

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



Msc. CLAUDIA LUCRECIA PAREDES CASTAÑEDA

**TUTOR
DR. RENÉ ARTURO VILLEGAS LARA**

GUATEMALA, AGOSTO DE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

**SUPUESTOS TEÓRICOS DE LAS SENTENCIAS
EN ACCIONES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Dirección del Doctorado

en Derecho

de la

Escuela de Estudios de Postgrado

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

Msc. CLAUDIA LUCRECIA PAREDES CASTAÑEDA

TUTOR

DR. RENÉ ARTURO VILLEGAS LARA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTORA EN DERECHO

Guatemala, agosto de 2016

INDICE

Introducción.....	1
-------------------	---

CAPITULO I

JURISDICCION CONSTITUCIONAL

1. Del concepto de Jurisdicción.....	3
2. Jurisdicción constitucional: el activismo judicial.....	4
3. La justicia constitucional y los nuevos derechos.....	5
4. Naturaleza y objeto de la justicia constitucional.....	6
5. La aplicación judicial de la Constitución.....	15
6. Sistemas de control de constitucionalidad.....	19
6.1 Sistema concentrado o centralizado.....	19
6.2 Sistema difuso	20
6.3 Sistema mixto o dual.....	20

CAPITULO II

LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

1. Teoría general de la interpretación jurídica.....	22
2. Hermenéutica jurídica.....	25
3. Principios reguladores de la interpretación jurídica.....	27
4. Argumentación jurídica y argumentación constitucional.....	29
5. Métodos de interpretación.....	33
5.1 Método exegético.....	33
5.2 Método gramatical.....	35
5.3 Método lógico.....	38
5.4 Método histórico	38
5.5 Método sistemático.....	41
5.4 Método teleológico	41
6. Clases de interpretación.....	44
6.1 Interpretación auténtica.....	44
6.2 Interpretación jurisprudencial.....	45
6.3 Interpretación doctrinaria.....	46
6.4 Interpretación administrativa	46
6.5 Interpretación judicial.....	48
6.6 Interpretación restrictiva y extensiva	48
6.7 Interpretación evolutiva	50
6.8 Interpretación previsoras	52
6.9 Interpretación constitucional política	53

7. La interpretación constitucional.....	53
8. Principios constitucionales de interpretación.....	55
8.1 Principio de supremacía constitucional.....	62
8.2 Principio de rigidez constitucional.....	64
8.3 Principio de interpretación constitucional.....	65
8.4 Principio de unidad de la constitución	66
8.5 Principio de concordancia práctica.....	66
8.6 Principio de la eficacia integradora	67
8.7 Principio de la fuerza normativa	68
8.8 Principio de la adaptación a las circunstancias	68
9. Finalidades de la interpretación constitucional.....	68
10. Aplicación directa de la normas constitucionales.....	69

CAPITULO III

GENERALIDADES DE LA SENTENCIA

1. La sentencia en general.....	71
1.1 Etimología del término sentencia.....	71
1.2 Naturaleza jurídica de la sentencia.....	71
1.3 Elementos de la sentencia.....	71
1.4 Objeto de la sentencia.....	72
1.5 Concepto del término sentencia.....	72
1.6 Significado de la sentencia.....	72
1.7 Tipología resolutive.....	73
1.8 Efectos jurídicos de la sentencia.....	74
1.9 Principios procesales de la sentencia.....	75
1.10 Límites de la sentencia.....	77
1.11 La ejecución de la sentencia.....	77
1.12 Eficiencia y eficacia de la sentencia.....	78
1.13 Sentencia como acto procesal.....	78

CAPITULO IV

NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

1. Concepto de neoconstitucionalismo.....	80
2. Características del neoconstitucionalismo.....	90
3. Los derechos fundamentales como valores y el enfoque axiológico del neoconstitucionalismo.....	96
4. Análisis de la relación entre la trilogía de la constitución, la jurisdicción	

constitucional y el debido proceso constitucional.....	102
5. Axiología constitucional.....	103
6. Aplicación directa de las normas constitucionales.....	105
7. Neoconstitucionalismo y principios.....	106
8. Derecho y moral en el neoconstitucionalismo.....	109
9. La pretensión de corrección del derecho en relación a la moral.....	110
10. Neoconstitucionalismo, derecho, ética y moral.....	115
11. El neoconstitucionalismo como teoría del derecho.....	123
12. Neoconstitucionalismo como ideología.....	124
13. Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo.....	124
15. Como el neoconstitucionalismo determina que los tipos de sentencias constitucionales se diferencian de las sentencias que se emiten en jurisdicción ordinaria.....	125

CAPITULO V

TIPOS DE SENTENCIA EN ACCIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Sentencias constitucionales y sus principios.....	129
2. Principios fundamentales de la sentencia constitucional.....	132
2.1 Principio de congruencia.....	132
2.2 Principio de motivación.....	132
2.3 Principio de colegialidad.....	133
2.4 Principio de eficacia.....	133
3. Clasificación de las sentencias constitucionales.....	134
3.1 Sentencias estimatorias y desestimatorias.....	134
3.2 Sentencias manipulativas.....	135
3.3 Sentencias interpretativas o condicionales.....	136
3.4 Sentencias integradoras o aditivas.....	139
3.5 Sentencia condicional.....	140
3.6 Sentencias sustitutivas.....	141
3.7 Sentencias apelativas o exhortativas.....	142
3.8 Sentencias confirmadoras de principio.....	145
4. Modalidades del efecto temporal de la sentencia.....	146
4.1 Sentencias retroactivas o ex tunc.....	147
4.2 Sentencias pro futuro o ex nunc.....	147
5. Otros casos de sentencias constitucionales.....	150

5.1 Sentencias de control concreto.....	150
5.2 Sentencias declarativas de inconstitucionalidad.....	151
5.3 Sentencias de inconstitucionalidad por omisión.....	152
5.4 Sentencias sobre omisiones legislativas.....	190
6. Otros aspectos provenientes de la sentencia constitucional.....	194
6.1 Las subreglas constitucionales.....	196
6.2 Las ratio decidendi y los obiter dicta.....	197
6.3 El decisum.....	198
6.4 Stare decisis.....	199
7. Las sentencias constitucionales como legislación negativa y positiva.....	201
Conclusiones	207
Bibliografía	208

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis que se denomina “Supuestos Teóricos de las Sentencias en Acciones de Control de Constitucionalidad” tiene como objeto adentrar al lector en temas que son importantes conocer para poder emitir una sentencia constitucional; ya que el dato de la realidad que diferencia la sentencia constitucional de la sentencia ordinaria se constituye por la diferencia entre la norma constitucional y la norma ordinaria. La Constitución no solo es de superior jerarquía, sino tiene que ver con los derechos fundamentales de las personas y con el aspecto político de la estructura del Estado. Por eso mismo, debe manejar principios y valores de la dignidad humana y conceptos políticos de la vida del Estado.

Por lo anterior, el juez constitucional debe poseer sólidos conocimientos en materia constitucional referente a los derechos humanos, a la teoría política, que le ayuden a resolver los problemas sometidos a su conocimiento. La naturaleza de los conflictos, entonces, determina diversos tipos de sentencia que se pueden dictar en materia constitucional.

“La sentencia constitucional al resolver un conflicto de intereses referidos a esta materia, no es un acto aislado, porque para dictarla, tanto en los razonamientos (*obiterdictum*) como en la razón para resolver (*ratio decidendi*) debe de ir precedida de un conocimiento que abarca, desde temas como el constitucionalismo, derechos fundamentales, la naturaleza de la jurisdicción constitucional, hasta el tipo de sentencia que se debe dictar en cada caso. Por todo eso, es importante que el juez constitucional tenga conocimiento teóricos al emitir la sentencia constitucional, cuyo tipo depende de la naturaleza del hecho controvertido”.

Es por ello, que se desarrollaron cinco capítulos que parte de la jurisdicción constitucional, en donde se tratan temas como el activismo judicial, la naturaleza de la justicia constitucional, los sistemas de control constitucional, entre otros; para luego desarrollar en el capítulo dos, la interpretación constitucional, partiendo de la teoría general de dicha interpretación y abarcando los diferentes métodos y clases de interpretación constitucional. En el tercer capítulo, se

desarrollan las generalidades de la sentencia, como su naturaleza, su objeto y efectos, dentro de otros. En el cuarto capítulo se abarca el neoconstitucionalismo como paradigma de las sentencias constitucionales, para finalizar el quinto capítulo con los tipos de sentencias en acciones de constitucionalidad.

Tanto para la teoría jurídica como la teoría política, el constitucionalismo es una ideología que tiene como principio *sine qua non* la prevalencia de la **racionalización** del ejercicio del Poder Público frente a la población, en función del bien común. Por medio del Derecho y a través de un sistema jurídico fundamentado en el Principio de Supremacía Constitucional, la aplicación de la Ley debe ser coherente y subordinada a la Constitución, y además de los principios democráticos y republicanos que fortalecen esa coherencia. Posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, surgió el concepto del Estado Legal de Derecho, que evolucionó a un Estado Constitucional de Derecho, con base en una nueva concepción del Derecho, que busca la racionalización del Poder público, en razón de la protección de los derechos individuales fundamentales de las personas, lo que se legitima con la supremacía constitucional, que es el sustento jurídico del mismo constitucionalismo, donde la división del poder sea el peso y contrapeso en la actuación de los poderes del Estado; con el fin esencial de proteger y garantizar los derechos fundamentales, evitando el abuso del poder y en respeto de los derechos fundamentales, concepto teórico clásico de la ideología del Constitucionalismo y que en última instancia va a fundamentar lo que se decide en **las sentencias constitucionales**.

CAPITULO I

JURISDICCION CONSTITUCIONAL

1. Del Concepto de Jurisdicción

Antes de referirnos al tema de la jurisdicción constitucional, expondremos el concepto del termino jurisdicción.

“Etimológicamente jurisdicción deriva de los vocablos latinos jus dicere o jurisdictione que significan declaración del derecho al caso concreto y como sostiene Escriche "no envuelve ni lleva consigo la potestad de formar o establecer el derecho, sino tan sólo la de declararlo o aplicarlo a los casos particulares; jurisdictione non intelligitur dicitio sive potestas juris condendi, sed juris dicendi"¹.

Eduardo Couture, define la jurisdicción como la función pública realizada por órganos competentes del Estado con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.

Giuseppe Chiovenda, define la jurisdicción como la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la substitución, por la actividad de los órganos jurisdiccionales, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley sea al hacerla prácticamente efectiva.

Hugo Pereira en su obra, “La cosa juzgada formal” da también un concepto de jurisdicción entendiendo por ella la facultad de ciertos órganos del Estado, los tribunales de justicia, de dirimir los litigios surgidos entre particulares y sancionar los delitos; jurisdicción es por lo tanto, aquella facultad abstracta que el Estado delega en los

¹ Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx.

tribunales para solucionar en forma definitiva y obligatoria los litigios que se susciten entre los particulares mediante la sentencia, como asimismo para hacer cumplir lo resuelto en ella".²

2. La jurisdicción constitucional: el activismo judicial.

La teoría de la actividad judicial en las últimas décadas, especialmente la del neoconstitucionalismo, que ha surgido de autores europeos ; existe la idea de que los jueces crean normas jurídicas más allá de la tradicional norma individualizada, utilizando valores y principios que están expresados en la ley o inmersos en las intimidades del ordenamiento jurídico. A este activismo contribuye la Teoría General del Derecho y la misma Filosofía del Derecho, aún cuando hay autores que lo critican, en observancia del principio de legalidad que al funcionario sólo le permite hacer lo que la ley establece.

“Si recurrimos a los ejemplos históricos más conocidos veremos que las etapas de fuerte activismo judicial se han dado sobre todo en relación a los derechos fundamentales. Los jueces activistas han concentrado su actuación en generar las condiciones para reconocer una dimensión fuertemente normativa (a veces incluso de carácter prestacional, dependiendo del caso) a los derechos fundamentales. El activismo judicial ha permitido alcanzar lo que algunos teóricos han denominado la revolución de los derechos, pero lo interesante (para la teoría general del derecho constitucional y, sobre todo, para la teoría constitucional mexicana), es que tal revolución ha sido acompañada por elementos adicionales sobre los que conviene reparar.”³

Si aceptamos que el activismo judicial es un efecto esencial de la aplicación del derecho, la evidencia histórica seguramente nos llevará a la historia del constitucionalismo estadounidense.

Según lo anterior, la jurisdicción constitucional es la facultad de los jueces ordinarios para resolver las controversias constitucionales en casos concretos; y la de la Corte de

² Fernández Segado, Francisco. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, p. 477

³ Comanducci, Paolo. «FORMAS DE (NEO) CONSTITUCIONALISMO: UN ANÁLISIS METATEÓRICO». En Revista ISONOMÍA N.º 16, abril de 2002.

Constitucionalidad para resolver en casos generales y en apelaciones por casos concretos por el sistema difuso; y la Corte por el sistema concentrado.

3. La justicia constitucional y los nuevos derechos.

“La historia constitucional de los Estados Unidos de América, permite establecer, además de un modelo de constitucionalismo que presenta muchos aspectos individuales y que ha sido paradigmático para un número importante de Estados actualmente, las condiciones que son necesarias para realizar una evolución jurídica a partir de los derechos fundamentales, contando con fuertes dosis de activismo judicial. *En realidad, en Estados Unidos se han producido dos revoluciones de los derechos. La primera, a finales del siglo XVIII cuando en las constituciones de las colonias se comenzaron a constitucionalizar los derechos fundamentales, cumpliendo con la primera etapa del desarrollo histórico de los derechos. Ese primer movimiento se completa con el establecimiento del Bill of rights a nivel federal en 1791 y con las enmiendas constitucionales expedidas al finalizar la Guerra Civil a mediados del siglo XIX. Esa es la primera revolución de los derechos que se realiza en territorio norteamericano y, junto con la experiencia francesa de 1789, la primera en sentido moderno a nivel mundial. La segunda revolución inicia en la década de los 50. Su realización completa se lleva a cabo desde ese año y hasta la primera mitad de la década de los 70, cuando las fuerzas conservadoras sustituyen en el estrado de la Suprema Corte a los jueces liberales que habían tenido un papel destacado en defensa de los derechos. La decisión final de esta segunda revolución tal vez haya sido la sentencia del caso Roe versus Wade sobre el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, dictado en 1973.*”⁴

Con posterioridad a esa sentencia, ha habido otros casos de activismo de gran importancia, pero han sido más escasos, más repartidos en el tiempo, sin que el conjunto de todos ellos haya reproducido en extensión y en intensidad los múltiples

⁴ Pérez Royo, Javier. En «DEL DERECHO POLÍTICO AL DERECHO CONSTITUCIONAL: LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES». Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 12, Madrid, 1992, p. 234.

pronunciamientos progresistas que en materia de derechos fundamentales fueron dictados entre 1954 y 1973, sobre todo mientras presidía la Corte el Juez Earl Warren.

A partir de la experiencia histórica de los Estados Unidos de América, se da una reflexión de carácter general que permite identificar las condiciones de posibilidad de la revolución de los derechos y el papel que dentro de ellas juega el activismo judicial. Para ello nos resulta de utilidad la segunda revolución legal estadounidense, en condiciones históricas, filosóficas y políticas muy distintas de la primera.

“La experiencia estadounidense de la segunda mitad del siglo XX presenta todos los rasgos que la teoría constitucional considera como necesarios para lograr una revolución de los derechos. Como lo ha sintetizado Charles Epp, los requisitos que se suelen identificar para que exista una revolución de ese tipo son: a) la previsión constitucional de los derechos, b) una judicatura progresista o al menos receptiva de la causa de los derechos, c) una cultura popular que se identifique con los valores que preservan los derechos, y d) un activismo social y organizativo que sea capaz de llevar hasta la mesa de los tribunales los casos por violaciones de derechos. Las cuatro condiciones mencionadas estuvieron presentes en Estados Unidos hacia la mitad del siglo XX. Lo que nos podríamos preguntar es si existen actualmente en los distintos países de América Latina y, en su caso, el grado de desarrollo que tienen.”⁵

4. Naturaleza y objeto de la justicia constitucional

La existencia de un catálogo más o menos amplio de derechos, es una condición esencial para que pueda darse la revolución de los mismos. De acuerdo con esta tesis, el desarrollo de los derechos fundamentales en general se ha dado a partir de la existencia de las declaraciones que los enuncian, lo cierto es que la experiencia histórica es ambigua. Recurriendo de nuevo al caso de los Estados Unidos de América, el Bill of

⁵ García Martínez, María Asunción. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD, Editorial Trivium, Madrid, 1992, p. 46.

Rights fue emitido en 1791 y las enmiendas posteriores fueron resultado, en el siglo XIX, de la Guerra Civil.

“Cómo es posible entonces que la segunda revolución de los derechos no aconteciera sino hasta un siglo o siglo y medio después La previsión constitucional de los derechos, por tanto, es una condición necesaria pero no suficiente para que se pueda dar una revolución de los mismos. Desde el primer nivel de análisis de los cuatro señalados por Epp, se puede observar en América Latina un proceso siempre creciente y (hasta el día de hoy) en términos generales imparable de expansión de los derechos enunciados por las Constituciones de la región. Este proceso está presente a todo lo largo de la historia de los derechos, comenzando por sus cunas originales, que fueron Francia y los Estados Unidos. La expansión de los catálogos de derechos se ha producido por un doble fenómeno de universalización de los titulares de los derechos (como efecto de la aceptación ampliamente compartida de la universalidad de los derechos) y de la mayor especificación que van adquiriendo sus contenidos.”⁶

La universalidad es una característica de los derechos fundamentales. De hecho, uno de los primeros catálogos de derechos más importante, ya contenía la idea de su validez universal. En efecto, en el articulado de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de agosto de 1789, conocida como Declaración Francesa, sus normas están dirigidas no solamente a los franceses, sino a todas las personas. Esto debido a que su ámbito no se limitaba a Francia, sino que pretendía ir más allá de sus fronteras, como efectivamente sucedió. Como lo explica García Manrique, la universalidad de la Declaración francesa tiene dos sentidos: uno textual y otro funcional; la universalidad textual se desprende de la forma en que están redactados sus preceptos; la universalidad funcional se da porque la Declaración expresa ideas que pretenden alcanzar validez universal e intenta recoger los principios que deben servir para estructurar no solamente a la sociedad francesa, sino a cualquier sociedad:

La universalidad, además, es una consecuencia de la fuerte influencia iusnaturalista del primer constitucionalismo, en donde los derechos que enunciaba eran naturales, de

⁶ XVIII Congreso jurídico guatemalteco. PONENCIA NOVIEMBRE 2004. La constitución del siglo XXI, pág. 291.

manera que es obvio que tenían que ser reconocidos por igual a todas las personas, puesto que todas ellas comparten la misma naturaleza. Es decir, si existe un orden natural racional cognoscible con evidencia, sería inconcebible que fuera consagrado con variantes significativas según la territorialidad.

En términos generales, la universalidad de los derechos fundamentales puede ser estudiada desde dos puntos de vista. El primero es el de la teoría del derecho, en donde la universalidad tiene que ver con la forma en que están redactados los preceptos que los contienen. Si su forma de redacción permite concluir que cierto derecho se adscribe universalmente a todos los sujetos de una determinada clase social, lo importante es que esté adscrito a todas las personas que tengan la calidad establecida por la norma. En tal caso, estamos ante un derecho fundamental universal. Algunos autores han incluido la característica de la universalidad como requisito esencial para la identificación de los derechos fundamentales.

“Algunas doctrinas distinguen entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales; así por ejemplo, la libertad de expresión, al ser reconocida constitucionalmente como un derecho de toda persona, sería un derecho fundamental; mientras que el derecho patrimonial sobre mi coche excluye de su titularidad a cualquier otra persona. Los derechos fundamentales tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales, son derechos ‘universales’ (omnium), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales del derecho de propiedad a los demás derechos reales y también los derechos de crédito-son derechos singulares (singuli), en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás. Los otros son exclusivos, es decir, excludendi alios, y por ello están en la base de la desigualdad jurídica. Siguiendo desde la misma perspectiva de teoría del derecho hay que distinguirlo desde un razonamiento

entre la universalidad con respecto a los titulares y la universalidad respecto a los destinatarios (obligados) de los derechos.”⁷

El segundo punto de vista, afirma en que los derechos humanos son derechos que corresponden a todos los seres humanos con independencia de un título adquisitivo. Los destinatarios, en cuanto sujetos de esos derechos, serían no solamente los seres humanos en lo individual, sino también los grupos sociales. En este último caso, se pueden diferenciar los derechos humanos absolutos de los derechos humanos relativos; los primeros son oponibles frente a todos los seres humanos, a todos los grupos y a todos los Estados; mientras que los segundos –los relativos- solamente son oponibles a por lo menos un ser humano, un grupo o un Estado.

“Estableciendo como ejemplo de derechos humanos absolutos el derecho a la vida, que debe respetarse por todos; un ejemplo de derecho humano relativo frente al Estado sería el derecho al voto, el cual debe ser respetado por el Estado del cual el individuo forma parte; un ejemplo de derecho humano relativo frente a un grupo sería el derecho de los niños a que sus familias les proporcionen asistencia y educación. Aparte de la perspectiva de teoría del derecho, que es la que se acaba de explicar de forma muy resumida, la universalidad de los derechos debe también ser contemplada desde una óptica política, desde la cual dicha característica supondría la idea de que todos los habitantes del planeta, con independencia del país en el que hayan nacido y del lugar del globo en el que se encuentren deberían tener al menos el mismo núcleo básico de derechos fundamentales, los cuales además tendrían que ser respetados por todos los gobiernos. Desde luego, la forma en que ese núcleo básico podría plasmarse en los distintos ordenamientos jurídicos no tiene que ser uniforme para estar de acuerdo con los principios de justicia; la historia, cultura y pensamiento de cada pueblo o comunidad puede agregar, y de hecho históricamente ha agregado, una multiplicidad de matices y diferencias al conjunto de derechos fundamentales que establece su respectiva

⁷ Pérez Tremps, Pablo. EN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL, CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Madrid, 1985, p. 31, citando a A. Carrillo Flores en prólogo a la Primera Edición de la obra de C. E. Hughes, La Suprema Corte de los Estados Unidos, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, pp. 10-11.

Constitución. Es decir, la validez universal de los derechos fundamentales no supone uniformidad.”⁸

En la historia de los derechos humanos encontramos formas distintas de redactarlos, a veces con influencias de distintos textos que los contemplan; influencias ideológicas, desde luego, pero también influencias textuales, por medio de las cuales los poderes constituyentes han redactado de forma muy parecida las normas que los establecen.

*“La caracterización de los derechos fundamentales como derechos universales no solamente sirve para extenderlos sin distinción a todos los seres humanos y a todos los rincones del planeta, sino que también es útil para deducir su inalienabilidad y su no negociabilidad; en palabras del propio Ferrajoli, si tales derechos “son normativamente de ‘todos’ (los miembros de una determinada clase de sujetos), no son alienables o negociables, sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados”.*⁹

Que no sean negociables significa, que los derechos fundamentales no son disponibles. Su no disponibilidad es activa, puesto que no son disponibles por el sujeto que es su titular y pasiva, ya que no son disponibles, expropiables o puestos a disposición de otros sujetos, incluyendo al Estado. En este contexto, se puede afirmar que los derechos fundamentales toman en cuenta tanto su universalidad como su protección constitucional.

“Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga una pérdida o un perjuicio”; en el mismo sentido, Robert Alexy señala “El sentido de los derechos fundamentales

⁸ García Macho, Ricardo, LAS APORÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, p. 33.

⁹ Ibídem. Pp. 33.

consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo.”¹⁰.

Lo anterior significa que frente a un derecho fundamental no pueden oponerse conceptos como el de seguridad nacional, interés público, moral ciudadana, pues son conceptos no suficientes para derrotar argumentativamente a un derecho fundamental. En todas las situaciones en las que se enfrenta un derecho fundamental con algún otro derecho, tiene inexorablemente que prevalecer el fundamental, si en verdad se trata de un derecho fundamental.

“Ni siquiera el consenso unánime de los integrantes de una comunidad puede servir como instrumento de legitimación para violar un derecho fundamental, se *evidencia que ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del Estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil. La base normativa de la universalidad de los derechos humanos se encuentra, además de lo ya dicho, en los diversos pactos, tratados y convenciones internacionales que existen sobre la materia. El punto de partida de todas esas disposiciones en sentido conceptual, no temporal, desde luego, es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. Dicha Declaración, junto con la Carta de la ONU, supone el embrión de un verdadero constitucionalismo global. Norberto Bobbio sostiene que con la Declaración de 1948 se inicia una fase importante en la evolución de los derechos: la de su universalización y positivación, haciéndolos pasar de derechos de los ciudadanos a verdaderos derechos de (todos) los*

¹⁰ Ídem Pp. 34.

*hombres, o al menos derechos del ciudadano de esa ciudad que no conoce fronteras, porque comprende a toda la humanidad”.*¹¹

Lo importante en este punto es que, a partir de la Declaración de 1948, los derechos dejan de ser una cuestión interna de los Estados y pasan a ser materia de las relaciones internacionales. Los particulares se convierten en sujetos de ese nuevo derecho; antes reservado solamente a la actuación de los Estados y no de los individuos, en la medida en que tienen asegurado un estatus jurídico supranacional; incluso, bajo ciertas circunstancias, pueden acceder a una jurisdicción internacional cuando consideren violados sus derechos. Los tribunales nacionales empiezan a aplicar las normas jurídicas internacionales y los problemas antes considerados como exclusivamente domésticos, adquieren relevancia internacional; podemos afirmar, en consecuencia, que también en materia de derechos humanos como en otras, vivimos en la era de la interdependencia.

Resumiendo lo anterior, podemos afirmar que la universalidad de los derechos es un rasgo que puede ser analizado desde una doble perspectiva: desde el punto de vista en que está redactada una norma jurídica por lo que hace a sus titulares, lo que sirve para identificar a los derechos fundamentales, según el punto de vista de Ferrajoli, diferenciándolos de los derechos patrimoniales; y desde el punto de vista de su alcance geográfico, no serán universales aquellos derechos que se queden dentro de las fronteras de los Estados o estén asignados solamente a sus habitantes.

Si lo primero tiene un significado estrictamente normativo, lo segundo encierra un enorme debate político y social, quizá uno de los más importantes de nuestro tiempo. Por su parte, el proceso de especificación de los derechos, se ha dado en virtud del paso del hombre abstracto al hombre en concreto; del individuo considerado solamente como ciudadano, al individuo considerado en los distintos roles o estatus que puede tener en la sociedad. Para ese efecto, se han tomado en cuenta diversos criterios de

¹¹ Álvarez Conde, Enrique. CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Volumen I, 4ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p. 157.

diferenciación: el sexo, la edad, las condiciones físicas, etcétera, que merecen un especial tratamiento y protección.

A partir de las primeras décadas del siglo XX se empieza a hablar de derechos de los trabajadores, de los campesinos, de los niños, de los ancianos, de las personas con discapacidad, de los enfermos, de las mujeres, de los indígenas, de los consumidores, de los inmigrantes, de las minorías sexuales, entre otros. La Constitución de Querétaro de 1917, por ejemplo, realizó un verdadero salto en el tiempo al constitucionalizar derechos para grupos en situación de vulnerabilidad, como los campesinos y los trabajadores. Actualmente, se habla incluso de los derechos de las generaciones futuras, que se verían amenazados por los posibles efectos de una guerra nuclear o de la devastación ecológica producida por la destrucción que sobre el medio ambiente tienen algunos procesos productivos. En el constitucionalismo contemporáneo, el hombre y la mujer son considerados en su calidad de personas históricamente determinadas, inmersos en la sociedad, personas concretas, consideradas en su existencia histórica y material, portadoras de múltiples necesidades y expectativas.

“Si la universalización puso en claro que los derechos pertenecen a todas las personas, con independencia de su lugar de nacimiento o residencia, de sus características físicas, de sus preferencias y sus ideologías, la especificación quiere responder a las preguntas a qué hombre y qué ciudadano se refieren. La especificación se ha producido sobre todo en el campo de los derechos sociales, en la medida en que la igualdad y la libertad genéricamente expresadas no han sido suficientes para proteger todos los intereses de grandes grupos humanos marginados o que conviven en la sociedad de forma desventajosa. La especificación se refiere tanto a los destinatarios –es decir, a los sujetos - de los derechos, como a los bienes que protegen los derechos –es decir, al objeto de los mismos-; en consecuencia, de la misma forma en que hoy ya no se habla de ciudadano o de persona sin más, tampoco se regula la libertad o la igualdad sin más, sino que se ha avanzado en un proceso de determinación también de esos bienes, que se han ido haciendo cada vez más precisos”.¹²

¹² *Ibidem*, Pp. 158.

En nuestro país, un primer momento importante dentro de los procesos que estamos analizando, se observa en la Constitución guatemalteca de 1985, la que no solamente nos ofrece un largo catálogo de derechos, sino que también se ocupa de clasificarlos, ofreciendo al lector una clave de lectura entre una cuestión que merece ser discutida sobre es si esa clasificación resulta más o menos acertada, más o menos exhaustiva o más o menos comprensible.

“... las Constituciones de Brasil en 1988 y de Colombia en 1991 (..), con base en las experiencias europeas de la Segunda Posguerra, expanden hasta niveles previamente desconocidos los catálogos de derechos. En Brasil el afán clasificatorio de los derechos fundamentales que se observa en otros documentos no preocupa demasiado a los autores de su texto constitucional, quienes decidieron redactar un extenso artículo 5 que cuenta con 78 fracciones, muchas de las cuales se dividen en distintos apartados; en el artículo 5 se encuentran tanto cuestiones sustantivas como procedimentales (es decir, tanto derechos como garantías). La misma Constitución brasileña pone aparte los derechos sociales (artículos 6 a 11), el régimen jurídico de la nacionalidad (artículos 12 y 13) y los derechos políticos (artículos 14 a 16). Una visión más moderna, incluso terminológicamente, se observa en el texto colombiano de 1991, cuyo Título II se denomina “De los derechos, garantías y deberes. En ese Título se encuentra una clasificación que separa los derechos fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos colectivos y del ambiente, y los deberes y obligaciones, una distinción parecida puede observarse en la Constitución peruana de 1993.”¹³

Es probable que la distinción entre derechos fundamentales y otro tipo de derechos provenga del artículo 53 de la Constitución española, que distingue los derechos plenos, objeto de protección por todos los tribunales o mediante amparo ante el Tribunal

¹³ Carbonell Miguel, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA, APUNTES PARA UNA DISCUSIÓN, Biblioteca Jurídica Virtual, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2701/6.pdf>

Constitucional, de los simples principios que sirven de guía para la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

La Constitución de Argentina, reformada en 1994, establece un capítulo dedicado a Nuevos derechos y garantías, dentro del cual se encuentra un catálogo, incluyendo medios de tutela oponibles a particulares, como el juicio de amparo. Infortunadamente, se trata de un capítulo poco sistemático, ya que mezcla cuestiones distintas lo que no permite una adecuada lectura.

La Constitución mexicana ha ido incrementando paulatinamente el espacio dedicado a la regulación de los derechos fundamentales. Dentro del capítulo dedicado a estos derechos, denominados garantías individuales. En ellos encontramos cuestiones relativas a la economía nacional, a la planeación del desarrollo e incluso sobre los órganos constitucionales autónomos, los cuales deberían haberse previsto dentro de la parte dedicada a la división de poderes. Se han dado reformas que han suscitado algún debate, tal como el caso de la extensa regulación de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y otra que introdujo una detallada regulación de las bases del procedimiento penal.

5. La aplicación judicial de la Constitución.

La presencia relevante de principios y cláusulas abiertas en los nuevos textos constitucionales, significa un reto aplicarlas, por dos cuestiones importantes que argumenta García Maynes, así:

Al aplicar a casos concretos, a esas cláusulas abiertas, que son vagas e indeterminadas. Tomemos como ejemplo, nuevamente, el caso de la Constitución de Ecuador, que hoy en día es un buen ejemplo de las Constituciones del neoconstitucionalismo en América Latina, en donde se encuentran cláusulas indeterminadas y abiertas: hay referencias a un Estado de derechos y justicia (artículo 1), a un medio ambiente sano y equilibrado (artículo 14), a una comunicación incluyente y participativa (artículo 16), a una información oportuna, contextualizada y plural (artículo 18), a una vivienda digna y adecuada (artículo 30), a la atención integral a la salud

(artículo 32), etcétera. Lo mismo sucede con otros muchos textos constitucionales de Guatemala y de la Constitución brasileña de 1988 se encontrará con conceptos tan indeterminados como igualdad, debido proceso, los de dignidad de la persona (artículo 1.III), pluralismo político (para el caso de la Constitución Brasileña). Se podría hacer una comparación respecto de casi todas las Constituciones recientes y el resultado en su semántica sería muy similar. Pues bien, el intérprete de esas normas debe ser capaz de dotarlas de un contenido concreto, de aterrizarlas a partir seguramente de una adecuada teoría de la norma jurídica.

Así mismo la aplicación que tiene a darle sentido a las normas abiertas, a la que se hace relación con antelación al presente párrafo, lo que hace es exigir una construcción de una buena teoría de la argumentación. Una teoría que permita a los aplicadores de las normas jurídicas ser capaces de poner en práctica los contenidos y técnicas interpretativas como la proporcionalidad, la ponderación, el efecto irradiación, la eficacia piramidal de los derechos fundamentales, el principio pro-personae, la aplicación prevalente de los tratados internacionales, el principio de coherencia, el principio de universalidad de los derechos, teniendo la idea general de la aplicación directa de las normas constitucionales. Otra idea general a tomar en cuenta en ese sentido es el de la “interpretación conforme”, de acuerdo con la cual el intérprete, sobre todo el Juzgador, pueda ser un conducto del control de la constitucionalidad de una norma legislativa, pero proporcionando a la vez la forma para que sea correctamente interpretada, de conformidad con lo que señala la Constitución.

Los tribunales constitucionales están incorporando en sus sentencias científicas reconociendo las nuevas tendencias que tiene el proceso constitucional. La argumentación constitucional, condiciona la presencia de los jueces activistas, en el entendido de que ese activismo no significa que el criterio personal sustituya la función del legislador. El activismo judicial, bien entendido, significa que el juez interpreta las normas constitucionales y legales no solo en su significado semántico, sino interpretando los textos con relación a los derechos fundamentales. Precisamente, el

activismo será más marcado en materia de derechos fundamentales y mucho más moderado (o deferente) cuando se trate de normas relativas a la división de poderes o al ejercicio de competencias públicas.

El activismo judicial no deviene necesariamente de una postura académica o ideológica, sino que, es parte del modelo mismo de la democracia constitucional, tal como se le entiende al menos desde el surgimiento del neoconstitucionalismo. La democracia constitucional debe contar con jueces vigilantes y custodios de los derechos fundamentales, capacitados para interpretar las normas maximizando su contenido.

Si revisamos los casos de activismo judicial, se identifican aportaciones que han hecho los jueces que lo practican, especialmente relacionados con los derechos fundamentales. Los jueces activistas han concentrado su actuación en generar las condiciones para reconocer una dimensión fuertemente normativa a los derechos fundamentales, dimensionando su significado y efecto protector.

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América, mientras fue presidida por el Juez Earl Warren, entre 1953 y 1969, presenta casos de activismo judicial, en los que, las resoluciones o sentencias buscaban la esencia o espíritu del ordenamiento jurídico. Así, pues, importantes precedentes en materia de igualdad racial en las escuelas (caso *Brown versus Board of Education* de 1954), de la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución (*Cooper versus Aaron* de 1958), de cateos y revisiones policíacas (caso *Mapp versus Ohio* de 1961), de libertad religiosa (caso *Engel versus Vitale* de 1962), de asistencia letrada gratuita (caso *Gideon versus Wainwright* de 1963), de libertad de prensa (*New York Times versus Sullivan* de 1964), de derechos de los detenidos (*Miranda versus Arizona* de 1966) o de derecho a la intimidad de las mujeres (*Griswold versus Connecticut* de 1965 en relación con la compra y el uso de métodos anticonceptivos).

Tales precedentes no significaron riesgo para los derechos tutelados constitucionalmente y el activismo judicial ha permitido alcanzar lo que algunos teóricos (como el ya citado Charles Epp) han denominado la revolución de los derechos, pero lo interesante (para la teoría general del derecho constitucional y, sobre todo, para la teoría

constitucional latinoamericana), es que tal revolución ha sido acompañada por elementos adicionales sobre los que conviene reparar.

En resumen, el activismo judicial es un actuar en protección de los derechos fundamentales, fortalecida con buenas declaraciones de derechos, con marcos institucionales que permitan activar la actuación de los jueces (acciones populares, legitimación activa amplia, amicus curiae, etcétera), con una fuerte conciencia social alrededor de los derechos fundamentales. Me interesa detenerme en el último de los aspectos mencionados: la conciencia social alrededor de los derechos fundamentales y la correspondiente existencia de un fuerte activismo social para su defensa. En efecto, al margen de los alcances que pueda tener una judicatura decidida defender el orden constitucional y los derechos y garantías que se reconocen a toda persona por medio de la interpretación constitucional que realicen al momento de aplicarla al caso concreto que es sometido a su conocimiento y resolución.

La interpretación constitucional debe estar a cargo, de una sociedad abierta a la interpretación constitucional. En este sentido, las experiencias de ese activismo judicial deben estar acompañadas del activismo social, dependiendo del contexto de que se trate. Ese activismo social mermaría las críticas que sostienen que la actuación activa y garantista de los jueces, contiene riesgos antidemocráticos.

Para que tal activismo social se pueda dar es necesario no solamente que la sociedad o algunos de sus grupos se mantengan alerta en la defensa de sus derechos, sino también que el ordenamiento jurídico permita traducirlo en pretensiones procesales sobre esa vigilancia.

Esto suena como algo muy obvio para lectores de países avanzados, pero supone un problema de considerables dimensiones en países que sufren de graves retrasos en la evolución de sus ordenamientos jurídicos, en los que no suele existir vía alguna para que desde la sociedad se emprendan acciones judiciales contra políticos corruptos o contra administraciones públicas que amparadas en la opacidad violan cotidianamente los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En otras cortes o tribunales activistas, encontramos dos ejemplos: en España, con la primera magistratura del Tribunal Constitucional, entre 1981 y 1992; y, en Colombia, con la Corte Constitucional que se crea a partir de la Constitución de 1991, en donde se dictan sentencias emblemáticas por su progresismo, sobre todo entre 1992 y 1996.

6. Sistemas de control constitucional.

6.1 Sistema concentrado o centralizado

Este sistema se caracteriza por la existencia de un tribunal constitucional de carácter independiente, el cual tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad, con efecto erga omnes, es decir con efectos para todas las personas; y de todas aquellas leyes que contravengan a la Constitución, como medio de control de la constitucionalidad, por si se diere una vulneración o contravención, dichas normas se expulsan del ordenamiento jurídico. El tribunal constitucional en el sistema concentrado tiene su origen en Austria, y su creación es obra del autor Hans Kelsen, a quien fue el primer presidente. Kelsen, lo concibió como un tribunal que no conoce supuestos de hecho, lo cual es competencia de los tribunales a-quo; por lo que serán estos los que planteen el incidente de inconstitucionalidad. Podemos entonces concluir que la función del tribunal constitucional se limita a realizar la interpretación correspondiente de la compatibilidad que debe existir entre el contenido y espíritu de la norma constitucional expulsando aquella que resulte contraria a la Constitución. El Tribunal Constitucional, según Kelsen, no cumple una actividad judicial en sentido estricto, sino actúa como un legislador negativo, entendiéndose con ello que el Tribunal Constitucional no crea leyes, solo las interpreta, ya que el legislador para el caso de Guatemala es el Congreso de la República.

El objeto o función del Tribunal Constitucional es de interpretar la Constitución y por ende se complementa con la función que realiza por su parte el Congreso de la República como organismo que es el encargado de legislar, pues no examina pues, la eventual injusticia de la ley sino que, la interpreta y adecua o aplica al caso concreto,

como control de la constitucionalidad de las leyes. De lo anterior se deduce que el tribunal constitucional, interpreta con el cuidado de aislarse de las situaciones de hecho que ventilan en los tribunales, pues como se dijo su función interpretativa está encaminada a determinar la colisión que pueda existir entre la ley y la Constitución.

6.2 Sistema difuso

En este sistema, el control constitucional puede ser ejercido por cualquier juez o tribunal cuando conozca un caso concreto. El antecedente de este sistema se encuentra a principios del siglo XIX, específicamente en 1803, con motivo de la sentencia emitida por el Juez Marshall, Magistrado Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el caso *Marbury vrs Madison*. En ella se estableció la supremacía constitucional y que las leyes ordinarias no pueden contravenir los principios de la ley superior, siendo obligación del juez inaplicar las normas inconstitucionales. Este famoso fallo hizo surgir uno de los dos sistemas de control constitucional de las leyes, que es el denominado difuso. Este sistema se fundamenta en la supremacía de la Constitución y se inaplican las normas en que la vulnera. Los efectos de su declaración es inter partes, y su carácter vinculante se logra a través de los precedentes, es decir en decisiones de casos similares: regla *stare decisis*. En el sistema de los Estados Unidos de América: a) el control corresponde a cualquier juez y su potestad deriva de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, vinculante para el resto de tribunales en virtud del principio *staredecisis*; b) la potestad de los jueces y tribunales se extiende, exclusivamente, a la validez de la ley en la resolución o litigio; y c) el juez o tribunal quedan limitados a dar solución *ad casum* para resolver un particular supuesto, inaplicando la ley que se estime inconstitucional. Sin embargo si una declaración similar se pronuncia estando sometido el caso al Tribunal Supremo, su inaplicación se convierte en general para el futuro, obligando al resto de jueces y tribunales.

6.3 Sistema mixto o dual.

“Es el que recoge una posición ecléctica de los sistemas anteriormente comentados para la funcionalidad del control constitucional. En Guatemala se utiliza este sistema, es decir al control difuso, el efecto inter partes y se encuentra en el artículo 266 de la

*Constitución que establece: En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto; complementándose éste aspecto con el inciso d) del artículo 272 de la Constitución al establecer dentro de las atribuciones de la Corte de Constitucionalidad, el conocimiento en apelación de las impugnaciones en contra de leyes objetadas de inconstitucionalidad en caso concreto”.*¹⁴

El sistema concentrado quedó regulado en el artículo 267 de la Constitución Política de la República, el cual preceptúa que las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante la Corte de Constitucionalidad. Además, la misma Constitución generó una ley específica de rango constitucional, el Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, para reglar procesalmente el planteamiento de esas acciones.

¹⁴ Corte de Constitucionalidad, DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, LIBERTAD Y DEMOCRACIA, Guatemala. 2011. pág. 19.

CAPITULO II

LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

1. Teoría general de la interpretación jurídica

En sentido general, interpretar significa acción y efecto de entender, que a su vez es explicar el sentido de algo, específicamente, de textos escritos en los cuales existe un contenido. Lo anterior, aunque genérico, contiene dos premisas definidas: una refiere al hecho de que aunque el texto que se examina sea entendible, en su totalidad debe interpretarse. La otra surge del contenido de vocablos, oraciones o textos que por sí mismos sólo son claros parcialmente o no lo son en su totalidad, ya sea por el contenido de generalidades o porque puedan tener distintas acepciones que den lugar a distintas interpretaciones.

“Para poder explicar el texto de manera lógica debe recurrirse al conocimiento particularizado de acuerdo a la disciplina que tenga la persona que realiza la interpretación, ya sea por especialización o por la experiencia acumulada del sujeto. Esta forma genérica del vocablo “interpretación”, al trasladarlo al campo del Derecho, se puede observar su similitud, y con mayor razón si se toma lo que corresponde a una de sus partes específicas, la norma jurídica, toda vez que aunque la misma sea lo suficientemente clara, el solo hecho de explicársela de esta manera es interpretarla. Otras normas necesitan para su interpretación que se recurra a distintos métodos y técnicas para descubrir su contenido, ya sea porque este es muy general o porque sea puesto en tela de juicio, tomando en cuenta que lo que se busca con la interpretación es encontrar cuál es el sentido de su texto, así como el alcance del mismo en función de lo que se pretendió regular. Esto porque la norma contiene aspectos generales que no

*siempre permiten la coincidencia entre su previsión y los acontecimientos de la realidad.”*¹⁵

La interpretación normativa no siempre se encuentra ligada a la solución de casos concretos mediante la aplicación de la norma, ya que puede interpretar el estudioso del Derecho que forma corrientes doctrinarias y que a nivel teórico se plantea acciones o hechos que pretende resolverlos mediante la aplicación de distintos métodos y técnicas; o aquella que hace con la lectura de la norma cualquier sujeto, con el fin de determinar cuál es el resultado legal de una u otra acción o hecho que pretenda realizar.

*“Sin embargo, la más importante interpretación es aquella que se realiza con el objeto de resolver un caso concreto, ya sea por el profesional del Derecho en el ejercicio de la profesión o el juez que tiene la responsabilidad de emitir una decisión sobre el caso jurídico sometido a su competencia. Ángel Yáñez resume así la interpretación de las normas jurídicas: “En pocas palabras, consiste en señalar que la norma no es un mandato de sentido y alcance inalterables, que siempre exija una misma interpretación sino por el contrario admite muy diversas aplicaciones en función de las circunstancias cambiantes de la realidad social”.*¹⁶

Es decir, que una misma norma no debe ser objeto sino de una misma interpretación siempre idéntica. En ese sentido, en distintas materias en nuestro Derecho se corrobora lo indicado por el autor citado; así, en el proceso constitucional de amparo se encuentra la norma que regula la doctrina legal en el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, al establecer que la Corte de Constitucionalidad puede separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la que se deberá observar por los tribunales al haber tres fallos contestes en el mismo sentido, o la norma en materia laboral que tutela y favorece la parte más débil, el trabajador.

¹⁵ Escovar León, Ramon. La Motivación de la Sentencia y su Argumentación Jurídica, 1ª Edición. Academia De Ciencias Políticas y Sociales, 2001.pág. 34.

¹⁶Ibídem. Pp. 34.

Se ha indicado antes que de los sujetos que interpretan las normas jurídicas, los que impactan más son los jueces, pues son los que en definitiva resuelven los conflictos sometidos a su competencia. En ese sentido, con la codificación y la función el traslado del legislador y la posterior aplicación por el Juez, se caracterizó al sistema lógico de encuadrar el caso concreto dentro de los supuestos establecidos en la norma.

Esta formalidad de actuación contiene varios supuestos, pero los más visibles e importantes están determinados, por un lado, por el criterio original que el Derecho codificado es lo suficientemente amplio para contemplar la solución a todos los conflictos jurídicos que generen las necesidades sociales; y, por el otro, que la actuación del juez se reduce únicamente a un aspecto eminentemente mecánico de la aplicación de la norma o voluntad del legislador, eliminando de su decisión todo aquel entorno que subyace al caso sometido a su jurisdicción.

“Esta forma de ver la actuación del juez para impartir justicia llegó a su apogeo con la tendencia codificadora en Europa (finales del siglo XVIII y principio del XIX), cuyo antecedente es que el antiguo modelo de aplicación del Derecho es tildado de arbitrario e injusto en función de la discrecionalidad para decidir. No obstante las bondades que otorgó la seguridad jurídica de la codificación, su principal crítica se orientó a la insuficiencia de la ley para otorgar todas las satisfacciones a los problemas jurídicos que puedan suscitarse y por lo tanto deberá darse libertad al juez por ser el que está en contacto directo del caso sometido a su jurisdicción, para que se le otorgue la facultad de la creación del Derecho.”¹⁷

La Escuela de la Exégesis, cuyo antecedente más importante del Derecho es la de proporcionar seguridad y certeza jurídica, postula que la aplicación la norma busca el

¹⁷ Ibídem. Pp 35.

espíritu y la voluntad del legislador, lo que generó crítica en cuanto a demostrar que una actuación de ésta naturaleza sólo da como resultado que se apliquen normas en el futuro, creadas por un legislador que ya no existe e inutilizando las capacidades del mismo juez, por lo que se planteó la necesidad de proporcionar discrecionalidad al juez en función del caso sometido a su conocimiento y resolución, tal es el caso de la Escuela del Derecho Libre.

