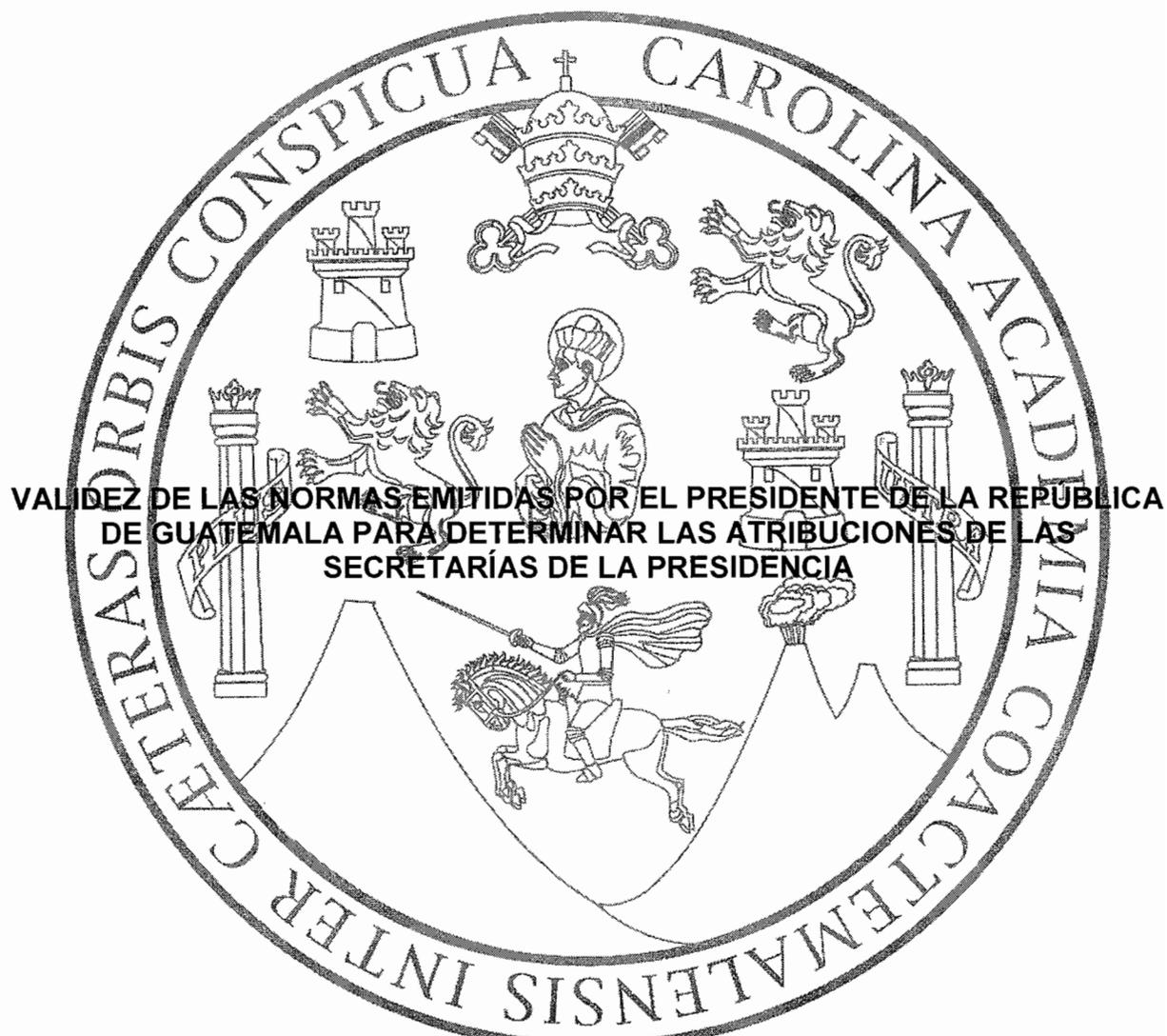


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**VALIDEZ DE LAS NORMAS EMITIDAS POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA
DE GUATEMALA PARA DETERMINAR LAS ATRIBUCIONES DE LAS
SECRETARÍAS DE LA PRESIDENCIA**

MIGUEL ANGEL ALDANA MOSCOSO

GUATEMALA, MARZO DE 2015

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

**VALIDEZ DE LAS NORMAS EMITIDAS POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
DE GUATEMALA PARA DETERMINAR LAS ATRIBUCIONES DE LAS
SECRETARÍAS DE LA PRESIDENCIA**



TESIS
Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por
MIGUEL ANGEL ALDANA MOSCOSO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 2015

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Secretario: Lic. Juan Ramón Peña Rivera
Vocal: Lic. Carlos Miguel Barrera Estrada

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Marco Antonio Arriola Zúñiga
Secretario: Lic. Raúl Antonio Castillo Hernández
Vocal: Lic. Juan Ramiro Toledo Hernández

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 12 de junio de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, JUAN FRANCISCO FLORES JUAREZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
MIGUEL ANGEL ALDANA MOSCOSO, con carné 200921858,
 intitulado VALIDEZ DE LAS NORMAS EMITIDAS POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA
PARA DETERMINAR LAS ATRIBUCIONES DE LAS SECRETARÍAS DE LA PRESIDENCIA.

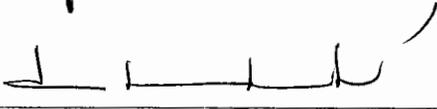
Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


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



Fecha de recepción 19 / 6 / 2014 f) 

Asesor(a)

Juan Francisco Flores Juárez
ABOGADO Y NOTARIO





JUAN FRANCISCO FLORES JUAREZ
Abogado y Notario
Colegiado 2265
Avenida Reforma 8-60 Zona 9, Edificio Galerías
Reforma Torre II, Sexto Nivel, oficina 604
Teléfonos: 23613124, 23613125 y 23613129
Correo Electrónico: panchofloresj@hotmail.com

Guatemala 23 de Octubre del año 2014

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



Respetable Doctor Bonerge Amílcar Mejía Orellana:

Por designación recaída en mi persona he asesorado al bachiller **Miguel Angel Aldana Moscoso** en la elaboración de su trabajo de tesis; en relación a tal actividad y de conformidad con el **Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público**, respetuoso puntualizo:

1. **Sobre la denominación del Trabajo:** El trabajo en referencia se denomina “**Validez de las normas emitidas por el Presidente de la República de Guatemala para determinar las atribuciones de las Secretarías de la Presidencia**”; la misma es ajustada al contenido que –en términos de generalidad- postula la carencia de legalidad y validez formal de tales normas, que –de conformidad con el autor- no cumplen los requerimientos necesarios ya que son incompatibles con la Constitución Política de la República.
2. **Sobre el contenido y metodología del Trabajo:** Considero adecuada la formulación examinada. La misma es comprensiva de cuatro capítulos que parten –en correcta aplicación del **método inductivo-deductivo**- de los criterios de valoración de las normas y del problema de la validez del Derecho; concluye con los enfoques cognoscitivos del Derecho.
3. El capítulo II examina la Norma Fundamental y el Sistema Jurídico, incursionando brevemente, en la tesis Kelseniana y su concepción sobre la Jerarquía Normativa, también en los Sistemas Estático y Dinámico, Inductivo y Deductivo, Axiomático y Dialectico, Simple e Institucionalizado. Se examina también la unidad del sistema jurídico, su plenitud y coherencia, las antinomias y sus pautas de solución.



JUAN FRANCISCO FLORES JUAREZ

Abogado y Notario

Colegiado 2265

Avenida Reforma 8-60 Zona 9, Edificio Galerías

Reforma Torre II, Sexto Nivel, oficina 604

Teléfonos: 23613124, 23613125 y 23613129

Correo Electrónico: panchofloresj@hotmail.com

4. El capítulo tercero aborda el tema central del trabajo, que es el problema de la validez de las normas, enunciándose las diferentes proposiciones filosóficas sobre el tema. En el capítulo cuarto se analiza la validez de las normas reglamentarias creadoras de secretarías de la Presidencia de la República, concluyendo que es, únicamente, el Congreso de la República el ente facultado constitucionalmente para crearlas. Aparte de la abundante sustentación doctrinaria, el autor presenta invocaciones jurisprudenciales, tal el expediente 2745-2012 de la Corte de Constitucionalidad, para evidenciar la certidumbre de su formulación.
5. **Sobre la bibliografía consultada:** Considero que la bibliografía consultada resulta actual y congruente con el tema; quizá no sea profusa, pero denota suficiencia y sintonía con la materia abordada.
6. **Sobre la redacción y mi apreciación personal sobre el trabajo del Bachiller Miguel Ángel Aldana Moscoso:** Con verdadero convencimiento considero este trabajo como una verdadera aportación; presenta características suficientes para considerarlo de esta manera: Por un lado síntesis y claridad y, consecuentemente, asequibilidad. Regularmente tópicos como el abordado resultan de difícil aprehensión y entendimiento; el tratamiento sencillo y perceptible de una materia poco abordada, hacen recomendable la lectura de este opúsculo. La conclusión discursiva es congruente con el desarrollo expositivo.
7. **De la aprobación del informe final de investigación:** En virtud de lo anterior, como asesor de tesis apruebo y emito **DICTAMEN FAVORABLE** del informe final de investigación realizado.

DECLARO EXPRESAMENTE QUE NO SOY PARIENTE DEL BACHILLER MIGUEL ANGEL ALDANA MOSCOSO DENTRO DE LOS GRADOS QUE EXPRESA LA LEY.

Respetuoso:


Licenciado Juan Francisco Flores Juárez

Juan Francisco Flores Juárez
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 27 de enero de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MIGUEL ANGEL ALDANA MOSCOSO, titulado VALIDEZ DE LAS NORMAS EMITIDAS POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA PARA DETERMINAR LAS ATRIBUCIONES DE LAS SECRETARÍAS DE LA PRESIDENCIA. 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/srrs.



Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por permitirme existir, su amor e infinita gracia.
- A MIS PADRES:** Por su amor incondicional, permanente sacrificio, paciencia y enseñanzas. Por haberme inculcado el valor del conocimiento, la importancia de la academia y de Dios. Por su sabiduría. A mi padre, hombre de bien, leal a los principios éticos y los valores familiares, maestro del derecho y de la vida, mi ejemplo a seguir. A mi madre, por consentirme, por sus besos y abrazos, por ser la mejor madre y su ejemplo.
- A MIS HERMANOS:** Quienes me han criado a base de ejemplos y consejos, por ser los mejores amigos que tengo y su amor. A Sandra Lucia, por su amor, sensibilidad, paciencia y bondad; a Gabriela Elizabeth, por enseñarme valores de disciplina y de la importancia de las decisiones y el destino de la vida; a Nery Neftaly, por ser mi segundo ejemplo en la enseñanza de la vida y del Derecho, de prudencia y sabiduría; a Iris Paola, por su amor, bondad y por su apoyo incondicional; a Carlos Manuel Jose, mi mejor amigo, por su generosidad y ejemplo, por proporcionarme una infancia llena de felicidad y recuerdos. A mis cuñados.
- A MIS ABUELOS:** Zoila Marina Mendez Cordon, por ser una persona digna de admiración y ejemplo de vida, por su amor y enseñanzas a toda nuestra familia. A Lucia Herrera, Manuel Jose Aldana y Cornelio Moscoso, por su amor y enseñanzas, que en paz descansen. A mis tíos y primos. A mi tío Christian Mawena y Mary Kelly Sutphen por su amor, amistad y apoyo incondicional.



A MIS SOBRINOS: Nery Josué Neftaly y Mia Abrielle, por brindarme felicidad y motivación. Los amo.

**A LA UNIVERSIDAD
DE SAN CARLOS DE**

GUATEMALA: Mi segundo hogar, por inculcarme el amor por el intelecto y el conocimiento científico, por la solidaridad con el prójimo y por la educación.

**A LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURIDICAS**

Y SOCIALES: Por abrirme las puertas a nuevas experiencias, amistades y valores.

A LA JORNADA

MATUTINA: Mi familia académica, sede de principios y valores, de amor por el conocimiento y la excelencia, donde he podido encontrar mucho más que aspiraciones e ideales.

A MIS AMIGOS: Por apoyarme durante todo este tiempo. Por enseñarme que unirse y coadyuvar supera cualquier esfuerzo individual. A Jose Daniel Juárez López, por su especial apoyo y cariño.

A MIS MAESTROS: Rafael Godínez Bolaños, por su ejemplo al servicio permanente de la academia, por inspirar a muchos a seguir preservando la independencia académica y la salud intelectual, por llevar a la práctica los principios; A Vinicio Rodríguez, por su humildad, amistad y consejos; A Karla Morales, Melinna Aguilar, Edna Camargo, Carol Quirós, Pablo Bonilla, Alma Callejas, Renata Gularte, Gino Ponce y todos los catedráticos de la Jornada Matutina. Especialmente



al licenciado Gerardo Garnica, por su apoyo incondicional, fidelidad a la academia y humildad. Al licenciado Juan Francisco Flores, por ser un caballero y compartir sus experiencias, conocimientos y consejos.

A LAS FAMILIAS:

Sutphen Kelly, Álvarez Blanco, Gatica Palacios, Juárez López, Rodríguez Cabrera, Álvarez Estacuy, Aguilar Fratti, Morataya Gatica, Mejía Figueroa, Rosales Lossley y Nájera Reyes.

A CORPOLARIOS:

Por su especial cariño y apoyo.



PRESENTACIÓN

La presente investigación es de carácter cualitativo, ya que utiliza como principal método de investigación, la hermenéutica jurídica. Éste método permite abordar la problemática inmanente al sistema jurídico, para comprender el texto, contexto y sentido de las prescripciones legales, de tal manera que la interpretación e integración de las normas objeto de problematización, se ajuste a las exigencias teóricas y a las circunstancias de la dinámica social. El problema que se describe se aborda en el campo de la teoría general del Derecho, como suministro cognoscitivo de las principales corrientes jurídicas de pensamiento y en particular, en el campo del derecho administrativo y el derecho constitucional guatemalteco.

La esfera espacial de investigación es la República de Guatemala, el contexto temporal comprende de los años 2012 a 2014. No obstante, el Derecho Positivo constituye un fenómeno que debe ajustarse a la realidad y dialéctica social, existen principios permanentes que inspiran el sistema jurídico, a partir de los cuales se debe programar el alcance de las normas legales.

El objeto de estudio lo constituye el ordenamiento jurídico guatemalteco, específicamente las normas reglamentarias contenidas en los Acuerdos Gubernativos de la Presidencia de la República que establecen las funciones y atribuciones de las Secretarías de la Presidencia de la República de Guatemala, el sujeto de estudio son los órganos como el Presidente de la República de Guatemala y el Congreso de la República de Guatemala.

El aporte académico de la presente investigación, comprende dos direcciones: por una parte, replantear, a partir de las principales corrientes de pensamiento jurídico, el objeto de estudio de la ciencia del Derecho y una aproximación hacia el concepto validez jurídica. Por otra parte, describir, abordar y analizar el problema de la incongruencia normativa existente entre los Acuerdos Gubernativos, que determinan las atribuciones de las Secretarías de la Presidencia de la República de Guatemala, y la Constitución Política de la República de Guatemala, a la luz de las leyes guatemaltecas, la doctrina jurídica y la jurisprudencia suministrada por la Corte de Constitucionalidad.

HIPÓTESIS

La incongruencia normativa, entre los Acuerdos Gubernativos que determinan las atribuciones de las Secretarías de la Presidencia de la República y la Constitución Política de la República de Guatemala, constituye una vulneración a los principios de Supremacía Constitucional, Legalidad y Seguridad Jurídica, por lo cual es necesario subsanar dicha situación mediante la declaratoria de inconstitucionalidad de los referidos Acuerdos Gubernativos en atención al Artículo 202 de la Constitución Política de la República de Guatemala.





COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

La sistemática empleada en la comprobación de la hipótesis integra los métodos hermenéutico, cualitativo, analítico y sintético e hipotético y deductivo. Se observó y comprobó la violación al Artículo 202 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que el Presidente de la República se ha arrogado la función ipso facto de crear y determinar atribuciones de las Secretarías de la Presidencia, siendo éstas facultades exclusivas del Congreso de la República por mandato constitucional.



ÍNDICE

Pág.

