia de reaccionar en contra del formalismo rígido y el conceptualismo abstracto, ello para estudiar la realidad de la naturaleza del Derecho tal como se forma en la práctica judicial y funciona en la vida social... John Rawls con su obra «La Teoría de la Justicia» para encontrar la base de la obediencia del derecho, parte de los motivos filosóficos de los pobladores de América, donde concluye que partiendo del estado de la posición inicial y con los principios de imparcialidad, así como el velo de la ignorancia, se explica la noción de justicia y el concepto de Derecho.

Rawls tiene una postura intermedia entre las teorías materiales o de contenido que condicionan el deber a los valores existentes en la sociedad en un momento determinado y

las teorías consensuales o procedimentales, que condicionan la obediencia del derecho al consentimiento tácito del compromiso justo⁷⁹.

1.5 El derecho natural en Guatemala.

En esta etapa de mi trabajo de tesis, la siguiente referencia solo tiene la intención de enmarcar la situación de nuestro país en un contexto histórico que, al igual que en otras regiones del continente, refleja la influencia de un Derecho natural teológico que nos fue heredado por la ocupación española; esta influencia teológica, que en mi criterio aún se mantiene, aun cuando el movimiento reformista vino a cambiar ciertos criterios, se evidencia en países como México y el nuestro, por ello me parece de singular relevancia la postura de Juan Manuel Terán al señalar que *Todavía el movimiento de Independencia es un movimiento que no niega la idea del derecho natural teológico; la situación, en suma, es que la Conquista, la Colonia y la Independencia no quebrantan la fe en un derecho natural teológico.*

Hay sólo una diferencia de grado entre la Colonia y la Independencia, que escinde al Estado... separándolo del régimen español. La base decisiva de la mentalidad política moderna... es, sin duda, el movimiento de la Reforma, porque ésta ya no es inspirada, como la Conquista, la Colonia y la Independencia, en el derecho natural teológico, sino en la otra gran dirección de la escuela clásica del derecho natural, en un jusnaturalismo racional y positivo. La Reforma... equivale a la Ilustración del humanismo europeo, al movimiento que va de la reforma de Lutero a todo lo largo de la historia europea. En el siglo XIX, cuando la independencia se ésta haciendo... buena parte de Europa se encuentra a la altura del Estado democrático moderno⁸⁰.

⁷⁹ Rivera Montealegre, Vladimiro Gilielmo. **Ob. Cit.** Págs. 127 y 128.

⁸⁰ Terán, Juan Manuel. **Ob. Cit.** Págs. 367 y 368.

CAPÍTULO II

2. El derecho positivo

Me apresto ahora a enfocar mi trabajo de tesis en el otro gran tema de discusión: el Derecho positivo; para ello es necesario analizar previamente algunos conceptos que me ayudaran, como lo hice en el primer capítulo, a enfocarlo de la manera más objetiva posible e ir exponiendo mi criterio al respecto, me auxiliaré en esta tarea de los pensamientos de destacados exponentes del positivismo jurídico, tanto tradicionales como de las nuevas generaciones, que han aportado valiosos conocimientos.

2.1 El ordenamiento jurídico.

El Derecho podemos concebirlo como una técnica que pretende organizar la conducta de los seres humanos para lograr determinados objetivos por medio de patrones de conducta que se manifiestan a través de las normas, las cuales, no existen aisladas o independientes; estas normas deben estar conjuntadas de tal manera que sean funcionales: es a esto a lo que se denomina ordenamiento jurídico. *El término en cuestión expresa bien la idea del Derecho como sistema de normas, unitario y coherente, en un marco interno autónomo y propio, independiente de otras reglas de comportamiento, con las que tiene que mantener necesariamente relaciones, pero conservando su identidad*⁸¹.

Vemos entonces que la noción de ordenamiento jurídico lleva implícita una serie de conceptos que se han manejado a través de la historia y que tienden a reunir una serie de características como su unidad, su coherencia y su plenitud, donde *el ordenamiento jurídico podría definirse como el sistema de normas e instituciones jurídicas vigentes en un grupo social homogéneo y autónomo.*

La palabra «sistema» indica que no se trata de una agrupación de normas, meramente yuxtapuestas, sino de una estructura unitaria de normas, es decir, de un conjunto de normas relacionadas de un modo coherente que constituye una unidad. El propio término «ordenamiento» subraya esta idea de organización, sin la que no cabría hablar de la

⁸¹ Soriano, Ramón. **Compendio De Teoría General Del Derecho**. Pág. 128.

*existencia de un sistema de normas y consecuentemente tampoco de ordenamiento jurídico propiamente dicho*⁸².

En la doctrina, aludiendo a la unidad del ordenamiento jurídico, se tiene cierto consenso en que este es un conjunto de normas integradas en un todo, por ello apunta Soriano que *Una de las cualidades esenciales del ordenamiento jurídico es la unidad, que quiere decir que todas las normas están relacionadas entre sí en una estructura jerárquica, de manera que las normas inferiores deben su validez a las superiores y todas en general a la norma fundamental situada en la cúspide de la jerarquía. Más concretamente, la unidad del ordenamiento jurídico se obtiene cuando todas y cada una de las normas del ordenamiento jurídico son válidas...*⁸³. Esta identificación que hace el autor de la validez, lo considero un criterio que va enfocado a la pertenencia de las normas a un sistema para asegurar la unidad del mismo.

Esta otra característica del ordenamiento jurídico permite que se pueda discutir sobre una noción ordenada de este en su condición de ordenamiento pleno; aunque a través de los procedimientos que el propio sistema provee y las facultades que se le confieren a los jueces y tribunales para resolver los casos imprevistos, las ambigüedades y lagunas jurídicas se pretende encontrar una manera de llenar los vacíos que siempre existen, por lo que la plenitud del ordenamiento jurídico sólo la percibo como un ideal que no se logra alcanzar. *La plenitud del ordenamiento jurídico es la cualidad que le hace contener soluciones para todos los conflictos jurídicos que pueden originarse en su seno. La plenitud es una vieja aspiración de la ciencia jurídica siempre inalcanzable, porque la sociedad genera en su interior distorsiones y desavenencias que no pueden solventarse con suficiente premura por las normas del ordenamiento jurídico.*

*El cambio jurídico va siempre por detrás del cambio social, de manera que a veces la sociedad se ve obligada a auto-regularse espontáneamente con los usos sociales*⁸⁴. Ahora bien, *Que la plenitud sea un ideal inalcanzable no quiere decir que los ordenamientos jurídicos no deban perseguir su conquista, pues su perfección estará en función del grado*

⁸² **Ídem.**

⁸³ **Ibíd.** Pág. 130

⁸⁴ **Ibíd.** Pág. 141

*de plenitud obtenida... Los juristas deben tender a construir un ordenamiento jurídico con el mayor grado posible de autosuficiencia, pero conscientes de que nunca conformarán un ordenamiento jurídico verdaderamente pleno*⁸⁵.

Cuando hablamos de la coherencia del ordenamiento jurídico lo percibimos como un conjunto de normas que cuenta con una ordenación lógica interna de sus componentes básicos, especialmente de las normas como unidades básicas que se identificarán con determinado sistema; pero esta concepción de coherencia nos enfrenta nuevamente al problema de las antinomias que pueden existir. *La coherencia es la cualidad que hace compatibles todas las normas contenidas en el ordenamiento jurídico.*

*El ordenamiento jurídico es incoherente, sensu contrario, cuando en su interior colisionan normas incompatibles que establecen diversas, e incluso contradictorias, consecuencias jurídicas para unos mismos supuestos jurídicos. Cuando en el ordenamiento jurídico aparecen una o más normas incompatibles se dice que se ha producido una situación de antinomia jurídica y a tales normas se les da el nombre de normas antinómicas*⁸⁶.

Decimos que existe una antinomia cuando dos o más normas regulan un mismo supuesto de hecho, estableciendo una consecuencia jurídica que es contradictoria u opuesta entre sí. *Si en el ordenamiento jurídico existen supuestos de normas antinómicas que impiden su coherencia, es necesaria la búsqueda de unos criterios para subsanarlos; de lo contrario, el exceso de normas superfluas restaría valor a la unidad del ordenamiento jurídico, provocaría graves problemas de incertidumbre en la aplicación del Derecho por los jueces y, a la postre, el simple ciudadano sufriría las consecuencias de una falta de seguridad jurídica*⁸⁷.

El problema de las antinomias se ha tratado con diferentes criterios, entre los que se pueden mencionar: el cronológico, el jerárquico y el de la especialidad.

⁸⁵ **Ibíd.** Págs. 141 y 142

⁸⁶ **Ibíd.** Pág. 160

⁸⁷ **Ibíd.** Págs. 162 y 163

2.2 El Estado y el derecho.

Es indiscutible que no puede existir Estado sin Derecho, ni Derecho sin Estado, pero determinar las relaciones entre ellos representa las siguientes dificultades: 1) El problema de definir el Derecho, lo cual resulta un tanto difícil ya que, como expuse en el capítulo anterior, el concepto de Derecho presenta la complicación de que debe ser un concepto claro, que abarque la totalidad de aspectos que lo pueden integrar; para ello se puede partir de un concepto objetivo independiente de la naturaleza humana o de un concepto subjetivo que implica considerarlo sólo como una cuestión interna del hombre; 2) El problema del Derecho público, del cual podríamos plantearnos cuestiones como: la capacidad del Estado mismo de darse un ordenamiento jurídico y de si hay un derecho para el Estado y en que podría éste fundamentarse; 3) El Estado y la formación del derecho, situación que presenta la eterna dificultad de determinar si existe un Derecho anterior al Estado y , 4) El problema de determinar si existe la obligación del Estado con relación a su Derecho.

Para Kelsen, Se trata de la distinción que habitualmente se designa como la oposición entre autonomía y heteronomía, y que la teoría del derecho suele establecer en lo esencial en el terreno de los derechos estatales. Aquí aparece como una diferencia entre democracia y autocracia, o entre república y monarquía, permitiendo la división corriente de las formas del Estado. Sólo que aquello que se concibe como la forma del Estado no es más que un caso especial de la forma del Derecho en general.

Se trata de la forma del Derecho, es decir, del método de producción de Derecho en la grada superior del orden jurídico, en el terreno de la Constitución... pero el problema de la forma estatal, como cuestión referente al método de producción de Derecho, no se da solamente en la grada constitucional, ni si quiera solo en la legislativa, sino en todos los niveles de producción de derecho y, en especial, en los diversos casos de instauración de normas individuales: acto administrativo, sentencia judicial, negocio jurídico⁸⁸.

⁸⁸ Kelsen, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. Págs. 285 y 286

En el caso de Kelsen y su postura frente al Estado y el Derecho, llama la atención el carácter ideológico que le da al tema, pues habiendo sido él un teórico del derecho positivo, consideró que este es más un problema técnico que de otra naturaleza, *De ahí que, en el mejor de los casos, pudiera hablar de dos terrenos jurídicos conformados en forma técnica diferente, pero no de una contraposición esencial absoluta entre Estado y Derecho. Este dualismo, lógicamente insostenible, no tiene carácter teórico alguno, sino solo ideológico*⁸⁹.

Ahora bien, Kelsen analiza también esta dicotomía de Estado y Derecho desde la perspectiva del dualismo que presenta el propio Estado, pues, a este, hay que verlo como un ente jurídico más y como uno independiente del orden jurídico, por ello este autor refiere que *“En la oposición que la teoría tradicional del derecho supone entre el derecho público y privado, aparece ya con gran claridad el poderoso dualismo que domina a la ciencia del derecho moderna, y, de consuno, a todo nuestro pensamiento social: el dualismo de Estado y Derecho. Cuando la teoría tradicional del Derecho y Estado, contrapone el Estado al Derecho, como un ente distinto, afirmándolo al mismo tiempo como un ente jurídico, lo hace en cuanto considera al Estado como sujeto de obligaciones jurídicas y facultades, es decir, en cuanto lo considera como una persona, y simultáneamente le atribuye una existencia independiente del orden jurídico*⁹⁰.

La defensa de Kelsen a un orden jurídico libre de toda interferencia, que no provenga del orden jurídico mismo, lo lleva a determinar que tanto el Estado como el derecho pertenecen a ese mismo orden *Desde el punto de vista de un positivismo jurídico consecuente el Derecho, de igual modo que el Estado, no puede ser reconocido sino como un orden coactivo de la conducta humana, sobre cuyo valor moral o de justicia nada se dice con ello. Entonces cabe concebir al Estado como ni más ni menos jurídico que el Derecho mismo. Esta disolución crítico-metódica del dualismo entre Estado y Derecho constituye de consuno la anulación sin consideraciones de una de las ideologías de legitimación más eficaces; de ahí la apasionada oposición que enfrenta, por parte de la teoría tradicional del Derecho y del Estado.*

⁸⁹ **Ídem.** Pág. 287

⁹⁰ **Ibíd.** Págs. 289 y 290

*La tesis fundada por la teoría pura del Derecho de la identidad del Estado y el Derecho*⁹¹. Esta abstracción que hace este autor de otros elementos ha generado la enorme discusión sobre lo parcial que puede ser la teoría pura del derecho en los actuales momentos.

Como he señalado al principio de este capítulo, no se puede dejar de concebir al Estado sin el Derecho y como lo señalaba el filósofo del Derecho Luís Recasens es *decir, sin referimos a una instancia de poder social, que imponga inexorablemente las normas jurídicas. Pues aunque la teoría jurídica pueda hacer abstracción de los elementos meta-jurídicos, habrá de contener siempre la mención de la instancia efectiva que sirva para imponer inexorablemente el Derecho. En suma, y esencialmente, el Estado es una instancia de poder que impone inexorablemente unas normas. Así, ocurre que al pensar en el Estado tenemos que referimos al Derecho, pues sin éste no sería posible concebir al Estado; y cuando pensamos en el Derecho positivo hemos de referimos necesariamente al Estado, pues aquél sin éste no sería propiamente Derecho positivo*⁹².

2.3 Derecho y sociedad.

El Derecho, al quedar inmerso en el campo de las ciencias sociales, representa esa estructura de normas que se deben seguir y respetar por los miembros de la sociedad; esa obligatoriedad y los consensos representan dos de los nexos imprescindibles para que las relaciones derivadas de vivir en una sociedad sean funcionales. Camilo Velásquez refiere que *Las relaciones entre el Derecho y la Sociedad se fundan en un conjunto de elementos: Se refieren éstos al espíritu de «coexistencia» de la especie humana, la realidad muestra que la coexistencia, el tolerarse, el vivir juntos no es un acto espontáneo sino que procede de un propósito, de una decisión, la necesidad del «consenso» es una convergencia del querer individual que permite identificar en cada núcleo humano, en cada sociedad, un acuerdo medio, un común denominador, una mentalidad general, llámese bien común o interés general... en su consenso, en sus acuerdos, requiere una «disciplina». Esta disciplina se materializa a partir de unas normas, de unas reglas de conducta. Cuando la*

⁹¹ **Ibíd.** Págs. 320 y 321

⁹² Recasens Siches, Luis. **Tratado general de filosofía del derecho.** Pág. 365

*sociedad logra establecer esas normas de conducta, se ha hecho una idea del Derecho. En ese momento comienza a surgir el orden jurídico*⁹³.

El jurista y filósofo español Gregorio Peces-Barba relacionaba el Derecho con los procesos de organización social; así, el Derecho lo veía como un proceso de “ingeniería social” cuya función que cumple es de lograr la armonía entre los miembros de la sociedad, acción que facilita alcanzar uno de los objetivos perseguidos por esta: el bien común. El derecho, *organiza la estructura normativa de la sociedad, organiza los comportamientos de los individuos y regula e interviene, según los casos, en la estructura social y económica. El Derecho es considerado, entonces, como una institución y, por tanto, como actividad organizada de los grupos sociales*⁹⁴. Interpreto que, en este caso, el autor se refiere al Derecho positivo.

2.4 Derecho natural y derecho positivo.

El debate que ha perdurado a través de los años y generado la producción de tantas obras de destacados juristas, considerado uno de los eternos temas del derecho, es sin duda la contraposición que se da entre Derecho natural y Derecho positivo; contraposición que como lo expondré en su oportunidad, en la actualidad debemos verla más como complementaria y no contradictoria. En este sentido comparto las ideas de tratadistas como Arthur Kaufmann y Eduardo Russo, entre otros, que han delineado sus teorías con elementos claves de cada una de las corrientes para lograr un balance positivo para las sociedades contemporáneas.

*Derecho natural y Derecho positivo, en cuanto teorías, se necesitan recíprocamente para su definición, pese a sus pretensiones de verdad o exclusividad. La idea de Derecho natural surgió, para descalificar al decreto del príncipe y a las creencias populares. El Derecho positivo, nace ideológicamente como refutación de la concepción teocrática del poder, y el correlativamente necesario fundamento de legitimidad basado en la soberanía popular*⁹⁵.

⁹³ Velásquez Turbay, Camilo. **Derecho Constitucional**. Págs. 134 y 135

⁹⁴ Peces Barba, Gregorio. Fernández, Eusebio. De Asís, Rafael. **Curso de teoría del derecho**. Pág. 39

⁹⁵ Russo, Eduardo Ángel. **Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad**. Pág. 38

Kelsen, en otra de sus obras manifestaba que *La doctrina del Derecho natural se caracteriza por el establecimiento de un dualismo fundamental entre Derecho positivo y Derecho natural. Por encima del imperfecto Derecho positivo existe un Derecho natural perfecto, absolutamente justo; y aquél se justifica únicamente en la medida en que corresponde al natural*⁹⁶. Este autor analizaba esto en el contexto del dualismo de derecho positivo y derecho natural.

