

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAestrÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



**ESTADO DE DERECHO, SU EFICACIA,
SI FUNCIONAN LOS CONTROLES Y GARANTIAS
CONSTITUCIONALES**

LICENCIADA

ELSA NOEMÍ FALLA ALONZO

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAestrÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**ESTADO DE DERECHO, SU EFICACIA, SI FUNCIONAN LOS CONTROLES Y
GARANTIAS CONSTITUCIONALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

ELSA NOEMÍ FALLA ALONZO

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

MAESTRA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

(Magíster Scientiae)

Guatemala, septiembre de 2016



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

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: MSc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: MSc. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTA: Dra. Sonia Judith Alvarado
VOCAL: MSc. José Wilfredo Umaña Calderón
SECRETARIA: MSc. Claudia Lucrecia Paredes Castañeda

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 22 de febrero de 2016.

Señor
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

De mi mayor consideración:

De conformidad con lo establecido en la Resolución RES. D.E.E.P. D. Const. 114-2012 de esa Escuela, mediante la que se me designó como tutor de tesis de la Abogada Elsa Noemí Falla Alonzo, le indico lo siguiente:

1. He recibido de parte de la profesional mencionada, el acta fechada el siete de octubre de dos mil quince, en el que se efectuaron recomendaciones para enmendar la tesis denominada "Estado de Derecho. Su eficacia, Si funcionan los controles y garantías constitucionales".
2. La Licenciada Falla Alonzo cumplió con las indicaciones y aceptó las observaciones realizadas por el Tribunal examinador, efectuando los cambios de forma y de fondo sugeridos por la terna evaluadora, situación que he podido confirmar al leer y analizar la versión final de la tesis que se presenta para continuar con los trámites administrativos y académicos que correspondan, como lo indica el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.

Lo saludo muy atentamente.



Marcelo Pablo Ernesto Richter
ABOGADO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARÍA DE POSTGRADO

MAESTRÍAS:

RECEBIDO
25 FEB. 2016

DOCTORADO:

HORA: _____ FIRMA: _____

Guatemala, 20 de julio de 2016

Mtro. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

**ESTADO DE DERECHO, SU EFICACIA, SI FUNCIONAN
LOS CONTROLES Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES**

Esta tesis fue presentada por la licenciada Elsa Noemí Falla Alonzo de Galdámez de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Gladys Tobar Aguilar
Colegiada 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, once de agosto del dos mil dieciséis.-----

En vista de que la Licda. Elsa Noemí Falla Alonzo, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional**, lo cual consta en el acta número 42-2015 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“ESTADO DE DERECHO, SU EFICACIA, SI FUNCIONAN LOS CONTROLES Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

MSc. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





DEDICATORIA

A DIOS: POR SU PODER, AMOR Y MISERICORDIA EN MI VIDA.

A MIS PADRES: Lic. Max Falla Aristondo
Por ser un estudioso del Derecho Constitucional y que me inspiró en mi vida profesional.
Elsa Alonzo Fernandez de Falla

A MI ESPOSO: Dr. Rodolfo Galdamez Orellana
Por su apoyo en todo momento.

A MIS HIJOS: Dras. Elsa Lucia y Vivian Maria
Ing. Rodolfo Jose y
Waleska Galdamez Falla