Introducción..... i

CAPÍTULO I

1. Criterios de valoración de las normas.....	1
1.1. Problemas filosóficos de la norma jurídica.....	2
1.1.1. Problema de la justicia.....	3
1.1.2. El problema de la validez del derecho.....	4
1.1.3. El problema fenomenológico del derecho.....	7
1.2. Axiomas de los conceptos valorativos del derecho.....	8
1.2.1. Disyuntiva sobre justicia frente validez.....	9
1.2.2. Disyuntiva sobre validez frente justicia.....	10
1.2.3. Disyuntiva sobre validez frente eficacia.....	10
1.2.4. Disyuntiva sobre eficacia frente validez.....	10
1.2.5. Disyuntiva sobre justicia frente eficacia.....	10
1.2.6. Disyuntiva sobre eficacia frente justicia.....	11
1.3. Enfoques cognoscitivos del derecho.....	11

CAPÍTULO II

2. La norma fundamental y el sistema jurídico.....	13
2.1. Sistematización de la ciencia jurídica.....	13
2.2. Concepción kelseniana de sistema jurídico.....	14
2.3. Tipología.....	15
2.3.1. Sistema estático y sistema dinámico.....	15
2.3.2. Sistema deductivo y sistema inductivo.....	16
2.3.3. Sistema axiomático y sistema dialéctico.....	16
2.3.4. Sistema simple e institucionalizado.....	17



	Pág.
2.4. Descripción.....	19
2.5. Características del sistema jurídico.....	20
2.5.1. Carácter unitario.....	20
2.5.2. Carácter lógico.....	20
2.5.3. Carácter de plenitud.....	20
2.5.4. La unidad del sistema jurídico.....	21
2.5.4.1. Jerarquía de las normas y validez jurídica.....	21
2.5.4.2. Reciprocidad de las normas jurídicas.....	21
2.6. La norma fundamental.....	23
2.7. Plenitud del sistema jurídico.....	25
2.7.1. Tipología.....	26
2.7.2. Presupuestos de plenitud.....	26
2.8. Coherencia del sistema jurídico.....	27
2.8.1. Clasificación de normas antinómicas.....	28
2.8.1.1. Según su naturaleza.....	28
2.8.1.2. Según el punto de vista valorativo.....	28
2.8.1.3. Desde el punto de vista de la amplitud.....	29
2.8.2. Pautas de solución de antinomias jurídicas.....	29
2.8.2.1. Criterio temporal.....	29
2.8.2.2. Criterio jerárquico.....	30
2.8.2.3. Criterio de especialidad.....	30
2.8.3. Pautas de solución entre criterios de solución de antinomias.....	31
2.8.3.1. Conflicto entre criterio jerárquico y temporal.....	31
2.8.3.2. Conflicto entre criterio temporal y especialidad.....	32
2.8.3.3. Conflicto entre criterio de jerarquía y de especialidad.....	32



CAPÍTULO III

1. El problema de la validez de las normas.....	35
1.1. El problema de validez del derecho.....	35
1.2. Noción de validez.....	35
1.3. Corrientes filosóficas de pensamiento jurídico.....	36
1.3.1. Validez desde el punto de vista del positivismo jurídico.....	36
1.3.1.1. Concepto ontológico.....	37
1.3.1.2. Validez y justicia.....	40
1.3.1.3. Validez y lógica.....	40
1.3.2. Validez desde el punto de vista del derecho natural.....	41
1.3.3. Validez desde el punto de vista del realismo jurídico.....	43
1.3.3.1. Concepto de fenomenología.....	43
1.3.3.2. Fenomenología y ontología.....	44
1.3.3.3. Fenomenología en el ámbito jurídico.....	45
1.3.3.4. Validez jurídica en Herberth L.A. Hart.....	45
1.3.3.5. Evolución del realismo jurídico.....	47
1.3.4. Validez en la visión del Tridimensionalismo Jurídico.....	48
1.3.4.1. Tipología de la conducta humana.....	49
1.3.4.2. Trialidad de la conducta.....	51
1.3.4.3. Enfoques de la teoría tridimensional.....	52
1.3.4.4. Noción tridimensional del derecho.....	53
1.3.5. Noción integral de validez.....	55

CAPÍTULO IV

2. Análisis de validez de las normas reglamentarias creadoras de secretarías de la Presidencia de la República.....	59
2.1. Sistemas de organización de la administración pública.....	59

4.2. Secretarías de la Presidencia.....	63
4.2.1. Definición.....	63
4.2.2. Clasificación.....	64
4.2.2.1. Secretarías creadas mediante la Constitución Política.....	64
4.2.2.2. Secretarías creadas por ley.....	65
4.2.2.3. Secretarías creadas por Acuerdo Gubernativo.....	68
4.3. Creación de las Secretarías de la Presidencia... ..	69
4.4. Determinación de atribuciones.....	74
4.5. Análisis del expediente 2745-2012 de la Corte de Constitucionalidad.....	77
CONCLUSIÓN DICURSIVA.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	83



INTRODUCCIÓN

El tema abordado, fue elegido debido a la inexistencia de un tratamiento teórico y legal del problema planteado. Asimismo, mediante la investigación se permite efectuar un razonamiento jurídico y un análisis normativo de las instituciones relacionadas, las falencias normativas en que incurre la legislación guatemalteca y las soluciones para dicha problemática.

Los objetivos perseguidos por la presente investigación son, por una parte, la solución del problema planteado y por otra, la comprobación de la hipótesis establecida. Asimismo, se persigue verificar la hipótesis con base en doctrina jurídica, fundamentos normativos y jurisprudenciales que permitan, de manera integral, dar solución a las interrogantes contenidas dentro de la hipótesis. De esta cuenta, los objetivos han sido alcanzados satisfactoriamente, mediante la solución del problema y la verificación de la hipótesis.

El derecho contiene diversas perspectivas o plataformas de coexistencia. Una de sus categorías, la validez jurídica, se ha posicionado por los iuspositivistas en la plataforma normativa del derecho, enmarcando su naturaleza en un limitado margen de comprensión.

La presente indagación se divide en cuatro capítulos. El primer capítulo, denominado criterios de valoración de las normas, se encamina a desarrollar las distintas acepciones de los conceptos de validez jurídica, eficacia y justicia.

El capítulo dos aborda un análisis descriptivo de la norma fundamental y el sistema jurídico, ya que es necesario entender la naturaleza, características y elementos del fenómeno jurídico, para efectuar una crítica a los acuerdos gubernativos objeto de problematización.

El capítulo tres contiene una conceptualización integral de la naturaleza y alcance del concepto validez jurídica, retomando las principales corrientes de pensamiento jurídico



desde el derecho natural, el iuspositivismo, el realismo, hasta el tridimensionalismo jurídico.

Por último, en el capítulo cuatro, atendiendo al carácter de especificidad que persigue esta investigación, es preciso relacionar la validez jurídica a las normas concretas que se plantean como problemática, esto es, la validez de los Acuerdos Gubernativos que determinan las atribuciones de las Secretarías de la Presidencia de la República de Guatemala.

Como fundamento doctrinario, la presente investigación se dirige por el campo de la teoría general del derecho, el derecho constitucional y el derecho administrativo.

Dentro de los métodos empleados se utilizó el método hermenéutico, ya que es necesario conocer el alcance e interpretar el sentido de las prescripciones jurídicas. Del mismo modo, se utilizó el método cualitativo para entender la naturaleza de las instituciones jurídicas relacionadas al problema. El método analítico y sintético permite la observación independiente de los elementos que constituye la investigación y posteriormente, concentrar dichos elementos, con el propósito de comprenderlos con mayor propiedad. Por último, el método hipotético y deductivo asegura que el razonamiento jurídico sea eficaz, mediante el planteamiento de premisas y conclusiones. Asimismo se aplicó la técnica documental, para seleccionar las fuentes legales y doctrinarias, como suministro de estudio y fundamentación de la presente investigación.



CAPÍTULO I

1. Criterios de valoración de las normas

Dentro de los temas más discutidos en la teoría del derecho y en la filosofía jurídica, figura el problema de la validez de las normas jurídicas. A su vez, ésta categoría presenta una serie de disyuntivas desde el punto de vista de las corrientes positivistas en la ciencia jurídica y en el plano de la ética dentro de la filosofía del derecho.

Es preciso referirse, en primer plano, a lo expuesto por Norberto Bobbio, quien nos ilustra tres criterios a partir de los cuales se puede comprender el valor de las normas.

Sin embargo, previamente es necesario aclarar el contexto teórico en que Norberto Bobbio desarrolla sus teorías. Su pensamiento jurídico está inspirado en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, por tal motivo sus ideas siguen una línea iuspositivista. Hans Kelsen es considerado por muchos como el padre del positivismo jurídico moderno. Aunque su pensamiento difiere de aquellos que persiguen el realismo jurídico, el positivismo formal se distingue por concebir el derecho como una disciplina que tiene como centro de análisis la norma jurídica.

En Kelsen se observa una metodología peculiar en el estudio del derecho. Bobbio trata de introducir su pensamiento, en un entorno de positivismo jurídico e inspirado sobre bases kelsenianas y dedica parte de su obra al estudio específico de la norma jurídica. Para ello, reúne y aísla las consideraciones deontológicas en la labor diferenciadora del derecho, separándolo de la moral. Al igual que los juristas cuyas bases son positivistas, Bobbio percibe al sistema legal como un fenómeno jurídico que debe estudiarse e



interpretarse de conformidad con una teoría general del derecho (o ciencia jurídica) desligada de consideraciones morales o juicios de valor. Al igual que Kelsen y otros iuspositivistas, incorpora en su obra una crítica a la teoría del Derecho Natural por considerarla una doctrina desprovista de sistematización científica.

No obstante, es importante aclarar que para Bobbio existen otros campos del conocimiento científico y filosófico cuyas investigaciones tienden a aclarar ciertos conceptos que atañen al derecho, no como sistema de normas, sino como ente filosófico y fenómeno sociológico. Estas a su vez tienen diferentes objetos de estudio. Por ello, en la corriente positivista (no así el iusnaturalismo) existe una preocupación generalizada por diferenciar los distintos campos, con el propósito de desarrollar una ciencia jurídica dedicada exclusivamente al análisis del sistema normativo.

Cuando se menciona criterio de valoración, se quiere dar a conocer los distintos enfoques en que las normas legales encuentran su vinculación jurídica. El objeto del presente apartado es precisamente conocer y distinguir dichos enfoques, y más allá de diferenciarlos, identificar sus recogimientos cognoscitivos y establecer las disciplinas en que se desarrolla su respectiva problematización.

1.1. Problemas filosóficos de la norma jurídica

Expresa el autor en mención: "frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es justa o injusta; 2) si es válida o inválida; 3) si es eficaz o ineficaz. Se trata de tres problemas diferentes: de la justicia, de la validez y de la eficacia de una norma jurídica".



En el fondo se trata de responder a las interrogantes básicas que atañen a la norma jurídica como ente. ¿Por qué? Que se refiere a la causa de la norma, su fundamento o principio que le inspira, su justificación sustancial o de fondo; ¿Cómo? Que equivale a cuestionarse acerca de la forma que reviste la norma. Su justificación circunstancial o de forma; y por último, ¿Para qué? Que involucra preguntarse acerca de la utilidad final de la norma, es decir, su efecto o destino de aplicación fáctica, esto es, su justificación práctica.

1.1.1. Problema de la justicia

Expresa Bobbio: "El problema de la justicia es el problema de la correspondencia o no de la norma a los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico... el problema de la justicia equivale a preguntarse si una norma es apta o no para realizar los valores históricos que inspiran un ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado... es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real, entre lo que debe ser y lo que es: norma justa es lo que debe ser; norma injusta es lo que no debería ser."¹

El primer problema que presenta la norma jurídica como ente, comprende su fundamentación desde el punto de vista ético. Todas las instituciones jurídicas se inspiran en principios y valores que determinan su existencia. Las normas jurídicas y en conjunto el sistema jurídico tienen raíces teóricas que constituyen principios fundamentales que sirven para su interpretación y aplicación.

¹ Norberto Bobbio. **Teoría general del derecho**. Pág. 20.



Es una realidad que el ordenamiento jurídico es insuficiente en atención a las conductas y las relaciones intersubjetivas que regula. Es por ello que las normas deben ser revisadas y adecuadas a la ocasión en que tienen vigencia, se deben adaptar al contexto social y a las circunstancias de tiempo y lugar, teniendo presente el hecho basado en que las normas son imperfectas.

Pero para subsanar la insuficiencia legal a los casos concretos, es necesaria e imperativa la observancia de los principios generales del Derecho y los específicos de cada rama del ordenamiento jurídico. Con ello se cumple con el fin de plenitud que persigue, el cual se presenta como una verdadera realidad y no una mera aspiración.

En este sentido, la interpretación y aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, y en particular, la solución de los casos concretos en la variada complejidad de las relaciones intersubjetivas, se satisfacen en la aplicación conjunta del principio de legalidad y el principio de juridicidad, es decir, la observancia de la ley y de los principios generales del Derecho.

Bobbio identifica al problema de la justicia como el problema **deontológico** del derecho. El concepto se ubica en el plano ético de la filosofía, en la ciencia de los valores, lo que responde a la justificación valorativa de la norma dentro de la esfera jurídica.

1.1.2. El problema de validez del derecho

“Es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no. Mientras el problema de la justicia se resuelve con



un juicio de valor, el problema de la validez se resuelve con un juicio de existencia o de hecho; esto es, se trata de comprobar si una regla jurídica existe o no, o mejor si aquella regla, así como es, es una regla jurídica.”²

Se trata de la justificación circunstancial o de forma de la norma jurídica, es decir, establecer que tenga la capacidad normativa para producir efectos jurídicos en las relaciones sociales, que se consigue verificando un conjunto de requerimientos formales contenidos en la misma ley.

Dicha justificación circunstancial le asigna cuerpo y vida a la norma, la cual reviste únicamente carácter legal. Lo jurídico se consigue satisfaciendo las tres justificaciones de sustancia, de circunstancia y de utilidad de la norma como ente del ordenamiento jurídico.

“Para decidir si una norma es válida (esto es, si existe como regla jurídica que pertenece a determinado sistema) con frecuencia es necesario realizar tres operaciones:

- Determinar si la autoridad que la promulgo tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas, es decir normas vinculantes en ese determinado ordenamiento jurídico (esto conduce a remontarse a la norma fundamental, que es la base de la validez de todas las normas de determinado sistema).
- Comprobar si no ha sido derogada

² **Ibid.** Pág. 21



- comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema (derogación implícita), particularmente con una norma jerárquicamente superior o con una norma posterior.”³

En síntesis, para determinar la validez *strictu sensu*, o validez formal, es necesario examinar que la norma objeto de comprobación, haya sido creada por la autoridad con la facultad legal para realizarlo, que tenga alcance temporal y que no incurra en incongruencia con otras normas del mismo sistema jurídico.

Nuestro autor indica, “el problema de la validez jurídica presupone que se haya dado respuesta a la pregunta: ¿Qué se entiende por derecho?”, agrega además “se trata, queriendo adoptar una terminología familiar entre los filósofos del derecho, del problema **ontológico** del derecho.”⁴

Los positivistas encierran al derecho, entendido como conjunto de normas, en el objeto de estudio de la ciencia jurídica. En definitiva existe desacuerdo con nuestro autor, en pensar que la validez formal de la norma jurídica (que se obtiene a través del examen de ciertos requerimientos) da respuesta a la interrogante ¿qué es el derecho? No es posible encarcelar el concepto de derecho en una parte específica, dentro de la amplitud de su fuero conceptual.

El derecho va mucho más allá de la mera existencia de normas jurídicas. Incurrir en ese reduccionismo legal, implicaría la inobservancia de las justificaciones sustancial y práctica del derecho. Si bien, es necesaria cierta restricción de la conducta a través de

³ **Ibid.** Pág. 21

⁴ **Ibid.** Pág. 21



las normas para afianzar la seguridad jurídica del sistema en su conjunto, tampoco puede alterarse el sentido verdadero del derecho a costa de la extrema legalidad y el reduccionismo normativo. En tal sentido, el derecho en definitiva es un complejo de entes condicionados recíprocamente y determinados entre sí.

En particular, Bobbio limita el concepto de validez a la mera existencia de una norma, de allí su positivismo. Sin embargo, el mismo Bobbio menciona su desacuerdo con las teorías reduccionistas. Distingue la teoría que reduce la validez a la justicia, la doctrina del derecho natural; la teoría que reduce la justicia a la validez, la corriente positivista; y la teoría que reduce la validez a la eficacia, la teoría realista especialmente en la jurisprudencia estadounidense. Estas tres posturas incurren en el reduccionismo según Bobbio ya que “llevan a eliminar o, por lo menos, a confundir uno de los tres elementos constitutivos de la experiencia jurídica, y consecuentemente la mutilan.”⁵

La ciencia jurídica no sólo debe aspirar a conocer con exclusividad la teoría de las normas legales y del ordenamiento jurídico, sino debe integrar otras disciplinas para comprender la complejidad de los entes involucrados en la conducta humana (hecho, valor y norma) de tal manera que la labor de integración, interpretación y aplicación de las normas jurídicas sea el medio para replantear el concepto de justicia, como una idea, a algo material, con existencia objetiva e incorporada en la experiencia.