Si tratamos de demostrar que la interpretación de la norma constitucional y de la norma ordinaria es distinta, es necesario analizar no solo la estructura del ordenamiento jurídico, sino los aspectos de la interpretación jurídica, lo que permitirá establecer que es distinto interpretar la norma constitucional, frente a la norma ordinaria.

En la cotidianeidad del jurista, es común que cuando se formula el cuestionamiento dirigido a la interpretación normativa, inmediatamente el esquema de pensamiento se sitúa en los métodos y las clases de interpretación, aspectos que si bien son importantes, sólo constituyen resultados finales que no explican por sí mismos la enorme elaboración teórica previa. Por eso es relevante establecer los aspectos de la Teoría General del Derecho que se relacionan con el tema de la interpretación normativa, para transmitir las formulaciones desarrolladas por diferentes corrientes de pensamiento que han dado lugar al surgimiento de las escuelas, que han enriquecido la formulación de la interpretación normativa, tanto para litigantes como para los jueces.

2. Hermenéutica jurídica.

La hermenéutica es el método de la interpretación, y a su vez, la interpretación jurídica es la aplicación de la hermenéutica al campo de la ley. Sin embargo, es común que por confusión se apliquen indistintamente, a pesar de su diferencia. Con respecto a la hermenéutica jurídica, se puede decir que es la disciplina que estudia los métodos de interpretación de la ley y la interpretación normativa, es la aplicación de la hermenéutica en el proceso de entender la ley.

“Estos métodos que proporciona la Hermenéutica Jurídica para la interpretación y que pone a disposición del encargado de impartir justicia y que de su forma de aplicación dependerá que esta sea un arte, una técnica o ambas a la vez. Así tenemos al juez que se circunscribe únicamente a aplicar la norma que elaboró el legislador. Esta visión está relacionada con la implementación de la codificación, cuya norma inflexible es propia de aquellos que proporciona la historia como los únicos creadores del derecho. Este es el caso de los monarcas, o bien en el inicio de la creación de los gobiernos democráticos con la Revolución Francesa, cuya ideología se traducía en que sólo el pueblo soberano representado en la Asamblea Legislativa debía determinar cuál debería ser la conducta de los ciudadanos, en cuyo caso los jueces sólo eran considerados servidores de la mencionada voluntad popular. La forma de actuación del juzgador en estas circunstancias se identifica con la técnica toda vez que su función principal resultaría solo reconstruir el significado que el legislador quiso dar a la norma.”¹⁸

En contraposición a lo indicado, surgió la corriente de pensamiento que cree que el papel que le corresponde al juez es proporcionar la solución al conflicto, por ser la persona que se encuentra en contacto directo con las circunstancias y de ahí que sea el más apto para otorgarla. En esta circunstancia, el juzgador se identifica con la Hermenéutica como arte, toda vez que éste sería el interprete del Derecho.

Estas dos formas diferentes de interpretación, una identificada con la posición del juez que sólo trata de interpretar y de aplicar la norma establecida por el legislador, se identifica con la denominada “Escuela de la Exégesis”, que ha formulado el método interpretativo relacionado con la estricta legalidad y que desecha todo entorno que puede subyacer o la ley en cuanto no sea producto de la voluntad del legislador; la otra, por el contrario, indica que el juez, al estar en contacto con el caso, debe tener la

¹⁸ *Ibídem.* Pp. 50.

facultad de ser, además de creador, el que interprete el Derecho, que es la idea de la denominada “Escuela del Derecho Libre”.

Las posiciones indicadas son extremas en cuanto al método utilizado para la interpretación y aunque el esfuerzo de carácter teórico que realizan los defensores de estas escuelas para su fundamentación, resulta finalmente insostenible como validez absoluta de manera aislada para cada una de ellas, por ello de manera intermedia entre el abanico que significa el espacio entre ambas escuelas, surgieron otras teorías que proponen el método de interpretación que trata de conciliar en lo posible que la interpretación jurídica es a la vez técnica y arte. En función de lo expuesto, a continuación se presenta lo más sobresaliente de cada uno de los métodos de interpretación.

3. Principios reguladores de la interpretación jurídica.

Los principios reguladores de la interpretación jurídica están dados por los criterios cuya elección constituye una decisión racionalizada y responsable del juez, los cuales se exponen a continuación:

3.1 El cumplimiento de las obligaciones finalistas de la norma objetiva;

3.2 Los criterios deben ir dirigidos a la solución más justa, es decir, que al realizar la interpretación debe hacerlo no en función personal sino en función de los usos y valores de la sociedad.

3.3 La elección de un criterio que sea distinto en cuanto a la interpretación judicial y los valores que se practican en una determinada sociedad, llevaría aparejado su ilegitimidad;

- 3.4 La utilización de criterios en la búsqueda de la interpretación más justa de la norma en su contexto regulador. Se debe tener en cuenta la aplicación de la jerarquía de los criterios, es decir, tomar en cuenta, por ejemplo, los órganos de control jurisdiccional, la legalidad de la decisión, la impugnación de que puede ser objeto, los recursos que pueden interponerse, la función de la norma en relación con las necesidades sociales, sin perder de vista el sentido con que la misma fue creada;
- 3.5 La adecuación del texto y significado de la norma. El texto y el significado pueden coincidir, facilitando de esta manera la labor del intérprete; sin embargo, cuando ello no es así se recurre a la interpretación extensiva o restrictiva. Extensiva, por ejemplo, cuando se trata de derechos humanos; y, el uso restrictivo, cuando se trate de derechos de determinados funcionarios o representantes;
- 3.6 El inevitable proceso de ideologización. Debe tenerse en cuenta este aspecto, por cuanto negarlo sólo acarrearía más problemas a la ciencia del Derecho. Este proceso se hace evidente cuando se interpreta en función del orden político. En nuestro medio se puede observar a manera de ejemplo, las persecuciones de orden político o bien resoluciones que favorecen a los gobernantes de turno;
- 3.7 El juez debe ser intérprete de la sociedad, no de su propia conciencia. Al interpretar y aplicar la norma lo debe hacer en función de los deseos de pueblo siempre dentro del ámbito del respeto y la generalidad de la ley, criterios ético sociales insertados en la aplicación de la ley democrática, que a decir de Soriano que tales criterios no sustituyen a la ley, sino la complementan, se trata más bien de criterios ético sociales en una triple función: **a)** función complementaria de las normas jurídicas, cuando éstas tienen algunas lagunas, **b)** función informadora del ordenamiento jurídico, de carácter general, que es la función más usualmente atribuida a éstos criterios, y **c)** función anticipadora del mismo, cuando van a la avanzadilla de la evolución del Estado social y democrático dando vida a la interpretación extensiva

de las normas jurídicas al traducir e insuflar en el Derecho positivo las aspiraciones y exigencias éticas sociales.

Si bien los criterios que deben tomarse en cuenta para la interpretación normativa de parte del juzgador, deben ir encaminados a no rebasar los principios antes indicados, se deberá tener presente que la misma sólo puede hacerse dentro del ámbito que proporciona el derecho mismo, puesto que de lo contrario se caería en el campo de la creación de las normas, lo que produciría inseguridad jurídica, que es precisamente lo que se debe evitar. En materia de interpretación es necesario que previo a encontrar el sentido de la norma constitucional, se tengan en cuenta los criterios y métodos de la interpretación jurídica en general, buscando la relación entre lo que el legislador quiere decir al emitir la norma y su adaptación a las circunstancias económico/sociales como punto principal de discusión.

4. Argumentación jurídica y argumentación constitucional

Las características de las constituciones contemporáneas y del constitucionalismo, explican el hecho de que apelar a la Constitución juega un papel destacado en muchos tipos de argumentación en las que tienen que ver la aplicación judicial del derecho, aunque también en la producción legislativa de normas, así como, en todas las argumentaciones de tipo práctico, aunque no puedan considerarse de carácter jurídico, sino más bien de naturaleza moral o política.

La referencia a la Constitución puede o no operar como un argumento de autoridad: la argumentación para modificar una Constitución o crear una nueva puede considerarse, evidentemente, como un tipo de argumentación constitucional. De manera que el anterior sería un sentido amplísimo de "argumentación constitucional" y, obviamente, de no fácil manejo, por todos los temas que podría en un momento dado ser tratados; sin embargo, si se piensa en delimitar un sentido más estricto que incluyera únicamente, por ejemplo, la argumentación específicamente jurídica, siempre crearía un problema; por un lado, porque no es nada obvio que se pueda efectuar una distinción -al menos una distinción nítida, entre la argumentación jurídica y la de naturaleza moral y política; es

más, esa es una de las tesis más características de los autores constitucionalistas.; y, por otro lado, porque la argumentación constitucional de carácter jurídico quizás diste de ser una categoría homogénea: parece razonable pensar que no es igual el uso argumentativo de la Constitución que hacen los legisladores y los jueces, ni tampoco el que realiza un juez ordinario o un juez constitucional. En todo caso, analizar las especificidades de la argumentación constitucional (cualesquiera que éstas sean) requiere de algunas aclaraciones previas sobre qué quiere decir argumentar y desde qué perspectivas se puede ver una argumentación.

La argumentación siempre supone una persona que defiende una postura frente a otro al que se pretende convencer, por lo cual la exposición oral o escrita, debe presentar todas las características de credibilidad. Debe hacerse, si es oral, en forma seria y dando todos los elementos de convicción que sean necesarios para el tema que se trate, sin expresiones dubitativas, mostrando convencimiento de los que se expone. Si el orador no está convencido no podrá convencer a nadie. Por su parte el discurso argumentativo presenta una secuencia lógica de pasos, que pueden variar en su orden, e incluso puede hacer omisión de alguno de ellos, cuando se da por entendido, o se pretende que el receptor saque sus propias conclusiones. Se trata del **razonamiento** que se utiliza para demostrar o probar una proposición o para convencer a otra **persona** de aquello que se afirma o se niega. El argumento es la **expresión**, ya sea oral o escrita, de un **raciocinio**. Permite justificar algo como una acción razonable con dos finalidades posibles: **persuadir a otro sujeto** (para promover una determinada acción) o **transmitir un contenido con sentido de verdad** (fomentando el entendimiento). Entones podemos decir que argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar, esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos , conectados entre sí de muy variadas formas.

Conforme al párrafo anterior, permitir a la mujer decidir libremente la suspensión de un tratamiento de reproducción asistida no afecta al contenido esencial del derecho a la

vida, ni supone admitir tácitamente un nuevo supuesto de aborto, ya que esa decisión sólo puede tomarla hasta el momento en que se haya producido la transferencia de embriones al útero materno.

No existe, sin embargo, una única forma de entender estudiar la argumentación y los argumentos. Sin entrar en muchos detalles, podríamos distinguir tres concepciones o aproximaciones a las que cabría denominar, respectivamente, formal, material y pragmática, y que vienen a ser tres interpretaciones distintas de los elementos comunes a los que se acaba de hacer referencia.

La argumentación es una serie de enunciados sin interpretar, que se dan en el sentido de que se hace abstracción del contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión y responde al problema de si a partir de enunciados, en donde se pueden dar dos o más premisas; y, llegar a una determinada conclusión, en donde los criterios de corrección vienen dados por las reglas de inferencia; y lo que suministra son esquemas, formas, de los argumentos. Así mismo un argumento puede tener una forma inductiva y probabilística.

En los argumentos de forma deductiva, si las premisas son verdaderas, entonces así será la conclusión a la que se arribe, esto es, porque la forma lógica es el único criterio de control, mientras que, en los otros tipos de argumentos, la corrección o solidez de los mismos depende también de otros criterios; los argumentos no deductivos pueden convertirse siempre en deductivos si se les añade ciertas premisas, de manera que los esquemas deductivos pueden usarse como mecanismos de control. En la teoría de la argumentación jurídica, cuando obedece a este enfoque, para la concepción material lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que los hace verdaderos o correctos.

La concepción formal da cuenta del trabajo de algunos teóricos del derecho, que se centran en las sentencias de los jueces vistas no como actividad, sino como resultado del texto de la misma y la motivación expresa, con propósitos básica o exclusivamente teóricos y descriptivos. Y la concepción material podría considerarse que constituye el núcleo de la argumentación -la justificación- que llevan a cabo los jueces. Lo que puede

llamarse "teoría estándar de la argumentación jurídica" viene a ser una combinación de elementos de las tres concepciones señaladas. Además, una característica de esa teoría es que se centra en la justificación de las decisiones llevadas a cabo por los tribunales de instancias superiores. La argumentación jurídica (y en particular la judicial) es, obviamente, un tipo de argumentación práctica dirigida a justificar (no a explicar) decisiones. Explicar una decisión significa mostrar las causas, las razones, que permiten ver una decisión como un efecto de esas causas. Justificar una decisión, por el contrario, supone mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable. Motivar la sentencia significa justificarla, y para lograrlo debe limitarse a mostrar cómo se ha producido la decisión, es decir, no basta con indicar el proceso. Justificar y explicar son operaciones -o conceptos- distintos, pero conjugados del mismo modo que las cuestiones de justificación juegan un papel en la explicación en muchos casos, lo que explica que un juez haya tomado una determinada decisión es al menos hasta cierto punto que él considera importante mencionar o justificar, por lo que la explicación de las decisiones facilita también la tarea de la justificación, es decir, las posibles razones justificativas aparecen así en forma más explícita.

La justificación de las decisiones judiciales puede darse en los casos fáciles o en casos difíciles. En relación a los casos fáciles, cuando no existen problemas en relación ninguna de las premisas, normativas y fácticas, justificar significa, simplemente, construir una deducción, un silogismo. A este tipo de justificación se le suele denominar justificación de primer nivel, que parte del esquema del que se ha venido indicando en el sentido de un silogismo judicial en donde existe una premisa normativa y otra fáctica; sin embargo de ese mismo silogismo se puede derivar los casos difíciles en donde las dificultades pueden venir de una u otra, esto es, por razones normativas o por razones de hecho. Y la justificación de segundo nivel en donde el razonamiento jurídico sigue jugando aquí un papel importante, pero limitado. A los criterios de la lógica hay que añadir otros que integran lo que suele llamarse "razón práctica", por ejemplo, se sintetiza en los principios de universalidad, consistencia.

En el primer caso, se puede tratar de problemas de relevancia: cuando existen dudas sobre si hay o sobre cuál es la norma aplicable al caso concreto que se está conociendo y resolviendo; o de problemas de interpretación cuando las dudas se refieren a cómo ha de entenderse alguno de los términos que figuran en la norma aplicable. Y, en el caso, puede tratarse de problemas de prueba, que se plantean a propósito de si ha tenido o no lugar un determinado hecho; o problemas de calificación, o de valoración que surgen cuando las dudas afectan a si un determinado hecho, que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto que aparece en la norma. En los casos difíciles, los que llegan a los tribunales constitucionales son, esencialmente, problemas de interpretación, pero las anteriores dificultades pueden darse combinadas entre sí en formas complejas

5. Métodos de interpretación

Existen varios métodos de interpretación, siendo éstos los siguientes:

- a) Método Exegético
- b) Método Gramatical
- c) Método Lógico
- d) Método Histórico
- e) Método Sistemático
- f) Método Teleológico

5.1 Método Exegético.

El método de interpretación exegético es la interpretación gramatical, la que se caracteriza por el culto al texto de la norma, atendiendo al significado de las palabras. El papel del juez se circunscribe a realizar una operación mecánica buscando en su interpretación lo que quiso decir el legislador. Con el apareamiento de la Codificación Napoleónica, con lo cual se eliminaba la anarquía del Derecho no codificado y se añadió

además de la forma de interpretación gramatical la forma histórica a la que aspira la intención del legislador. Se elaboró en consecuencia el contenido del método de interpretación exegético.

Este se basa, en el contenido gramatical, sin embargo, si éste no es suficiente se debe recurrir a la consulta de exposición de motivos como la génesis o el espíritu de motivación de la creación de la norma; a los comentarios y notas de aquellos que participaron directamente en su creación o elaboración, finalmente si agotadas las etapas anteriores estas no fueren suficientes para lograr la interpretación de la norma, se acudirá a la aplicación de los principios generales del Derecho. Debe de observarse, que este método de interpretación se encamina a dilucidar que quiso expresar el legislador al momento de crear la norma.

El objeto o finalidad, es entonces el darle una uniformidad de interpretación al criterio del legislador sobre las múltiples soluciones de los jueces; lo anterior según Villoro Toranzo porque “1) por considerar superior la ciencia del legislador a la de los jueces; 2) por acabar con la anarquía de las soluciones judiciales y, en esta forma, establecer la certeza jurídica; 3) para levantar la objetividad de la ley por encima de todo sistema de privilegios y exenciones”.¹⁹

Hoy en día las consideraciones del primero y último incisos dejan de tener vigencia, toda vez que el juzgador no es un ejecutor del pensamiento del legislador, y por otro lado, no existe ninguna duda en que la interpretación debe realizarse de forma objetiva y eliminar cualquier atención a privilegios de personas o instituciones.

Sin embargo, el contenido del segundo inciso además de continuar vigente es sin duda la fortaleza del Derecho mismo, pues en toda interpretación se debe tener presente la complejidad actual de las distintas relaciones jurídicas que nacen de un mundo económico globalizado que sería imposible mantener sin la certeza jurídica, la que en el

¹⁹ Ezquiaga Ganuzas Francisco Javier. CONFLICTOS NORMATIVOS E INTERPRETACIÓN JURÍDICA, UNAM, 2009

fondo es el respeto al imperio de ley como la forma más efectiva de la convivencia humana.

Entendemos por medio, lo que puede servir para un fin determinado; diligencia o acción conveniente para conseguir una cosa; algo pero no del todo; en la adaptación a la interpretación jurídica, sería el medio de que se vale el intérprete para descubrir el significado de la norma, los más importantes se exponen a continuación.

5.2 Método Gramatical.

En este método la interpretación se realiza tomando el significado de las palabras que el legislador empleó al momento de crear o formular la norma; recurriendo a su significado, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española. Encontramos que varios autores indican que esta forma de determinar el significado de una norma no es una verdadera interpretación, ya que el Juzgador lo que hace es aplicar algo que ya está escrito, por lo que lo que no está interpretado sino únicamente adecuando la norma de acuerdo a su significado al caso concreto que se ventile. No obstante lo expuesto, por una parte el texto de la norma puede variar con el significado de las palabras cuando en la misma se utiliza un lenguaje técnico jurídico, pues hay palabras que cambian de significado si se altera el contexto en que son empleadas, por eso los autores que defienden este método indican que si conlleva una forma de interpretación.

A esta clase de interpretación se refiere el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, párrafo primero, cuando dice que la ley se interpretará conforme a su texto según el sentido de sus palabras y conforme a su contexto o contenido total de ordenamiento jurídico, y en el caso de las leyes ordinarias, su concordancia con la Constitución. Esta interpretación incluye también a todo el texto del cuerpo normativo al que pertenece y aquí es donde se recurre al significado de las palabras utilizadas que da el Diccionario de la Lengua Española, ya que conforme al artículo 143 Constitucional y 11 de la Ley del Organismo Judicial, el español es el idioma oficial en el Estado de Guatemala.

Esto es muy corriente tratándose de palabras de un lenguaje técnico. Los conocimientos gramaticales son, entonces, insuficientes; se requiere, además, el conocimiento de las ideas que han inspirado el uso específico de las palabras, por lo que no basta con acudir al diccionario para realizar una interpretación gramatical correcta.

Este método de interpretación también se le denomina Literal, es el más antiguo y es exclusivo de las épocas anteriores a la Revolución Francesa en que existía alguna desconfianza en el trabajo de los jueces, razón por la cual éstos se encontraban obligados a ceñirse al sentido literal de la ley. Consiste como se ha venido indicando en deducir de las palabras mismas, de su lugar en la frase y de la sintaxis, de la misma puntuación, el sentido exacto del artículo de que se trata. En donde la Interpretación literal se realiza de conformidad con el uso de las palabras y con la conexión de éstas entre sí.

Algunos autores han realizado críticas a este método de interpretación por cuanto considera que también el que actúa en fraude de la ley observa su sentido literal y porque la obstrucción legal no es en el fondo más que la aplicación totalmente literal de las normas jurídicas. Y este método presenta rasgos no sólo de confusión superlativa, sino errores crasos, ya que quienes hablan de este método de interpretación se olvidan de dos puntos fundamentales como que las palabras sueltas, aisladas, por sí solas no

tienen un sentido preciso e inequívocamente definido, pues éste empiezan a adquirirlo dentro del contexto de la frase; y, que ni siquiera la frase tiene una significación determinada por sí propia, ya que su genuina significación la adquiere dentro del contexto real en que es emitida, dentro de los puntos de referencia del contorno o circunstancia, es decir, con referencia al motivo y además también con referencia al propósito.

En la interpretación gramatical no puede dejarse por un lado las reglas del pensamiento o la pragmática del lenguaje general y del lenguaje legal en particular. Es decir, junto a los factores léxicos debe tenerse en cuenta entre otros, los factores contextuales del discurso legal. El criterio de la interpretación gramatical es adversado por aquellos autores que creen que interpretación de la norma jurídica, únicamente se hace necesaria cuando la misma contiene partes oscuras o ambiguas. Actualmente, esta forma de visualizar el criterio gramatical es insostenible, debido a que no obstante el contenido del texto de la norma sea claro, aun así, para su aplicación en caso concreto, necesita interpretación.

Este método de interpretación responde a la idea de que hay que otorgarle a las palabras su sentido normal; es decir, el que tienen en el Diccionario de la Real Academia Española. Cuando las expresiones empleadas son técnicas se les deberá interpretar teniendo en cuenta la acepción técnica-jurídica del vocablo; este criterio, se compone de tres características inequívocas; a) el sentido literal constituye el punto de partida y al mismo tiempo determina el límite de la interpretación; b) invoca el elemento gramatical como punto de partida de toda la argumentación jurídica; c) cuando se dirige a la generalidad de las personas aplica términos según el uso común o al uso técnico. Se dice que el jurista que aplica la ley lo primero que hace es aplicar éste criterio si es el texto completamente claro, es decir su contenido encuadra dentro de texto, pero creo que si de la lectura se deduce perfectamente el sentido de la ley, acabaría con toda interpretación que sobrepasara el límite literal o gramatical. Esto consiste como ya se ha indicado en asignar a las palabras empleadas en las normas constitucionales el

significado taxativo que dichos vocablos tienen en el lenguaje ordinario, conforme a las definiciones que de ella se den en los diccionarios más reputados, o en el lenguaje técnico-jurídico usualmente utilizado en la respectiva área de conocimiento jurídico. La interpretación literal o gramatical resulta ser particularmente útil cuando se trata de desentrañar el significado de términos utilizados en forma aparentemente ambigua y confusa, o cuando se trata de términos de carácter técnico o científico que no son propiamente jurídicos. El criterio gramatical presupone que ningún elemento en el texto legal carece de significado; que a una expresión de un texto legal no debe dársele un significado diferente en distintos contextos ni un significado diferente que se aparte del uso general del lenguaje, salvo que exista una razón suficiente, esta técnica de interpretación es pertinente cuando existen términos aparentemente ambiguos y confusos, me inclino porque esta interpretación es la menos aconsejable en materia constitucional, su aplicación se restringe debido a que la constitución lejos de ser clara, tiene conceptos y preceptos que por la extensión de su contenido no se puede atender a su literalidad. Ante éste criterio en el que exige la claridad del texto, no se necesita interpretación y consecuentemente haría inútil la teoría de la interpretación.

5.3 Método Lógico.

El Método Lógico es aquél que utiliza los razonamientos de la lógica para alcanzar el verdadero significado de la norma. Este método de interpretación consiste en la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes.

En la utilización del Método Lógico, se habla de la existencia de una serie de reglas como: el argumento del que puede lo más puede lo menos; y, el argumento de quien no puede lo menos tampoco puede lo más; a contrario la inclusión de un caso supone la exclusión de los demás; y, la inclusión de un caso supone también la de un caso similar.

Este método de interpretación supone la aplicación de las leyes de la lógica al ámbito

del Derecho, es decir, la interpretación jurídica como “la parte de la lógica jurídica que estudia las reglas del razonamiento jurídico, reglas éstas que gozan de mayor aplicación en la jurisprudencia, que según el cual el legislador, al regular un caso determinado, también quiso regular de la misma otros de la misma especie.

Es importante indicar que en el criterio lógico conceptual el intérprete trata de comprender la norma desde el punto de vista del espacio que permite la misma, es decir que no sale del ámbito de la propia norma. A éste respecto, el connotado autor Doctor

5.4 Método Histórico.

La pregunta a responder aquí es ¿Cuál es la historia de la norma, y cuáles son los instrumentos que evidencian su creación? El primer cuestionamiento se responde descubriendo, por ejemplo, indicar cual es su precedente en el derecho latino, en el derecho canónico, precedentes legislativos anteriores, en todo caso, estas circunstancias son importantes pero no lo son de trascendencia para el intérprete. Este medio de interpretación tiene su fundamento en buscar los antecedentes que sirvieron de base para la emisión de la ley. Todas las normas jurídicas sufren un proceso para su elaboración. En este proceso, se deja constancia escrita, la que con el transcurrir del tiempo subsiste y se puede apelar a ello como la historia constructiva de la norma.

La constancia escrita pasa, a constituir los materiales pre-normativos, a los cuales puede recurrir el intérprete. Estos materiales pre-normativos, es decir, los anteproyectos, proyectos de ley, informes de comisiones, actas de debate, versiones taquigráficas etc. Este conjunto de materiales pre-normativos, son de singular importancia, para indagar sobre el contenido y significado de la norma jurídica, toda vez que éstos precedentes podrían tomarse de manera complementaria.

No obstante lo anterior debe tomarse en consideración que la historia de la norma sufre en su proceso de elaboración una serie de distorsiones de distinta naturaleza, tal el caso de la formación de opinión política de las distintas corrientes que se manifiestan en

el parlamento de muchos países, las comisiones a la que es sometida para su estudio previo, la discusión en la asamblea y finalmente las modificaciones que ésta en el uso de sus legítimas facultades legales determine.

El Método Histórico pretende interpretar la norma recurriendo a sus antecedentes, como las ideas de sus autores al concebir o elaborar los proyectos, los motivos que propiciaron la redacción y emisión de la ley, informes, actas de debates, y las discusiones que se dieron en donde consta todo los antecedentes que se dan en determinada norma.

Por eso este método de interpretación se identifica con el de la exégesis seguramente por tener ambos algunos rasgos de similitud, afirma que este Método es aquél que tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada: determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Consiste en investigar el estado de espíritu en que se encontraban los autores de la ley; los motivos que los han llevado a legislar y cómo se han representado la futura aplicación de los textos elaborados. A este efecto, se examinan los primeros proyectos de la ley que se trata y se les compara con el texto definitivo para saber en qué sentido el poder legislativo ha precisado o transformado su pensamiento. Este método, debe tenerse en cuenta para averiguar el sentido de la ley normativamente decisivo y, sobretudo, la intención reguladora del legislador y las decisiones valorativas por él encontradas, así, para conseguir manifiestamente esa intención siguen siendo pauta vinculante para el juez, incluso cuando acomoda la ley a nuevas circunstancias no previstas por el legislador, o cuando la complementa.

Este método de interpretación lo que hace es evidenciar la transformación entre lo que se presentó como proyecto de ley y luego de varias discusiones lo que se aprobado en donde se refleja en los instrumentos escritos, el espíritu de la norma; es decir, la

justificación de la creación de de la misma, en el primero de los casos se pueden consultar los anteproyectos originarios presentados y en el segundo lo que se conoce como la exposición de motivos que de alguna manera visualizan la sustentación y el problema social que se pretende resolver con la emisión de la norma.

El artículo 10, en su inciso b) de la Ley del Organismo Judicial, que refiere a la historia fidedigna de la institución, que, a mi criterio, no se trata sólo de recurrir a los datos que en un tiempo y lugar determinaron la creación de ella, sino lo que las instituciones jurídicas ha significado en el transcurso de la historia.

5.5 Método Sistemático

En este criterio se pone a la norma sujeta a interpretación con las otras normas del ordenamiento jurídico. Este criterio es de extraordinaria importancia en la práctica del Derecho, pues la función normativa de las normas tiene una textura abierta que el intérprete y el aplicador del Derecho debe delimitar. Entonces, la interpretación sistemática es aquella que se hace tomando en consideración a la norma en sí y su relación con todo el ordenamiento jurídico. Para citar un ejemplo, qué lugar ocupa la norma dentro de dicho ordenamiento si es de mayor menor o igual jerarquía. Esta es la referida en el primer párrafo del artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial.

5.6 Método Teleológico.

Es un medio de interpretación que se aplica a la norma jurídica, por el cual se intenta explicar cuál es el espacio normativo en razón del fin de la creación de la misma. La finalidad de la norma, aunque si bien es cierto se intuye en el momento de la promulgación por el legislador; esta finalidad también va evolucionando con la norma, es decir que el fin más que un principio de regulación, es un punto de llegada partiendo

del principio regulador. El fin de la ley entonces, es el objetivo, es el espíritu de la misma, es lo que justifica su existencia en el ordenamiento jurídico.

Este método en su denominación tiene el prefijo "tele" que significa fin. El Método Teleológico es, entonces, el que pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, que es la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico.

El Fin del Derecho busca interpretar cada reglamentación jurídica no de una manera aislada sino comprendiendo las motivaciones en el conjunto normativo como medio de realización y satisfacción de intereses. Se señala al Derecho por este método de interpretación caminos completamente nuevos, que estaban perdidos para él desde el Derecho natural (Interpretación Teleológica).

Algunos autores entienden que la finalidad de la norma está en su "ratio legis", es decir, en su razón de ser. Tal es el caso, por ejemplo algunos autores afirman que según el punto de vista en que uno se coloque, la ratio legis puede ser considerada como el fin realmente querido por el legislador en la época de elaboración de la ley o algunos que comentan que la Interpretación Teleológica, dice que si la ley es clara, basta con la interpretación gramatical, sin embargo, puede ocurrir que la ley sea un tanto oscura, en tal caso es conveniente apuntar a la intención de la norma, es decir considerar la "ratio legis". La captación del espíritu de la ley implica la realización de determinados procedimientos lógicos y valorativos.

Es decir el grado de abstracción de los medios interpretativos descritos, son adaptables a los distintos ordenamientos jurídicos; sin embargo tal en el ordenamiento jurídico guatemalteco, existen otros que, sin duda alguna no se llegó a agotar, pero que por su particularidad son utilizados y que provienen de la misma legislación. Como medio de interpretación nuestra legislación contempla el analógico; el cual consiste en solucionar un caso concreto no previsto en la norma en base a la similitud con otro que si previó la

propia ley, esto como indicó lo podemos observar como prohibido en materia tributaria y penal por ejemplo.

En cuanto a la equidad, la cual significa la solución justa de los casos singulares; el Uso y la Costumbre, donde existe ambigüedad pueden aplicarse estos dos aspectos, en base a los usos y costumbres locales; los Principios Generales del Derecho, en cuanto a estos, no existe un criterio generalizado, sino más bien estos principios han evolucionado con el desarrollo del Derecho; por ejemplo, respecto a los derechos adquiridos, el enriquecimiento sin causa, en el Derecho Internacional el principio de reciprocidad etc. En nuestra Constitución considero que estos principios se encuentran establecidos en el Título I, como el bien común, la libertad, la justicia, la seguridad, etc.

Como ejemplificaremos al final de este apartado, en materia civil, laboral y mercantil, encontramos otros medios de interpretación, vinculados principalmente a los contratos, con motivo de la interpretación en la aplicación de normas jurídicas individualizadas, es decir de cumplimiento entre las partes; así tenemos el de la voluntad, en cuyo caso la ley civil prevé que cuando las palabras fueren diferentes o contrarias a la intención de los contratantes, prevalecerá la voluntad manifiesta sobre éstas.

Por ejemplo en materia de derechos humanos, la interpretación deberá ser extensiva; la interpretación conforme a la materia, en cuanto a que las frases y palabras deberán interpretarse conforme a la materia del contrato que se trate; o de la misma manera se tiene la interpretación conforme a la naturaleza del contrato; o como interpretar cuando el texto del contrato aparece en formatos impresos, en cuyo caso las cláusulas ambiguas, oscuras o contradictorias se interpretarán a favor del otro contratante; o como en caso de duda, si ésta no puede resolverse por los medios establecidos anteriormente, debe decidirse a favor del obligado.

Recurriendo al diccionario de la Real Academia Española, finalidad, significa el fin con qué o por qué se hace una cosa; en ese sentido, no es posible que exista una sociedad desprovista de fines, como tampoco lo es una Constitución desprovista de objetivos. En

ese sentido, la función del Juez Constitucional, al interpretar la norma debe desentrañar su significado y alcance apartando de todo juicio de valor a cerca de sus virtudes o defectos respetando lealmente los fines que la motivan, puesto que la Constitución está diseñada sobre una idea política cuyo eje fundamental es la organización política y la estructura social. La finalidad de toda Constitución democrática reside en limitar y controlar el poder; para nuestro caso en salvaguarda de proteger los valores supremos de la persona como la justicia, la libertad, la igualdad, el bien común y dignidad del hombre; dichos preceptos según mi punto de vista se encuentran plasmados en el preámbulo constitucional y en el artículo 1º y 2º de la Constitución que contiene en su orden la protección a la persona y los deberes del Estado.

El preámbulo, dentro de otros principios y valores establece "... con el fin de organizar jurídica y políticamente al Estado; afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común...".

Sin duda en su texto y contexto se encuentra el contenido teleológico constitucional, así aunque no contiene una norma positiva ni sustituye la interpretación de las disposiciones claras, es una fuente de interpretación ante las dudas sobre el alcance del precepto constitucional. Tales son los fines de la Constitución guatemalteca plasmados en el preámbulo, que de ellos no se podrá apartar el Juez constitucional en el proceso de interpretación.

6. Clases de interpretación.

Las clases de interpretación dependen del sujeto que la lleva a cabo. Así, hay interpretación auténtica, jurisprudencial, doctrinaria y administrativa:

6.1 Interpretación Auténtica

Se identifica con las reglas de interpretación incorporadas por el propio legislador a la norma que debe ser interpretada, precisando el sentido de la misma o aclarando como debe ser entendida alguna expresión. La realiza el mismo legislador, la cual se materializa a través de la promulgación de normas que, explican o aclaran el significado de otras. *“Este acto legislativo puede realizarse ya sea en el momento de emitir la ley o posteriormente. Estas dos modalidades tienen relación con la seguridad jurídica, toda vez que si se realiza en forma simultánea, el texto de la norma aclara lo que debe entenderse por la otra, sin duda no afectará la seguridad jurídica, caso contrario sucede cuando ya se han resuelto casos concretos al tenor de una interpretación distinta a la que el legislador le dio con posterioridad; en este caso, según mi criterio nos atenemos a lo establecido en el artículo 15 de la Constitución que establece la irretroactividad de la ley, en cuanto a que “La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorece al reo”.*²⁰ Es decir, en este tipo de interpretación, el autor de la norma, indica cual es el sentido que debe de dársele a una norma.

Desde un punto de vista estricto, esta interpretación corresponden al órgano constituyente, que emitió la Constitución, en función del acercamiento la mayor certeza jurídica, ello implica que la interpretación de la norma debe hacerla quien la creó, aclarando de esa forma el mismo autor, el sentido y alcance de los textos.

Es decir la el autor de la norma es quien aclara el sentido de la misma.

Cuando el autor de la ley indica en la norma cuál es el sentido que debe dársele a la misma, sea esta constitucional, legislativa o reglamentaria, se dice que la interpretación es auténtica. Sólo al autor de la norma le es dable hacer interpretación auténtica, al momento de crearla o después, teniendo cuidado de no afectar lo que ya se haya resuelto con anterioridad a la interpretación auténtica posterior, porque pueden haber derechos adquiridos o cosa juzgada.

²⁰ Ezquiaga Ganuzas Francisco Javier CONFLICTOS NORMATIVOS E INTERPRETACIÓN JURÍDICA, UNAM, 2009

6.2 Interpretación Jurisprudencial.

Es la que emana de las sentencias de los tribunales, es decir las realizan los Jueces en el momento de la aplicación al caso concreto sometidos a su jurisdicción, esta interpretación forma parte de la doctrina legal; a este respecto el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial regula las fuentes del Derecho y preceptúa; “La ley es la fuente del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia, la complementará.

La Corte Suprema de Justicia crea doctrina legal cuando resuelve recursos de casación y la Corte de Constitucionalidad cuando resuelve casos de amparo o de inconstitucionalidad. Estos fallos son aplicables en otros casos similares, siempre y cuando se mantenga su continuidad.

6.3 Interpretación Doctrinaria.

Son aquellas interpretaciones que realizan los tratadistas del Derecho y los profesionales del mismo. No obstante que carece de fuerza obligatoria, ha tenido gran importancia y servido en muchos casos para inspirar a legisladores y Jueces.

De acuerdo con García Máynez, “se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya sea con la finalidad de interpretar sus normas o señalar su regla de aplicación”.²¹ En materia constitucional la doctrina ha jugado un papel muy importante en la sistematización de principios y técnicas dirigidas a la orientación de aquellos llamados a interpretar el texto constitucional. Esta interpretación también se denomina libre. Es libre porque no está vinculado al caso concreto. Se considera científica si aplicado éste método del estudio y conclusiones se obtiene la evolución y progreso del Derecho; no tiene fuerza obligatoria, aunque puede como se dijo influir en la labor legislativa, judicial y en materia de

²¹ biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7921.pdf

interpretación, sea esta de la norma constitucional o de la norma ordinaria; ello es así porque en los considerandos de la interpretación auténtica y en la jurisprudencial.

Es la que llevan a cabo los juristas, profesores o científicos del derecho y que la encontramos en los textos de cada materia jurídica. Los jueces, en algunas sentencias, recurren a la doctrina científica para fundamentar sus fallos.

6.4 Interpretación Administrativa.

Es la que realizan los órganos administrativos al ejecutar un acto administrativo, toda vez que para ello deben fundar su actuación en leyes y reglamentos, no hay que olvidar que por el principio de legalidad, los titulares de los órganos administrativos solo pueden hacer lo que la ley les faculta. “En las páginas anteriores, hemos visto la interpretación de la norma ordinaria según los medios que puede utilizar el intérprete, así como las clases de interpretación; estas últimas individualizan a quien las realiza. Lo expuesto, se realizó dentro de un marco de carácter teórico muy general, obedeciendo a que la interpretación jurídica, aplica como Teoría General del Derecho a todos los ordenamientos jurídicos; sin embargo, considero importante particularizar su aplicación dentro de la normativa guatemalteca, seleccionando para el efecto algunas normas de la Ley del Organismo Judicial, Código Civil y Mercantil, Código de Trabajo, e identificando según mi entender la relación de las mismas con las categorías antes indicadas”.²²

En cuanto a las técnica de la interpretación constitucional la particularidad de la interpretación constitucional, han conducido a sistematizar algunos de los procedimientos y reglas aplicables. Es oportuno indicar que si bien es cierto existen diversidad de ellas, por didáctica se toma la clasificación expuesta por “Naranjo Mesa”, en el entendido que además de parafrasear al autor, se incorporan al texto otros aportes, comentarios personales y el esfuerzo cuando procede de la adaptación a la regulación de la Constitución Política. En consonancia con lo dicho la clasificación:

²² Ezquiaga Ganuzas Francisco Javier CONFLICTOS NORMATIVOS E INTERPRETACIÓN JURÍDICA, UNAM, 2009

según la fuente de donde provienen: auténtica, doctrinaria y judicial; según las formas interpretativas: literal, extensiva y restrictiva; según sus antecedentes: la histórica, política y evolutiva.

Los diversos órganos administrativos del Estado, en algunas ocasiones emiten resoluciones que se originan de solicitudes de los administrados o dicta normas de carácter general, que la doctrina llama normas en sentido material, tiene que interpretar la norma que lo faculta a emitir una norma, pues eso es lo que manda el principio de jerarquía normativa. A eso se le llama interpretación administrativa, aunque no tiene la trascendencia de la interpretación jurisprudencial.

6.5 Interpretación judicial.

Es aquella que realizan los Jueces y magistrados dentro de la esfera de su competencia. La interpretación constitucional que un órgano jurisdiccional realiza, es provisional cuando sea susceptible de ser revisada por otro, generalmente superior, el que, a este respecto tenga la última palabra y pueda darle a la interpretación de aquel el carácter de definitiva por considerarla correcta o pueda también señalar otra distinta. La interpretación constitucional implícita es la que realizan los jueces al llevar a cabo su función de solución de controversias, toda vez que las leyes que apliquen deben ser interpretadas en armonía con la constitución así como su actuación misma debe guiarse por los principios derivados de la propia ley fundamental. Los jueces cuya interpretación es explícita son aquellas a los que se otorga el carácter de garantes de la constitución, esto es los que tienen por misión salvaguardar el orden constitucional. El juez constitucional goza, de más libertad para decidir. Corresponde a los jueces, por medio de la interpretación constitucional dar sentido y contenido a preceptos como, bien común, orden público, interés particular, interés general, desarrollo de nación, utilidad pública, propiedad, etc. Cuya noción se transforma de acuerdo a las exigencias y cambios sociales, a fin de aplicar las normas constitucionales desde la cúspide suprema de la realidad concreta y siempre dinámica. Es de hacer la observación que en el sistema mixto, los jueces ordinarios al conocer de los juicios de carácter constitucional se convierten en tribunales extraordinarios de carácter constitucional, sin embargo tal

como lo vimos en la interpretación auténtica, corresponde a la Corte de Constitucionalidad resolver en definitiva, tanto de aquellos que provienen en alzada como los que se ventilan en única instancia. Un ejemplo concreto que complementa la fuente de derecho es la jurisprudencia, convertida en doctrina legal, a éste respecto en lo corresponde al Amparo, se tiene el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, regula que la interpretación de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte.

6.6 Interpretación restrictiva y extensiva.

En éste sentido, debe tomarse en consideración, dos aspectos: uno que se refiere directamente con la interpretación del texto normativo; es decir, la posibilidad de que al interpretar se dé un significado más extenso o limitado, y el otro de carácter constitucional en función de lo que regula la norma ya sea que se trate de derechos de carácter fundamental o de atribuciones de los organismo de Estado. En todo caso evitar los efectos negativos que produciría la aplicación literal de la norma que se interpreta.

Cuando se aplica la interpretación extensiva y restrictiva, lo favorable de una disposición no se tomará en cuenta para aplicar o restringir su interpretación. Hay preceptos que se interpretan de manera restrictiva, tales como las leyes prohibitivas, aquellas que imponen sanciones o requisitos, las que confieren un beneficio y en general las excepciones se interpretan respectivamente. En materia de interpretación constitucional, es restrictiva, por ejemplo, cuando se refiere a las inmunidades, las cuales garantizan un antejuicio para ciertos funcionarios, jueces, magistrados y dignatarios que están expuestos sensiblemente a incriminaciones por actos realizados en el ejercicio de sus cargos, separando de ello los ilícitos que pudiesen cometer en su carácter particular. Ello considero que es así por tratarse de una limitación circunstancial establecida en el artículo 4º de la Constitución que regula el principio de igualdad. Contrario a ello, en la interpretación extensiva el alcance de la norma se proyecta a casos que aparentemente no están previstas en ella, pero que pueden quedar razonablemente incorporados a la norma: un ejemplo de ello se encuentra en el artículo 44 de la Constitución Política que

regula lo que corresponde a los Derechos inherentes a la persona humana, prescribiendo que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

A este tipo de interpretación, ya sea extensiva o restrictiva, se le denomina también correctora y se deriva como consecuencia de la vaguedad de la norma el campo de aplicación de la misma resulta indeterminado, es por ello que cuando hablamos de interpretación extensiva e interpretación restrictiva éstas constituyen dos formas alternativas de evitar la vaguedad de la norma y con ello determinar el campo de aplicación. Un ejemplo para reducir la vaguedad de la norma es la aplicación de la analogía.

La diferencia entre estos dos tipos de interpretación, consiste en que la restrictiva, reduce la indeterminación de la norma, restringiendo su campo de aplicación solo a uno de los casos que estén claramente determinados, excluyendo los que sean dudosos, por poner un ejemplo; y la interpretación extensiva, mediante la disociación introduce en la norma una cláusula de excepción, que equivale a sustituir la norma original, por una diversa, que se aplica al momento de interpretar. Las dos, entonces se encargan de determinar el significado de los enunciados de la norma jurídica usados por el legislador o autoridad determinada para diseñar los supuestos jurídicos aplicables al caso concreto. Es por ello que se dice que este tipo de interpretaciones son operaciones de construcciones jurídicas que consiste en formular una nueva norma, no expresa; y la otra, es decir la extensiva en formular una excepción a la norma no expresa y como consecuencia ésta se aplica a casos concretos de una norma que contiene vaguedad, previamente identificada por el interprete y como opera dicha interpretación es que para reducir esa vaguedad plasmada en la norma, se introduce este tipo de interpretación incluyendo el caso dudoso en el campo de su aplicación, en el ejemplo que se indicó anteriormente,

es decir utilizar la analogía, se realiza de esta forma para llenar una laguna en determinada norma que ha sido previamente identificada.

6.7 Interpretación evolutiva.

La interpretación evolutiva del ordenamiento jurídico es que las normas jurídicas sean aptas para seguir regulando una realidad dinámica. Es decir que cuando el interprete opta por utilizar este tipo de interpretación, el Juez puede elegir entre mantener el sentido normativo tradicional o desvelar otro hasta entonces oculto, presupone un interprete creador que opta por una normativa que no permite someterla a una realidad o extraer otra nueva que sirva para ese fin.

La interpretación evolutiva es consecuencia de la doctrina dinámica que alienta al interprete a adaptar los textos normativos antiguos, especialmente los constitucionales que por su naturaleza son más estáticos ó estables, a circunstancias nuevas, por lo que este tipo de interpretación ayudan a remediar por vía de la interpretación el envejecimiento de normas por falta de reformas legislativas o constitucionales o de cualesquiera otra naturaleza, es decir por ejemplo circulares, acuerdos que son emitidos por otros órganos como el organismo ejecutivo. Lo anterior, tiene su objetivo cambiar la interpretación de algunos textos normativos cuando las circunstancias en los que se deba aplicar determinada ley hayan variado por el transcurso del tiempo. Esta se caracteriza por ser contraria a la interpretación histórica, ya que la interpretación evolutiva atribuye al texto normativa un significado nuevo, diferente del usual o consolidado, que es producto de la adaptación de antiguas normas constitucionales a situaciones nuevas que no pudieron ser previstas en un momento dado por el legislador, pero que el transcurso del tiempo las hace imprescindibles y viables, sin que por ello, se contradigan los derechos y garantías plasmados en la Constitución Política de la República y que busca como fin la aplicación de la justicia.