A MIS HERMANAS: Msc. Bertha Falla Alonzo
Violeta Falla Alonzo

A MIS SOBRINOS: Licda. Rocio Falla A.
Erick Estuardo Galdámez



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I	1
1. El Estado y el Poder. Marco doctrinario	1
1.1. Origen de la palabra Estado	1
1.2. Concepto de Estado	2
1.3. Elementos constitutivos del Estado	3
1.4. Finalidad del Estado	5
1.5. Las Funciones del Estado	7
1.6. El Poder. Marco Doctrinario	8
1.7. Origen y Evolución de la noción del Poder	11
1.8. Poderes del Estado	14
CAPÍTULO II	17
2. División de los Poderes del Estado. Marco doctrinario	17
2.1. Un Esfuerzo por Racionalizar el Poder a Favor de La Libertad	17
2.2. Sistema de frenos y contrapesos del Poder Público o Teoría del Equilibrio de Poderes	18
2.3. Separación de Poderes	21
2.4. Principio de separación de Poderes en la Constitución Política de Guatemala.	21
2.5. El Principio de Separación de Poderes según la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad	23
2.6. Deslinde de competencias y contrapesos en el gobierno	23
2.7. Controles Intraórganos	24
2.8. Controles Interórganos en El Parlamento	25
2.9. Controles Interórganos en La Función Judicial	25
2.10 Controles Intraórganos en el Poder Ejecutivo	26
CAPÍTULO III	29
3. Estado de Derecho	29
3.1 Noción de Estado de Derecho	29
3.2. Concepto de Estado de Derecho	30
3.3. Breve análisis de ese concepto de Estado de Derecho	30
3.4. Los principios clásicos del Estado de Derecho	31



3.5. Los Derechos Fundamentales en los inicios del Estado constitucional	
3.6 El Imperio de la Ley y límites de la Ley	
3.7. Primacía de la ley y principio de Imperatividad	39
CAPÍTULO IV	45
4. Estado de Derecho y Soberanía popular. Marco Doctrinario	45
4.1. Soberanía	45
4.2. Crisis de la Soberanía y Globalización	46
4.3. El Principio de Soberanía en Guatemala	47
4.4 Concepto tradicional de Estado de Derecho	48
4.5 Estado Liberal de Derecho	49
4.6 El Estado de Derecho y Democracia Representativa	51
CAPÍTULO V	53
5. Estado moderno de derecho. Marco Doctrinario	53
5.1. Estado de Derecho en la Democracia Participativa y Pluralista	53
5.2. Estado de Derecho y Soberanía Popular	57
5.3 Estado Social y Democrático de Derecho	62
5.4 Estado Democrático de Derecho	65
5.5 Estado constitucional de Derecho	69
5.6 Actual Transformación del Estado de Derecho	76
5.7 Los principios del Estado de Derecho, según el autor citado, son los siguientes:	80
5.8 Las Funciones de los Principios del Estado de Derecho como Medios Especiales para Fines y Valores Específicos	84
CAPÍTULO VI	89
6. Los Controles del Estado de Derecho	89
6.1 Control y Poder Político	89
6.2 El Poder	92
6.3 La Constitución como Instrumento de Control	95
6.4 El Control como Elemento del Concepto de Constitución	96
6.5 Control de constitucionalidad	102
6.6 Control Popular	131
6.7 Controles del Poder Público en Guatemala	134
CAPÍTULO VII	137



7. Los controles de los poderes públicos del Estado y de sus instituciones, conforme a la Constitución Política de la República de Guatemala	
7.1. Poder Parlamentario	137
7.2 Función Ejecutiva	138
7.3 Función Judicial	139
7.4 Los Poderes Públicos Proviene del Pueblo	141
7.5 Función Legislativa y Función Controladora del Congreso de la República	142
7.6 Controles Extra órganos y Controles Interórganos	143
7.7 Atribuciones o Facultades del Congreso de la República	145
7.8 Atribuciones Específicas del Congreso de la República	147
7.9 Funciones del Organismo Ejecutivo	148
7.10 Límites de Actuación del Poder Público	149
7.11 Organismo Judicial	150
CONCLUSIÓN	155
BIBLIOGRAFÍA	157



INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación estudiaremos la eficacia del estado de derecho, llegando a determinar si funcionan los controles y garantías reguladas en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Para abordar la temática, se ha procedido al estudio de una amplia bibliografía de autores nacionales y extranjeros, tratadistas del más alto nivel, en el estudio del Derecho Constitucional; asimismo, se ha contrastado la realidad nacional guatemalteca, frente a las instituciones jurisprudenciales y legales relativas a los controles concentrados y difusos del orden constitucional.