El colombiano Vladimiro Naranjo hace una clara exposición de lo que podemos identificar como el Derecho positivo visto desde la perspectiva de su creación, el cual requiere que éste sea producto de un proceso legalmente establecido y por el órgano u órganos legitimados para producirlo; requiere, entonces, la sola intervención del hombre *Al contrario del Derecho natural, las normas del Derecho positivo son elaboradas por los hombres e impuestas por ellos. Son todos aquellos mandatos expresamente aprobados y promulgados por el legislador y que están contenidos en las leyes y demás reglas jurídicas.*

*Se trata, entonces, de disposiciones concretas, elaboradas y dictadas por el gobernante con carácter general y obligatorio. Puede decirse que el Derecho positivo es la expresión jurídica del principio de soberanía. Sus normas, producto del hombre y de sus instituciones, pueden ser modificadas, sustituidas o derogadas a voluntad suya*⁹⁷.

*Sólo el contraste entre Derecho natural y Derecho positivo permite entender la esencia tanto del uno como del otro. También el Derecho positivo es una ordenación de la conducta humana; pero se distingue del «natural» en que es solo «artificial», esto es, creado por el hombre. En tanto que procede de la insuficiente voluntad humana, se presenta siempre pre respecto del «natural» como más o menos arbitrario. Y por eso, en contraste con aquél, no es necesariamente justo, sino también injusto en alguna medida, la posibilidad de un Derecho positivo injusto es de la mayor importancia para la acertada determinación de la diferencia entre ambos sistemas de normas*⁹⁸.

⁹⁶ Kelsen, Hans. **Teoría general del derecho y del Estado**. Pág. 13

⁹⁷ Naranjo Mesa, Vladimiro. **Teoría Constitucional E Instituciones Políticas**. Pág. 10

⁹⁸ Russo, Eduardo Ángel. **Ob. Cit.** Págs. 38 y 39

La cita precedente contiene algunos elementos que deben ser considerados: en primer lugar, para el autor, es mediante la contraposición de los Derechos que se puede percibir la esencia de cada uno, lo cual es valedero ya que de esta forma se encuentran elementos valiosos, que a mi criterio, pueden complementarse; en segundo lugar, plantea como consecuencia la determinación de si uno es más justo que el otro, supeditando a la voluntad humana lo justo que este pueda ser. Esto me lleva a reflexionar sobre la contradicción que aquí se da: si el derecho positivo llega a ser injusto, deja de ser Derecho.

Como vemos, el Derecho positivo, no niega al Derecho natural, sino que lo separa, esencialmente, lo cual permite desde la óptica de aquél considerar a éste como justo o injusto, separación que permite reservar el nombre de Derecho, al positivo⁹⁹.

2.5 Validez del derecho positivo.

Al indagar sobre la validez del Derecho positivo, lo primero a tener en cuenta es el concepto de orden, ya que el Derecho por tener una naturaleza normativa, pretende regular, con las normas, las conductas de los miembros de determinada sociedad.

En la teoría pura del Derecho de Kelsen el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. *La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior. Puesto que pareciera que la validez de una norma pudiera fundarse en el hecho de haber sido establecida por alguna autoridad, sea un ente humano o sobrehumano¹⁰⁰.* En este punto, el problema a enfrentar es encontrar la norma jurídica fundamental y en que se basa su validez; si seguimos este orden, siempre habrá una norma superior a otra y, encontrar su fundamento resultaría una tarea infinita. *Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas. A esa norma se encuentran tan sujetos la autoridad facultada para dictar normas, como los individuos obligados a obedecer las normas que ella establezca¹⁰¹.*

⁹⁹ *Ídem.* Pág. 39

¹⁰⁰ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho.* Pág. 201

¹⁰¹ *Ídem.* Pág. 202

El establecimiento de normas válidas está en relación con un sistema normativo, por ello *podemos afirmar que para que una norma jurídica sea válida debe satisfacer las siguientes exigencias: 1) Debe haber sido producida por el órgano competente; 2) A través del procedimiento adecuado; 3) No debe haber sido derogada por una norma posterior; 4) No puede estar en contradicción con las normas superiores a ella en el sistema jurídico*¹⁰².

Al concluir este punto, me parece sumamente importante la posición del filósofo del Derecho Gustavo Radbruch al plantear la validez del derecho positivo en un elemento que lo hace, de cierta manera, depender de un argumento trascendental: *La validez del derecho positivo está fundada, pues, en la seguridad de que sólo a él incumbe; o si queremos sustituir la expresión demasiado sabia de seguridad por una fórmula de valor de mayor peso, diríamos que aquella validez está fundada en la paz que instituye entre las concepciones jurídicas en pugna, en el orden con que finaliza la lucha de todos contra todos... La validez absoluta de todo derecho positivo es cosa indemostrable frente a cada individuo. Y sería milagroso, si una cosa real tuviera absoluto valor y vigencia*¹⁰³.

2.6 Legitimidad y eficacia del derecho positivo.

El tema de la legitimidad y la eficacia, en todos los ordenamientos jurídicos, pretende establecer la existencia de un poder que fundamenta y garantiza la existencia del Derecho, por ello, el análisis de las dos corrientes tradicionales del pensamiento jurídico como lo son el iusnaturalismo y el positivismo es indispensable. Se trata de encontrar si el Derecho cuenta con el aval de la sociedad y que valores son considerados para que este sea eficaz y legítimo. Es bien sabido que el poder se convierte en Derecho mediante el ordenamiento jurídico, el cual otorga las competencias para su ejercicio y establece los procedimientos que deben respetarse para la toma de decisiones y es en la Constitución en donde estos quedan plasmados.

Las constituciones escritas contienen por lo común determinaciones especiales relativas a los procedimientos mediante los cuales solamente ellas pueden ser modificadas.

¹⁰² Peces Barba, et al. **Ob. Cit.** Págs. 26 y 27

¹⁰³ Radbruch, Gustavo. **Filosofía Del Derecho.** Págs. 110 y 111.

El principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico, o hasta que sea reemplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico, es el principio de legitimidad. Este principio, con todo, se aplica a un orden jurídico estatal con una limitación altamente significativa. No tiene aplicación en caso de revolución. Una revolución, en el sentido amplio de la palabra, que abarca también el golpe de Estado, es toda modificación no legítima de la constitución, o su remplazo por otra¹⁰⁴.

En cuanto a su eficacia puedo mencionar que esta se deriva entonces de la observancia que tenga el ordenamiento jurídico por parte de todos los miembros de la sociedad. *La eficacia de una norma puede ser entendida de varias maneras. En primer lugar, podemos afirmar que una norma es eficaz cuando los destinatarios de la misma ajustan efectivamente sus conductas al modelo de conducta establecido en la norma. Es decir, una norma es eficaz cuando los sujetos a los que la norma va dirigida la cumplen, se comportan de acuerdo con la misma o, en un momento ulterior, cuando de ser violada se puede aplicar la correspondiente sanción.*

En segundo lugar, la eficacia puede ser entendida como la adecuación entre el mandato de la norma y los fines que se pretenden alcanzar con la misma. Las normas pueden ser entendidas como instrumentos para alcanzar determinados objetivos o finalidades. En este sentido puede existir una inadecuación entre los medios y los fines, y así se puede afirmar que una norma no es eficaz cuando no sirve para alcanzar los objetivos propuestos¹⁰⁵.

En la sociedad guatemalteca, podemos observar que existen variadas causas que hacen que nuestro ordenamiento jurídico presente grandes deficiencias en cuanto a su eficacia, una de ellas es la desconfianza que se ha generado por parte de las instituciones estatales como el congreso de la República, que ha enviado, con su actuación, mensajes negativos a la población y considerando que las normas que de ahí emanan no generan certeza, no son observadas por todos los ciudadanos y dado que *Las normas jurídicas tienen como destinatarios a los seres humanos, de cuyos comportamientos depende en última instancia su eficacia.*

¹⁰⁴ Kelsen, Hans. **Ob. Cit.** Pág. 218

¹⁰⁵ Peces Barba, et al. **Ob. Cit.** Pág. 27

Por eso, al analizar los problemas de eficacia de las normas jurídicas hay que contar con la capacidad que tienen los individuos de tomar decisiones en cuanto al cumplimiento de las mismas. Son variadas las causas por las que los individuos pueden decidir cumplir o no las normas jurídicas. En todo caso, hay que reconocer que en muchas ocasiones, quizá la mayoría, todos nosotros cumplimos normas jurídicas, es decir, actuamos de acuerdo con lo establecido por ellas, sin que seamos conscientes de ello. Se debe a que las normas jurídicas, como producto cultural que son, tienden a confundirse e integrarse en el conjunto de patrones de comportamientos normales y admitidos en una comunidad.

Pero muchas otras veces cumplimos las normas jurídicas y somos conscientes de ello. En estas ocasiones podemos estar convencidos de la bondad de la norma y cumplirla voluntariamente, o actuamos conforme a ella como resultado de un cálculo de intereses, pudiendo llegar incluso a estar en desacuerdo con ella, pero pensamos que podemos extraer beneficios de la actuación conforme a ella; otras veces la cumplimos por la exclusiva razón de evitar la sanción que se nos puede imponer si la desobedecemos¹⁰⁶.

Como caso dramático, en la sociedad guatemalteca, se está observando que la propia Constitución está siendo ineficaz ya que su violación constante encuadra en lo expuesto en el párrafo precedente, por ello señalaba Kelsen que *Una constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales*¹⁰⁷.

2.7 El derecho positivo como voluntad del Estado.

De acuerdo a los postulados del positivismo jurídico, el único derecho existente es el derecho positivo. La voluntad del Estado es la fuente del Derecho; todos los derechos de la humanidad son creados por el Estado y el derecho positivo está dirigido a realizar automáticamente la utilidad pública. Ahora bien, el Estado tiene poder absoluto sobre el individuo, pero el individuo sólo ha cedido la parte de su derecho que interesa a la comunidad, que es en beneficio del bien común, por ello *El ordenamiento jurídico vigente en un Estado, en un determinado momento, se compone de una serie de preceptos de diversa generalidad.*

¹⁰⁶ Ídem. Pág. 28

¹⁰⁷ Kelsen, Hans. **Ob. Cit.** Pág. 219

Pues bien, esa balumba multiforme y dispar de preceptos jurídicos (leyes, reglamentos, sentencias, contratos, estatutos de corporaciones, costumbres, etc., etc.) debe constituir una totalidad orgánica o sistemática, pues de lo contrario no sería posible el orden jurídico positivo. Y no sería posible, porque nos encontraríamos con una multitud de preceptos de diverso origen, de distinto rango, y aun de contenido dispar, sin saber cómo articularlos. El principio de conexión entre todos los preceptos jurídicos de un ordenamiento positivo consiste en que todos ellos valen, rigen, en tanto y porque son la voluntad del Estado. La común referencia de todos los preceptos jurídicos a la voluntad del Estado es lo que permite concebir el ordenamiento jurídico como un todo unitario y conexo¹⁰⁸.

La reflexión de Luís Recasens, en cuanto al alcance que tiene la voluntad del Estado, incluso en aquella normativa que no es creada por él mismo, sino que únicamente la reconoce: al final de cuentas resulta siendo su voluntad reconocerlas y aplicarlas. Por ello, el autor señala que *No se diga que es inexacta la afirmación de que todas las normas jurídicas sean expresión de la voluntad del Estado, aduciendo que hay normas jurídicas que no han sido elaboradas por éste –verbigracia, el Derecho consuetudinario gestado espontáneamente por la colectividad, el Derecho de las corporaciones emanado del mismo seno de éstas, las reglas de los contratos dictadas por las partes que los concluyeron–.*

No es admisible esta objeción, porque cuando se habla de la voluntad del Estado, como fuente unitaria y única de vigencia de todos y cada uno de los preceptos jurídicos, no nos referimos a que todas las normas de Derecho hayan sido fabricadas por el Estado –ya que resulta notorio que no es así–, sino que nos referimos a que valen como normas de Derecho vigente, porque, sea cual fuere su origen efectivo, el Estado las quiere como tales y las aplica como tales¹⁰⁹.

2.8 Derecho positivo y moral.

Resulta imperativo señalar que existen diversas maneras de explicarse la relación entre el derecho y la moral, y ello deviene que la obediencia al Derecho está plenamente definida, pero su solución devendrá del concepto de Derecho que tengamos.

¹⁰⁸ Recasens Siches, Luis. **Ob. Cit.** Págs. 281 y 282

¹⁰⁹ **Ídem.**

Aquí es necesaria la máxima colaboración que se puedan dar la teoría moral y la teoría jurídica. Ahora bien, en la teoría moderna del Estado se debe tener en cuenta un elemento que se ha constituido en el compensador de la obligatoriedad de la obediencia al Derecho: la política. Para explicar las relaciones entre Derecho, moral y política se han presentado diferentes modelos entre los que destacan: aquel que apoya la separación radical entre estos tres elementos; el que apoya una separación relativa; el que apoya una integración absoluta de los tres y finalmente el que apoya una integración relativa.

Se destacan en el primer modelo autores como Kelsen, teórico de un positivismo jurídico radical quien refiere que *junto a las normas jurídicas hay también otras que regulan el comportamiento recíproco de los hombres, es decir, que son también normas sociales. La ciencia del Derecho, en consecuencia, no es la única disciplina orientada al conocimiento y descripción de las normas sociales. Cabe abarcar esas otras normas sociales bajo la denominación de «Moral», y la disciplina orientada a su conocimiento y descripción puede ser designada como «Ética». En tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre moral y Derecho queda comprendida en la relación entre justicia y Derecho*¹¹⁰.

Kelsen hace una separación de los conceptos al referir que *La doctrina Ética es entendida, con todo, en el sentido de que sólo la conducta orientada contra la inclinación o un interés egoísta, tiene valor moral. Dado que «tener valor moral» no puede querer decir otra cosa sino «corresponder a una norma moral», será necesario afirmar con esta doctrina que la moral no prescribe otra cosa sino que, al actuar, deben combatirse las propias inclinaciones, no satisfacer los propios intereses egoístas, debiendo actuarse en mérito a otros motivos. Es decir, la norma moral sólo se refiere al motivo de la conducta*¹¹¹.

Siendo que mi trabajo de tesis está orientado a presentar un modelo que concilie las corrientes del positivismo jurídico y el iusnaturalismo me parece oportuno concluir este punto con la relación del modelo de la integración relativa citando a autores como Recasens que interpretan que *Tanto la moral como el Derecho se encaminan a la creación de un orden: pero es diferente el orden propio de la moral del orden propio del Derecho.*

¹¹⁰ Kelsen, Hans. **Ob. Cit.** Pág. 72

¹¹¹ **Ídem.** Págs. 73 y 74

El orden de la moral es el que debe producirse dentro de la conciencia, dentro de la intimidad, entre los afanes, las motivaciones, los afectos; es el orden interior de nuestra vida auténtica; es decir, de la vida que cada cual vive por su propia cuenta, de modo intransferible. En cambio, el orden que el Derecho trata de crear es el orden social, el orden de las relaciones objetivas entre las gentes, el orden del entresijo compuesto por las vinculaciones entre los varios sujetos; en suma, el orden de las estructuras colectivas, el orden del tejido en que se enlazan y condicionan mutuamente de un modo objetivo las conductas de los varios sujetos¹¹².

Otro de los argumentos que apoya este modelo integracionista es el que refiere que a título de ejemplo... podría decirse que la moral aspira a crear una situación de paz; pero su paz es la paz interior. También el orden jurídico pretende establecer una situación de paz, pero su paz es la paz externa de las conexiones colectivas, es la paz exterior de la sociedad, es la paz que deriva de una regulación segura y justa¹¹³.

¹¹² Recasens Siches, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 178

¹¹³ **Ídem.** Pág. 178





CAPÍTULO III

3. Iusnaturalismo y positivismo jurídico

En el presente capítulo entro a considerar dos grandes corrientes sobre el Derecho, este análisis me permitirá ir consolidando mi posición en cuanto a los elementos de cada una de las corrientes que pueden derivar en una complementariedad y no una contraposición como tradicionalmente se perciben. Será menester indagar sobre los argumentos de cada una de ellas y en qué punto pueden coincidir, situación que me permitirá abordar con una mejor perspectiva el tema central de esta tesis.

En adelante a esa tarea de encontrar coincidencias en las dos corrientes, puedo señalar que en la actualidad no existe una sola corriente de pensamiento que analice lo que es y representa el Derecho dejando de lado la idea de la justicia; por supuesto, esto no significa que el Derecho y la justicia se identifiquen, ya que como se evidencia en la realidad de las sociedades, y en especial la guatemalteca, esto está distanciado en muchos aspectos, pero, lo que sí es notorio, es que a lo largo de la historia del Derecho, la justicia ha constituido un ideal que difícilmente podremos separar del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, para encontrar estas coincidencias, es necesario analizar la justicia desde una perspectiva interna y otra externa; en la primera encontraremos, como se expuso en el capítulo anterior, que el ordenamiento jurídico se integra con elementos tanto morales como políticos, que lo que tratan de alcanzar es una organización justa que mantenga una convivencia social en paz.

Desde la perspectiva externa, la idea de la justicia trata de evaluar de forma crítica los contenidos de la justicia que va dirigida al Derecho, o sea, la legalidad y la idea de la justicia.

De lo anterior puedo concluir que, debemos estar conscientes de que la realidad jurídica es una, la cual contiene elementos tanto del Derecho positivo (convenios entre los humanos) como del Derecho natural (exigencias de la persona que se determinan por los vínculos con los demás y con las cosas).

3.1 Iusnaturalismo.

Al entrar a analizar esta corriente es preciso partir de sus postulados y argumentos principales que me ayuden a encuadrar mi trabajo, por ello puedo mencionar inicialmente que esta es la doctrina que defiende la existencia de derechos naturales inalienables, como el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad, que son anteriores a las normas jurídicas positivas o sea las establecidas por los seres humanos, y a las que éstas deben someterse, sirviéndoles de fundamento y de modelo. Esta perspectiva, orientará mi tesis en cuanto a la influencia del derecho natural en nuestra constitución.