1.1.3. El problema fenomenológico del derecho

El tercer criterio de valoración de la norma es la eficacia jurídica, lo que denominamos la justificación práctica de la norma legal y que Bobbio denomina el problema

⁵ **Ibid.** Pág. 27



fenomenológico del derecho. Dice Bobbio “el problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en el caso de ser violada, que se la haga con medios coercitivos por la autoridad que la impuso.”⁶

La norma legal carece de importancia si en ella no existe una utilidad social. Dentro del complejo que comprende el derecho, la norma se dirige a la conducta humana para producir su fuerza y consecuencias jurídicas. En esa dinámica, la norma se concibe como un fenómeno social destinado a adecuar, regular y componer las relaciones sociales; pero si ese medio está desprovisto de eficacia en la conducta, es insustancial hablar, con propiedad, de validez jurídica. El derecho sería mera utopía.

Para la corriente del iusrealismo, la eficacia jurídica se obtiene por medio de la aceptación social del sistema jurídico y de las normas. Dicha aceptación a su vez, comprende por una parte, el reconocimiento de los destinatarios de la norma; y por otra, la coerción de los destinatarios para cumplir con las prescripciones. En términos estrictamente jurídicos, la aceptación constituye la legitimación de las normas y la coerción la facultad del Estado para conminar a los individuos en el cumplimiento de las normas legales.

1.2. Axiomas de los conceptos valorativos del derecho

Lo interesante de la explicación en Bobbio sobre los tres problemas descritos, es la interpretación acerca de la independencia de los tres conceptos: validez, justicia y

⁶ **Ibid.** Pág. 22



eficacia. Para ello, distingue seis axiomas que se deducen en la diferenciación de los conceptos.

1.2.1. Disyuntiva sobre justicia frente validez

“Una norma puede ser justa sin ser válida: los teóricos del derecho natural formulaban en sus tratados un sistema de normas sacadas de principios jurídicos universales... pero estas normas mientras quedaran solamente escritas en un tratado de derecho natural, no eran validas. Adquirían validez solo en la medida que fueran acogidas en un sistema de derecho positivo. El derecho natural puede ser considerado el derecho justo por excelencia; pero solo por el hecho de ser justo, no es también valido.”⁷

Siguiendo el ejemplo del autor, en el ámbito internacional podemos visualizar que existen muchos cuerpos jurídicos de carácter internacional que, por el fenómeno de la especificidad de los derechos humanos, adquieren existencia formal en el seno de la comunidad internacional.

No obstante, muchos tratados aún no han sido suscritos y ratificados por los Estados en particular. Por ello, algunos derechos de carácter específico (en distintos ámbitos, económico, cultural, ambiental, etc.) no han adquirido existencia desde el punto de vista formal, aunque no por tal circunstancia, dejen de ser derechos humanos (y consecuentemente, dejen de ser derechos naturales y universales).

⁷ **Ibid.** Pág. 22



1.2.2. Disyuntiva sobre validez frente a la justicia

Una norma puede ser válida sin ser justa: el autor cita el ejemplo de la esclavitud. Muchos sistemas jurídicos aceptaban la esclavitud, fenómeno que a la luz de los sistemas modernos, constituye una verdadera aberración jurídica y moral. Sin embargo se trataba de una institución socialmente válida (en términos positivistas).

1.2.3. Disyuntiva sobre validez frente a la eficacia

Una norma puede ser válida sin ser eficaz. Indica Bobbio, el caso de la prohibición de bebidas alcohólicas en Estados Unidos, durante las guerras mundiales. La prohibición se sustentaba en la creación de la norma por parte de órganos competentes, por lo que su fundamento contenía todos los presupuestos de legalidad y validez.

1.2.4. Disyuntiva sobre eficacia frente a la validez

Una norma puede ser eficaz sin ser válida. Menciona la concurrencia de las reglas sociales con su cumplimiento espontáneo, sin validación legal. “por el solo hecho de cumplirlas no llegan a pertenecer a un sistema jurídico, esto es, no adquieren validez jurídica”.

1.2.5. Disyuntiva de justicia frente eficacia

Una norma puede ser justa sin ser eficaz. No es necesario agregar una explicación a esta deducción. Claramente Bobbio recuerda la “sabiduría popular” sobre los enunciados de algunas personas que dicen “no hay justicia en este mundo”. Hay mucho

contenido en el deber ser. Sin embargo, la existencia de un deber ser no asegura su fenomenalización material, por lo que la eficacia no está ligada a la justicia.

1.2.6. Disyuntiva sobre la eficacia frente a la justicia

Una norma puede ser eficaz sin ser justa. La esclavitud puede ser considerada, dentro del contexto histórico de ésta institución (o fenómeno sociológico, aberración jurídica y moral en el presente) como una práctica que como tal, se cumplía, no obstante su injusticia, a la luz de nuestros tiempos.

Si bien se reconoce la autonomía de los tres conceptos, justicia, validez formal y eficacia de las normas, dicha autonomía es meramente conceptual. Las tres modalidades de justificación de la norma jurídica son acogidas por distintas disciplinas cognoscitivas, lo que las hace independientes. Sin embargo, una norma jurídica no sería un ente con revestimiento jurídico, si no es fundamentada por los tres enfoques valorativos. En otras palabras, una norma será ideal si es justa, formalmente válida y eficaz. De ese modo, la norma legal adquiere su carácter jurídico.

1.3. Enfoques cognoscitivos del Derecho

Bobbio separa la filosofía del Derecho, la teoría general del Derecho y la sociología jurídica. La filosofía jurídica constituye la teoría de la justicia. Ésta da lugar al estudio de los fundamentos teleológicos del Derecho. El enfoque del Derecho, en la filosofía jurídica es la justicia y los principios: axiología jurídica.

Posteriormente se encuentra la teoría general del Derecho. Su objeto de estudio es la norma jurídica según Bobbio, ya que expresa el propósito de la ciencia jurídica en



determinar los caracteres distintivos del sistema jurídico que lo distinguen de otros sistemas normativos (sistema moral). La ciencia jurídica no debería estudiar los fines “sino los medios para el logro de esos fines”. La moral y el Derecho deben separarse.

Por último, el problema de la eficacia nos refiere al campo de la sociología jurídica. “El terreno de los comportamientos efectivos de los hombres que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, de las acciones y reacciones frente a la autoridad, da lugar a las investigaciones en torno a la vida del Derecho, en su nacimiento, en su desarrollo, en sus cambios, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis de carácter histórico y sociológico”.

La tricotomía que expone Bobbio no es una novedad. La problemática se encuentra en la filosofía jurídica italiana, con Giorgio del Vecchio. Así mismo, cita a Eduardo García Maynez y Julius Stone quienes pertenecen a tradiciones y sistemas jurídicos distintos. Estos autores reconocen la existencia de este triple orden de problemas, aunque en vocabulario distinto al de Bobbio.

Es en este capítulo donde vos puedes presentar el problema: la validez de las normas jurídicas.

Dice Bobbio: “El estudio de las normas de conducta, particularmente de las normas jurídicas, presenta muchos problemas interesantes, de gran actualidad, no solo para la teoría general del Derecho, sino también para la lógica y para la filosofía contemporáneas”.



CAPÍTULO II

2. La norma fundamental y el sistema jurídico

2.1. Sistematización de la ciencia jurídica

El merito que merecen los precursores de la corriente iuspositivista es la capacidad sistematizadora y científica del Derecho, entendido como sistema de normas; así como en la economía con Adam Smith y David Ricardo, cuyo aporte a dicha disciplina fue precisamente su sistematización metodológica, los iuspositivistas han aportado valiosos elementos para la doctrina y la metódica científica del Derecho.

Del mismo modo que la economía moderna, la ciencia jurídica encuentra su estructuración científica en la mayor parte de los aportes de Hans Kelsen. Antes el Derecho carecía de entendimiento, incluso entre los estudiosos de ésta disciplina. No existía ecuanimidad en los conceptos básicos. Aunque en nuestros tiempos persiste la pugna filosófica acerca de los problemas metafísico, ontológico, lógico, gnoseológico y axiológico del Derecho, no puede negarse en la actualidad el avance hacia una teoría del Derecho con mayor científicidad.

La corriente iusnaturalista no presenta dichas virtudes, por lo que la desventaja científica se evidencia en la incapacidad de los teóricos del iusnaturalismo para presentar una ciencia del Derecho estructurada del mismo modo que su contracorriente. No obstante, es preciso adelantar, una y otra carecen de virtudes, del mismo modo que una frente a otra, presentan ciertas ventajas que no le son atribuibles a la otra, en el momento. Por ejemplo los casos de los tribunales



2.2. Concepción kelseniana de Sistema Jurídico

Kelsen dedica parte de su obra, en cuya pretensión denomina, hacia una “teoría pura del Derecho”, al análisis lógico y sistemático del ordenamiento jurídico. Se puede describir al ordenamiento jurídico como el conjunto de normas que rigen determinado Estado. No obstante, dicha noción carecería de contenido si no se toma en cuenta el aporte de Kelsen.

En su obra, Kelsen realiza las investigaciones en torno al esclarecimiento de la norma jurídica. Utiliza una metodología inductiva que le permite una descripción sobre el conjunto de esas normas. Ese conjunto lo constituye el ordenamiento jurídico.

En el ámbito académico es usual recordar la pirámide de Kelsen. Ésta representación grafica del ordenamiento jurídico incorpora un elemento distintivo de otros ordenes como el sistema moral. El ordenamiento jurídico presenta una estructuración por la cual es posible invocarlo como un sistema de normas. “El ordenamiento jurídico tiene cierta estructura. Las normas se interrelacionan en forma tal que algunas comparten un mismo plano jerárquico mientras que otras están en relación de subordinación respecto de normas superiores”.⁸

Su aspecto formal es en esencia, la concatenación de las normas que rigen determinado orden social. La noción de orden jurídico debe ser sustituida por la de sistema jurídico, debido a la relación que guardan las normas entre sí. La Constitución es el pilar fundamental en que descansa la validez de las normas inferiores a ella. La validez en este sentido está dada por la positividad del sistema jurídico. Para el

⁸ José Vilanova. **Introducción al derecho**. Pág. 195.



iuspositivismo la validez jurídica está inmersa en el propio sistema de jerarquía normativa desde la primera Constitución.

2.3. Tipología

Existen varios tipos de sistemas, atendiendo al contexto jurídico del presente estudio, a continuación se presenta la clasificación suministrada por el jurista español Ramón Soriano:

2.3.1. Sistema estático y sistema dinámico

Un sistema estático existe cuando un conjunto de normas se caracterizan por un criterio de contenido o material. En cambio un sistema dinámico se caracteriza por vincularse a un criterio de autoridad, en el sentido que las normas hayan sido promulgadas por el ente órgano competente para su creación. Por ejemplo, el sistema moral que rige la conducta individual con proyecciones sociales, hace que la directriz en la conducta de los individuos sea el contenido de las normas, porque la sencilla razón que se consideran normas justas.

En cuanto a si el sistema jurídico es dinámico o estático Kelsen expresa que su carácter es dinámico. Sus normas adquieren validez en cuanto a un criterio jerárquico que obedece a un principio de competencia, la que ostentan los órganos del Estado.

No obstante, el sistema jurídico presenta ambos caracteres. Por una parte es dinámico intrínsecamente, respeta el criterio de jerarquía normativa y por ello también es coherente. Asimismo, extrínsecamente es estático, en razón de los valores supremos en que se inspira, o máximas axiológicas y sociológicas.



2.3.2. Sistema deductivo y sistema inductivo

La deducción como acto metodológico consiste en la obtención de elementos singulares a partir de elementos generales. Por otra parte, el sistema inductivo presupone lo contrario: partir de elementos generales, para obtener elementos, datos o conclusiones particulares.

En el campo jurídico, la deducción e inducción también son caracteres del caudal normativo, por lo que es precisa una aproximación histórica. Revisando la evolución de las ciencias que explican los conceptos que atañen al Derecho se observa una labor indagadora por medio de ambas vías. De la experiencia jurídica a la realidad normativa, y viceversa.

Por medio de la inducción se presentan los datos de la realidad social que determinan las normas jurídicas. Por medio de la deducción se clasifican éstos datos para elaborar los principios del Derecho y finalmente deducir de dichos principios, las normas jurídicas.

2.3.3. Sistema axiomático y sistema dialectico

En el sistema axiomático existe rigidez en la materialización de directrices y normas del sistema. Mediante el sistema dialectico se presenta una flexibilidad en la materialización de los principios y normas jurídicas, por lo que se da apertura a varias interpretaciones en base a la praxis.

En el caso del sistema jurídico, concurre el carácter dialectico en virtud de lo siguiente:



- Los principios jurídicos y las normas superiores son producto del consenso y no de principios metafísicos y estáticos. En el Estado constitucional existe una fuente primaria que es la Constitución. Encima de ella, están los principios superiores y por último, éstos se fundamentan en la soberanía popular, la que esta delegada en los funcionarios públicos, por lo que adquiere el carácter de poder institucionalizado.
- Los principios y normas superiores constitucionales se encuentran afectas a modificaciones, no puede ser que exista una rigidez extrema porque la sociedad y los hechos evolucionan.
- En el campo fenomenológico, dichos principios y normas constitucionales adquieren también el carácter dialectico. En la aplicación de los principios y normas, jurídicamente los jueces constituyen elementos que incorporan un margen de subjetividad en la materialidad del Derecho. Además, frente a la insuficiencia legal, deben existir mecanismos de integración jurídica que permitan la solución de los casos concretos. La plenitud, es uno de los fines en la teoría del sistema jurídico, por lo cual la seguridad y certeza jurídicas se concretan a través de los métodos de integración jurídica. Además se incluye dentro del proceso de aplicación normativa, lineamientos éticos y sociales de los jueces.

2.3.4. Sistema simple e institucionalizado

Un sistema simple es aquel que únicamente contiene reglas que dirigen la conducta. No obstante, carece de instituciones encargadas de su aplicación. El sistema

institucionalizado por el contrario, ofrece un cumulo de instituciones que protegen la eficacia de la ley. Joseph Raz establece varios tipos de sistemas jurídicos:

- Aquel que contiene normas que dirigen la conducta, pero que carece de órganos aplicadores de la ley. Este tipo corresponde al sistema simple
- Aquel que contiene órganos primarios para resolver casos concretos sin estar sujeto a normas preestablecidas, sino por medio de una discrecionalidad muy flexible. Este tipo de sistema, también entra en la clasificación de sistema simple.
- El último sistema es el que se caracteriza por órganos primarios para resolver casos concretos en base a las normas preestablecidas que dirigen la conducta y que además son capaces de aplicar dichas normas. Este sistema constituye el sistema institucionalizado porque contiene los órganos necesarios para el cumplimiento de las normas preestablecidas.

Sin embargo, en el contexto de la tipología antes descrita, existen sistemas institucionalizados que no escapan a varios de los tipos mencionados. En este sentido, el ordenamiento jurídico debe concebirse como un sistema singular en virtud de los siguientes factores:

- Un buen numero de normas escritas, con diversos ámbitos y funciones; en cambio, las normas no escritas son en menor numero.
- Órganos con facultades para creación y aplicación de las normas: organismo legislativo y órganos judiciales que ejecutan las leyes;
- Un sistema de sanciones específicas y preestablecidas en los caso de trasgresión de las normas

- Sistema de procedimientos para la aplicación de las normas
- Procesos de derivación de normas inferiores de las superiores, en base a procedimientos de validez dentro de un sistema jerárquico de normas.
- Validez de todas las normas del caudal jurídico en base a derivación y dependencia de la norma fundamental.

2.4. Descripción

Otra noción que nos brinda Ramón Soriano, sobre el ordenamiento jurídico, es la siguiente:

“Sistema de normas e instituciones jurídicas vigentes en un grupo social homogéneo y autónomo”. Como hemos analizado en párrafos precedentes, un sistema es un conjunto de elementos relacionados entre sí por un criterio estructurado de unidad. Este conjunto está conformado por normas, las cuales no se encuentran relacionadas de manera yuxtapuesta, sino por medio de una estructura unificada de normas.

Hay que agregar a la nota anterior, la interdependencia y dinamismo entre los elementos del conjunto jurídico. Éstos caracteres hacen de los elementos una interrelación en que, la afectación de uno de ellos, produce afectaciones sobre los demás elementos. El dinamismo está caracterizado porque el sistema jurídico se recrea de manera constante en sus normas, dentro del contexto de institutos perennes.

Las normas de ese conjunto son interdependientes debido a que reciben mutuas influencias. Si se da una alteración en uno de los elementos, el resultado es la afectación en el resto de los elementos.



En síntesis, el sistema de normas se encuentra conformado por elementos (normas e institutos jurídicos) relacionados en forma coimplicante y no de forma yuxtapuesta. De esta forma global de entendimiento del sistema de normas, una norma vista en su individualidad no tiene ningún fundamento lógico-estructural si no se encuentra relacionada con otras normas e instituciones.

2.5. Características del sistema jurídico

Ramón Soriano divide los problemas básicos frente a los cuales, el estudioso del Derecho se encuentra en la actividad descriptiva y analítica del sistema jurídico.

2.5.1. Carácter unitario

Para determinar si un sistema de normas es tal, se debe analizar si las relaciones entre las normas dan lugar a la verificación de una estructura de carácter unitario. En otras palabras, verificar si el sistema jurídico es unitario. Tal carácter se consigue, si se respeta el principio de jerarquía normativa.