El primer capítulo se ha abordado los conceptos generales del Estado y el Poder, desde sus orígenes, elementos que lo conforman, fines, funciones, y evolución de los poderes del Estado. De acuerdo con el análisis doctrinario, estudiaremos en el segundo capítulo se presenta la división de los poderes del Estado, con énfasis en el sistema de frenos, teoría del equilibrio de poderes, deslinde de competencias y contrapesos en el gobierno, y los controles interórganos entre los poderes del Estado. Lo anterior, lleva a desarrollar el concepto Estado de Derecho, sus principios, derechos fundamentales, el imperio o primacía de la ley y sus límites, entre estos la soberanía popular dentro de un estado liberal con democracia representativa.

Las corrientes de pensamiento renovadas en el estudio sociológico de un mundo globalizado, ha generado teorías que también son analizadas en el presente trabajo de investigación, para lo cual en reservado el capítulo cuarto, en el que se aborda la temática relativa al Estado moderno de derecho en la democracia participativa y pluralista, la soberanía popular, el Estado social, el Estado democrático, el Estado constitucional de derecho, constitucionalismo rígido, y las funciones de los principios del Estado de Derecho como medios especiales para



finés y valores específicos, lo que constituye el objeto de esta investigación en la luz de la realidad social guatemalteca.

En el capítulo cinco, nos referiremos de manera específica a cada uno de los controles del Estado de Derecho, constitucionalmente establecidos en la República de Guatemala, y en el subtema denominado control constitucional incluiremos la sentencia que originó el control judicial de la constitucionalidad que consiste en la Sentencia que ha sido universalmente analizada, dictada por el presidente de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, en el año 1803, Magistrado John Marshall, en el caso *Marbury vrs Madisson*; siendo esta la primera declaración judicial de inconstitucionalidad que registra la historia al respecto; y con el análisis de lo anterior, nos permitirá determinar si los controles de los poderes públicos del Estado de Guatemala, a través de sus instituciones, conforme la Constitución Política de la República de Guatemala, estableciendo si son eficaces, y si funcionan las garantías constitucionales, lo que determinaremos en el capítulo sexto.

La autora



CAPÍTULO I

1. El Estado y el Poder. Marco doctrinario

1.1. Origen de la palabra Estado

Las antiguas sociedades humanas se preocuparon por la denominación de sus sociedades, así, los griegos llamaron a su organización política como la *polis* que se traducían como ciudad; los romanos a la organización social la denominaban *res pública*, que según la tratadista mexicana María de La Luz González González, la *res política*, o sea la cosa común al pueblo todo, que ciertamente lo que atañe a la locución griega *tokoinón*.¹

Como explica la misma autora, para la pluralidad de los Estados italianos no les era adecuado usar las palabras: Reino, Terra, Citta, etc. es en esa época cuando surge la palabra Status que va unida al nombre de ciudad. Ese término sirvió para aplicarlo a todos los Estados: Monarquía, Repúblicas, Estados, Ciudades o Estados Territoriales. En Inglaterra ya en el Siglo XIV se usaba la palabra Status para asignar a todo Estado. En la obra *El Príncipe* de Maquiavelo, expresa todos los Estados, todas las soberanías que han ejercido y ejercen autoridad en los hombres han sido y son repúblicas y principados. En los siglos XVI y XVII, pasa esa palabra a la lengua francesa y alemana.²

Según Ward, citado por la autora mencionada, “Un Estado supone un territorio determinado; supone un gobierno ordenado y permanente servicio normalmente por funcionarios y en posesión de exigir los servicios y las contribuciones y de sus

¹M. de la L. González González. *Teoría General del Estado*, México: Editorial Porrúa. Facultad de Derecho / UNAM. 2008. Pág. 95

² Ibid Pág. 97.



súbditos, para realizar las funciones elementales de gobierno: la protección de sus fronteras y de su pueblo contra ataques exteriores y el sostenimiento del orden en el interior. Supone además las normas o reglas que los gobernantes y gobernados aceptan”.³