El procedimiento de interpretación constitucional, a mi juicio tiene una homologación justificativa del porqué se crea el intérprete auténtico, en vista que, el texto de la Constitución requiere que su interpretación no se limite a valorar el escenario existente en el momento en que esta fue sancionada por los constituyentes, sino también las condiciones y necesidades existentes en el momento de su aplicación constitucional, esta forma, el intérprete refleja las condiciones sociopolíticas y económicas que se viven al momento de su aplicación. Tiene su fundamento en que se parte de una Constitución viviente, que propicia las metas sociopolíticas a conseguir, es decir que es un medio para alcanzar la finalidad y objetivos trazados en la carta magna, que en determinado momento se traza la sociedad. A esta interpretación se le ha otorgado el calificativo de progresista, toda vez que el Juez constitucional se encuentra con normas abiertas, entre otras, justicia, paz, libertad, bien común, derechos fundamentales, etc., que permiten algún margen para seleccionar lo mejor de dos o más interpretaciones posibles. La interpretación se fundamenta en que los textos normativos tienen una vida propia que los aparta de alguna manera del pensamiento y voluntad de los autores, debido a las condiciones económico-sociales y políticas que dinámicamente se encuentran en constante movimiento, sin embargo no significa asignar cualquier contenido a las normas constitucionales, menos a aquellas que contienen previsiones establecidas por el constituyente. “La crítica a esta forma de interpretación se basa en que su aplicación imprudente o arbitraria puede conducir al desquiciamiento del orden constitucional, con el peligro que esto representa para la estabilidad y seguridad jurídica. Una interpretación evolutiva de la Constitución, requiere además de prudencia una enorme responsabilidad por las consecuencias que puede acarrear en su ejecución, por tal razón consideré conveniente incorporar al texto de la presente tesis lo que corresponde a interpretación previsoras”.²³

6.8 Interpretación previsoras.

²³ <http://www. Dr. García Murillo, José Guillermo LAS ANTINOMÍAS EN EL DERECHO, EL POR QUÉ DE SU ORIGEN Y EL CÓMO DE SUS POSIBLES SOLUCIONES, Libro electrónico.>

El Diccionario de la Real Academia Española, iguala el vocablo *previsora*, con *prever*, que a su vez significa: conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. Trasladar esta definición a la interpretación *previsora*, resulta, relacionar el impacto como consecuencia del resultado que se obtiene como producto de una resolución en materia constitucional; en otras palabras, si el producto logrado una vez evaluado resulta ser adecuado y descartarlo si no lo es. El intérprete debe tener presente, para valorar la solución plasmada en la resolución a la luz de los efectos que producirá en un caso concreto al conglomerado social; si el producto es decididamente nocivo mal haría en postularlo. No existiría una decisión incorrecta del intérprete, si teniendo varias soluciones dentro del marco constitucional que escoja aquella que mejores consecuencias produzca en el caso concreto, o a la comunidad. Aunque se trata de un ejemplo que pertenece al ámbito del Derecho Sajón, “Sagües, ilustra esta técnica de interpretación así: Un caso interesante en materia de interpretación *previsora* lo es “Naftalin v. King” fallado por la Corte Suprema del Estado de Minnesota, donde el tribunal constata que una ley es inconstitucional por violar el art. 9º, incs. 5º, 6º y 7º, de la Constitución local; y sin embargo, resuelve no declarar esa inconstitucionalidad por efectos negativísimos que ese pronunciamiento habría provocado en el Estado (suspensión o cancelación de un gigantesco plan de obras públicas, ya emprendido; atraso en el desenvolvimiento educacional; desasosiego social, etcétera.).”²⁴

6.9 Interpretación constitucional política.

Esta se da ya que como su nombre lo indica la Constitución Política de la República de Guatemala, contiene una parte con esencia política, de ahí su nombre, es decir todo derecho constitucional es político, esto no quiere decir que todo derecho político sea considerado derecho constitucional. Por lo que en este tipo de interpretación su naturaleza tiene esa peculiaridad, como un reflejo en las disposiciones constitucionales de la realidad política que vienen a establecer.

El peligro que se le señala a este tipo de interpretación es que es tan abierta que puede acabar suponiendo una mutación constitucional.

²⁴ biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6624.pdf

7. La Interpretación Constitucional

Todo lo expuesto con referencia a la interpretación general de las normas jurídicas ordinarias, es aplicable a las constitucionales; pero, por su especial origen, características y naturaleza, hay diferencias y peculiaridades propias de su interpretación, sobre todo porque la misma materia que se regula, es distinta a la de la norma ordinaria.

Por interpretación conforme la ley tenemos la reunión de dos puntos delicados, que pueden ser considerados opuestos, pero que son complementarios, pues revelan la complejidad de la interpretación constitucional en la búsqueda por una conciliación entre límites materiales impuestos por los derechos y respecto a las decisiones democráticas. En primer lugar, es punto de extrema importancia para la teoría neoconstitucionalista la defensa de una interpretación conforme la constitución; algo un poco más sofisticado que el simple control y defensa de la constitucionalidad. Por interpretación conforme a la constitución tenemos la posibilidad de que el Tribunal Constitucional atribuya una interpretación obligatoria a determinada ley, de modo que se evite que sea considerada inconstitucional. Otra cuestión, completamente distinta, es la relativa a la interpretación conforme a la ley. De acuerdo con la doctrina neoconstitucionalista, los jueces ya no ejercen una función autómatas, aplicando la ley de forma mecánica. Considerando el alcance de los principios y valores o las zonas de indeterminación que pueden poseer las normas constitucionales, tenemos como consecuencia una cantidad casi sin fin de interpretaciones posibles para un caso concreto. Incluso las reglas, que presenten una solución específica, están sujetas a parámetros de validez fundados en normas de estructura abierta. Así, casi todos los juicios interpretativos pasan a constituir actividades complejas, incluyendo aquellos casos considerados fáciles. Por eso, el derecho, y principalmente el derecho constitucional, estará siempre sujeto a un complejo proceso interpretativo. A partir de ese problema, debe el sistema construir

criterios interpretativos, los cuales son absolutamente necesarios para la convergencia y la coherencia de las decisiones en un sistema jurídico. Ante la consideración de que la inclusión de valores y principios puede proporcionar una posibilidad demasiado amplia de interpretaciones, es siempre preferible intentar preservar la solución prevista en las leyes. Si, de acuerdo con los criterios materiales, son posibles muchas interpretaciones distintas, la interpretación de las leyes visando la preservación de su vigencia procura, de entre las varias interpretaciones posibles, preservar aquellas opciones políticas elegidas con bases democráticas.²⁵

Los principios y reglas no presentan solamente estructuras distintas, sino que demandan, un modo de interpretación distinta. Aunque los principios generalmente son expresos en los ordenamientos, las reglas son más específicas, dando para una solución más clara y determinada; y son de aplicación más estricta. Sin embargo, los principios suelen entrar en conflicto con otros principios, lo que dificulta su aplicación directa. En ese caso la solución que da Alexy es recurrir a la ponderación; en cambio si se trata de una norma o regla, el procedimiento es la subsunción; o sea que la solución está prevista en la ley. Sobre esta preferencia, explica Alexy: La respuesta puede sólo rezar que, desde el punto de vista de la sujeción a la Constitución, existe una prioridad del nivel de la regla. Ciertamente, también el nivel de los principios es el resultado de un acto de positivación, es decir, de una decisión. Pero, una decisión en el ámbito de principios puede entrar en colisión y deja muchas cosas sin decidir, pues, un haz de principios tolera determinaciones muy diferentes de relaciones concretas de preferencia; es conciliable con reglas totalmente diferentes. Así, en la medida en que se adoptan determinaciones en el ámbito de las reglas, se decide más que a través de la sujeción a todas las decisiones del legislador constitucional. Por lo tanto, las determinaciones adoptadas en el ámbito de las reglas preceden a las determinaciones alternativas que, tomando sólo en cuenta los principios, son igualmente posibles.

8. Principios constitucionales de interpretación.

²⁵ Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx.

Hemos dicho con anterioridad que la interpretación constitucional, aunque es una labor extremadamente compleja, tiene sus propios principios y técnicas. En este subtítulo trataré aspectos doctrinarios que sirven para la Constitución de nuestro país; así, la jurisprudencia genera doctrina en base a los fallos del Tribunal Constitucional, según el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad que establece: “La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sientan doctrina legal que deben respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte.

Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido”. El Tribunal Constitucional al interpretar la norma de mayor jerarquía mediante los fallos exige formar doctrina, para lo cual debió recurrir a la utilización de las técnicas y reglas de la interpretación de quienes están autorizados legalmente para realizar la interpretación constitucional.

Con el tiempo se han ido desarrollando dos corrientes de pensamiento; una, orientada a que la interpretación constitucional es propia del Tribunal Constitucional u órgano afín, como sujeto de la actividad interpretativa y la otra, orientada a que ésta debe aplicarse sobre el objeto sobre la cual recae. Mi opinión es que, en el primero de los casos se restringe el concepto, debido a que si la interpretación constitucional es indagar cual es el contenido de las disposiciones que la Constitución establece, no puede ignorarse la interpretación intelectual desarrollada por juristas u otros órganos del Estado; interpretaciones a las que pueden recurrir quienes por ley, están investidos de la facultad de interpretar la Constitución, toda vez que la integración teórica es producto de la investigación y su desarrollo generalmente se realiza tomando como base los casos sometidos a la jurisdicción constitucional. La segunda, recoge el criterio de la interpretación constitucional, la cual se dirige al objeto sobre el cual recae la interpretación y no el sujeto que la realiza; bajo esta perspectiva, la interpretación, sería

todo razonamiento intelectual tendiente a establecer el significado, sentido, alcance y extensión del contenido de los preceptos que forman el texto constitucional.

En la segunda corriente, se encuentran integrados, no solo aquellos que por ley están facultados para interpretar la Constitución y cuyas decisiones –sentencias- son vinculantes, es decir, de obligatorio cumplimiento; sino además todas aquellas interpretaciones intelectivas que no provengan de la fuente del más alto Tribunal Constitucional y que sin ser vinculantes, el aporte teórico enriquece las fuentes de consulta. Debe tenerse presente que la aplicación del Derecho mediante la interpretación normativa, significa una interpretación jurídica que pueda tenerse como correcta, aclarando que lo “correcto” en este campo es sinónimo de imparcial y, por tanto, como lo contrario u opuesto a lo arbitrario, subjetivo o tendencioso.

Una característica de la función del juzgador es la imparcialidad. El término imparcial resulta ser un conectivo entre la interpretación y la decisión de primer orden. Consultando el Diccionario de la Real Academia Española, “la imparcialidad”, significa, la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud. En nuestro país el procedimiento para la integración del Tribunal Constitucional, obliga a quienes lo integran a investirse de la madurez necesaria para entender que no representan ni están al servicio del órgano que de acuerdo a la Constitución es competente para su designación: pues de lo contrario, se pone en riesgo la imparcialidad en sus actuaciones. La Corte de Constitucionalidad, se integra con cinco magistrados titulares, cada uno tendrá su respectivo suplente, y son designados; uno por la Corte Suprema de Justicia, uno por el Pleno del Congreso de la República, uno por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, uno por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala y uno por la Asamblea del Colegio de Abogados, designándose simultáneamente a su respectivo suplente.

Se pone en riesgo la imparcialidad, si no se tiene la madurez de actuación necesaria, debido a que el procedimiento involucra órganos políticos para la designación de los

Magistrados, que en la práctica ocasiona duda en la población sobre la forma de resolver principalmente los asuntos de relevancia política nacional. Debe entenderse que el procedimiento establecido constitucionalmente para escoger a los Magistrados, no significa que éstos deban representar o defender los intereses del órgano que los designó; por el contrario su actuación es totalmente independiente y solo limitada por la Constitución o las leyes; así, el artículo 167 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad regula que: Los Magistrados de la Corte de Constitucionalidad ejercerán sus funciones independientemente del órgano o entidad que los designó y conforme a los principios de imparcialidad calidad y dignidad inherentes a su investidura. No podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de su cargo. No obstante ello, en la práctica, sin duda por ignorancia se han presentado casos que no viene a colación individualizarlos, debido a la seriedad del presente trabajo, en los que se ha pretendido llamar con carácter de obligatoriedad de parte del órgano que designa al Magistrado para rinda cuentas de actuación dentro de la Corte.

Existen algunos criterios lingüísticos contradictorios que al referirse a la interpretación. En algunos casos se toma como método; y en otros, como técnica. Aunque ya lo dije al principio del presente trabajo de tesis, es necesario reiterar que ello se debe a que se toma como sinónimo el significado de la interpretación con la hermenéutica, siendo la primera la aplicación de la técnica de los principios que emanan de la hermenéutica como teoría científica. Lo anterior clarifica el criterio que comparto, que es más adecuado identificar la interpretación constitucional con la técnica, “cuyo vocablo es definido por el Diccionario de la Real Academia Española como: el conjunto de procedimientos o recursos de que se sirve una ciencia o un arte. Pericia o habilidad para ejecutar una cosa o para conseguir algo”.²⁶ La hermenéutica es la disciplina científica que tiene por objeto el estudio de la sistematización de los principios y métodos interpretativos, mientras la interpretación es la aplicación técnica de los principios que emanan de la teoría científica. La interpretación es el arte de la ciencia hermenéutica. La interpretación constitucional, debe permitir desentrañar no solo el sentido, sino lo más importante el alcance de la norma, pues no se puede concebir su

²⁶ Real Academia Española <http://www.rae.es/>

aplicación a las relaciones sociales sin haber recurrido previamente a la interpretación. La interpretación como técnica es aplicable a cualquier tipo de norma. No se limita a las que en su texto aparecen como obscuras, ambiguas o dudosas, sino también aquellas que no ofrecen ninguna duda, ello porque en ambos casos se necesita de un razonamiento intelectual. Si la aplicación de la técnica de interpretación, es importante en cualquier campo del Derecho, en materia constitucional cobra mayor relevancia, debido a que el texto normativo objeto de interpretación es el que da vida, el que le otorga validez al ordenamiento jurídico y que impacta de manera directa en las relaciones sociales de una Nación; una errónea interpretación puede hacer fracasar el sentido de una buena Constitución; se necesita entonces además de amplios conocimientos de Derecho Constitucional cierto grado de habilidad y prudencia.

Debe tenerse en cuenta que la Constitución no es un cuerpo de normas homogéneo, sino, por el contrario, es heterogéneo; además, contiene una diversidad de materias, preceptos, valores y principios, estos últimos cargados de juicios de valor. En este sentido, el autor Alejandro Maldonado, citado por el Jurista Rafael Ortiz Ortiz, apunta que : “la interpretación tiene sus reglas, lo que conduce a la mayor uniformidad posible en la declaración del Derecho, pero debe observarse que cada rama tiene las suyas, siendo por ello oportuno tener en cuenta los principios de conocimiento de la Constitución, sobre todo cuando los modelos privatísticos pugnan por hacer olvidar su normatividad fundamental que consiste en que es directamente aplicable, que guarda congruencia en todo su contenido, que es naturaleza finalista desde el preámbulo hasta la última de sus disposiciones, y que debe tener efectividad”.²⁷ Además, la interpretación constitucional siempre está cargada de componentes políticos y de los fines de la organización política del Estado. La complejidad de la función interpretativa constitucional, debido a la gravitación que sobre ella tienen los elementos de la realidad política y su relación con la idea política dominante en la sociedad no se presenta con igual intensidad en el ámbito del derecho privado.

²⁷ Ortiz-Ortiz Rafael, TUTELA CONSTITUCIONAL PREVENTIVA Y ANTICIPATIVA, Caracas: Editorial Fronesis, 2001.

La interpretación en el derecho privado es el paso previo para resolver controversias suscitadas por intereses contrapuestos de carácter individual o social, y prescinde muchas veces de los componentes políticos. La amplitud de temas que abarcan las normas constitucionales y la frecuente imposibilidad de agrupar todas sus proyecciones en un texto normativo, producen inestabilidad que es poco frecuente en el derecho privado... Tal circunstancia determina que en el ámbito del derecho público, y especialmente en el derecho constitucional, el arte de la interpretación englobe tres mecanismos: la interpretación propiamente dicha, la integración y la construcción. Interpretar es desentrañar el significado y sentido del texto normativo, descubriendo y explicando el lenguaje utilizado. Integrar es precisar la extensión y significado de una norma que le brinda sentido, acudiendo a la auto integración, por vía de la analogía, o la heterointegración, a través de valores y principios que integran la idea política dominante en la sociedad.

Para Hans Kelsen todo el ordenamiento jurídico es válido, porque concuerda con la Constitución la que, a su vez, se fundamenta en una norma fundamental a la norma, "Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho, le atribuye el papel de una hipótesis básica, en la que partiendo del supuesto de que ésta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le es subordinado, y que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico, el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y una sanción... es en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento, no es una norma de derecho positivo; dicha norma no es puesta sino supuesta. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe un objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida. Kelsen respecto al tema de la norma fundamental recibió numerosas críticas, basadas principalmente en mantener un cerrado normativismo o cadena del deber ser, sin permitir un hecho fundamentador último; sin embargo, ello debe comprenderse si no se olvida la premisa de que este autor

fundamentó su teoría justamente en apartar del Derecho todos aquellos elementos que le fueran extraños al mismo, y que dieron origen a su Teoría Pura del Derecho”.²⁸

Las mayores críticas recibidas a la norma fundamental kelseniana se dio, en aquellos que la asociaron con una interpretación iusnaturalista, justamente por la utilización de criterios metafísicos, tomando como base el razonamiento de que la norma fundamental es una norma presupuesta porque los juristas, en un acto mental, le otorgan el valor del fundamento de la validez de las normas positivas, no siendo ella positiva.

El jurista; “Doctor Villegas Lara, al analizar la norma hipotética fundamental concluye que: ... En todo caso, nos adherimos a la tesis que sostiene que la validez de la norma superior, es decir la norma constitucional, descansa en un hecho extranormativo: la soberanía popular, siempre y cuando el pueblo haya manifestado libremente, de modo directo o por representación, su voluntad de crear la norma constitucional”.²⁹

El aporte de conocimiento de Kelsen al estudio del Derecho como ciencia es innegable, puesto que criticar lo realizado, es una tarea más fácil, pero, de todas maneras constituye una parte del eslabón de la cadena de la ciencia para dar espacio a mejorar una sustentación teórica. Al pretender mantener el Derecho como un sistema normativo cerrado, libre de toda influencia externa en relación con el mismo no permite explicar que la norma fundamental tenga su origen en otra norma positiva.

De allí que si esta cierra la unidad el ordenamiento jurídico, la fundamentación de ésta forzosamente se encuentra en el campo extranormativo.

Algunos juristas, que inicialmente compartieron la teoría kelseniana de la norma fundamental, posteriormente dijeron que la validez de la norma última se funda en la

²⁸ biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7921.pdf

²⁹ biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7921.pdf

efectividad del poder último. Con ello, establece una distinción entre la norma cúspide del ordenamiento jurídico, que es también la última norma válida del mismo y un hecho fundante que es poder último.

Complementando lo anterior, en Soriano se encuentra que: “El fundamento de una norma, incluso en una norma tan importante como la norma máxima superior, puede estar fuera de todo el ordenamiento, con tal de que sea causa suficiente de su eficacia... La norma primaria del ordenamiento jurídico no necesita a otra norma por encima de ella, aunque si un fundamento que es la soberanía popular o voluntad del pueblo que se expresa a través del referéndum y crea una Constitución. Hay un proceso lógico y cronológico que va de la soberanía a la Constitución del Estado de Derecho y de su ordenamiento jurídico”. En lo que corresponde a nuestra Constitución Política, alude a este fundamento; así, el artículo 141 establece que: La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismo es prohibida.”³⁰

8.1 Principio de supremacía constitucional.

Dentro de las cualidades esenciales del ordenamiento jurídico se encuentra el de su unidad, que tiene su fundamento en que todas las normas se relacionan entre sí en una estructura jerárquica, en el cual la Constitución se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico. Al referirse a la unidad del ordenamiento jurídico, como se denota el criterio de Norberto Bobbio al concluir en que la unidad desde el punto de vista interno, vendría dado por la Constitución, en ella y desde ella, el criterio formal despliega su sentido.

Existe una relación directa de la unidad del ordenamiento jurídico con la jerarquía normativa, pues la existencia de la misma se encuentra condicionada al sometimiento de la ley de menor jerarquía a otra superior. El principio de la unidad del ordenamiento

³⁰ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Editores Rubinial Culioni. Buenos Aires. pág. 17.

jurídico se evidencia en nuestra Constitución Política en el hecho de que todas las leyes de nuestro ordenamiento deben concordar con la Constitución, es decir, que ninguna ley de menor jerarquía puede entrar en contradicción con ella. Por otro lado, nuestra Constitución establece el procedimiento para la creación de la ley, lo que se conoce doctrinariamente como validez formal; por otro lado, la normativa creada por órgano encargado de legislar, tampoco puede entrar en contradicción con ningún precepto sustantivo de la Constitución; es decir, la validez material, pues de lo contrario puede ser declarada contraria a la misma y expulsada del ordenamiento jurídico guatemalteco. La Constitución Política de la República, contiene el principio de supremacía constitucional en los textos de los artículos 44, 175 y 204. El primero, al otorgar una interpretación extensiva a los derechos inherentes a la persona humana; el segundo párrafo establece: son nulas ipso jure, las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

En este sentido, la Corte de Constitucionalidad, ha resuelto que “la supremacía constitucional, implica que en la cúspide del ordenamiento está la Constitución y esta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados, a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. El artículo 175 también regula lo correspondiente a la jerarquía constitucional, al establecer que las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.

El artículo 204, al regular las condiciones esenciales de la administración de justicia establece que: los Tribunales, en toda resolución o sentencia, observarán obligatoriamente el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad ha pronunciado que “El principio de supremacía se deriva de la jerarquía normativa que impone la coherencia del ordenamiento jurídico, de manera que la norma superior determina la validez de la inferior...” Gaceta No. 59, expediente No. 1200-00, página No. 59, sentencia 29-03-01. Al discutirse inicialmente el artículo 46 de la Constitución Política de la República, que regula la preeminencia del Derecho Internacional, se establece el principio general de

que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno. Este artículo ha sido interpretado por dicha Corte, en el sentido de que, por “derecho interno”, se entiende todo ordenamiento jurídico, excluyendo la Constitución.

A su alrededor se crearon apasionados y acalorados debates en cuanto a que si al tenor de este texto los tratados y convenciones antes indicados prevalecían sobre la Constitución. Al definir su posición al respecto, la Corte de Constitucionalidad se pronunció en que: “... la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde a las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no que la coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto.

El hecho de que la Constitución haya establecido la supremacía sobre el Derecho Interno, debe entenderse como el reconocimiento del derecho convencional que en materia de derechos humanos va aumentando y que su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de supremacía jerárquica que concuerde con su conjunto, pero nunca con la potestad reformadora y menos derogatoria de los preceptos constitucionales, o sea que no pueden entrar en contradicción con normas de la Constitución ... “Gaceta No. 18, expediente No. 280-90, página No. 99, sentencia 19-10-90.

El principio de supremacía constitucional, como causa, provoca como efecto dos consecuencias fundamentales.

8.2 Principio de rigidez constitucional.

Hemos visto anteriormente que supremacía constitucional implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución, la que para nuestro caso la encontramos como se dijo regulada en los artículos 44, 175 y 204 de la Carta Magna. La rigidez, se

encuentra vinculada si el procedimiento de su reforma está condicionado a circunstancias sociales, es decir, cuando sea estrictamente necesaria cumpliendo con un procedimiento diferente al que existe para la creación de leyes ordinarias. Esto tiene su fundamento en que la Constitución que es creada con el ánimo de que los valores y principios del modo de vida de la sociedad sean permanentes, ajena a los vaivenes políticos, propios del Organismo Legislativo, puesto que si no existiera tal principio, se convertiría en un simple enunciado, sin ninguna estabilidad. Así, si el legislador común no puede introducir una norma ordinaria al ordenamiento jurídico que contraríe el texto constitucional, como para reformar el texto. La rigidez de la Constitución, indica que para poder modificarla, el procedimiento debe realizarse por medios especiales, con formalidades específicas y para órganos diferentes al legislador ordinario.

8.3 Principios de interpretación constitucional

“A este respecto el autor Sierra González, indica que, la mayor generalidad de los preceptos constitucionales, la pretensión de permanencia o preceptos con fuerte grado de perdurabilidad, su carácter fundante y fundamental determinando los principios y condiciones esenciales de la vida política de la sociedad, su naturaleza estructuradora de la organización estatal, el ser preceptos base de validez de todo el sistema normativo, su índole de normas progresivas o de desarrollo que las hace adaptables o dotadas de elasticidad para irse acoplando a las nuevas realidades que impone el cambio o dinámica social y política; todo ello, impone a la interpretación constitucional particularidades propias, y determinan que en su ejercicio se deban tener presentes algunos principios, técnicas, enfoques y criterios no necesarios de la interpretación judicial en general”.³¹ En todo caso, la misión fundamental del intérprete constitucional, debe ir orientada a determinar el sentido y el alcance de las normas constitucionales conforme a los principios constitucionales, que son la base axiológica jurídica sobre la cual se constituye todo el sistema normativo. En consecuencia ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. La movilidad del sentido de una norma ordinaria se encuentra limitada por su interpretación acorde con los principios constitucionales. Los derechos fundamentales

³¹ biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7921.pdf

son como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con estos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia, es decir todo derecho fundamental deber ser emanación directa de un principio.

8.4. Principio de la unidad de la constitución.

Este principio establece que la interpretación de la norma constitucional no puede hacerse en forma aislada, sino que debe considerarse dentro del conjunto constitucional; es decir una totalidad ordenada y sistemática, donde cada parte o precepto debe analizarse en coherencia con los preceptos de las demás partes. La interpretación de las normas constitucionales, no debe ser efectuada en forma aislada, puesto que ello podría provocar contradicciones; en vez de ello, debe buscarse una concordancia que permita desentrañar su significado armónico de todas las partes. Este principio de interpretación se encuentra relacionado con la función constitucional de unidad del ordenamiento jurídico, de allí que no se pueda limitar la interpretación de una norma de menor jerarquía a una determinada norma constitucional en razón de afinidad de materia. De lo anterior se deduce que el Juez Constitucional no debe limitarse en su labor de interpretación a comparar uno o varios artículos de la Constitución, sino por el contrario debe basar sus decisiones teniendo en cuenta la correspondencia y armonía con todas aquellas que tengan relación con el asunto a resolver, así a manera de ejemplo, cuando existen artículos constitucionales que enuncian derechos que pueden ser ejercidos por los ciudadanos de conformidad con leyes comunes, dicha norma no puede ser interpretada al margen de lo establecido en el artículo 175 de la Constitución que establece los límites que no pueden ser superados por la legislación de orden común.

8.5 Principio de la concordancia práctica.

Según éste principio, los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados, de tal forma que al solucionar un problema todos ellos conserven su entidad, conlleva la complejidad de resolver en ciertos casos el problema que plantea cuando entran en conflicto bienes e intereses constitucionales protegidos, sobre todo

cuando, se trata de derechos fundamentales, en cuyo caso ha de procurarse una interpretación que resguarde o garantice la efectividad de ambos y no llegar a la realización de uno a costa del otro.

“La interpretación constitucional debe realizarse con alto grado de ponderación de los valores en conflicto; por ejemplo, el Derecho a la vida de la madre y el hijo que está por nacer; el artículo 3º de la Constitución establece el Derecho a la vida. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción... No obstante este precepto, en caso que exista riesgo establecido profesionalmente entre la vida de la progenitora y el niño que está por nacer, se prefiere la de la madre, en cuyo caso se puede practicar el aborto.”³²

8.6 Principio de la eficacia Integradora.

Este principio está referido a la utilización de la interpretación constitucional, cuando se refiere a normas relacionadas con el funcionamiento de los órganos del Estado, teniendo en cuenta la armonía que debe existir entre estos para la realización de los fines; ello porque la Constitución no es simplemente un instrumento jurídico sino también un instrumento de gobierno y un símbolo de la unidad nacional. Un instrumento de gobierno, porque establece el marco de movilidad y de competencias de los distintos organismos del Estado, por una parte, y a la vez la búsqueda de eficacia integradora de los mismos. La Corte de Constitucionalidad utilizando este principio a establecido: “ ... Uno de los principios básicos del Estado de Derecho es el de la división de poderes en que se atribuye primordialmente al Organismo Legislativo la función de crear leyes; al Organismo Judicial la de aplicarlas y declarar los derechos en casos controvertidos que se sometan a su conocimiento y al Organismo Ejecutivo la facultad de gobernar y administrar; la división de poderes, es la columna vertebral del esquema político republicano y es, además el rasgo que mejor define al gobierno constitucional, cuya característica fundamental es la de ser un gobierno de poderes limitados ... La Constitución Política de Guatemala adopta un sistema de división de poderes atenuado por la exigencia de una mutua coordinación y controles entre los diversos órganos, que al desempeñar las funciones estatales se limitan y frenan recíprocamente;

³²Gozáñi, Osvaldo Alfredo, DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Editores Rubiniol Culioni. Buenos Aires. Pág. 20.

en los sistemas constitucionales modernos la división de poderes no implica una absoluta separación sino una recíproca colaboración y fiscalización entre tales órganos con el objeto de que los actos producidos por el Estado se enmarquen dentro de una unidad jurídico constitucional”³³. De la resolución anterior se pueden rescatar en materia de operatividad del Estado, en principio, que la separación de poderes no es absoluta, sino por el contrario necesita de coordinación para dinamizar y ser más eficaz, teniendo presente que la “coordinación” significa la relación que existe un sentido independiente de la actividad armónica de las partes que cooperan en una función, de manera que el significado de este vocablo, complementa y es distinto al de subordinación, pues ésta, tal como lo establece la Constitución, es prohibida.

8.7 Principio de la fuerza normativa.

Este principio de interpretación, está referido a la fuerza normativa de la Constitución, representa la unidad del ordenamiento jurídico y cuya característica es la obligatoriedad de cumplimiento, tanto para gobernantes como para gobernados; es decir su carácter vinculante por su fuerza normativa, ordena conductas con carácter de obligatorias, sean éstas permitidas o prohibidas.

8.8 Principio de la adaptación a las circunstancias.

Este principio de interpretación constitucional tiene su fundamento en que el Juez constitucional al resolver el caso concreto, debe buscar las circunstancias adecuadas, para adaptar la norma constitucional al momento social, político o económico existente al momento de realizar la interpretación; a este respecto puede citarse lo acontecido con motivo de la sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad, para el caso del rompimiento constitucional propiciado por el ex-presidente Serrano Elías, en el cual la Corte sentó el precedente de actuar de oficio ante los actos violatorios a la Constitución. Dicha actuación se la arrogó al tenor del artículo 272 inciso i) de la Constitución que establece: “Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución Política de la República”. La jerarquía constitucional prevalece y a mi modo de ver la actuación complementa lo establecido en el artículo

³³ Gaceta Número 24, expediente Número 113-92. Guatemala. Pag. 2. Sentencia 9-05-92.

134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que regula a quiénes tienen la legitimación activa para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general.

9. Finalidades de la interpretación constitucional.

Ya hemos dicho que la finalidad primigenia de la interpretación constitucional es desentrañar el contenido del texto normativo y por otro lado que ésta ligada a las competencias y poderes del Juez constitucional. Independientemente de ésta finalidad primaria, se añaden otras específicas así: a) actuación práctica del ordenamiento constitucional; es una interpretación para la acción, conlleva la actualización de la Constitución y extender al máximo su fuerza normativa y la interpretación del ordenamiento jurídico en consonancia con la Constitución misma; b) Integración del ordenamiento constitucional; ésta se produce con la formación de la doctrina, la que como dije para el caso de Guatemala, se forma con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de tres fallos contestes en el mismo sentido; c) control formal de la regularización de las leyes y otros actos; a este respecto Hoyos dice: “ ... Esta finalidad, es una de las esenciales, porque permite al juez constitucional controlar la aplicación efectiva de la Constitución”; d) elegir la solución más correcta, se relaciona con la facultad del Tribunal Constitucional que al resolver determine la solución que considere adecuada para solucionar el caso sometido a su jurisdicción, es importante pues la misma puede ser para los primeros casos el paso previo en engrosar la finalidad indicada en el segundo inciso.

10. Aplicación directa de las normas constitucionales

La aplicación directa de las normas constitucionales está íntimamente relacionada con la fuerza vinculante de la constitución. En realidad, las normas constitucionales tienen fuerza vinculante cuando sus normas son directamente aplicadas, en razón de la fuerza vinculante de la constitución.

Esto es lo que se puede tener como el dogma del neoconstitucionalismo, al paso que la aplicación directa sería la consecuencia de la aceptación de la fuerza vinculante. La aplicabilidad directa de las normas constitucionales constituye un paso adelante en relación con el control de constitucionalidad. A partir de esa cualidad, es posible utilizar la norma constitucional no solamente para orientar y limitar el contenido de las leyes, sino también para fundar pretensiones directamente en una norma constitucional. Considerando la estructura que generalmente presentan algunas normas constitucionales, esta cuestión es frecuentemente objeto de polémica, pues es grande la resistencia a conferir los mismos efectos, por ejemplo, a los principios o a normas de derechos sociales. No obstante, esta posición constitucionalista no significa decir que todos los principios presuponen su concreción inmediata. La eficacia de las normas constitucionales dependerá decisivamente de su densidad, o sea, de los elementos que trae en el sentido de indicar una solución. Todavía, lo que va a determinar esa mayor o menor fuerza de aplicación será la actividad judicial, en el sentido de conferir o no plenos efectos a la norma en determinados casos concretos. De esa forma, la aplicabilidad directa consiste en un argumento ideológico del neoconstitucionalismo, lo cual propone un cambio de postura por parte de los jueces. Según ha sido propuesto por el neoconstitucionalismo, se deben aplicar directamente las normas constitucionales, sacando de ellas todos los efectos jurídicos posibles, los cuales el juzgador considere adecuados. Ante esa nueva postura, muchos de los derechos previstos en una constitución adquieren una nueva dimensión. Como asigna Viera de Andrade ya no es posible sostener que los derechos fundamentales solamente tengan aplicación en razón de la ley, sino que poseen validez en sí mismos. La ley les puede facilitar la aplicación, pero no es indispensable para ésta. La aplicabilidad directa constituye una proposición ideológica contraria a la consideración de las normas constitucionales como objetivos políticos siempre a la espera de una concesión del legislador, cuándo y cómo éste entienda conveniente.³⁴

CAPITULO III

³⁴ Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx.

GENERALIDADES DE LA SENTENCIA

1. La sentencia en general

1.1 Etimología del término sentencia

El término sentencia proviene del latín "*Sentire*" que significa sentir y por ende deviene del verbo "Sentir", este término en si define lo que el juez y el tribunal sienten con relación al caso concreto planteado ante su judicatura. Este sentir no emana de sentimientos como tal, sino de una estructura, a manera de juicio Aristotélico, es decir, se establece a partir de una premisa mayor que es la norma, una premisa menor que es el caso concreto y que conllevan a una conclusión, que es la sentencia emitida por el órgano jurisdiccional competente. Este sentir va encausado al acto de hacer justicia por medio de la Ley.³⁵

1.2 Naturaleza jurídica de la sentencia

En su esencia la sentencia es un acto procesal jurisdiccional, en el cual se conjuga el acto jurisdiccional como elemento material, y el acto competente jurisdiccional como elemento formal. La sentencia es una resolución judicial dictada por un juez o tribunal, en el que se dirime un litigio. "Es el acto procesal final de un proceso judicial normal, que se desarrolla en todas sus etapas; y que va destinado a terminar precisamente en una sentencia. La sentencia es el acto final del proceso jurisdiccional, acto aplicador de la ley sustantiva a un caso concreto convertido para solucionarlo o dirimirlo. Las sentencias son la forma normal de terminar los procesos jurisdiccionales".³⁶

1.3 Elementos de la sentencia

a. "**Personales**: Son los sujetos procesales que intervienen en el asunto, procedimiento, proceso o acción que se tramita para emitir la resolución final o sentencia.

³⁵ Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx.

³⁶ Osorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Argentina. Editorial Heliasta. 1996.

b. Formales: Actos procesales que se dan en el proceso o acción que se ventila al emitir la sentencia.

c. Materiales: Requisitos legales de forma y fondo de la sentencia”.³⁷

1.4 Objeto de la sentencia

“El objeto general de la sentencia es declarar el análisis jurídico legal en forma de veredicto, al cual ha llegado al órgano jurisdiccional en un caso concreto, para lograr dirimir un litigio de carácter jurídico legal y crear certeza y definitividad a las situaciones jurídicas y así mantener la paz y el equilibrio social, ya que de no ser así, las acciones podrían volverse a replantear indefinidamente”.³⁸

1.5 Concepto del término sentencia

Es el acto procesal judicial que resuelve heterocompositivamente un litigio ya procesado, mediante la aceptación que el juez hace de alguna de las encontradas posiciones mantenidas por los antagonistas, luego de evaluar los medios probatorios de las afirmaciones efectuadas por las partes procesales, y de la aplicación particularizada al caso de una norma jurídica que preexiste en abstracto, con carácter general.³⁹

1.6 Significado de la sentencia

Las sentencias se pueden entender como la resolución del tribunal, como decisión que pone fin al proceso o como decisiones que se dictan en procesos jurisdiccionales que son técnicamente sentencias definitivas y como extensión de la parte dispositiva. Es la resolución, por la que, una vez terminada la tramitación del proceso judicial planteado se dirime la controversia planteada de forma definitiva. La sentencia es una decisión judicial que en la instancia pone fin al litigio en la materia e índole planteada, resolviendo respectivamente los derechos de cada litigante y la condena o absolución en una causa y fallo en la cuestión principal de un proceso judicial. Las sentencias se constituyen en la decisión definitiva de la instancia, respecto de la acción jurisdiccional. La sentencia es el

³⁷Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx.

³⁸Ibidem.

³⁹CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta S.R.L., Undécima Edición, Buenos Aires, Argentina, 1993.

acto por el que el juez cumple el deber jurisdiccional que le imponen tanto el derecho de acción como el derecho de contradicción. Es decir una sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del juez que contiene un mandato, pues tiene fuerza impositiva, ya que vincula y obliga a las partes procesales.⁴⁰

1.7 Tipología resolutive

Las sentencias en forma general se pueden clasificar en: de mero trámite, interlocutorias y definitivas, según se refieran a cuestiones de simple impulso procesal, cuestiones incidentales que surjan en el curso del proceso o bien a los pronunciamientos sobre el fondo del asunto. Una sentencia no tiene menos sentido formal, cuando se dicta una resolución interlocutoria o de simple trámite, que cuando se dicta una sentencia definitiva. Sin embargo, en la práctica judicial Guatemalteca, el término providencia ha sido aplicado restringidamente, y su mención trae aparejada una resolución de mero trámite, a la que nuestra ley le llama decreto. Según lo que regula la Ley del Organismo Judicial en el artículo 157, las resoluciones judiciales son: decretos (mere-interlocutorias); autos (interlocutorias) y sentencias (resoluciones definitivas). Los decretos son determinaciones de puro trámite dentro del proceso; los autos, son decisiones que ponen fin a un artículo o que resuelven materia que sea de puro trámite, o bien que resuelven el asunto principal antes de finalizar su tramitación; es decir los autos son las resoluciones que resuelven un asunto de los planteados sin decidir sobre el asunto principal del caso que se ventila; y las sentencias son las resoluciones que deciden el asunto principal.

Algunos juristas no aceptan la denominación de sentencias interlocutorias, basados en que dichos criterios se basan en la atribución a la sentencia de funciones que, aunque posibles de hecho, conceptualmente no le corresponden. Por ello, la distinción entre las sentencias que deciden el fondo de un proceso, o las sentencias definitivas, y sentencias que deciden cuestionamientos no de fondo, o sentencias interlocutorias, no son realmente tales, sino resoluciones judiciales de otra clase a las que, por las razones que

⁴⁰Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx.

sea, se las quiere revestir de las modalidades solemnes de una sentencia. Otros juristas indican que se llaman interlocutorias a las sentencias que un Juez dicta durante la tramitación del proceso hasta el momento que se dicta la definitiva. Se diferencian las sentencias definitivas, por su contenido, su forma, los recursos que admiten y los efectos que producen. También doctrinariamente se distinguen en interlocutorias simple e interlocutorias con fuerza definitiva. Estas últimas difieren de las primeras en cuanto a que se pronuncia sobre las excepciones mixtas, lo que las hace interlocutoria con fuerza definitiva.⁴¹

1.8 Efectos jurídicos de la sentencia

La sentencia dictada a raíz de un proceso que se ha desenvuelto conforme a derecho, por tribunal competente, que además ha observado los requisitos de fondo y de forma, una vez adquiere el carácter de firme, es susceptible de producir efectos o como doctrinariamente se dice, de adquirir tres fuerzas: probatoria, de cosa juzgada y ejecutoria. Que a su vez se dividen en efectos materiales, que incide directamente en la relación jurídico material lo cual determina el propio fallo. Efectos procesales que son de cosa juzgada y Fuerza probatoria que se deriva del carácter de acto auténtico, de instrumento que da fe con energía particular, de hechos que han sido directamente comprobados por el funcionario competente que la ha dictado. La eficacia probatoria de la sentencia, no acredita los hechos admitidos en ella, sino sirve para probar plenamente los actos del juicio. Es decir que el fallo representa un proceso intelectual del juez, que admite un hecho como probado, reconstruido en un sentido documental. La sentencia como documento por lo tanto sólo prueba el haber sido dictada por juez competente, su fecha, los hechos ocurridos ante el magistrado y los allí probados, no así la verdad de los hechos de los cuales el juez no fue testigo. La fuerza de cosa juzgada o res judicata se muestra como forma de autoridad y como medida de eficacia. Es una forma de autoridad, en tanto es resultado de una manifestación de la soberanía del Estado; y una medida de eficacia, que es la fuerza reconocida por la ley al fallo. Como concepto jurídico, la cosa juzgada puede definirse como la autoridad y eficacia de una sentencia

⁴¹Ibídem.

judicial, cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla y atendiendo a la teoría del proceso, tampoco remedios procesales. La cosa juzgada no se refiere a hechos accesorios, sino al fondo, es decir lo que quedó establecido y se tiene como verdad legal, contra la que no puede admitirse ninguna prueba en contrario. Sin embargo existe como excepción a la regla, la posibilidad de revisión que por motivos de error humano puede iniciarse posteriormente contra una sentencia, que ya se encuentra en estado de ejecutoria.⁴²

1.9 Principios procesales de la sentencia

a) Principio de la Congruencia: La congruencia es un principio procesal del debido proceso, que marcan al Juez un camino para poder llegar a la sentencia, y fijan un límite a su poder discrecional. La congruencia se manifiesta en la adecuación entre lo pedido y la decisión judicial contenida en la sentencia. Ésta debe estar referida exclusivamente a las partes intervinientes, al objeto o petición y a la causa o fundamento concreto en litigio, sin considerar aspectos o probanzas que las partes no hayan aportado. El Juez en su sentencia debe expresar en los considerandos el porqué de su decisión, haciendo alusión a los hechos que las partes invocaron y a las pruebas aportadas o producidas y aplicando las normas jurídicas pertinentes al caso concreto que se ventila. Una sentencia incongruente es arbitraria, pues excede la potestad del juez, ya sea que decida más de lo reclamado, o menos de lo que fuera pedido, o sobre cuestiones no articuladas. En conclusión, se entiende que por congruencia todo lo que se resuelve tiene que ir en concordancia con lo que se pide por parte del interesado, sin dejar de resolver sobre ningún otro asunto o sin resolver más de lo pedido.⁴³

José Ovalle Favela afirma que el principio de congruencia se traduce en “el deber del juzgador de pronunciar su fallo de acuerdo exclusivamente negociaciones y excepciones que, en su caso, hayan planteado las partes durante el juicio”. Por otro lado, el maestro Cipriano Gómez Lara, considera que la congruencia o relación entre lo aducido por las partes y lo considerado y resuelto por el tribunal”. De lo anterior a contrario sensu, podría

⁴²Ibídem.

⁴³FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley, Santiago, Conosur, 2001.

decirse que si en el documento de la sentencia se encuentran plasmados elementos que no fueron planteados a lo largo del litigio, esta carecerá de congruencia.

b) Principio de estricto derecho: Exige que el juez se limite a resolver los actos reclamados y los conceptos de violación que se expresan en la demanda, sin hacer consideraciones de inconstitucionalidad o ilegalidad que no hayan sido invocadas por el agraviado. Este principio en la actualidad no constituye una base esencial del juicio de amparo, ya que la suplencia de la queja se aplica en muchos casos.

Principio constitucional que rige al juicio de amparo y que consiste en que la sentencia se dicte en el juicio de amparo, el Tribunal de la Federación únicamente deberá tomar en consideración los conceptos de violación aducidos por el quejoso en su demanda o los agravios expresados por el recurrente, al promover un medio de impugnación, sin poder comprender otras cuestiones que no fueron alegadas vía concepto de violación o agravios. En conclusión se entiende por aquel en el que toda resolución debe de estar apegada a los preceptos y procedimientos establecidos previamente en una o varias leyes aplicables al caso en concreto.⁴⁴

En la sentencia se distinguen dos tipos de requisitos: los externos, también llamados formales y los requisitos internos o esenciales. Estos últimos son considerados invariablemente principios de la sentencia. La mayoría de los autores que refieren al tema de los principios de la sentencia, están de acuerdo en afirmar que existen tres principios contenidos en el documento: congruencia, motivación y exhaustividad.

c) Principio de la motivación

“Para el maestro Gómez Lara, la motivación de la sentencia consiste en la obligación del tribunal de expresar los motivos, razones y fundamentos de su resolución. En el régimen jurídico Mexicano, la motivación y fundamentación de los actos no exclusiva de órganos

⁴⁴Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx.

judiciales, si no que se extiende a toda la autoridad".⁴⁵ La motivación es una garantía real y eficaz para los litigantes y una necesidad para el pueblo, pues es uno de los medios para evitar la arbitrariedad. El objeto de la motivación es mantener la confianza de los ciudadanos en la justicia y al mismo tiempo, facilitar la fiscalización por el tribunal superior en la vía de las instancias y recursos extraordinarios.

d) Principio de la exhaustividad.

La exhaustividad no es sino una consecuencia de los principios anteriormente analizados. Una sentencia será exhaustiva en cuanto se hayan tratado todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes, sin dejar de considerar ninguna. Es decir, el tribunal al sentenciar debe agotar todos los puntos aducidos por las partes y referirse a todas y cada una de las pruebas rendidas. La sentencia no será exhaustiva cuando deje de referirse a algún punto, a alguna argumentación, a alguna prueba; en otras palabras, al dictarse una sentencia, debe tener mucho cuidado en examinar, agotando todos los puntos relativos a las afirmaciones y argumentaciones de las partes.

1.10 Límites de la sentencia.

Existen límites de carácter objetivo y subjetivo el límite objetivo alude al asunto que se resuelto, a los objetivos y cuestiones que se decidieron y definieron en la sentencia. El límite subjetivo se alude a las personas que fueron afectadas por la misma. Así la resolución final solamente puede afectar a los que litigaron y no a terceros ajenos.⁴⁶

1.11 La ejecución de la sentencia

Existe una diferenciación conceptual que se hace entre cumplimiento de la sentencia y su ejecución. El cumplimiento es una faceta que corresponde a la parte procesal contra la que se dicta la misma, concierne al sujeto pasivo. El cumplimiento, entonces, es el acatamiento por la parte procesal contra la que se emitió el fallo de todos los aspectos ordenados. La ejecución por su lado, es una faceta que corresponde al órgano

⁴⁵ <https://www.clubensayos.com/.../Principios-De-La-Sentencia/241861.html>

⁴⁶ H.SIEGAN Bernard, REFORMA CONSTITUCIONAL *ESBOZANDO UNA CONSTITUCIÓN PARA UNA REPÚBLICA QUE EMERGE A LA LIBERTAD*, Atlas Economic Research Foundation, 1993.

jurisdiccional que la emitió o a quienes se delegue o se imponga la obligación de ejecutarla.⁴⁷

1.12 Eficiencia y eficacia de las sentencias

En virtud de que la eficiencia de los tribunales va más allá de la eficacia de las resoluciones judiciales que buscan darle fin a un litigio interpuesto ante los órganos jurisdiccionales, la eficacia es solo un componente de un concepto más amplio, el cual indicaría la idoneidad social de los tribunales, este concepto más amplio se define como efectividad, para significar la capacidad de alcanzar los objetivos de creación de los tribunales en combinación con la eficiencia. Se puede determinar que los tribunales son efectivos cuando llenan los siguientes requisitos:

- A.** Diseño institucional organizados y dotados de competencia;
- B.** Formación de jueces y funcionarios judiciales;
- C.** Selectividad en los casos relevantes socialmente;
- D.** Capacidad de procedimiento para manejar los asuntos de forma oportuna;
- E.** Profesión jurídica por medio de abogados bien preparados y capaces;
- F.** Legitimidad es decir la credibilidad social.⁴⁸

1.13 La sentencia como acto procesal

El proceso no constituye un fin en sí mismo en ese sentido; El proceso no es un fin, sino un medio que tiene el derecho para conseguir la justa composición de la litis, o dar validez a las situaciones que se comprendan en la llamada jurisdicción; esta duplicidad de fines del proceso comprende elementos como tutelar derechos, amparar pretensiones, permitiendo aplicaciones sea de un código procesal o de normas que

⁴⁷CEA EGAÑA José Luis (Chile) ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO, NUEVO PARADIGMA JURÍDICO. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2004.