2.5.2. Carácter lógico

Se debe establecer si el sistema de normas es tal, en función de un criterio lógico estructural. Esta nota se adquiere si dentro del sistema jurídico no existen normas antinómicas

2.5.3. Carácter de plenitud

Por último, el sistema jurídico debe ser completo. La plenitud o completud concurre cuando dentro del sistema jurídico no existen lagunas de normas.



Son, por lo tanto, tres problemas para el análisis de una teoría general del sistema jurídico: el de la unidad normativa, el de la sistematicidad jurídica y el de la plenitud o completud jurídica.

2.5.4. La unidad del sistema jurídico

2.5.4.1. Jerarquía de las normas y validez jurídica

La validez formal de una norma jurídica está determinada por la elaboración legislativa, cuya facultad se atribuye a órganos establecidos dentro de la norma superior del sistema jurídico. Dicha elaboración legislativa consiste en un conjunto de procedimientos y presupuestos también establecidos en la norma superior del sistema. Además de la validez jurídica formal conforme a la creación de la ley por parte del órgano competente, la norma debe, para su validez formal, revestir dichos requisitos y presupuestos.

2.5.4.2. Reciprocidad de las normas jurídicas

Las normas en relación de jerarquía cumplen una doble función. Cada norma tiene una función normativa con relación a normas inferiores y una función aplicadora respecto a normas superiores. En otras palabras, se está ante un acto de producción normativa en la perspectiva deductiva (de normas superiores hacia normas inferiores) y por otra parte, un acto de recepción y aplicación normativa en la perspectiva inductiva (de normas inferiores hacia normas superiores).



Un reglamento constituye, según el acomodamiento del axioma, un acto normativo de creación para un acto administrativo, y a la vez un acto de aplicación para una ley determinada.

Según Soriano, existen excepciones al axioma. Indica que no todas las normas del sistema jurídico revisten la doble función de creación y recepción normativa. Es el caso de la norma superior jerárquica, la cual cumple con la función unilateral de creación normativa. Menciona el autor la ausencia de la función aplicadora en la Constitución debido a que no aplica un Derecho anterior a ella, por la sencilla razón que no existe tal Derecho. Éste punto se retomará en capítulos posteriores. Por el momento es preciso anotar, la Constitución es la norma que formalmente fundamenta el resto de elementos, instituciones y normas del ordenamiento jurídico, no así, materialmente. La Constitución, independientemente de su modalidad (escrita, difusa, etc), es el medio a través del cual, la sociedad conviene en declarar un conjunto de normas de carácter general sustentadas en directrices superiores a aquella.

Asimismo, Soriano indica la similitud en la norma de menor jerarquía con relación a la norma de mayor jerarquía, la cual tampoco reviste la doble función de creación y recepción normativa. Ella es aplicadora, dice, de un Derecho o norma superior, mas no es creadora de un nuevo Derecho. Sin embargo ésta afirmación es susceptible de crítica. Una sentencia es una declaración judicial por la cual se asigna un Derecho a una parte dentro del litigio, en oposición a la pretensión de la otra parte. Lo mismo ocurre con el acto administrativo, aunque no existe un litigio, la autoridad administrativa encargada de emitir un acto volitivo consistente en una prescripción de hacer, obliga a su destinatario a cumplirla. En esa relación administrativa surge un deber, por lo que



hablar de una posición de ausencia sobre la doble función creadora y receptora, en las normas con menor jerarquía y en la norma con mayor jerarquía dentro del sistema jurídico, está en crisis.

La unidad del sistema jurídico está determinada, en síntesis, por la interrelación normativa dentro de un esquema jerárquico, como dice H. Hart, cadena de validez, o como dice Von Wright, cadena de subordinación. Además la unidad tiene como presupuesto la validación normativa en el sentido formal. Cada norma del sistema jurídico reviste una funcionalidad dicotómica de creación y recepción normativa en relación a un Derecho anterior y posterior.

2.6. La norma fundamental

El problema de la norma fundamental se percibe como el centro en torno al cual, gira el problema general del ordenamiento jurídico. Se ha dicho que dicha norma es la que suministra validez al resto de los elementos y normas inferiores del sistema.

Hans Kelsen es considerado el principal autor de la teoría de la fundamentación. Su tesis explica que la norma fundamental es un presupuesto, lo que indica un posicionamiento supra positivo en su existencia, se encuentra en un plano distinto de la facticidad y le asigna fundamentación a las normas inferiores a ella.

Con ello, Kelsen pretende la inoperancia de un fundamento a la norma presupuesta, la que constituye la génesis última y exclusiva en que descansa la validez de las normas positivas. Desde el punto de vista lógico la norma de Kelsen es una hipótesis, es decir,



un supuesto acerca de la praxis jurídica. El hecho está determinado por el deber ser, por lo que el deber ser nunca deviene del ser.

Naturalmente a estas posturas kelsenianas muchos juristas han realizado críticas, oponiendo el extremismo normativo en que encierra Kelsen la fundamentación del ordenamiento jurídico, quien excluye la posibilidad de un hecho generador de la norma supuesta.

Dentro de éstas críticas existen los que hacen ver la utilización, por parte de Kelsen, de argumentos metafísicos (recordar, las teorías de Kelsen se basan en los postulados Kantianos, acerca del deber ser), argumentos formalistas (crítica de Ross) y finalmente aquellos que se oponen a Kelsen en virtud del abandono de pragmatismo en sus teorías, es decir, de su poca utilidad en el aspecto práctico del Derecho.

A esta postura se adhiere Joseph Raz y Herberth Hart. Éste ultimo describe la norma fundamental, a contrario sensu de la postura kelseniana, como un hecho dentro de la realidad jurídica, es una norma de reconocimiento (rule of recognition) que goza de existencia sino material, por lo menos jurídica y positiva a diferencia de la norma presupuesta de Kelsen.

En este sentido, la regla de reconocimiento (en terminología de Hart) se encuentra inmersa dentro del conglomerado normativo y no aislada en ecuaciones lógicas con relación al resto de elementos normativos.

Por su parte, Ramón Soriano expone su punto de vista acerca del fundamento del ordenamiento jurídico, expresando en primer plano la característica de las normas



jurídicas en las que sólo se puede hablar de validez y la característica del ordenamiento jurídico, del que sólo puede hablarse de fundamento.

Explica en la validez, un concepto intrínseco al sistema jurídico que es el punto de partida de las normas en particular y que se desprende de la norma básica de dicho ordenamiento. Por otra parte, el fundamento sería el punto de partida para el sistema jurídico en macro, ya que de él no puede hablarse de validez, sino de su fundamento que descansa en la soberanía popular.

Soriano es partidario de precedentes políticos en la lógica genética del sistema jurídico, a diferencia de Kelsen quien, como hemos anotado en párrafos precedentes, persigue desligar los conceptos jurídicos de la teoría del ordenamiento jurídico, de cualquier criterio político e incluso moral para la elaboración de una teoría pura del Derecho. No obstante, hemos visto el error en que incurre Kelsen, por tratar de encerrar su teoría en un normativismo racionalista, metafísico, formalista y apragmático.

2.7. Plenitud del sistema jurídico

La plenitud o completud consiste en la capacidad del sistema jurídico para proveer de soluciones a las diversas problemáticas que se originan en el Derecho. Constituye a la vez un fin, ya que el sistema jurídico debe subsanar las situaciones que se presentan, lo que hace de ésta característica un ideal, en contraposición a la praxis jurídica. La praxis o realidad jurídica está contenida de hechos y fenómenos que hacen la dialéctica social, la realidad es cambiante y se rige por leyes dinámicas.



En la medida en que la realidad jurídica y la experiencia social evolucionan, en esa medida es difícil perfeccionar la completud jurídica y en general los principios generales y específicos de la ciencia jurídica y del derecho positivo. Pero la realidad jurídica (el conjunto de normas, el derecho positivo) va un paso atrás con relación a la dinámica social, por lo que el derecho positivo de los sistemas jurídicos modernos, se integra con otros sistemas normativos como la costumbre y los usos sociales.

2.7.1. Tipología

En doctrina, se distinguen dos tipos de sistemas jurídicos: aquellos con suficientes normas para resolver situaciones o conflictos jurídicos y aquellos con normas insuficientes para algunos asuntos, pero que se complementan con medios de integración jurídica como los principios generales del Derecho, analogía, costumbre, jurisprudencia, etc.

Por lo anterior sería contradictorio denominar plenitud si se concibe como una característica, ya que su suficiencia es relativa con relación a la experiencia. No obstante, cuando se establece como un propósito es factible una comprensión del concepto.

2.7.2. Presupuestos de plenitud

En concreto, la plenitud se satisface a partir de dos exigencias:



- Que el sistema jurídico esté contenido de un sistema complementario y sucesivo de fuentes de Derecho para facilitar la integración del derecho positivo con otros elementos normativos.
- Que los jueces estén vinculados a cumplir las fuentes de Derecho establecidas y las formas de integración jurídica.

2.8. Coherencia del sistema jurídico

La coherencia viene dada por la compatibilidad entre las normas que integran el sistema jurídico. Es decir, el sistema será incoherente cuando sus normas sean contradictorias entre sí y dispongan consecuencias jurídicas distintas para un mismo supuesto de hecho.

Cuando ello concurre, se está ante antinomias jurídicas que se definen como la circunstancia de incompatibilidad entre dos o más normas de un mismo sistema jurídico geoespacial determinado. Dichas normas reciben el nombre de normas antinómicas.

Sin embargo puede confundirse la concurrencia de una antinomia jurídica en circunstancias aparentemente antinómicas. Para no incurrir en tal error, es necesario verificar el antagonismo en el objeto de las prescripciones y por otra parte, la concurrencia del tiempo y espacio dentro de un mismo sistema jurídico.

Por lo tanto, las normas pertenecientes a distintos sistemas legales, no tendrán disparidad entre sí. Se presupone que cada una de las normas (aparentemente antagónicas) son válidas en los fueros normativos respectivos a que corresponden. Por



lo anterior, las normas antagónicas o antinómicas son aquellas que coinciden en los caracteres temporal y espacial de un mismo sistema jurídico.

Para la resolución de situaciones antinómicas, la doctrina jurídica provee ciertas pautas que coadyuvan en el propósito de plenitud del sistema jurídico, aunado a que se contribuye al robustecimiento de certeza y seguridad jurídica en las relaciones sujetas a la imputación de las normas jurídicas, fin que persigue el derecho positivo y las corrientes iusfilosóficas que lo inspiran. A la vez, el sistema jurídico, las normas y su interpretación no pueden estar sujetos a arbitrio de los jueces.

2.8.1. Clasificación de normas antinómicas

Soriano nos presenta tres criterios generales de división de las normas antinómicas:

2.8.1.2. Según su naturaleza

Pueden ser reales o verdaderas que se caracterizan por carecer de solución y aparentes o falsas que, como hemos visto, son en primer término antinomias jurídicas, pero tras la verificación de ciertos presupuestos para determinar la antinomia, no se configuran los mismos, por lo tanto no se verifica el antagonismo.

2.8.1.3. Según el punto de vista valorativo

Se clasifican en antinomias de principio, de valoración y teleológicas. Las primeras significan una incompatibilidad con relación a los principios generales del sistema jurídico.



Las antinomias de valoración refieren a la incompatibilidad de las consecuencias jurídicas en las normas. Por último, las teleológicas implican contrariedad entre el medio y el fin de las normas.

2.8.1.4. Desde el punto de vista de la amplitud

Existen tres clases: antinomias con carácter total-total, antinomias con carácter total-parcial y antinomias de carácter parcial-parcial. La dualidad de cada una de ellas se refiere a cada una de las normas, una en oposición a la otra. De este modo, las que presentan un carácter total-total, apuntan una oposición absoluta, consuencuentemente se invalidan mutuamente.

Las de carácter total-parcial conllevan la invalidación de una de ellas y parte de la otra, de tal manera que la incompatible parcialmente subsiste en sus efectos jurídicos de forma parcial.

Por último las de carácter parcial-parcial son aquellas por las cuales una parte de la norma no se opone a la prescripción de la otra y ésta de aquella, de manera que subsiste la fracción normativa no antagónica de cada norma.

2.8.2. Pautas de solución de antinomias jurídicas

Existen tres formas para resolver la incongruencia de las normas jurídicas:

2.8.2.1. Criterio temporal:

Lex posterior derogat anteriori. Se privilegia la aplicación de la norma posterior o más reciente frente a la norma más longeva. Para verificar cuál norma es posterior o



temporalmente más reciente a la situación que se pretende resolver, se debe observar la vigencia de las leyes y a partir de ello, se resuelve la aplicación de la norma posterior.

2.8.2.2. Criterio jerárquico:

Se relaciona al principio de jerarquía normativa y a la aludida teoría de la fundamentación concebida en la corriente kelseniana. Exige la aplicación de la norma con mayor jerarquía, lo que se debe establecer en el propio ordenamiento jurídico. En el caso del ordenamiento jurídico guatemalteco, la Constitución Política reconoce los principios de supremacía y jerarquía normativa, además el decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial establece en el Artículo 9 lo relativo a la supremacía constitucional y jerarquía normativa “Los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos que prevalecen sobre el derecho interno. Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.”

2.8.2.3. Criterio de especialidad:

Se privilegia la aplicación de la norma que prescribe una materia con mayor especificidad, con relación a otra norma con mayor generalidad respecto del mismo contenido o materia. No se debe confundir con el criterio de jerarquía. En este sentido, una norma sería más específica cuando su fuero de eficacia se reduce a elementos personales y espaciales más particulares. Es decir, una prescripción de Gobierno municipal sería más concreta que una prescripción de Gobierno Central.



A manera de distinción con el criterio de jerarquía, se advierte la irrelevancia dentro del criterio de especialidad, el órgano que emite la prescripción. Mientras que dentro del criterio de jerarquía importa la determinación de la competencia normativa para establecer la antinomia. En el presente ejemplo, la autoridad municipal no ostenta ningún grado de jerarquía con relación a la autoridad gubernamental.

Para el derecho administrativo, si bien los municipios no constituyen entidades con soberanía absoluta, su ámbito de competencia administrativa, y por lo tanto, normativa, es de carácter autónomo y no sujeta al Organismo Ejecutivo.

Se han presentado los criterios a partir de los cuales se satisfacen las antinomias jurídicas y por lo tanto, su término y solución. Sin embargo puede presentarse la confusión entre los mismos criterios de solución. Para ello debe establecerse los mecanismos de solución de conflicto entre los distintos criterios que pueden darse entre el criterio temporal con el criterio jerárquico, incompatibilidad entre el temporal y el criterio de especialidad e incompatibilidad entre el jerárquico y el criterio de especialidad.

2.8.3. Pautas de solución entre criterios de solución de antinomias

2.8.3.1. Conflicto entre criterio jerárquico y temporal

En el primer supuesto, debe darse preeminencia al criterio jerárquico sobre el temporal. La Constitución Política y la Ley del Organismo Judicial plasman el criterio de jerarquía y deviene en principio de la aplicación jurídica.



2.8.3.2. Conflicto entre criterio temporal y especialidad

El segundo caso se presenta cuando, por una parte existe una antinomia entre una norma temporalmente anterior y especial, y por otra parte una norma posterior pero general. Ante ésta situación, la solución no radica en privilegiar alguno de los criterios en conflicto, si no que siempre debe buscarse la aplicación de la norma con mayor grado de jerarquía. Es decir, en la situación aludida, el criterio con mayor importancia, independientemente de la conflictividad, será el principio o criterio de jerarquía normativa.

2.8.3.3. Conflicto entre criterio de jerarquía y de especialidad

Por último, el tercer caso de incongruencia de criterios supone el conflicto entre una norma superior y general y una norma inferior pero especial. Ésta situación ya se ha desarrollado en párrafos precedentes y es común que concurra. Soriano expone la solución en el marco de la legislación española, que sería el predominio del criterio de jerarquía en virtud que la norma superior en grado, comúnmente remite a la norma especial.

Consideramos la misma conclusión para el ordenamiento jurídico guatemalteco ya que, como se ha asegurado, existen razones legales que determinan expresamente la preferencia del principio de supremacía constitucional y jerarquía normativa sobre normas inferiores, independientemente si son más específicas.

Dice Bobbio: “Particularmente, para decidir si una norma es válida (esto es, si existe como regla jurídica que pertenece a determinado sistema) con frecuencia es necesario



realizar tres operaciones: 1. Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas, es decir normas vinculantes en ese determinado ordenamiento jurídico (esta investigación conduce inevitablemente a remontarse a la norma fundamental, que es la base de la validez de todas las normas de determinado sistema”.





CAPÍTULO III

3. El problema de la validez de las normas

En el capítulo primero de la presente investigación, se elaboró una aproximación a los criterios de valoración de las normas, o bien a las modalidades de justificación de la norma jurídica. Se planteaba una serie de criterios sobre los cuales la ciencia jurídica parte en la problemática del concepto del Derecho. Se trata del problema de la justicia, el de la validez y de la eficacia del Derecho.