Guatemala es un Estado constituido por medio de su acta de independencia, que se firmó el 15 de septiembre de 1821; desde esas épocas, su estructura organizacional fue regulada por normas jurídicas originadas desde la Corona Española. Actualmente, su regulación está fundada en la Constitución política de la República de Guatemala, vigente desde 1985, cuenta con todos los elementos del Estado: Territorio: 108,889 km²; población: 15, 806,675; gobierno Republicano.⁴

1.2. Concepto de Estado

La autora citada, en su definición para el concepto de Estado de Jellinek apunta “como concepto de Derecho, el Estado es la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio, o para aplicar un término sumamente conocido, el Estado es la corporación territorial dotada de un poder de mando originario”.⁵

Para los Constitucionalistas españoles Pablo Lucas Verdú y Pablo Lucas Murillo de la Cueva, “El Estado es una sociedad territorial jurídicamente organizada con poder soberano que persigue el bienestar general”. Luego expresan, que el Estado es un grupo social (sociedad, pueblo) establecida en una base territorial

³ Ob. Cit., Págs. 103-104

⁴Instituto Nacional de Estadística de Guatemala

⁵ Ob. Cit., Pág. 113.



entendida en sentido amplio, (espacio aéreo, aguas territoriales), con un poder soberano, jurídicamente organizado, mediante normas e instituciones, que se dotan de una configuración específica (órganos del Estado), cuya finalidad es obtener el bienestar general”.⁶

1.3. Elementos constitutivos del Estado

Luis Sánchez Agesta, constitucionalista español, afirma: “Consideramos al Estado como una de las formaciones históricamente tipificadas de la vida política.”⁷

El elemento territorial, según este jurista, es el primer dato que se debe tener en cuenta al fijar el concepto de Estado, que está basado en un grupo socialmente asentado en un territorio determinado, el territorio es el soporte físico de las comunidades políticas que entra en el ámbito del conocimiento científico a través del problema jurídico de su relación con el Estado.

El pueblo, explica el autor aludido: “En general se entiende por pueblo, el grupo humano sobre el que el Estado se organiza enunciando, así: La idea del pueblo coincidiría prácticamente en la nación y en muchos de sus usos, estos dos elementos son intercambiables. En todo caso por pueblo se entiende siempre algo más que la mera suma de los seres humanos que componen el Estado”.⁸

⁶ P. Lucas Vedú; P. Lucas. *Manual de Derecho Político. Introducción a la Teoría del Estado*, 3ra Edición, Madrid. Tecnos, 1994 Págs. 33 – 34.

⁷L. Sánchez Agesta. *Principios de Teoría Política*. 6ª. Edición revisada, Madrid, Editorial Nacional, 1976. Pág.127.

⁸ Ibid Pág. 128



Para el caso guatemalteco, somos más de quince millones de habitantes, con características pluriculturales y multilingües con 23 idiomas, correspondientes a las culturas Mayas, Garífunas, y Xincas, y políticamente constituidos en veintidós departamentos.

“El pueblo, lo que si matiza la distinción entre nación y el pueblo es la existencia de una organización política, que crea un régimen jurídico común para los que componen el pueblo. Desde este punto de vista, el pueblo puede concebirse como una unidad de población ordenada”⁹

El poder. El jurista Sánchez Agesta expresa: “Esa unidad social jurídicamente ordenada se encuentra organizada mediante un poder jurídicamente ordenado, se encuentra organizada mediante un poder jurídico, autónomo, centralizado y territorialmente determinado. Todos estos caracteres expresan cualidades históricas de organización política. Su poder es jurídico, es decir, realizado a través de los imperativos de la ley y de la coacción jurídica que la guarda. ... Su poder es autónomo y con ello se expresa que no reconoce ‘en potencia’ de un poder más alto, definiéndose como independiente hacia el exterior y como supremo en el interior. Al poder del Estado corresponde ‘La última palabra’.”¹⁰ En Guatemala, las normas jurídicas se encuentran jerárquicamente ordenadas, con la preeminencia de la Constitución Política de la República de Guatemala, leyes de carácter constitucional, leyes ordinarias, y sus reglamentos.