⁴⁸David Ordóñez Solís, EL COSMOPOLITISMO JUDICIAL EN UNA SOCIEDAD GLOBAL: GLOBALIZACIÓN, DERECHO Y JUECES, CIZUR MENOR, Navarra (España), Aranzadi, 2008.

existen en el ordenamiento jurídico en general. Claramente se puede establecer que el proceso constituye la herramienta de la cual se valen las partes y el órgano jurisdiccional quienes utilizando la norma correspondiente buscan la solución a su conflicto de intereses. Lo que se corrobora con lo señalado por nuestra jurisprudencia: El proceso no es un fin en sí mismo, sino el medio para obtener un pronunciamiento, y si bien sus formalidades son imperativas, el juez debe adecuar su exigencia al lograr de los fines del proceso. El proceso no servirá para medir la habilidad o destreza de las partes como en una competencia deportiva, sino que tiene el fin específico de remediar pacíficamente la cuestión planteada por medio de una sentencia, a efecto de establecer entre los particulares la paz y con ello mantener la de la comunidad. En ese sentido el proceso no debe ser entendido como la confrontación en determinar quién es mejor abogado en el proceso, o quien tiene las mejores armas para derrotar al otro sino la búsqueda de la solución del conflicto o incertidumbre jurídica y de la paz social. En ese sentido “La finalidad concreta del proceso es resolver el conflicto de intereses que tiene como correlato la búsqueda de la verdad histórica o real más que la verdad legal. De otro lado se ha establecido que el fin esencial del proceso es reestablecer el imperio del derecho y de la justicia, por encima de lo que las partes sustenten en los fundamentos jurídicos y sus pretensiones, ya que en aplicación del principio *iura novit curia*, los jueces no están obligados a acoger el error en la premisa mayor del silogismo judicial motivado por la defectuosa subsunción del derecho invocado por las partes.

CAPITULO IV

NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

1. Concepto de Neoconstitucionalismo.

La primera aproximación al neoconstitucionalismo, indica que este término puede usarse para aludir a tres sentidos claramente diferenciables. En primer lugar, con la expresión neoconstitucionalismo se alude a determinados rasgos de la evolución constitucional (praxis jurisprudencial, diseño constitucional) en algunos países europeos y latinoamericanos, tras la Segunda Guerra Mundial.

Sus características no se presentan necesariamente en todos los regímenes constitucionales de Occidente y, en aquellos en que se presentan, lo hacen en disímiles combinaciones. Propondría para este sentido de la expresión el adjetivo *histórico*, para aludir a su uso como referencia a una parte del concreto desenvolvimiento al interior de ciertos regímenes constitucionales contemporáneos. Esta parte comprende el reconocimiento, en la praxis institucional, y ocasionalmente en el propio texto constitucional, de fuerza normativa directa del texto constitucional y su proyección en el sistema de fuentes subconstitucionales (constitucionalización del derecho); creación de competencias jurisdiccionales facultadas para enervar la producción legislativa (ya sea por anulación derivada de inconstitucionalidad, ya sea por inaplicación); praxis jurisprudencial y doctrinaria en torno a un discurso de derechos fundamentales como valores o principios, con eficacia en las relaciones entre particulares, afirmación de la posibilidad de colisión de derechos o principios fundamentales, y aplicación y defensa del método de ponderación para resolverla.

El *neoconstitucionalismo histórico* debe diferenciarse, en todo caso, del pluralismo constitucional como fenómeno específico derivado de procesos avanzados de integración, cuyo único ejemplo actual lo presenta la Unión Europea, pero cuya expansión en el futuro debe considerarse como un problema que queda abierto para la teoría constitucional.

En segundo lugar, puede hablarse del neoconstitucionalismo como una corriente dentro del pensamiento jurídico que incluye a una serie de autores cuyo denominador común es la favorable valoración de aquellos rasgos que se agrupan bajo el neoconstitucionalismo

histórico. El rasgo sobresaliente de este enfoque no es tanto (o tan sólo) la buena evaluación que hacen del mismo, sino que el descuido o abandono de la reflexión sobre la función de la constitución como constitución *política* de un Estado, y sus límites. Tomando la propuesta de Comanducci, estimo que al uso del término neoconstitucionalismo para aludir a esta actitud o corriente de pensamiento conviene el adjetivo de *ideológico*.

La vinculación del neoconstitucionalismo con el tercer campo de significado que se le atribuye presenta alguna dificultad. No parece posible hablar de un neoconstitucionalismo teórico, o de una teoría del neoconstitucionalismo, si por teoría se entiende una construcción que intenta organizar de manera sistemática y completa un cuerpo de conocimientos, dando al mismo coherencia interna. Los postulados que se mencionan como candidatos posibles de una "teoría del neoconstitucionalismo" ni son completos, ni siempre coherentes entre sí. No son completos desde el momento en que, como se ha visto, aspectos importantes de los postulados neoconstitucionalistas reposan en la mera afirmación, sin sustrato adicional, de un aspecto fundamental de los correspondientes ámbitos teóricos. La distinción entre reglas (o normas) y principios omite el análisis, esencial para evaluar su coherencia, de la relación entre "texto" y "sentido", desde el momento en que alude a textos constitucionales contemporáneos "plagados de principios". Lo curioso es que esta identificación sólo resulta posible desde premisas interpretativas cercanas a la corriente exegética, para la cual el sentido de un texto normativo ya puede desprenderse de su texto (en el caso del tenor literal claro). La falta de complitud permite explicar, también, las incoherencias. Dentro de ellas destaca como una de las más evidentes la que en este trabajo se ha denominado la paradoja metafísica de la constitución: el intento de superar el positivismo a través del recurso a valores o principios morales afincados en la constitución no explica cómo la constitución escrita, en cuanto derecho puesto, tendría una naturaleza distinta a la de las demás fuentes del ordenamiento jurídico.

En definitiva, lo que está en juego en los postulados del *neoconstitucionalismo doctrinario* —como se propone aquí denominar al conjunto de propuestas que se

realizan en el plano teórico, sin llegar a configurar una teoría del neoconstitucionalismo — es el concepto de constitución. Ya sea expresamente —como en el caso de Zagrebelsky—, ya sea porque ello está implícito en sus postulados o en sus consecuencias, el concepto de constitución que maneja el neoconstitucionalismo doctrinario es el de un programa, no sólo político sino también social (en la medida en que no sólo toca el ejercicio y relaciones del poder, sino que también los diversos ámbitos de las relaciones sociales), entregado en su concreción final a la judicatura (y no a la decisión resultante de la movilización política electoral que pueda resultar en el juego de las mayorías) en un contexto argumentativo de un alto grado de subjetividad (por la imposibilidad de disciplinar las opciones de entrada incorporadas en la respectiva ponderación).

En definitiva, las construcciones teóricas se pueden evaluar por sus consecuencias prácticas. en este test, lo que se puede reprochar al neoconstitucionalismo doctrinario es que traslada la discusión democrática de todas las cuestiones políticas verdaderamente relevantes al plano de la formulación del texto constitucional (ya que bajo la constitución todo está ya decidido en germen, y entregado a la ponderación del juez). Se constitucionaliza el derecho, claro está, pero en ese proceso el carácter político fundamental de la constitución se pierde. Dicho de otro modo, puede que lo que compra el neoconstitucionalismo sea bueno; pero el precio que paga es la desconstitucionalización de la constitución.

El neoconstitucionalismo es un fenómeno jurídico de las diversas perspectivas actuales, desde la relación con la teoría del derecho, la moral, el iusnaturalismo, y los derechos humanos. Al tratar definir el neoconstitucionalismo, el primer aspecto que se presenta es el de su consideración terminológica.

Tres distintos niveles de análisis que engloban el neoconstitucionalismo: 1. Para hacer referencia a textos constitucionales que surgen en la segunda post guerra mundial,

diferentes en algún sentido al modelo de constituciones con el cual arranca el Estado Constitucional, son diferentes por dos razones: porque contiene amplios catálogos de derechos constitucionales, es decir constituciones materializadas que no se limite a establecer la división de poderes y la distribución de competencias de órganos del Estado, sino que inciden fuertemente en el diseño de la sociedad que se pretenden aplicar con un grado de detalle no menor; 2. Para tratar de explicar una práctica jurisprudencial de tribunales y cortes constitucionales que han venido trabajando de manera diferente a cómo se trabaja en el paradigma del constitucionalismo clásico, ya que en las nuevas constituciones entran en juego técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, la proyección horizontal, el principio pro persona, etc.; esto no existía con el grado de sofisticación que hoy conocemos en el constitucionalismo clásico, los jueces constitucionales deben de trabajar con valores, valores que están constitucionalizados, como la frase del autor Habermas -la moral ha migrado al derecho-, supone un reto intelectual para los jueces al interpretar el derecho, los jueces ocupan un lugar central en la construcción del neoconstitucionalista porque una de las ideas del neoconstitucionalismo es que el ordenamiento constitucional en su conjunto este garantizado en sede judicial, si asumimos que tenemos un modelo de constitución como dice Guastini invasora, poner en manos de los jueces la garantía de la Constitución es darles un poder no menor; lo que ha generado una explosión de la actividad judicial, y creo comporta también el modelo mismo una dosis de activismo judicial que en alguna medida algunos observadores han criticado; 3. Neoconstitucionalismo crea y recrea el objeto de estudio, es decir en el paradigma neoconstitucional de estudio no solo describen lo que es el derecho, sino contribuyen a su formación, la ciencia constituye en una meta garantía respecto las garantías inoperantes y carentes, y actúa en diversas opiniones señalando las antinomias que hay en el ordenamiento jurídico y señalando las lagunas que existen en el ordenamiento jurídico, señalando las normas que debería estar y no están incluidas.

Ya existían antes de la Segunda post guerra textos constitucionales que mandaban hacer muchas cosas al Estado como Constitución Mexicana 1217, también ya existían practicas jurisprudenciales que habían desplegados dosis importantes de activismo judicial parecidas a aquellas que observamos en la tradicional del constitucionalista habían también desarrollos teóricos, se puede citar la sentencia tan conocida de Marbury versus Madison misma en la cual por decirlo de alguna manera se inventa el control de constitucional que no existían en la Constitución de Estados Unidos de América; sin embargo, ya existían, la novedad del neoconstitucionalismo en donde se dan los elementos funcionando en el mismo momento que son: a) intenta estudiar y explicar una serie de desarrollos teóricos novedosos, hay una nueva explicación del Estado Constitucional, no se limita a una función contemplativa del objeto que crea y recrea el objeto del estudio, contribuyen a su formación; b) tutela de derechos fundamentales; c) La constitucionalización del ordenamiento jurídico, significa han sido impregnados por los mandatos normativos de las Constituciones es decir leídos a la luz de la constitución no separación del derecho publico y derecho privado, todo debe ser leído a la luz de la Constitución.

El Caso Guatemala a manera de ejemplo del ex presidente de Guatemala, Serrano Elías en donde la Corte de Constitucionalidad por medio de sentencia para, por decirlo de esa forma el golpe de Estado como medio de defensa de los derechos fundamentales de la población, es un ejemplo claro de cómo ha ido emergiendo en Latinoamérica el neoconstitucionalismo, en donde se tutela los derechos fundamentales por medio del activismo judicial.

Es importante mencionar para el tema que nos ocupa las características que menciona Guastini de la Constitucionalización: 1. Una Constitución rígida, consiste en que la Constitución no se reforma de la misma forma que una ley ordinaria, sino existe establecido un procedimiento especial para su modificación o reforma; 2. La garantía jurisdiccional de la constitución; hay gran debate en el sistema Americano y Europeo de

control constitucional; 3. la fuerza vinculante de la Constitución son aplicable a todos los ciudadanos y no son catálogos de recomendación; 4. La Sobreinterpretación del texto constitucional, esto significa que los interpretes de la Constitución no solo utilizan técnicas textuales sino utilizan argumentos paradójicos que les permite extraer del texto constitucional a veces normas implícitas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política y que condicionan el contenido del resto del ordenamiento jurídico así no quedan espacio vacíos en el ordenamiento jurídico; 5. La aplicación directa de las normas constitucionales supone que la constitución rige también sobre todos los derechos fundamentales las relaciones entre particular, la idea que las normas de los derechos fundamentales solo obligaban a las autoridades es superada en el neoconstitucionalismo y significa que todos los jueces tienen deber de aplicar la constitución y todas las normas; 6. La interpretación conforme a la leyes de la Constitución. Lo que hace el juez es encontrar una interpretación de ley que sea conforme a la Constitución y que maximice los efectos normativos de las normas constitucionales; 7. Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas significa que la constitución prevea un sistema de solución de conflictos jurídicos entre órganos políticos; que los órganos jurisdiccionales asuman la facultad de conocer casos en toda su extensión sin apegar a la lógica de las llamadas políticas cuestiones de temas políticos que tienen discrecionalidad esto se elimina en el paradigma del neoconstitucionalismo; y supone que las normas constitucionales son utilizadas en el debate público. Esto contribuye que e efecto el neo es nuevo que aporta ideas explicaciones soporta practicas en el Estado Constitucional.

Según algunos autores los valores de libertad, igualdad y del limite a los poderes pues está emergiendo en América Latina un paradigma constitucional autoritario pero se separa de la democracia y de los limites del poder, pues las constituciones son constituciones en el tiempo, Norberto Bobbio hablaba el tiempo de los derechos pero esto puede dejar de haberlo es decir se puede reformar y se debe de estar comprometidos con las ideas de libertad igualdad.

En la doctrina, hay varias formas que se presentan para caracterizar este movimiento jurídico surgido a partir de la segunda posguerra al aparecer el paradigma en la práctica jurídica, principalmente al establecer una nueva tónica en el ejercicio del poder estatal y recurriendo a valores de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, así como a los Derechos Fundamentales.

Son varios los términos que suelen ser dados para este fenómeno, tales como constitucionalismo, neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o post-positivismo. En principio el neoconstitucionalismo puede significar un movimiento ideológico nacido en el ámbito jurídico, que propone algunos cambios de actitud en la aplicación de las normas constitucionales y en el papel de los jueces en la formación del derecho. También puede ser ubicado el uso del mismo término para designar una concepción jurídica que se propone como una nueva teoría del derecho, capaz de suceder al positivismo jurídico.⁴⁹

La limitación del poder constituye el fundamento ideológico del constitucionalismo moderno. Desde su creación, la noción de la Constitución del Estado, tuvo la finalidad de servir de instrumento de garantía de la libertad. Al mismo tiempo, atribuye competencia a las instituciones y el poder estatal tiene limitaciones. Ejerce, por lo tanto, una función de legitimar el poder delegado por su titular: el pueblo soberano; por otro, impide su utilización abusiva y limita el poder y manifiesta la voluntad popular. Este movimiento, denominado legicentrismo, representaba los ideales modernos de seguridad (en el caso, seguridad jurídica) e igualdad (al menos ante la ley). En cierto modo, tan grande es la confianza en la ley, que podemos afirmar que uno de los rasgos característicos del constitucionalismo moderno es el de estar limitado el poder. Establece los límites formales de competencia y procedimiento para que la ley pueda manifiesta la voluntad popular. Los límites impuestos al poder eran, de esa manera, formales, mientras los límites materiales eran definidos solamente por la ley. En relación con esta concepción moderna de constitucionalismo, se afirma que el

⁴⁹MOLLER Max, Tesis Doctoral, *LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS*, Universidad de Burgos, 2008.

neoconstitucionalismo presenta los mismos objetivos de garantizar la libertad de los ciudadanos y limitar el poder. Sin embargo, no comparte con la teoría moderna el culto a la ley, ya que considera que éste fue irrecuperablemente afectado ante la manipulación de la voluntad de las mayorías por los regímenes totalitarios característicos de la primera mitad del siglo XX. En razón de la pérdida de la confianza en la ley como instrumento apto para garantizar la libertad y limitar el poder, el neoconstitucionalismo se presenta proponiendo una relectura de la Constitución como instrumento normativo limitador de la propia ley, así como que considera la actividad judicial como punto de equilibrio entre razón, valores y la voluntad de las mayorías. Se hace necesario un rescate de los ideales filosóficos como la reafirmación de algunos valores a los cuales el derecho debe servir. Para esa renovación de las bases de fundamento del derecho, será importante lo que algunos juristas, denominan de “renovación del pensamiento iusnaturalista”, el cual propicia al derecho una finalidad: la de alcanzar una verdad, que “no podrá alcanzarse sin un necesario recurso a la experiencia, sensible y espiritual, de las realidades propias y específicamente humanas”. Es esa preocupación acerca de una concepción de derecho que traiga algo más que un mero concepto normativo y de producción únicamente legislativa, que determina al derecho una reformulación. El movimiento neoconstitucionalista se presenta, entonces, alrededor de la idea sobre la necesidad de un derecho crítico, garantizador de determinados patrones de derechos esenciales y de un sistema jurídico que no sea totalmente neutral en relación con los parámetros de justicia. Esta concepción piensa el derecho, y principalmente la constitución, como núcleo de resistencia social frente al mero poder, como garantía del mantenimiento de determinados valores que no están sujetos a decisiones políticas. Para esta nueva concepción de constitución se hace necesario, en consecuencia, una nueva adecuación de las actividades de los poderes, principalmente en lo que respecta a la actividad judicial. En resumen, el neoconstitucionalismo como ideología se presenta como el movimiento jurídico de oposición a la lógica del Estado decimonónico, donde impera el legalismo, el culto a la ley y la concepción de actividad judicial como actividad mecánica y automática de aplicación de la ley. Lo que parece claro en esta concepción ideológica es su evidente preocupación por la inclusión de valores y contenidos materiales de los cuales el derecho no se puede alejar. Así, visto desde esta perspectiva ideológica, es

posible decir que el neoconstitucionalismo es antipositivista, porque entraría en conflicto con la tesis de la separación entre derecho y moral. Bajo esa perspectiva ideológica el neoconstitucionalismo se contrapone con la versión ideológica del positivismo jurídico, ya que las teorías más actuales tienen por objetivo exactamente alejarse de cualquier posición pautada por cualquier ideología.⁵⁰

A pesar de la variedad de términos utilizados por la doctrina para el constitucionalismo, tales como constitucionalismo contemporáneo, pos-positivismo o neoconstitucionalismo, es posible afirmar que todos ellos cuentan con el mismo significado y se refieren al mismo objeto, siendo aceptados por la doctrina prácticamente de forma homogénea. Aun así, lo que debe estar claro es que a pesar de que son sinónimos, se pueden referir tanto a un movimiento político-jurídico, como a una teoría del derecho que busca sustituir el positivismo jurídico. En lo que se refiere a la terminología, optamos por la expresión neoconstitucionalismo de entre todas las demás, porque parece que la utilización del prefijo “neo” al término “constitucionalismo” llama la atención a las alteraciones del constitucionalismo actual en relación con el constitucionalismo moderno, principalmente en lo que se refiere a la descripción del funcionamiento de los sistemas jurídicos. Además, considero la utilización del prefijo “neo” también en otras ciencias, donde tiene por finalidad expresar alteraciones de corrientes de la posmodernidad. Un ejemplo claro lo tenemos en la economía, donde se ha adoptado el término “neoliberalismo”. Sea en el campo económico, sea en el jurídico, este prefijo refleja la relativización de la seguridad y la homogeneidad característicos de la modernidad en relación con la incertidumbre y el pluralismo que caracterizan la sociedad pos-moderna. Así que, por neoconstitucionalismo es posible entender esa nueva proposición para el derecho que, más que significar un proyecto de cambio, refleja una alteración de la práctica jurídica originaria de la alteración de la propia sociedad a quien el derecho debe servir. Mucho más que un mero proyecto ideológico, el neoconstitucionalismo es ya un hecho. Conforme destacan algunos juristas, parece incontestable que el Estado constitucional de derecho introdujo significativas innovaciones en la forma de concebir el derecho en relación con el modelo constitucional propio del Estado moderno. Las

⁵⁰MOLLER Max, Tesis Doctoral, *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos*, Universidad de Burgos, 2008.

alteraciones experimentadas afectan básicamente la estructura de las normas (debido a la inclusión constitucional de los principios y valores), a la teoría de las fuentes (una vez que la constitución opera verdaderamente como una norma jurídica y se instituye un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias) y a la teoría de aplicación de la norma jurídica (ya que el método de subsunción no dice mucho acerca de cómo deben ser aplicadas las normas constitucionales).

El movimiento neoconstitucionalista se propone, así, una alteración en el “modo tradicional de concebir legislación y jurisdicción”, lo que afecta no sólo a la proposición de límites jurídicos materiales como son, por ejemplo, los derechos fundamentales, sino también y principalmente al modo de afrontar estas normas. Como apunta la doctrina jurídica: la constitucionalización del ordenamiento jurídico no se ha limitado a transformar el Derecho, sino que se predica también del estilo de pensamiento de juristas y teóricos del Derecho. La constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al <constitucionalismo>. Se ha denominado genéricamente <constitucionalismo> (y más precisamente <neoconstitucionalismo> con el fin de acentuar el nuevo carácter que ha adquirido en la actualidad) a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado un cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas.

Así, adoptamos la denominación “neoconstitucionalismo”, porque parece ser el término que marca una acentuada diferenciación con el modelo moderno de constitucionalismo, además de destacar la relación con la posmodernidad y el pluralismo y complejidad que le son propios; sin embargo, hay que señalar que el término neoconstitucionalismo (o cualquier de las denominaciones que se prefiera) también denota dos acepciones distintas. Una primera, que consiste en la definición de una “teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho”.

En un segundo sentido, se refiere a “algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo) constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo) constitucionalismo como ideología”. Son,

por lo tanto, definiciones complementarias, pero sustancialmente diferentes; mientras una actúa en el campo ideológico, la otra se refiere a la teoría del derecho.⁵¹

2. Características del neoconstitucionalismo

En la doctrina constitucional, se puede decir que no es posible encontrar una uniformidad en la descripción de las características principales, esenciales o contingentes del neoconstitucionalismo. Se presentan versiones más amplias y abarcadoras, mientras otras se muestran mucho más restrictas. Así, delante de la falta de una unanimidad sobre las características principales del neoconstitucionalismo, elegimos el rol propuesto por algunos juristas y la doctrina jurídica, porque se presenta como completo, englobando varias de las proposiciones que se atribuye al neoconstitucionalismo. Además, la posición adoptada, una posición bipolar, en el sentido de clasificar un sistema como constitucionalizado o no constitucionalizado. Por el contrario, destaca el carácter progresivo de la constitucionalización de los ordenamientos, demostrando que se trata de grados de constitucionalización material, rompiendo un poco con el carácter ideológico y posibilitando un abordaje más analítico. De esta forma, no solamente hace evidente el carácter algo ideológico de algunas posiciones neoconstitucionalistas, sino que también posibilita una comprensión de éste como una alteración de cultura jurídica que, como cualquier cuestión cultural, debe ser un proceso gradual y progresivo.

Conforme la clasificación de doctrinal, el neoconstitucionalismo presupone las siguientes características:

a) constitución rígida, la rigidez como ya se explicó con anterioridad, consiste en el que la Constitución no se reforma, ni se modifica, ni se adiciona de la misma manera que el procedimiento que se establece para modificar, reforma o adicionar una ley ordinaria, sino existe regulado un procedimiento especial para su modificación o reforma;

⁵¹MOLLER Max, Tesis Doctoral, *LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS*, Universidad de Burgos, 2008.

En contraste con lo que habría sido el modelo anterior a la Segunda Guerra Mundial, se sostiene que las constituciones posteriores ella se caracterizarían por ser constituciones que sustraen el procedimiento de reforma constitucional de manos del legislador ordinario y establecen procedimientos especiales y agravados para la reforma; pero no solamente eso, sino que, adicionalmente, ponen a la mayor parte de la producción normativa bajo tutela de la jurisdicción constitucional. Adicionalmente, se sostiene, las constituciones habrían incrementado su contenido normativo y, más precisamente, los contenidos normativos idóneos para determinar el examen material del ejercicio de las competencias públicas (y, bajo el postulado del efecto horizontal de los derechos fundamentales, también del ejercicio de las libertades individuales).

Ferrajoli relaciona el surgimiento de las constituciones rígidas con la evolución del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho: Señala este autor que *un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo con la subordinación de la legalidad misma —garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad— a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos.*

El problema de este planteamiento de Ferrajoli es que resulta algo impreciso, desde que presenta como novedad diversos elementos que no tienen este carácter. Por lo pronto, la idea de constituciones rígidas, no disponibles para el legislador ordinario, está presente ya en el constitucionalismo decimonónico; del mismo modo, la idea de que estas constituciones, y los derechos que contienen, constituyen un límite sustancial (y no sólo procedimental) para las mayorías legislativas. Aun cuando el procedimiento de control se lleve a cabo en las respectivas instancias políticas, es poco prolijo silenciar esta circunstancia, como si recién tras la Segunda Guerra Mundial los derechos

constitucionales viniesen a corresponder a "*prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos*".⁵²

Por toda demostración, baste remitir a la lectura del preámbulo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional, de 26 de agosto de 1789, y, en el ámbito latinoamericano, la evolución del amparo mexicano como forma de control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de las demás autoridades públicas, ya desde la segunda mitad del siglo XIX. La idea de los catálogos de derechos y su función como criterio para evaluar la validez del actuar de todos los poderes públicos no puede ser, por tanto, adscrita a una evolución del vigésimo siglo. Lo que puede aceptarse de la propuesta de Ferrajoli es un concepto de rigidez constitucional (que, dicho sea de paso, es moneda corriente en el tráfico de la teoría constitucional) que une, a la regulación de procedimientos específicos para el ejercicio del poder constituyente derivado, la existencia de una instancia jurisdiccional de control de constitucionalidad que pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad específica del acto legislativo (y no solamente sobre el resultado de la aplicación de la ley integrada a un sistema de fuentes presidido por la constitución, en un proceso concreto).

Otros autores han sostenido que el neoconstitucionalismo viene a resolver un dilema entre constituciones garantizadas sin contenido normativo, y constituciones con contenido normativo más o menos denso, pero no garantizadas. El neoconstitucionalismo implicaría un modelo de constituciones normativas y garantizadas. Al menos en estos términos, tal afirmación debe ser matizada, ya que no corresponde a la evolución general de las constituciones de postguerra. Las constituciones surgidas con posterioridad a 1945 mantienen, en lo esencial, las características del constitucionalismo decimonónico; una parte orgánica, con el diseño fundamental del órgano parlamentario, la formación del gobierno, la jefatura de Estado y sus relaciones recíprocas; las bases de la judicatura; los principios y competencias del Estado federal, o regional, según corresponda, los procedimientos de su reforma (agravados en comparación con aquellos necesarios para la elaboración de las leyes) y

⁵² Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 5ª ed., 2006; A

un catálogo de derechos más o menos desarrollado. Sobre esta base, lo novedoso del diseño constitucional de las constituciones italiana y alemana está en la inclusión de un órgano de jurisdicción constitucional, de competencias acotadas, en la primera, y extendidas, en la segunda. De ambas, sólo el Tribunal Federal Constitucional de la Ley Fundamental de Bonn está dotado de la competencia para conocer de quejas por infracción a derechos fundamentales (*Verfassungsbeschwerde*), y sólo la Constitución italiana antepone, al catálogo de derechos (art. 13 a 28), un conjunto de principios fundamentales (arts. 1 a 12) e incorpora un conjunto de enunciados relativos a las relaciones ético—sociales y económicas (arts. 29 a 47), dentro de los cuales se identifican derechos que hoy se adscriben a la categoría de económico—sociales.

En contraste, y tras la fallida experiencia de 1946, la constitución francesa de 1958 contempla un órgano político de control de constitucionalidad de las leyes, el Consejo Constitucional, con un diseño de propósito original bastante claro: evitar la inmisión del legislador en el ámbito de la potestad reglamentaria presidencial (¡y no velar por una regular sujeción de las leyes a la constitución!). Esta carta prescinde absolutamente de un catálogo de derechos, así como de enunciados de principios, y se limita a hacer referencia, en su preámbulo, a los derechos consagrados en la Declaración de 1789 y a los de la carta de 1946. Recién las constituciones de Portugal (1976) y España (1978), elaboradas al término de regímenes autoritarios, reúnen en un mismo texto constitucional los rasgos enunciados como propios del neoconstitucionalismo: constituciones con garantía jurisdiccional y textos de alta densidad normativa.

- b) garantía jurisdiccional de la constitución, en donde entra en juego el denominado control de constitucionalidad que se desarrolla a lo largo de la presente tesis;
- c) fuerza vinculante de la Constitución, es decir, lo establecido en dicho cuerpo normativo le es aplicable a todos los ciudadanos y no son catálogos considerados de recomendación;
- d) la sobre interpretación de la constitución, esto significa que los interpretes de la Constitución no solo utilizan técnicas textuales sino utilizan argumentos paradójicos que

les permite extraer del texto constitucional a veces normas implícitas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política y que condicionan el contenido del resto del ordenamiento jurídico así no quedan espacio vacíos en el ordenamiento jurídico;;

e) la aplicación directa de las normas constitucionales, que supone que la Constitución rige también sobre todos los derechos fundamentales las relaciones entre particular, la idea que las normas de los derechos fundamentales solo obligaban a las autoridades es superada en el neoconstitucionalismo y significa que todos los jueces tienen deber de aplicar la constitución y todas las normas;

Los tres anteriores inciso se pueden explicar en su conjunto de la manera siguiente:

Dentro de los rasgos que efectivamente destacan en el diseño y praxis institucional posteriores a 1945 está la inclusión de la constitución en el sistema de fuentes para la aplicación operativa del derecho. Dentro de las variadas comprensiones que hay de ella, la idea de fuerza vinculante de la constitución se entiende como opuesta a una noción de constitución como manifiesto político cuya concreción e inclusión en el ordenamiento jurídico queda entregada a las demás fuentes del derecho. Dicho en términos precisos, la fuerza vinculante de la constitución implica que el texto constitucional es considerado, en el mismo plano que las demás fuentes escritas, como base para la construcción normativa, sin que las respectivas partes del texto constitucional puedan ser ocluidas, en su función normativa, por el alegato de necesidad de complemento de la ley o de otro acto creador de textos normativos. De allí que pueda identificarse la noción de fuerza vinculante de la constitución con la de su aplicación directa (sin necesidad de intermediación). El fenómeno de constitucionalización del derecho, en cambio, requiere de unas condiciones copulativas que exceden el mero reconocimiento de la fuerza vinculante de la constitución. Junto a la existencia de una constitución rígida, mecanismos de garantía jurisdiccional de la constitución, y la asunción de su fuerza vinculante, Guastini menciona otros cuatro requisitos para que se pueda hablar propiamente de constitucionalización del ordenamiento jurídico: la sobreinterpretación de la constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes y la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas. La

sobreinterpretación de la constitución presupone su fuerza vinculante y corresponde a un enfoque interpretativo inclinado por la interpretación extensiva de tal manera que resulta posible extraer de ella "*...innumerables normas implícitas, no expresadas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política*". De ello resulta que toda decisión legislativa está prerregulada y no quedan márgenes para la discrecionalidad legislativa ni para una doctrina de las cuestiones políticas.

Del enfoque de Guastini es importante resaltar su opinión respecto de que tanto la sobreinterpretación de la constitución como la aplicación directa de la constitución corresponden a la postura de los intérpretes, o bien a la actitud de los jueces respecto de la constitución: la clave del neoconstitucionalismo es comprender que no corresponde a un desarrollo necesario a partir de la evolución del constitucionalismo de la postguerra, sino que a ciertas opciones asumidas por ciertos agentes institucionales e intelectuales. La aplicación directa de las normas constitucionales dependería, según Guastini, de la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de cierta concepción de la constitución, y de la actitud de los jueces, derivada de la misma, y consistiría en que las normas constitucionales "*pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez con ocasión de cualquier controversia*"⁵³

La interpretación conforme de las leyes se aplica en aquellos casos en que, de dos alternativas de interpretación de la ley, una de ella se adecua a la constitución y la otra se presenta como incompatible con ella, y se opta por aquella que es compatible (conforme) con la carta fundamental.

3. Los derechos fundamentales como valores y el enfoque axiológico del neoconstitucionalismo.

El origen inmediato de la evolución que lleva a la consideración de los derechos fundamentales como valores, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, es la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Lüth, mencionada

⁵³ Guastini Riccardo, ESTUDIOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL. México D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. 3ª ed., 2007.

tantas veces que no amerita mayor explicación aquí. En conexión con la teoría constitucional desarrollada por Rudolf Smend en el período de entreguerras, y con la cuestión jurídica a resolver en el caso (una expresión del Código Civil Alemán de función jurídica equiparable a la del castellano "buenas costumbres"), la sentencia en este caso califica a la parte de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn como constitutiva de un "orden objetivo de valores" (*eine objektive Wertordnung*). Como segundo hito en este camino puede mencionarse el desarrollo doctrinal que se intenta a partir de una lectura de la Ley Fundamental de Bonn y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, realizada por Robert Alexy en su *Teoría de los Derechos Fundamentales*. En esta obra, Alexy sostiene que los preceptos sobre derechos fundamentales constituyen principios, y éstos, a su vez, son la expresión, En términos de deber ser, de los valores, ubicados en el plano del ser. Desde un punto de vista normativo, los principios se caracterizarían por ser mandatos de optimización. A partir de la difusión de la obra de Alexy en italiano y en castellano, junto con el prestigio alcanzado por el Tribunal Constitucional Federal alemán y su jurisprudencia, la calificación de los derechos fundamentales como valores o principios se hace patrimonio común del componente teórico del neoconstitucionalismo.

Lo notable de esta faceta del neoconstitucionalismo es que tal calificación —la de los derechos fundamentales como valores— no suele, salvo excepciones, ir acompañada de una discusión o al menos de una toma de posición respecto de qué es lo que se entiende por "valor", como si no se tratase de uno de los términos de sentido más elusivo en las ciencias humanas y sociales. Quizás lo más destacable, en este punto, del neoconstitucionalismo, no sea la afirmación (trivial en un sentido, altamente compleja desde un punto de vista lógico en otro) de que los derechos fundamentales son valores, o constituyen valores (o cualesquiera otras expresiones similares), sino que la ausencia del intento por precisar en qué consiste este predicado, o de justificar un sentido para el mismo o de hacerse cargo, incluso en las doctrinas que sostienen la existencia de un orden material de valores, del problema de la compatibilidad entre la percepción de los valores y el orden racional (tómese por ejemplo solamente la teoría de Scheler y su necesidad de introducir la categoría de "sentimientos intencionales" para eliminar un

reproche de mero emotivismo subjetivo en la intuición moral). La única obra que se ha considerado en este estudio que aborda directamente el tema, si bien con una nomenclatura que no alude a valores, sino que a la moral, es la de Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos*. Sin embargo, su respuesta a la pregunta clave que subyace tanto a un discurso en base a valores como al discurso moral en general, a saber, cómo se pueden justificar los preceptos morales, o simplemente, la moral, consiste en plantearla como una paradoja: "*...no se ve qué tipo de justificación se busca cuando se pregunta por la justificación de la moral: una justificación presupone por definición acudir a ciertos principios, y no se advierte a qué principios podemos acudir para justificar principios últimos, o las reglas que permiten derivar tales principios*". Se puede compartir plenamente la segunda oración de esta cita; pero, a partir de ella, resulta altamente criticable el mantenimiento, a un mismo tiempo, de este predicamento y de la tesis que afirma que es posible una justificación racional, basada en la moral, de las decisiones jurídicas. Porque si en definitiva la moral no admite justificación racional, esto significaría que una decisión jurídica basada en juicio morales no puede encontrar, tampoco, una justificación racional.

Por otro lado, la calificación de los derechos fundamentales como valores, y su conversión, en el plano deóntico, a principios, conlleva unas consecuencias que sólo se hacen evidentes al llegar al momento de la aplicación del método de ponderación como vía para la solución de casos concretos en que se presenta colisión de principios (lo que se trata más adelante). Pero es importante destacar un punto: la distinción entre reglas y principios sólo es posible para una teoría que no distingue entre textos normativos y norma como entidad de significado resultante de un proceso de construcción normativa. De este modo, es posible decir de una constitución que en su artículo X expresa "Se garantiza la libertad religiosa", que ella resguarda el principio de la libertad religiosa. Esto no es un predicado respecto de lo que la constitución *contiene*, normativamente, sino que respecto de *cómo se va a leer* la constitución: una alternativa sería tratar de desarrollar un proceso interpretativo destinado a justificar ciertas reglas en la fórmula "Se garantiza la libertad religiosa".

Un segundo punto teórico a resaltar es la distinción entre reglas y principios como parte de la argumentación jurídica. La argumentación jurídica siempre va dirigida a producir una regla y sólo una regla aplicable al caso. No es posible la construcción racional de un sistema argumental que permita sostener que en un caso se puede predicar que "debe ser A", y que, en el mismo caso, sin variación en los elementos jurídicamente relevantes, "debe ser B". El método o enfoque principialista confunde no sólo las entidades semióticas (las señales) con las entidades semánticas (de significado), sino que también el proceso de construcción normativa (que incluye la consideración, examen, afirmación, descarte, recuperación, etc. de reglas y principios) con el resultado de la construcción normativa que siempre ha de ser un juicio que permita calificar un deber ser disyuntivo ("debe ser" o "no debe ser": y no, en cambio, "*debe ser en mayor o menor medida*").

La afirmación de que los derechos fundamentales constituyen valores, o un orden de valores, así como la más amplia afirmación de que ciertos principios constitucionales se insertan dentro de un sistema axiológico, (re)introduce una reflexión sobre la relación entre el derecho y la moral que se identifica como un rasgo propio del neoconstitucionalismo. La afirmación básica de este postulado podría sintetizarse, tomando como fuente el fallo Lüth y el trabajo de R. Dworkin, en la siguiente afirmación: el derecho está formado por principios fundamentales que tienen su fuente en una moral objetiva expresada en la constitución. Los principios de justicia, de índole moral, se encontrarían desde sus orígenes positivados en los textos constitucionales, como meras declaraciones políticas sin incidencia práctica. Lo que habría cambiado ahora — digamos, en tiempos del neoconstitucionalismo— sería que estos principios, con el advenimiento de la constitución como norma con fuerza vinculante y directamente aplicable, se habrían juridificado, produciendo de esta manera la conexión entre moral y derecho y los requerimientos de un nuevo enfoque, o método, para enfrentar estos principios morales en la aplicación del derecho (en especial del derecho constitucional al resto del ordenamiento jurídico). De este modo, la vigencia de las fuentes del derecho, vista desde el punto de vista de su producción conforme a los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico y dentro de éste, del orden constitucional, queda ahora supeditada o al menos indisolublemente unida a la cuestión de la validez de dichas

fuentes a la luz de los principios (morales) contenidos en la fuente superior que, por su primacía, condiciona en esta dimensión de validez también la dimensión de vigencia de las demás fuentes.

Este postulado plantea problemas teóricos y metodológicos de envergadura. Por lo pronto, y aunque se autoentiende como un rechazo o superación del positivismo (en este plano, junto a la voz neoconstitucionalismo es usual encontrar la referencia a este enfoque como postpositivismo) no se aporta una explicación de por qué la constitución, que en sí es derecho puesto, en el respectivo acto constituyente tendría la especial aptitud, en cuanto tal derecho puesto, para recibir y positivizar una moral objetiva, y no así el resto de las fuentes del ordenamiento jurídico. La única forma de entender este fenómeno sería atribuir al poder constituyente originario una cualidad distinta a la de otros poderes normativos: no sólo en el plano que permite explicar la legitimidad de un orden fundamental que no se remonta, a su vez, a una norma jurídica, sino también en un plano que permita explicar cómo, o a título de qué, se transforma en legislador moral de la respectiva comunidad política. Esto plantea una suerte de paradoja metafísica ya que implica afirmar que los actos del poder constituyente, siendo, tal como las leyes y demás actos de creación de textos normativos obra de seres humanos, o sea, fuentes de derecho positivo, tendrían, sin embargo, una naturaleza distinta que la de éstos. Lo notable de esta paradoja es que, para el lector avisado, no podrá pasar desapercibida lo cerca que ella deja a las tesis neoconstitucionalistas de los planteamientos teóricos de Kelsen, con una variante; para Kelsen, en el plano lógico, la norma constitucional ha de fundarse en una norma hipotética, supuesta para dar coherencia al sistema jurídico. La afirmación de la constitución como receptora de principios morales o valores como *entidades*, y en este carácter cualitativamente distinta del resto del ordenamiento jurídico —a pesar de que "*por hombres fuiste creada y no por dioses*"—, parece absorber en sí misma su propio fundamento (la constitución es un valor, ha dicho M. Dogliani) y ser, en este sentido, más positiva que la propia idea de constitución de Kelsen. Si, por el contrario, este postulado teórico quiere abandonar su carácter paradójico, debe aceptar que, como obra humana que es, la constitución no es distinta a otras fuentes del derecho y, si lo que ha de primar es un imperativo moral, incluso la

constitución habría de quedar sometida a él para afirmar su validez. El postulado teórico se desprende así de su antifaz y muestra, honestamente, su verdadero contenido.

Sin embargo, estos problemas, que, ni con mucho, son abordados al momento de plantear la conexión reseñada entre derecho y moral, son menores frente a los que plantea la aplicación práctica de una tesis de conexión entre derecho y moral como la que se despliega en algunas tesis vinculadas al neoconstitucionalismo.

La racionalidad de un sistema jurídico está en directa relación con la función comunicativa que cumple el respectivo sistema semiótico para conectar las consecuencias de determinados actos al sentido que es posible anticipar para los mismos. Dicho de otro modo, un sistema jurídico es tanto más racional cuanto más es posible constatar una regularidad entre las predicciones que permite su sistema de fuentes sobre las consecuencias de determinados actos, y las consecuencias que se atribuyen a los mismos, al menos en la instancia jurisdiccional. A la inversa, la racionalidad del sistema decae si, frente a un conjunto de fuentes, no es posible o resulta muy difícil predecir cuál podría ser la decisión para el caso. Desde esta perspectiva, Comanducci aborda una primera dificultad que plantea la comprensión de un sistema jurídico derivado de una cantidad de principios fundamentales fundados en la moral objetiva, en lo que él llama la *determinación ex ante* del derecho. Comanducci sostiene que, dado que la configuración de los principios no puede eliminar la parcial indeterminación del derecho, eventualmente podría reducirlas si se dieran al menos dos condiciones; la existencia de una moral objetiva, conocida y observada por los jueces, y la construcción de un sistema integrado de derecho y de moral internamente consistente. Pero en el plano de los hechos, este autor constata cuatro obstáculos que, incluso dejando de lado la cuestión de fondo (si es posible afirmar la existencia de una moral objetiva), no permiten el cumplimiento de estas condiciones: suponiendo que existiese una moral objetiva, no todos los jueces las conocen ni/o comparten; al menos a nivel de los jueces, no existe una moral positiva compartida por todos ellos; los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, ni se ocupan de elaborar un sistema consistente de derecho y moral para resolver los casos y, por último, los jueces

no siempre deciden ni argumentan racionalmente. Por el contrario, Comanducci constata que la configuración de principios no sólo no ayuda a disminuir, sino que tiende a aumentar la indeterminación *ex ante* del derecho, por la vaguedad de los principios frente a las reglas (ya que impide conocer por anticipado cuál es la conducta que será considerada conforme a los principios, E.A.L.); porque a falta de una moral común, la creación y configuración de principios aumenta la discrecionalidad de los jueces para decidir los casos fundados en su particular concepción de justicia (y esta apertura a las posibilidades de decisión a su vez aumenta la indeterminación *ex ante*) y por último porque este campo de discrecionalidad, de por sí ampliado al configurar las posibilidades de decisión sobre principios, se expande aún más en su aplicación caso por caso y sin marco alguno de jerarquía entre principios, como se da a través de la ponderación.

Un segundo problema que plantea la tesis de conexión entre derecho y moral, entendida en el sentido de que *cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral*, está emparentado con la ya comentada ausencia de reflexión sobre los valores, al momento de calificar los derechos fundamentales como valores. Porque si se asume esta tesis ¿qué tipo de norma moral debiese ser aquella que justifica la decisión judicial? ¿La moral individual del juzgador, con independencia de si se conforma o no a la moral positiva? ¿Aquella que resulta de un discurso racional, como moral crítica?. Podría decirse que estas son precisamente las cuestiones que resuelve la remisión a una moral objetiva plasmada en la constitución. Sin embargo, esto no es así: el texto constitucional no se torna ni más claro ni más evidente porque sustituyamos el respectivo derecho fundamental, o principio, por el correspondiente valor. El discreto rendimiento que el texto constitucional presenta para la construcción normativo—jurídica del derecho a la vida no cambia cuando se busca comprender el contenido (moral) del *valor* vida o del valor que es *el derecho fundamental a la vida*. De este modo resulta evidente que la comprensión de los derechos como valores, o de cualesquiera otros valores en su faz de principios, y su inclusión dentro de la argumentación jurídica (o jurídico—moral) está condicionada por el orden o sistema moral al cual se adscriba el decisor.

f) La interpretación de las leyes conforme a la constitución que es lo que hace el juez al encontrar una interpretación de ley que sea conforme a la Constitución y que maximice los efectos normativos de las normas constitucionales;

g) la influencia de la constitución en las relaciones políticas,⁵⁴ que significa que la misma Constitución prevee un sistema de solución de conflictos jurídicos entre órganos políticos; así mismo que los órganos jurisdiccionales asuman la facultad de conocer casos en toda su extensión, sin apegar a la lógica de las llamadas políticas cuestiones de temas políticos que tienen discrecionalidad esto se elimina en el paradigma del neoconstitucionalismo; y supone que las normas constitucionales son utilizadas en el debate público. Esto contribuye que en efecto el neoconstitucionalismo es nuevo y aporta ideas así como explicaciones que se soportan en practicas que se dan en el Estado Constitucional.

4. Análisis de la relación entre la trilogía de la Constitución, la jurisdicción constitucional y el debido proceso constitucional.

La relación que existe entre estas tres figuras jurídicas se identifica acorde a que la **Constitución** establece los principios y fundamentos que regulan la organización y funcionamiento del Estado y sus instituciones públicas, así como establece los derechos y garantías fundamentales de las personas que componen la sociedad de los Estados, **la Jurisdicción Constitucional** establece la facultad otorgada por la ley para la administración de la justicia y control constitucional por parte de los órganos jurisdiccionales competentes, y **el Debido Proceso Constitucional** establece la forma de los proceso y sus procedimientos, así como las figuras jurídicas y a los órganos competentes facultados para la administración de la justicia constitucional.⁵⁵

⁵⁴MOLLER Max, Tesis Doctoral, LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS, Universidad de Burgos, 2008.

⁵⁵MOLLER Max, Tesis Doctoral, LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS, Universidad de Burgos, 2008.