3.1. El problema de validez del Derecho

En particular, es necesario plantearse la cuestión, quizá una de las más debatidas dentro de la doctrina jurídica, sobre la validez de las normas jurídicas. Para ello recordemos la alusión en Bobbio sobre el problema que expone sobre la validez jurídica. El autor ubica dicha problemática en el ámbito ontológico del Derecho. Por otra parte, desarrolla el problema de la justicia y lo concibe como el problema deontológico del Derecho y por último plantea el problema de la eficacia, al que el autor denomina el problema fenomenológico del Derecho.

3.2. Noción de validez

Usualmente el concepto de validez se vincula, por una parte a la veracidad, y por otra, a la vigencia de una norma jurídica. La corriente positivista procura desligar la validez a la verdad o falsedad de la norma, sobre una plataforma esencialmente científica, en oposición a los postulados iusnaturalistas sobre el Derecho. Asimismo, algunos autores como Luis Recasens Siches exponen una diferenciación entre vigencia y validez. Para



el jurista guatemalteco, si bien, dichos conceptos guardan una relación en el proceso formal de la creación de la ley, se distinguen en ciertas notas sobre su significación. La vigencia de una norma está vinculada al ámbito temporal de una ley, mientras que la validez jurídica (en sentido estricto, la validez formal) presupone su existencia temporal y espacial dentro de determinado sistema jurídico, revistiendo los requisitos formales (autoridad facultada para crearla, vigencia y coherencia con el resto de normas del sistema jurídico) para considerarse como tal, una norma válida capaz de producir efectos sobre la conducta humana.

3.3. Corrientes filosóficas de pensamiento jurídico

Para comprender el desarrollo del concepto de validez en la evolución de la ciencia jurídica, analicemos las proposiciones de las principales corrientes filosóficas de pensamiento jurídico.

3.3.1. Validez desde el punto de vista del positivismo jurídico.

El concepto de validez en la acepción positivista refiere la existencia de una norma en un sistema jurídico, en un espacio y tiempo determinados. A su vez la existencia de una norma significa su valor formal, por haber sido nutrida a partir de exigencias legislativas para su vigencia y positividad. Pero, ¿Qué implica la existencia de una norma jurídica? ¿Implica su evolución desde proyecto de ley, hasta ley positiva; o implica su juridicidad desde el punto de vista de su fundamentación ideológica?.

En Derecho suele emplearse dentro del vocabulario las ficciones jurídicas, por ejemplo, la persona jurídica. Del mismo modo puede hablarse de vida jurídica de las instituciones



del Derecho y en particular de las normas que integran el ordenamiento jurídico. La vida de la ley se circunscribe, en el plano a que nos referimos, a su vigencia como ley positiva.

El positivismo jurídico en sentido estricto, o positivismo formal, pregona sobre la idea del Derecho vinculado al ordenamiento jurídico vigente en determinado Estado y por lo tanto reduce la idea de lo jurídico a la mera existencia de las normas jurídicas organizadas bajo criterios de fundamentación y validación recíproca.

3.3.1.1. Concepto ontológico

Vale cuestionarse ¿por qué Bobbio sostiene que la validez jurídica se reduce al problema ontológico del Derecho? Para ello debemos analizar el concepto de ontología. En filosofía, la ontología es considerada una rama de la metafísica. Algunos discrepan sobre su inclusión en la metafísica por considerar en ella, elementos propios que la distinguen como una rama autónoma de la filosofía.

Sin embargo, para entender la pretensión de Bobbio sobre el problema ontológico del Derecho y sin desviar la determinación teórica de la presente indagación, introduzcamos la siguientes nociones suministradas por Nicolla Abbagnano: la ontología es “la doctrina del ser y de sus formas... mientras el término metafísica parece presuponer *a priori* una dimensión metasensible y metanatural, el termino ontología se limita a señalar la existencia de un problema del ser que puede resolverse de manera diferente (es decir, no sólo en el sentido de una metafísica trascendentalista, sino también en dirección de una metafísica inmanentista)... mientras el término metafísica aparenta ya contener en sí mismo una solución específica al problema del



ser, el término ontología parece más descriptivo y menos vinculado con una solución al problema del ser”.⁹

Así vemos reflejada la clara distinción entre los dos conceptos. La ontología no busca solución al problema del ser en su dimensión supra sensitiva, ello le corresponde a la metafísica. A nuestro juicio, la ontología es una disciplina filosófica basada en la dimensión objetiva de los entes, con misión de explicarlos en cuanto se presentan ante nuestros sentidos, sin indagar sobre su esencia o ser supra sensorial.

En este sentido, se observa en Bobbio un positivismo filosófico sobre su concepción de validez. Para él, la validez es la existencia de la norma legal o su vida dentro del sistema jurídico, es una categoría del Derecho que brinda existencia objetiva y positiva a las normas jurídicas, sin que ellas deban ser justas o eficaces para producir sus efectos normativos en las relaciones sociales.

Por otra parte, le denomina el problema ontológico del Derecho porque para él, las normas del sistema jurídico constituyen el objeto de estudio de la ciencia jurídica, que existen y que por ello, son válidas.

¿Cual es el objeto del Derecho? El positivismo jurídico nos presenta a las normas jurídicas como centro de u investigación. Sin embargo, el realismo y la teoría egológica de Cossio han podido refutar ese criterio, novando la idea del objeto del Derecho, en la conducta. El tridimensionalismo jurídico incorpora una visión ontológica integral en los conceptos de hecho, valor y norma.

⁹ Nicola Abbagnano. **Diccionario de Filosofía**. Pág. 778



Sin embargo vale cuestionarse en realidad cuál debería ser el enfoque ontológico del Derecho. El iuspositivismo muestra una postura extremadamente reduccionista en la norma jurídica. En realidad las normas constituyen los medios para regular las relaciones humanas. Su naturaleza no se adapta a la dinámica de la conducta y de las relaciones intersubjetivas. Por ello el realismo y la teoría egológica, hacen bien en esclarecer el verdadero objeto del Derecho. Sin embargo, no se logra salir del reduccionismo en que incurre el iuspositivismo, dejando de lado la posibilidad de ver al Derecho como un todo complejo y variado en su esencia.

Consideramos acertado el ontologismo integracionista de la teoría tridimensional, aunque la conducta no puede ser vista como el centro de regulación jurídica. Sociológicamente la conducta está referida a un único fuero de acción. Las personas, individualmente consideradas, no pueden ser objeto de imputación jurídica si en su proceder no afectan patrimonios y derechos de terceros. Citando un ejemplo ficticio, aunque para ejemplificar, la conducta del solitario náufrago *Robinson Crusoe* no tendría importancia para el Derecho en tanto no existiese relación con *Viernes*. Su conducta quizá tendría importancia desde el punto de vista de la psicología, pero para la sociología y el Derecho, la conducta adquiere relevancia cuando existe un nexo intersubjetivo. Con ese vínculo intersubjetivo germina una forma de organización política y jurídica.

En síntesis, la conducta, aunque usualmente se presenta como sinónimo de relaciones jurídicas, es un concepto eminentemente subjetivo. La objetividad de la conducta sólo es posible con la consideración de relaciones intersubjetivas, o confluencia de conductas. Por lo tanto, la visión integral del Derecho comprende, en nuestro



razonamiento, la norma como instrumento, los ideales como los fines y las relaciones humanas como el centro de regulación jurídica. Las nuevas concepciones deben partir de la relación jurídica como el centro de sus investigaciones científicas.

3.3.1.2. Validez y justicia

De manera restringida, el positivismo jurídico encierra la idea de justicia a la validez, en el sentido de pensar que las normas son justas debido a que son válidas. Kelsen, quien es considerado uno de los principales representantes del positivismo jurídico, sostiene a la justicia como un ideal meta sensible del Derecho que se circunscribe al plano de la ética. Tal afirmación es similar en Bobbio, para quien la validez está inmersa en la teoría del Derecho, más no en la ética, la que es campo de la justicia como valor ideal y propósito del Derecho.

Parece claro el concepto de validez desde la visión iuspositivista. Como hemos afirmado, a nuestro juicio, los juristas positivistas conciben a la validez como la envoltura jurídica de las normas, que les confiere competencia para producir efectos en las relaciones humanas, en virtud de haber satisfecho una serie de requerimientos formales preestablecidos y verificados por un órgano legislativo facultado para tal efecto.

3.3.1.3. Validez y lógica

Si recogemos el concepto de validez y lo situamos en el campo de la lógica, es posible verificar las similitudes entre el pensamiento de los iuspositivistas dentro del contexto



de la ciencia jurídica y establecer el seguimiento por parte de éstos, en la aplicación de las leyes suministradas por la lógica jurídica.

Nicola Abbagnano describe la validez como “la conformidad con reglas de procedimiento establecidas o reconocidas... es válida una deducción, si se conforma a las reglas de la lógica, una ley, si se conforma a las reglas constitucionales, una sentencia si se conforma a las leyes o una orden si es dada por la persona a la que corresponde darla y en las formas establecidas por las reglas... en este sentido, la validez debe ser considerada como distinta de los valores de verdad, de justicia, etc. En efecto, una deducción válida, o sea realizada de conformidad con las reglas lógicas, no es forzosamente una deducción verdadera, sólo lo será en el caso de que sus premisas sean verdaderas. Así, una ley o una sentencia válidas no son, por lo tanto justas”.¹⁰ Se aprecia una noción lógica del concepto de validez. Definitivamente la validez tiene carácter de formalista en la teoría positivista.

Finalmente, es necesario citar ciertas nociones de validez dadas por algunos iuspositivistas:

3.3.2. Validez desde el punto de vista del derecho natural:

El derecho natural es presentado usualmente como una corriente jurídica de pensamiento. Sin embargo su derivación esquemática se desprende del pensamiento general, el pensamiento filosófico. Si bien su objeto y centro de problematización es el Derecho, lo hace en una perspectiva ética o deontológica y distinta de las concepciones proyectadas por el positivismo jurídico.

¹⁰ **Ibid.** Pág. 1079



El derecho natural en su perspectiva ética, focaliza su centro de atención hacia la fundamentación moral de las instituciones y normas que integran el ordenamiento jurídico. Es en éste campo donde se discute la idea de justicia del Derecho y por ello algunos teóricos la consagran como la teoría de la justicia.

Recordemos a Bobbio, quien emplea la denominación del problema deontológico del Derecho para designar lo relativo a los valores superiores del ordenamiento jurídico. Su pretensión en éste aspecto es determinar si una norma es justa o injusta. Por nuestra parte agregamos, el derecho natural y particularmente la teoría de la justicia persiguen la sustentación teleológica del sistema jurídico en su conjunto, de manera que satisfaga las pretensiones primarias en que se inspira el Derecho como ente positivo y con existencia jurídica.

Desde el punto de vista histórico, el iusnaturalismo ha evolucionado en su contenido, aunque no de manera sustancial. Ciertos conceptos se han mantenido inertes desde la filosofía clásica en Aristóteles, pasando por el estoicismo helenístico cuyo precursor es Zenón de Citio, hasta Giorgio del Veccio.

Muchos autores suelen criticar la falta de científicidad y sistematización del iusnaturalismo con relación particular al concepto de validez. Su metódica no es la misma que emplean los iuspositivistas ni los iusrealistas en la elaboración de una teoría sistemática del ordenamiento jurídico.

En el derecho natural adquieren importancia las ideas de verdad y justicia. Sus significaciones son tan variadas como variadas son corrientes en la historia de la filosofía.



En definitiva, el sistema jurídico y las normas legales deben ceñirse a ciertos ideales para su legitimación. En el primer capítulo de la presente investigación, se menciona la justificación sustancial de las normas jurídicas. Una norma legal, será jurídica, hasta que revista el carácter de justa. Si una norma no es justa, puede estar revestida de legalidad a través de su justificación circunstancial y será formalmente válida, pero esa norma carecerá de fundamento para ser aplicada. No será válida en toda su amplitud.

3.3.3. Validez desde el punto de vista del realismo jurídico

3.3.3.1. Concepto de fenomenología

En éste modelo de pensamiento, surge la necesidad de comprender el concepto de fenomenología: "la descripción de lo que aparece o la ciencia que tiene como tarea o proyecto esta descripción... Kant adoptó el término para indicar la parte de la teoría del movimiento que considera el movimiento o el reposo de la materia sólo en relación con las modalidades en que aparecen al sentido externo... pero la única noción de fenomenología actualmente viva es la correlativa al significado de fenómeno, enunciada por Husserl, quien se cuidó de eliminar la confusión entre psicología y fenomenología. La psicología, afirmó, es una ciencia de los datos de hechos; los fenómenos que considera son sucesos reales y se insertan en el mundo espacio-temporal, junto con los sujetos que pertenecen a tales hechos. La fenomenología es, en cambio, una ciencia de esencias y no de los datos de hecho, y se hace posible sólo por la reducción eidética, que tiene justo la tarea de purificar los fenómenos psicológicos de sus características reales o empíricas y de llevarlos hacia el plano de la generalidad



esencial. La reducción eidética, o sea la transformación de los fenómenos en esencias transforma tales fenómenos en irrealidad”.

3.3.3.2. Fenomenología y ontología

El concepto de Husserl puede confundirse con ontología en virtud que se relacionan a la facticidad de los entes. Especialmente en la presente investigación es importante diferenciar fenomenología de ontología, en tanto representan problemas alineados a distintas concepciones jurídicas, mismas que suelen confundirse: positivismo y realismo.

La fenomenología, a diferencia de la ontología, se presenta primordialmente como una herramienta para los filósofos, de manera que el acceso al conocimiento general no constituya una labor difícil de emprender. Además la ontología es la ciencia de los entes y su finalidad es plantear incógnitas relativas a la existencia de los entes, en cuanto se presentan ante nuestros sentidos, en ese aspecto es a priori; en tanto la fenomenología es a posteriori, ya que busca abrir el camino al conjunto cognocitivo seguido a la experiencia y la evidencia. En Heidegger (precursor de la fenomenología), constituye un método que comprende por lo menos dos elementos fundamentales: la intencionalidad y la evidencia. No obstante, para los filósofos contemporáneos la fenomenología requiere la intencionalidad como presupuesto para acceder en la esencia de los objetos, es decir, a su trascendencia como objetos.



3.3.3.3. Fenomenología en el ámbito jurídico

En el ámbito jurídico, la fenomenología es utilizada por los precursores del realismo jurídico para elaborar su propio modelo de pensamiento. El objeto del Derecho, según los realistas, es la conducta humana en el contexto de los fenómenos sociales, su desarrollo y evolución.

El realismo se opone al derecho natural ya que éste se inspira sobre la idealidad del Derecho, busca fundamentar las instituciones jurídicas sobre directrices como la justicia. Asimismo se opone al positivismo en relación a que éste se basa sobre una concepción formalista del Derecho, en tanto que el realismo es contenidista en palabras de Bobbio.

En este enfoque, la validez jurídica se circunscribe a la eficacia de las normas jurídicas, declarando al Derecho como un fenómeno del ser (desligado de la idealidad). Las normas jurídicas son directrices de conducta y su finalidad es la congruencia fenomenológica entre directriz y conducta, esto es, eficacia de la norma.

3.3.3.4. Validez jurídica en Herberth L.A. Hart

Para Herberth Hart, la validez jurídica está sujeta a la aceptación voluntaria de los destinatarios de las normas legales. Su postura es en parte una reacción a la concepción austiniana del concepto de Derecho. Para Austin, el fundamento de validez del sistema jurídico está dado por órdenes respaldadas en amenazas emanadas del soberano, independientemente de si la norma es aceptada voluntaria o involuntariamente.



La regla de reconocimiento de Hart, se encuentra inmersa en las conductas de los individuos que integran el conglomerado social. Hart indica que como enunciado interno, la regla es aceptada por el destinatario de manera espontánea, sin realizar ningún juicio sobre si es aceptada o no, es decir la regla de reconocimiento se aplica de manera tácita.

Para Hart, un sistema jurídico aceptado por los individuos a que se destina, es un sistema más estable. Por ello la importancia del reconocimiento de las reglas. En la medida en que un sistema jurídico es aceptado, en esa medida las normas que lo integran serán eficaces. Las reglas del sistema serán capaces de ser obedecidas y en consecuencia, producir las consecuencias normativas en la conducta humana. De esa forma, se cumple la justificación práctica de la norma jurídica. El Derecho deja de ser un ideal, para convertirse en un instrumento de paz y de utilidad colectiva.