⁹ Ibid. Pág. 132

¹⁰ Ob. Cit., Págs. 135 – 136



1.4. Finalidad del Estado

Ignacio Burgoa, constitucionalista mexicano, sostiene que la “Finalidad del Estado consiste en los múltiples y variados fines específicos como: a) bienestar social; b) la solidaridad social; c) la unidad pública; d) la protección de los intereses individuales y colectivos; e) la elevación económica, cultural y social de la población y de sus grupos mayoritarios; f) las soluciones de los problemas nacionales, la satisfacción de las necesidades públicas entre otras.”¹¹

En la Constitución guatemalteca está regulado en sus artículos 1º y 2 que dicen: “1. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.” Y el 2º. Dice “Deberes del Estado: Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”

Germán Bidart Campos, constitucionalista argentino, matiza muy claramente el concepto de Bien Común Público, señalando que el bien común es común a varias personas, a un grupo, como el bien de una asociación cultural, o deportiva, o comercial, o universitaria. “Es común porque pertenece a los miembros de ese grupo y porque alcanza únicamente ellos y a los intereses del grupo; y es parcial porque satisface solamente una o algunas necesidades del hombre y no todas”¹²

Continúa el aludido jurista, “El bien común que es fin del Estado no deja de ser común, en cuanto pertenece al grupo máximo y a sus miembros. Pero es público, no particular ni parcial porque alcanza a todos los hombres que conviven en esta

¹¹ I. Burgoa. *Derecho Constitucional Mexicano*. 2ª. Edición, México. Editorial Porrúa, 1976. Pág. 273

¹² G. Bidart Campos. *Lecciones Elementales de Política*. 3ª. Edición. Argentina



organización política – sin excluir a todos los hombres y a todos los grupos menores para abastecer la plenitud de su convivencia en todos los aspectos e intereses, el fin del Estado es público, es un bien de toda la comunidad, o de todo el público.”¹³

Bidart Campos expone: “Como última aclaración decimos que el bien común público es el fin ‘del Estado’, porque el Estado existe para alcanzarlo. Pero el sujeto beneficiario de ese fin es la comunidad, el pueblo, el público y no el Estado. No es un bien del Estado, sino de los hombres que forman el Estado.”¹⁴

En el caso guatemalteco, la Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza los derechos a todos los habitantes, sin discriminar ninguna otra condición, más que encontrarse dentro del territorio nacional.

En Guatemala, el bien común, según la Constitución Política promulgada en 1985, en su Artículo 1º, preceptúa: Que su fin supremo es la realización del bien común.

Jurisprudencia. La Corte de Constitucionalidad interpreta ese precepto: “La Constitución Política dice en su Artículo 1 que el Estado de Guatemala protege a la persona como lo asienta el peticionario, pero, inmediatamente, añade que su fin supremo es la realización del bien común, por lo que las leyes que se refieren a materia económica, como lo que se examina, pueden evaluarse tomando en cuenta que los legisladores están legitimados para dictar las medidas que, dentro de su concepción ideológica y sin infringir preceptos constitucionales tiendan a la consecución del bien común. Al respecto, conviene tener presente que la fuerza debe perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines particulares”.¹⁵

¹³ Ibid Págs. 183 – 184

¹⁴ Ob. Cit., Pág. 184.

¹⁵ Corte de Constitucionalidad Gaceta No. 1 Expediente 12 – 86. Fecha de sentencia: 17/09/1986 Constitución Política de la República de Guatemala, interpretada, año 2011.



1.5. Las Funciones del Estado

El poder estatal es uno solo, pero para su realización requiere que sus funcionarios deben estar coordinados por una estructura suprema que es la Constitución Política. Se puede señalar que las funciones del Estado son las diversas actividades que desarrolla en el ejercicio del cumplimiento de sus fines, esto es, la realización del bien común.