5. Axiología Constitucional

“La validez deriva de su propia esencia, la cual suele entenderse la existencia jurídica de una norma. Si provisionalmente aceptamos que una norma es una prescripción, predicar la validez de una norma es lo mismo que predicar la existencia de una prescripción. Supone un juicio normativo o sobre enunciados lingüísticos. La validez como pertenencia es un principio independiente de que, de hecho la norma sea más o menos observada y, desde luego, de que nos parezca más o menos justa; una norma puede ser válida y, por tanto, existente aun cuando nunca se haya aplicado ni nadie haya acomodado su comportamiento a lo que la norma prescribe. La validez como pertenencia significa que haya sido creada por el órgano competente; que se haya observado el procedimiento establecido para la creación de las normas; que la norma no haya sido derogada y que no resulte contradictoria con alguna otra norma superior al sistema”. Por ello, la validez de la norma es total y absolutamente independiente de su acción o de su influencia real o eficacia, la norma no consiste en que sea observada, sino en que lo que estatuye deber ser. Es por ello, que de la Constitución emana la validez de las normas generales, es decir, del resto de leyes internas, las que a su vez fundamentan la validez de las normas particulares, como lo son: las sentencias, los actos administrativos, etc. Otro autor que ha desarrollado la validez de la norma es Eduardo García Máynez, quien ha indicado en resumen que toda norma jurídica, para ser obligatoria, necesita un fundamento suficiente de validez así mismo amplía diciendo que la búsqueda del fundamento de la validez de una norma no nos conduce a una realidad, sino a otra norma de la cual la primera procede, en el sentido que habremos de investigar ulteriormente, por lo que es de suma importancia lo indicado por el autor referido pues es el punto de partida de la validez de la norma jurídica, ya que toda norma vale dentro de un cierto espacio, por determinado tiempo, para determinadas personas y respecto a determinadas materias, esto es el ámbito de validez de la norma que puede ser espacial, temporal, personal y material y que es establecido de antemano por la misma norma, lo cual en la norma constitucional tiene variantes por su estabilidad, permanencia e inmutabilidad. En el caso particular guatemalteco, la norma

fundamental no es otra que la propia Constitución, la validez del sistema jurídico depende de su conformidad con la Constitución. Esta es considerada como la ley suprema emanada del Poder Constituyente del pueblo, cuya finalidad es la creación de los órganos fundamentales del Estado y la regulación de su funcionamiento, así como el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo frente al poder estatal. La validez de la Constitución Guatemalteca se apoya en los principios objetivos de justicia que, informando su contenido, consagran a la persona como valor supremo, y que, por consiguiente, su suprema obligatoriedad es base y condición de un correcto funcionamiento del sistema político que orienta y organiza por medio de sus prescripciones. La superlegalidad constitucional es el principio que rige el sistema jurídico guatemalteco y, por consiguiente, todos los actos del poder público están sujetos al control de la jurisdicción constitucional. El Derecho guatemalteco reconoce el valor normativo de la Constitución, ésta es la ley fundamental del Estado, vinculante para el Poder Público, con sus respectivas consecuencias; la invalidez de la ley emitida en disidencia con la ley fundamental; la administración debe subsumir su actividad dentro de los preceptos de la Constitución; y los tribunales deben aplicar la norma constitucional en lugar de la disposición legal que esté en contradicción con aquella. Las constituciones obviamente tienen una pretensión de validez continua e ininterrumpida, ya sea de forma expresamente declarada. Las constituciones han sido suspendidas de hecho por los golpes de estado y se han tenido que ir renovando, evolucionando, abriendo puertas para nuevos derechos y garantías, especialmente relativas a la materia de derechos humanos. No pierde su validez y vigencia pese a cualquier interrupción derivada de fuerza. De esta manera, el legislador constituyente creó una norma que defiende y protege por sí la validez y la vigencia de la Constitución, ante cualquier interrupción temporal derivada de situaciones de fuerza. En Guatemala previo a la Constitución de 1985 la historia demuestra que al darse un “Golpe de Estado” su consecuencia inmediata es la ruptura del orden constitucional y por ende, la Constitución pierde vigencia. Sin embargo, ya la Constitución Política de la República de 1985 luego de varios golpes de Estado, el constituyente estableció que la validez de la Constitución fuera continua e ininterrumpida manifestándola de manera expresa como lo establece en su Artículo 21 de disposiciones transitorias que dice: La presente

Constitución Política de la República de Guatemala entrará en vigencia el día 14 de enero de 1986 al quedar instalado el Congreso de la República y no pierde validez y vigencia pese a cualquier interrupción temporal derivada de situación de fuerza. Esto lo afirma además la ley del Organismo Judicial (Decreto número 2-89 del Congreso de la República) en su Artículo 44 que establece que no tienen validez ni efecto alguno en la República de Guatemala las leyes, disposiciones y las sentencias de otros países así como los documentos o disposiciones particulares provenientes del extranjero si menoscaban la soberanía nacional, contradicen la Constitución Política de la República o contravienen el orden público.

6. Aplicación directa de las normas constitucionales.

La aplicación directa de las normas constitucionales está íntimamente relacionada con la fuerza vinculante de la constitución. En realidad, las normas constitucionales tienen fuerza vinculante cuando sus normas son directamente aplicadas, en razón de la fuerza vinculante de la constitución. Esto es lo que se puede tener como el dogma del neoconstitucionalismo, al paso que la aplicación directa sería la consecuencia de la aceptación de la fuerza vinculante. La aplicabilidad directa de las normas constitucionales constituye un paso adelante en relación con el control de constitucionalidad. A partir de esa cualidad, es posible utilizar la norma constitucional no solamente para orientar y limitar el contenido de las leyes, sino también para fundar pretensiones directamente en una norma constitucional. Considerando la estructura que generalmente presentan algunas normas constitucionales, esta cuestión es frecuentemente objeto de polémica, pues es grande la resistencia a conferir los mismos efectos, por ejemplo, a los principios o a normas de derechos sociales. No obstante, esta posición constitucionalista no significa decir que todos los principios presuponen su concreción inmediata. La eficacia de las normas constitucionales dependerá decisivamente de su densidad, o sea, de los elementos que trae en el sentido de indicar una solución. Todavía, lo que va a determinar esa mayor o menor fuerza de aplicación será la actividad judicial, en el sentido de conferir o no plenos efectos a la norma en determinados casos concretos. De esa forma, la aplicabilidad directa consiste en un

argumento ideológico del neoconstitucionalismo, lo cual propone un cambio de postura por parte de los jueces.⁵⁶

7. Neoconstitucionalismo y principios.

El positivismo jurídico, en consecuencia, desconfió absolutamente de la noción de principio jurídico. Y esa desconfianza se reabrió cuando, en la década de los sesenta, Dworkin comenzó a exponer sus tesis acerca de la endeblez de esa teoría en la resolución de problemas prácticos: los casos difíciles (hard cases). Sin embargo, la misma definición proporcionada por Dworkin de los principios jurídicos, no contribuyó en nada a despejar las dudas acerca del alcance de este concepto. Recordemos que este autor sostenía que podía hablarse de principios en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de los estándares que no son normas.

Pero específicamente, explicaba que el principio es un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

En consecuencia, tal como puede notarse, la noción de principio jurídico tiene que ver con algo vago, ideal, absoluto, programático y que constituye básicamente una especie de puerta que comunica al derecho con la moral, a partir de invocaciones genéricas a la equidad y a la justicia. Recordemos, sin embargo, que detrás de la tesis de Dworkin referida a los principios jurídicos se esconde una crítica a quien considera como uno de los máximos exponentes del modelo positivista: Hart, el autor de *Los derechos en serio*, que sucedería precisamente a Hart en su cátedra en Oxford, comete una especie de parricidio, al arremeter y hacer blanco predilecto de sus críticas al profesor oxoniense, concluyendo que su concepto de derecho es puramente normativo y pasa por alto el importante papel que juegan en la dinámica misma de lo jurídico aquellos estándares

⁵⁶MOLLER Max, Tesis Doctoral, *LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS*, Universidad de Burgos, 2008.

que no son normas: los principios. La crítica fue atinada. Tan ajustada y contundente que llevó al mismo Hart a plantear una nueva versión de su obra principal, *El concepto de Derecho*, en la que habla ahora en su *Postscriptum de soft positivism*⁵⁷: positivismo suave; un positivismo que años más tarde tomará el nombre de incluyente porque admite referencias a la moralidad, que antes eran impensadas.

Volvamos ahora a nuestro punto inicial. Porque si el neoconstitucionalismo posee un fundamento teórico en los principios jurídicos que han sido contemplados o recogidos en las correspondientes constituciones, es de rigor que nos preguntemos qué son para esta posición, o más bien, en qué consisten para dicha postura los aludidos principios. Tomemos por caso a una de las principales espadas del neoconstitucionalismo, Zagrebelsky. En todo momento este autor insiste en el carácter plural que poseen dichos principios. Ellos deben asumir un carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Pero esa convivencia ha de ser dúctil: la condición espiritual del tiempo en que vivimos, asegura el autor antes relacionado, podría describirse como la aspiración no a uno, sino a muchos principios o valores que conforman la conciencia colectiva. Si cada principio o valor se entendiera como concepto absoluto sería imposible admitir otros junto a ellos. Es más: de hecho es altamente deseable, en la práctica, la prevalencia no de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente⁵⁸.

El autor describe una característica propia de los principios, pero continúa en deuda con nosotros: no nos dice lo que ellos son. De todas formas, expresa que un rasgo característico del constitucionalismo es la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar a todo el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, quien expresa ni más ni menos que una justicia material ha de cubrir como una especie de reaseguro a todo el ordenamiento jurídico, admitiendo por otra parte que la justicia es un principio, no sólo se aleja de las concepciones puramente

⁵⁷ Ronald DWORKIN, *LOS DERECHOS EN SERIO*, Barcelona, Editorial Ariel, SA. 1984, p. 7

⁵⁸ Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *LA IDEA DE JUSTICIA Y LA EXPERIENCIA DE LA INJUSTICIA*, en Gustavo ZAGREBELSKY y Carlo MARIA MARTINI, *LA EXIGENCIA DE JUSTICIA*, Madrid, Trotta, 2006, p. 22.

procedimentales, como la de Rawls, sino que además tiene perfectamente en claro lo que es o lo que significa precisamente esa misma justicia.

En efecto, en cuanto a la lejanía de las posturas procesales, el mismo Zagrebelsky ha asegurado que el error de las tesis de Rawls consiste en que se ha intentado establecer no qué es la justicia sino cómo es posible que los individuos puedan llegar a definirla sin caer en el error. La convicción de que la justicia es una idea bella y lista para brotar de la cabeza de los hombres tan pronto como se les proteja de las perturbaciones conceptuales es la quinta esencia del más ingenuo racionalismo. No es en una aséptica posición original y sobre la fría mesa de la anatomía de los conceptos donde la justicia muestra su verdadero rostro (desfigurado), sino en las desgracias sociales y desde allí grita al cielo y a los hombres⁵⁹.

Sin embargo, en cuanto a la noción del concepto de justicia, Zagrebelsky se manifiesta incapaz de poder llegar a una idea clara. Así reconoce su impotencia:

También las teorías que se refieren a los derechos humanos, como cualquier otra teoría de la justicia, no se sustraen a la pluralidad de los puntos de vista y de las creencias y no están libres de la acusación o de la sospecha de enmascarar meros intereses. Así, en el mundo occidental ni siquiera los derechos humanos valen pacíficamente como fundamento objetivo e indiscutido de la justa convivencia entre los hombres⁶⁰.

Kelsen se preguntaba ¿Qué es la Justicia?, y aseguraba que cualquier intento de fundar objetivamente un valor (y la justicia lo es), estaba destinado al más completo de los fracasos, ya que lo que es justo para uno, es injusto para el otro. La justicia no es de este mundo: es un ideal inalcanzable, afirmaba el jurista vienés⁶¹.

En otras palabras, nos encontramos en presencia de un derecho dúctil, en la medida en que ningún principio ha de prevalecer sobre otro y teniendo en cuenta, sobre todo, que una Constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 20.

⁶⁰ Cfr. Hans Kelsen, ¿QUÉ ES LA JUSTICIA?, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, p. 78.

⁶¹ Cfr. Gustavo Zagrebelsky, EL DERECHO DÚCTIL, ob. cit., p. 97.

justicia. Ello convierte a dichos principios en algo propiamente jurídico: la ley expresa las combinaciones posibles entre los principios constitucionales, que se limitan a establecer de ese modo los puntos irrenunciables de cualquier combinación. Para Zagrebelsky, la ley mantiene así su carácter de acto creador de derecho y no viene degradada a mera ejecución de la Constitución⁶².

8. Derecho y moral en el neoconstitucionalismo

La no conexión necesaria entre el derecho y la moral, una de las tesis centrales del positivismo jurídico, siempre constituyó una cuestión central en las críticas sufridas por esta teoría jurídica. A partir de las alteraciones provocadas por la posición neoconstitucionalista en la ciencia jurídica, destaca la vuelta a la discusión sobre el derecho y la moral, reiniciada a partir de la defensa de contenidos materiales vinculantes en las constituciones.

Ante catálogos de derechos fundamentales y otras normas constitucionales que hacen expresa mención a valores, sumado a una postura de consideración del carácter normativo de esas normas, los argumentos antipositivistas adquieren de nuevo una nueva fuerza en el sentido de que ponen otra vez en discusión la separación entre derecho y moral defendida por el positivismo jurídico.

Para el análisis de los argumentos más importantes en relación con la defensa de la tesis positivista de no conexión entre el derecho y la moral, nos valdremos del célebre debate establecido por juristas, el cual, en cierta manera, resume los principales argumentos tanto del ataque antipositivista como de su defensa por parte de los positivistas.

Sin embargo, a través de este debate es posible analizar la materia relativa a la pretensión de corrección del derecho, la cual consideramos extremadamente esclarecedora en lo que se refiere a algunos aspectos esenciales y contingentes, presentes en la formación de un concepto de derecho.

⁶² Cfr. Robert ALEXY, *DERECHO Y RAZÓN PRÁCTICA*, México, Fontamara, 1993, p. 14.

En seguida, trataremos más detenidamente del cambio de actitud frente a normas constitucionales que hacen expresa referencia a términos con correspondencia en la moral y como esto afecta la tesis positivista de la no conexión necesaria entre derecho y moral.

9. La pretensión de corrección del derecho en relación a la moral

La discusión del tema se desarrolla a partir de artículos publicados por la doctrina autores del periodo comprendido entre los años de 1993 y 2000 donde sostienen con gran competencia argumentos opuestos sobre la relación necesaria entre el derecho y la moral. En razón de la capacidad y prestigio de ambos autores, utilizamos la discusión como fuente de referencia para marcar las posiciones positivistas y antipositivistas. Tal discusión se establece a partir de la proposición de algunos juristas, quien sostiene la incorrección del argumento positivista sobre la no conexión necesaria entre derecho y moral. La doctrina presenta su crítica a partir de la constatación de que el derecho no puede aceptar violaciones graves de criterios de justicia y que, en razón de esto, los criterios morales son relevantes en la definición de lo que es jurídico y lo que no lo es. Primeramente, asume que hay defectos morales presentados por normas de los sistemas jurídicos que pueden ser considerados criterios clasificatorios. Así lo sería cuando el defecto valorativo de una norma impide su propia consideración como jurídica. Por otro lado, pueden ocurrir violaciones menos graves de criterios morales, las cuales pueden ser consideradas calificatorias, o sea, cuando califica una norma o sistema como deficientes, aunque continúen siendo consideradas como jurídicas. La tesis doctrinal propone dos argumentos distintos: el argumento de la injusticia y el argumento de la pretensión de corrección. De acuerdo con el primero, los sistemas normativos pierden su calidad de jurídico en el caso de que no ultrapasen límites intolerables de injusticia. El segundo, presupone que los participantes del sistema jurídico deben necesariamente presentar una pretensión de corrección cuando aplican o crean normas jurídicas. Será esta necesaria conexión, fuerte o débil, con la moral, lo que diferenciará el derecho de la mera "fuerza bruta" o de la "pura contingencia". De acuerdo con esa concepción, los sistemas jurídicos tienen obligación de presentar, por lo menos, una pretensión de corrección, de forma explícita o implícita, si desean ser considerados como jurídicos. De

la misma forma, los jueces deben aplicar esta pretensión en sus decisiones, bajo pena de que sus sentencias sean consideradas deficientes.⁶³

El posicionamiento doctrinario, el cual se ocupa de la defensa del argumento positivista de la no conexión necesaria entre derecho y moral. Inicialmente, algunos juristas denuncian la existencia de una contradicción entre la necesidad de la formulación de una pretensión de corrección y el concepto de derecho. Conforme entiende, si la pretensión de corrección es necesaria o esencial al concepto de derecho, su ausencia debe necesariamente implicar la desclasificación de un sistema o norma como jurídico. Si no es así, no estamos tratando de algo esencial, sino de algo contingente, que es exactamente lo que sostienen algunas teorías positivistas. Explica que “si la conexión entre derecho y moral depende del argumento de la corrección, como afirma la doctrina expresamente, entonces se requiere una fundamentación más sólida”. Conforme entendemos, para sostener esa conexión necesaria, es necesario que sea comprobada a través de elementos encontrados en la previsión y funcionamiento del sistema jurídico. Una vez que no exista la prueba de esa conexión necesaria, la afirmación legítima, puede tener aplicación en la teoría de la interpretación, pero no puede ser considerada como un argumento concreto en la teoría del derecho. Por esto, parece no ser suficiente para contraponerse a la posición positivista contemporánea sobre el derecho, que busca conceptualarlo sin utilizar elementos ideológicos. Uno de los grandes problemas de condicionar los sistemas jurídicos a un concepto de justicia ideal y hacer depender la validez de las normas a su adecuación a estos criterios es la propia relatividad del concepto de justicia, el cual puede cambiar espacial, temporal e incluso, subjetivamente. Aunque todos los operadores jurídicos o legisladores se dispongan a aplicar una pretensión de corrección, esto no pasará de ser un mero intento, que no asegura resultados de acuerdo con la moral, ya que, como reconocen los juristas, el concepto de justicia o injusticia no goza de la misma convergencia de sentido como el de “república”, por ejemplo. Se observa, además, que la única posición doctrinaria que implica efectivamente en una alteración del positivismo jurídico o del concepto de derecho es la condición clasificatoria, la cual determina que una norma será o no jurídica de acuerdo

⁶³MOLLER Max, Tesis Doctoral, *LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS*, Universidad de Burgos, 2008.

con su adecuación moral. Por otro lado, la condición calificatoria tendría un objeto distinto, que no es el concepto de derecho. Al afirmar que un sistema, una decisión o una norma que no presentan una pretensión de corrección son deficientes, no se está formulando una característica definitoria o necesaria de juridicidad, sino una contingente. En sus palabras: “ambas características son definitorias, pero no definitorias de “sistema jurídico” o “norma jurídica”, sino de “sistema jurídico deficiente” y de “norma jurídica deficiente”. Analizando las teorías doctrinarias al respecto, es posible observar que son convergentes en lo que se refiere a la importancia de la práctica jurídica para el desarrollo de criterios jurídicos. Ambas admiten que la estructura abierta de algunas normas demanda una actividad constructiva del intérprete para fijarles un sentido jurídico. Todavía, adoptan posiciones contrapuestas sobre la relación derecho moral, lo que acaba por obligarlos a denominar fenómenos muy parecidos de una forma un tanto distinta. Se sostiene que ante un concepto incompleto, el positivista buscará la solución en elementos extrajurídicos, a través del uso de la discrecionalidad, estando el intérprete libre de cualquier parámetro. Por otro lado, sostiene que, en el mismo caso, el antipositivista va a decidir en base a elementos morales, y atento siempre a la jurisprudencia. Cuando ante un concepto incompleto, va a utilizar la discrecionalidad solamente si no encuentra, en el ordenamiento, razones para decidir. Podrá buscar argumentos extrajurídicos, o sea, fuera del sistema; pero lo más probable es que busque en los órganos superiores y en las demás normas del sistema sus razones para decidir, porque, al final, la permanencia de su decisión depende de la aceptación por las cortes superiores. El proceso, en resumen, es idéntico al propuesto por la doctrina, con la única diferencia de que para algunos juristas, el sentido que se atribuye al término jurídico no debe rebajar patrones morales mínimos, cumpliendo así con la pretensión de corrección. En el caso del positivismo, en razón de argumentos de autoridad y convergencia, los criterios propios de discrecionalidad no serán meramente subjetivos. Autoridad y convergencia confieren un carácter objetivo a la subjetividad inherente a la discrecionalidad, lo que se acerca y asemeja a la vinculación por la pretensión de corrección planteada por la doctrina.

El argumento del intérprete no podrá ser cualquier argumento, como afirman los antipositivistas, sino un argumento que depende de lo establecido en el sistema, o sea, compatible con lo que está construido por la práctica jurídica. Además, si consideramos que el derecho depende de la convergencia, no es difícil concluir que la forma más fácil de alcanzar la convergencia es la fundamentación en un valor moralmente relevante. Sin embargo, la moral no es definitiva para la convergencia, que puede ser obtenida por otros modos. Como analizan algunos juristas, aunque el criterio moral pueda ser un aspecto favorable a la convergencia, son varias las razones que pueden determinar la convergencia de los operadores jurídicos, además de las razones morales. No siempre la moral es factor determinante para el establecimiento de las decisiones. En ese sentido, cuestionan la propia concepción doctrinal, según la cual, el punto de vista interno está siempre caracterizado por un juicio crítico. Podría ser el comportamiento convergente, aunque motivado por intereses privados o por la simple voluntad de manifestar una opinión conforme con la autoridad jerárquicamente superior que puede determinar las razones de decidir. La posición doctrinaria, en el sentido de la pretensión de corrección del derecho, no abandona la estructura de autoridad del derecho, que siempre ha destacado en su obra la importancia de la seguridad jurídica, la cual constituye una función esencial del derecho. Pero no explica cuál sería, entonces, la solución adecuada para el caso de que una decisión cualitativamente deficiente fuera aplicada por un tribunal, ni tampoco establecer quién sería el responsable por este juicio en el caso de que los tribunales ya se hubieran manifestado, parece que, en este aspecto, se tiene razón al afirmar que el objeto discutido son los criterios para considerar una decisión, una norma o un sistema como deficientes, y no el de discutir su juridicidad. Particularmente, se considera el argumento de la pretensión de corrección verdaderamente atractivo, así como subjetivamente creemos en la existencia de una pretensión de corrección que pauta tanto la actividad del intérprete. Más aún, parece que la pretensión de corrección es algo que debe guiar la conducta de cualquier asociación que se halle implicada en la creación de un poder, sea en el nivel institucional que sea. Un sistema jurídico que no posee un mínimo de pretensión de corrección no sirve como sistema jurídico, de la misma forma que un Estado que no la tenga, no sirve como Estado. El argumento, sin embargo, nos parece más político que jurídico, principalmente

si considerado el hecho de que no se deja clara la propuesta sobre las consecuencias jurídicas de una decisión moralmente deficiente. De esa forma, se piensa que la pretensión de corrección atribuida, no debe ser aceptada como condición esencial del concepto de derecho. Encuentra, eso sí, lugar en la teoría de la interpretación, principalmente en lo que se refiere a la atribución de sentido en términos abiertos. En las teorías inclusiva y excluyente del positivismo, su punto de diferencia entre estas dos teorías está exactamente en la existencia o no de límites lingüísticos para la construcción de sentido de términos morales dentro del derecho. Para algunos juristas solamente hay lugar para la actividad interpretativa cuando hay márgenes de interpretación. Una norma de estructura abierta puede proporcionar una serie de posibles interpretaciones. Pero no se puede ir más allá de las interpretaciones posibles. Esto significa que el intérprete no es libre para aplicar cualquier sentido a la norma, sino un sentido de entre los diversos posibles. Así, es posible concluir que la estructura abierta no altera el proceso formal de identificación del sentido de la norma, sino solamente el camino del enunciado a la significación. En base a esto, quizá el mejor punto de vista sea el de aceptar que el derecho pueda tener una pretensión de corrección; pero ésta pretensión es más un objetivo que debe ser alcanzado o una característica de la interpretación jurídica que un elemento esencial al concepto de derecho. Es posible, incluso, que un positivista pueda sostener una pretensión de corrección del derecho sin que tenga que abandonar la tesis de la no conexión necesaria entre derecho y moral. La pretensión de corrección, de esa forma, puede ser un elemento clasificatorio de una norma o sistema jurídico, pero no es un elemento conceptual. Podríamos decir que un sistema jurídico que no tenga una pretensión de corrección es defectuoso. No obstante, no parece razonable la existencia de un sistema de derecho que no busque valores como justicia o equidad.⁶⁴

10. Neoconstitucionalismo, derecho, ética y moral

La gran preocupación del neoconstitucionalismo con algunos aspectos relativos al contenido de las normas jurídicas es buscar un blindaje de los sistemas jurídicos contra

⁶⁴MOLLER Max, Tesis Doctoral, *LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS*, Universidad de Burgos, 2008.

la sumisión de los derechos reconocidos constitucionalmente por parte de las fuerzas políticas de ocasión o el interés de las mayorías. La atribución de fuerza normativa a principios y derechos fundamentales, generalmente relacionados con valores morales, proporciona a los operadores jurídicos herramientas inestimables en el sentido de defender los derechos de la propia ley, cuando ésta contradice alguno de los valores incorporados al derecho. El juez ya no aplica la ley solamente porque es la ley, sino porque ésta pasó por una prueba de adecuación a los valores y demás normas materiales previstas en el ordenamiento, generalmente en la constitución.

Con el neoconstitucionalismo surge, sin duda, una preocupación más fuerte por evitar el derecho injusto, ya que presenta la preocupación de garantizar contenidos materiales generalmente conectados con la moral. Así, la cuestión que se destaca a partir de ese nuevo paradigma es la de saber si, efectivamente, hay un cambio en las relaciones entre derecho y moral. Según entendemos, aunque el neoconstitucionalismo aproxime el derecho de criterios valorativos y abra nuevas puertas de ingreso a contenidos antes restringidos al ámbito político entre ellos, la moral y la ética, no altera la relación entre derecho y moral de manera que imposibilite que se continúe sosteniendo la tesis positivista de la separación. Y esto debido a dos puntos fundamentales. El primero se refiere al hecho de que la concepción neoconstitucionalista no defiende que el derecho deba estar condicionado por cualquier valor o norma moral. Según la doctrina neoconstitucionalista, la constitución debe prever contenidos materiales vinculantes de los respectivos ordenamientos jurídicos, con el fin de garantizar derechos mínimos, en general relacionados con la dignidad, además de que condicionan la aplicación de todas las reglas del ordenamiento. Este argumento puede ser denominado político, pues no guarda relación con el concepto de derecho, salvo en lo que debe contener una constitución. De esa forma, para el neoconstitucionalismo, solamente los valores positivados en las constituciones constituyen objeto del derecho.

Los criterios morales que interesan al neoconstitucionalismo son solamente los positivados en la constitución y no cualquier ley moral. Hay, por lo tanto, diferencias considerables, al menos cuantitativas, en relación con la moral universal iusnaturalista. Por eso, es posible identificar un reconocimiento del carácter institucional del derecho,

mismo por la concepción neoconstitucionalista. Si el primer argumento propone una diferencia cuantitativa en relación con los contenidos de la moral positiva en comparación con la moral universal, el segundo se refiere a una diferencia cualitativa de los contenidos morales. A partir de la consideración del contenido indeterminado de los principios y valores en las constituciones y la conexión de estos con elementos de la moral, es posible afirmar que, a través de ellos, está permitido el ingreso de contenidos morales en el derecho, lo que imposibilitaría continuar sosteniendo la tesis de la separación.

El reiterado recurso a lo ideal presupone una suerte de germen de corrección ínsito en el sistema jurídico que debe ser optimizado. Este presupuesto supone la base del antipositivismo. Una vez que el Derecho acoge ciertos principios en algunas cosas ciertamente imprescindibles para configurar un sistema jurídico, éstos abren paso a la argumentación en que el discurso real y el ideal se encuentran. Pero es exactamente en éste punto “que cobra importancia la concepción de la constitucionalidad como una propiedad disposicional del Derecho. Tal y como ya tuvimos la oportunidad de tratar en la parte relativa a la relación entre derecho y moral para la teoría positivista incorporacionista, los contenidos del derecho con correspondencia en la moral adquieren (o pueden adquirir) un sentido jurídico que no necesariamente será su sentido ideal, esencial, o filosófico. Esto es así porque, en el sistema jurídico, dependerán de criterios de autoridad y convergencia de los intérpretes para que adquieran su sentido jurídico. Esto significa que la solución sobre el sentido jurídico atribuido a un término indeterminado que encuentra correspondencia en la moral, no será necesariamente resuelto por el mejor argumento, o sea, el sentido jurídico atribuido no será necesariamente el sentido más próximo del sentido moral. Es evidente que el sentido originario del término cuenta, pero su sentido jurídico estará condicionado a la convergencia de los intérpretes y, al final, a la autoridad.

En este caso, por ejemplo, el sentido jurídico de dignidad, justicia o igualdad podrá ser de alguna forma diferente de su definición ideal. Asumimos, como presupuesto, que los intérpretes buscan alcanzar un sentido jurídico próximo del sentido moral, pero no es esa proximidad la que va a definir la juridicidad o no de la decisión.

Así, parece posible percibir la importante distinción entre la moral ideal y la moral positivada. De esta fina, pero considerable diferencia, resultan algunas concepciones sobre la tesis de la separación sostenida por el positivismo que entendemos equivocadas. Eso ocurre, por ejemplo, cuando llaman a los principios normas de estructura abierta, previstas en los sistemas de principios morales. Parece precipitado definir los principios como principios morales, una vez que su contenido jurídico podrá ser algo diverso de su contenido moral ideal, pues jurídicamente dependerán de la convergencia y autoridad de los operadores jurídicos. A partir de esas consideraciones queda bien clara la diferencia entre la moral llamada universal, cuya definición es un proceso abierto a todos, y donde triunfa siempre el mejor argumento, de una moral positivada, cuyo sentido se restringe al ámbito jurídico. Estos dos sentidos podrán o no coincidir.

Si la conexión de que se trata, por un lado, debería aparecer conforme a la prospectiva normativa del constitucionalismo (en cuanto doctrina de los límites del poder) y, por otro lado, debe ser alguna cosa que el positivismo jurídico niega, se trata entonces de la moral universal. Si el reenvío fuera a la moral universal no se podría operar ninguna reducción fáctica, ya que el reenvío no sería a alguna cosa que pudiera ser empíricamente revelada, sino a alguna cosa que es justa en sí mismo siempre, y no contingentemente determinada. En este caso, el reenvío a la moral universal pretendería objetivamente su sobrevaloración a las normas jurídicas, que encontraría justificación en su naturaleza de 'verdad' o de 'justicia' universal u objetiva.⁶⁵

En directa relación con el postulado de la relación entre moral y derecho a través de los derechos fundamentales como valores y, en general, de los principios fundamentales como principios de justicia material fundados en la moral, se encuentra uno de los postulados que destacan dentro del neoconstitucionalismo, en lo que se ha venido en llamar su dimensión metodológica, y que consiste en la defensa del método de ponderación. La ponderación sería el método adecuado para el manejo de categorías morales que, por una parte, no se dejan aplicar como las reglas por la vía de la

⁶⁵MOLLER Max, Tesis Doctoral, *LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS*, Universidad de Burgos, 2008.

subsunción y que, por otra, sostienen una pretensión de validez que no se ve desplazada por las reglas tradicionales empleadas para la solución de antinomias o colisiones normativas. En el caso de colisión de principios (en particular de los principios constitucionales) ninguno de aquellos en conflicto se vería atenuado o neutralizado en su pretensión de validez; se trataría simplemente de determinar, para el caso concreto, el grado de preponderancia, o de mayor peso relativo, que se otorga a uno frente a otro, sin que ello implique un menoscabo en el estatus normativo de cada uno de ellos. La idea subyacente es que, mientras a nivel normativo los principios conservan siempre la misma e invariable validez, las circunstancias del caso concreto pueden introducir elementos de juicio que permitan dar, en ese caso, mayor peso a uno que a otro. Queda de este modo abierta la posibilidad de, en otro caso, dar prevalencia al principio que en un caso anterior ha sido preterido.

El método ponderativo, como se puede entender por una de sus acepciones en el diccionario, así como por la explicación que del mismo da uno de sus principales adalides, Robert Alexy, es un método que llama al intérprete operativo (tanto de la constitución como de las leyes, en un contexto de constitucionalización del derecho) a sopesar, esto es, a apreciar comparativamente el peso de los respectivos principios concurrentes en un caso concreto. Del otorgamiento de un mayor o menor peso relativo a estos principios —igualmente válidos y "pesados" si se les considera en abstracto— resulta la justificación de la decisión en el proceso de ponderación. A su vez, el curso de la ponderación, desde un punto de vista argumental, adopta cabalmente la estructura del control de proporcionalidad desarrollado originalmente como estándar de control del ejercicio de potestades discrecionales de la autoridad administrativa (que Alexy aplica precisamente con esa denominación, al espacio de discrecionalidad del legislador).

El análisis de la proporcionalidad de una medida concreta, o de actos de naturaleza normativa, conduce a un juicio de proporcionalidad o falta de proporcionalidad por la vía de tres pasos; el examen de la idoneidad de la medida o acto para alcanzar fines legítimos, el examen de la necesidad de la afectación de un derecho (o, habría que generalizar, de un principio fundamental), frente a la posibilidad de lograr el fin

pretendido con un menor gravamen para el derecho o principio de que se trate, y el estudio de la proporcionalidad en sentido estricto, entendida como el grado de afectación del respectivo derecho o principio en vistas a la entidad del fin perseguido y el grado en que se puede alcanzar el mismo, a partir de dicha afectación. La relación que debe establecerse la expresa Alexy en los siguientes términos: Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Como lo indica su estructura, este juicio conlleva a su vez tres elementos: una determinación del grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios, la determinación del grado de satisfacción del otro principio, y la consideración de si ambas entidades, puestas en relación, justifican o no justifican la medida (o sea, la no satisfacción o afectación asumida para uno de los principios).

El método de la ponderación puede apreciarse, en un sentido crítico, desde dos perspectivas.

La primera de ellas es estructural; desde el punto de vista de la estructura lógica que propone, el método de ponderación deja al operador jurídico justo allí donde se plantea el problema: cómo justificar normativamente la preferencia por uno u otro principio, el mayor peso relativo que se otorga a uno u otro valor en un caso concreto. Si los valores que se sostienen presentes en el documento constitucional cumplen su función normativa al ser involucrados como tales en el juicio de ponderación, las razones en virtud de las cuales opera la preferencia condicionada en la que consiste el juicio de ponderación son independientes de tales valores y, por tanto, se encuentran del todo desvinculadas de la fuente jurídica de la decisión. Las valoraciones adicionales requeridas por la operación, a saber, la decisión del peso a adjudicar a cada uno de los valores en juego, quedan entregadas al operador sin punto de apoyo o referencia jurídica (y habría que agregar: ni siquiera argumental).

La demostración de este aserto respecto de cada uno de los elementos del juicio de ponderación la aporta Juan Antonio García Amado en un artículo en que, respecto de cada uno de ellos, realiza el análisis de los ejemplos paradigmáticos utilizados por el propio Alexy para mostrar la operatividad del juicio de ponderación, y expone el punto de

la argumentación en que ingresa una decisión no justificada (más bien, ocluida) que permite producir una justificación aparente vía ponderación. Así, lo relevante en el juicio de idoneidad no es el juicio de adecuación fáctica de la medida al fin perseguido, sino la elección de determinado fin, como perseguido, para realizar dicho juicio, cuestión que queda absolutamente a discreción del intérprete.

En el caso del análisis de la necesidad, el quid de la cuestión estaría radicado, por un lado, en los valores o principios que se escogen para enfrentar las correspondientes alternativas que son incluidas o, más relevante aún, excluidas del análisis comparativo para llegar a demostrar que la afectación emprendida es necesaria. Ambas elecciones (decidir confrontar la libertad de expresión con el derecho a la salud y no con la libertad empresarial, por ejemplo; o bien afirmar que no se observan otras posibilidades para lograr el fin perseguido, evitando considerar alternativas racionales, como por ejemplo prohibir la publicidad del tabaco para disminuir las enfermedades asociadas al consumo, antes que imponer la carga de avisar su efecto dañino en la salud) quedan entregadas a la plena libertad del intérprete y exentas de deber de justificación alguna. Respecto del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, García Amado demuestra paso a paso cómo el supuesto método ponderativo puede ser aplicado, sin complejidad ninguna, como una clásica operación interpretativa de atribución de significado a términos en zona de penumbra de significado.

La segunda perspectiva dice relación con la afirmación, proveniente de las propias filas del neoconstitucionalismo, de que el método de la ponderación permite superar al método de la subsunción propio del positivismo. Para quien tiene noticia de los debates sobre interpretación jurídica habidos durante el siglo XX (y ya anticipados, en muchos casos, en la segunda mitad del siglo XIX), esta afirmación del neoconstitucionalismo evoca la imagen de un pasajero de tren que, habiendo abordado el carro equivocado, tras ser desenganchado del tándem original, ve cómo el convoy se aleja, sin él, hacia su destino. Y esto porque, si lo que quiere enfrentar el método de ponderación es al método subsuntivo, debe estar consciente de que, dentro de aquellas posteriores a la Segunda Guerra Mundial casi no hay teoría de interpretación o aplicación del derecho que

sostenga que el método de aplicación del derecho es de carácter subsuntivo, al menos, que se agota en el momento de la subsunción.

El neoconstitucionalismo pelea así con animales extintos o, mejor dicho, desarrolla una enérgica estrategia para vencer a un fósil. Para desplegar un rendimiento teórico, o una ventaja comparativa respecto de otros, el método ponderativo no debiese mostrarse como alternativa al método subsuntivo —que ya no es una alternativa—, sino que respecto de alguno de los otros métodos discutidos en los últimos 50 o ya casi 60 años.

Si es que cabe hacer algún reproche a una postura teórica o doctrinaria, en general, y este es el caso respecto de la ponderación, es el tener por efecto el bloquear la discusión científica sobre los correspondientes tópicos. Al presentarse como la vía de redención frente a una subsunción incapaz de dar cuenta de las necesidades de la interpretación y aplicación de principios constitucionales, el método de la ponderación reduce todo el campo de debate a una sencilla línea entre dos puntos que, planteados como únicas alternativas extremas —subsumir o no subsumir—, se tornan banales.

La idea de una aplicación subsuntiva del derecho es equivocada por reductiva, ya que refiere a una sola operación lo que son una serie de pasos complejos. En un sentido propio la subsunción está siempre presente en toda operación lógica de aplicación del derecho en cuanto une el plano general y abstracto de la norma con el juicio de su aplicación a un caso concreto. Incluso en la aplicación de un "método" ponderativo. No existe forma, ni siquiera para el método ponderativo, de expresar un juicio final sobre una determinada hipótesis de aplicación del derecho, que no sea subsuntiva en el último eslabón de las operaciones lógicas. Si, tras todos los pasos que se quieran seguir en un ejercicio de derrotabilidad de las reglas generales, excepciones y ponderación de principios se llega a la conclusión de que, dadas las condiciones a, b y c entonces se encuentra jurídicamente justificada la decisión D, es porque la decisión D se adopta en un caso concreto que se estima (en realidad, se decide) que corresponde a las condiciones a, b y c.

La subsunción es la operación lógica que permite unir el juicio hipotético y abstracto, a nivel normativo, con la decisión del caso real y concreto, a nivel práctico. Una cosa distinta, y que nada tiene que ver con el proceso de subsunción, es el método aplicado para la construcción normativa, esto es, para llegar a afirmar la vigencia de la norma que luego se aplicará subsuntivamente. En el juicio de ponderación y sus partes, Juan Antonio García Amado demuestra la esencial intercambiabilidad del método subsuntivo y el método ponderativo, proponiendo incluso la solución de un mismo caso a la luz del método sub—suntivo y el método ponderativo. Sin compartir la nomenclatura (lo que García Amado llama el método subsuntivo/interpretativo es lo que aquí he tratado como el problema de la construcción normativa) su trabajo aporta una acuciosa demostración de la estructura subyacente a un razonamiento ponderativo y su sustancial equivalencia con el que se ha venido de denominar el método subsuntivo, con la diferencia de que este último *es más apto para que los tribunales cumplan con los requisitos de una argumentación exigente, pues en él se ven más claros los pasos en que la racionalidad exige argumentación expresa de las decisiones determinantes del resultado final.*

Es aquí donde engarza una teoría de la argumentación jurídica, en general, y de una argumentación interpretativa cuando la norma ha de construirse sobre la base de textos preexistentes. La única teoría de la interpretación que agota el proceso de aplicación del derecho en la operación de subsunción es aquella que sostiene la presencia de un significado (único y correcto) en las fórmulas textuales utilizadas para la comunicación del derecho, y el carácter aproblemático o evidente de la calificación jurídica de la realidad. Ninguna de ambas premisas son aceptadas por las teorías contemporáneas de la interpretación que, incluso en sus variantes más conservadoras, reconocen al menos en los casos así llamados de ambigüedad o polisemia un ámbito de decisión para el juzgador como operador.

11. El neoconstitucionalismo como teoría del derecho.

Con la consolidación del neoconstitucionalismo como ideología en el ámbito jurídico y en razón del cambio de posturas que trajo al derecho, no son pocas las voces que anuncian el fin del positivismo jurídico como teoría del derecho. No obstante, antes de analizar la posibilidad o imposibilidad de subsistencia de una explicación positivista al derecho actual, resulta importante verificar si el neoconstitucionalismo, además de su carácter ideológico, constituye también una teoría jurídica capaz de sustituir al positivismo jurídico en la conceptualización del derecho, explicando su formación y funcionamiento. Para tal tarea, conviene destacar que son varias las ideas neoconstitucionalistas que se proponen tratar del funcionamiento de los sistemas jurídicos. Algunas teorías están guiadas por un fuerte carácter ideológico; otras adoptan una posición realista, otras analíticas; y, existen algunas que pretenden combinar criterios ideológicos con descriptivos. Después de haber tratado sobre esta cuestión, será objeto de esta investigación separar las proposiciones ideológicas del neoconstitucionalismo de aquellas otras que buscan constituir una teoría del derecho apoyada en el aspecto analítico. Tal diferenciación, entendemos, es esencial, ya que una de las consecuencias que se atribuye al neoconstitucionalismo es la de haber sustituido el positivismo como teoría del derecho. Si eso es correcto, además de analizar la compatibilidad de la concepción positivista con el derecho actual, es también necesario verificar si el neoconstitucionalismo es capaz de presentar una otra teoría del derecho que pueda sustituir a la concepción positivista. Esa discusión relativa a la teoría del derecho trajo muchos problemas cuando hubo el cambio del modelo iusnaturalista al modelo iuspositivista, y ello porque las proposiciones defendidas por estas doctrinas resultaban evidentemente contrapuestas. La cuestión es que, mientras el derecho se caracterizaba por una concepción formalista o sustancialista, no había grandes dificultades en optar por una u otra para explicar al derecho.⁶⁶

12. Neoconstitucionalismo como ideología.

El neoconstitucionalismo en su faceta ideológica o prescriptiva, es decir, sobre lo que debe estar previsto en los ordenamientos jurídicos. En esta línea, se destacan las posiciones neoconstitucionalistas que propone un cambio de actitud por parte de los

⁶⁶Ibídem.

operadores jurídicos y la necesidad de que los ordenamientos incorporen determinadas normas para que sean reconocidos como verdaderos sistemas jurídicos. Tal es la obligatoriedad de esa postura que, dependiendo del grado de cumplimiento de esas “características obligatorias”, un determinado sistema jurídico será clasificado como más o menos constitucionalizado. Como se ha mostrado, el derecho puede ser explicado a partir de varias perspectivas: ética, política o jurídica. Incluso, la teoría del derecho se ocupa solamente de esta última dimensión. Cuando verificamos algunas de las proposiciones neoconstitucionalistas como las antes descritas, es posible identificar muchas que son marcadamente prescriptivas, asumiendo un carácter mucho más político o moral que haciendo un análisis descriptivo del derecho.⁶⁷

13. Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo.

La concepción iusnaturalista sobre el derecho siempre estuvo más preocupada por atribuir contenidos materiales al derecho que, en sentido estricto, por explicar el funcionamiento del sistema jurídico. Su concepto de derecho se caracteriza por un condicionamiento al derecho natural, criterio último de validez de cualquier norma jurídica. Proponía el iusnaturalismo la construcción de un sistema condicionado al derecho natural, fundamentado mucho más en el contenido de esos sobre derechos de lo que en la práctica jurídica. Así, su explicación era eminentemente prescriptiva, no comprometida con hechos concretos. En razón de la intangibilidad del derecho natural, la moral presente en el derecho era la moral universal, la que demandaba la única solución correcta para todos los casos a ella sometidos. Tales características debilitaban la autoridad institucionalizada, ya que, al final, es el mejor argumento, la mejor solución, que debería prevalecer, independientemente de quien lo profiriera. No hay dudas de que con el neoconstitucionalismo se renuevan además de las críticas al positivismo jurídico, algunas de las proposiciones iusnaturalistas sobre un derecho relacionado a valores materiales. Eso quizá pueda ser atribuido al énfasis que da el neoconstitucionalismo a la presencia de criterios materiales en las constituciones, principalmente en relación con los derechos fundamentales. Además, la presencia de principios y normas abiertas que abundan en las constituciones actuales traen a la comunidad jurídica un debate mucho

⁶⁷Ibídem.

más intenso sobre el contenido valorativo del derecho. De esa forma, no es difícil que encontremos muchas semejanzas entre las propuestas neoconstitucionalista e iusnaturalista.⁶⁸

14. Como el Neoconstitucionalismo determina que los tipos de sentencias constitucionales se diferencian de las sentencias que se emiten en la jurisdicción ordinarias.

La interpretación del Derecho es una tarea indesligable para el juez desde el momento en que debe resolver conflictos sometidos a su conocimiento. Hay que hacerse una reflexión válida al preguntarse que si los jueces por siglos siempre resolvieron los conflictos basados en los expedientes, el conocimiento de la ley y cierto sentido común, ¿por qué ahora las cosas tendrían que cambiar hacia nuevos horizontes argumentativos y con nuevos parámetros trazados por las teorías de la argumentación jurídica?

En realidad, las teorías de la argumentación jurídica, sustancialmente apoyadas en bases del Derecho Constitucional, aportan a que los juristas sean más conscientes de su propio quehacer y sobre todo, hacen trascendente la labor interpretativa del juez. De igual forma, coadyuvan a que los jueces puedan manejar estándares argumentativos y brinden a sus decisiones una suficiente motivación.

En el Derecho Constitucional asume mayor protagonismo la tarea de la interpretación en tanto los conflictos a ser resueltos, implican la defensa de derechos fundamentales, los cuales gozan de un status especial. Por ende, discutir sobre derechos fundamentales exige un ejercicio argumentativo de mayor envergadura, apoyándose en cuestiones de juricidad y moralidad, lo que en contexto exige establecer cuáles son los caracteres de la interpretación en el denominado Estado neoconstitucional, el cual prevé herramientas interpretativas de suyo más amplias, sujetas a nuevos valores, en referencia a los principios como mandatos de optimización, por oposición a la aplicación de la ley como parámetro tradicional de solución de las controversias.

⁶⁸Ibídem.

La interpretación en el Estado neoconstitucional asume un contexto diverso al de la justicia común o como se da en la jurisdicción ordinaria, pues exige, en sede de derechos fundamentales, una motivación de contenidos más profundos, de discernimiento de supervalores en relación a los derechos esenciales de las personas, y se busca, como fin supremo, la compatibilidad entre los principios, valores y directrices que emanan de la Constitución y los conflictos que atañen a las personas. En ese modo, la interpretación constitucional marca una sustancial diferencia con la tradicional interpretación del Derecho que manejamos en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, en los cuales la observancia del principio de legalidad, la prevalencia de la ley y el acatamiento del principio de congruencia, representan otro modo de discernir los conflictos jurídicos, modalidad que en rigor, no es tampoco ajena al Derecho Constitucional pues esta última disciplina aborda tanto normas-regla como normas-principio. En ese orden de ideas, habrán controversias jurídicas, casos fáciles en la terminología de Atienza, para los cuales bastará una fórmula silogística, y a su vez, habrán casos difíciles y trágicos, siguiendo al mismo profesor de de la Universidad de Alicante, los cuales revelarán de un lado, los primeros, mayor complejidad por el número de premisas normativas y fácticas, y los segundos, verdaderos dilemas morales.

Se pretende, en suma, denotar un activismo interpretativo que resulta hoy protagonista en el Estado neoconstitucional, confiriendo prevalencia al juez constitucional, asignándole al mismo la aplicación de más principios que reglas e inclusive proyectando lo que viene a denominarse ya la irrupción en el ámbito de lo jurídico, del Estado jurisdiccional.

La prevalencia de la ley como concepto regulador del ordenamiento jurídico mantuvo su vigencia con fuerza en el sistema kelseniano, como expresión de la corriente positivista en el derecho. Ese Estado Legislativo que en su momento antecedió a Kelsen y que éste consagró través de la vigencia plena de la propuesta de la norma como elemento fundamentador del sistema de fuentes jurídico, al presente, en el siglo XXI, ha sufrido evoluciones notables y hoy, conforme planteamos, la propuesta es la de un Estado

neoconstitucional cuyos rasgos, sustancialmente distintos a los del Estado Legislativo, expresa una visión interpretativa distinta del Derecho.

Surge, entonces, una interrogante concreta: ¿en qué medida cambia la interpretación tradicional del juez en el Estado neoconstitucional? ¿Cuánto aporta una visión de los derechos fundamentales como principios, mandatos de optimización y supervalores en este nuevo tipo de Estado? ¿Cuáles son esas herramientas interpretativas que caracterizan al nuevo Estado neoconstitucional?

Es mi que la absolución de estas interrogantes, resume la inquietud manifiesta de que, a medida que los derechos fundamentales evolucionan, acudimos hacia nuevos sitios de producción jurídica en la doctrina constitucional. El principio de progresividad de los derechos fundamentales encuentra aquí su expresión suprema en tanto que a mayores herramientas interpretativas, mayor evolución favorable de los derechos fundamentales de las personas, prohibiéndose regresiones o restricciones severas respecto de estos derechos, salvo estrictas circunstancias de suma excepcionalidad.