Sin embargo, los postulados del autor no se limitan a desarrollar el concepto de validez dentro del campo de la eficacia jurídica. Establece, por una parte, el concepto amplio de Derecho y por otra parte, el concepto restringido del Derecho. Según el primero, existen reglas injustas que no necesariamente están desprovistas de validez. En ese sentido, según el concepto restringido, existen reglas injustas que por tal razón deben ser consideradas como inválidas. Hart prefiere el primer concepto de Derecho. Una regla puede ser válida sin ser justa. Aunque la experiencia define que no es posible aplicar dichas reglas cuando son manifiestamente injustas a los casos concretos. Por ello Hart se inclina por el concepto amplio de Derecho sin dejar a un lado la justicia en las normas. Para cumplir dicho cometido, deben existir excepciones a la aplicación de las reglas injustas, en los casos en que adquieren tal carácter.



3.3.3.5. Evolución del realismo jurídico

Bobbio sintetiza tres periodos de desarrollo del pensamiento iusrealista:

A. Periodo histórico

El primero de ellos está representado por la escuela Histórica del Derecho, cuyo principal precursor es Federico Savigny. Dicha escuela concibe al derecho como un fenómeno dialéctico social con origen en el pueblo. El derecho se inspira en el “espíritu del pueblo”.

En lo relativo a las fuentes del Derecho, la costumbre deviene la principal dentro la escuela histórica. El derecho nace y se desarrolla en el seno de las relaciones humanas, es la manifestación material del “sentimiento jurídico popular”, en contraposición al derecho emanado de la voluntad sectorial de grupos dominantes.

B. Periodo sociológico

El segundo periodo del iusrealismo está comprendido por el movimiento sociológico del derecho. Nace por la necesidad de subsanar la incompatibilidad entre la ley y la realidad (históricamente por los sucesos de las sociedades europeas durante finales del siglo XX, la Revolución Industrial).

En esta etapa la labor judicial es el centro de atención de los juristas iusrealistas. Su intención era concentrar el derecho en la actividad jurisprudencial, de tal manera que la jurisprudencia se tornara en la principal fuente del derecho. Dicha intención vendría a subsanar las necesidades concretas de los cambios radicales sufridos en aquel



entonces. Los jueces debieran basar sus decisiones sobre un análisis conceptual del derecho producido en la realidad jurídica, en la experiencia social y sensorial.

C. Periodo anglosajón

El tercer y último periodo de la reacción iusrealista es la concepción realista del derecho, cuya génesis se ciñe a los países anglosajones representantes del common law dentro de sus respectivos sistemas jurídicos.

En este periodo nace el concepto de jurisprudencia sociológica que se utiliza como método de aplicación e interpretación jurídica. El derecho se concibe como creación del juez, lo que algunos juristas como John Henry Merryman suelen denominar la dictadura del juez. El derecho nace en el momento de iudicium, como poder de decisión del juez. En oposición al positivismo jurídico, principios como la seguridad y certeza jurídica se quebrantan frente esta postura.

3.3.4. Validez en la visión del Tridimensionalismo Jurídico

Ésta es una postura ontológicamente integracionista. Reúne los conceptos de valor, hecho y norma en una misma vertiente de pensamiento iusfilosófico, como una trinidad dentro del objeto del Derecho: la conducta.

Es preciso mencionar al jurista guatemalteco Luis Recasens Siches, el brasileño Miguel Reale y el judío-alemán Werner Goldschmidt. Éstos destacados juristas dedicaron su obra a la comprensión de un nuevo modelo del Derecho, que permitiera ajustar distintas concepciones filosóficas y científicas en una misma ciencia del Derecho.



Miguel Reale utiliza el método fenomenológico histórico para desarrollar su investigación, separando los aspectos fácticos y circunstanciales del fenómeno jurídico para sustraer los aspectos esenciales. Reale menciona que para acceder al conocimiento del fenómeno jurídico se deben complementar dos etapas. La primera constituye la visión esencial del Derecho que se adquiere a través del método fenomenológico y la segunda etapa comprende la visión axiológica que se adquiere a través del método crítico histórico.

3.3.4.1. Tipología de la conducta humana

En la postura de Reale, la conducta es un sistema integrado por norma, valor y hecho. Existen cuatro tipos de conducta para Reale.

A. Conducta religiosa

Esta modalidad se presenta cuando el sujeto actúa en función de un principio superior. Existe la concurrencia de un elemento sobrenatural al que, el sujeto, le confiere una estimación de conducta amorosa.

B. Conducta moral

Surge del deber ser. Existe una obligatoriedad autónoma, personal y voluntaria por parte del individuo, a cumplir con la norma establecida por él y dirigida para él mismo. También existe la conducta moral heterónoma en la cual el sujeto realiza un reconocimiento a una autoridad superior a él, quien regula su conducta. Sin embargo, la realización de la conducta depende de un acto volitivo del propio sujeto, es decir, la decisión. El ligamen es propio. En la conducta moral, el acto atacado con coacción,



produce su nulidad. El sujeto de la conducta moral se presenta en el ejercicio de su libertad.

C. Conducta convencional

Ocurre en el ámbito de las costumbres y usos de la sociedad. El sujeto se liga en virtud de una conveniencia, es una conducta autónoma. Tiene que ver con normas de etiqueta, cortesía y protocolo.

D. Conducta jurídica

Su carácter es eminentemente bilateral. Al igual que la conducta moral, dice Reale “por cuanto son siempre hechos sociales que implican la presencia de dos o más individuos. No existe acto moral fuera del medio social. Cuando se habla pues, de bilateralidad en el Derecho, lo que importa es el sentido de esa relación, la instancia valorativa o deontológica que en ella se verifica, y no su aspecto de enlace social que existe también en la moral”.¹¹ En las relaciones jurídicas existe un vínculo entre dos o más personas que constituye la prestación. Le confiere a una persona la capacidad de exigir determinado comportamiento por parte de la otra y viceversa. A ésta pretación, Reale le denomina “bilateralidad atributiva”, para quien la bilateralidad no es suficiente para describir el concepto de conducta jurídica. Se debe incorporar las exigencias y comportamientos recíprocos, en lo cual reside la característica de atribución.

¹¹ Miguel Reale. **Filosofía do direito**. Pág. 359.



3.3.4.2. Trialidad de la conducta

La tridimensionalidad que reside en la conducta humana (religiosa, moral, etc.) se manifiesta de la siguiente manera:

A. Valor

En las acciones existe un valor que constituye el elemento teleológico de la conducta. Toda acción u omisión se encamina a garantizar, realizar o negar valores. Por ejemplo, en la conducta del científico o el filósofo, la verdad es el valor que se persigue, en la realización de la conducta. En el artista, la belleza y la probidad a los seres humanos, por el hecho de serlo. Los valores se convierten en deber, adquieren el carácter de bien moral y su cumplimiento conduce a la veracidad, en el caso del valor verdad.

B. Hecho

En la conducta humana también coincide el elemento fáctico o de hecho, el cual ocurre en determinado espacio y tiempo. El hecho se presenta como la actitud concreta de la persona y tiene la función de materializar el valor en la conducta “en todas las modalidades de la conducta hay, en síntesis, el hecho de una energía espiritual que, inmantada por un valor dominante, se inclina a realizarlo como ley, como forma, como actitud o como norma”.¹²

En síntesis, el tridimensionalismo jurídico procura el entendimiento de los conceptos valor, norma y hecho dentro de la esfera de la conducta jurídica.

¹² **Ibid.** Pág. 359.



3.3.4.3. Enfoques de la teoría tridimensional

La teoría de Reale se puede ver desde dos puntos de vista: tridimensionalidad genérica y abstracta. Ésta discrimina los conceptos de hecho, valor y norma, y los figura como elementos independientes. Tiene aplicación en ésta forma de concebir la teoría, el método analítico. En la tridimensionalidad genérica los conceptos aislados pueden ser estudiados en diferentes disciplinas:

- El hecho en la sociología, historia y etnología jurídicas, que ven al Derecho como fenómeno *strictu sensu*.
- El Derecho como valor, la filosofía, la deontología y la ciencia política.
- El derecho como norma, la ciencia jurídica.

En este sentido, Miguel Reale visualiza al Derecho como un complejo unitario estudiado en diferentes disciplinas científicas “el filósofo del Derecho, el sociólogo y el jurista no pueden dejar de estudiar el Derecho en la totalidad de sus elementos constitutivos, en la tridimensionalidad de su contextura, aunque pueden y deben ser distintos los respectivos prismas o modos de investigación”.¹³ Por otra parte, la teoría tridimensional en sentido concreto y específico: “A esta doctrina que reclama la integración de las tres perspectivas en una unidad funcional y de proceso llamamos la concepción tridimensional específica e integrante del Derecho de los Fundamentos do direito... especialmente en el capítulo final intitulado “hecho, valor y norma”, donde reclamamos

¹³ **Ibid.** Pág. 360.



la integración de esos tres elementos en relación con los problemas complementarios de la validez social, la validez ética y la validez técnico jurídica”.¹⁴

Mientras la visión genérica busca el estudio de los tres elementos de manera independiente a través de un método analítico, la visión específica se complementa a ésta y se desarrolla por medio del método sintético, de manera tal que, los tres elementos en cuestión, encuentren su fusión en una teoría completa del tridimensionalismo jurídico.

3.3.4.4. Noción tridimensional del Derecho

A diferencia de de los fenómenos psíquicos, físicos o químicos, que se rigen por leyes eminentemente descriptivas, el Derecho se rige no sólo por leyes, sino por directrices que inspiran el sistema jurídico. El Derecho, en el enfoque óntico, es un fenómeno de carácter histórico y social. En el plano fáctico, la conducta es un hecho y la realidad del ser humano le permite acumular datos y experiencias, tiene la capacidad de conocer la naturaleza y complejidad del fenómeno jurídico.

En el aspecto lógico, Reale define el Derecho como la “vinculación bilateral atributiva de la conducta humana, para la realización ordenada de los valores de convivencia”. La definición del Derecho como deber ser, comprende la necesidad de materializar los valores, inicialmente establecidos como fines.

Para Luis Recasens Siches el Derecho es vida humana objetivada cuando el ser humano materializa en su conducta las normas jurídicas establecidas por el sistema.

¹⁴ **Ibid.** Pág. 491.



Como menciona el licenciado Rafael Godínez Bolaños, cuando los individuos aplican los principios, éstos se mudan a la realidad como valores jurídicos. El Derecho no se ubica en una nube de ideales jurídicos, si no que se incorpora en la realidad y es objetivo a través de la conducta humana. El Derecho vive.

La filosofía y la ciencia han demostrado, a lo largo de su evolución, que el conocimiento se genera en el devenir histórico de forma dialéctica. Surge una postura y con el tiempo es negada por otra. De esa negación entre tesis-antítesis, generalmente nace una tercera, una síntesis, postura que procura la armonización de las mismas. La teoría tridimensional ha procurado el entendimiento del Derecho como un cúmulo de conceptos ubicados en diferentes planos de disciplinas cognoscitivas. Reconoce, reúne y armoniza la validez, la justicia y la eficacia dentro del concepto del Derecho.

Siguiendo a Alf Ross, es preciso anotar la falta de metódica de algunos iuspositivistas (no obstante su capacidad sistematizadora y científicidad en la elaboración de una teoría del Derecho), quienes tratan de oponer el iuspositivismo frente al iusnaturalismo en virtud de la discrepancia de ciertos puntos que atañen a los mismos conceptos. Sin embargo lo hacen en el marco de disciplinas aludidas a campos distintos del conocimiento filosófico y científico.

Los positivistas por ejemplo, sitúan al Derecho Natural en el campo de la ética de la filosofía, pero por otra parte reduce el conocimiento jurídico a una teoría "general" del Derecho, según su pensamiento, aislada del género filosófico en que se posiciona la teoría de la justicia. No obstante, el error metódico en que incurren no es tratar de acomodar una u otra disciplina en campos determinados del conocimiento general, más



bien en tratar de evidenciar incompatibilidad de conceptos a la luz de campos o puntos de mira totalmente distintos, en tanto que lo ideal comprendería mostrar las incongruencias de una corriente, respecto de otra, las cuales que se colocan en el mismo terreno cognoscitivo.

De esta manera, no se trata de cuestionar el posicionamiento de la teoría de la justicia en el campo de la ética, si no de cuestionar la teoría pura del Derecho de Kelsen, y en general, el encasillamiento que hacen los iuspositivistas del concepto de Derecho en una teoría que únicamente comprende el sistema jurídico y las normas como su objeto de estudio. Definitivamente el concepto de Derecho está integrado, ontológicamente, por mucho más que la norma, esto es, la conducta y los valores.

3.3.5. Noción integral de validez

Hasta ahora, se han desarrollado los enfoques de justificación de la norma jurídica. Hemos establecido que una norma adquiere el carácter de jurídico hasta que integra en su contenido y forma, las notas de justicia, validez formal y eficacia. Si la norma carece de alguna de sus notas de justificación, no será una norma jurídica. Si la norma es válida, más no es justa ni eficaz, será una norma legal. Ello porque cumple con los presupuestos formales para producir efectos normativos en las relaciones y en la conducta humana. Asimismo, una norma puede ser justa, más no ser válida ni eficaz, entraríamos infructuosamente en el campo de la axiología, y hasta cierto punto, de la poesía. Por último, si una norma es eficaz, pero carece de justicia y de validez, será una prescripción de cualquier naturaleza (moral, religiosa, tradicional, etc.) pero no será una norma acogida y vinculada a un sistema jurídico.



Pero ¿Qué es la validez jurídica? La validez a que nos hemos referido en capítulos precedentes, es la que le asigna legalidad a las normas. Cumplen una serie de requerimientos formales que las hace tener la capacidad para ser eficaces dentro del complejo de las relaciones inter subjetivas. No obstante, la validez a la que buscamos conceptualizar, va mucho más allá de la legalidad de las normas.

Para responder a la inquietud que nos hemos planteado es necesario conocer ¿cuándo una norma es válida? Si nuestro enfoque es el positivismo jurídico, la respuesta será tan sencilla como expresar que será válida, en la medida en que haya sido creada por la autoridad facultada legalmente para tal efecto, que sea una norma vigente y que sea coherente con las normas que integran el sistema jurídico. Si por otra parte, nuestro punto de partida es el iusnaturalismo, la respuesta estará dada por la fundamentación en que descansa la norma. Si la norma satisface las directrices e ideales supremos en que se inspira el sistema jurídico, si protege y aplica el ideal de la justicia, la norma será válida. Por último, si el enfoque es el realismo jurídico, la norma será válida en tanto sea obedecida por sus destinatarios.

El trialismo jurídico, nos enseña que el concepto de Derecho es un complejo de hecho valor y norma vinculados a la conducta humana. En definitiva, si aceptamos tal postura, debemos reconocer la inclusión de un concepto integral de validez jurídica. Al igual que en las normas legales, en cuya justificación tricotómica de justicia, validez formal y eficacia, encuentra su fundamentación integral, la validez jurídica debe entenderse como una integración de esos tres elementos o notas. Cada cual, desentrañados desde distintos enfoques de disciplinas científicas, aunque cada una de ellas (teoría general del Derecho, sociología jurídica y filosofía del Derecho) con una vinculación



indispensable para el entendimiento del fenómeno jurídico. Una norma será válida cuando cumple con amplitud las notas de justicia, validez formal, y eficacia. En otras palabras, la validez de una norma es lo que le asigna juridicidad a su aplicación y, en general, a la legitimación de todo el sistema jurídico.





CAPÍTULO IV

4. Análisis de validez de las normas reglamentarias creadoras de secretarías de la Presidencia de la República

El análisis teórico de las principales posturas jurídicas sobre los criterios de valoración de las normas, el sistema jurídico, la norma fundamental y el concepto de validez jurídica, nos permite realizar, en particular, un análisis concreto de la validez jurídica aplicado a la realidad normativa del sistema jurídico guatemalteco.

En este apartado se problematiza la validez de los acuerdos gubernativos que regulan la existencia de las secretarías de la Presidencia de la República de Guatemala. Para ello, es necesario introducir una descripción sobre dichas normas, su posicionamiento dentro de la teoría general de la administración pública, eficacia y en general su comprensión lógica y normativa a la luz de las vertientes teóricas sobre la

4.1. Sistemas de organización de la administración pública

El autor Rafael Godínez Bolaños define a los sistemas de organización de la administración pública como las “formas, estructuras o el modo de ordenar las partes que la integran dentro del Estado, en el organismo ejecutivo y en sus entidades públicas llamadas en Guatemala descentralizadas y autónomas, con la finalidad de lograr la unidad de acción, dirección y ejecución y evitar la duplicidad de esfuerzos alcanzando económicamente a través de la eficiencia y eficacia, los fines del Estado



para que cumpla las obligaciones sociales que le señala la Constitución Política.”¹⁵

Existen tres sistemas desde el punto de vista doctrinario, como indica el autor citado, la teoría difiere en muchos aspectos de la práctica y el deber ser no siempre se perfecciona en el mundo del ser. Dichos sistemas son: centralización administrativa, desconcentración administrativa y la descentralización administrativa.