3.1.1 Las formas que adopta el iusnaturalismo.

El iusnaturalismo, afirma la superioridad del Derecho natural sobre el Derecho positivo; esta corriente analiza, por ejemplo, que el obrar jurídico evidencia que toda persona es capaz de comprender y asumir el valor de hacerse cargo de sus conductas, más no como consecuencia de una posición autoritaria o de un cálculo unitario, sino a raíz de una objetividad dada y sin la cual la noción misma de coexistencia resultaría perdida. Esta superioridad ha sido sostenida, en grandes líneas, de tres maneras que distinguen tres formas típicas: ...1) *Universalidad de carácter racional: Iusnaturalismo racionalista*; 2) *Normas universales cuyo origen y materia es de carácter divino: Derecho natural de contenido teológico*; 3) *Normas de Derecho natural desde un punto de vista empírico o realista: Derecho natural con una fundamentación positiva*¹¹⁴.

Para Juan Manuel Terán el pensamiento iusnaturalista de carácter racional, con lo cual se concibe la universalidad de lo jurídico y de lo justo, se apoya en una estructura racional universal. Es decir, no porque los sujetos humanos sean sujetos de razón, sino porque del mismo modo que existe lo racional lógico, como es el principio de identidad o el de contradicción, hay lo racional para la vida social; con esto interpreto que el autor se refiere a una racionalidad práctica de la acción humana, lo cual podría resumir en la razón, en la toma de sus decisiones. Esto supone que aun para la existencia divina misma, valdría que lo justo sea lo que esta razón o logos objetivo previene y dicta.

¹¹⁴ Terán, Juan Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 231

De la misma manera, las formas de la justicia en la concepción racionalista no se dejan a la inclinación voluntaria de los sujetos ni a su inclinación sentimental, sino a una estructuración racional y permanentemente válida. Puede decirse que el Derecho natural, desde este punto de vista, tiene una estructura o modo matemático; es decir, los principios del Derecho natural son tan justos desde un punto de vista racional, como los principios matemáticos son verdaderos¹¹⁵.

En cuanto a la segunda forma, el autor que estoy comentando señala sobre la fundamentación teológica del Derecho natural, que este hace depender la existencia del principio de lo justo, en general, de una ley eterna de carácter divino; ley eterna que, por reflejo, produce los principios de la justicia para los hombre en general. El sujeto de donde deriva lo absolutamente justo, lo absolutamente verdadero o lo absolutamente bello es la divinidad; lo justo sobre la tierra es una derivación de lo justo en la mente divina, por ello señala que: *...aquí ya el Derecho natural no tiene validez racional... sino apoyado en la voluntad de Dios; es decir, en un mundo trascendente y metafísico, más allá de este orden humano y terreno.*

No es subjetiva la fundamentación teológica del Derecho, porque la objetividad de la divinidad se hace patente en la existencia del mundo, ya que retrotrayéndose a la última causa de las cosas, se encuentra que ha de haber un ser perfecto causante de toda existencia, y en esa existencia está la justicia entre los hombres, la cual es imperfecta, pero que ha de advenir de un ser divino que es precisamente Dios. Esa justicia y las leyes humanas, que son imperfectas, deben estar apoyadas en algo perfecto, pues lo imperfecto solo puede ser captado con apoyo en un punto de referencia, que es lo perfecto. Es así como se establece la raíz divina o teológica del Derecho natural.

Es interesante contrastar esta tesis con la anterior; aquí los máximos principios de la justicia ya no dependen de la razón matemática permanente, sino de una voluntad divina¹¹⁶.

¹¹⁵ *Ídem.* Pág. 232

¹¹⁶ *Ibid.* Pág. 233

La tercera forma de mantener la superioridad del derecho natural está referida a los aspectos subjetivos de las facultades de los seres humanos, ahí es precisamente donde el hombre tiene esa existencia real. *En las tesis empíricas se invoca la existencia real del hombre a partir de sus impulsos, de sus sentimientos, de lo más subjetivo de las facultades humanas. El Derecho natural, de fundamentación empírica, arranca precisamente de este plano, y se explica la existencia del Derecho natural, si es que puede haber un sentido de justicia, por sentimientos de justicia. Justo es lo que los hombres sienten y quieren como tal. El Derecho natural viene a ser, en estas tesis, un trasunto o reflejo de la naturaleza real del hombre, ya no un reflejo de la mente divina. Naturaleza real del hombre, que en unos pensadores es establecida como racional, pero en todo caso lo racional es resultante de la subjetiva facultad reflexiva de los hombres, ya no como en el caso del racionalismo antes expuesto*¹¹⁷.

3.1.2 Concepto y características del iusnaturalismo.

De lo expuesto con anterioridad, puede decirse entonces que el derecho natural se presenta como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica; *el Derecho no está constituido sólo por lo que así se ha dispuesto por la sociedad o por sus autoridades, sino que hay algo jurídico cognoscible que vale como tal aunque no se lo haya reconocido o dispuesto socialmente*¹¹⁸.

Para autores como Gregorio Peces-Barba el iusnaturalismo se *trata de una teoría que defiende la existencia de un Derecho distinto al Derecho positivo, anterior y superior a él y que prevalece en caso de conflicto con el mismo*¹¹⁹.

De acuerdo a lo citado por el autor en el párrafo precedente, se reconoce entonces la existencia del Derecho natural, lo cual nos da la pauta a pensar que la existencia de los dos Derechos nos enfrenta a dilucidar su superioridad y a considerar que ambos ejercen influencia, pero que se encuentran en diferente rango de superioridad; a ello se alude que *El iusnaturalismo es dualista, es decir, está pensando en la existencia de dos sistemas*

¹¹⁷ **Ibíd.** Pág. 233 y 234

¹¹⁸ Vigo, Rodolfo Luis. **El Iusnaturalismo Actual De M. Villey a J. Finnis.** Pág. 156

¹¹⁹ Peces Barba, et al. **Ob. Cit.** Pág. 297

*jurídicos, pero que no se encuentran en un rango similar, puesto que el Derecho natural es superior al Derecho positivo. Por su parte, el positivismo jurídico es una teoría monista, ya que mantiene la exclusividad del Derecho positivo*¹²⁰.

Ahora bien, al hablar de esa dualidad que plantea el iusnaturalismo, tal y como se ha expuesto, no quiere decir que no existan otras formas de analizarlo: a través de la historia se han generado interpretaciones y teorías que se encaminan a exponerlo, cada una con sus argumentos, con fundamentos de diversa índole, por ello el autor que vengo comentando nos habla de que *...es más adecuado, tomando como base esa dilatada historia que acompaña al pensamiento occidental desde la Grecia clásica hasta la actualidad, hablar de iusnaturalismos, en plural, que de iusnaturalismo*¹²¹.

Estos iusnaturalismos, se encaminan a presentar un Derecho natural que, con sus variantes, *...se caracterizan por defender la existencia de un Derecho Natural cuyos rasgos son: 1) Se trata de un Derecho distinto al Derecho positivo; 2) Su contenido, expresión de la verdadera Justicia y del verdadero Derecho, está constituido por valores, principios y normas universales e inmutables; 3) El Derecho natural es el auténtico Derecho; 4) El Derecho natural es natural porque sus contenidos vienen derivados de la naturaleza humana*¹²².

Las características señaladas pueden presentar variantes, por eso se requiere una tarea minuciosa de estudiar las distintas concepciones del Derecho natural; la sola comprensión de sus características no será suficiente si no se estudian sus aspectos históricos, por ello en el capítulo primero resalté aspectos que contribuyen a *...conocer lo que ha sido y es el iusnaturalismo no es sólo el análisis de los rasgos y características con los que los propios iusnaturalistas han adornado y adornan el concepto de Derecho natural, sino también el estudio atento y riguroso de la historia real de las teorías iusnaturalistas, de cómo se han desarrollado, con qué alcance, contenidos y logros y cómo han ido afectando a la historia del Derecho*¹²³.

¹²⁰ **Ídem.** Pág. 297

¹²¹ **Ídem.** Pág. 297

¹²² **Ibid.** Pág. 299.

¹²³ **Ibid.** Pág. 300

Puedo concluir diciendo que, en efecto, existen varios tipos de iusnaturalismo que tienen como característica común basar el Derecho positivo en la naturaleza humana y todo lo que a ella concierne.

3.1.3 La influencia del iusnaturalismo en el desarrollo de los derechos humanos.

Actualmente la concepción de los derechos humanos está en relación directa con el desarrollo histórico del mundo moderno; el concepto de derechos humanos surge progresivamente desde la edad media hasta nuestros días. A través de este desarrollo se han producido diferentes corrientes teóricas que lo fundamentan y que han servido para proyectar sus dimensiones prácticas.

En el ámbito iusnaturalista, uno de los aspectos en los que puedo enfocar la influencia de esta corriente, es en el hecho que, como se señaló al analizar las formas que este adopta, una de sus características es la universalidad que este pretende; *En el fondo de esta percepción, está el hecho de que el único lenguaje universal que perdura como horizonte moral de una sociedad secular y pluralista no puede ser otro que el de los Derechos humanos... postula la existencia de un orden jurídico permanente, arraigado en la propia naturaleza humana y, por lo tanto, provisto de vigencia o validez universal, cuyos principios habrán de traducirse por medio del Derecho positivo.*

En ese sentido, se considera que los Derechos humanos son naturales al estar cimentados en la propia realidad de la persona humana, una realidad marcada por el origen mismo del individuo, por su propia constitución ontológica, así como por su fin...¹²⁴.

El autor de la cita precedente remarca el hecho de que los Derechos humanos pueden y deben ser expresados objetivamente, a la vez que pueden y deben ser exigibles subjetivamente. Pero en su inicio estos se mantenían como simples aspiraciones que fueron adquiriendo forma y contenido en las declaraciones de Derechos y en las Constituciones políticas de los Estados.

¹²⁴ García Fong, Gustavo. **Revista Colegio de abogados y notarios de Guatemala.** Pág. 58.

En ese sentido existe a la fecha una gran cantidad de documentos, leyes y disposiciones que contienen los Derechos fundamentales de la persona frente al Estado, pero que tuvieron como un punto de partida la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que como se verá en el punto central de esta tesis, ha sido uno de los instrumentos para que los Estados modernos los incorporen a su Derecho positivo y que *...revela un vigoroso renacimiento de la tesis de que existen principios de Derecho natural, por encima del Derecho positivo y a los que éste debe ajustarse, que constituyen el fundamento de lo que se conoce como Derechos fundamentales del ser humano; es decir, que a la luz del iusnaturalismo se debe proclamar la exigencia de que tales Derechos naturales sean convertidos en Derechos subjetivos dentro del ordenamiento jurídico positivo; ello implica también, la afirmación de que sobre las determinaciones del Derecho positivo, por encima de lo que el Estado decida, existen normas supremas a las que el poder legislativo debe obedecer*¹²⁵.

No obstante lo anteriormente señalado, se debe tener presente que a partir de los siglos XVII y XVIII se producen también las modernas declaraciones de derechos del hombre, especialmente en las colonias de Inglaterra, en América, y en Francia, sin perjuicio de que algunos textos medievales, como la Carta Magna inglesa de 1215 puedan ser tomados como antecedentes de estas declaraciones que fueron promulgados solo en el ámbito de los derechos nacionales, y que no es sino hasta el siglo pasado y en el presente que se ha promulgado su internacionalización, en especial, como se indicó, por medio de la Declaración Universal de los Derechos humanos y de la Declaración Americana de los derechos del hombre y del ciudadano.

Debemos recordar que las atrocidades de la segunda guerra mundial, especialmente las causadas por el nazismo, fue uno de los detonantes para que se iniciara con un proceso que culminaría con la fundación de uno de los organismos internacionales de mayor influencia: la Organización de las Naciones Unidas, que desde sus orígenes promulgo la importancia que tenía para la humanidad la protección de los derechos humanos, mismos que desde un inicio, se percibieron con una amplitud sin precedentes, volviendo la vista hacia los principios que recoge el Derecho natural.

¹²⁵ *Ídem*. Pág. 59

Como señala Gustavo García: *Hasta 1948, los conceptos de Derechos naturales o Derechos civiles figuraban fundamentalmente, y con un alcance restringido en comparación con el que se les da en la Declaración, en la Constitución y legislación de unos pocos Estados, principalmente occidentales, conceptos que además eran con mucha frecuencia conculcados en la práctica. Tras la aprobación de la Declaración de 1948, el concepto de Derechos humanos se amplió considerablemente y se introdujo en los regímenes constitucional y jurídico de otros muchos Estados*¹²⁶.

Parte de las discusiones sobre la fundamentación natural de los derechos humanos ha tenido una gran trascendencia, lo cual se evidencia en la recepción de estos en los instrumentos legales referidos, se ha visto también, como en su evolución ha trascendido las fronteras de los distintos Estados que la han acogido; en el ámbito internacional los tratados y convenciones reiteran su voluntad sobre la protección a la dignidad del ser humano, así, *La progresiva afirmación de los Derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo constituye, en efecto, una importante transformación del orden internacional en la medida en que, junto al clásico principio de la soberanía de los Estados, ha aparecido otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo: el de la dignidad intrínseca de todo ser humano*¹²⁷.

Charles Taylor, citado por Ilva Hoyos, señala que es fácil advertir que los derechos humanos son esenciales, fundamentales, iguales, inalienables, inherentes o intrínsecos a la naturaleza humana o a la dignidad de la persona.

De esa cuenta, Hoyos nos plantea algunas características: *...a) ser auténticos derechos, es decir, bienes debidos, no meros ideales a alcanzar, ni apreciaciones subjetivas, ni valoraciones, ni principios morales, ni postulados políticos o requerimientos sociales; b) ser inherentes a la naturaleza humana o a la dignidad de la persona; c) ser preexistentes a la ley positiva, y d) ser constitutivos del sistema de gobierno democrático*¹²⁸.

¹²⁶ **Ibíd.** Pág. 62

¹²⁷ **Ibíd.** Pág. 77

¹²⁸ Hoyos Castañeda, Ilva. **Las razones del derecho natural.** Pág. 174

3.2 El positivismo jurídico.

Para el desarrollo de este punto será necesario hacer algunas aclaraciones previas que considero pertinentes: en primer lugar se tiene, por parte de algunos autores, identificada esta corriente como positivismo jurídico o iuspositivismo, otros autores advierten que una de las escuelas iuspositivistas ha recibido el nombre de positivismo jurídico y ha desarrollado una teoría general positivista del Derecho. Considero que esta segunda posición responde más a aspectos metodológicos; en segundo lugar, la presente tesis no pretende hacer un estudio a profundidad de estos aspectos que en principio suenan discordantes, esto, considero, es una tarea que ocuparía mucho espacio y requiere de una investigación mucho más amplia, por lo que aquí me concreto a hacer una breve referencia que me permita seguir encuadrando el tema central.

El núcleo de la posición positivista lo constituye la separación entre el Derecho y la moral. Se atribuye al austriaco Hans Kelsen una influencia extraordinaria y decisiva para la teoría general del Derecho; una de las obras de este autor, que refleja por excelencia estos postulados, es su teoría pura del Derecho, en la cual manifiesta, desde las primeras líneas, su inclinación sobre una teoría del Derecho positivo como una doctrina general y no la interpretación de normas jurídicas particulares.

Al plantear una doctrina pura del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, pretende, entonces, *...excluír de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico*¹²⁹. Agregaba el connotado jurista que *"Si se admite que el derecho, por su naturaleza, es moral, entonces carece de sentido exigir, presuponiendo un valor moral absoluto, que el derecho deba ser moral..."*¹³⁰.

Uno de los seguidores más connotados del continente europeo de las ideas de Kelsen fue el italiano Norberto Bobbio, de quien he tomado las ideas más destacadas sobre la corriente del positivismo jurídico y que entro a considerar a continuación junto con las de otros autores que también han hecho valiosas aportaciones al respecto.

¹²⁹ Kelsen, Hans. **Ob. Cit.** Pág. 15

¹³⁰ **Ídem.** Pág. 79

3.2.1 Tres aspectos del positivismo jurídico.

Bobbio distingue claramente tres aspectos del positivismo jurídico, a saber: como un modo de acercarse al estudio del Derecho; como una teoría del derecho y como una ideología de la justicia, por lo que *La distinción entre estos tres planos o formas bajo las que se presenta históricamente el positivismo jurídico, permite eliminar muchos equívocos en el terreno del análisis histórico y de la crítica ético-política de esta corriente*¹³¹.

3.2.1.1 El positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del derecho.

El problema planteado por Bobbio en este punto es el de saber qué criterio debemos tomar a la hora de definir nuestra postura frente al Derecho; intervienen, según expone, tanto un elemento valorativo como un elemento de la realidad, siendo este un *Aspecto del positivismo jurídico que está caracterizado por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, utilizando otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo*¹³².

Al tomar el positivismo jurídico como una forma de acercarnos al derecho, estamos asumiendo que tenemos opciones que nos indicaran que normas deben ser consideradas como verdadero derecho y cuáles no; el positivismo jurídico en este sentido descarta la inclusión de elementos valorativos, aun cuando las normas provengan del órgano legislativo, quien es el único legitimado para emitir las: esto supone, según el autor dejar a la deriva normas, que aunque persigan fines positivos como el bien común y la justicia. *En esta acepción del positivismo jurídico, positivista es, por consiguiente, aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores*¹³³.

¹³¹ Bobbio, Norberto. **El problema del positivismo jurídico**. Pág. 55

¹³² **Ídem**. Pág. 47

¹³³ **Ídem**. Págs. 47 y 48

Si se acepta en llamar Derecho positivo al Derecho vigente en una determinada sociedad, esto es, aquel complejo de reglas emanadas según procedimientos establecidos, que son habitualmente obedecidas por los ciudadanos y aplicadas por los jueces, se puede definir positivismo jurídico como teoría del Derecho que parte del presupuesto de que el objeto de la ciencia jurídica es el Derecho positivo¹³⁴.