Por regla general, no nos podemos sustraer a una fortísima corriente en la historia contemporánea: la de la exigencia de nuevos horizontes en el Estado neoconstitucional.

CAPITULO V

TIPOS DE SENTENCIA EN ACCIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Sentencias Constitucionales y sus principios.

Los Tribunales Constitucionales son los encargados de vigilar el cumplimiento y respeto de la Constitución, siendo reconocidos como intérpretes por excelencia de la Constitución Política de un Estado, con poderes de derogar normas que la contravengan. Sus resoluciones que declaran la Inconstitucionalidad de la Ley o norma con rango de ley, tienen la autoridad de cosa juzgada, con alcances generales o efectos erga omnes, vinculando a todos con la misma fuerza de una norma con rango de ley. En tal sentido, la función fundamental del Tribunal Constitucional es desentrañar cuál de las normas cuestionadas sobre su inconstitucionalidad está ajustada a la Constitución. Dentro de este contexto, el Tribunal Constitucional realiza las denominadas "Sentencias

Interpretativas", que encuentran su basamento en el "Principio de Conservación de las Leyes". Se debe tener presente que las sentencias interpretativas son aquellas que no anulan el texto de la ley en la medida que admita alguna interpretación conforme a la Constitución. La Constitución no sólo tiene una importancia jurídica — formal que la sitúa por encima del resto de normas, sino que detenta además una importancia sustancial debido al catálogo de principios y valores superiores que contiene, los que legitiman su ubicación privilegiada en el ordenamiento, y que se encuentran nutridos por los derechos fundamentales, así como por los elementos definitorios del Estado Social y Democrático de Derecho. Sin embargo, el empleo de principios y valores constitucionales, no faculta para actuar arbitrariamente al momento de interpretar la Constitución o la Constitucionalidad de las leyes. El asunto es saber hasta dónde puede llegar el Tribunal en la interpretación y que la diferencia de la sentencia constitucional de una ordinaria. Así, constitucional se señala que el Tribunal Constitucional no se concibe para imponer una interpretación propia de la Constitución, sino para rechazar una ajena. Este carácter de legislador negativo es el que permite entender la regulación constitucional y legislativa de instituciones como la sentencia de los procedimientos de inconstitucionalidad con todas sus características. Si se admitiera que el Tribunal pudiera ser legislador positivo, el significado de todas estas notas características de la sentencia constitucional se vería tan gravemente alterado que llevaría a la disolución de dicho concepto, como se analizará más adelante. El Tribunal Constitucional acudiendo a la diferencia entre los términos disposición y norma, ha sustentando la legitimidad de las sentencias interpretativas señalando que la Constitución como norma jurídica suprema puede ser interpretada, no afectando el principio de separación de poderes. Toda esta problemática es tratada en la presente tesis, el cual está dividido en cuatro capítulos, que desarrollan el tema desde los puntos de vista del derecho nacional, del derecho comparado, de la doctrina nacional y extranjera, y de la jurisprudencia. Soy consciente que la presente tesis no agota el tema, pero sirve de base para futuras investigaciones sobre las funciones que debe tener nuestro Tribunal Constitucional en un Estado que aspira a ser democrático y de derecho como el nuestro.

Un enfoque fundamental es el relativo a la ciencia del derecho constitucional a la que le corresponde proponer a los organismos legislativos de reforma de las normas fundamentales, con la colaboración de los procesalistas, el contenido de las sentencias de los organismos especializados en la solución de los conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, ya que los efectos de estas resoluciones no sólo son jurídicos, sino también producen consecuencias políticas desde un punto de vista técnico. Por otra parte, esta materia se ha vuelto cada vez más compleja y así lo evidencian los estudios doctrinales sobre la misma que con el tiempo han construido una riquísima bibliografía integrada por los artículos y libros dedicados al análisis de dichos organismos y, por supuesto, de las resoluciones que pronuncian en cuanto a su naturaleza, contenido, efectos, cumplimiento y ejecución.

Debe destacarse que la estructura y funciones de los tribunales constitucionales, cortes o salas constitucionales, se han inspirado en los tribunales ordinarios, como se ha sostenido con anterioridad, con las modificaciones que derivan de su contenido fundamental, cuando pretenden resolver los conflictos que se originan en la aplicación de las normas supremas, las que además de efectos jurídicos también poseen trascendencia política desde un punto de vista técnico y no partidista.

Un aspecto que no debemos perder de vista es el relativo a que la jurisdicción constitucional se apoya en el concepto de la Constitución como norma jurídica, que destacó un estudio clásico del reconocido jurista español Eduardo García de Enterría, según el cual esta figura surgió en la Constitución norteamericana de 1787, ya que en ella se estableció el inicio de la llamada *judicial review of legislation*, la que se encomendó en primera instancia a los jueces locales y federales, confiriéndoles la atribución de desaplicar las disposiciones generales legislativas, cuando estimaran que estas últimas contradecían las disposiciones de la Carta Federal.

Por el contrario, en Europa, (con excepción de Inglaterra que no tiene una Constitución escrita, sino una serie de instrumentos legislativos aislados, algunos de carácter histórico como la Magna Carta cuya primera versión fue suscrita en 1215), las Leyes Fundamentales surgidas con posterioridad a la Revolución francesa, si bien consagraron

el principio de la supremacía de las propias constituciones sobre todo el ordenamiento jurídico, no le otorgaron valor normativo sino exclusivamente político, de manera que los conflictos de su aplicación se encomendaban ya sea a un organismo especializado, como ocurrió en la tradición francesa o bien directamente a los organismos legislativos que habían expedido las normas secundarias impugnadas.

Dicho lo anterior, se puede indicar que la sentencia constitucional es un acto procesal, de los jueces constitucionales que ponen término a un proceso constitucional, las sentencias constitucionales, como es obvio advertirlo, son una modalidad del género “sentencias”. “Esto es, son tan sentencias como las obras y tienen o deben tener la misma estructura. Sin embargo, la temática de estas sentencias tiene algo especial, pues no se dirige a satisfacer un interés privado o de beneficio de un grupo, sino que persigue cautelar valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada.”⁶⁹

Aún más, se trata de poner en cumplimiento el texto fundamental que da cuenta de una sociedad, y no de un código procesal cualquiera, por lo que su vigencia es más importante, pues si una Constitución, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico no se cumple, constituye un demérito que afecta al resto del ordenamiento. Lo anterior se confirma con el hecho de que las sentencias constitucionales, tienen importancia precisamente porque cautelan, fundamentalmente, dos aspectos que son clave: los derechos fundamentales y la jerarquía normativa. Es una actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del derecho, sin olvidar su dimensión política. (las sentencias constitucionales son consideradas actualmente por la doctrina como fuente del derecho).

2. Principios Fundamentales de la Sentencia Constitucional.

⁶⁹ CABALLERO SIERRA, GASPAS, “CORTE CONSTITUCIONAL Y LEGISLADOR: CONTRARIOS O COMPLEMENTARIOS”, publicado en: Jurisdicción constitucional en Colombia - La Corte Constitucional 1992-2000, realidades y perspectivas, edición de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, con el apoyo de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y de la Fundación “Konrad Adenauer”, Bogotá, D.C., febrero de 2001.

2.1 Principio de congruencia:

Mediante el cual el Tribunal Constitucional al momento de sentenciar debe mantener y respetar la más estricta correspondencia entre “demanda” y “pronunciamiento”, entre lo que se solicita y aquello que se resuelve, no fallando ni ultra petitem, es decir, más allá de lo pedido, ni extra petitem, es decir, cosa distinta de lo pedido, ni con otro apoyo que no sea el de la causa petendi, vale decir, el de aquellos fundamentos en los que la demanda basó su solicitud.

2.2 Principio de motivación:

A través del cual las sentencias constitucionales tienen que ser motivadas, mediante los vicios de inconstitucionalidad, es decir son las razones, consideraciones y fundamentos que advierte un Tribunal Colegiado Constitucional para llegar al momento de emitir el fallo respectivo, como lo veremos más adelante en donde se desarrollarán las otras reglas que se dan en las sentencias constitucionales como la ratio decidendi y la obiter dicta, entre otras.

El empleo de los principios y valores constitucionales por parte de los Tribunales Constitucionales no los faculta para actuar arbitrariamente al momento de interpretar la Constitución o de analizar la constitucionalidad de las leyes, por lo cual las sentencias constitucionales deben explicar los vicios de inconstitucionalidad material, cuando consiste en la inadecuación entre el acto sometido a control y el contenido sustantivo previsto en un mandato constitucional; o, por defecto de competencia, cuando un órgano actúa más allá de sus atribuciones e invadiendo otras no conferidas.

2.3 Principio de colegialidad:

Un Tribunal Constitucional es un órgano colegiado, y como tal debe de marchar en función de lo que digan in globo los jueces de la constitución, evitando crear fisuras y enfrentamientos al momento de emitir el fallo final.

Por el cual los Tribunales Constitucionales son órganos colegiados que deben marchar en función de lo que digan en conjunto, al emitir el fallo sin que ello restrinja la tolerancia de opiniones disidentes o votos singulares que se aparten del criterio asumido por el colegiado, y que es la expresión de la apertura de sus intérpretes y del pluralismo de la constitución.

2.4 Principio de eficacia:

Mediante el cual se busca revertir el ordenamiento jurídico, producto de las leyes inconstitucionales. La eficacia, contundente, y drástica tendrá que ser seguramente general, o sea, erga omnes.

3. Clasificaciones de las sentencias constitucionales.

3.1 Sentencias estimatorias y desestimatorias.

En principio, la sentencia de la corte de constitucionalidad, como las demás de la rama judicial, se pueden clasificar en “estimatorias” y “desestimatorias”, según concepto de Palomino Manchego. Las primeras son aquellas que acogen la demanda. Las segundas, no les dan razón. Las decisiones de la Corte Constitucional no tienen en Colombia mayores posibilidades de ser impugnadas ni rectificadas dentro del sistema jurídico interno, la única posibilidad de superar interpretaciones erróneas o abusivas es el extraño procedimiento de nulidad del fallo constitucional el cual nunca ha prosperado”.⁷⁰

La sentencia estimatoria es aquella en que los pedimentos del demandante prosperan, tienen éxito, en este caso la norma demandada sale del ordenamiento jurídico en razón

⁷⁰ Ibidem.

a que no se adapta a los preceptos constitucionales. En las sentencias de tutela esta clase de decisión otorga al actor el amparo de sus derechos que el juez constitucional le denegó.

Las referidas sentencias, entonces podemos agregar que son aquellas en que se considera inconstitucional una norma si se interpreta de determinada manera. Se podría decir que se trata de la forma inversa a las interpretativas desestimatorias en el sentido en que en estas la norma subsiste si no se interpreta de cierta forma y en las anteriores subsiste si se interpreta de cierta forma.

Las sentencia desestimatorias entonces son aquellas en que no se acogen las pretensiones del demandante, si se trata de demandas de inconstitucionalidad, la norma demandada sigue vigente, no se altera en ningún modo el ordenamiento jurídico.

En las sentencias de tutela, una decisión desestimatoria es aquella en la que la Corte está de acuerdo con la decisión tomada por el juez de primera o segunda instancia según el caso, ya sea por los mismos argumentos o por otros diferentes, pero en el mismo sentido.

3.2 Sentencias manipulativas.

Lo que manipula son los sentidos interpretativos que de esa disposición se pueda extraer. Desde esta perspectiva, las modulaciones que afectan el contenido de la sentencia, pueden ser entonces:

Las sentencias manipulativas son aquellas que declaran la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo derivado conjuntamente o de la forma compleja de una disposición textual que sin embargo queda inalterada. Son aquellas transforman o modifican el significado del texto, en el sentido de que lo manipulan, sustituyéndolo o adicionándole para que el texto diga algo diferente de lo que decía; por eso se dice que

las sentencias manipulativas anulan una parte del contenido normativo, en consecuencia procede una reducción de dicho contenido.

Los distintos tribunales constitucionales han aportado al derecho comparado una de las cuales, se llaman “manipulativas”, que comprende, a su vez, a las sentencias interpretativas o condicionales, a las integradoras o aditivas y a las sustitutivas.

Según la doctrina estas sentencias encuentran su justificación en el hecho de tratar de no crear vacíos jurídicos para lo cual opta por no expulsar la ley del ordenamiento a fin de manipularla para que esta se acomode al mismo y pueda ser entendida conforme a la constitución.

3.3 Sentencias interpretativas o condicionales, con acogimiento o rechazo:

En este tipo de decisiones, la Corte restringe el alcance normativo de la disposición acusada, ya sea limitando su aplicación, ya sea limitando sus efectos. Estas sentencias interpretativas suponen entonces que se expulsa una interpretación de la disposición, pero se mantiene una eficacia normativa de la misma, es decir, si una de las interpretaciones es contraria a la Constitución y la otra resulte conforme con ella, el Tribunal Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición, sino sólo del sentido interpretativo que colisiona con ella. Se dice que es una sentencia manipulativa, pues después del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el texto de la norma subsiste con un criterio de interpretación constitucionalmente admisible, que probablemente no fue el deseado por el legislador”.⁷¹

Son las que actúan directamente sobre el contenido de la disposición normativa restringiendo su alcance, permitiendo al juez constitucional purgar la ley o reglamento cuestionado y reduciendo su capacidad normativa; Lo primero que debemos destacar es que las sentencias interpretativas se fundan en el principio de **interpretación conforme**

⁷¹ Ibídem.

a la Constitución, según el cual si dentro de los distintos y posibles sentidos de interpretación deducibles de un precepto constitucional existe alguno que razonablemente haga compatible ambos instrumentos normativos, tal sentido interpretativo debe ser necesariamente acogido por el tribunal, desestimando la inconstitucionalidad aducida y prefiriendo la interpretación conforme al derecho fundamental de que se trate respecto a esto el Tribunal Constitucional español ha establecido como *ratio* para la existencia de sentencias interpretativas que se trata de un medio al que recurre la jurisprudencia constitucional comparada para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución

Las sentencias son aquellas en las cuales el tribunal constitucional restringe el alcance normativo (interpretativo) de la disposición objeto de análisis para su aplicación, por lo cual se supone queda expulsada una interpretación de lo dispuesto en el precepto legal, pero se mantiene una eficacia normativa de la misma. Es decir que el tribunal declara la inconstitucionalidad o sea una interpretación contraria a la Constitución que se hace de la disposición. Las sentencias interpretativas son aquellas en las que el órgano de control constitucional declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea.

Las sentencia interpretativas forman parte del grupo de sentencias llamada de decisiones intermedias, es decir que son aquellas que no se de estimación total, ni de desestimación, ya que sin afectar al texto de la disposición, de alguna manera afectan a la interpretación del mismo. Un ejemplo de ellas son aquellas que señalan la inconstitucionalidad de una norma o parte del contenido normativo derivado conjuntamente del texto impugnado.

Las sentencias interpretativas son materialmente estimatorias, ya que entienden que al menos una entre varias interpretaciones posibles de un texto legal es contraria a la Constitución.

Por lo anteriormente indicado, para referirnos a sentencia interpretativas, podemos indicar que son aquellas en las que los tribunales constitucionales señalan qué interpretaciones desde el punto de vista constitucional son legítimas y cuáles no lo son.

Como se ha dicho las sentencias interpretativas pueden ser estimatorias o desestimatorias según o no acojan la pretensión. Es estas sentencias el tribunal constitucional realizar el análisis que la norma impugnada contraría la Constitución, manipula la norma para que en el futuro se le de otra directriz que vaya en concordancia con la Constitución, sin embargo si la norma impugnada no admite otra interpretación conforme a lo establecido en la Constitución, debe expulsarla del ordenamiento jurídico.

Las sentencias interpretativas también llamadas condicionales, consisten en mantener la norma dentro del ordenamiento jurídico, puesto que algunas de las interpretaciones que le se le puedan dar a la misma están ajustadas a la Constitución, a pesar de que haya algunas que por el contrario la contravengan. Es decir estas sentencias interpretativas suponen entonces que se expulsa una interpretación de la disposición, pero se mantiene una eficacia normativa de la misma, es decir, si una de las interpretaciones es contraria a la Constitución y la otra resulte conforme con ella, el Tribunal Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición sino sólo del sentido interpretativo que colisiona con ella.

Las sentencias interpretativas son aquellas en las que el Tribunal Constitucional en las que el hecho de que la expulsión de la norma impugnada del ordenamiento jurídico, a través de una acción de inconstitucionalidad, puede generar vacíos y desórdenes que son imprescindibles afrontar y evitar. Se trata de impedir que las omisiones legislativas del Congreso generen situaciones de mayor violación de la Constitución Política y afectación de derechos fundamentales. Su cobertura constitucional solo es posible, a través de una interpretación sistemática de los principios constitucionales de “conservación de la ley”, “interpretación desde la Constitución Política”, “no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”, “primacía de la Constitución” y

“concordancia práctica”. No desarrollamos más este tema pues ha sido desarrollado en un texto anterior.

Las sentencias interpretativas reductoras son aquellas sentencias cuya base del ámbito de aplicación de la disposición queda reducido, así la constitucionalidad de la norma pasa por otorgar un sentido restringido del dispositivo, en virtud a que la amplitud de la norma impugnada permite interpretaciones inconstitucionales, debiéndose precisar que en este supuesto no se eliminan interpretaciones, sino que se reduce el margen de interpretación que permite la norma. Para Héctor Lama More estas se presentan cuando se declara la inconstitucionalidad de una parte del contenido o significado normativo, manteniendo subsistente el texto o enunciado, pero que como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad se produce una "reducción" de la extensión del contenido normativo, sosteniendo que dicha reducción se produce en el ámbito de la aplicación del precepto legal.

3.4 Sentencias integradoras o aditivas

Son aquellas que declaran la ilegitimidad constitucional de la previsión omitida que debería haber sido prevista por la ley para que ésta fuera constitucional. En estas sentencias, el Tribunal Constitucional o la Corte de Constitucionalidad no anula la disposición acusada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional. Se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo, extendiendo la norma para que asuma un supuesto de hecho no contemplado en sus inicios. En estos casos, el tribunal constitucional constata, en el fondo, una omisión legislativa, puesto que la regulación es inconstitucional, no por lo que expresamente ordena sino debido a que su regulación es insuficiente, al no haber previsto determinados aspectos, que eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución. Esta sentencia constituye la muestra más clara del activismo judicial de los tribunales constitucionales, lo que supera su concepción tradicional de órganos que cumplen una función de expulsión de normas del ordenamiento jurídico y no de creador de ellas. Este tipo de sentencias son constitutivas, en la medida que ellas innovan en el ordenamiento jurídico.

Cuando una norma riña con la Constitución en este tipo de sentencia el tribunal constitucional argumentando los principios constitucionales, valores y la misma teleología de la Constitución, le adiciona lo que considere pertinente para que dicha norma este de acuerdo a lo establecido en la Constitución, por lo que el emitir la declaratoria de inconstitucionalidad el tribunal le adiciona lo que le falte a la norma, y ahí es donde aparece el activismo judicial y el tribunal actúa como legislador positivo como veremos en el último capítulo de la presente tesis.

Las sentencias integradoras o adictivas son aquellas en que el tribunal constitucional encuentra que la norma es inconstitucional porque el legislador al momento de expedirla no tuvo en cuenta ciertos aspectos que debió contemplar la norma para que no cercene ciertos derechos o preceptos constitucionales.

La Corte de Constitucionalidad o los tribunales constitucionales por invadir el área funcional del legislador y complementa la norma para que se ajuste a la constitución, corrigiendo el error cometido por aquel.

Las sentencias integradoras también llamadas aditivas, como se ha venido indicando, son aquellas en que la Corte de Constitucionalidad o el Tribunal Constitucional, tras descubrir un vacío u omisión legislativa dentro de una norma, situación que la hace inconstitucional, procede a agregar al contenido de tal norma aquellos aspectos que le hacen falta para que se ajuste a la Constitución; en estos casos la norma no resulta inconstitucional en sí misma, sino en virtud de la omisión que padece

En estas sentencias, la Corte de Constitucionalidad o el Tribunal Constitucional como se ha venido indicando, no anula la disposición acusada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional.

3.5 sentencia condicional

Es una instrucción o grupo de instrucciones que se pueden ejecutar o no en función del valor de una condición. Los tipos más conocidos de sentencias condicionales son el si entonces, si no y el según (case o switch), aunque también podríamos mencionar al lanzamiento de errores como una alternativa más moderna para evitar el "anidamiento" de sentencias condicionales. Las sentencias condicionales constituyen, los pilares de la [programación estructurada](#), y su uso es una evolución de una sentencia en [lenguaje ensamblador](#) que ejecutaba la siguiente línea o no en función del valor de una condición. Son aquellas que declaran la ilegitimidad constitucional de la previsión omitida que debería haber sido prevista por la ley para que ésta fuera constitucional. En estas sentencias, la Corte no anula la disposición acusada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional. Se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo, extendiendo la norma para que asuma un supuesto de hecho no contemplado en sus inicios.

Este tipo de sentencias producen un efecto de extensión o ampliación del contenido normativo, señalando que dicho contenido debe incluir algo que el texto legal no prevé, dichas sentencias son emitidas bajo el procedimiento de inconstitucionalidad previamente planteada. Por lo que al emitir este tipo de sentencias se debe de pronunciar sobre un texto al cual le hace falta algo conforme lo establecido en la Constitución; no inciden sobre el texto de la norma impugnada y produce el efecto de ampliación sobre el contenido normativo del precepto legal impugnado.

3.6 Sentencias sustitutivas

Las sentencias sustitutivas se desarrollaron en Italia, hacen referencia a aquellos eventos en donde la Corte de Constitucionalidad o el Tribunal Constitucional expulsa del ordenamiento jurídico una disposición acusada, y sustituye el vacío normativo por una regulación específica, que tiene raigambre constitucional directa. En cierta medida, estas sentencias son una combinación de sentencia de inconstitucionalidad y sentencia integradora, ya que anulan el precepto acusado a través del fallo de inexecutable, con lo cual generan un vacío de regulación, que se llena por medio de un nuevo mandato que la sentencia adiciona o integra al ordenamiento. Son aquellas en donde el órgano de

control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley, y simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.

En las sentencias sustitutivas, el tribunal constitucional declara que una norma es contraria a ordenamiento constitucional y la expulsa del mismo, pero para que no se de un vacío legal, emite una disposición que lo llene. La crítica que se le da a este tipo de interpretación es que al momento de dictar una norma es una función puramente legislativa la que realiza el tribunal.

Las sentencias sustitutivas son aquellas que declaran inexecutable una disposición legal por ser contraria a la constitución.

Por lo general cuando la corte expide este tipo de sentencia no declara inexecutable toda la norma demandada, suprime la parte que no lo es y la complementa para que se ajuste a la carta.

El jurista José Palomino Manchego, señala que las sentencias sustitutivas se caracterizan por el hecho de que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte que prevee una determinada cosa, en vez de preveer otra, comprendiendo la decisión de dos partes diferentes : una, que demuele el contenido de la disposición impugnada y, la segunda, que la reconstruye y, una vez declarada inconstitucional la parte de la disposición que introduce un sentido inconstitucional, la norma fraccionada subsiste con un nuevo sentido (reconstrucción). Precisa que la reconstrucción de la disposición legal, la efectúa el Tribunal sin introducir frases o palabras en el texto del dispositivo. Este tipo de sentencias del Tribunal Constitucional, constituyen el supuesto más complejo y difícil de sentencia manipulativa, puesto que en ellas un precepto es declarado parcialmente inconstitucional, y al mismo tiempo se dispone que la parte declarada inconstitucional se sustituya por otra. Las sentencias sustitutivas se diferencian del resto de las sentencias manipulativas en que

implican una declaración de inconstitucionalidad parcial que puede afectar a una parte del texto y evidentemente, al contenido normativo derivado de ese fragmento; y se caracterizan porque mediante ellas se "declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de preveer otra", de esta manera el Tribunal Constitucional reconstruye dicho dispositivo agregándole un contenido diferente por la vía interpretativa, de forma tal que dicha norma adquiera constitucionalidad.

3.7 Sentencias apelativas o exhortativas

Son el resultado de la constatación de situaciones aun constitucionales, donde se hace una apelación al legislador para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por la Corte, con la consecuencia adicional que si ello no ocurre, el Tribunal aplicará directamente el mandato constitucional en el futuro, pudiendo determinar la nulidad de la norma jurídica respectiva. Una más extensa explicación es la de Nogueira Alcalá, para quien estos fallos van desde un simple consejo al legislador, hasta fórmulas más coactivas, que llaman al legislador a regular una materia establecida en la Constitución, estas pueden agruparse en un conjunto de sentencias que establecen recomendaciones o directrices al órgano legislativo, llamándolo a legislar sobre determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del marco constitucional, de no hacerlo así el legislador podría venir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma respectiva. Estas sentencias limitan la libertad de configuración del orden jurídico que desarrolla el legislador, ya que advierten la existencia de una situación jurídica que no es aún de inconstitucionalidad si actúa diligentemente el legislador para cubrir el eventual estado de inconstitucionalidad o para superar la situación producida producto del desarrollo o evolución científico o técnico, que exige una adecuación a la nueva realidad.

La diferencia de este tipo de sentencia con las demás sentencias manipulativas es que implican una declaratoria de inconstitucionalidad que puede afecta el texto; en consecuencia el precepto en la parte que se considere contraria a la Constitución se sustituye o dispone algo indicado por el tribunal constitucional que la emita.

Este tipo de sentencias realizan la misma operación que las sentencias aditivas porque amplían o añaden el contenido del precepto impugnado, precedida de la anulación de una parte del contenido normativo. Una diferencia clara de este tipo de sentencias con las aditivas es que las primeras la parte que se amplía no siempre viene del precepto impugnado no como consecuencia de la anulación sino deriva de la parte que le añade el tribunal constitucional al momento de interpretar la norma impugnada, obedeciendo las exigencias constitucionales; por lo que esa adición deriva de la correcta interpretación del precepto, tras la declaratoria de inconstitucionalidad declarada por el tribunal constitucional, esto dentro de la función del órgano constitucional.

En este tipo de sentencia, en lugar de dictar una norma sobre el caso que se somete a su conocimiento, se exhorta a la autoridad respectiva, regularmente el organismo legislativo, para que dicte una norma que resuelva la pretensión formulada. En este tipo de sentencias se le da un reconocimiento de que la potestad o atribución de dictar normas es competencia del organismo legislativo. Estas se dan cuando existen vacíos legales o cuando se plantean inconstitucionalidades por omisión como veremos mas adelante.

Mediante este tipo de pronunciamiento, la Corte de Constitucionalidad o el tribunal constitucional da a conocer que la norma demandada es inconstitucional en la forma en que está planteada, pero se abstiene de declararla inexecutable con la condición de que el legislador la modifique o regule nuevamente, para lo cual le indica los parámetros y el término en el que deberá cumplir lo indicado, de lo contrario procederá a declarar la inexecutable de esa norma o a condicionarla en su debida forma.

Es decir, son el resultado de la constatación de situaciones aun constitucionales, donde se hace una apelación al legislador para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por la Corte de Constitucionalidad o el Tribunal Constitucional, con la consecuencia adicional que si ello no ocurre, el Tribunal aplicará directamente el mandato constitucional en el futuro, pudiendo determinar la nulidad de la norma jurídica respectiva.

Lo que se hace con este tipo de sentencias es tratar de llamar la atención al legislador por una situación que aun no es inconstitucional pero podría llegar a serlo en el futuro.

Como se ha venido indicando son aquellas en las cuales, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, el Tribunal Constitucional solo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado. Para Héctor Lama More las Sentencias Interpretativas Exhortativas son aquellas mediante las cuales requieren al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, la expedición urgente de disposiciones legales que permitan llenar o cubrir los defectos de inconstitucionalidad en los que incurrirían determinados preceptos normativos; también puede exhortar al Poder Judicial y a los poderes públicos en general para la adopción de determinadas medidas compatibles con sus decisiones. Para Arellano Valencia Vargas", estas sentencias contienen exhortaciones, pedidos o, alertas al legislador que se incluyen como parte del fallo, con declaraciones expresas sobre la constitucionalidad de una norma y no tienen carácter coactivo, teniendo la calidad de una llamada de atención al ente emisor sobre algún problema detectado con motivo de la revisión de la constitucionalidad de una norma, pudiendo en determinadas situaciones demandar la directa y pronta intervención del Congreso, emitiendo directrices, con lo cual se cuestiona que limita la libertad de actuación del Congreso, convirtiéndose en una suerte de co-legislador, sin embargo, otros consideran que una exhortación con detalles es mas conveniente, a fin de garantizar que la intervención del Congreso se encuentre dentro del marco constitucional y evitar su posterior revisión. Respecto a la naturaleza de la Sentencia exhortativa, el Tribunal Constitucional ha reconocido que las sentencias exhortativas son recomendaciones o sugerencias y ha precisado que en dichas sentencias opera el "Principio de Persuasión", que se utiliza cuando al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta un vicio, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional.

3.8 Sentencias confirmadoras de principio

Son aquellas que se ven a sí mismas como puras y simples aplicaciones, a un caso nuevo, del principio o ratio contenido en una sentencia anterior. Con este tipo de sentencias lo jueces descargan su deber de obediencia al precedente. La mayor parte de sentencias de la Corte son de este tipo, mientras que las sentencias hito o las sentencias fundadoras de línea constituyen una proporción relativamente muy pequeña del total de la masa decisional. En estas la corte se limita a aplicar al caso concreto las mismas consideraciones que se aplicaron en casos anteriores, esta es la realización del principio de seguridad jurídica. Se puede ver en estas como la corte utiliza ampliamente el comúnmente utilizado copie y pegue en la redacción de la sentencia. Son aquellas que se ven a sí mismas como puras y simples aplicaciones, a un caso nuevo, del principio o ratio contenido en una sentencia anterior. Con este tipo de sentencias lo jueces descargan su deber de obediencia al precedente. La mayor parte de sentencias de la Corte son de este tipo.

4. Modalidades del efecto temporal de la sentencia.

Estas producen efectos ex tunc o ex nunc de los fallos de los tribunales constitucionales no hay una sola posición y los ordenamientos jurídicos toman parte por darle mayor fuerza a la supremacía constitucionalidad o a la seguridad jurídica, tratando de buscar un cierto equilibrio entre ambos principios, al respecto, así en el derecho comparado, en el caso de los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia, Rumania, entre otros, los efectos de las sentencias son, por regla general, ex nunc, mientras en Alemania, Bélgica, España, Portugal, se consideran los efectos ex tunc como regla general. En el ámbito sudamericano, existe también una heterogeneidad de criterios en la materia como lo muestran las respectivas legislaciones que encuadran la actividad de los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Respecto de la sentencia declarativa, “Muchos sistemas hacen retrotraer la declaración de inconstitucionalidad al nacimiento de la norma, produciéndose el efecto

ex tunc, como ocurre en Alemania y Portugal. No obstante, ha limitado sus alcances declarándose que no se puede revisar procesos judiciales fenecidos o actos jurídicos, que hubieren producido derechos adquiridos”, a lo que cabe agregar el peculiar caso austriaco, que desde 1975 permite al Tribunal Constitucional establecer en la misma sentencia si ella ha de tener efectos *ex tunc*. Este tipo de sentencia de carácter constitucional, implica que apenas es notificada la sentencia, la disposición sale del ordenamiento pero no modifica las situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma acusada.

4.1 Sentencias retroactiva o ex tunc

Retroactiva o *ex tunc*, estas son aquellas en que las Cortes Constitucionales pueden modular los efectos temporales de su decisión y, en casos excepcionales puede retrotraer los efectos de las sentencias a situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma declarada inconstitucional. Estos fallos pueden producir ciertos problemas de seguridad jurídica al afectar situaciones jurídicas y derechos adquiridos consolidados y efectos jurídicos ya producidos, como lo exige el principio de seguridad jurídica, ya que tienen efectos en Colombia desde la adopción de la decisión en Sala Plena, así no se conozca el texto del fallo. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana hay diversas sentencias que han determinado efectos *ex tunc*. Son las que modulan sus efectos en el tiempo, y lo que buscan es la solución considerada que más se aproxime a la justicia, determinando la sentencia la fecha desde la que ella producirá efectos, posibilitando al legislador actuar antes y adecuar el ordenamiento jurídico a la Constitución, así los efectos de la sentencia no son *ex nunc* sino *pro futuro*, evitando los efectos más dañinos que podría producir la eliminación inmediata de la norma legal del ordenamiento jurídico.

En este tipo de sentencias, la decisión tomada, siendo estimatoria, afecta situaciones que ya se habían configurado en el pasado, algunas personas ya habían adquirido ciertos derechos bajo la vigencia de la ley declarada inexecutable, pero en virtud de este tipo de sentencia debe perderlos, por cuanto perjudica los derechos de la comunidad,

razón por la cual se considera que los perjuicios causados con esa ley deben ser reparados volviendo las cosas a su estado anterior.

4.2 Sentencias pro futuro o ex nunc

Siguiendo el modelo kelseniano o austriaco, las decisiones de inexecutableidad pueden tener efecto pro futuro, e implican que apenas es notificada la sentencia, la disposición sale del ordenamiento pero no modifica las situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma acusada. Un tribunal constitucional puede ir incluso más allá y determinar un período de transición para evitar serios inconvenientes a la estabilidad económica y política de la sociedad, lo que no resulta ilógico, siempre y cuando, en aplicación del principio de razonabilidad, se sustente tal tipo de disposición y se establezca un plazo de vigencia razonable. Esta clase de resolución fue literalmente inventada por la jurisprudencia constitucional alemana hace más de cuarenta años debido a razones de eminente necesidad práctica. La doctrina se encuentra dividida en cuanto a su aceptación. La crítica más dura consiste en preguntar si resulta jurídicamente posible exigirle al ciudadano afectado por una norma inconstitucional, soportar los efectos de ella a pesar de su inconstitucionalidad. En respuesta, se ha dicho que se debe distinguir entre justicia subjetiva y objetiva. Desde el segundo punto de vista, existen ocasiones en que el bien de la sociedad obliga a un cierto sacrificio particular.⁷²

Este tipo de sentencia de carácter constitucional, implica que apenas es notificada la sentencia, la disposición sale del ordenamiento pero no modifica las situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma acusada.⁷³

Son sentencias de inconstitucionalidad, donde se aplican con efectos irretroactivos, esto es, tienen alcances ex nunc, ya que se rigen por el principio de irretroactividad. Esto es así en la generalidad de las materias.

⁷² *Ibidem.*

⁷³ *Ibidem.*

La generalidad de los efectos de las leyes y en general de toda disposición que cree, modifique o extinga cualquier situación jurídica debe producir efectos únicamente a futuro con el fin de que no cree una desconfianza en la sociedad sobre la forma como que se regula o se resuelve determinado asunto (seguridad jurídica).

Ejemplo de la sentencia declarativa tenemos la emitida por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 2906-2011 (sentencia de apelación de sentencia de amparo) que fue promovida por la coalición de partidos Unidad Nacional de la Esperanza –UNE- y Gran Alianza Nacional –GANAN- contra el Tribunal Supremo Electoral por haber denegado la inscripción de los candidatos al cargo de Presidente y Vicepresidente de la República propuestos esa coalición de partidos, aquí dentro del análisis realizado por la Honorable Corte se realizó una interpretación histórica de la regulación contenido en el precepto constitucional tanto de opiniones vertidas por la Corte a ese respecto como expedientes que se conocieron relacionados con el tema, lo que quería con ese método era desentrañar el significado de la norma acudiendo a su contenido y la finalidad con el que fue establecida, recurriendo a la historia fidedigna de la institución o norma contenida en el precepto objeto de la hermenéutica; así mismo se realizó una interpretación armónica o sistemática ya que la Constitución Política de la República de Guatemala se debe interpretar en su conjunto en forma acorde con los artículos restantes, de ninguna manera se puede interpretar una norma constitucional de forma aislada y en ese sentido se interpreto la norma del artículo 186 inciso c) con armonía en los artículos constitucionales 136 inciso f), 187 párrafo segundo y 281 lo que permitió a esa Honorable Corte llegar a la conclusión de que lo que se pretende preservar en la Constitución es el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder para el cargo de Presidente de la República; también utilizaron como método la interpretación finalista criterio éste sobre el cual la Constitución no puede ser interpretada con rigor iuspositivista, sino más bien, su correcta hermenéutica propugna comprender no solo el texto escrito de sus normas sino todo el conjunto de principios y valores que el legislador originario quiso preservar en el texto de la Constitución, en

razón de que todos ellos permiten una dimensión jurídica y axiológica, determinar cual es la conducta que ha de permitirse o prohibirse. Una de las interrogantes en este caso para resolver era si la prohibición de parientes alcanza al cónyuge actual o a quien haya sido cónyuge de quien ejerza la Presidencia o Vicepresidencia y que éste ejerciendo las funciones de Presidente, todo esto al amparo de que los cónyuges no forman grado. En opinión del expediente 212-89 la Corte puntualizó que el vocablo dentro involucra con absoluta certeza al cónyuge, no solo por el parentesco liga a las personas por su procedencia de un tronco común que se origina por excelencia en el matrimonio, sino porque sería inadmisibles que la prohibición alcanzara a los consanguíneos de éste –que no lo serán del otro cónyuge- y que el esposo o esposa según el caso, quedara simplemente excluido de la prohibición, logrando con ello eludir la misma. La respuesta a la interrogante es que excluye a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas a que se refiere el artículo 186 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala. Se analiza la interpretación finalista del precepto constitucional que contiene que si bien es cierto el artículo 186 constitucional regula situaciones pro futuro, la prohibición regulada en el inciso c) de dicho artículo tiene aplicación únicamente en un lapso de determinado tiempo: el aludido en el primer párrafo del artículo 184 constitucional es decir en cuanto a la figura de Presidente y Vicepresidente, cuando este último se encuentre ejerciendo funciones de Presidente, por un tiempo que inicia desde que aquellos toman posesión de dichos cargos, hasta el día anterior a que se hace entrega de los mismos a sus sucesores electos; y, en cuanto a los parientes deben de estar incluido todos aquellos que tienen o hubiesen tenido parentesco de consanguinidad o afinidad de acuerdo al artículo 190 del Código Civil. Es de agregar que en el presente apartado únicamente se indico estos argumentos no así lo analizado respecto al fraude de ley. Por último se debe agregar que en dicha sentencia fue declarada sin lugar los recursos de apelación interpuestos y como consecuencia se confirmó la sentencia apelada.

5. Otros casos de sentencias constitucionales.

5.1 Sentencias de control concreto

Los tribunales constitucionales que conocen del control concreto de constitucionalidad a través de cuestiones o de recursos específicos, así como los demás órganos de la estructura del Estado, quedan vinculados por las sentencias de la Corte desde que tienen conocimiento de tal decisión y las partes desde que son notificadas del respectivo fallo. En el caso de las sentencias sobre cuestiones de inconstitucionalidad, tienen valor de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y tienen efectos generales. A su vez, las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad en control concreto impiden cualquier planteamiento ulterior por la misma vía fundado en la infracción del mismo precepto constitucional. El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. Este tipo de control precisamente se denomina control de constitucionalidad concentrado o concreto, porque es la Corte Constitucional quien dictaminará si existe o no una antinomia con la norma supra legal, a fin de garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.

Esta modalidad de sentencias tiene el efecto:

1. Interpartes, en los casos en que la Corte se pronuncia únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la norma jurídica.

La Constitución Política de la República en su artículo 266 regula, “En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.”. Y en los mismos términos lo establece la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en su artículo 116, la cual regula cada caso en particular y su tramitación hasta su apelación del artículo 117 al 132.

5.2 Sentencias declarativas de inconstitucionalidad.

Esta técnica se usa para declarar el precepto legal como inconstitucional, o declarar la incompatibilidad de la norma con la Constitución, sin determinar la razón de la anulación

de dicha norma, lo que otorga al legislador la oportunidad de modificar la norma declarada inconstitucional, manteniendo abierta la posibilidad de que éste configure la norma libremente dentro de los parámetros constitucionales, como ocurre en Alemania.

Un ejemplo es aquella que reconoce o declara el vínculo parental del padre con el hijo. En este caso, la sentencia al declarar la existencia de la filiación, retrotrae sus efectos al instante mismo de la concepción.

En su caso, las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de las leyes, retrotraen sus efectos al instante en que la violación constitucional fue cometida, al aprobarse la ley con aquel defecto. La declaración de inconstitucionalidad se limita a establecer la certeza jurídica de la infracción constitucional.

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad refiriéndose a los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en su artículo 140 regula, “Cuando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad declare la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial.”, y en su artículo 141 en relación a los efectos del fallo en caso de suspensión provisional establece, “Cuando se hubiere acordado la suspensión provisional..., los efectos del fallo se retrotraerán a la fecha en que se publicó la suspensión.

5.3 Sentencias de inconstitucionalidad por omisión

La omisión absoluta se presenta, por ejemplo, cuando el legislador no ejecuta del todo un mandato constitucional. Y, la omisión relativa se da, por ejemplo, cuando tal mandato

se ejecuta parcialmente, de manera que sólo aquello que falta, constituiría la inconstitucionalidad. No quiero ahondar en la controvertida definición de una omisión relativa, por la evidente dificultad de determinar hasta qué tanto se trata de una acción defectuosa, en vez de una omisión parcial. La inconstitucionalidad por omisión legislativa, es aquella en la que incurre el órgano legislativo con su inactividad, cuando, en virtud de un mandato constitucional, está obligado a legislar. Es decir, el legislador vulnera el principio de supremacía constitucional cuando desacata o desobedece un mandato específico consistente en crear o dictar una norma legislativa. La omisión legislativa puede resultar inconstitucional en dos hipótesis distintas:

Cuando el legislador no observa en un plazo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente con mandato concreto de legislar impuesto de manera expresa o implícita por la constitución.

Cuando al expedir una ley, el legislador dicta una regulación no acorde con la constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía.

Es decir, la omisión legislativa es inconstitucional no solo cuando el legislador desconoce mandatos concretos de legislar, sino cuando regula una materia de manera incompleta o deficiente desde el punto de vista constitucional. Se afirma entonces, la existencia de omisiones legislativas absolutas (ausencia total de una ley cuya emisión se prevé constitucionalmente) y omisiones legislativas parciales (el legislador legisla pero lo hace de manera deficiente o incompleta, pues omite previsiones exigidas por la constitución).

Estas clases de inconstitucionalidad, tienen su explicación, toda vez que la contradicción o vulneración de una disposición legal con la normas insertas en la Constitución Política de la Republica tienen diverso origen, por ejemplo; a) una disposición legal cuyo contenido es absolutamente compatible con la constitución, sin embargo, pudo haber sido elaborada desconociendo el procedimiento establecido para el efecto por las normas de la Constitución; b) una disposición legal elaborada y sancionada conforme al procedimiento establecido en la Constitución, empero, contiene normas contrarias a los

principios, valores, fines establecidas en la norma suprema; y c) la no elaboración y aprobación de una disposición legal que desarrolle las normas de la Constitución respecto a un determinado tema, como el de los derechos fundamentales misma que puede constituirse en una conducta contraria y vulneratoria a los preceptos señalados en la Constitución.

La inconstitucionalidad por omisión normativa, se presenta en aquellos casos en los que existiendo la ley que desarrolla un mandato de la constitución, aquella se hace incompatible por una deficiente o incompleta regulación que origina la ineficacia de una norma constitucional; y la inconstitucionalidad por omisión legislativa, se produce en los casos en que la constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y este no lo hace”, en consecuencia, para que se produzca estas dos dimensiones, es necesario que exista un mandato del constituyente para el desarrollo legal de una norma constitucional, es decir, debe existir una norma que le imponga al órgano legislativo la obligación de desarrollar el precepto a través de una ley. El primer efecto de la inconstitucionalidad por omisión es la aparición en el articulado de la ley fundamental, de una serie de normas que generan la concreta obligación de ser desarrolladas por el legislador ordinario para tender a la eficacia plena, tales normas son los encargos del legislador que no son meras proposiciones declarativas, sino que constituyen verdaderas normas jurídicas que necesitan conectarse con otras para originar su efectividad. Sin embargo, se debe discriminar entre las diferentes normas que integran la Constitución para ver en qué casos se puede producir la omisión inconstitucional, pues no todos los preceptos que integran el texto básico poseen el mismo carácter, la misma naturaleza, ni tienen que ser desarrolladas por el legislador ordinario, dado que algunas de ellas deben ser aplicadas en forma inmediata sin disposición inferior que las reglamente, regule o desarrolle. Existen distintas clases de inconstitucionalidad por omisión, mismas que se presentan en la contradicción o infracción de la disposición legal con las normas de la Constitución de acuerdo a su origen, entre las que se encuentran la inconstitucionalidad: a) por la forma, (por infracción o incumplimiento del procedimiento previsto por la norma suprema para su elaboración); b) por el fondo, (por la infracción o incompatibilidad de las normas

establecidas en la ley fundamental con las normas insertas en la disposición legal sometida a control de constitucionalidad); c) por omisión, (por el incumplimiento del legislador de un mandato contenido en la constitución, mandatos permanentes y concretos); y d) sobreviniente, (por la incompatibilidad que opera ante una eventual reforma de la ley fundamental). El control normativo por omisión no tiene como fundamentos el depurar alguna norma del ordenamiento jurídico, por el contrario, su fundamento radica en ordenar se subsane la omisión o interpretar la ley y de ser posible llenar el vacío o laguna existente previa constatación, entonces resulta claro la existencia de un mandato constitucional imperativo incumplido que denota actitud pasiva del legislador ordinario.

Pues en conclusión podemos indicar que la inconstitucionalidad absoluta, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; y la relativa existe una omisión legislativa relativa por que si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad.

A manera de ejemplo se transcribe la sentencia siguiente, emitida por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, podemos observar que se da el contenido de la sentencia que acá se desarrollo en donde la Corte de Constitucionalidad advierte que se ha dejado de legislar sobre determinada materia y ordena que se haga en la forma establecida en la Constitución Política de la República entre otros.

EXPEDIENTE 1822-2011

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS MAURO RODERICO CHACÓN CORADO, QUIEN LA PRESIDE, HÉCTOR HUGO PÉREZ AGUILERA, ROBERTO MOLINA BARRETO, GLORIA PATRICIA PORRAS

ESCOBAR, ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE, JUAN CARLOS MEDINA SALAS Y RICARDO ALVARADO SANDOVAL: Guatemala, diecisiete de julio de dos mil doce.

Para dictar sentencia, se tiene a la vista la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por el abogado Najman Alexander Aizestad Leistenschneider contra el artículo 201 Bis del Código Penal, en el cual se tipifica el delito de tortura, por la omisión legislativa de incluir: “el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin”, como finalidades del delito de tortura, y “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”, supuestos contenidos en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. El postulante actuó con su propio auxilio profesional y el de los abogados Hernán Antonio Herrera González y Marjorie Bosque Domínguez. Es ponente en el presente caso, el Magistrado Presidente, Mauro Roderico Chacón Corado, quien expresa el parecer de este Tribunal.