En particular las Secretarías de la Presidencia se organizan bajo el sistema de desconcentración administrativa, ya que presentan las características propias de dicho sistema, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- “Hay centralización y continúa como el principal sistema de organización de la administración estatal.
- Se otorga a órganos administrativos inferiores, competencia para tomar decisiones técnicas relacionadas con el servicio público que prestan en nombre del Estado.
- Los órganos desconcentrados se especializan en la prestación de servicios públicos específicos.
- El órgano administrativo superior, controla a los órganos desconcentrados mediante lineamientos políticos, asignación de presupuesto y de patrimonio, autorización de reglamentos, tarifas y cobertura.”¹⁶

Si bien dentro del Organismo Ejecutivo del Estado de Guatemala existe el sistema de desconcentración administrativa para ciertos órganos, la estructura principal se basa en

¹⁵ Rafael Godínez Bolaños. **Colección Juritex los sistemas de organización de la administración pública.** Pág. 224.

¹⁶ **Ibid.** Pág. 228.



la centralización administrativa. Es el caso de las Secretarías de la Presidencia. Éstos órganos de la administración pública son de carácter consultivo, por lo que su función es asesorar al Presidente en asuntos técnicos que faciliten la función de administración y de Gobierno, por lo cual se deduce que prestan un servicio específico que beneficia al Estado, pero directamente al Organismo Ejecutivo. Asimismo, las Secretarías están sujetas a los lineamientos y control del Presidente para su funcionamiento.

El jurista citado, indica que la centralización es un sistema de organización de la administración estatal. Comprende la observancia de un orden de jerarquía administrativa por el cual, los órganos de la administración son dependencias de un solo superior jerárquico, es decir, el Presidente de la República, a quien corresponde la función de gobierno del Estado. En particular para identificar a un sistema centralizado o concentrado, se puede verificar la presencia de las siguientes características:

- Existe un órgano supremo unipersonal.
- Los otros órganos administrativos son subordinados o infraordinados dentro de una escala u orden jerárquico rígido.
- Corresponde al órgano supremo, tomar decisiones, mandar, nombrar y destituir a los demás funcionarios y empleados públicos, fiscalizarlos, revisar sus actos, imponer sanciones y establecer sus competencias.
- Los órganos inferiores ejecutan las órdenes sin mayor poder de decisión política.

Si bien la centralización es un sistema propio aplicado al Organismo Ejecutivo, y que para el jurista Rafael Godínez Bolaños recoge varias ventajas, así como desventajas, al igual que el sistema opuesto, que para el autor Jorge Castillo, es la descentralización, la



creación atribuida al Presidente de la República, de dependencias como las Secretarías de la Presidencia, es una grave vulneración del principio prescrito por la Constitución Política, que en su Artículo 224 establece “la administración será descentralizada”. El licenciado Rafael Godínez recoge el concepto de “autoarquía” como sinónimo de descentralización. En éste sistema, se persigue no sólo la desconcentración del poder en distintos órganos estatales, si no también, la participación ciudadana en la dirección política del Estado.

Como fenómeno burocrático, la creación de Secretarías dentro del Organismo Ejecutivo coadyuva a la prolongación y aumento de un Estado Macrocefálico, fenómeno descrito por el licenciado Rafael Godínez Bolaños, dentro del cual, la cantidad de órganos dentro de la administración estatal es cuantitativamente excesiva e innecesaria en contraste con la necesidad de prestar los servicios públicos. Es decir, se exagera la necesidad de administrar, y el Estado se convierte en una carga en lugar de una solución a los problemas nacionales y a las necesidades sociales.

En éste sentido es preferible una administración pública con mayores rasgos de descentralización, a uno que concentra extra limitadamente la administración en un sistema con mayores rasgos de centralización. Contrastada ésta situación frente a la realidad guatemalteca, es necesario fijar un límite a la creación de Secretarías nacidas por medio de acuerdos gubernativos. Es impropio pensar, por una parte, en una potestad ipso facto (infundada jurídicamente) que exagera la necesidad de administrar, desde el punto de vista orgánico, y por otra parte, una Constitución que ordena que la administración debe ser descentralizada.



En síntesis la existencia excesiva de órganos dentro de la Administración Pública, en particular, de las Secretarías de la Presidencia, es una situación que vulnera los principios específicos del derecho administrativo de descentralización administrativa, racionalización administrativa, eficacia y eficiencia. Además en la práctica, se puede observar que estos órganos han sido utilizados para crear plazas fantasmas, duplicar funciones con relación a Ministerios de Estado y otros órganos, y promover puestos a personas sin idoneidad para el desempeño de funciones técnicas de asesoría. Por último, su existencia constituye una carga financiera innecesaria, pudiendo los recursos que se gastan en dichas dependencias, ser destinados en otros rubros hacia necesidades con mayor prioridad, dentro del Presupuesto General del Estado.

4.2. Secretarías de la Presidencia

El Estado de Guatemala se organiza mediante los Organismos Legislativo, Judicial y Ejecutivo. Este último realiza la función administrativa del Estado con el objeto de adecuar, priorizar y asignar los recursos públicos para la prestación de servicios públicos. Para ello, el Organismo Ejecutivo se integra de distintos órganos y dependencias en base a los principios de jerarquía y competencia administrativa, propios del derecho administrativo.

4.2.1. Definición

El párrafo primero del Artículo 8 de la Ley del Organismo Ejecutivo establece la definición legal de las Secretarías de la Presidencia: “son dependencias de apoyo a las funciones del Presidente de la República”. Su carácter de dependencias las hace órganos subordinados al Presidente de la República. Tienen la función de coadyuvar a



la labor administrativa del Jefe de Gobierno en diferentes áreas, para la buena realización de sus actos administrativos.

4.2.2. Clasificación

Los tipos de secretarías varían según el cuerpo normativo que le dio origen. De esta manera, existen secretarías creadas por la Constitución Política de Guatemala, por Decretos del Congreso de la República de Guatemala, es decir, por ley; y por último, existen secretarías creadas por medio de Acuerdos Gubernativos del Presidente de la República. Ésta última clasificación constituye el centro de análisis y problematización de la presente investigación.

4.2.2.1. Secretarías creadas mediante la Constitución Política

Su cuerpo de creación lo constituye la Constitución Política de la República. Éstas son la Secretaría General y la Secretaría Privada de la Presidencia. La primera tiene la función de asesoría jurídica al Presidente de la República. El Secretario General auxilia al presidente en los asuntos legales en que éste tenga interés, es el abogado del Presidente.

El secretario privado tiene la labor de organizar la agenda del Presidente, es decir, la asistencia a reuniones, gestión del despacho y en general todos aquellos asuntos de carácter privado del Presidente.



4.2.2.2. Secretarías creadas por la ley

Su texto de creación son los Decretos del Congreso de la República. La ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97, dio origen a las siguientes Secretarías:

Secretaría de Coordinación Ejecutiva (Art. 11 Decreto 114-97). Se encarga de coordinar y dirigir los sistemas nacional, regional y departamental de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural con el objetivo de integrar la participación ciudadana en la planificación de desarrollo del Estado, con fundamento en el principio de descentralización administrativa.

Secretaría de Comunicación Social (Art. 12 Decreto 114-97). Su función es publicitar la información relacionada con las actuaciones de la presidencia y vicepresidencia con los medios de comunicación social.

Secretaría de Análisis Estratégico (Art. 13 Decreto 114-97). Tiene a cargo asesorar al Presidente en situaciones de riesgo para prevenir y subsanarlas. Su naturaleza es de dependencia civil (no militar). Tiene la facultad de acceder a informaciones de fuentes públicas y a la contenida en los ministerios de Gobernación y de la Defensa Nacional. No puede limitar derechos constitucionales o el ejercicio de los derechos políticos y de libertad de emisión de pensamiento.

Secretaría de Planificación y Programación (Art. 14 Decreto 114-97). Su función general es la planificación de la política gubernamental y su ejecución. En particular armoniza los planes y proyectos de gobierno del Sistema Nacional de Desarrollo Urbano y Rural, de los ministerios y otras entidades de gobierno. Además debe colaborar con el



Ministerio de Finanzas Públicas en la elaboración del Presupuesto Anual del Estado y su ejecución.

Secretaría de la Paz (Art. 52 Decreto 114-97). Colaborar con la Presidencia de la República en los asuntos relacionados al cumplimiento de los Acuerdos de Paz. Para ello, propone y organiza planes, programas y proyectos en conjunto con los Ministerios de Estado para impulsar el cumplimiento de los Acuerdos de Paz.

Secretaría de Asuntos Administrativos y de Seguridad (SAAS). Fue creada por medio del Decreto 50-2003 del Congreso de la República. Éste mismo decreto modificó la Ley del Organismo Ejecutivo, adicionando el Artículo 14 bis, el cual establece: **“Secretaría de asuntos administrativos y de seguridad de la presidencia de la República.** La Secretaría de Asuntos Administrativos y de Seguridad de la Presidencia de la República, que podrá abreviarse SAAS, como una entidad permanente, con organización jerárquica y profesional, con especialidad en seguridad y de naturaleza civil. La Ley específica establecerá el régimen jurídico que la determine. La SAAS cumplirá estrictamente las atribuciones que le asigne la ley específica, y no ejercerá, realizará o participará en investigaciones en favor de particulares, quedándole prohibido limitar o entorpecer el ejercicio de los derechos políticos y la libre emisión del pensamiento”. Éste mismo Decreto establece las atribuciones de la Secretaría. Debe velar por la seguridad e integridad personal del Presidente, Vicepresidente y sus parientes, debe de brindar apoyo logístico en las distintas actividades de dichos funcionarios.



Secretaría de Seguridad Alimentaria y Nutricional. Se creó por medio del Decreto 32-2005 del Congreso de la República, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional, concretamente a partir del Artículo 19. Tiene como función la coordinación entre sociedad civil e instituciones públicas relacionadas a la seguridad alimentaria nacional. Debe elaborar el Plan Estratégico Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional y lo debe remitir y proponer al CONASAN.

Secretaría Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio. El Decreto 55-2010 le dio origen a ésta dependencia del Estado. El Artículo 38 de dicho cuerpo normativo establece: **“Creación del Consejo Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio.** Se crea el Consejo Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio, como órgano adscrito a la Vicepresidencia de la República, con personalidad jurídica propia para la realización de su actividad contractual y la administración de sus recursos y patrimonio. Al Consejo Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio estará subordinada la Secretaría Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio, la cual será un órgano ejecutivo a cargo de un Secretario General y de un Secretario General Adjunto, quienes serán los funcionarios de mayor jerarquía, para efectos de dirección y administración de la Secretaría. Les corresponderá colaborar, apoyar y ejecutar las decisiones que emanen del Consejo Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio y el seguimiento de sus políticas, así como la planificación, organización, el control de la institución y tendrán todas las demás funciones que la presente Ley y sus reglamentos estipulen”.



4.2.2.3. Secretarías creadas por Acuerdo Gubernativo

Secretaría de Asuntos Agrarios (Acuerdo Gubernativo 136-2002). Su ámbito de participación dentro de la administración pública gira en torno al tema agrario, lo relativo a la tenencia de la tierra y el cumplimiento de los Acuerdos de Paz en el tema agrario.

Secretaría Presidencial de la Mujer (Acuerdo Gubernativo 200-2000). Tiene por objeto la promoción de la inclusión del sector femenino en el desarrollo nacional.

Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente (Acuerdo Gubernativo 893-91). Se estableció para promover la participación ciudadana a través de la esposa del Presidente de la República. Básicamente, dicho acuerdo establece normas de carácter tautológico y sin sentido, sin entrar en la determinación clara y precisa, de conformidad con el principio de legalidad, de las atribuciones específicas y concretas relacionadas a la contextura social de su creación.

Secretaría de Bienestar Social (Acuerdo Gubernativo 18-2006). Nace a partir del tema de la familia y la persona humana. Su propósito es la realización de programas “dirigidos a la población en riesgo social, fortalecer a la familia y brindar protección a sectores vulnerables (niños, ancianos, etc.), y destinados al desarrollo integral de la persona; su organización administrativa para prestar servicios eficiente y eficazmente” tal como lo establece el texto de dicho cuerpo normativo. Es evidente la falta de técnica legislativa e incoherencia en el uso del vocabulario jurídico, al incluir en la norma aludida, los conceptos de “eficiencia” y “eficacia”. Además de ser principios propios del derecho administrativo, constituyen obligaciones para los funcionarios y empleados públicos. No es posible que en una norma legal se redunde en una situación que ni



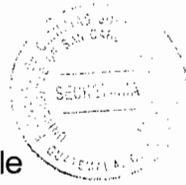
siquiera necesita tratamiento legal. La eficacia y la eficiencia son elementos que deben cumplir los funcionarios y empleados públicos en el ejercicio de su labor, independientemente de la existencia de una prescripción que determine las conductas para el cometido de tales fines. Es una obligación *per se* y asociada a la función pública. Por ello, es totalmente anti técnico el uso de tales elementos dentro del texto de dicha norma.

Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología. Se encarga de coordinar el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología. Coadyuva con la realización de políticas para la implementación de herramientas tecnológicas para el desarrollo.

4.3. Creación de las Secretarías de la Presidencia

Existe un conjunto de conflictos jurídicos en torno a la validez y legalidad de las Secretarías de la Presidencia. Para abordarlos es necesario separar los verbos de creación de las Secretarías, como órganos de la administración Pública y por otra parte, la determinación de atribuciones de dichos órganos. Particularmente, existe una disyuntiva en relación a qué Organismo le corresponde la facultad para crear e investir de legalidad a las Secretarías.

La problemática nace a raíz de la norma contenida en el primer párrafo del Artículo 202 de la Constitución Política de la República, la cual preceptúa: “**Secretarios de la Presidencia:** El Presidente de la República tendrá los secretarios que sean necesarios. Las atribuciones de éstos serán determinadas por la ley...”.

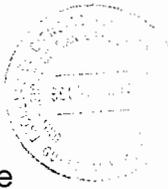


Jorge Mario Castillo González plantea las siguientes interrogantes: “¿a quién le corresponde la creación?, ¿Al Presidente de la República?, ¿Al Congreso de la República? Las dudas surgen de dos hechos: a) El Congreso de la República procedió a la creación de 5 secretarías por medio de la Ley del Organismo Ejecutivo y b) Posteriormente, la Presidencia de la República procedió a la creación de más secretarías por medio de Acuerdos Gubernativos”.¹⁷

Del citado texto constitucional, el autor en mención expone: “en el párrafo puede apreciarse cierto vacío normativo constitucional, en cuanto a la creación de las secretarías. No hay atribución de creación al Congreso de la República. Al Congreso se le concede el mandato de fijar las atribuciones por medio de un Decreto. Razonablemente, la creación corresponde al Presidente de la República, según su necesidad. El Congreso participa del acto de creación, fijando las atribuciones, a propuesta del Presidente de la República”.

Concordamos con el jurista citado en relación a que, en efecto, existe un vacío legal en el texto citado. Evidentemente el legislador incurrió en una falencia normativa, al dejar en tela de juicio la facultad de creación de las dependencias estatales. Sin embargo, discrepamos de la conclusión a que arriba el autor, de establecer que “razonablemente” al Presidente de la República se le confiere la creación. Dicha deducción es jurídicamente inaceptable. La hermenéutica jurídica suministra un conjunto de herramientas que sirven para comprender el alcance y sentido de las normas jurídicas. En el presente caso, debe darse observancia a los sistemas de interpretación e integración jurídica, que para el efecto, establece el Decreto 2-89, Ley del Organismo

¹⁷ Jorge Mario Castillo González. **Derecho Administrativo Guatemalteco**. Tomo I. Pág. 285.



Judicial en su Artículo 10, en cuya parte conducente nos confirma que “las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales.” Es decir, se debe integrar las mismas disposiciones constitucionales para entender el sentido de la norma. La interpretación en el presente caso debe ser de carácter extensiva.

Para responder a la pregunta ¿a quién corresponde la creación de las Secretarías? Es necesario conocer las atribuciones que establece la Constitución, para cada organismo. En primer lugar, el Artículo 157 constitucional constituye el fundamento de la función legislativa del Estado, el cual establece “la potestad legislativa le corresponde al Congreso de la República”. Asimismo el Artículo 171 constitucional prescribe “corresponde también al Congreso: a) Decretar, reformar y derogar las leyes”. Es decir, el Organismo Ejecutivo no tiene la función de legislar materias de competencia del Organismo Legislativo. “La función legislativa es indelegable”¹⁸

Por otra parte, si bien el Organismo Ejecutivo no tiene el poder de legislar, la Constitución Política le reconoce cierta competencia normativa, es decir, la potestad reglamentaria contenida en el Artículo 183, e) de la Constitución: “sancionar, promulgar, ejecutar y hacer que se ejecuten las leyes; **dictar** los decretos para los que estuviere facultado por la Constitución, así como los acuerdos, **reglamentos** y órdenes para el estricto cumplimiento de las leyes, sin alterar su espíritu”. A partir de dicha potestad reglamentaria, se podría establecer un fundamento para argüir la facultad de crear Secretarías en el seno de la Presidencia.