En la teoría pura del derecho de Kelsen veía como esta corriente encuadra perfectamente en los pensamientos de Bobbio, ya que lo que pretende es, alejar del derecho todos aquellos elementos que no configuran un orden científico. Por ello se señala que *El jurista que hace profesión de fe positiva no niega en general que exista un Derecho ideal, natural o racional, sino simplemente niega que sea Derecho en la misma medida que lo es el Derecho positivo, dando a entender que el mismo carácter que lo distingue del Derecho positivo, o sea el hecho de no ser vigente, es lo que excluye el interés de hacerlo objeto de investigación científica¹³⁵.*

3.2.1.2 El positivismo jurídico como teoría del derecho.

Entendido el positivismo jurídico como *aquella concepción particular del Derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del Derecho¹³⁶.* Este aspecto del positivismo jurídico se decanta por atribuir al poder del Estado la producción del derecho.

Esta concepción estatal del Derecho, lleva indudablemente a aceptar que el Derecho es una manifestación de fuerza del Estado, de su imposición coercitiva; esto deriva en conceptualizar a la norma jurídica como un mandato que debe cumplirse a pie juntillas so pena de recibir una sanción por su violación; en esta forma de ver el positivismo jurídico, la fuente primordial del Derecho será siempre la ley, la cual tiene prioridad sobre otras fuentes del que esta podría emanar; la forma de considerar el ordenamiento jurídico es de una plenitud que no contempla lagunas ni antinomias.

¹³⁴ **Ídem.** Pág. 48

¹³⁵ **Ídem.** Pág. 48

¹³⁶ **Ibid.** Pág. 49

Estas características del Derecho han sido descubiertas como consecuencia de haber identificado en una determinada época histórica el fenómeno jurídico con el complejo de reglas producidas por el Estado¹³⁷.

3.2.1.3 El positivismo jurídico como ideología de la justicia.

Es indudable que todas las sociedades tienen un ideal de justicia, y este se reflejará en su ordenamiento jurídico, así, el Derecho tendrá una carga ideológica que representa intereses enmarcados en determinados valores que deben ser aceptados por la mayoría y preservarse para una convivencia social. *Como ideología, el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al Derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiéndolo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal¹³⁸.*

Sobre este aspecto, el positivismo jurídico *deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; con otras palabras, la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral, entendiéndose por deber moral una obligación interna o de conciencia; en otros términos, la obligación debida por respeto a las leyes, en contraposición a aquella obligación externa o por temor a la sanción¹³⁹.*

Es importante señalar que cuando se tratan conceptos ideológicos, estos pueden presentar características propias de una forma de Estado o bien una forma de gobierno, enmarcados en fundamentos filosóficos que le dan origen; de igual manera esto aplica para la transformación de esos ideales en determina teoría y de ahí que *El paso de la teoría a la ideología del positivismo jurídico es el paso de la verificación de un hecho a la valoración positiva del mismo... El efecto de este paso es la transformación del positivismo jurídico de teoría del Derecho en teoría de justicia, es decir, en una teoría que pretende no ya indicar lo que en el plano de los hechos es el Derecho, sino recomendar aquello que en el plano de los valores es lo justo¹⁴⁰.*

¹³⁷ **Ibíd.** Págs. 51

¹³⁸ **Ibíd.** Pág. 52

¹³⁹ **Ibíd.** Pág. 53

¹⁴⁰ **Ibíd.** Pág. 54

3.2.2 Una definición unitaria del positivismo jurídico.

Eduardo García Máynez al analizar la definición del positivismo jurídico dada por Uberto Escarpelli, refiere que existe una concepción voluntarista que lo caracteriza, entendiéndose así que el positivismo jurídico concibe el Derecho como un conjunto de normas puestas por seres humanos, mediante actos de una voluntad dirigida a someter la conducta a la disciplina de esas normas.

Ahora bien, buscar un concepto unitario de lo que es el positivismo jurídico resulta una tarea difícil. El esfuerzo de Escarpelli, según refiere García Máynez, me parece muy ilustrativo ya que su investigación concluye que: con el concepto de positivismo jurídico, o sea, con la expresión «positivismo jurídico», y con cualquiera otra sinónima, designamos una concepción y definición del Derecho como sistema de normas de conducta y de estructura, puestas por seres humanos con actos de voluntad, sistema que está constituido (aunque no exclusivamente) por normas generales y abstractas, coherentes o reducible a la coherencia, completo en cuanto exclusivo y de carácter coercible; así como un tratamiento del Derecho.

De acuerdo con tal concepción y definición del mismo, que consiste en derivar de sus normas una guía para la conducta y criterios para juzgarla, con un margen de elasticidad en lo que se refiere a los criterios y a los procedimientos de determinación del significado de los signos expresivos de las normas, esto es, en lo que concierne a la interpretación; una práctica del Derecho que realiza en la aplicación aquel tratamiento, y una ciencia jurídica que estudia dicho tratamiento y resulta, de este modo, preparatoria de la práctica. Sin embargo, debe analizarse también que por la dificultad que representa el buscar esa unificación de criterio se puede caer en imprecisiones conceptuales.

Por ello no puede afirmarse que ésta supere las mencionadas discrepancias que según algunos autores (como Bobbio, Cattaneo y Hart), corresponden al positivismo jurídico, no basta para acallar los desacuerdos doctrinales, ni demuestra que esas características se encuentren necesariamente condicionadas por la naturaleza del objeto a que la definición se refiere... Con el positivismo jurídico ocurre lo propio que con el iusnaturalismo. Así

como no hay una, sino múltiples -a menudo incompatibles- concepciones del derecho natural, igual cosa sucede con la otra postura...¹⁴¹.

3.2.3 Los derechos humanos en el positivismo jurídico.

Miguel Carbonell, en interesante conferencia¹⁴², manifiesto que una de las formas de fundamentación de los derechos humanos en el positivismo jurídico (lo que él llama la fundamentación positivista), se da en la medida en que estos están recogidos en una norma jurídica, en la Constitución o en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Sostienen los positivistas que si un derecho no está recogido en una norma jurídica carecen de sustento.

Lo que ha sucedido, según la corriente positivista, es que se ha luchado por tener Derechos, se han ido incorporando a las normas jurídicas como producto de luchas políticas, sociales o de avances que se han dado en la sociedad; pone como ejemplos: el voto de las mujeres, que en el caso de Guatemala fue reconocido hasta en la constitución de 1945 y no para todas las mujeres, ya que las analfabetas no podían ejercer este derecho, ante lo cual los positivistas argumentan: si los seres humanos nacemos con derechos o estos son inherentes a la persona humana porque no se ejercían antes de esa fecha; también refiere que los positivistas ejemplifican los derechos de las personas de la tercera edad, los que hasta hace poco, por lo menos en Guatemala, gozan de cierta protección y el otro ejemplo más reciente, es el del derecho al medio ambiente, que fue incorporado como producto de la concientización de que el ser humano requiere de un ambiente sano para desarrollarse.

Como vemos el positivismo lo que hace es reconocer ciertos derechos hasta que están plasmados en una norma, por ello el análisis de que *El positivismo jurídico es aquella tendencia en la ciencia del Derecho que, partiendo del Derecho positivo, con medios puramente intelectuales, sin un sistema propio de valores, piensa poder encontrar una respuesta a toda pregunta jurídica*¹⁴³.

¹⁴¹ García Máñez, Eduardo. **Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo**. Págs. 58 y 59.

¹⁴² <http://www.youtube.com/watch?v=J0guM2SuS7g>

¹⁴³ Bobbio, Norberto. **Ob. Cit.** Pág. 113



CAPÍTULO IV

4. El Estado constitucional de derecho y los valores jurídicos

El desarrollo del presente capítulo me permitirá ir complementando los argumentos centrales de mi trabajo. El estado constitucional de Derecho juega un papel importante en el desarrollo de los Estados modernos. Como quedo apuntado en los capítulos anteriores, no existe Estado sin Derecho ni Derecho sin Estado; la formulación de este axioma me lleva a la conclusión que la noción de Estado de Derecho debe contar con supuestos fundamentales.

La existencia de una Constitución basada en un sistema de valores; una división de poderes que garantice los derechos fundamentales y la plena conciencia de que no es el poder lo que constituye al Estado, ni tampoco la ley es un instrumento del poder, sino el poder instrumento de la ley.

Referirme al Estado constitucional de Derecho en Guatemala, en los actuales momentos, es una tarea que presenta serias dificultades debido a que poseemos una crisis institucional y legal; en estas condiciones es necesario retomar el análisis de los valores que fundamentan nuestro sistema, este es un tema del que no nos hemos ocupado los guatemaltecos y que se hace necesario.

El Estado de Derecho al ser una derivación del Estado Constitucional de Derecho prevé que la ley debe estar subordinada a la Constitución, que para el caso nuestro es rígida; esta condición supone el principio de legalidad que obliga tanto a los órganos estatales como a todos los ciudadanos a respetar la Constitución.

Para tener una mejor referencia y con auxilio de autores de la talla de Eduardo García Máynez, Ramón Soriano, Juan Manuel Terán, Luís Recasens y otros, me dispongo a presentar algunas de las concepciones sobre los principales valores que deben fundamentar todo Estado constitucional de Derecho como la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

4.1 Qué son los valores y sus características.

Inicialmente debo señalar que cuando se habla de valores, debemos tener presente: al existir valoraciones, estas por lo general son individuales, lo que les da el carácter de subjetivas, por lo que serán en algunos casos contradictorias, pero lo que debemos evaluar, en todo caso, es el grado de coincidencias y no el de discrepancias, ya que como se ha observado en el desarrollo de la humanidad, existen más coincidencias que discrepancias, esto me lleva a la conclusión de que cuando esto se da, se llega a alcanzar lo que comúnmente conocemos como consensos sociales, y estos pueden calificarse como juicios de valor de carácter colectivo.

Así, los valores están constituidos por todos aquellos aspectos positivos que surgen del ser humano, que le permiten realizarse como tal en forma individual y que lo llevan a una verdadera convivencia social. En la medida que el ser humano esté consciente de esos valores y aprenda a confrontarlos con su entorno social, en esa medida se podrá dar una transformación en su conducta, pues los valores existen y se aplican en la vida anímica del hombre, que vincula su saber y conocer, su sentir y actuar¹⁴⁴.

Los valores, en general, hoy en día enfrentan problemáticas que por su complejidad no serán evaluados en este trabajo, solo me concreto a señalar que actualmente percibimos una crisis de valores: en realidad es eso, una percepción; considero que lo correcto es enfocarlo como una crisis en la forma en que actualmente vemos los valores, visión que ha generado indudablemente la globalización o mundialización que se ve sumamente preocupado por los aspectos tecnológicos y que ha llegado a extremos como el de llegar a generar una materialidad sin alma.

Debemos entender que los valores progresan y deben ser objeto de discusión para que al transformarse nos trasformemos, así, los valores en los actuales momentos podrán ser respetados y no impuestos al albedrío de grupos de interés o de gobierno que persiguen otros fines.

¹⁴⁴ Guadarrama González, Álvaro. **La axiología jurídica en formación integral de los estudiantes de derecho.** Pág. 57

Esa percepción considero que es necesaria cuando nos enfrentamos al análisis de los valores en el Derecho, pues aquí tienen también una relevancia especial; si partimos de que el Derecho, como señalaba Gustavo Radbruch, es un producto cultural, debemos enfocarnos en la necesidad de buscar consensos que permitan su correcta aplicación y que la producción de las leyes se encaminen a buscar por su medio la tan ansiada convivencia social. *Partiendo de la afirmación de que el Derecho es una creación humana con una finalidad específica que es la aplicación de la justicia para lograr la convivencia de los mismos seres humanos en sociedad, es preciso ver cuáles son las características de ellos en general para después aplicarlos al Derecho*¹⁴⁵.

Los valores poseen características como su polaridad y su jerarquía. Estas características nos enfrentan a tener que tomar una posición frente a ellos, como seres humanos tenemos capacidad de preferencia, por ello, todo aquello que nos representa un valor capta nuestra atención, en contraposición de aquello que no lo tiene; la bipolaridad, característica que consiste en que frente a un valor (lado positivo) vamos a encontrar siempre un desvalor a antivalor (lado negativo); así ocurre también con la objetividad: los valores existen en los objetos, independientemente del conocimiento que tengamos de los mismos o del impacto que hagan en nosotros. *Los valores están allí en los seres, y a través del conocimiento y del contacto con dichos seres los vamos descubriendo; la trascendencia, por su misma esencia todo lo que tiene valor perdura y se proyecta más allá de su presente. Podemos decir que los valores son trascendentes no solo por su esencia sino por la huella que dejan en los seres en quienes han causado algún impacto*¹⁴⁶.

4.2 Derecho y valores jurídicos.

*Una de las características fundamentales de todo sistema jurídico, es que no sólo existe como realidad empírica, es decir, como un conjunto muy variado de normas de conducta e instituciones con existencia corroborable, sino que también posee un contenido valorativo, que le da sentido y legitima dicha existencia*¹⁴⁷. El ordenamiento jurídico tiene como finalidad que los ciudadanos cumplan ciertos actos o se abstengan de realizar otros, y si

¹⁴⁵ **Ídem.** Pág. 58

¹⁴⁶ **Ídem.** Págs. 58 y ss.

¹⁴⁷ **Ibíd.** Pág. 54

los seres humanos no actuamos como autómatas y el Derecho nos mueve a actuar como seres humanos, el ordenamiento jurídico crea obligaciones que necesariamente tienen que referirse a contenidos valiosos que nos hagan actuar en consecuencia.

Lo que para los individuos constituye la existencia de toda una serie de pautas de conducta en su fuero interno, que funciona como guía y parámetro de su existencia, determinada de muy diversas maneras a través de procesos de culturización (la cual, posteriormente, puede ser explicada o no), para los sistemas jurídicos es también un conjunto de valores que justifican la existencia y el sentido de sus normas, sustrayéndolas del arbitrio de las voluntades individuales y de los caprichos del poder político, o incluso, de los peligros de una supuesta neutralidad de legalidades meramente formales¹⁴⁸.

Señalé con anterioridad que la existencia de un Estado de Derecho implica la superioridad de la Constitución y de que siendo esta la base fundamental de todo el ordenamiento jurídico no puede existir nadie superior a la ley; pero esta subordinación a la Constitución y las leyes debe estar fundamentada en ciertos valores y principios que deben ser vistos por los ciudadanos como los más adecuados al desarrollo de la sociedad. *Estos principios no surgen, ni por magia, ni por generación espontánea, sino que están constituidos por el conjunto de valores que la propia sociedad ha determinado como públicos. No podemos desligar los valores del Derecho, bajo cualquier enfoque que se les dé; no podría haber Derecho sin valores, pues el Derecho ha sido creado para protegerlos y para su verdadera realización¹⁴⁹.*

En el punto siguiente tendré la oportunidad de presentar una visión de los valores jurídicos fundamentales, por el momento solo me quiero referir a la importancia que impregnan los valores al Derecho ya que *Cuando se asevera que... ha sido instituido para el logro de valores, con ello se indica un elemento estructural de todos los órdenes: su finalidad. Este elemento, pertenece a la esencia de lo jurídico, ya que no podríamos llamar Derecho a un orden no orientado hacia valores como la justicia, la seguridad y el bien común, para no mencionar ahora sino los fundamentales¹⁵⁰.*

¹⁴⁸ Ídem. Pág. 54

¹⁴⁹ Ídem. Pág. 54

¹⁵⁰ García Máynez, Eduardo. **Filosofía Del Derecho**. Pág. 413.

Uno de esos valores, como se verá, es un fundamento trascendental: la justicia; en ella se evidencia de nuevo que *los valores jurídicos sirven de fundamento a los fines que aquél tiene la misión de realizar. Hacer que la justicia reine es y debe ser aspiración de los creadores, aplicadores y destinatarios de sus normas, porque la justicia es valiosa, y lo valioso debe ser*¹⁵¹.

En las sociedades, especialmente la guatemalteca, debemos tener presente la importancia que revisten los valores que se incorporan a las normas, pues muchas veces se hace necesario actuar con fundamento no solo en la fría concepción de la ley como un instrumento que ordena, sino profundizar en los valores que le dan sustento. *Tanto los creadores como los aplicadores y los destinatarios de las normas del Derecho jamás han de perder de vista, al desempeñar sus funciones o acatar sus deberes, los valores que, sea como órganos del Estado, sea como simples particulares, sirven de base y orientación al cumplimiento de sus respectivas tareas*¹⁵².

Otro aspecto de interés, que se debe analizar con respecto a los valores, es el hecho de que estos tienen distintos puntos de enfoque por ello Juan Manuel Terán expone que: *Dentro la modalidad para entender los valores como atribución del Derecho encontramos que, los valores son cualidades en sí de las cosas; es decir, que la presencia de un objeto valioso lleva en su propia existencia la cualidad o valor atribuido de forma adherida. Así, un acto o acción es justo cuando lleva en sí la cualidad de justicia. Otro modo de captación de los valores de Derecho consiste en que, los valores no son cualidades de las cosas en sí, sino por relación o referencia a otros objetos o a otras cosas...*¹⁵³.

Al referirse a los fines del Derecho, se debe tener presente que estos siempre se enfocarán en los distintos contextos y épocas como valores o cualidades que sirvan a un objetivo positivo, ya que *una institución jurídica puede ser justa en determinadas circunstancias y también injusta en otras determinadas circunstancias y tiempo*¹⁵⁴.

¹⁵¹ **Ídem.** Pág. 414

¹⁵² **Íbid.** Pág. 415

¹⁵³ Terán, Juan Manuel. **Ob. Cit.** Págs. 201 y 202

¹⁵⁴ **Ídem.** Pág. 202

4.3 Valores jurídicos fundamentales.

Al hablar de valores jurídicos fundamentales debo referirme nuevamente a los fines del Derecho. Su finalidad es el logro de valores, que es en realidad la esencia de todo orden jurídico; en la actualidad no se puede hablar de Derecho refiriéndonos a un orden jurídico que este alejado de la realización de valores. Ahora bien, no es propósito referirme a una de las características señaladas anteriormente: al orden jerárquico de los valores; el orden que prosigue no hace referencia a su posición en el ordenamiento jurídico, esto debido a que la discusión sobre la prevalencia de unos sobre otros es tema de otra problemática que se plantea la filosofía del Derecho.