Montesquieu observó que era necesario que las funciones del Estado se dividieran entre distintos poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, para que mediante las determinaciones de sus características propias, el poder se autocontrola, a fin de evitar la tiranía.

A partir de la distinción de funciones, se pueden distinguir determinaciones estatales de carácter principal.

La Función Legislativa es la actividad estatal que manifestada de conformidad con la Constitución, las leyes y reglamentos, tiene por objeto la producción y sanción de actos jurídicos de naturaleza legislativa. Fundamentos constitucionales de esta función, artículos 157 al 181 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La Función Ejecutiva consiste en la actividad que se desarrolla en forma continua y permanente, por una parte, la determinación, dirección y coordinación de la política general del Estado y, por otra parte, el desarrollo de disposiciones jurídicas



superiores, ya sean en forma general e individualizada, a efecto de gestionar los asuntos políticos. Fundamentos constitucionales, están en los artículos 182 al 202.

Función Judicial – o jurisdiccional –, es aquella actividad encargada de la actuación y mantenimiento del Ordenamiento Jurídico, mediante la determinación y posterior aplicación del derecho al caso concreto, para la solución de conflictos surgidos entre los miembros de la sociedad, como asimismo, para la prevención y represión de las conductas antisociales que quebrantan dicho ordenamiento. Fundamentos constitucionales de esta función, en artículos 203 al 222.

1.6. El Poder. Marco Doctrinario

El concepto de poder. El constitucionalista colombiano Naranjo Mesa, lo define como: “El fenómeno del poder es anterior al Estado; como se presenta en el seno de toda organización social, partiendo de la célula familiar y cómo, además, se manifiesta en todas las agrupaciones que conforman el ente estatal, sea cual fuere su naturaleza.

De manera que el concepto de poder no es un concepto meramente político y jurídico, sino ante todo sociológico. Bodenheimer – citado por Naranjo – “dice en sentido sociológico ‘el poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad. Incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos.’”¹⁶

Para Naranjo “El poder a que nos referimos es al poder público, es decir aquel que se ejerce por parte de los gobernantes, ya sea de facto o ya sea con base en una normatividad jurídica preestablecida, solo en un conglomerado y no el poder genéricamente considerado en las diversas manifestaciones en que este



fenómeno se presenta en el seno de la sociedad”.¹⁷ El jurista aludido dice que “Los elementos que integran el poder público son el elemento de la dominación y el de la competencia; que el elemento dominación consiste en la capacidad material de hacer cumplir las decisiones de los gobernantes, es decir, de poder obligar, aun por la fuerza, a los gobernados a obedecer esas decisiones y el elemento competencia lo define como la actitud reconocida del gobernante para adoptar soluciones justas a los problemas que plantea la conducción del conglomerado social.”¹⁸ Los artículos 12 y 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala garantizan: “el Derecho de Defensa y de Petición. De tal suerte que toda autoridad estatal debe supeditarse a la legalidad y juridicidad de sus actos.

El jurista guatemalteco Alberto Herrarte, también manifiesta que “El poder a su juicio es un hecho sociológico inevitable, allí donde hay organización, principalmente en el Estado es como decía Platón la necesidad de un hombre de unirse a otro hombre y la aglomeración de estas necesidades, la que hace surgir el poder. De esa manera, el Estado, es también un hecho natural, como lo proclamó Aristóteles”.¹⁹ De lo anterior se podría decir que de toda sociedad organizada para cumplir sus fines, se necesita el poder de una persona capacitada y elegida por el pueblo para dirigir el Estado.