¹⁸ **Ibid.** Pág. 287.



Sin embargo, es infundada la consideración de ésta norma, precisamente porque los reglamentos constituyen disposiciones normativas de carácter accesorio. Una de sus funciones, en el caso de los reglamentos accesorios a leyes, es el desarrollo de éstas; es decir, complementan disposiciones de carácter ordinario y que son emitidas a través de Decretos del Congreso de la República.

Jorge Castillo menciona “el Presidente de la República dicta reglamentos: encerrado en un marco constitucional rígido: “para el estricto cumplimiento de las leyes, sin alterar su espíritu”, sin prohibición de dictar reglamentos para la organización y funcionamiento de la administración pública...” los reglamentos no pueden invadir el fuero de regulación atribuida a una ley emitida por el Congreso de la República.

Los acuerdos gubernativos constituyen textos legales que contienen normas de carácter reglamentario. Los reglamentos y los acuerdos “deben considerarse como instrumentos de trabajo de la administración pública guatemalteca, de mayor importancia. El reglamento se define como un conjunto de normas, procedimientos e instrucciones para la ejecución de la ley, el funcionamiento de una organización, o la ejecución de los trabajos... los reglamentos se incluyen en los acuerdos como parte de los mismos y por tal razón existen acuerdos gubernativos o acuerdos ministeriales conteniendo reglamentos... el acuerdo, en general se define como una decisión administrativa, de carácter general, no individual, de una organización de la administración pública, dictado en relación con determinado asunto o materia, incluyendo, la decisión de reglamentar, por lo cual, su contenido puede ser un



reglamento...»¹⁹ como se observa, el mismo acuerdo (que desarrolla normas reglamentarias) no puede ser un instrumento de creación. Está claro que las normas reglamentarias tienen la exclusiva función facilitar la aplicación y ejecución de las leyes. No es posible que éste tipo de normas, se utilicen para crear más instituciones públicas y más burocracia estatal.

Por lo tanto, la atribución de crear Secretarías de la Presidencia es una potestad legislativa del Congreso de la República. Únicamente una disposición de carácter ordinario puede ser el instrumento para incrementar la estructura orgánica del Organismo Ejecutivo. En el fondo, estamos frente un ejemplo de frenos y contrapesos. Si existe límite, tanto en la creación, como en la regulación de atribuciones en las Secretarías de la Presidencia, como se indica más adelante, el Organismo Legislativo tendría mayor control sobre la juridicidad de los actos del Presidente de la República, limitando su potestad reglamentaria y respetando la competencia normativa de las leyes ordinarias.

Siguiendo con el análisis de la creación, como hemos indicado, el autor en mención, expresa: “El Congreso participa del acto de creación, fijando las atribuciones, a propuesta del Presidente de la República”. Es contradictorio pensar que, teniendo el Presidente la atribución de crear Secretarías, no tenga él mismo la facultad de determinar atribuciones, misma que, es exclusiva al Congreso de la República. El autor indica “el Congreso no se enreda en las razones presidenciales, prejuzgando sobre la necesidad, sino que pone buen ojo en las atribuciones, las cuales podrá aprobar, recortar, replantear e improbar” ¿Qué pasaría si el Congreso no aprueba las

¹⁹ **Ibid.** Pág. 125.



atribuciones propuestas por el Presidente? ¿Acaso ésa determinación no estaría ligada a la disconformidad, por parte del Congreso, de la existencia y vigencia de las Secretarías?, es decir, ¿Qué sentido tiene que el Congreso tenga la última palabra en las atribuciones, si no lo tiene en la creación de las Secretarías? ¿Qué pasaría si el Presidente decide crear, pero el Congreso decide no aprobar las atribuciones? ¿Quedarían Secretarías inactivas o sin facultad de obrar, pero con existencia jurídica?

De las interrogantes que surgen, encontramos que la facultad de crear Secretarías está íntimamente ligada a que exista también la potestad de determinar atribuciones, concentradas en un único órgano, el Congreso de la República. No tiene utilidad práctica que exista un prolongado proceso innecesario por el cual, el Presidente esté expuesto a la desaprobación legislativa de las atribuciones, y que se dé la situación que se ha descrito. Ello causaría graves problemas de gobernabilidad e institucionalidad y en extremos gravosos, de seguridad jurídica.

4.4. Determinación de atribuciones

La segunda problemática que presenta la regulación de las Secretarías de la Presidencia está vinculada con la fijación de sus atribuciones ¿a quién corresponde la determinación de tales atribuciones?

Hemos visto que el autor Jorge Mario Castillo González expone que ésta facultad es propia del Congreso de la República. La norma constitucional es clara en determinar que “las atribuciones serán determinadas por **ley**”, y el significado técnico y constitucional del término “ley” debe entenderse en el contexto legal de su acepción. En este sentido, la ley nace al ordenamiento jurídico a través de un Decreto emitido por el



Congreso de la República. Por lo tanto, la determinación de atribuciones de las Secretarías de la Presidencia está reservada exclusivamente al Congreso de la República.

La Presidencia ha fundamentado la “facultad” de determinar las atribuciones en base al Artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial, que en su segundo párrafo prescribe “El Presidente de la República tendrá además de las secretarías señaladas en esta ley, las que sean necesarias para el apoyo de sus funciones; la regulación y atribuciones de éstas, serán determinadas por la misma norma de su creación”. En la opinión de Jorge Mario Castillo González “la Presidencia de la República interpretó que la ley le reconoció facultad para dictar Acuerdos Gubernativos en los que puede crear y al mismo tiempo, fijar atribuciones con total libertad. El problema jurídico y legal es que “un acuerdo” no es la ley a que se refiere la Constitución Política en el Artículo 202. Se podrá argumentar que el Congreso de la República en ejercicio de “sus atribuciones soberanas” delegó el mandato constitucional de determinar las atribuciones por la ley. El Congreso no puede delegar la facultad legislativa que ejercita con exclusividad, según disposiciones claras y terminantes de la Constitución Política... por lo tanto es indelegable. Al descartarse la “delegación”, queda la conclusión de que el Congreso se extralimitó en sus atribuciones, que el segundo párrafo citado, adolece de vicio de inconstitucionalidad, y que algunas secretarías funcionan ilegalmente... Por medio de acuerdos gubernativos se crearán secretarías, pero no se determinarán atribuciones al Congreso de la República. Sin intervención del Congreso, el control constitucional sobre el Ejecutivo, prácticamente está perdido...”



Es precisamente en éstas últimas palabras del citado autor, en que encontramos insostenible el argumento en que se pretende atribuir al Presidente la facultad de crear Secretarías.

Dice el autor en líneas anteriores: “el Presidente queda sujeto a la estimación o desestimación de la propuesta, de lo contrario no tendría razón la participación del Congreso. La creación es decisión política del Presidente de la República, fundamentada en las necesidades de buen Gobierno, que él mismo debe definir y justificar ante el Congreso”. Encontramos peligroso que al Presidente se le confiera la “decisión política”. En primer lugar, la decisión de crear más órganos estatales debería ser una determinación de carácter administrativo en sentido estricto, y no una decisión política propiamente. En derecho administrativo hay que diferenciar dos grandes vertientes de proceder en la labor administrativa. Por una parte está la administración pública, y por otra parte, está el gobierno. En éste último se ubica la toma de decisiones de carácter político que refleja la complejidad de intereses de unas necesidades públicas, frente otras. Es decir, la decisión de crear Secretarías, es una decisión que se debe ubicar en la primera vertiente, en la administración estatal, debido a que es una acción de carácter técnico-orgánico. Naturalmente en la realidad guatemalteca, la emisión de leyes y la creación de instituciones públicas, está ligada decisiones de carácter político, sin embargo, es necesario que en dichas decisiones intervengan criterios técnicos de administración estatal. Hemos visto que la creación de fondos, Secretarías de la Vicepresidencia y un sinnúmero de dependencias del Ejecutivo, son en realidad utilizadas para fines particulares muy distintos a las necesidades del “buen Gobierno”.



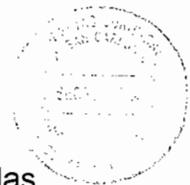
4.5. Análisis del Expediente 2745-2012 de la Corte de Constitucionalidad

La Corte de Constitucionalidad expulsó del ordenamiento jurídico el Acuerdo Gubernativo 37-2012, a través del cual se da creación a la Secretaría de Control y Transparencia de la Presidencia de la República. La Corte declaró con lugar la acción promovida, en virtud que dicho acuerdo violenta las normas contenidas en los Artículos 202 y 232 de la Constitución Política de la República de Guatemala, referidos a las Secretarías de la Presidencia y a la Contraloría General de Cuentas, respectivamente.

La Corte relaciona el Artículo 202 constitucional y el Artículo 15 de la Ley del Organismo Ejecutivo e interpreta que la determinación de atribuciones, e incluso la creación de las Secretarías corresponde con exclusividad al Congreso de la República. Expone que dichas normas se complementan para dar respuesta a la interrogante sobre el órgano competente para determinar las atribuciones de las Secretarías, para lo cual parte de la norma constitucional que expresa en su parte conducente "*Las atribuciones de éstos serán determinadas por la ley*" e indica "lo anterior, se complementa con el Artículo 15 de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República, que de manera expresa indica: "(...) El Presidente de la República tendrá además de las Secretarías señaladas en esta ley, las que sean necesarias para el apoyo de sus funciones; la regulación y atribuciones de éstas, serán determinadas por la misma norma de su creación."²⁰

Sobre el particular, el Artículo 202 de la Constitución Política establece que el Presidente de la República puede tener los secretarios que sean necesarios, pero

²⁰ **Sentencia de la Corte de Constitucionalidad** de fecha 29 de noviembre de 2012, Gaceta 106, expediente 2745-2012.



enfáticamente establece también que: “Las atribuciones de éstos serán determinadas por la ley”.²¹ De esta cuenta, la Corte hace ver que en la misma norma constitucional se puede observar de manera expresa y sin dudas, la determinación de las atribuciones por medio de un Decreto legislativo.

“Al analizar ambas regulaciones se observa que la Constitución Política de la República indica que las atribuciones de los secretarios deben estar determinadas o reguladas en la ley; y la que desarrolló esta norma constitucional, indica que el Presidente de la República puede tener más de las Secretarías que en ella se crearon; pero, sus atribuciones deben determinarse en la misma norma donde se creen. Ello, implica, que si las funciones de las Secretarías de la Presidencia sólo pueden establecerse en una ley, su creación debe emanar también de ella.”²² En ese sentido, la norma contenida en la Ley del Organismo Ejecutivo no contraría la Constitución, o en otras palabras, no avala al Presidente de crear o determinar atribuciones con absoluta legalidad las Secretarías, sino que desarrolla y complementa la norma constitucional. En la práctica, el Presidente en funciones se ha fundamentado en la Ley del Organismo Ejecutivo, malinterpretando su sentido, en exclusión de las prescripciones constitucionales, para arrogarse la función ipso facto de determinar atribuciones y crear las Secretarías.

Asimismo, la Corte recalca la importancia del Principio de legalidad de la Administración Pública, en el sentido que a ningún funcionario le está permitido realizar lo que la ley no le permite. Los funcionarios y empleados públicos deben actuar dentro del marco de la

²¹ **Ibid.**

²² **Ibid.**



ley, respetando el sistema jurídico, los principios generales del Derecho y las normas legales. Su actuar debe estar fundamentado y siempre ceñido por los límites legales.

Consecuentemente, crear una Secretaría de la Presidencia mediante Acuerdo Gubernativo, en el que no puede determinársele atribuciones y funciones, torna inútil y gravosa su existencia pues, por el principio constitucional de legalidad de la función pública, ésta no puede ejercer ninguna función si no se le ha conferido en ley. Si bien el Presidente puede tener los Secretarios que sean necesarios, esa facultad se encuentra sujeta a aprobación del Organismo Legislativo, por lo que la necesidad de contar con más órganos de esta categoría dentro del Organismo Ejecutivo, debe canalizarse a través del Congreso de la República, único ente que goza de la facultad creadora de las normas con categoría de ley.

Por último, la Corte menciona que el asunto se relaciona con la inconstitucionalidad promovida en contra del Artículo 4o. del Acuerdo Gubernativo 543-95 que entraba a normas las funciones de la Secretaría de Asuntos Estratégicos de la Presidencia de la República. En igual sentido, la Corte declaró inconstitucional la norma aludida.





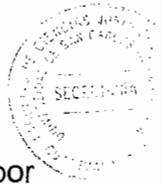
CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El análisis teórico de las principales posturas del concepto de validez jurídica, permite integrar los distintos enfoques e ideas de los teóricos del Derecho, quiénes han dedicado parte de su obra al entendimiento de la existencia y alcance de las normas jurídicas, el sistema jurídico y en general, la comprensión del fenómeno jurídico. En definitiva, actualmente existe confusión en las aulas sobre conceptos elementales que atañen a las ciencias jurídicas, tales como, el Derecho, la justicia, la eficacia y la validez.

De tal forma que constituye una labor útil, la averiguación y descripción de tales entes, con el propósito de aproximar la teoría a la esfera normativa y fáctica de las instituciones jurídicas. En particular, la presente investigación demuestra la incompatibilidad, tanto en el campo de la teoría general del Derecho, como del derecho constitucional y administrativo guatemalteco, de los Acuerdos Gubernativos que determinan las atribuciones de las Secretarías de la Presidencia con relación a las prescripciones contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente el Artículo 202, los principios fundamentales del Derecho y los principios específicos del derecho constitucional y el derecho administrativo, así como la jurisprudencia emanada de la Corte de Constitucionalidad.

Dichos acuerdos, no cumplen con los requerimientos necesarios para estar revestidos de legalidad y validez formal, están desprovistos de justificación circunstancial. Bobbio indica que para que una norma jurídica sea considerada como tal, necesita satisfacer ciertas formas que le asignan la capacidad para producir válidamente todos sus efectos normativos.

En ese sentido, los Acuerdos aludidos carecen con dos de las formas indispensables de legalidad. En primer plano, los Acuerdos Gubernativos incurren en incompatibilidad con la norma fundamental del sistema jurídico, lo que rompe con la unidad del orden jurídico y pone en crisis la seguridad jurídica que inspira al sistema. En segundo lugar, los Acuerdos no han sido promulgados por la autoridad competente para crear y determinar las atribuciones de las Secretarías de la Presidencia. El Congreso de la República es la



autoridad facultada con exclusividad para expedir su creación o sus atribuciones por medio de una ley con fundamento en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por otra parte, los órganos creados fuera del marco de la ley, carecen también de una justificación sustancial o deóntica, ya que han sido creados con inobservancia del principio de legalidad de la administración pública, por el cual, los actos de los funcionarios públicos no pueden exceder de lo que la ley les permite, vulnerando no sólo principios fundamentales como la Supremacía Constitucional, si no también, principios como eficacia, eficiencia y racionalización administrativa.

Asimismo, la experiencia de las Secretarías de la Presidencia evidencia el favoritismo del Presidente de la República, con ciertos grupos y personas bajo el fin de promover sus propios intereses y los de dichos sectores. Generalmente las Secretarías duplican funciones con Ministerios de Estado y su funcionamiento vulnera la racionalización administrativa, ya que constituyen cargas innecesarias, tanto para la estructura y organización del Estado, como para las finanzas públicas y se exagera la función de la administración pública en relación a las necesidades sociales. En ese sentido, las Secretarías de la Presidencia, también carecen de una justificación fáctica o pragmática. Su actuar está posicionado como ilegítimo. Son órganos que en definitiva no coadyuvan al funcionamiento del aparato estatal y, por lo tanto, son ineficaces.



BIBLIOGRAFÍA

ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de Filosofía**. 4ª ed. en español, México D.F. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

BOBBIO NORBERTO. **Teoría General del Derecho**. 2ª ed., Bogotá, Colombia: Ed. Temis, S.A, 1997.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 6t.; 14ª ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1979.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho Administrativo Guatemalteco**. 16ª ed., Guatemala, Guatemala: Ed. Impresiones Gráficas, 2005.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. 17ª ed., México: Ed. Porrúa, S.A., 1970.

GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Colección Juritex, los Sistemas de Organización de la Administración Pública**. Guatemala, Guatemala, 2011.

HART, Herberth Lionel Adolphus. **EL concepto del derecho**. 2ª ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1997.

R. AFTALION, VILANOVA José, Raffo Julio. **Introducción al Derecho**. 2ª ed., Buenos Aires, Argentina, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofía del Derecho I: introducción filosófica general**. 8ª ed., Madrid, España: Ed. Pirámide, 1987.



RECASÉNS SICHES, Luis. **Introducción al estudio del derecho**. 15ª ed., México D.F. México: Ed. Porrúa, 2006.

SORIANO, Ramón. **Compendio de teoría general del derecho**. 2ª ed., corregida y aumentada; Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1996.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley orgánica del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Ley orgánica del Organismo Legislativo, Decreto 63-94 del Congreso de la República de Guatemala, 1994