Hecha la aclaración precedente puedo tomar como referente las ideas de García Máynez en el sentido de que *Tienen el rango de fundamentales la justicia, la seguridad jurídica y el bien común...*¹⁵⁵. Les da el nombre de fundamentales porque de ellos depende la existencia de todo orden jurídico genuino; refiere que todo orden que no tiene como finalidad la implementación de un orden justo y respetuoso de la dignidad humana, se hallará sometido a la fuerza y no al Derecho.

4.3.1 Justicia.

Luego de realizar las lecturas atinentes a la temática de mi tesis, puedo llegar a establecer que: la aspiración fundamental de todos los Estados es hacer reinar la justicia que lleva implícito un valor fundamental. *La justicia es considerada como el valor jurídico por antonomasia del Derecho; el más general y abstracto porque es el valor compendio de otros valores jurídicos. Tradicionalmente la justicia ha sido considerada como la virtud integral en la filosofía ética... es el valor que resume el resto de los valores del Derecho; son muchos los juristas que piensan que la justicia es una dosificación armónica de dos grandes valores del Derecho, la libertad y la igualdad*¹⁵⁶.

Una de las particularidades que ha presentado siempre la justicia es el hecho de que *Por su generalidad y abstracción... es además un valor fácil de traducir en postulados básicos,*

¹⁵⁵ García Máynez, Eduardo. **Ob. Cit.** Pág. 439

¹⁵⁶ Soriano, Ramón. **Valores Jurídicos y Derechos Fundamentales.** Pág. 43

*pero difícil de concretar en criterios y reglas prácticas. En el más alto plano del Derecho positivo las constituciones de los varios sistemas de Derecho suelen coincidir en los mismos postulados de lo justo, que ya en el mismo texto constitucional recibe una peculiar y diferenciada configuración jurídica. El máximo postulado de lo justo quizá sea la fórmula: dispensar un trato igual a lo que es igual, y desigual a lo que es desigual*¹⁵⁷.

Ramón Soriano¹⁵⁸ hace una referencia histórica sobre las diferentes concreciones de los postulados de lo justo, que según expone, no sólo se manifiestan en los ordenamientos jurídicos actuales: la idea de lo justo ha variado extraordinariamente en el proceso histórico acompañando a la evolución de la sensibilidad ética de la sociedad histórica. Plantea como referente las ideas de Aristóteles a quién le interesaba ver cómo funciona la justicia dentro de la sociedad, el principio de lo justo es la igualdad, que no debe ser entendida exclusivamente como uniformidad, sino como proporción. Según se trata de una acepción proporcional o uniforme del concepto de igualdad, distingue Aristóteles dos clases de justicia: la Distributiva y la Correctiva.

*Los modelos de justicia aristotélica siguen vigentes en la doctrina contemporánea a modo de esquema general de clasificación de la justicia, que ahora recibe múltiples matizaciones. Las justicias distributivas y correctivas aristotélicas presiden y guían el despiece de las normas de los modernos Derecho público y privado, respectivamente. La justicia distributiva establece la ordenación de relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos en un plano de desigualdad razonable, que es el ámbito de actuación del Derecho público. La justicia correctiva se encarga de la ordenación de las relaciones de los ciudadanos entre sí en un plano de igualdad, ámbito del Derecho privado*¹⁵⁹.

El jurista guatemalteco René Villegas Lara plantea como valor supremo la justicia refiriéndola como *esencia general o particular de lo jurídico es el valor supremo del Derecho; y éste el vehículo realizador de la justicia. Un conjunto de normas o una sola norma contraria a ese valor, no merecería el calificativo de jurídica. Además, siendo la justicia un valor, producto de la conciencia de la sociedad, cada experiencia del devenir*

¹⁵⁷ **Ídem.** Pág. 43

¹⁵⁸ **Ibid.** Págs. 48 y 49

¹⁵⁹ **Ídem.** Pág. 49

*histórico le irá dando su contenido. En todo caso, la eterna lucha del hombre por su libertad y por la justicia, definen el desarrollo de la historia humana*¹⁶⁰.

En resumen puedo exponer que la mayoría de autores coinciden en que *La aspiración a la justicia como fin último del Derecho está expresada fundamentalmente por el respeto a la persona en la vida social. Al superar la idea de una protección individual que desconocería o subestimaría las exigencias de la vida en común, la aspiración a la justicia se dirige directamente a la relación y quiere, en primer lugar, la equidad, es decir, la igualdad en el caso concreto*¹⁶¹.

4.3.2 Seguridad jurídica.

Se percibe actualmente que la seguridad jurídica se ha convertido en un ideal, pero a la vez, se recurre a ella para legitimar el Derecho, que como lo expuse, adquiere tintes de diversa índole: políticos, culturales y sociales. *Seguridad significa un estado jurídico que protege en la más perfecta y eficaz de las formas los bienes de la vida; realiza tal protección de modo imparcial y justo; cuenta con las instituciones necesarias para dicha tutela y goza de la confianza, en quienes buscan el Derecho, de que éste será justamente aplicado*¹⁶².

Sabido que los Estados recurren al Derecho para organizarse y ejercer el poder, de acuerdo con normas establecidas de antemano, por ello apunta Soriano que: *Desde la óptica de un positivismo radical se ha sostenido que la seguridad es el valor primario del Derecho, la razón de ser del mismo, que surge precisamente para otorgar seguridad a los ciudadanos. Sin ella no es posible la convivencia social, ni la misma permanencia y estabilidad de la sociedad, y consecuentemente tampoco la materialización del resto de los valores jurídicos. La seguridad proporcionada por el Derecho es así el valor más urgente, condición sine qua non de los demás valores*¹⁶³.

¹⁶⁰ Villegas Lara, René Arturo. **Temas de Introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho.**

Pág. 69

¹⁶¹ Batiffol, Henri. **Filosofía Del Derecho.** Pág. 98

¹⁶² García Máynez, Eduardo. **Ob. Cit.** Pág. 481

¹⁶³ Soriano, Ramón. **Ob. Cit.** Pág. 15

Se pueden analizar dos puntos de vista: a) la concepción formal y b) la concepción idealista. *La seguridad jurídica puede ser concebida, en un sentido objetivo, como el conjunto de normas, instituciones y elementos que contribuyen a la certeza y eficacia de los derechos y a la estabilidad social y política. En un sentido subjetivo la seguridad jurídica es el sentimiento de protección que alberga el ciudadano cuando se dan las condiciones objetivas anteriores*¹⁶⁴.

*La seguridad no atañe sólo a los ciudadanos, sino al aparato del Estado, de donde deriva que la seguridad jurídica sea susceptible de ser considerada como seguridad individual o de los individuos dentro del Estado o seguridad institucional o del Estado. En el ordenamiento jurídico hay normas que miran a la seguridad individual, como las que ordenan la positivación y publicidad de las normas, y otras que atañen a la seguridad del Estado y de sus instituciones, como las que regulan los estados de excepcionalidad política (de alarma, sitio, etc.) que intentan proteger al Estado tanto de enemigos interiores como exteriores*¹⁶⁵.

La Constitución guatemalteca no hace una referencia específica a la seguridad jurídica, lo hace de forma muy general, de ahí que en el texto se puede encontrar como seguridad del Estado, seguridad social, seguridad ciudadana, seguridad alimentaria, etc. Ha sido la Corte de Constitucionalidad la que en fallos como este ha señalado que *El principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 2º.- de la Constitución, consiste en la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad, y demandan que dicha legislación sea coherente e inteligible; en tal virtud, las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la ley fundamental...*¹⁶⁶.

La seguridad tiene dos perspectivas: a) *desde una perspectiva personal, la seguridad jurídica se manifiesta especialmente en los recursos frente a las coacciones y arbitrariedades de los poderes públicos y los particulares; b) desde la perspectiva estatal,*

¹⁶⁴ *Ídem.* Pág. 17

¹⁶⁵ *Ídem.* Pág. 17

¹⁶⁶ Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial Número 61.

*la seguridad se manifiesta en una serie de instituciones de seguridad, protectoras tanto del orden político como de la estabilidad de los derechos de las personas y de la confianza del tráfico jurídico*¹⁶⁷.

La concepción positivista de la seguridad jurídica fue expuesta por el alemán Radbruch quien entendía por seguridad jurídica la seguridad del Derecho mismo, la cual requiere de los siguientes requisitos: a) que el Derecho sea positivo, que se halle estatuido en leyes; b) que este Derecho estatuido sea, por su parte, un Derecho seguro, es decir, un Derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez; c) que estos hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean practicables; d) el Derecho positivo no debe hallarse expuesto a cambios demasiados frecuentes, que la morosidad del aparato parlamentario sea, desde este punto de vista, una garantía de la seguridad jurídica.

*La seguridad jurídica reclama, pues, la vigencia del Derecho positivo. Pero la necesidad a que responde la seguridad jurídica puede hacer también que los estados de hecho se conviertan en estados jurídicos y hasta que, por muy paradójico que ello parezca, el desafuero cree Derecho... la idea de la seguridad jurídica hace que entre el poder y el Derecho se creen relaciones extraordinariamente paradójicas: no puede decirse que el poder se anteponga al Derecho, pero sí que el poder triunfante crea, en muchos casos, un estado de Derecho nuevo*¹⁶⁸.

4.3.3 Bien común.

Para ubicar el bien común como uno de los valores supremos es necesario recordar que el Derecho se inspira en lo que éste requiera directa e inmediatamente de él. Pero se debe considerar también que esto es posible gracias a la voluntad general, entendiéndose esta como aquella que no responde a los intereses singulares de una o varias personas particulares, sino que es la voluntad que refleja lo que es común a todos y lo que es común a todos es lo racional, la voluntad general o voluntad racional es la que sirve al bien común.

¹⁶⁷ Soriano, Ramón. **Ob. Cit.** Pág. 18

¹⁶⁸ Radbruch, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho.** Págs. 41 y 42

El bien común debe entenderse como los intereses que son necesariamente comunes a todos, a todos sin excepción, independientemente de lo que pueda pensar cada sujeto en un momento determinado. *El bien común es el conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual. En este sentido, se puede decir que el primero de los bienes, comunes a los hombres, es la existencia misma de la sociedad, la existencia de un orden en sus relaciones sociales; pero por otra parte, este orden social mismo es relativo al bien personal de cada miembro, está ordenado a este bien de la persona humana que tiene la misión de servir. Se realiza de cierta manera en ella, así se dirá que el bien común relativo al hombre se realiza en él, le llega a ser inmanente, y manifiesta así su subordinación a la persona humana*¹⁶⁹.

García Máynez nos recuerda que el bien común que toma en cuenta las legalidades ontológicas exige una relación de equilibrio entre el interés general y los intereses individuales. La obtención del bienestar general demanda, por ende, la constante compensación y el permanente equilibrio de los intereses comunes y privados, así como la cooperación de los individuos con vistas al logro de los fines colectivos. *Para que la idea del bien común se convierta en fuerza motriz y factor estructurante del orden social, hacen falta medios que permitan su máxima realización en la vida comunitaria. La sociedad los crea a través de infinidad de instituciones. De éstas, la más amplia es el Estado, cuya justificación, forma, esencia, fines y tareas deben precisamente fundarse en la idea del bien común. Los individuos no existen para el Estado, sino éste para los individuos*¹⁷⁰.

Al bien común se le puede dar también un sentido social, identificándolo como el bien de todos o, por lo menos, del mayor número de individuos posibles; asimismo, se le puede dar un sentido orgánico referido a una totalidad que está representada por un Estado o por una raza. *El bien común consiste entonces en la realización de valores impersonales que no responden ni solamente a los intereses de los individuos, ni a los de una totalidad cualquiera, pero cuya importancia reside en ellos mismos*¹⁷¹.

¹⁶⁹ Le Fur, Louis. Delos, J.T. Radbruch, Gustav. Carlyle, A.J. **Los Fines Del Derecho: Bien Común, Justicia, Seguridad.** Pág. 45

¹⁷⁰ García Máynez, Eduardo. **Ob. Cit.** Pág. 487

¹⁷¹ Le Fur, et al. **Ob. Cit.** Págs. 57 y 58

El bien común se alcanza cuando todos los miembros de una sociedad disponen de los medios indispensables para la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales, lo mismo que para el desarrollo y perfeccionamiento de sus aptitudes¹⁷². A este respecto el autor ya adelantaba que esta meta es inalcanzable en nuestros días, su plena realización parece cada vez más distante. En un mundo cuyos destinos dependen en gran parte de relaciones de poder y no de propósitos de justicia; en que las grandes potencias juzgan que su fuerza las autoriza a intervenir en los asuntos de los países débiles para satisfacer sus intereses económicos. La época actual se sigue caracterizando por las discriminaciones, analfabetismo, pobreza y pobreza extrema, hambre; en esas condiciones el bien común resulta una utopía.

El bien común consistirá, pues, como en toda materia viva, en la búsqueda de un equilibrio: desarrollar todos los elementos de una vida social activa y fecunda, pero no exigir a los individuos más de lo que moralmente pueden aceptar dar sin tener la sensación de ser sacrificados al bien de los demás; y en cuanto a esta sensación el legislador tiene derecho y el deber de poner en la balanza su autoridad y también la amenaza, para hacer, por la primera, que los indiferentes actúen y por la segunda, que los recalcitrantes elijan¹⁷³.

4.4 Valores jurídicos consecutivos.

Con el término valores jurídicos consecutivos queremos referirnos a los que son consecuencia inmediata de la armónica realización de los fundamentales; dentro de los que se encuentran la libertad, la igualdad, la paz social como más sobresalientes¹⁷⁴.

La Constitución política de Guatemala recoge en su artículo cuarto los principios de libertad e igualdad, los cuales, al igual que el concepto de seguridad tienen un carácter genérico. Al hacer referencia a ellos, es preciso dejar claro que, por la amplitud de los conceptos, aquí se analizan solo como valores fundamentales del Derecho, por ello se dice que la *Libertad jurídica es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad*

¹⁷² García Máñez, Eduardo. **Ob. Cit.** Pág. 488

¹⁷³ Batiffol, Henri. **Ob. Cit.** Págs. 105 y 106

¹⁷⁴ García Máñez, Eduardo. **Ob. Cit.** Pág. 439

normativa de cumplir un deber propio, resulta obvio que la existencia de aquélla está condicionada y es necesaria consecuencia de la de los derechos independientes que el sistema normativo de un país otorga a cada sujeto. Por ello, más que una especie al lado de otras, dentro de la clasificación general de los derechos subjetivos, el de libertad es una forma de manifestación de los que no se fundan en un deber del titular¹⁷⁵.

La libertad como derecho, es el valor que la esfera de los derechos subjetivos independientes tiene para cada hombre o, más correctamente expresado, la medida en que tal esfera representa un bien para él, depende no sólo de la amplitud de la última, sino, primordialmente, de la posibilidad real de ejercicio de aquellos derechos y de la forma que tal ejercicio asuma...¹⁷⁶. La consideración que hace el autor de la cita, enfoca la forma en que la libertad opera para todos nosotros como miembros individuales de la sociedad, pero, que como menciona posteriormente, debe existir una delimitación y coordinación de las esferas de libertad de los miembros de una comunidad jurídica, que será correcta y valiosa cuando, siendo equilibrada y justa la atribución de los derechos y deberes recíprocos de los individuos, esos derechos pueden ser efectiva y correctamente ejercitados por cada uno, sin abusos ni extralimitaciones que redunden en perjuicio de los derechos de los demás.

El principio de igualdad, por la generalidad con que se plantea, debe ser analizado en este punto con sus características de elemento fundamental de ordenamiento jurídico, porque para éste *Si los hombres siempre somos iguales en ciertos respectos y desiguales en otros, la justa regulación de las relaciones interhumanas tendrá que basarse en la apreciación correcta de lo que los destinatarios de aquélla tenemos de igual o de diverso, ya que una sociedad igualitaria no es aquella en que no existen relaciones de supra y subordinación, sino aquella en que la desigualdad nunca es fuente de dependencia personal ni de humillación, y en donde la subordinación de los papeles no excluye el reconocimiento de los sujetos, es decir, para expresarlo ahora en lenguaje sociológico, donde existe una comunicación de los papeles sociales y una efectiva integración de los individuos¹⁷⁷.*

¹⁷⁵ **Ídem.** Pág. 489

¹⁷⁶ **Ibíd.** Págs. 490 y 491

¹⁷⁷ **Ibíd.** Pág. 492

Estos postulados se reflejan en gran medida en el artículo constitucional indicado y la interpretación que le ha dado la Corte de constitucionalidad en el fallo de fecha 16 de junio de 1992¹⁷⁸. *El problema que señalamos al hablar de la libertad jurídica vuelve a plantearse en el caso de la igualdad. Pues una declaración formal de igualdad resulta ilusoria cuando los sujetos a quienes se declara legalmente iguales carecen de medios para ejercitar los derechos ligados a esa declaración de igualdad. Por eso... no puede decirse que hay verdadera igualdad entre quienes tienen el derecho de proponerse ciertos fines, más no el poder de servirse de los necesarios medios de realización*¹⁷⁹.

Aparte del problema que se señala en el párrafo precedente, debemos entender que, la libertad como tal, presenta otras aristas que en el campo jurídico presentan, en algunos casos, dificultades de interpretación y de solución, ya que la libertad formal puede entenderse que es de aplicabilidad general, lo cual en la práctica, es otra realidad: *La necesidad de que a la igualdad formal de los sujetos corresponda una igual capacidad de ejercicio de los derechos que, de acuerdo con la ley, derivan de esa igualdad, es, a fin de cuentas, exigencia dimanante de ese valor básico que se denomina el bien común. Pues éste no existe realmente cuando a las posibilidades de acción lícita que la ley otorga a los individuos, no va unida una posibilidad real de ejercicio de los derechos subjetivos de que en cada caso se trate*¹⁸⁰.