Bidart Campos, “La palabra ‘poder’ sugiere de inmediato la idea de pujanza, de energía, ... Cuando se dice tengo poder para algo, quiere decir, que se dispone de capacidad, de aptitud, de facultad, de fuerza. De ahí, que donde haya un fin a cumplir habrá un ‘poder’ para cumplirlo, esto es que hay capacidad y energía para alcanzar dicho fin”.²⁰

El mismo autor afirma que “El poder estatal o poder público es, ante todo, un poder social. La circunstancia de que esté politizado y juridizado no lo priva de su



realidad originaria como mandato social, como fenómeno sociológico. Queremos decir, que el poder del Estado, es un poder sobre hombres, un mando de unos pocos individuos sobre mucho individuos”.²¹

Robert Dahl, citado por la jurista mexicana González González, señala los términos que aluden al poder: “Autoridad, persecución, inducción, coacción, compulsión y fuerza. La aludida jurista apunta que la sociedad es una serie de relaciones de poder, cuyo carácter puede ser político, se distingue por ser un poder dominante, su coacción porque posee los elementos materiales para obligar, lo cual no implica que se desconozca la existencia de los conceptos poder, coerción y legitimidad, conceptos que están vinculados.”¹⁶

El constitucionalista español Luis Sánchez Agesta, define el poder “Como la capacidad de encontrar obediencia, mandar y obedecer, son elementos internos en que se desenvuelve la acción del poder y están tan íntimamente ligados entre sí que recíprocamente se engendran”.¹⁷

El constitucionalista guatemalteco José Arturo Sierra González ha expresado: El Estado se constituye por la voluntad del pueblo organizado, con base en un conjunto normativo, sistemático y primario. ... que El Derecho crea al Estado estructura política y lo hace por la vía de las norma jurídicas fundamentales: La Constitución. El Estado sirve a una colectividad para la realización de sus aspiraciones y objetivos comunes. Al Estado lo organiza como un instrumento formal y político para la realización de objetivos generales y específicos de beneficio para la colectividad social. Que el Estado tiene su origen por la

¹⁶ M. de la L. González González, *Teoría General del Estado*. Editorial Porrúa / México Facultad de Derecho / UNAM, 2008. Pág. 492.

¹⁷ L. Sánchez Afesta, *Principios de Teoría Política*, 6ª edición revisada, Editora Nacional, Madrid, España, 1976, Pág. 403.



comunidad y para la comunidad. Afirma el citado jurista que las características del poder público, son: La inoperatividad, unilateralidad y la coercibilidad; por la primera característica el Estado puede imponerse a todos los poderes que se desarrollan en un grupo social; por la unilateralidad tiene la capacidad de decidir ejercitar lo decidido soberanamente obligatorio y por la coercibilidad puede hacer cumplir lo decidido por medios coercitivos. Que el poder político se exterioriza o manifiesta por las tres funciones: Legislativa, Ejecutiva y Judicial, que son poderes constituidos por voluntad del pueblo, que el “poder público tiene su razón de validez en la Constitución y debe ejecutarse de acuerdo a la Constitución”.¹⁸

1.7. Origen y Evolución de la noción del Poder

1.7.1 Doctrina sobre el origen del poder

El constitucionalista Naranjo Mesa, señala que según esta doctrina, el poder viene de Dios, así: La Biblia, proclama a Saúl como Rey de Israel. En el Deuteronomio se habla del origen divino del poder, que el pueblo de Israel es el elegido desde la creación del mundo hasta Moisés. Esta doctrina es seguida por cristianos como San Pablo, San Ambrosio, San Agustín y San Gregorio.¹⁹ Esta doctrina reconoce a *La Biblia* como fuente de Estatutos dados por Dios en las tablas de la Ley dadas a Moisés y de esto se deriva la frase que dice: Solo Dios quita y pone Reyes.

¹⁸ J. A. Sierra González, *Derecho Constitucional Guatemalteco*. Centro Impresor Piedra Santa, Guatemala, 2000. Pág. 79.

¹⁹ Naranjo Meza, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Séptima Edición, Bogotá, Colombia, TEMIS 1997, Pág. 126.