ANTECEDENTES

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Lo expuesto por el accionante se resume: **a)** interpone acción de inconstitucionalidad parcial de ley de carácter general por: *“omisión al no incluirse al castigo, la discriminación o cualquier otro fin como finalidades de la tortura, ni a la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica, en la tipificación del delito de tortura en el artículo 201 Bis del Código Penal”*, por violar los derechos constitucionales a la integridad y seguridad (artículos 2º y 3º), a la igualdad (artículo 4º), la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos (artículo 46) y la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al *ius cogens* y a los derechos humanos como deber del Estado de normar sus actuaciones con el propósito de contribuir a la paz y defensa de los derechos humanos y como un

derecho humano inherente a la persona aunque no figure expresamente en la Constitución (artículos 44 y 149, todos de la Constitución Política de la República de Guatemala); **b)** si bien el poder legislativo tiene un margen de acción en la configuración de las normas penales, ese margen de discrecionalidad del legislador no puede concebirse en términos absolutos, pues la actividad punitiva del Estado encuentra límites formales y materiales que se derivan tanto de la Constitución como de las normas que se integran a ella por medio del bloque de constitucionalidad; **c)** la tortura es uno de los crímenes que mayor regulación y prohibición encuentran en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, está específicamente definida por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, dos tratados internacionales debidamente aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala; **d)** el artículo 2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes señala que la definición de tortura "*se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance*". La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura amplía las finalidades por las cuales un acto debe de considerarse tortura, estableciendo, entre otras, que el delito de tortura se comete como medio de castigo personal o con cualquier otro fin, lo que conlleva un tipo abierto en cuanto a la finalidad del crimen; no obstante, el Código Penal guatemalteco es muy restrictivo y no las contempla. De ahí que pueda apreciarse la incongruencia entre la norma que se estima inconstitucional y la definición de tortura aceptada por la comunidad internacional. El castigo, la obtención de una falsa confesión, la renuncia o la discriminación (entre otras) han sido históricamente motivos que han llevado a la tortura. Además, la citada Convención expresamente establece que también se considera tortura "la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica". Impedir conciliar el sueño, sometimiento constante a música estridente, ser obligado a realizar conductas humillantes o denigrantes, la amenaza de tortura (mostrando implementos de tortura) o la profanación de objetos de gran valor religioso frente a la víctima, entre otros, son métodos de tortura que no causan grave dolor físico

y que se encuentran prohibidos por la definición internacional de tortura; sin embargo, escapan de la definición de tortura contenida en la norma impugnada en esta acción. La definición de tortura constituye un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y de los elementos que ésta debe observar. El Código Penal, en su artículo 201 Bis, únicamente contempla como tortura actos que conlleven dolores o sufrimientos graves, razón por la cual es evidente la contradicción con la normativa internacional, es incongruente con la definición de la tortura, pues únicamente contempla la "información y confesión" e "intimidar o coaccionar" entre las finalidades de la tortura, no incluye la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica; e) la prohibición de la tortura ha sido reconocida como una de las pocas normas que han alcanzado el carácter de *ius cogens*; es decir, como una "norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario", por lo tanto, su regulación no permite derogación o reducción alguna en los elementos de su tipificación, pues viola derechos humanos garantizados por disposiciones constitucionales, tratados internacionales en materia de derechos humanos y normas internacionales imperativas de *ius cogens*; f) el derecho constitucional a la integridad requiere que el Estado tome las acciones necesarias para que no se dañe física o mentalmente a sus habitantes, y el derecho a la seguridad implica que el Estado tome las acciones necesarias para garantizar que los ciudadanos no se vean arriesgados o colocados en situaciones de peligro. En resguardo de estos derechos, las violaciones más graves deben ser castigadas por medio de sanciones penales. En casos como la tortura –en que el sujeto activo actúa con el apoyo, autorización o aquiescencia de un agente estatal– el objetivo de la tipicidad es indicar a los ciudadanos, y agentes del Estado, qué comportamientos están prohibidos y que con la conminación penal contenida en los tipos penales, se abstengan de realizar la conducta prohibida. Al no hacerlo, los pone en riesgo e incumple con su obligación de proteger y garantizar sus derechos fundamentales. No basta establecer un tipo penal y denominarlo tortura, deben incluirse como parte del tipo penal todos sus elementos. La norma impugnada, en la tipificación de la tortura, no incluye todos los elementos de la

tortura, al omitir el castigo, la discriminación y cualquier otro fin como parte del tipo penal, la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica, lo que conlleva excluir de la protección del tipo penal esas conductas, pues con ello el Estado excluye la protección contra todo acto de tortura que se realice con esa intencionalidad. Según lo establecido en la norma impugnada, infligir dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, con el objetivo de castigar, discriminar o cualquier otro fin, pueden realizarse en Guatemala sin que constituyan tortura, así como la realización de actos que tiendan a disminuir o anular la personalidad de la víctima, los que, si no causan dolores graves, no constituyen tortura para Guatemala. Ello contraviene derechos constitucionales de todos los habitantes. La desprotección de tales actos en el tipo penal de la tortura no puede suplirse acudiendo a otros tipos penales, como las lesiones, pues ambos delitos protegen distintos bienes jurídicos. La naturaleza única y especial de la tortura implica que su tipificación deficiente no pueda suplirse con otros tipos penales, pues hay una sustancial diferencia de fondo entre condenar por lesiones e imputar responsabilidades por el delito de tortura; **g)** el artículo 4º constitucional señala que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. La protección contra la discriminación es precisamente uno de los valores fundamentales reconocidos por la Constitución; para ello, debe adoptar medidas legislativas que prohíban actos discriminatorios. El género, la raza, la nacionalidad, la religión, la orientación sexual o la situación de extranjería son comúnmente motivos en que los victimarios fundamentan actos de tortura (tal como el caso de la *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*); sin embargo, en Guatemala la tortura con esas finalidades no se encuentra contemplada por la tipificación de ese delito en la norma impugnada, pese a que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificada por el Estado de Guatemala, incluye a la discriminación como uno de los elementos de la tortura; **h)** el artículo 46 constitucional señala que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno; la norma establece una jerarquía normativa entre los tratados internacionales y la legislación nacional. Por medio de los instrumentos internacionales contra la tortura, se persigue castigar a los

responsables de las más graves violaciones a los derechos humanos y, por ende, deben considerarse como convenios internacionales en materia de derechos humanos. La suscripción y ratificación de esos tratados internacionales en materia de derechos humanos conlleva que el Estado de Guatemala reconozca y acepte la definición de la tortura con todos sus elementos de tipicidad, incluyendo la finalidad de castigo, discriminación y cualquier otro fin, y la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad; por ello, el compromiso adoptado por el Estado de Guatemala es establecer el delito de tortura dentro de su legislación penal con todos los elementos del tipo penal en la definición internacional, lo cual debe cumplirse respetando los elementos de tipicidad y la definición establecida por las convenciones. El Código Penal, en su artículo 201 Bis, establece el delito de tortura, pero no incluye los mismos elementos del tipo penal reconocidos en las convenciones internacionales sobre la materia, sino que se trata un tipo penal más restrictivo que no incorpora los elementos acordados en los instrumentos internacionales, lo cual evidencia la incongruencia entre la definición nacional y la contemplada en las normas internacionales, contraviniendo el artículo 46 constitucional; i) para la tipificación de delitos con fuente internacional, la preeminencia establecida en el artículo 46 constitucional no puede poseer únicamente el efecto de que ante un conflicto normativo prevalezca la norma internacional. La colisión en casos penales presenta una circunstancia única y distinta que no puede ser evaluada de la misma forma. La norma internacional solamente establece la obligación de tipificar la norma penal en el derecho interno, pero no establece el delito *per se*, ni regula sanción penal. Además, la simple prevalencia no da efectividad real a la disposición constitucional ni a los derechos humanos garantizados por el tratado, derivado del principio de legalidad que determina que no hay crimen ni pena sin ley anterior, en congruencia con el mandato del artículo 17 constitucional. Un juez en un caso penal, al evidenciar el conflicto que existe entre la definición del artículo 201 Bis del Código Penal y la definición de la tortura en el ámbito convencional internacional y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se vería imposibilitado de aplicar la definición contenida en el tratado internacional a pesar de que ésta prevalezca. No puede un juez condenar a una persona que haya cometido tortura con la finalidad de castigar, ya que ese sujeto pasivo no está

contemplado en la norma inferior, a pesar de que así lo dispone la definición de tortura contenida en un tratado internacional prevaleciente en materia de derechos humanos. Así como tampoco podría aplicar la obligación de ajustarse a esa definición en la legislación penal de cada Estado. En su aplicación real y concreta, declarar que un tratado internacional en materia de derechos humanos establece que un delito prevalece sobre la legislación ordinaria carece de contenido real. Por lo tanto, el conflicto de normas que establecen disposiciones penales con tratados internacionales en materia de derechos humanos constituye una circunstancia limitada, especial y extraordinaria que justifica un trato específico. En estos conflictos normativos en concreto, debidamente circunscritos al establecimiento de un tipo penal, para la aplicación real y eficaz del principio de preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos debe utilizarse el contenido del tratado para evaluar el vicio de inconstitucionalidad de la norma inferior según el artículo 46 constitucional. Atendiendo a esto, el artículo 201 Bis del Código Penal que establece el delito de tortura contraviene el artículo 46 constitucional debido a su colisión con los artículos 1, 2, numeral 1, y 4, numeral 1, de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; 1, 2, 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; 2 y 5, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, j) la omisión de elementos esenciales en la tipificación de la tortura en el ordenamiento nacional es una grave violación a derechos constitucionales y normas internacionales. La defensa del orden constitucional implica sujetar al control de constitucionalidad a los órganos del poder público en sus actos como en sus omisiones, lo que conlleva la adecuación de las normas nacionales a los parámetros mínimos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Solicitó que se declare con lugar la presente acción de inconstitucionalidad por omisión y, en consecuencia, que se exhorte al legislador a adecuar el tipo penal de la tortura a los estándares internacionales, fijándole plazo para el cumplimiento del fallo.

II. TRÁMITE DE LA INCONSTITUCIONALIDAD:

No se decretó la suspensión provisional del artículo 201 Bis del Código Penal. Se tuvo como intervinientes al Congreso de la República, al Procurador de los Derechos Humanos, al Procurador General de la Nación, a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala y al Ministerio Público. Oportunamente se señaló día y hora para la vista.

III. RESUMEN DE LAS ALEGACIONES:

A) El Procurador General de la Nación expuso: **a)** el postulante no efectuó confrontación en forma clara y precisa que permita advertir la supuesta omisión de requisitos que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece, así como lo que manifiesta la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Se limitó a transcribir una serie de aspectos doctrinarios de algunos tribunales constitucionales sobre la forma de la reparación en las inconstitucionalidades por omisión; **b)** el requerimiento de omisión del accionante podría ser subsanado por los jueces del orden penal en sus sentencias sobre la tortura, aplicando lo establecido en las convenciones de carácter internacional; es decir, bastaría con hacer valer esos planteamientos en casos concretos ante los tribunales penales, pues la Corte de Constitucionalidad no puede asumir una función legislativa. Solicitó que se declare sin lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial planteada. **B) La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala** expresó: **a)** conforme con los instrumentos internacionales, los actos que constituyen tortura deben realizarse "intencionalmente" y deben consistir en "dolores o sufrimientos" (Convención Internacional contra la tortura) o "penas o sufrimientos" (Convención Interamericana contra la Tortura) "físicos o mentales". A diferencia de la Convención Interamericana contra la Tortura, la Convención Internacional contra la Tortura señala que los dolores o sufrimientos deben ser "graves"; **b)** conforme con los citados instrumentos internacionales y la doctrina internacional, los elementos constitutivos de tortura son: i) cometer intencionalmente actos que produzcan graves dolores o sufrimientos físicos o mentales, penas o bien que sin causar angustia psíquica o dolor físico tiendan a disminuir la capacidad física o

mental de la víctima; ii' realizar esos actos con la participación o aquiescencia de las autoridades del Estado; iii' cometerlos con un propósito, motivación o finalidad específica. La finalidad perseguida puede ser la de obtener de la víctima o de un tercero información o confesión, castigarla por un acto que haya cometido o que se sospeche que ha cometido, intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación; y, por cualquier otro fin; **c)** la prohibición de discriminación constituye una noción fundamental de Derechos Humanos. La Convención Internacional contra la Tortura recoge la discriminación como uno de los elementos fundamentales constitutivos de la definición del delito, el uso discriminatorio de la violencia o el maltrato mental o físico es un factor importante para determinar si un acto constituye tortura. Es obligación de los Estados Parte velar porque se establezcan medidas de protección para las personas o poblaciones minoritarias o marginadas que corren mayor peligro de sufrir tortura, además de enjuiciar y castigar cabalmente todos los actos de violencia y maltrato cometidos contra esas personas. En este sentido, el Comité contra la Discriminación Racial ha expresado que los Estados Parte deberían prevenir y castigar severamente la violencia, los actos de tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes y todas las violaciones de los derechos humanos cometidos por agentes del Estado contra las personas pertenecientes a grupos raciales o étnicos, en particular los no ciudadanos (incluidos los inmigrantes, los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas), los romaníes/gitanos, los pueblos autóctonos, las poblaciones desplazadas, las personas discriminadas a causa de su ascendencia, así como los demás grupos vulnerables, prestando especial atención a la situación de las mujeres y los niños, que podrían ser objeto de una doble discriminación por su raza y su sexo o su edad; **d)** de conformidad con el artículo 4 de la Convención Internacional contra la Tortura, los Estados tienen la obligación de tipificar y sancionar el delito de tortura en su legislación penal. La obligación de los Estados de tipificar y sancionar el delito de tortura en la legislación penal requiere que como mínimo se incluyan los elementos que definen la tortura de acuerdo con los instrumentos internacionales, incluyendo la discriminación como motivación de la tortura. En el caso de Guatemala, el Comité contra la Tortura reiteró, en las observaciones finales correspondientes al año dos mil seis, su preocupación porque aún no se ha ajustado la tipificación del delito de tortura que figura

en el Código Penal a las disposiciones de la Convención Internacional contra la Tortura, recomendando que se enmienden, con carácter prioritario, las disposiciones pertinentes del Código Penal, en particular los artículos 201 Bis y 425, para tipificar penalmente la tortura según se define en el artículo 1 de la Convención Internacional contra la Tortura;

e) la sola vigencia de una norma que tipifique de alguna manera el delito de tortura, no es necesariamente consistente con las obligaciones internacionales que los Estados han adquirido respecto a la adopción de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos humanos. Es indispensable que los elementos del tipo penal definido en la ley o código respectivo sean consistentes con los elementos exigidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por consiguiente, la tipificación de dicho delito debe incluir como "mínimo" los elementos que constituyen tortura de acuerdo con los estándares internacionales, ya que cada uno de éstos persigue proteger bienes jurídicos esenciales para garantizar plenamente la dignidad humana, tal es el caso de la "discriminación como una de las motivaciones de la tortura". Lo contrario deriva en una grave afectación al deber de los Estados de garantizar el combate a la impunidad, así como el deber de prevenir, investigar, juzgar y sancionar este tipo de violaciones a los derechos humanos.

C) El Ministerio Público señaló: **a)** el ordenamiento jurídico guatemalteco no contempla legislación que regule la procedencia de inconstitucionalidad por omisión, cuya estimativa conlleve la exhortación al Congreso de la República para que legisle en determinado sentido, tal y como se ha instado el presente planteamiento; no obstante, se debe tomar en cuenta que la Constitución es la norma jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico y se tiene como normas de rango constitucional a las contenidas en regulación internacional en materia de derechos humanos, por lo que se encuentran sobre la legislación ordinaria, exigiendo que ésta última no sea contraria a la normativa dada en la Constitución y a la contenida en instrumentos internacionales de derechos humanos. Si el legislador con su silencio generara situaciones contrarias a dichas regulaciones, este silencio sería una causa posible de declarar la inconstitucionalidad por omisión, cuando se constituya una violación a la Constitución; en consecuencia, en el presente planteamiento de inconstitucionalidad convergen los elementos esenciales para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad que permita analizar el fondo del asunto; **b)** con relación a

lo dispuesto por la normativa internacional, el contenido de la norma impugnada, que regula el delito de tortura, no recogió todos los supuestos que debía contener, tales como el castigo, la discriminación y cualquier otro medio con finalidades penalizadas en dicho delito, así como la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica, como supuestos normativos integrantes del elemento antijurídico de mérito, lo que trae como consecuencia que no se penalicen como tortura esa clase de acciones; **c)** ello redundaría en contravención a derechos humanos garantizados por normas constitucionales, dado que es obligación del Estado de Guatemala proteger y garantizar la integridad y seguridad de las personas, así como la igualdad, al tenor de lo que establecen los artículos 2º y 4º de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues la regulación impugnada es deficiente, por no ser congruente con la protección que el Estado debe procurar, entre otros, mediante la emisión de normas penales a las que se ha obligado conforme al Derecho Internacional; además, se advierte la inobservancia de los artículos 46 y 149 constitucionales, que señalan el principio de la preeminencia que poseen los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, sobre el derecho interno, así como el de cumplimiento de compromisos internacionales por parte del Estado de Guatemala, de conformidad con los principios y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos. Solicitó que se declare con lugar la acción de inconstitucionalidad general interpuesta.

IV. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA

A) El accionante alegó: **a)** tal y como destacó la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala, al evacuar la audiencia concedida, la omisión en incluir todos los elementos necesarios para la tipificación del delito de tortura constituye una contravención a los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento internacional y la Constitución; **b)** el Ministerio Público también apoya la presente acción destacando que la Corte de Constitucionalidad puede resolver

inconstitucionalidades por omisión y que la omisión contenida en la norma impugnada contraviene los preceptos constitucionales señalados; **c)** la Procuraduría General de la Nación señaló que no existe una confrontación clara y precisa de la norma impugnada con un precepto constitucional; no obstante, la presente acción se fundamenta en la violación a preceptos constitucionales, siendo éstos los artículos 2º, 3º, 4º, 44, 46 y 149 de la Constitución, los cuales fueron oportunamente establecidos, explicando “de manera clara y precisa” cómo la norma impugnada por omisión contraviene cada una de esas normas constitucionales, incluyendo una confrontación entre cada una, de tal forma que se pudiera apreciar la colisión. Asimismo, indicó que la Corte de Constitucionalidad no es competente para conocer inconstitucionalidades por omisión; sin embargo, la Corte ha reconocido expresamente que es competente para resolverlas por omisión (específicamente en sentencias dictadas en los expedientes 2242-2010 y 2229-2010). Solicitó que se declare con lugar la inconstitucionalidad general parcial por omisión que interpuso contra el artículo 201 Bis del Código Penal. **B) El Congreso de la República** indicó: **a)** cumple con la potestad legislativa que constitucionalmente tiene asignada, procurando que todos sus actos y disposiciones estén revestidas de coherencia e inteligibilidad para el conocimiento y cumplimiento ciudadano y, por supuesto, adecuada a la legislación vigente y de manera especial a las disposiciones constitucionales; **b)** la potestad legislativa es una actividad dinámica, cuyo nacimiento a la vida jurídica tiene diversas alternativas, a usarse por el ente legislador, entre las que cabe mencionar la gestión efectuada por el ciudadano interponente de la presente acción, con la que pretende que el artículo 201 Bis del Código Penal señale y contenga más elementos de tipificación del delito de tortura, con el objeto de que dicho precepto esté conforme con los tratados internacionales de Derechos Humanos, que sobre tal delito han sido debidamente firmados y ratificados por Guatemala; sin embargo, debe tenerse presente que no es posible en circunstancia alguna dejar en suspenso por algún momento lo actualmente legislado, ya que en aplicación de principios universales y constitucionales se daría lugar a impunidad, y a alegar beneficios para las personas que actualmente están sujetos a procedimientos o condenados por la comisión del delito de tortura. Solicitó que se dicte la sentencia que en derecho corresponde. **C) El Procurador General de la Nación, y el Ministerio Público** reiteraron las argumentaciones que

respectivamente presentaron al evacuar la audiencia concedida por quince días durante el trámite de la presente acción, y solicitaron que se tomen en cuenta las peticiones de fondo realizadas en esa oportunidad procesal.

CONSIDERANDO

-I-

La Corte de Constitucionalidad tiene como función esencial la defensa del orden constitucional y, por ello, debe conocer de las impugnaciones interpuestas contra leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general a las que se ha formulado reproche de inconstitucionalidad, total o parcial.

Dentro de los principios fundamentales que informan al Derecho guatemalteco, se encuentra el de supremacía constitucional, que significa que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados, de modo que entre dicha ley y las normas de inferior jerarquía debe existir completa compatibilidad. En consecuencia, ante un planteamiento de inconstitucionalidad se debe proceder a estudiar, confrontar e interpretar las normas cuestionadas con las disposiciones constitucionales que los accionantes denuncian vulneradas.

Es viable el conocimiento y resolución por parte del máximo Tribunal Constitucional, de las inconstitucionalidades producidas por la omisión legislativa cuando ésta redunde en violación al texto constitucional y supremacía de la Constitución, al regular de forma incompleta una norma o la ausencia de ésta.

-II-

En el presente caso, se trae a examen la omisión legislativa de incluir: “el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin”, como finalidades del delito de tortura, y “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”, en el delito de tortura contenido en el artículo 201 Bis

del Código Penal, por lo que se solicitó a esta Corte que en función de la defensa del orden constitucional, exhorte al Congreso de la República de Guatemala para que cumpla con su deber constitucional de legislar correctamente el tipo penal de tortura en congruencia con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Aduce el solicitante que dicha omisión o desobediencia desarmoniza los principios constitucionales de integridad y seguridad (artículos 2º y 3º), igualdad (artículo 4º), la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos (artículo 46) y la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al *ius cogens* y a los derechos humanos como deber del Estado de normar sus actuaciones con el propósito de contribuir a la paz y defensa de los derechos humanos y como un derecho humano inherente a la persona aunque no figure expresamente en la Constitución (artículos 44 y 149, todos de la Constitución Política de la República de Guatemala).

-III-

Esta Corte, al analizar las exposiciones de las autoridades y entidades a quienes se les confirió audiencia, así como los argumentos del accionante en su tesis de inconstitucionalidad, considera que para el desarrollo del presente tema es imperativo establecer si es dable conocer y resolver sobre las omisiones legislativas denunciadas mediante la acción de inconstitucionalidad.

Es oportuno citar el fallo de ocho de febrero de dos mil once, emitido por éste Tribunal Constitucional dentro del expediente dos mil doscientos veintinueve – dos mil diez (2229-2010), en el que se pronunció respecto de la posibilidad de impugnar una norma por omisión legislativa, señalando en sus partes conducentes, lo siguiente: “...*El pasaje transcrito evidencia el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión por parte de doctrinarios, pero debe entenderse que ésta se concreta no sólo cuando concurre omisión de legislar, sino que cuando exista una regulación insuficiente o discriminatoria (...) se advierte que sí es posible instar la acción de inconstitucionalidad denunciando una omisión cuando se impugne ‘una regulación insuficiente o discriminatoria’, ya que en esos casos sí concurre el señalamiento concreto de la norma,*

reglamento o disposición de carácter general sobre la cual se pretende el examen y por medio de la cual se concreta la omisión denunciada...

El instituto jurídico de la inconstitucionalidad por omisión, tal como lo afirma el autor Víctor Bazán, se presenta cuando: *“...no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación insuficiente o discriminatoria al preferir dotar a algunos de los que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros.”* (Bazán, Víctor, *“Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas”* en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*. No. 2, Ed. Porrúa, México, 2004. Pág.199). El pasaje transcrito evidencia el reconocimiento de eventos en que puede concurrir en una norma, vicio de inconstitucionalidad por omisión, pero debe entenderse que, según el autor citado, ésta se concreta cuando concurre omisión de emitir determinada normativa que mande la Constitución y, también cuando exista una regulación insuficiente o discriminatoria.

El precitado autor, al aludir a la tipología de omisiones inconstitucionales, citando a Wessel, distingue entre omisiones absolutas y relativas. Indica que en las primeras hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; en tanto que en las segundas (que es la que al caso concreto interesa, o sea las relativas), propone como fórmula para su determinación la de que *“habrá omisión relativa toda vez que, en el cumplimiento del mandato constitucional (o, añadimos, del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos que [...] le acuerden tal valencia), el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo quiebren –en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario— el principio de igualdad, o cuando se produzca una regulación deficiente gestada por la norma incompleta. En este supuesto (omisión relativa), el control de constitucionalidad [...] sale al rescate de la supremacía constitucional que ha sido momentáneamente neutralizada. Naturalmente, no cualquier omisión viabilizará el control; sólo aquella cuya textura y efectos sean constitucionalmente relevantes o no concreten en forma completa una*

determinada imposición constitucional (o de un tratado internacional que recepte la valencia expuesta supra)” (Bazán, Víctor. “Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 13, Tomo I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007, página 55).

Conforme al ordenamiento jurídico comparado, existe la omisión legislativa total, que en la jurisprudencia constitucional colombiana se denomina Inconstitucionalidad por omisión absoluta, y la llamada omisión parcial, referida a la denuncia en la emisión de la norma de forma incompleta, que puede generar el conocimiento de ésta última inconstitucionalidad, conforme lo afirmado por el jurista Víctor Bazán en el párrafo precedente.

Resulta pertinente citar ejemplos de ese tipo de acciones en el Derecho Comparado; así, el caso especial de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que en el artículo 336, numeral 7), faculta a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a: “...**Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección...**”. Es por la norma precitada que la Sala Constitucional venezolana ha realizado el control de la constitucionalidad de las leyes por omisión, ya sea absoluta o relativa.

Por su parte, la evolución de la jurisprudencia de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia o Sala Constitucional costarricense ha sido permisible en analizar planteamientos en cuanto a las inconstitucionalidades por omisión, tal como la resolución dos mil cinco – cero cinco mil seiscientos cuarenta y nueve (2005-05649) de once de mayo de dos mil cinco, dictada dentro del expediente cero cuatro – cero cero ocho mil seiscientos cincuenta y tres – cero cero cero siete – CO (04-008653-0007-CO) en el marco de la inconstitucionalidad interpuesta por el defensor de los habitantes – *Ombudsman*-, en la que declaró la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa en el

ejercicio de su poder normativo y en el cumplimiento del mandato expreso impuesto por el poder constituyente derivado en la reforma parcial a la Constitución Política y conminó al poder legislativo para dictar las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley.

La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado ampliamente doctrina jurisprudencial sobre las "omisiones legislativas relativas", ejemplo de ello es en el caso de la sentencia C – quinientos cuarenta y tres (C-543) de mil novecientos noventa y seis, en la que se denunció la ausencia de un elemento que la Ley debía incluir para garantizar el derecho a la igualdad y el derecho al debido proceso de los particulares, y fue mediante la inconstitucionalidad relativa que se modificó esa ley para protección de todos por igual. El autor Bazán, en la obra antes indicada, evidencia la producción jurisprudencial de este tribunal al citar las sentencias dictadas en los casos C-080/99, C-1433/2000, C-007-2001, C-1064-2001, C-185/2002, C-871-2002 y C-402-2003.

Lo expuesto en los dos párrafos que preceden es congruente con la finalidad de la inconstitucionalidad por omisión, tanto absoluta como relativa, y es la pérdida de la eficacia normativa de la Constitución, pues impide la realización de la voluntad popular, plasmada en la ley fundamental, por la inacción de los poderes constituidos.

En estos casos de la omisión relativa, a que hace referencia el citado autor Víctor Bazán, en la emisión de una norma, puede ocurrir una transgresión a la igualdad cuando el legislador establece determinados supuestos que favorecen a ciertos grupos y olvida otros que provocan una norma desigual e incompleta. Sin embargo, la omisión legislativa puede ser denunciada también cuando se estima la transgresión a normas constitucionales como las contenidas en los artículos 44 y 46 de la propia Constitución, vinculada tal omisión a la prohibición de una protección deficiente en materia de derechos humanos. Especial relevancia tiene una denuncia de violación a esa preceptiva constitucional, sobre todo si la omisión consiste en o configura un incumplimiento de una obligación o deber originado como consecuencia de la celebración o ratificación de un tratado internacional en materia de derechos humanos, cuya preeminencia sobre el derecho interno se contempla en el precitado artículo 46. Ese

incumplimiento, y como consecuencia, en incurrir en la prohibición antes dicha, puede evidenciarse cuando se omite, por regulación insuficiente, la debida adecuación, en la emisión de la legislación interna, de estándares normativos mínimos contemplados en la normativa convencional internacional, que posibilitan el cumplimiento de los compromisos adquiridos por un Estado, a la luz de esta última normativa. En ese sentido, para esta Corte es insoslayable la observancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al momento de emitirse un precepto normativo, en atención a que los principios fundamentales de carácter material en los que se apoya ese Derecho son expresión de un orden objetivo de valores de la comunidad jurídica internacional, y de ahí el carácter vinculante hacia todos sus miembros, de manera que su inobservancia, genera responsabilidad internacional en aquel que no cumpla con observar tales principios. Siendo que aquellos valores objetivos se fundan en reglas imperativas de Derecho Internacional (*ius cogens*), son a estas normas a las que pertenecen los derechos humanos más elementales, y como dentro de esas reglas ellas están contempladas, entre otras, las de prohibición a la tortura o a la esclavitud, la proscripción del genocidio o de la discriminación racial, por mencionar algunos ejemplos, que también constituyen garantías fundamentales que se derivan del principio humanitario, reconocido en el derecho internacional contemporáneo, no puede entonces admitirse, en el desarrollo legislativo interno de un Estado, una regulación insuficiente que limite aquellas garantías, pues ello tornaría no sólo incumplimiento de compromisos internacionales aceptados por el Estado de Guatemala, sino, de igual manera, podría generar responsabilidad internacional dimanante de aquel incumplimiento. Es tal omisión (relativa, por regulación insuficiente), la que puede válidamente repararse si se acude a la vía de inconstitucionalidad general abstracta, denunciando que en un precepto se ha omitido el cumplimiento de un deber previsto en la Constitución.

Con lo anterior, se advierte la posibilidad de instar la acción de inconstitucionalidad denunciando una omisión, cuando se impugne “una regulación *insuficiente*”, ello derivado de que la propia Constitución, en su artículo 267, establece: “...Las acciones en contra de **leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general** que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán

directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad.” (Lo resaltado no aparece en el texto original). En el caso concreto, se posibilita el control de constitucionalidad, en tanto el accionante ha señalado la concurrencia de una omisión con relevancia constitucional, en la norma jurídica sobre la que ha de recaer el examen, siendo ésta el artículo 201 Bis del Código Penal.

Atendiendo a la doctrina y jurisprudencia citada, así como lo establecido en el artículo 267 de la Constitución, es viable el conocimiento de la inconstitucionalidad por omisión que se plantea.

-IV-

En el presente caso, la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida en contra del artículo 201 Bis del Código Penal, en el cual se tipifica el delito de tortura.

En el texto de este artículo se determina que: *“Comete el delito de tortura, quien por orden, con la autorización, el apoyo y la aquiescencia de las autoridades del Estado, inflinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o que persiga intimidar a una persona o, por ese medio, a otras personas.*

Igualmente cometen el delito de tortura los miembros de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o de cualquier otro fin delictivo.

El o los autores del delito de tortura serán juzgados igualmente por el delito de secuestro.

No se consideran torturas las consecuencias de los actos realizados por autoridad competente en el ejercicio legítimo de su deber y en resguardo del orden público.

El o los responsables del delito de tortura serán sancionados con prisión de veinticinco a treinta años”.

El accionante denuncia la omisión legislativa: *“al no incluirse [en aquel precepto] al castigo, la discriminación o cualquier otro fin como finalidades de la tortura, ni a la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.*

La incorporación del delito de tortura a nuestro ordenamiento jurídico penal obedeció a la suscripción por el Estado de Guatemala de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la cual fue aprobada por el Decreto 58-95 del Congreso de la República, el diez de agosto de mil novecientos noventa y cinco y publicado en el Diario de Centro América el once de septiembre de ese mismo año, entrando en vigencia el diecinueve de septiembre de mil novecientos noventa y seis.

En el artículo 1 del tratado internacional en mención se indica: “1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. 2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.”

Así, en cuanto a ese delito, en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, se contempla como estándares mínimos para la tipificación del elemento objetivo (*actus reus*) del delito, lo siguiente: “*Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.*”

La denuncia de inconstitucionalidad por omisión parcial radica en que, a juicio del accionante, la norma penal contenida en el artículo 201 *Bisd*del Código Penal fue creada de forma incompleta, pues en ésta se omite contemplar dentro del elemento objetivo del delito a los actos de tortura que se realicen “*por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación*”, según lo indicado en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en ese mismo encuadramiento típico, a los actos realizados sobre una persona “*sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica*”, que constituyen estándares mínimos para la tipificación del delito de tortura, según previsión contenida en el artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura. De ahí que se hace necesario determinar si el tipo penal que describe la conducta de tortura a sancionar carece de los elementos objetivos que tornan a la norma en incompleta (insuficiente) y generan una protección deficiente respecto de los bienes jurídicos tutelados de la libertad y de la seguridad de las personas.

La norma penal –aduce el interponente– transgrede el contenido de los artículos constitucionales siguientes: 2º y 3º (integridad y seguridad), 4º (igualdad), 46 (preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al *ius cogens*) y 44 y 149 (a los derechos humanos como deber del Estado de normar sus actuaciones con el propósito de contribuir a la paz y defensa de los derechos humanos y como un derecho humano inherente a la persona aunque no figure expresamente en la Constitución).

Afirma el accionante que la base sobre la cual se incorporó al sistema penal el delito de tortura creó de forma incompleta ese tipo penal, pues incumple con el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y con el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, porque no incluyó ciertos elementos que son necesarios para la completa descripción del delito.

Las argumentaciones del interponente determinan que el problema que debe ser abordado por este Tribunal Constitucional, es el que se concierne a la posibilidad de que en el sistema guatemalteco se impugne de inconstitucional una norma ordinaria por haber sido emitida de forma no acorde ser incompatible con estándares mínimos contemplados en un tratado internacional en materia de derechos humanos, es decir, si tales instrumentos son o no parámetros de constitucionalidad, para lo cual se hace necesario analizar cuál es la valencia recepción que, desde la Constitución, se da en el derecho interno a dichos tratados.

En anteriores oportunidades, la Corte de Constitucionalidad ha negado que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos sean parámetro para ejercer el control de constitucionalidad, verbigracia el fallo de veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y seis, dictado dentro del expediente trescientos treinta y cuatro –noventa y cinco (334-95), que señaló: “...*al analizar la violación del artículo 46 que invoca el accionante, se concluye que dicha disposición tampoco se ha violado con la emisión del artículo impugnado, pues en aquel únicamente se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones*

*aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno. Es decir, que en presencia de un eventual conflicto entre normas ordinarias del orden interno y los tratados y convenios sobre derechos humanos prevalecerían éstos últimos, pero como ya se dijo estos **no son parámetros de constitucionalidad...***” (El resaltado no aparece en el texto original).

Sin embargo, en otros fallos, este mismo Tribunal Constitucional, como garante de la supremacía constitucional, se ha apoyado en tratados internacionales en materia de derechos humanos para los efectos de afirmar la contravención a los preceptos constitucionales, reconociendo su fuerza normativa. Tal es el caso del fallo de siete de julio de dos mil nueve, dictado dentro del expediente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto, novecientos veintinueve – dos mil ocho (929-2008), que se pronunció respecto de la constitucionalidad del delito de desaparición forzosa e indicó: “...*De hecho, vale destacar que el carácter permanente con el que aparece tipificada la desaparición forzosa en el Código Penal se encuentra en consonancia con el contenido de la **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas** – ratificada por Guatemala el veinticinco de febrero de dos mil–, en cuyo artículo III (...)* Conteste con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en su jurisprudencia que la desaparición forzada de personas constituye, salvo la existencia de prueba en contrario, un delito de carácter permanente y continuado, que como ello indica, y valga la redundancia, aún hoy se está cometiendo [Sentencias de veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho y dos de julio de mil novecientos noventa y seis, dictadas con ocasión de los Casos Velásquez Rodríguez vrs. Honduras y Blake vrs. Guatemala, respectivamente] (...) De lo relacionado precedentemente se colige que el hecho de que el legislador haya fijado la permanencia como un elemento constitutivo del delito de desaparición forzosa no se traduce en lesión al principio de irretroactividad entronizado en el artículo 15 de la Constitución Política de la República, por cuanto la continuidad en el tiempo inherente a tal acción ilícita permite que su comisión se prolongue hasta un momento posterior al inicio del ámbito temporal de validez del precepto que le regula, pese a haber podido tener origen en un momento anterior...”. (El resaltado no aparece en el texto original).

De acuerdo a lo resaltado en los párrafos anteriores, para dar respuesta a la problemática acerca de la recepción en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos, otros ordenamientos han acudido a la figura del bloque de constitucionalidad, el que ha sido parte de anteriores pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad (verbigracia los expedientes 90-90, 159-97, 3004-2007, 3878-2007, auto de 4 de octubre de 2009, expediente 3690-2009, 1940-2010 y 3086-2010, entre otros), aunque en ninguno de éstos se ha definido su contenido y alcances.

Ello implica realizar el análisis confrontativo que requieren acciones de inconstitucionalidad como ésta, por el que se posibilite verificar si en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad en adecuación de tipos penales con no sólo conforme a normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que impulsaron los compromisos estatales para la tipificación de la tortura, cuestión que ha sido consentida por la doctrina y la jurisprudencia constitucional extranjera por la figura del "bloque de constitucionalidad", institución que ha permitido realizar dicha integración de la Constitución material, pues de no advertirse lo anterior, la omisión relativa determinada implicaría, por sí sola, contravención de los artículos 44, 46 y 149 de la Constitución Política de la República.

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. La conceptualización del "*bloc de constitutionnalité*" surgió en Francia, gracias a la intervención consultiva del Consejo Constitucional francés en la década de los setenta y la labor investigativa doctrinal acerca de la justicia constitucional desarrollada, especialmente, por el profesor Luis Favoreau, así como la carencia de reconocimiento expreso de derechos fundamentales en la Constitución que les rige desde mil novecientos cincuenta y ocho (1958), por lo que con esas opiniones, se integró al bloque de constitucionalidad la Declaración de los Derechos del Hombre y del

Ciudadano de mil setecientos ochenta y nueve (1789) y el Preámbulo de la Constitución francesa de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

Luego esta misma doctrina se extendió a varios países con el fin de contribuir a formalizar y consolidar los Estados Constitucionales de Derecho surgidos después de la Segunda Guerra Mundial. Diversos autores concuerdan con el concepto doctrinal del bloque de constitucionalidad, al señalar que éste es un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de éste, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal.

Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país.

El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de la Constitución (arts. 44 y 46), la que configura y perfila su contenido, alcances y eficacia:

“Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. (...) “Artículo 46. Preeminencia del Derecho interno. (...)

Es por ello que por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano.

El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos

humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos.

El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquél. En orden a la materia de estudio, se determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables son la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Esa inclusión se realiza por remisión del artículo 46 y, consecuentemente, por el carácter de *ius cogens* que tienen las normas de estos instrumentos que, como tal, asumen categoría de compromisos internacionales adquiridos por el Estado (art. 149 constitucional). Lo que involucra, en el caso concreto, verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en normas internacionales en materia de Derechos Humanos, para evidenciar si existe una omisión legislativa parcial en la creación de la figura tipo de “tortura”.

-V-

Para determinar la concurrencia de la inconstitucionalidad por omisión aludida, esta Corte estima pertinente realizar un análisis comparativo o factorial entre la norma impugnada –artículo 201 Bis del Código Penal- con la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura:

A) El artículo 201 Bis del Código Penal, indica: “Comete el delito de tortura, quien por orden o con la autorización, el apoyo o aquiescencia de autoridades del Estado, inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o

mentales con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o persiga intimidar a una persona o, por ese medio, a otras personas. Igualmente cometen delito de tortura los miembros del grupo o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o de cualquier otro fin delictivo. El o los autores del delito de tortura serán juzgados igualmente por delito de secuestro. No se consideran torturas las consecuencias de los actos realizados por autoridad competente en el ejercicio legítimo de su deber y en el resguardo del orden público. El o los responsables del delito de tortura serán sancionados con prisión de veinticinco a treinta años.”.

B) La incorporación del delito de tortura a nuestro ordenamiento jurídico penal obedeció a la suscripción por el Estado de Guatemala de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la cual fue aprobada por el Decreto 58-95 del Congreso de la República, el diez de agosto de mil novecientos noventa y cinco y publicado en el Diario de Centro América el once de septiembre de ese mismo año, entrando en vigencia el diecinueve de septiembre de mil novecientos noventa y seis.

El artículo 1 del tratado internacional en mención indica: “1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. 2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.”

C) Así, en cuanto a ese delito, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, refiere: “Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.”

La denuncia de inconstitucionalidad por omisión parcial radica en que, a juicio del accionante, la norma penal fue creada de forma incompleta, por lo que es necesario determinar si el tipo penal que describe la conducta de tortura a sancionar carece de los elementos básicos y necesarios para ser constitucionalmente válida, en congruencia con las Convenciones contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, e Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, las que, como quedó sentado, integran el contenido del bloque de constitucionalidad.

El tipo penal es la descripción detallada de la conducta prohibida, es un instrumento legal o dispositivo plasmado en la ley, que también es lógicamente necesario para saber si una conducta es delictuosa. Describe aquellos comportamientos que se estiman dañosos, utilizando verbos, los cuales se denominan verbos rectores. Lo fundamental es que la redacción debe ser compatible con la exigencia del principio de taxatividad.

El tipo tiene en el derecho penal una función triple: una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes, una función de garantía en la medida en que solo los comportamientos subsumibles en éste pueden ser sancionados penalmente y una función motivadora general, por cuanto la descripción de los

comportamientos en el tipo penal indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos.

La estructura del tipo está compuesta por **i.** sujeto activo, **ii.** conducta, y **iii.** bien jurídico. El sujeto activo es aquél que precisamente realiza la acción penal prohibida u omite la acción esperada. La conducta, entendida como comportamiento humano (acción u omisión) que viene descrita por medio de un verbo, y el bien jurídico que tiene la función protectora de los valores considerados como fundamentales para la persona humana o sociedad, y que la norma penal quiere proteger de comportamientos humanos que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad que el legislador atribuye a determinados intereses que una sociedad considera fundamental para el vivir bien.

Los tipos penales, al ser conductas prohibidas que constituirán figuras sancionadoras, deben cumplir con los principios constitucionales, dentro de los que se encuentra el de legalidad, que refiere que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración, el cual va aparejado a la libertad de acción de la que goza todo ciudadano, al principio de proporcionalidad, entre otros; razón por la que la conducta prohibida debe ser concreta, porque si no se consignan íntegramente los elementos específicos del supuesto de hecho, no se cumplirían con los parámetros constitucionales para la creación de los delitos.

La norma que contiene el tipo penal de tortura, señala que es aquella acción humana voluntaria cometida por orden o con la autorización, apoyo o aquiescencia de autoridades del Estado, que ocasione intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, teniendo como finalidad la obtención, por parte de esta persona o de un tercero, información o confesión por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o persiga intimidar a una persona o, por ese medio, a otras personas. También establece esa norma penal que se considera delito de tortura aunque no haya autorización de las autoridades del Estado, cuando las acciones relacionadas las cometan miembros de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o cualquier otro fin delictivo.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su artículo 1), indica: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Por su parte, la Convención Interamericana para la Prevenir y Sancionar la Tortura en el artículo 2, refiere: “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.”

Atendiendo a la descripción anterior, se establece que en la tipificación del delito de tortura, contenida en el artículo 201 Bis del Código Penal, no se incluyen todos los elementos descritos en los tratados internacionales que regulan esa conducta antijurídica, pues se omite: “*el castigo, la discriminación y cualquier otro fin*” como parte del tipo penal, así como “*la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica*”, por lo que excluir de la protección del bien jurídico tutelado esos elementos objetivos, provocaría que en el precepto, cuya inconstitucionalidad se denuncia, se haya incurrido en omisión de tipificar actos altamente lesivos a la integridad

moral y física de los individuos, necesarios para complementar el tipo delictivo previsto en el artículo 201 del Código Penal, contraviéndose así el artículo 1 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, disposición convencional que, por ser protectora de derechos humanos fundamentales, prevalece sobre el derecho interno guatemalteco, conforme lo preceptúa el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Conforme a lo manifestado, el legislador en materia penal no ejerce su función sin límites, sino debe constreñirse a determinar las acciones u omisiones que conformaran los tipos penales, en cumplimiento con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado, en la suscripción de los Tratados Internacionales que al respecto adopte, estando obligado a observar la compatibilidad de la normativa interna con esos instrumentos internacionales; siendo un compromiso del Estado de Guatemala tipificar y sancionar el delito de tortura en la legislación penal, fundamentado en la interpretación más garantista de la persona, incluir como mínimo los elementos que definen la tortura de acuerdo con los instrumentos internacionales.

Como un antecedente del caso que ocupa a esta Corte, se puede citar la Observación General Número Dos, realizada por el Comité contra la Tortura de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, de la que se puede extraer que se manifestó que los Estados Partes deben tipificar y castigar el delito de tortura en su legislación cumpliendo con los elementos que define el artículo 1 de la Convención y los requisitos del artículo 4; por su parte, en el caso de Guatemala, el Comité contra la Tortura, en sus observaciones finales correspondientes al año dos mil seis, indicó que el Estado aún no había cumplido con ajustar su legislación interna a los requerimientos internacionales. La falta de adecuación de la legislación guatemalteca al estándar internacional propuesto en el artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, que como antes se dijo, configura una violación de lo establecido en los artículos 44, 46 y 149 constitucionales, es lo que se pretende reparar al declararse la procedencia de la acción de inconstitucionalidad general abstracta promovida por Najman Alexander Aizestadt Leistenschneider.

La desprotección de tales actos en el tipo penal de la tortura no puede suplirse acudiendo a las normas internacionales, pues aunque son normas de *ius cogens* que son de aplicación universal, con base en el principio de legalidad, tal como se refirió en párrafos precedentes, para que un tipo penal pueda ser aplicado a la comisión de hechos delictivos, debe ser plenamente descrito en una norma, pues de lo contrario, violaría la libertad de acción de la que gozan los ciudadanos del país, tomando en cuenta la prohibición de analogía y de interpretación extensiva que opera en materia penal.

La naturaleza única y especial de la tortura implica que su tipificación deficiente no pueda suplirse con otros tipos penales, y la finalidad de establecer la discriminación como parte del tipo penal de tortura es esencialmente la de proteger a los miembros de grupos vulnerables contra esa forma especial de tortura.

Este Tribunal estima que para cumplir con la tipificación necesaria y en aplicación a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, debe establecerse concretamente la descripción de las conductas que constituyen “tortura”, por lo que es necesario introducir por vía de reforma a la norma penal contenida en el artículo 201 Bis del Código Penal las frases de: “el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin”, como finalidades del delito de tortura, y expresamente se regule que también constituye este delito “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

Además, las obligaciones del Estado de Guatemala frente al cumplimiento de los estándares internacionales en la creación de la norma penal – Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura- quedarían a salvo, regulando de manera integral la conducta prohibida, que cumpla con los elementos suficientes para su correcta interpretación y aplicación por los órganos jurisdiccionales.

Lo anterior permite concluir en la existencia de la inconstitucionalidad por omisión parcial del artículo 201 Bis del Código Penal, tomando en cuenta que su regulación incompleta trasgrede el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que recoge la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y el artículo 149 del mismo cuerpo normativo supremo, en cuanto a que señala la obligación de que Guatemala norme sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos; por lo que debe declararse con lugar la acción instada, exhortando al órgano correspondiente a que realice lo legalmente pertinente de conformidad con sus facultades, a efecto de regular nuevamente la materia que el artículo cuestionado desarrolla. La nueva regulación deberá observar los criterios vertidos en el presente fallo.

-VI-

Admitida por la doctrina del derecho constitucional moderno, la posibilidad de declarar infracciones a la normativa suprema por omisión legislativa en la expedición de leyes que haya ordenado la Constitución, o bien por la dejación administrativa para la reglamentación de las leyes establecidas, el problema se traslada a determinar formas de obligar a ese cumplimiento. En este aspecto procesal no existe en la jurisprudencia externa una posición uniforme, porque si en algunos sistemas se procede a ordenar la expedición legislativa e incluso a fijar un plazo; en otros, las facultades del tribunal constitucional solo llegan a dictar una sentencia interpretativa, que determina parámetros para adjudicación jurídica al supuesto de hecho que carezca de norma, o bien de tipo exhortativo, por el cual urgiría al órgano legislador o al regulador, suplir el silencio causado por la falta de norma aplicable.

Como una forma de solución para el evento de la inconstitucionalidad por omisión relativa, el autor Víctor Bazán indica que *“para controlar las omisiones legislativas relativas [...] es dable verificar la utilización de remedios unilaterales, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia resolución del tribunal constitucional*

[...]y de remedios bilaterales, o de reparación mediata, que entrañan la necesidad de colaboración entre el tribunal constitucional y el legislador” (Bazán, Víctor. “Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas”, Op. Cit. Pág. 201).