La paz social dependerá en gran medida de la eficacia del ordenamiento jurídico, esto es determinante en la realización de los fines del Derecho, su deficiencia hace que el sistema no se perciba como bueno para la realización de esos fines, por lo tanto las reglas deben ser justas; siempre existirá el riesgo que los detentadores del poder impongan como Derecho lo que en realidad no tiene tal carácter, esto desemboca en la alteración del orden social, por ello *La auténtica paz social, en sentido objetivo, consiste, por tanto, en la eficacia de un sistema que realiza los valores para cuyo logro fue instituido; subjetivamente, en la convicción de que las reglas ordenadoras eficaces son, también y sobre todo, justas o, lo que es igual, auténticas normas*¹⁸¹.

¹⁷⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Gaceta Jurisprudencial No. 24. Pág. 14

¹⁷⁹ García Máñez, Eduardo. **Ob. Cit.** Pág. 492

¹⁸⁰ **Ídem.** Pág. 493

¹⁸¹ **Ídem.** Pág. 493

4.5 Valores jurídicos instrumentales.

Los valores jurídicos instrumentales juegan un papel importantísimo en la concreción de los derechos de los ciudadanos: es a través de estos que se llega también a la defensa de los valores fundamentales cuando estos son violentados. *La designación de instrumentales... es aplicada por nosotros a los valores que corresponden a cualquier medio de realización de los de carácter fundamental y de los consecutivos. Se trata, de las llamadas garantías constitucionales y, en general, todas las de procedimiento, valen instrumentalmente en la medida en que fungen como medios de realización de valores de cualquiera de las otras dos especies*¹⁸². En este sentido también cabe apuntar que estos valores instrumentales se complementan con otros valores: instituciones como la procuraduría de los derechos humanos cuya función es la protección y realización de los valores fundamentales.

Toda institución que tenga por objetivo realizar o proteger los valores fundamentales del Derecho, sirven al mismo tiempo, en mayor o menor medida, para el logro de los demás. El organismo judicial y otras que ejercen jurisdicción son instrumentos cuyo fin supremo es dar vida al valor de lo justo; pero es obvio que al propio tiempo fomentan la seguridad y el bien común; El organismo ejecutivo y las demás entidades, sean estas autónomas o semi-autónomas, creadas para el cumplimiento de funciones administrativas, tienen como meta más importante satisfacer intereses generales y, por ende, persiguen la concreción del bien común. *Los nexos que necesariamente existen entre los fines del Derecho, sea cual fuere el rango y el carácter de los últimos, hacen que resulte difícil agrupar las instituciones jurídicas atendiendo a una sola finalidad axiológica*¹⁸³.

*Sólo relativamente a ciertas instituciones cabría sostener que están, en forma casi exclusiva, al servicio de alguno de los valores básicos. La de la cosa juzgada, la de los términos judiciales y la de la prescripción, por ejemplo, sirven, primordialmente, a la seguridad jurídica*¹⁸⁴.

¹⁸² **Ibíd.** Pág. 439

¹⁸³ **Ibíd.** Pág. 495

¹⁸⁴ **Ibíd.** Pág. 497





CAPÍTULO V

5. Evidencias del derecho natural en la constitución política de la república de Guatemala

En el presente capítulo planteo mis razonamientos centrales de la investigación, los cuales considero tanto indicadores como verdades evidentes del motivo y propósito del desarrollo de esta tesis: acentuar cual ha sido la inclinación histórica qué, el Estado de Guatemala, ha asumido en las Constituciones ante la influencia del Derecho natural y como este se evidencia en nuestro Derecho positivo.

Aunque debo aclarar que por lo limitado del espacio destinado a este capítulo analizaré únicamente algunas de las constituciones incluidas en el digesto constitucional; de igual manera, manifestar cómo el Derecho natural se encuentra plasmado en el preámbulo de nuestra Constitución, así como la connotación que han tenido algunos principios y valores iusnaturalistas inmersos en el vigente ordenamiento jurídico.

Hago la referencia a la importancia de los Derechos Humanos en nuestra Constitución y como estos se lucen como la principal carta de presentación aportada por el Derecho natural; esta situación me enfrentó al análisis de los distintos criterios sobre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico; estas reflexiones me llevaron a indagar sobre las doctrinas y preceptos que han sido motivo de estudio de relevantes tratadistas como Hans Welzel, Eduardo García Máynez y Arthur Kaufmann.

Siendo éste último, el que a mi criterio despeja con una excepcional brillantes el incansable conflicto sobre la verdadera estructura ontológica del Derecho, permitiéndome concluir que tanto el Derecho natural como el Derecho positivo infaliblemente son polos de un mismo Derecho, pues se trata de una relación de complementación mutua, teniendo como resultado un Derecho genuino.

5.1 Antecedentes históricos del derecho natural en las Constituciones guatemaltecas.

5.1.1 Primera constitución del Estado de Guatemala del 11 de octubre del año 1825.

En el preámbulo de la misma se afirmaba: *LOS REPRESENTANTES DEL PUEBLO DE GUATEMALA CONGREGADOS EN ASAMBLEA, AUTORIZADOS PLENA Y LEGLAMENTE POR NUESTROS COMITENTES, Y POR EL PACTO DE LA CONFEDERACIÓN CENTRO-AMERICANA, PARA DAR LEY FUNDAMENTAL QUE DEBE REGIR AL ESTADO, ASEGURARLE EN SUS DERECHOS, Y AFIANZAR LOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, DECRETAMOS Y SANCIONAMOS LO SIGUIENTE...*¹⁸⁵.

En esta Constitución se observa que es el hombre común el legislador y ya no la divinidad ni los reyes legisladores o monarcas. Es el hombre mismo que da sus propias leyes y determina quiénes las aplicaran al caso concreto. El positivismo, en plena efervescencia, parte de lo que se puede demostrar en la realidad y en ese sentido encuentra al hombre física y materialmente visible, inclinándose en creer que el conocimiento verdadero debe partir de esa única realidad de donde deben partir todas las ciencias.

En cuanto al Derecho natural, no aparece en el preámbulo, ahora el hombre es el legislador y el que faculta a otros hombres para aplicar la ley al caso concreto. El hombre apoyado en el positivismo impulsado por Benito Espinoza, Augusto Comte y Descartes a cambio de un Derecho natural que aún se mantiene vigente con los principios como lo son la libertad, la igualdad, la seguridad, la propiedad, la religión católica con exclusión de cualquier otra. Principios propugnados en los Artículos 20 y 45.

El cuerpo de leyes que integra la primera Constitución del Estado de Guatemala y que se incorpora al Derecho positivo evidencia el reinado del hombre y se yergue como si fuera el propio creador del hombre, hablar de sus características sería recalcar sobre un derecho escrito con pretensiones de temporalidad, dada la dinámica a que están sujetos los fenómenos sociales y naturales; basta decir y hacer énfasis en que ya no aparece la divinidad o Dios como legislador de la sociedad y del universo ni que delega a los hombres

¹⁸⁵ Corte de Constitucionalidad. **Digesto Constitucional**. Pág. 149

comunes la actividad de legislación, sino que es el propio hombre el que se legisla a sí mismo.

Pero no obstante ser de corte positivista, los principios eternos de libertad, igualdad, justicia, equidad, frutos del Derecho natural, que aún persisten, así como el apareamiento por primera vez del valor vida protegida por el Estado como lo indicaba en su Artículo 28; Por lo que podemos concluir que existen valores propios del Derecho positivo y valores propios del Derecho natural.

5.1.2 Constitución de la república de Guatemala decretada por la asamblea constituyente del 11 de marzo del año 1945.

Esta Constitución principia con el preámbulo siguiente: *NOSOTROS, LOS REPRESENTANTES LEGÍTIMOS DEL PUEBLO SOBERANO DE GUATEMALA, DEBIDAMENTE ELECTOS Y REUNIDOS EN ASAMBLEA CONSTITUYENTE POR LA VOLUNTAD POPULAR, DESPUÉS DE INTERPRETAR EN LIBRE Y AMPLIA DELIBERACIÓN LAS ASPIRACIONES NACIONALES, DECRETAMOS Y SANCIONAMOS LA SIGUIENTE...*¹⁸⁶.

En su estructura presenta grandes innovaciones, tales como el tratamiento de temas de moralidad pública, educación, entre otros aspectos sociales relevantes. Así, la parte dogmática dividía los derechos en individuales y sociales, encontrándose fuertemente inspirada por las Constituciones de México, Cuba y las recientes reformas de la Constitución de Costa Rica. Dentro de los derechos sociales, se trataron ampliamente temas como el relativo al trabajo, salario mínimo, jornadas, descansos, y vacaciones, sindicalización libre, huelga y paro, trabajo de mujeres y menores, indemnización por despido, jurisdicción privativa, seguridad social. Se reconoció la autonomía universitaria, mejoras al magisterio e implementación de política indigenista.

En lo referente a derechos electorales se amplió lo referente al sufragio, se concedió a los analfabetos y a las mujeres que supieran leer y escribir. Se declaró el voto obligatorio y

¹⁸⁶ Corte de Constitucionalidad. **Ob. Cit.** Pág. 453

secreto para los ciudadanos alfabetos, optativo y secreto para las mujeres y optativo y público para los analfabetos. Asimismo, se reconoció el derecho a los ciudadanos de organizarse en partidos políticos.

En la parte orgánica se divide el Estado en el Legislativo integrado por un diputado por cada cincuenta mil habitantes, los cuales se elegían por un período de cuatro años, renovándose por mitad cada dos años. El Ejecutivo era dirigido por el Presidente de la República, el cual era electo popularmente, con un período de seis años. El Organismo Judicial se integraba por la Corte Suprema de Justicia, Corte de Apelaciones y otros Jueces. El Ejército fue un elemento importante, el cual se calificó constitucionalmente como apolítico, esencialmente profesional, obediente y no deliberante, se le atribuía la obligación de defender la integridad territorial, el cumplimiento de la Constitución y el principio de alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia.

Se evidencia, en ésta Constitución, su predominio dentro de la corriente jurídica del Derecho positivo y dicha normativa en la teoría imperativa en cuanto a relación de su naturaleza jurídica, ya que ésta es un mandato por delegación conferido a la Asamblea Constituyente.

En cuanto al Derecho natural inmerso dentro de la misma, evidencia variedad de valores propios de éste como los que se indican en su Artículo 1, cuando se refiere que el fin de la República de Guatemala, es asegurar la libertad, la cultura, el bienestar económico y la justicia social; en el Artículo 23, donde se garantiza valores como la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad de las personas, la honra y los bienes.

5.1.3 Constitución de la república de Guatemala decretada por la asamblea constituyente del 2 de febrero del año 1956.

Esta Constitución de la República principia así: *EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DEL PUEBLO DE GUATEMALA E INVOCANDO LA PROTECCIÓN DE DIOS, NOSOTROS, REUNIDOS EN ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y EN EJERCICIO DE LAS*

FACULTADES SOBERANAS DE QUE ESTAMOS INVESTIDOS, DECRETAMOS Y SANCIONAMOS LA SIGUIENTE...¹⁸⁷.

A diferencia de las Constituciones en donde imperaba el materialismo en cuyos casos en el preámbulo no se mencionaba a Dios o a la invocación para su protección, lo cual obedecía a la influencia filosófica materialista que estaba en boga en esas épocas; la Constitución de 1956 evidencia como primer rasgo de Derecho natural la invocación y protección de Dios en su preámbulo.

La Constitución de 1956 hace frente al gobierno innovador y reformista de Arévalo y Árbenz el cual vino a sufrir una fuerte oposición de diferentes sectores a quienes la reforma agraria y otros temas sociales les afectaban, provocándose así el derrocamiento del régimen y la derogación de la Constitución de 1945, emitiéndose una nueva por una constituyente integrada sin representación de la oposición. Texto constitucional que se inspiró en el anticomunismo, así pudo observarse, que se declaró punible toda acción comunista, individual o asociada según lo propugna su Artículo 62; y se prohibió la organización de grupos que actúen de acuerdo o en subordinación con entidades internacionales que propugnen la ideología comunista según lo indica su Artículo 54.

En lo referente a la parte dogmática, se denomina acertadamente el Título IV “Derechos Humanos”, el cual se divide en siete capítulos, dentro de los cuales se encuentran derechos individuales y sociales, así como el desarrollo del amparo, como protector de los derechos y garantías que la Constitución establece. Se regula la libertad religiosa, autorizándose el culto privado y público, estableciéndose también la libertad religiosa en las escuelas oficiales, el derecho de asociación con fines religiosos. A la iglesia católica se le reconoce su personalidad jurídica y el derecho de adquirir bienes y disponer de ellos con fin religioso, de asistencia o educativo. Se reconocen derechos sociales, entre ellos el derecho de trabajo, a la familia, a la educación, a la cultura.

En la Constitución de 1956, así como todas las Constituciones de Guatemala en general, se evidencia que el legislador constitucional hace uso del título romano I para indicar los

¹⁸⁷ Corte de Constitucionalidad. **Ob. Cit.** Pág. 513

finde de las Constituciones que conjuntamente con el prólogo, introducción o preámbulo, forman la base ideológica de la misma y en algunos casos, contempla fines y valores a que aspira la República, la Nación, el Pueblo o el Estado. Señala en su Artículo 1º.: que Guatemala como una nación garantiza el respeto a la dignidad humana, los derechos y libertades fundamentales del hombre, la seguridad y la justicia, la cultura y el bienestar social.

De igual manera reitera los valores a proteger en el Título IV, al cual, como se señaló, denominó “Derechos Humanos” y que dentro del Artículo 40 incluye: Que el Estado protege la vida, la integridad corporal, la seguridad de las personas; rasgos característicos, como se desarrolló en el Capítulo I, de Derecho Natural.

5.1.4 Constitución de la república de Guatemala decretada por la asamblea constituyente del 15 de septiembre del año 1965.

En el preámbulo se decía: *INVOCANDO LA PROTECCIÓN DE DIOS, POR LA GRANDEZA Y EL BIEN DE LA PATRIA, CON FE EN LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA DEMOCRATICO DE GOBIERNO, NOSOTROS LOS REPRESENTANTES DEL PUEBLO DE GUATEMALA, REUNIDOS EN ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, CUMPLIENDO EL MANDATO EXTRAORDINARIO PARA EL QUE FUIMOS ELECTOS Y EN EJERCICIO DE LAS FACULTADES SOBERANAS DE LAS CUALES ESTAMOS INVESTIDOS, SOLEMNEMENTE DECRETAMOS Y SANCIONAMOS LA SIGUIENTE...¹⁸⁸.*

Como consecuencia del golpe de Estado protagonizado por el ejército el 31 de marzo de 1963, el coronel Enrique Peralta Azurdia, pasó a ser jefe de Estado centralizando los poderes en su persona, declaró ilegales los partidos políticos y suspendió la vigencia de la Constitución por el tiempo que fuera necesario, hasta la promulgación de la Constitución de 1965.

¹⁸⁸ Corte de Constitucionalidad. **Ob. Cit.** Pág. 579.

Constitución que, referente a los derechos políticos, se restringió la formación de una ideología política al elevar a cincuenta mil el número para su formación, como lo indica su Artículo 28; en cuanto al sufragio, se reconoció universal, secreto y obligatorio para los electores que sepan leer y escribir así como optativo para los electores analfabetos, propugnado en el Artículo 19; sobre los derechos individuales, se garantizó el derecho de asociación con la limitante de prohibir las entidades de ideología comunista o cualquier otro sistema totalitario según su Artículo 64; se reconocen derechos sociales, y a nivel constitucional se establece lo referente al habeas corpus y al amparo.

En cuanto al Derecho natural, evidentemente lo evoca en su preámbulo al pedir la protección de Dios; también protege la libertad, la igualdad, la justicia, la religión y a Dios como supremo creador del orden jurídico; complementándose éste con rasgos del Derecho positivo tales como la seguridad de las personas, la vida, la integridad corporal, la dignidad y la seguridad de los bienes, con lo cual puede inferirse un sistema jurídico mixto de la Constitución ya que está se encuentra apoyada en ambas posturas como lo propugna en sus Artículos del 1º al 43º.

5.2 El preámbulo de la constitución de 1985 y su connotación de derecho natural.

La Constitución de la República de Guatemala del año 1985 que entró en vigencia el 14 de enero de 1986 enuncia en su preámbulo: *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. SOLEMNEMENTE DECRETAMOS,*

SANCIONAMOS Y PROMULGAMOS LA SIGUIENTE: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.

La importancia sobre la interpretación del preámbulo radica sobre todo en el entendimiento de este, como lo expresa Vladimiro Naranjo es esa *fórmula solemne colocada, a manera de introducción, en el encabezamiento de la Constitución, y que resume las grandes directrices que inspiran la promulgación de esta, y que deben servir de pauta o guía a gobernantes y gobernados en la vida del Estado. Puede definirse también como la enunciación previa contenida en las Constituciones, donde se exponen los grandes principios y fines que han guiado al constituyente para redactar las normas básicas de la organización política del país*¹⁸⁹.

La Corte de Constitucionalidad en diversos fallos ha referido a argumentos que pueden ubicarse en el Derecho natural; al hacer referencia al sentido en que se debe de entender el preámbulo de la Constitución Política, ha expresado que: *El preámbulo de la Constitución Política contiene una declaración de principios por la que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto, siendo además una invocación que solemniza el mandato recibido y el acto de promulgación de la carta fundamental. Tiene gran significación en orden a las motivaciones constituyentes, pero en sí no contiene una norma positiva ni menos sustituye la obvia interpretación de disposiciones claras.*

*Podría, eso sí, tomando en cuenta su importancia, constituir fuente de interpretación ante dudas serias sobre alcance de un precepto constitucional... si bien en su preámbulo la Constitución de la República 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*¹⁹⁰. Se reconoce aquí, por la corte, que nuestra constitución se fundamenta en principios y valores, que a mi parecer no necesariamente se encuentran plasmados en una norma positiva que les de sustento; existen valores y principios que en el desarrollo de la humanidad se han fundamentado en el Derecho natural.

¹⁸⁹ Naranjo Mesa, Vladimiro. **Ob. Cit.** Pág. 338

¹⁹⁰ Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial Número 1. Pág. 3

Así entonces, mencionar aquí el caso de la patria potestad que se fundamentó como valor y se encuadro en una norma positiva, pero que su fundamentación la encontramos en un principio natural: la necesidad del hombre de proteger a sus crías.

Los valores enunciados en el Preámbulo, y, entre otros, los artículos: 1º., que preconiza el deber del Estado de proteger a la persona y la familia y la realización del bien común; 2º., la garantía de la vida, la libertad, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona; 3º., la protección de la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona¹⁹¹. Su preámbulo, que es una solemne declaración finalista...¹⁹².

Un punto de coincidencia constitucional en cuanto a la interpretación e integración es la decisiva influencia del contenido teleológico de la Constitución que se inclina en favor de las libertades y los valores éticos en ella contenidos, hacia las finalidades supremas y últimas de la Constitución –Preámbulo, artículos 1º y 2º...¹⁹³.

La Corte de Constitucionalidad manifestó que el preámbulo de la Constitución de la República no constituye norma positiva, sin embargo el sentir que este tiene en la sociedad y su clara evidencia de connotación filosófica cristiana iniciada desde la Edad Media, ha expuesto, que para el desarrollo propio de sus fines y valores, vale como presupuesto normativo.

La invocación de Dios en su comienzo, expresa la intención de los constituyentes en cuanto al acercamiento y aceptación por parte del pueblo de Guatemala en la creencia y espiritualidad de una profunda fe en Dios, evidenciando una relación directa sobre una ley eterna, presupuesto del Derecho natural. Así mismo, el preámbulo contiene el espíritu de nuestra Constitución, objetivos y fines fundamentales de la misma, al tiempo que formula los valores que la inspiraron tales como la primacía de la persona humana, la familia como génesis elemental de la sociedad, al Estado como responsable de la promoción del bien común y la consolidación de los regímenes de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.

¹⁹¹ Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial Número 7. Pág. 29

¹⁹² Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial Número 16. Pág. 6

¹⁹³ Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial Número 21. Pág. 33

5.3 Principios y valores que se fundamentan en el derecho natural y que se encuentran inmersos en la vigente constitución guatemalteca.

Expresamente, la actual Constitución de la República refiere, como se indicó en su preámbulo, así como en su Título I aquellos principios, fines o valores inspirados en el Derecho natural y de los cuales, el Estado se ve obligado a la protección de los mismos; dentro estos valores y de conformidad con la clasificación de Eduardo García Máynez referidos en los primeros capítulos de esta tesis, se encuentran como fundamental es la seguridad jurídica, la justicia, el bien común como valores jurídicos consecutivos la libertad, la igualdad y el bienestar social, y como valores jurídicos instrumentales, el debido proceso y el derecho de defensa.

Propugna el artículo 1°: *Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común*¹⁹⁴. Al enunciar el término “proteger”, este debe entenderse a la defensa de la persona y la familia. Defensa de la persona que deberá iniciarse desde la concepción y hasta el último día de su vida; así como la defensa de la familia, la cual inicia a partir de su constitución legal o jurídica, obligando a las autoridades a procurar su consolidación y continuidad.

El bien común conocido también con los nombres de interés público, interés social o interés general, en cuanto a su cumplimiento por parte del Estado con la categoría de fin supremo, lo coloca por encima de otros fines del Estado prevaleciendo sobre ellos, aceptando la omisión de ciertos requisitos y procedimientos legales, siempre que la omisión persiga la realización de los valores, entre ellos, la justicia, la seguridad, la paz así como la ejecución inmediata de planes y programas sociales de beneficio general o colectivo, resaltando así, que el interés social prevalece sobre el interés particular.

La Corte de Constitucionalidad, con respecto al artículo 1°, ha razonado que: *...la Constitución Política dice en su artículo 1 que el Estado de Guatemala protege a la persona... pero añade inmediatamente que su fin supremo es la realización del bien común, por lo que las leyes.*

¹⁹⁴ Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 1°.

Pueden evaluarse tomando en cuenta que los legisladores están legitimados para dictar las medidas que, dentro de su concepción ideológica y sin infringir preceptos constitucionales, tiendan a la consecución del bien común. Al respecto conviene tener presente que la fuerza debe perseguir objetos generales y permanentes, nunca fines particulares¹⁹⁵.

Asimismo, instituye el artículo 2°.- de la Constitución Política: *Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona¹⁹⁶*. Partiendo de que el Estado debe entenderse como el conjunto de organizaciones públicas que integran sus tres organismos (legislativo, ejecutivo y judicial), podemos establecer que el artículo constitucional mencionado, al enunciar “es deber”, hace referencia a la obligación que observarán los funcionarios y empleados de los organismos del Estado, los cuales ejecutando acciones políticas y administrativas relacionadas con su función específica (legislar, administrar y aplicar justicia), al tiempo que, tomando y ejecutando decisiones individuales y sociales de beneficio para los habitantes del Estado correspondidas con la educación, la salud y el trabajo; lograrán así, garantizar la vida, libertad, justicia, seguridad, paz y desarrollo personal de los habitantes.

La importancia de lo anterior radica en que debemos de dejar de exigir al Estado cumplir sus obligaciones, ya que el Estado es una ficción y por lo tanto no puede obligarse, siendo los únicos a obligar sus funcionarios y empleados públicos, los cuales, por sus acciones u omisiones, al incumplimiento de los deberes de carácter general que la Constitución Política le impone, según el caso, da lugar, a que puedan llegar a incurrir en delito o en responsabilidades civiles, administrativas y políticas. El resguardo de los valores y principios inspirados en el Derecho natural como la vida, la libertad, la justicia, la paz, se dará únicamente cuando estos sean protegidos por el propio destinatario de la norma y no por una ficción como lo es el Estado.

Ha declarado la Corte de Constitucionalidad respecto al artículo 2°., de la Constitución Política de la República:

¹⁹⁵ Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial Número 1. Pág. 3

¹⁹⁶ Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 2°.

Al referirse a los deberes del Estado respecto a los habitantes de la República, le impone la obligación de garantizar no solo la libertad, sino también otros valores, como son los de la justicia y el desarrollo integral de la persona, para lo cual debe adoptar las medidas que a su juicio sean convenientes según lo demanden las necesidades y condiciones del momento, que pueden ser no solo individuales sino también sociales¹⁹⁷.

Evidentemente el Título I de la Constitución Política de la República de Guatemala presenta un alto grado de influencia de teorías idealistas entre las cuales se encuentra la corriente jurídica del Derecho natural al tiempo que evidencia teorías materialistas encabezadas por el positivismo jurídico; teorías que constituyen principios de la norma fundamental.

Algunas de las ideas de un Derecho natural dogmático, y con algunas características que éste brinda, se integra por una ley eterna que no tiene principio, ningún ser humano sabe cómo apareció, que es inmutable en el tiempo, pues éste no vive suficiente para determinar lo dinámico; una ley natural, que es lo que el ser humano conoce precisamente por haber sido creado a semejanza de Dios; una la ley humana, producto de la prolongación de las dos leyes anteriores que el hombre utiliza para la convivencia humana; y una la ley divina, que es una armonía de las tres leyes anteriores para la aplicación de la ley al caso concreto, encargada esta de la justicia y la equidad. Consecuentemente nos enfrentamos con ideas muy difíciles para el ser humano, finito con su mente, con algunas dificultades de comprender un ente o ser infinito, el cual nos creó, por ello el objeto creado que es el hombre no puede comprender en toda su totalidad a su creador, sino únicamente la parte que dicho ser nos ha permitido conocer, dado haber sido creados a su semejanza.

Conceptualizado así, bajo la perspectiva idealista, el artículo 1° de la Constitución Política, se refiere a la protección de la persona por el Estado, entendiéndose que Dios, habiendo creado al hombre para que se organizara y gobernara en la Tierra, el Estado adquiere, en parte, la función de proteger a la persona que vive dentro de un territorio, población, sistema jurídico y fines, evidenciando así, una indudable norma del Derecho natural; por la misma razón.

¹⁹⁷ Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial Número 1. Pág. 3

El artículo 2°.- de la misma norma fundamental, lo obliga al cumplimiento de la protección del ser humano y garantizarle el ejercicio del derecho a la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y su desarrollo integral.

No es pretensión de esta tesis tratar individualmente cada artículo constitucional referido a los derechos humanos, sino, únicamente algunos que evidencian la influencia del Derecho natural.

Considero que, en cuanto al Derecho natural, se debe analizar inicialmente aquel sistema proporcionado por Dios que empieza con la ley eterna, luego la ley natural, le sigue la ley humana para converger en la ley divina que armoniza y coordina la aplicación a una situación de hecho; es decir, percibimos que el Derecho natural parte de lo metafísico, de la ley eterna, se extiende por una parte a la ley natural y otra parte a la ley humana, de esa manera lo inmaterial se materializa. El Derecho, en ese sentido, parte de una filosofía idealista fundamentada en la filosofía cristiana, de la que ha derivado la corriente jurídica denominada Derecho natural y éste, eminentemente metafísico, hace su recorrido hacia el Derecho positivo que materializa y plasma al Derecho natural.

5.4 Los Derechos Humanos: evidencia del derecho natural en la constitución política de 1985.

Debo partir en este punto de la reflexión sobre la fundamentación de los Derechos humanos; se han publicado una enorme cantidad de libros que exponen que, a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, se conceptualizan estos como aquellos que son esenciales, fundamentales, iguales, inalienables, inherentes o intrínsecos a la naturaleza humana o a la dignidad de la persona. Con base en estos postulados, se advierten las siguientes características: ...a) *ser auténticos derechos, es decir, bienes debidos, no meros ideales a alcanzar, ni apreciaciones subjetivas, ni valoraciones, ni principios morales, ni postulados políticos o requerimientos sociales; b) ser inherentes a la naturaleza humana o a la dignidad de la persona; c) ser preexistentes a la ley positiva, y d) ser constitutivos del sistema de gobierno democrático.*¹⁹⁸

¹⁹⁸ Hoyos Castañeda, Ilva. **Ob. Cit.** Pág. 174.

Explica el jurista Mauricio Beauchot¹⁹⁹ que la misma noción histórica de los Derechos Humanos, es decir, la diversidad de declaraciones y positivaciones, más allá de su iuspositivismo, contienen un ineluctable espíritu iusnaturalista. En consecuencia, son derechos que se consideran inherentes al ser humano por su misma esencia o naturaleza, lo que implica también la percepción de que hay unos derechos que rebasan las positivaciones existentes, y no porque sean derechos que van surgiendo de los que ya se han positivado, sino porque son superiores y anteriores a todos ellos; es decir, su existencia, no dependerá de que estos derechos fundamentales sean aceptados o no en legislación positiva; y no por ser positivado un precepto de ley natural deja de ser natural.

La Corte de Constitucionalidad afirma: *Nuestra Constitución agrupa los derechos humanos dentro del Título II pero claramente se distingue que en el capítulo I bajo el acápite de derechos individuales figuran los que la doctrina divide en civiles y políticos, mientras que en el capítulo II denominado Derechos Sociales, agrupa los derechos humanos que se conocen como económicos, sociales y culturales. Los derechos individuales muestran claramente su característica: unos, los civiles con su contenido negativo que implica obligaciones de no hacer y los otros, los políticos, el reconocimiento de la facultad que los ciudadanos tienen para participar en la organización, actuación y desarrollo de la potestad gubernativa. En cambio, los derechos sociales constituyen pretensiones o sea que encierran determinadas pretensiones que individual o colectivamente pueden exigir los ciudadanos al Estado. Lógicamente cumplir con las exigencias a este respecto equivale a desarrollar las aspiraciones a través de la legislación positiva²⁰⁰.*

Así, el Título II de la Constitución Política principia con el tema Derechos Humanos y funda en su artículo 3°: *Derecho a la vida. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona²⁰¹*. Evidentemente la Constitución entre los derechos que reconoce expresamente, ubica en primer término, el derecho a la vida, derecho que en el ámbito internacional, es la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁹⁹ Beauchot, Mauricio. **Derechos humanos: historia y filosofía**. Págs. 213 y ss.

²⁰⁰ Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial Número 8. Págs. 186-187

²⁰¹ Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 3°.

Así como el derecho vinculado o relacionado con casi todos los derechos constitucionales; asimismo, declara la protección de la vida humana y prevé la dignidad del ser humano al referirse a la integridad y seguridad de la persona.

Siguiendo la figura de ficción legal respecto al Estado, este no puede proteger en la realidad por cuanto a la carencia de materialización para su obrar, por lo que nuevamente corresponde considerar que la vida únicamente la pueden garantizar las autoridades de gobierno. La vida para el Derecho natural, no ha tenido principio y desconoce cuando apareció, y desde la perspectiva iusnaturalista el derecho a la vida nació con el ser humano, de manera que el Estado o el Derecho no pueden garantizar un derecho nacido mucho antes que dichas instituciones, sino solamente pueden reconocerlo, es decir, atañe reconocer lo que ya existe.

Continuando con el orden de la Constitución Política, el artículo 4º., establece: *Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad.*

Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí...²⁰². A lo que, la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado diciendo: ...el principio de igualdad, plasmado en el artículo 4º.- de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias. Esta Corte ha expresado en anteriores casos que este principio de igualdad hace referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe, ni se opone a dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge...²⁰³.

²⁰² Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 4º.

²⁰³ Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial Número 24. Pág. 14

El artículo 4º., es considerado la base de la afirmación de que ningún hombre y mujer deben ser afectados en sus libertades y derechos por razón de su nacionalidad, raza, sexo, religión, situación económica, social o política, y no debe discriminarse a ningún hombre y mujer por iguales motivos.

Beuchot al analizar la conclusión de Ronald Dworkin, indica que la justicia como equidad descansa sobre el supuesto de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres: a la igualdad de consideración y respeto, un derecho que poseen no en virtud de su nacimiento, sus características, méritos o excelencias, sino simplemente en cuanto a seres humanos con la capacidad de hacer planes y de administrar justicia; concluye que *Los derechos humanos, entonces, se irían vertebrando a partir de ese derecho natural fundacional.*

Pero después si irían articulando los otros, como el de otros tipos de igualdad, los de la libertad, etc. Por lo tanto, es un sistema de derechos naturales, de derechos fundamentales, o derechos individuales básicos que se van estructurando a partir de ese derecho fundamental y de él van recibiendo su legitimación, en su despliegue²⁰⁴. Así entonces, los derechos humanos entendidos como derechos fundamentales están más allá, por encima e independientemente de la sola positivación jurídica.

Recasens Siches al referirse a los Derechos Humanos afirma que estos son *principios o máximas de estimativa jurídica, que se expresan como criterios supremos que deben ser obedecidos y desenvueltos prácticamente en la elaboración del derecho positivo, tanto por el legislador como por los órganos jurisdiccionales... con estas palabras se trata de indicar que la validez intrínseca de esos principios no depende de ningún accidente histórico, no depende de la voluntad o del reconocimiento de los hombres. Por el contrario, tales principios tienen una validez en sí y por sí, porque constituyen la proyección sobre el mundo del derecho, de la esencia misma de lo humano; porque constituyen las supremas máximas implicadas por la idea de justicia; porqué tienen un carácter ético necesario y universal²⁰⁵.*

²⁰⁴ Beuchot, Mauricio. **Ob. Cit.** Pág. 15

²⁰⁵ **Ídem.** Pág. 113

Siches concuerda con lo ya sostenido por el Derecho natural en sus diversas épocas y maneras, enmarcando la idea de que hay derechos inalienables por las autoridades, y otros que son alienables; esos derechos inalienables y que, por tanto, rebasan la competencia del derecho positivo, son los Derechos Humanos.

El Derecho natural insta al momento de precisar la conciencia de la persona humana que esta, por poca o mucha información adquirida por la educación familiar o por el grupo social de su desenvolvimiento o cualquier circunstancia vivida, concibe que la vida que disfruta fue dada por un ente superior a través de sus padres; esta forma que concibe la conciencia humana, entendida como conocimiento primario, brota de todos los grupos sociales, no importando la religión que se tenga, así sea católica, evangélica, mormona, islámica, musulmana, budista, o luterana, etc., la idea es común; en todas la conciencia humana concibe que si el ente superior llamado Dios nos da la vida, tenemos en consecuencia derechos inherentes a la persona humana, a lo que modernamente se le conoce como Derechos humanos, derechos otorgados por Dios y no por el hombre, derechos existentes desde que el ente superior nos hizo a su semejanza, semejanza también en parte de su inteligencia para comprender y discernir qué derechos tenemos según sus designios.

Es así, para el Derecho natural que la persona humana tiene conciencia de que un ente superior denominado Dios, creador de todo y lo no existente, que incluye a la persona y sus respectivos derechos, que le son inherentes como el derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la justicia, la equidad, la paz, el bien común, etc., los cuales se conciben en la conciencia y no es necesario moldearlos en derecho escrito al ser estos verdades evidentes, basta que los haya dado Dios como ente creador y el ser creado no tiene más que cumplirlos.

En concreto, la Constitución Política de la República de Guatemala tanto en su Preámbulo invocando el nombre de Dios, los principios y valores que evoca en su Título I, así como el reconocimiento de los Derechos Humanos en su Título II, sujetan evidencias del Derecho natural que a través del desarrollo de la misma Constitución producen una organización del Estado y sus órganos, así como coordinación, control y financiamiento del mismo que

conlleven a la armonización y aplicación al caso concreto de una ley eterna, una ley natural, una ley humana y una ley divina; leyes de un sistema de Derecho Natural establecido por santo Tomas de Aquino, y que como es sabido, un derecho natural es una ley que corresponde a la esencia o naturaleza humana y justamente en esa naturaleza del hombre se basará la ley natural que da sentido y orientación a los demás derechos que puedan surgir para él y que sirven de fundamentación racional a los Derechos Humanos.