Mediante la función pretoriana que tiene la Corte de Constitucionalidad, en algunos casos, ha emitido sentencias con apartado recomendatorio hacia el Congreso de la República, a efecto de interesar a dicho órgano del Estado a emitir leyes que figuran como remisiones constitucionales pendientes de cumplir. El caso es que, cuando el constituyente no fijó plazo, es difícil determinar alguno que, respetando la esfera de acción del legislativo y sus propias agendas, lo prevenga acerca de cumplir con mandatos de la ley suprema. En el caso examinado, ese imperativo de completitud deriva de lo preceptuado en el artículo 46 de ésta, que sobrepone, la convencionalidad de los derechos humanos al derecho interno, razón por la que la legislación ordinaria debería adecuarse a esos parámetros del derecho internacional.

Adviértase que, en cuanto a la razón de la inconstitucionalidad examinada, se hace referencia a un precepto del Código Penal, que no puede ser suplido por vía de interpretación ni por analogía, puesto que el principio de legalidad penal exige que el tipo a sancionar sea debidamente establecido en el derecho positivo. De manera que no existe otro órgano capaz de cumplir el compromiso internacional más que el Congreso de la República, activado para el caso por los sujetos individuales o jurídicos dotados de iniciativa legislativa. Para el asunto específico, que es de naturaleza penal y, por consiguiente, únicamente posibilitado de adquirir carácter preceptivo por medio de una ley, tendría esa iniciativa, conforme al artículo 174 de la Constitución, los diputados al Congreso de la República, el Organismo Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia. De manera que, al dictarse una sentencia que declare con lugar la inconstitucionalidad planteada y, para su efectividad, que sea cubierta la omisión legislativa por medio de la ley correspondiente, deberá individualizarse los sujetos a quienes se dirija un exhortativo solemne para cumplirlo.

Además, debe precisarse que el artículo 201 Bis del Código Penal no es el afecto del vicio de inconstitucionalidad, que por sí mismo, como está actualmente redactado es perfectamente compatible con la normativa suprema. Lo que resulta es una inconstitucionalidad por omisión en el artículo citado, que deberá ser subsanada por el Congreso de la República adicionando en su redacción, las frases de: “el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin”, como finalidades del delito de tortura, y determinar expresamente que también constituye este delito “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”; la observancia de lo anterior, atiende al ejercicio de la función que le confiere el artículo 171, inciso a), de la Constitución Política de la República, y así cumplir con la obligación que al Estado de Guatemala le impone el artículo 1 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, en cuanto a “*sancionar la tortura en los términos de la presente Convención*”. Es por lo antes expuesto, que la norma – artículo 201 Bis del Código Penal- no se expulsa del ordenamiento jurídico, sino únicamente se declara la inconstitucionalidad de la omisión de regular las conductas punibles que adecuen el tipo penal de tortura a los estándares internacionales indicados.

LEYES APLICABLES (...)

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I) Con lugar** la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada por el abogado Najman Alexander Aizestatd Leistenschneider. **II)** El artículo 201 Bis del Código Penal conserva su vigencia, por no adolecer de vicio intrínseco en su actual contenido, aunque deberá ser completado por la acción legislativa con las adiciones que resulten de las disposiciones contenidas en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratados o Penas Cruelles o Degradantes y en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y que, conforme lo considerado, han sido omitidas en la legislación penal vigente. **III)** En consecuencia: **a)** que, conforme la Constitución Política de la República, entre otros, tienen iniciativa de ley para el efecto

los diputados al Congreso de la República, el Organismo Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, por lo que la presente sentencia deberá notificársele a dichos órganos del Estado; **b)** que, no obstante no tener fijado plazo en la Constitución Política de la República para la emisión de la legislación señalada, **se exhorta** a los indicados órganos del Estado dotados de iniciativa legislativa a asumir la responsabilidad institucional que corresponde para suplir la omisión señalada en la presente sentencia; **c)** recibidas y admitidas iniciativa o iniciativas de reforma al artículo 201 Bis del Código Penal por el Congreso de la República, que, conforme los trámites previstos en la Constitución Política de la República y la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, proceda a su discusión y aprobación correspondientes; **d)** por la naturaleza del caso, no hay condena en costas. **III)** Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes de la fecha en que la misma quede firme. **IV)** Notifíquese y publíquese.

5.4 Sentencias sobre omisiones legislativas

La inconstitucionalidad por omisión tiene dos variantes básicas: la inconstitucionalidad por retardo y la inconstitucionalidad por negación. La inconstitucionalidad por retardo o mora, resulta de la inercia de la autoridad para establecer la norma legal o general respectiva. El caso más conocido y frecuente es el retardo del legislador para dictar las leyes de desarrollo constitucional para organizar y regular poderes públicos u órganos constitucionales o para desarrollar y regular cláusulas que no tienen carácter auto ejecutivas de la Constitución. La inconstitucionalidad por negación o por omisión relativa, existe cuando el órgano estatal no efectiviza el mandato constitucional, por ejemplo, cuando el legislador sanciona la ley, pero lo hace incorrectamente, no regulando algunas hipótesis que debe regular o dejando lagunas en la legislación, excluyendo a un grupo del ejercicio de un derecho o negándole arbitrariamente la protección de sus intereses. En el ámbito de los derechos fundamentales, puede sostenerse que hay inconstitucionalidad por omisión del legislador cuando la concreción legislativa es condición imprescindible para el desarrollo y ejercicio del derecho asegurado constitucionalmente y cuya omisión de parte del legislador daña su contenido esencial.

El legislador no puede con su inactividad más allá de plazos razonables negar el ejercicio de derechos fundamentales asegurados constitucionalmente, por que de él no depende su existencia, la no regulación oportuna de los derechos fundamentales en su contenido esencial es equivalente a la negación del ejercicio del derecho". En las últimas décadas, la Corte Constitucional Colombiana ha sido uno de los tribunales constitucionales de América del Sur más activos en materia de determinación de omisiones legislativas inconstitucionales. Ya en sentencia de 1996, la Corte Constitucional consideraba omisión legislativa, "todo incumplimiento por parte del legislador de un deber de acción expresamente señalado por el constituyente"⁷⁴

La inconstitucionalidad por omisión tiene dos variantes la inconstitucionalidad por retardo y la inconstitucionalidad por negación.

La inconstitucionalidad por retardo o mora, resulta de la inercia de la autoridad para establecer la norma legal o general respectiva.

Es importante deslindar estas situaciones de la llamada "inconstitucionalidad por omisión" ya que no tienen nada que ver. Y esto es así por dos razones. En primer lugar, porque en todos los casos lo que se juzga es la conformidad con la Constitución de una acción, de una actividad (del Poder Legislativo o del Judicial) y no una omisión o inactividad (del Legislativo). Precisamente porque se juzga una actividad y no una "omisión", es por lo que en estas ocasiones el Tribunal Constitucional anula un acto o sentencia que ha vulnerado el derecho fundamental invocado. En segundo lugar, en estos casos el objeto juzgado es una norma singular, un acto administrativo o una resolución judicial, no una actividad normativa positiva general (como es la ley) o una inactividad normativa general." A pesar de la sólida posición jurídica de los que niegan que el Tribunal Constitucional sea un legislador positivo, también es legítimo

⁷⁴ CABALLERO SIERRA, GASPAS, "Corte Constitucional y legislador: contrarios o complementarios", publicado en: Jurisdicción constitucional en Colombia - La Corte Constitucional 1992-2000, realidades y perspectivas, edición de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, con el apoyo de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" y de la Fundación "Konrad Adenauer", Bogotá, D.C., febrero de 2001.

preguntarse, ¿qué hacer ante el ocio legislativo del Congreso?, sobre todo cuanto es la propia Constitución que se remite a una ley que todavía no ha sido creada.

En estos casos, lo que se presenta es una omisión legal de parte del legislador. Jesús Casals dice al respecto: "La inconstitucionalidad del silencio legislativo puede derivarse, como dijimos, del incumplimiento de mandatos concretos de legislar, de la inobservancia de las directrices constitucionales relativas al contenido de leyes de desarrollo, de la violación del deber de protección de los derechos constitucionales o del establecimiento omisivo de discriminaciones lesivas del principio de igualdad, entre otros supuestos". Puede también ocurrir que la Constitución tenga un mandato para legislar, sobre esta posibilidad dice Casals: ". Por tanto, la acción que se colige de este precepto puede incoarse contra las omisiones de la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos de los estados o los Concejos Municipales o los Congresos de la República, que se deriven del incumplimiento de mandatos constitucionales concretos de legislar o de la aprobación de una normativa que resulta incompleta o defectuosa, desde la óptica de los preceptos constitucionales. en los términos ya expuestos ... Sobre el ocio legislativo dice Carlos Ruiz Miguel: "... Por una parte, si el término para dar cumplimiento a un mandato legislativo no está fijado por el poder constituyente ¿es legítimo que un poder constituido lo establezca? ...". Luego agrega: " ... ¿Qué poder constituido debiera estar legitimado para juzgar la "razonabilidad" del plazo? O, en otros términos, ¿quién debe defender en este terreno la Constitución? Parece que el Parlamento, a quien se le encomienda la tarea de la legislación positiva, que conoce la complejidad del problema y que, por si fuera poco, está directamente elegido por el pueblo, por lo tanto debería ser el más indicado para determinar el momento y afirmar si una dilación es o no razonable ... ". El ocio legislativo es un problema que puede ser solucionado mediante un precepto constitucional que introduzca una acción constitucional para obligarlo a que expida la norma exigida por la Constitución. Otra alternativa de solución, puede ser cubrir las omisiones legislativas mediante sentencias del Tribunal Constitucional, por ejemplo, que la Constitución establezca que la sentencia del Tribunal Constitucional tenga valor hasta que el Congreso legisle sobre la materia objeto de la acción de inconstitucionalidad, de

esta forma llenaría dichos vacíos y en cierta forma motivaría al Congreso a legislar. Entonces, se puede reconocer que es un problema real y serio la falta de desarrollo legislativo de la Constitución, ya que se podría afectar derechos reconocidos o mandatos expresos para legislar. Otra solución ante la omisión legislativa sería, por ejemplo, que la Constitución establezca que la sentencia del Tribunal Constitucional tenga valor hasta que el Congreso legisle sobre la materia objeto de la acción de inconstitucionalidad, de esta forma llenaría dichos vacíos y en cierta forma motivaría al Congreso a legislar. Algunos autores se inclinan a favor de que en vez de interponer una acción de inconstitucionalidad por omisión, se interponga una acción de amparo por dicha omisión legislativa.

Del mismo parecer es José Julio Fernández Rodríguez en el caso español, quien dice: "... Respecto a la acción que nuestro ordenamiento procesal constitucional regula para hacer frente a las violaciones de los derechos y libertades públicas, es decir, el recurso de amparo, hay que entender posible su planteamiento para proteger la infracción de esos derechos y libertades por omisión de desarrollo legislativo, en tanto y en cuanto la regulación de dicha acción no excluye esta posibilidad .. Fernández Rodríguez refiriéndose a la Constitución española dice: "... En el ordenamiento español no existe una acción de inconstitucionalidad por omisión, diferencia de lo que ocurre en otros lugares, tal y como quedó reflejado en la sección correspondiente al Derecho Comparado. El Tribunal Constitucional en la concepción Kelseniana. En esta parte, es ejemplarizar dar a conocer el concepto que tenía Kelsen, el creador del Tribunal Constitucional, de la función que debe tener éste. Pedro de Vega, cita el siguiente párrafo de Kelsen: "... Desde el punto de vista teórico la diferencia entre un Tribunal Constitucional y uno ordinario (civil, penal o administrativo), consiste en que si bien ambos producen y aplican derecho, el segundo produce sólo actos individuales, mientras el primero, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y, al proceder a la anulación de la norma inconstitucional, no produce, sino que anula una norma. J.J. Fernández Rodríguez, La Inconstitucionalidad por Omisión, realiza el acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como legislador negativo. De esta cita se demuestra que el creador del concepto del Tribunal Constitucional lo concibió

sólo como un legislador negativo, fue conciente del peligro que podría suponer para el principio de la separación de poderes y su invasión en las funciones legislativas, es así, que recomienda eliminar las fórmulas vagas e imprecisas. Pedro de Vega cita un párrafo extenso de Kelsen que resulta esclarecedor sobre su pensamiento respecto a los Tribunales Constitucionales: La existencia de fórmulas vagas en los textos constitucionales puede desempeñar una función peligrosa cuando se trata de controlar la constitucionalidad de las leyes. Si la Constitución invita al legislador a desarrollar su actividad conforme a la "justicia", la "libertad", la "equidad", la "moralidad", etc., se podrían entrever en estas palabras directrices determinantes de contenido de las leyes futuras. Sin embargo, de directrices sólo se puede hablar cuando la Constitución establece un mandato concreto, un criterio objetivo claro. El límite, no obstante, entre esas fórmulas vagas y la normal definición del contenido de las leyes futuras en el catálogo de los derechos fundamentales y de libertad puede ser impreciso; de tal suerte que no es de excluir la posibilidad de que un Tribunal Constitucional, encargado de decidir sobre la constitucionalidad de una determinada ley, proceda a su anulación en base a una fórmula imprecisa y vaga como, por ejemplo, la justicia. Lo que equivaldría a conferir a dicho Tribunal una plenitud de poderes absolutamente inadmisibles. Lo que la mayoría de sus Jueces considera justo bien podría estar en contradicción con lo que estima justo la mayoría de la población y el propio Parlamento que aprobó la ley. Es evidente que la Constitución no puede hacer depender cada ley votada en el Parlamento de la discrecionalidad de un colegio cuya composición política es más o menos arbitraria, mediante el empleo de términos equívocos como la "justicia" u otros similares. Para evitar precisamente el traslado del poder del Parlamento o Congreso dependiendo del país que se trate, órganos situados fuera de él y que puede convertirse en expresión de fuerzas políticas distintas de las que en el propio Parlamento o Congreso se expresan, la Constitución, cuando establece un Tribunal Constitucional, debe abstenerse de la fraseología de las formas vanas, y si quiere establecer principios, directrices y límites al contenido de las leyes, debe definirlos del modo más preciso posible. Se puede advertir la preocupación de Hans Kelsen por el inmenso poder que podrían adquirir los Tribunales Constitucionales si no son contenidos en sus justos límites. Es cierto que actualmente muchos Tribunales Constitucionales se han convertido en

legisladores positivos creando legislación. Algunos consideran esta nueva función como un adelanto, pero es necesario reflexionar acerca de los temores muy fundados expresados por su creador.

6. Otros aspectos provenientes de la sentencia constitucional.

Hace mucho que el Tribunal Constitucional dejó de ser el mero legislador negativo que Kelsen ideó a inicios del siglo pasado, encargado de expulsar las leyes contrarias a la Constitución; tal cambio responde a una transformación de mayor trascendencia, que concierne a la idea de Constitución. Así, queda desfasada la antigua noción de Constitución entendida solo como una norma sobre la cual se fundamenta la validez formal del ordenamiento, así como la estructura y el funcionamiento del Estado. Hoy la Constitución no solo tiene una importancia jurídica — formal que la sitúa por encima del resto de normas, sino que detenta además una importancia sustancial debido al catalogo de principios y valores superiores que contiene, los que legitiman su mencionada ubicación privilegiada en el ordenamiento jurídico, y que se encuentran nutridos por los derechos fundamentales, así como por los elementos definitorios del Estado social y democrático de derecho. Esta transformación tornaría insuficientes las labores de los Tribunales Constitucionales limitados al control formal o abstracto de las normas, de ahí que a muchos de los Tribunales se les encargue conocer de los procesos constitucionales referentes a las libertades. Todos estos procesos son resueltos, actualmente, mediante la aplicación e interpretación conforme a los principios y valores contenidos en la Constitución, quedando superado el viejo positivismo; sin embargo, el empleo de principios y valores constitucionales por parte de los Tribunales Constitucionales, no los faculta para actuar arbitrariamente al momento de interpretar la Constitución o de analizar la Constitucionalidad de las leyes. El problema principal es saber hasta dónde pueden llegar los Tribunales en esta interpretación. La cuestión es distinguir, según un destacado sector de la doctrina Italiana y el propio Colegiado de la Constitucionalidad, entre "disposición" y "norma". Disposición no sería sino el texto de un precepto determinado, es decir, las palabras que constituyen el precepto. Por su parte, normas son los sentidos interpretativos que se desprenden de las disposiciones, de tal

forma que una misma disposición pueda contener diversas normas, según las posibles diversas interpretaciones que surjan del precepto. La misión del Tribunal, visto así, es desentrañar cuál de las normas - contenidas en un precepto- puede estar ajustada a la Constitución, de tal forma que no sea expulsada del ordenamiento. Son varios los motivos que impulsan al Tribunal a no declarar sin más la inconstitucionalidad de una disposición, para ingresar a evaluar las normas. Así tenemos al "principio de conservación de la ley" y a "la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución" (Criterios de interpretación desarrollados por la dogmática constitucional). De otra parte, se busca también evitar los vacíos normativos que se producirían por la eliminación de algunas disposiciones inconstitucionales del sistema, en cuyo caso resultarían, inclusive, más perjudiciales que la propia mantención de la norma contraria a la Constitución, o que dicha expulsión devenga en violatoria del principio de seguridad jurídica. 24 Finalmente, también es posible, dentro de la opción política legislativa tomada por el Congreso, remediar constitucionalmente los impases de inconstitucionalidad legislativa, bajo los cánones interpretativos jurídicos políticos que corresponden a la naturaleza de Tribunal Constitucional; en otras palabras, se procura la permanencia de la ley en lo que de constitucional tuviera, sin crear una norma diferente que coloque al Tribunal en el lugar del legislador, pero que evite también, que el parlamento inicie un proceso de creación legislativa que pudiera resultar tardío. Con ello, la labor que el Tribunal realiza con las denominadas "sentencias Interpretativas", no acarrea el ejercicio de una supuesta potestad legislativa del Tribunal Constitucional, sino el mero ejercicio de su actividad interpretativa. En algunos casos, por cierto, no basta con optar por una u otra interpretación o contenido normativo, pues estos son imperfectos en parte. En tales casos el Tribunal se ve en la necesidad de completar la norma mediante las sentencias conocidas como aditivas, permitiendo su subsistencia para evitar una inconstitucionalidad mayor. Además esta actividad de interpretación, es pertinente decirlo, no se refiere solamente al fallo de la sentencia de inconstitucionalidad, sino también a los fundamentos. Pero no a todos los fundamentos, sino solo a aquellos que constituyen ratio decidendi del fallo, es decir, los que representan la motivación directa de lo resuelto (que a veces son reconocidos expresamente por el propio Tribunal Constitucional). Desde luego, no debería considerarse obligatoria aquella parte de la

fundamentación que es obiter dicta, en otras palabras, elementos accesorios a lo discutido y sentenciado y que se desarrollan a continuación.

6.1 Las subreglas constitucionales: Son formulaciones que permiten aplicar el derecho abstracto a un caso concreto a través de reglas jurídicas prescriptivas, generales y abstractas. Por ejemplo, cuando un juez concede la tutela de un pensionado de la tercera edad y ordena el pago inmediato de las mesadas, el juez está aplicando una subregla, ya que está tomando el texto constitucional, que es muy general, y aplicándolo a una situación concreta. En este caso, según el Estudio ocasional del CIJUS de la Universidad de los Andes, ya citado, pág. 23, el juez aplica una subregla creada por la Corte Constitucional, según la cual, de los derechos fundamentales la vida y la dignidad, se desprende que, “Procede la tutela para proteger el derecho fundamental al mínimo vital cuando hay mora en el pago de pensiones a una persona de la tercera edad y no se ha probado que tenga otros medios para subsistir”. Así, la función de las subreglas en la jurisdicción constitucional es permitir que el juez de tutela proteja los derechos fundamentales de una manera uniforme, sin violar el derecho a la igualdad. Así, para que cada pensionado que alega que la mora en el pago de las mesadas viola sus derechos fundamentales, reciba el mismo tratamiento de las cortes, éstas deben aplicar la misma subregla. La subregla tiene valor de precedente y puede y debe ser aplicada en casos similares, tanto por la misma Corte Constitucional como por los demás jueces de tutela.

6.2 Las ratio decidendi y los obiter dicta según la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia SU-047 de 1999, la ratio decidendi es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituye la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento directo de la parte resolutive. Mientras que el obiter dicta, de acuerdo con el mismo fallo, constituye un mero dictum, o reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria para la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario. Entre las consideraciones de los jueces, el profesor Luis Javier Moreno Ortiz expresa que en ellas existen dos tipos de elementos: “(i) las razones

de su decisión, es decir: aquellos argumentos que son indispensables e insustituibles en el almacén del edificio discursivo que soporta la decisión y la justifica, y (ii) las demás razones, reflexiones o pensamientos que el juez incorpora a sus decisiones, (con propósitos estéticos, de erudición, de pedagogía, etc.), que no son indispensables en la argumentación que sostiene la decisión. Los primeros elementos corresponden a lo que se denomina como *ratio decidendi* y los segundos a los *obiter dicta*". Como la misma Corte lo explica en la sentencia SU-047 de 1999, ya citada, "...es claro que el precedente vinculante es la *ratio decidendi* del caso, ya que ese principio abstracto, que fue la base necesaria de la decisión, es el que debe ser aplicado por los jueces en otras situaciones similares. Así lo señaló con claridad en Inglaterra lord Jessel, en el caso *Osborne v. Rwllet* de 1880, en donde precisó que la única cosa que es vinculante en una decisión judicial es el principio que sirvió de base a la decisión". Para Moreno Ortiz, la *ratio decidendi* (el resultado excelso del proceso de filtrado que hace el juez) es el precedente.

Los dos incisos anteriores se pueden resumir indicando que la *ratio decidendi* es el principio, regla o razón que constituye el fundamento de lo se resuelve. En cambio la *obiter dicta* son los razonamientos que el tribunal juzgador indica como determinantes para arribar a una conclusión. En la práctica de nuestro ordenamiento jurídico se diría que son los considerandos de la sentencia. El precedente en este caso, esta en la *ratio decidendi*, no el la *obiter dicta*. A este efecto es lo que se busca en la jurisprudencia o doctrina legal para resolver otros casos en el que dan las mismas situaciones legales.

La *ratio decidendi*, como se ha venido indicando es aquella parte de la motivación de la sentencia que tiene una relación directa, inseparable y que le da fundamento a la decisión, es la respuesta a la pregunta de: ¿Cuál fue la razón principal por la que se tomó la decisión? Y la *obiter dicta*, son todos aquellos argumentos expuestos por el juez en su motivación, que a pesar de no tener una relación directa con la decisión, sirven para apoyarla por cuanto con ellas trata de explicar de manera general como se llegó a la conclusión de que esa es la decisión adecuada.

6.3 El *decisum*: Es la resolución concreta del caso, esto es, según la Corte, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe responder o no en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es retirada o no del ordenamiento, etc. Esta parte resolutive no constituye precedente ni vincula a otros jueces, como contrariamente se cree y lo confirma la sentencia SU-047 de 1999 de la Corte Constitucional de Colombia, por la sencilla razón de que a éstos, los jueces, no corresponde decidir ese problema específico sino otros casos, que pueden ser similares, pero jamás idénticos. Según el profesor Moreno Ortiz, “el *decisum* es la respuesta que le da el juez a la más acuciante de las preguntas que se hacen las partes del proceso, cuyos intereses son netamente prácticos, la repetida pregunta: ¿qué se resolvió? Y las consabidas respuestas subsiguientes: ¿eso significa que tengo o que no tengo derecho? ¿Cómo me afecta a mí y a mis intereses lo decidido? Lo decidido, lo fallado (la decisión), corresponde a lo que se ha denominado *decisum*. Lo que el juez decide produce efectos en la vida de las personas; sus decisiones normalmente afectan (vinculan) la conducta de las personas que han hecho parte del proceso, ya sea porque actuaron en él o ya porque tuvieron la oportunidad de hacerlo”.

Es entonces la forma como el juez que ha conocido de un asunto decide solucionarlo, es el punto final de la discusión, si se trata de una demanda de inconstitucionalidad el *decisum* será la declaración de exequible o inexecutable, si se trata de una demanda de tutela el *decisum* será de amparar o no los derechos invocados.

6.4 Stare decisis Es un aspecto importante a considerar, ya que la misma Corte Constitucional Colombiana, en el citado fallo SU-047 de 1999, ha dicho que, “el respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en

otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica —que implica unos jueces respetuosos de los precedentes— y la realización de la justicia material del caso concreto —que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas—. De ahí que estarse a lo decidido no significa repetir textualmente el *decisum*, como dice Moreno Ortiz, sino acoger la *ratio decidendi* de éste y, bajo tal auspicio, decidir el nuevo caso. Por esa razón, el precedente no puede corresponder a la integridad de la decisión, es decir, que no toda decisión judicial se constituye como precedente de otra u otras, encontrándose por parte de este autor, en discrepancia con la Corte Constitucional Colombiana y el activismo de los ponentes de la sentencia SU-047 de 1999 en este punto, cuando escribieron lo siguiente: El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un

mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas". Este punto nos permite reflexionar acerca de que en ocasiones la arbitrariedad se impone frente a la seguridad jurídica y que no puede romperse ese esquema so pretexto de un desmesurado uso de los mecanismos de interpretación judicial, así como de algunos precedentes inadecuados que no reflejan en muchos casos el sometimiento de los jueces al imperio de la ley. Así resumimos los diferentes tipos de sentencias dentro de nuestro ordenamiento constitucional, los cuales serán muy idóneos para el estudio y aplicación de la interpretación constitucional.⁷⁵

En conclusión es utilizada en derecho para referirse a la doctrina según la cual las sentencias dictadas por un tribunal crean precedente judicial y vinculan como jurisprudencia a aquellas que, sobre el mismo objeto, se dicten en el futuro.

7. Las sentencias constitucionales como legislación negativa y positiva

Cuando hablamos que el legislador negativo actúa en aplicación de las normas constitucionales a diferencia del legislador positivo que carece de un poder libre de creación normativa, esta se da por ejemplo cuando se anula una ley equivale a establecer una norma general, entonces se puede agregar que el tribunal posee el poder de anular leyes por medio de sus fallos, pero esta actividad jurisdiccional esta determinada o establecida en la Constitución, por lo que la diferencia es que el legislador negativo aplica la norma, pero no crea el derecho como el legislador positivo.

En síntesis, el legislador negativo en el caso concreto que se le somete a su conocimiento, al momento de advertir que una o varias normas son contrarias al texto

⁷⁵ *Ibíd.*

constitucional al momento de aplicarse al caso concreto en su fallo lo hace valer, y expulsa la norma al caso concreto, es decir que dicha norma continua vigente en el ordenamiento jurídico y solo se inaplica en el caso sometido a su jurisdicción.

Lo anterior, tiene su fundamento en el artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial, que establece: que las leyes se derogan por leyes posteriores: 1. Por declaración expresa de las nuevas leyes; 2. Parcialmente, por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes; 3. Totalmente, porque la nueva ley regule, por completo, la materia considerada por ley anterior; y, 4. **Total o parcialmente, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad.**

Un legislador negativo es un concepto derivado del Derecho constitucional que hace referencia a un órgano que, si bien no tiene poder para promulgar una ley, sí que tiene capacidad para derogarla. El término se suele aplicar al caso del Tribunal Constitucional, u otro órgano en un país con capacidad de revisar la actuación del poder legislativo y su adecuación a la Constitución. El motivo es que ese órgano, de acuerdo al modelo kelseniano, no puede crear leyes pero, en el caso de que entienda que una de las promulgadas vulnera lo dispuesto en la Constitución, tiene poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, derogándola total o parcialmente, por ser inconstitucional.

Un Tribunal Constitucional o Corte Constitucional es un órgano jurisdiccional que es responsable, principalmente, de hacer efectiva la primacía de la constitución. Tiene la atribución de interpretación de la constitución y de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y otras normas de rango infralegal, esto es, tiene la facultad de revisar la adecuación de las leyes, y en último término de los proyectos de ley y los decretos legislativos o del poder ejecutivo, a la constitución.

De acuerdo al modelo kelseniano, un tribunal constitucional actúa como un legislador negativo, pues carece de la facultad de crear leyes, pero en el caso de que entienda que una de las promulgadas vulnera lo dispuesto en la Constitución, tiene poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, declarando su inconstitucionalidad. Teorías más recientes sostienen que la tarea de un tribunal constitucional es ejercer una

función jurisdiccional, resolviendo conflictos de carácter constitucional, que puede incluir la revisión de la actuación del poder legislativo, la protección de los derechos fundamentales y la distribución de competencias entre los poderes constituidos.

Algunos países siguen el modelo austríaco que contempla un Tribunal Constitucional, mientras otros siguen el modelo estadounidense de un Tribunal o Corte Suprema que ejerce las funciones de un tribunal constitucional. De todos modos, no es inusual, como en ciertos Estados iberoamericanos, que el control de la constitucionalidad se encuentre compartido entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema

El Tribunal Constitucional aparece majestuoso por encima de las cámaras parlamentarias, corrigiendo sus leyes, y subordinando a todo tribunal incluido el mismísimo Tribunal Supremo, al anular sus resoluciones; algo así como un poder omnímodo, a cuyos miembros solo por vía indirecta se ha elegido democráticamente y cuyos méritos y capacidades solo se han contrastado de modo lateral.

No vendrá mal recordar que el diseñador del modelo, Hans Kelsen, en modo alguno lo concibió como un superpoder, sino como un contrapoder. La tarea, de notable transcendencia política, de crear derecho positivo corresponde a los parlamentarios, que son los que lo «ponen». En el marco de las competencias así delimitadas los titulares de cargos públicos y los funcionarios «ponen» en cada caso cada cuestión en su sitio. La tarea de hacer justicia, de reajustar los conflictivos desajustes sociales buscando apoyo en la ley, corresponderá a los jueces, que para eso se dedican a «poner» sentencias. «Poner» es ejercer poder; poder legislativo, ejecutivo o judicial...

La presunta omnipotencia del Tribunal Constitucional deriva de la equivocada atribución de una «omnipotencia» que no le es propia. En realidad sus magistrados han de esforzarse por no «poner» nada. Para Kelsen, cabría sin duda calificarlos de legisladores, puesto que tienen que vérselas con el derecho positivo derivado de actos de los poderes públicos, pero la suya sería una «legislación negativa». Su función no sería poner nada, sino quitar; no incorporar normas —ni nuevas ni distintas— al ordenamiento jurídico, sino eliminar de él aquellos elementos que consideren bajo

mínimos, por no respetar el suelo jurídico constitucional sobre el que los poderes han de edificar y moverse. Habrán igualmente de detectar las consiguientes vulneraciones de derechos en que esos desmanes se traducen. Lo propio del Tribunal no es construir, sino reparar socavones; para edificar ya están los legítimos poderes del Estado.

Cuando esto se olvida, lo que es habitual entre unos y otros, se piensa que la función del Tribunal es lograr la mejor norma o solución sobre cualquier problema o conflicto imaginable; nada más alejado de su función. No cumple un papel de evaluador de lo acertado de una u otra fórmula; se limita a contrastar si ha respetado las mínimas exigencias constitucionales: el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales y a las estructuras básicas del sistema.

El respeto a esta función meramente «negativa» llevará al Tribunal a hacer todo lo posible por no aportar más que aquello indispensable para garantizar que la Constitución sea respetada. El costo de la operación no será escaso y generará incomprendiones.

En lo que a las leyes se refiere, su afán por vivir el «principio de conservación de la norma» es un homenaje al legítimo ámbito de acción del poder legislativo. Le llevará a buscar alguna posible interpretación de la ley cuestionada que haga que no incurra en inconstitucionalidad. Estas discutidas «sentencias interpretativas» serán con frecuencia consideradas fruto de pasteleo o de pura sumisión al poder político que apostó por la norma. No muy distinta será la situación cuando, existiendo una clara vulneración formal de la Constitución, el Tribunal evite abordar cuestiones de contenido, para no adelantarse al poder legislativo que tendrá que ocuparse del asunto; de lo contrario, parecería dar por hecho que no habría de acertar a la hora de abordarlo.

Así ha ocurrido, por ejemplo, con motivo de la ya legendaria sentencia sobre el Estatuto de Cataluña. Uno de los aspectos más polémicos de este fue el intento de configurar un escenario autonómico sospechoso de configurar un poder judicial catalán difícilmente compatible con la Constitución. El Tribunal se ha limitado a constatar que una norma autonómica, por alto que sea su rango, no puede abordar una reforma de tal calibre, pero se ha cuidado mucho de añadir si la mera repetición de lo contenido al respecto en

el Estatuto por una ley orgánica elaborada por las Cortes Generales sería o no constitucional.

Las consideraciones políticas derivables de esta actitud son obvias; sobre todo cuando no ha faltado quien deje entrever que las Cortes se limitarán en efecto a un corta y pega, lo que obviamente está por ver. Más de un ciudadano pensará que, después de tres años de deliberación o forcejeo, reenviar el asunto a las Cortes para que acaben aprobando una ley, que será previsiblemente recurrida y obligará al Tribunal a volver a pronunciarse, es un gasto de tiempo y de crispación que habría que haberse ahorrado; pero la ortodoxia institucional de la decisión es difícilmente discutible. A la hora de «poner» derecho, sobre todo en un caso concreto, la economía procesal será siempre muy de agradecer, pero a la hora de «quitarlo» hay que ser muy respetuoso planteándose a quién se le está quitando lo que institucionalmente es suyo.

Lo mismo ocurrirá en las relaciones entre el Constitucional y el poder judicial, y de modo muy particular con el Tribunal Supremo, cuya falta de sentido del humor al afrontarlas es ya proverbial. No se caracteriza el funcionamiento de nuestros tribunales por la frenética precipitación, en buena parte por el obligado respeto a unas garantías que la propia Constitución impone. Tampoco se caracteriza la abogacía por su insistente consejo al ciudadano de que no hay mejor pleito que el que no existe. Tras un fatigoso periplo, multitud de litigios acaban llegando al Constitucional. Si este se considera obligado a anular la sentencia que motivó la petición de amparo, procurará fijar la exigencia constitucional insatisfecha, pero retrotrayendo, o sea devolviendo, el asunto al órgano judicial correspondiente, para que sea él mismo el encargado de «poner» solución final al conflicto. El sufrido ciudadano pensará que éramos pocos y parió la abuela, pero para el Tribunal ha de ser sagrado el respeto a los poderes del Estado, por poco que alguno de ellos se lo acabe agradeciendo.

Cuando hablamos de legitimación activa es aquella que sirve para determinar aquellas personas, sean ésta individuales o jurídicas, encontrándonos entre éstas a los órganos de Estado, conforme los establezca la Constitución Política de la República, que tienen

la facultad de ejercer el derecho , es decir que cuando hablamos de legislador positivo nos referimos a la potestad legislativa, que es la facultad atribuida a algunos órganos del Estado, para aprobar leyes o normas con rango de ley del mismo, esa potestad en tiempos antiguos era considerada como atributo de la soberanía, sin embargo, en el Estado constitucional se configuró como una potestad constituida y limitada por la Constitución.

La Sala Constitucional, como todo tribunal constitucional o la Corte de Constitucionalidad para el caso de Guatemala, fue creada para hacer valer la prevalencia de la Constitución Política. Para lograr lo anterior, le compete interpretar la Constitución Política de la República de Guatemala, cada vez que es sometido a su conocimiento un asunto de su competencia, cuando realiza esta facultad interpretativa muchas veces crea normas. Dicha función representa la jurisdicción constitucional, componente importante de todo estado social de Derecho.

Sin embargo, en caso de que el tribunal constitucional violente los límites interpretativos podría estar sustituyendo al constituyente, de tal suerte que por medio de una simple sentencia que interpreta una norma constitucional, podría estar legislando al innovar el ordenamiento jurídico, esta es la mayor crítica que se ha dado al legislador positivo quien en un momento dado, indican algunos autores, invade el ámbito de competencia del organismo legislativo u parlamento dependiendo el país que se trate..

Por su importancia y por ser quizás el caso más representativo, debe analizarse de manera particular los fallos referentes a la protección de derechos fundamentales que en un primer momento, el organismo judicial al politizar sus sentencias constitucionales, y al variar sus criterios de forma infundada, a largo plazo, dicha falta de certeza jurídica y de predictibilidad jurisprudencial, puede darle a las Sentencias Constitucionales y a los tribunales Constitucionales un carácter de legislador positivo, que como se indicó es una de las críticas señaladas por diversos juristas.

CONCLUSIONES

1. Al concluir la investigación, estimo que la hipótesis de trabajo de la que partió esta investigación, ha quedado probada y concluyo sosteniendo la tesis siguiente:
 - a) El ejercicio de la función jurisdiccional en materia constitucional, exige conocimientos sólidos en aspectos especializados de la materia sobre la cual resolver. En esa idea es fundamental conocer las nuevas corrientes de pensamiento jurídico que se agrupan en lo que se denomina “neoconstitucionalismo”, que toma en cuenta principios y valores que nutren la Constitución. Además, la teoría política orienta en la solución de problemas de esa naturaleza y que exige una respuesta jurídica.
 - b) Debe ponerse especial cuidado en los procesos de interpretación constitucional, que difieren con respecto a las leyes ordinarias, aunque ambos tienen fases que les son comunes.
 - c) La diversidad de sentencias constitucionales dentro de la tipología establecida por la doctrina, obedece a la diversidad de conflictos que pueden ocurrir y que muchas veces exigen resoluciones que actúen con base en la realidad de los hechos políticos.

- d) En síntesis, los supuestos necesarios para dictar sentencias en materia constitucional es un sólido conocimiento en materia de derechos humanos, en materia política y tener presente que un propósito de toda constitucionalidad es el control del ejercicio del poder, no sólo para el régimen de legalidad, sino también para el Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

a) Libros, revistas y gacetas:

- Alvarez Conde, Enrique. Curso de Derecho Constitucional, Volumen I, 4ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2003^a
- Araujo, Joan Oliver. El recurso de amparo. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universitat de les Illes Balears, Colección Estado y Derecho, Edición num. 2, Palma de Mallorca, 1986.
- Alexy, Robert. El Concepto y la validez del Derecho, Editorial Gedisa S.A., Barcelona, España. 1994.
- Brewer Carías, Allan. En Nuevas Reflexiones sobre el Papel de los Tribunales Constitucionales en la Consolidación del Estado Democrático de Derecho: Defensa de la Constitución, Control del Poder y Protección de los Derechos Humanos. Documento presentado en el I Encuentro de Salas y Tribunales Constitucionales de Centroamérica y República Dominicana. San José, febrero de 2006.
- Allan R. Brewer-Carías, Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica, México, Universidad Nacional Autónoma Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

- Bello, H.; Jiménez, D. “Tutela Judicial Efectiva y otras Garantías Constitucionales Procesales”. Primera Edición. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. 2004.
- Burgoa, Ignacio. El Juicio De Amparo En El Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Porrúa. México, 1989.
- Caballero Sierra, Gaspar, “Corte Constitucional y legislador: contrarios o complementarios”, publicado en: Jurisdicción constitucional en Colombia - La Corte Constitucional 1992-2000, realidades y perspectivas, edición de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, con el apoyo de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y de la Fundación “Konrad Adenauer”, Bogotá, D.C., febrero de 2001.
- Cabanellas, Guillermo. Diccionario De Derecho Usual. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1989.
- Cabanellas De Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L., Undécima Edición, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- Calderón Morales, Hugo Haroldo. Derecho administrativo I. Ed. Llerena. Guatemala, 1999.
- CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. Derecho Procesal Administrativo. Ed. Llerena. Guatemala, 1999.
- CASCAJO CASTRO, José L. Y Gimeno Sendra, Vicente. El Recurso de Amparo. Ed. Tecnos, S.A. Madrid, España 1985.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. El Recurso de Amparo, Exhibición Personal Y De Constitucionalidad. Ed. Impresiones Gráficas, Guatemala, 2004.
- CARROCA PÉREZ, Alex. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. 1ª Edición, Editorial: J.M. Bosch Editor, S.A. Chile. 1997.

- CASAL HERNÁNDEZ Jesús María, Aspectos Conceptuales del Acceso a la Justicia. En Acceso a la Justicia. La Universidad por la vigencia efectiva de los Derechos Humanos, Caracas: 2006.
- CARBONELL Miguel, Los Derechos Fundamentales en América Latina, Apuntes para una discusión, Biblioteca Jurídica Virtual, Del Instituto De Investigaciones Jurídicas De La UNAM. [Http://Biblio.Juridicas.Unam.Mx/Libros/6/2701/6.Pdf](http://Biblio.Juridicas.Unam.Mx/Libros/6/2701/6.Pdf)
- CEA EGAÑA José Luis, Estado Constitucional De Derecho, Nuevo Paradigma Jurídico. Instituto De Investigaciones Jurídicas De La UNAM. 2004.
- CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Defensa de la Constitución, Libertad y Democracia Ediciones Superiores, Guatemala, 1994.
- COMANDUCCI, Paolo. «Formas De (Neo) Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico». En Revista ISONOMÍA N.O 16, Abril De 2002.
- COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo, *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil* (3° Ed.). Buenos Aires: Ediciones De Palma. (1958).
- DE BERNADIS, Luis Marcelo. La Garantía Procesal del Debido Proceso. Lima. Cultural Cusco. S.A. Editores. 1985.
- DWORKIN Ronald, Los Derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel, SA. 1984, p. 7
- ESPAÑA, BALSELLS TOJO, Edgar Alfredo. Principios Constitucionales del Debido Proceso. Revista Jurídica Del Organismo Judicial, No. 1. Guatemala, 1991.
- ESCOBAR DE LEÓN, Ramón. La Motivación de la sentencia y su argumentación Jurídica. 1ª Edición. Academia De Ciencias Políticas Y Sociales, 2001.
- EZQUIAGA GANUZAS Francisco Javier CONFLICTOS NORMATIVOS E INTERPRETACIÓN JURÍDICA, UNAM, 2006
- EZQUIAGA GANUZAS Francisco Javier. Conflictos Normativos e Interpretación Jurídica, UNAM, 2009

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El Sistema Constitucional Español, Editorial Dykinson, Madrid, 1992,
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La Ley Del Más Débil. Trotta, 5ª Ed., Madrid: 2006;
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, Principio Constitucional de Igualdad Ante La Ley, Santiago, Conosur, 2001.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, Profesora Titular De Derecho Constitucional, Universidad De Salamanca. 1992.
- FIX ZAMUNDIO, Héctor. El Derecho de Amparo En México Y En España, Su Influencia Recíproca. Revista De Estudios Políticos Número 7, De Enero Y Febrero De 1975.
- FLORIAN GODOY, Carlos Alberto. Las partes en el Proceso de Amparo Guatemalteco. Guatemala, 1988.
- GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción. El Recurso De Inconstitucionalidad, Editorial Trivium, Madrid, 1992
- GARCIA MACHO Macho, Ricardo, Las Aporías de los Derechos Fundamentales Sociales. Instituto De Estudios De Administración Local, Madrid, 1982
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Algunos Aspectos de la doctrina Kelseniana, 1ª Edición, EDICIONES COYOACAN, México. 2011.
- GACETA Número 24, Expediente Número 113-92. Pag. 2. Sentencia |9-05-92.
- GOZAÍNI. Justicia Constitucional, Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional. Desalma. Buenos Aires. 1992.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel Y Otros, *El Sistema Constitucional de Derechos y Libertades Según La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional*, Madrid: Editorial Universitas Internacional, 2006

- GUZMÁN HERNÁNDEZ, Martín Ramón. El Amparo Fallido. Publicación De La Corte De Constitucionalidad, 2a. Ed. Guatemala, 2004.
- GUASTINI, Ricardo. Estudios De Teoría Constitucional. México D.F.: IIJ-UNAM – Fontamara, 3ª Ed., 2007;
- Cfr. Hans KELSEN, ¿Qué es la Justicia?, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, p. 78.
- H.SIEGAN Bernard, Reforma Constitucional *Esbozando una Constitución para una República que emerge a la libertad*, Atlas Economic Research Foundation, 1993.
- M. GASCÓN, “La Coherencia Del Ordenamiento. El Problema De Las Antinomias”, Madrid, 1997
- MARTINEZ ROLDAN, Luis, Nueva Aproximación al Pensamiento Jurídico De Hans Kelsen, Edición La Ley, 2000
- MORALES RUIZ, Juan José, Tesis La Antinomia derivada del Proceso Constitucional Democrático En Guatemala, URL, 2011
- MORALES RUIZ, Juan José, Tesis La Antinomia derivada del Proceso Constitucional Democrático En Guatemala, URL, 2011
- MOLLER Max. Tesis Doctoral. La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos, Universidad de Burgos. 2008.
- NOSETTE, José Almagro. Justicia Constitucional. Ed. Dykinson. Madrid 1990.
- OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. (S.E) Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1983.
- OSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Argentina. Editorial Heliasta. 1996.

- ORDOÑEZ SOLIS, David. El Cosmopolitismo Judicial en una Sociedad Global: Globalización, Derecho Y Jueces, Cizur Menor, Navarra (España), Aranzadi, 2008.
- ORTÍZ-ORTÍZ Rafael, Tutela Constitucional Preventiva Y Anticipativa, Caracas: Editorial Fronesis, 2001.
- O AGUIRRE RAMOS, Carlos. Derecho Constitucional Compilación, Editorial Heliasta, 1991.
- PÉREZ TREMPES, Pablo. En Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, P. 31, Citando A A. Carrillo Flores En Prólogo A La Primera Edición De La Obra De C. E. Hughes, La Suprema Corte De Los Estados Unidos, Fondo De Cultura Económica, México.
- PEREZ ROYO, Javier. En «Del Derecho Político al Derecho Constitucional: Las Garantías Constitucionales». Revista Del Centro De Estudios Constitucionales, N° 12, Madrid, 1992.
- PICO I JUNOY, Joan. Las Garantías Constitucionales del Proceso. Editorial Madrid, 1992.
- LATORRE, Ángel, Introducción al Derecho. 1986.
- TRABUCHI. Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Editorial Mcgraw Hill, 1998.
- SUAREZ GONZÁLEZ, Gerardo Rafael La Tutela Judicial Efectiva En Materia De Derechos Político Electorales. México: Tribunal Electoral Del Poder Judicial De La Federación, 2013.
- SASTRE ARIZA, Santiago. Ciencia Jurídica Positivista y Neoconstitucionalismo. Mcgraw Hill: Madrid, 1999.
- RISSO FERRAND Martín, Derecho Constitucional, Montevideo: Fundación De Cultura Universitaria, Tomo I, Segunda Edición, 2006.

- REVISTA Del Colegio De Abogados Y Notarios De Guatemala. Pensamiento Jurídico. enero a junio 2002. Publicación Semestral. No. 44,
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. El Proceso de Amparo en Guatemala. Colección Estudios Universitarios, Ed. Universitaria De Guatemala, 1980.
- VILLEGAS LARA, René Arturo. Elementos de Introducción al Estudio del Derecho. Teoría General Del Derecho. Editorial Guatemala, Guatemala. Universidad De San Carlos De Guatemala. Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales, 304 Pág.
- VILLEGAS LARA, René Arturo. Temas de Introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General Del Derecho.-- 4 Edición 270 P. Guatemala, Guatemala : Editorial Universitaria, 2004.
- VILLEGAS LARA, René Arturo. Temas de Introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General Del Derecho.- 3 Edición Guatemala, Guatemala. Editorial F&G, 2002.
- XVIII Congreso Jurídico Guatemalteco. Ponencia Noviembre 2004. La Constitución Del Siglo XXI
- Zagrebelsky, Gustavo. La idea de justicia y la experiencia de la injusticia, en Gustavo ZAGREBELSKY y Carlo Maria Martini, La Exigencia de Justicia, Madrid, Trotta, 2006, p. 22.

b) Sitios electrónicos consultados:

- <http://www.ettorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html> (Guate. 15/1/2015)
- <http://www.juridicas.unam.mx>. UNAM.mx. Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM.
- cuci.udg.mx/.../-revista-numero-05-otono-septiembre-2007-marzo-de-2008?(Guate. 15/1/2015)

- <http://www. Dr. García Murillo, José Guillermo LAS ANTINOMÍAS EN EL DERECHO, EL POR QUÉ DE SU ORIGEN Y EL CÓMO DE SUS POSIBLES SOLUCIONES, Libro electrónico.>
- http://biblioteca.usa.edu.gt/tesis/04/04_7921.pdf
- <http://www.clubensayos.com/.../Principios-de-la-sentencia/241861.html>
- <http://www.rae.es/realacademiaespañola>