5.5 Derecho natural y Derecho positivo: polos de un solo derecho.

Corresponde aquí dos diferentes criterios de validez que, en caso de conflicto, se descartan recíprocamente como se ha evidenciado a lo largo de la historia y de esta investigación: que si el Derecho vale porque ha sido creado de acuerdo con ciertas exigencias de orden formal, la ocurrencia de que el contenido de sus mandatos no coincida con determinados afanes de justicia, bien común, seguridad y demás valores así como principios jurídicos, jamás podrá invocarse, según los positivistas, para negar su fuerza obligatoria; y a la inversa, si sólo es jurídica la norma justa, los mandatos que valgan formalmente, pero pretendan una conducta contraria a ciertos valores o principios, serán mandatos ilegítimos en todo momento, así sea que los órganos del poder público estén en situaciones de imponerlos por la fuerza.

García Máynez²⁰⁶, analizando los planteamientos del jurista alemán Hans Welzel explica que, si bien parece insólito, el positivismo jurídico no ha desenvuelto aún su propia teoría, por lo que ni ha tratado de auto-justificarse menos aun delimitar las fronteras que le atañen. Es por ello que acierta su definición y fundamento, en la naturaleza de las cosas, por lo que, positivismo no es sino entendido como la ocupación práctica del Derecho. Asimismo, en materia del iusnaturalismo ocurre justamente lo contrario, puesto que esa postura aparece como “reflexión filosófica” o “teoría”. Es decir, la teoría es su fuerza, la práctica su debilidad. Esto evidencia porque contamos con una infinidad de doctrinas sobre el Derecho natural, y no tengamos ninguna teoría acerca del positivismo, claramente señalado por Welzel.

²⁰⁶ García Máynez, Eduardo. **Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo**. Págs. 110 y 111

Esta dicotomía de ambos preceptos en la cual, al lado o por encima del Derecho positivo concurre otro natural que vale por la justicia de su contenido, no logra, por tanto, mantenerse cuando los mandatos de ambos se enfrentan contradictoriamente, ya que, en tal suposición, los criterios tanto formal o extrínseco del Derecho positivo así como el intrínseco de validez del Derecho natural se excluyen recíprocamente y su aplicación simultánea es imposible.

García Máynez, en la obra citada, lo soluciona señalando que *Las únicas posturas consecuentes, en relación con nuestro problema, son, de acuerdo con esto, las de índole monista. Pero es claro que, en caso de conflicto, el monismo jurídico positivista tiene que desembocar en la negación del Derecho natural, como lo es también que el monismo iusnaturalista, en la misma hipótesis de conflicto, necesariamente lleva a la negación del Derecho positivo*²⁰⁷. Consecuentemente, el enfoque de Máynez en cuanto a las posturas monistas, permite contraponer los criterios tanto formal o extrínseco de validez, único que los positivistas admiten, así como el intrínseco de validez en sentido axiológico, preconizado por los sostenedores del Derecho natural.

Aun así, sea la teoría de los dos órdenes como explica Welzel o ya sean posturas de cualidad monista, al analizar qué relaciones concurren entre los mencionados criterios, fácilmente podemos percatarnos de que los conceptos de validez formal o extrínseca del positivismo jurídico, como la validez intrínseca iusnaturalista, ni se implican uno al otro ni se excluyen entre sí. Es decir, aquí el problema continua surgiendo en los casos de contradicción, dicho de otra manera, cuando los preceptos a los que el iusnaturalista le atribuye validez intrínseca se afrontan contradictoriamente a determinados preceptos del Derecho positivo, mejor dicho, el perpetuo conflicto de criterios; ocurre entonces que, los legalmente encargados de aplicar Derecho, por la lógica interna de su posición de órganos estatales, no les existe más derecho que el positivo.

Este eterno conflicto conduce a la interrogante sobre la posibilidad de: ¿la existencia en cuanto a un Derecho verdadero que emane de la concurrencia de aquellos atributos (tanto extrínsecos como intrínsecos) dentro en un mismo sistema de normas? O, dicho de otro

²⁰⁷ Ídem. Pág. 113

modo, cuestionar si: ¿se podrá encontrar más allá del iusnaturalismo y del positivismo jurídico una solución al conflicto de criterios? Máynez indica que la interrogante ha sido tratada por una diversidad tanto de juristas como de filósofos, pero nadie ha llegado a un lugar con mayor brillantez como el jurista alemán Arthur Kaufmann, quien afronta el cuestionamiento desde una perspectiva relacionada a la estructura ontológica del Derecho.

Kaufmann, indica Máynez²⁰⁸, principia preguntándose ¿qué es el Derecho? Un cuestionamiento al mismo tiempo fundamental tanto para la ciencia, como para la filosofía jurídica. A lo cual, según el jurista alemán responde e indica que durante el recorrido de la milenaria historia de nuestra cultura jurídica se han enunciado un sinnúmero de opiniones y teorías sobre qué sea el Derecho. Hay una inabarcable multitud de definiciones de tal concepto. No obstante pese a esta diversidad de puntos de vista, a fin de cuentas sólo existen, sobre la verdadera estructura fundamental de lo jurídico, es decir, sobre la constitución real del Derecho, dos concepciones que chocan entre sí y recíprocamente se destruyen. Llamémoslas, apelando al uso cotidiano del lenguaje, punto de vista del Derecho natural y punto de vista del positivismo jurídico, de las cuales Kaufmann sostiene que ambas ignoran la estructura ontológica del Derecho y son, en su unilateralidad, científicamente indefinibles.

Primero, detalla Kaufmann que, para el positivismo jurídico, “la positividad” es la particularidad que permite decidir acerca de la existencia y validez del Derecho. El jurista alemán señala que la mejor manera de absorber la esencia del positivismo jurídico, desde el punto de vista ontológico, consiste en tomar como punto de partida la fórmula existencialista del francés Jean Paul Sartre: *“La existencia precede a la esencia”*. Explica Kaufmann: *si la positividad del Derecho es ontológicamente anterior al contenido del mismo, este elemento depende sólo de aquella... Dicho de otra manera, todo lo que el autor de la ley reviste de forma jurídica, será, de acuerdo con su esencia, Derecho, sea cual fuere el contenido de lo prescrito... Los positivistas identifican la esencia con la existencia de éste. Por ello declaran que desde el punto de vista de la esencia, el contenido de las prescripciones legales es indiferente*²⁰⁹.

²⁰⁸ **Ibíd.** Pág. 126

²⁰⁹ **Ibíd.** Pág. 128

Pero Kaufmann al tiempo, le objeta al positivismo jurídico, específicamente, en el caso concreto de las situaciones acentuadas durante la época del nazismo, cuyos horrores, concluida la Segunda Guerra Mundial, provocaron en los juristas alemanes, frente al Derecho positivo, una actitud de abierta desconfianza y a veces de repudio y ejemplifica: ¿Cómo una “teoría” con la característica de positividad, se ve forzada a reconocer de carácter jurídico un sistema legalmente regulado de campos de concentración y de asesinatos en masa? O sea, esta lleva absurdamente el pensamiento del Derecho y se refuta así misma.

Segundo, en relación a la concepción iusnaturalista, el jurista alemán puntualiza que de acuerdo a esta, el Derecho natural es considerado como un Derecho puramente esencial al lado o por encima del Derecho positivo, es decir, como un mandato cuyo contenido es absolutamente justo y correcto y, en consecuencia, posee validez supra temporal e inmutable. Pero esta concepción iusnaturalista, manifiesta Kaufmann, ignora la estructura ontológica del Derecho, al igual que lo hace el positivismo jurídico como fue expuesto en el párrafo que antecede, ya que quienes ubican al lado o por encima del Derecho positivo un invariable y absolutamente justo Derecho natural quedan expuestos a la fundada e ineludible discusión de que no puede coexistir, al propio tiempo, dos órdenes jurídicos igualmente válidos, el natural y el positivo, ya que, en tal conjetura, uno de ellos saldría sobrando.

Lo anterior dice Kaufmann *no significa, empero, una refutación de la idea del Derecho natural... si por Derecho natural entendemos no un orden supra temporal y absolutamente justo, sino un Derecho objetivamente válido y correcto para una determinada situación histórica, tal noción resulta enteramente compatible con los atributos de positividad, concreción e historicidad*²¹⁰. En otras palabras, el autor alemán, armoniza que si con el término “Derecho natural” puramente se hace referencia a un Derecho objetivamente correcto u objetivamente válido y este calificativo no lo concebimos en un sentido supra temporal, entonces, las expresiones “Derecho” y “Derecho natural” resultan equivalentes.

²¹⁰ **Ibid.** Pág. 130

Finalmente Kaufmann deja ver que los dos puntos de vista: tanto el positivismo jurídico como la doctrina del Derecho natural contienen parte de la verdad, pero no aciertan con la estructura ontológica de lo jurídico, simplemente porque confunden un aspecto del Derecho con la totalidad de éste. Es por ello que, concuerdo con Kaufmann y, confirmo que: se debe dejar de contraponer el Derecho natural al positivo, cual si se tratase de una disyuntiva ineludible, de elegir entre una cosa o la otra; lo que evidentemente compone la estructura real del Derecho es la aproximación de la esencia y la existencia jurídicas, en otras palabras, el nexo iusnaturalismo con iuspositivismo.

En consecuencia de lo expuesto, la relación entre estos dos criterios no es de exclusión, contradicción u oposición, sino de polaridad, lo cual significa que en un extremo se ostenta la pureza del Derecho natural y en el otro extremo se ostenta la pureza del Derecho positivo haciendo de ambos criterios, puntas de una misma barra, que se necesitan para la aplicación de un Derecho ontológicamente verdadero.

Se trata, pues de una relación recíproca de complementación y apoyo por lo que vale considerarla como “la armonía de los opuestos”, ya que el Derecho genuino resulta, insisto, de la conexión iusnaturalismo-iuspositivismo.



CONCLUSIONES

1. El Derecho natural, históricamente encuentra su entendimiento como aquel conjunto de principios, doctrinas y normas de la conducta humana justas, eternas e inmutables que regulan la vida social del hombre, aun en ausencia de toda ordenación positiva.
2. El Derecho también puede ser un instrumento de opresión y dominación social, por lo que es menester por parte del legislador, el crear un Derecho positivo en armonía en cuanto a su validez, legitimidad y eficacia, tomando en cuenta tanto la voluntad del Estado como las necesidades de la sociedad.
3. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico, demuestran coincidir en ciertos puntos, como lo es la estructura ontológica del Derecho evidenciando así, conjeturas de un verdadero ordenamiento jurídico genuino.
4. La práctica de los valores jurídicos favorece a la realización de una organización social instituida bajo un Estado constitucional de derecho, que permite entrever su culminación en los denominados Estados modernos.
5. La actual Constitución política de Guatemala y las Constituciones que han regido, ostentan verdades evidentes de la corriente del Derecho natural; es decir, evidencias como los Derechos Humanos en donde el iusnaturalismo alcanza su mayor expresión, y que han producido, jurídicamente influencia sobre los legisladores constituyentes, que ciertamente, al ser incluidas tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica, exhiben sus principios, doctrinas y normas de conducta humana justas, eternas e inmutables que velan por la preservación de los mismos que, una vez respetados y practicados, logran la unión entre el Derecho natural y el Derecho positivo, conformando así, polos de un mismo Derecho.





RECOMENDACIONES

1. La sociedad guatemalteca rige su convivencia diaria con inclinación a la creencia de un Derecho justo superior y que tiende preferentemente a obedecerlo frente al Derecho creado por el hombre; por ello se hace necesario inculcar en la ciudadanía los valores y principios constitucionales.
2. Evidenciado el Derecho natural tanto en la parte dogmática como en la parte desarrollada de la Constitución Política de la República de Guatemala, lo que constituye al mismo tiempo su fundamento dentro del Derecho positivo; esto obliga a que la legislación que se aprueba constantemente este inmersa en este contexto.
3. Con el objetivo de alcanzar la máxima legitimidad de nuestro ordenamiento jurídico y la certeza jurídica por parte del organismo encargado de impartir justicia, es recomendable que los jueces al momento de dictar su sentencia y en el caso concreto, tomen en consideración, y con un alto grado de razonabilidad, los principios del Derecho natural evidenciados en nuestra Constitución, logrando así la aplicación de un Derecho legitimado en su plenitud.
4. Hacer hincapié en la formación integral del estudiante de derecho, esto, contribuirá al desarrollo de sus capacidades como futuro profesional consciente de su responsabilidad como miembro de nuestra sociedad.
5. Establecer dentro del pensum académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala lo relativo en cuanto a la indicción sobre las corrientes tanto iusnaturalista como iuspositivista pertenecientes al Derecho y la coexistencia de ambas.





BIBLIOGRAFÍA

- ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de Filosofía**. 1ª. Reimpresión de la 4ª. Edición en español, Traducción de José Esteban Calderón, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- AFTALION, Enrique R., Vilanova, Jose. Raffo, Julio. **Introducción al Derecho**. 4ª. Edición, LexisNexis, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- BATIFFOL, Henri. **Filosofía Del Derecho**. 1ª. Edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1964.
- BEUCHOT, Mauricio. **Derechos Humanos: Historia y Filosofía**. 5ª. Edición, Editorial Fontamara, México, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico**. 12ª. Edición, Editorial Fontamara, México, 2012.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**. Actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. 18ª. Edición, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- CATHREIN, Victor. **Recht. Naturrecht und positives Recht**. Friburgo de Br. Herder, 2ª ed. 1909 (trad. Cast. Por Alberto Jardón y César Barja. Madrid. Ed. Reus, 7ª ed. 1958).
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. **Digesto Constitucional**. Guatemala, 2005.
- _____ **Gacetas jurisprudenciales** Números: 1, 7, 8, 16, 21, 24, 61.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos. **La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho**. 1ª. Edición, Cromocolor, S.A. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.
- GARCÍA FONG, Gustavo. **Revista Colegio de abogados y notarios de Guatemala**, No. 47, Julio-Diciembre 2003, Serviprensa, S.A. Guatemala, 2004.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **Breve historia constitucional de Guatemala**. Editorial universitaria, colección libro de texto universitario, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Filosofía Del Derecho**. 15ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2005.
- _____ **Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo**. 1ª. Edición, 6ª. Reimpresión, Editorial Fontamara, México, 2009.
- GUADARRAMA GONZÁLEZ, Álvaro. **La Axiología Jurídica En La Formación Integral De Los Estudiantes De Derecho**. 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2010.



HOYOS CASTAÑEDA, Ilva. **Las razones del derecho natural**. Editorial ÁBACO de Rodolfo Depalma S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. Traducción de Eduardo García Máynez, 3ª. Edición, Editado por la Coordinación de Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.

_____. **Teoría Pura del Derecho**. Traducción de Roberto J. Vernengo. 13ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

KESTLER FARNÉS, Maximiliano. **La realidad y el Derecho. Estudio Filosófico**. 1ª. Edición, Impresos Industriales, S.A. Guatemala, 2005.

LE FUR, Louis. Delos, J.T. Radbruch, Gustav. Carlyle, A.J. **Los Fines Del Derecho: Bien Común, Justicia, Seguridad**. 4ª. Edición, 1ª. Reimpresión, Editorial Manuales Universitarios UNAM, México, 1975.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, José. **Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna**. Editorial Tirant Lo Blanch, España, Valencia, 1998.

MOLINER, María. **Diccionario de uso del español**. 3ª. Edición, Editorial Gredos, Madrid, España, 2007.

MONTEJANO, Bernardino. **Curso de Derecho natural**. 8ª. Edición, LexisNexis, Buenos Aires, Argentina, 2005.

NARANJO MESA, Vladimiro. **Teoría Constitucional E Instituciones Políticas**. 9ª. Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2003.

OSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Editorial Heliasta S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 1981.

PECES BARBA, Gregorio. Fernández, Eusebio. De Asís, Rafael. **Curso De Teoría Del Derecho**. 2ª. Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, España, 2000.

PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de Derecho Civil Español**. 3ª. Edición, Ediciones Pirámide S.A., Madrid, 1976.

RADBRUCH, Gustavo. **Filosofía Del Derecho**. 4ª. Edición, Editorial Revista De Derecho Privado, Madrid, España, 1959.

_____. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. 9ª. Reimpresión de la 1ª. Edición en español, Traducción de Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

RECASENS SICHES, Luis. **Tratado General De Filosofía Del Derecho**. 16ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

RIDDALL, J.G. **Teoría del derecho**. 3ª. Edición, Editorial Gedisa, S.A., Barcelona, España, 2008.



RUSSO, Eduardo Ángel. **Teoría General Del Derecho En La Modernidad Y En La Posmodernidad**. 3ª. Edición, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, Argentina, 2004.

SORIANO, Ramón. **Compendio De Teoría General Del Derecho**. 2ª. Edición, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, España, 1993.

_____. **Valores Jurídicos y Derechos Fundamentales**. 1ª. Edición, Editorial Mad, España, 1999.

STRAUS, Leo. **La filosofía política de Hobbes**. 1ª. Edición en Español, Fondo de Cultura económica, Buenos Aires, Argentina, 2006.

TERÁN, Juan Manuel. **Filosofía Del Derecho**. 20ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2009.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Fundamentos de Derecho Natural**. Reproducción del artículo «Derecho Natural» publicado en la Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, F. Seix Ed. 1949, reimpresión en 1954.

VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo. **Derecho Constitucional**. 2ª. Edición, Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2001.

VIGO, Rodolfo Luis. **El Iusnaturalismo Actual De M. Villey a J. Finnis**. 1ª. Edición, 1ª. Reimpresión, Editorial Fontamara, México, 2007.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Temas de Introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho**. 4ª. Edición, Editorial Universitaria, Guatemala, 2004.

Tesis

RIVERA MONTEALEGRE, Vladimiro Gilielmo. **“Influencia del Derecho Natural en la Constitución Política de la República del año 1985”**. Tesis Doctoral, Escuela de estudios de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Editorial universitaria, Guatemala, 2007.

Fuentes electrónicas obtenidas por Internet

Reproductor en línea sitio web, YouTube. Consulta electrónica en:
<http://www.youtube.com/watch?v=J0guM2SuS7g>

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, decretada el 31 de mayo de 1985 y sus reformas.