1.7.2 Doctrina del Derecho Sobrenatural

“Esta doctrina sostiene que Dios elige a los gobernantes y les da poderes para tratar asuntos territoriales. Esta doctrina fue seguida por Bousset en la política según las propias palabras de la Sagrada Biblia. En esta doctrina se baso la doctrina de las monarquías absolutas, que esa doctrina se fundaba en el principio de que el Rey derivaba su poder directamente de Dios.”²⁰ Por lo que la comunidad cristiana en Guatemala, se volcó a la oración desde hace meses, frente al Palacio Nacional para pedir a Dios por el nuevo gobernante.

1.7.3 Doctrina Sobre el Derecho Divino Providencial

“A esta doctrina se refieren autores como Joseph de Maestre y Bonald. Explican esos autores que el poder en su origen, forma parte del orden providencial del mundo, pero esta puesto a disposición de los gobernantes humanos.”²¹

1.7.4 Doctrina sobre el Origen Popular del Poder

Según esta doctrina el poder viene del pueblo, que tuvo sus orígenes en épocas en las cuales aún estaban arraigadas las doctrinas anteriores... Las raíces de la doctrina del origen popular del poder aparecen en la filosofía Aristotélica y se extiende hasta le Edad Media... que el poder ha sido establecido para beneficio de toda la colectividad, es menester que tome parte en su organización y funcionamiento. Este principio o idea cobró fuerza hasta el siglo XVIII por los enciclopedistas como J.J. Rousseau que inspiró fuertemente el Principio del constitucionalismo Liberal. Ejemplo: La Independencia de los Estados Unidos en

²⁰ Ibid Págs. 127 – 128.

²¹ Ob. Cit., Pág. 128.



1776, recogida en la Constitución de 1787 y el estandarte de la Revolución Francesa y fue seguida por el constitucionalismo hispanoamericano.”²²

1.7.5 El Feudalismo

El profesor Luis Bouza – Brey, caracteriza el feudalismo de la siguiente forma: “La sociedad feudal... estaba constituida por estamentos adscriptivos y jurídicamente desiguales, el principal de los cuales era la nobleza, que detentaba el poder económico, militar y político. La gran masa de la población dependía de la agricultura y del poderío feudal con la excepción de la población de las ciudades y de los eclesiásticos. El poder político era difuso, poliárquico y la estratificación social derivaba principalmente de la estructura del poder político.”²³

1.7.6 El Estado y su Evolución

“El Estado es la más reciente forma de organización política, que hoy se ha transformado en universal. Nació en Europa, en la Edad Moderna que comienza en el siglo VII, y ha ido instaurándose como forma de organización política de las sociedades en un proceso que dura hasta el siglo actual”.²⁴ Situación que está establecida en Guatemala.

“La monarquía como forma de transición desde el feudalismo a la sociedad moderna... Este Estado, mediante sus políticas mercantiles y de creación de una moneda única, así como medio de un orden jurídico, legislativo, judicial y militar

²² Idem.

²³ M. Caminal Badía, Editor. *Manual de Ciencia Política*, Prólogo de Jordi Capo, Obra Colectiva, Segunda Edición, España, Tecnos, 1999. Pág. 49.

²⁴ Ibid Pág. 50.



unificados, abre caminos a dos siglos de consolidación y lento desarrollo económico y social del nuevo orden capitalista”.²⁵

De este orden de hechos políticos aparece el Estado Liberal con las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa de los siglos XVI y XVIII. Actualmente seguido del Estado Liberal, se configura el Estado de Derecho, el Estado Social y el Estado Democrático de Derecho.

1.8. Poderes del Estado

Según el administrativista guatemalteco Jorge Mario Castillo González, “El Estado de Guatemala es una organización pública compleja. Se divide en tres organizaciones principales, denominadas: Organismos del Estado, que cumple tres funciones principales: Función legislativa, hacer las leyes; función ejecutiva: aplicar la ley en casos concretos; y función judicial: aplicar la ley en caso de conflicto.”²⁶ Funciones que se tratan de hacer ahora con la fiscalización de la sociedad que ya tomó consciencia y han velado para que dichas instituciones trabajen de acuerdo a la justicia, ética y honorabilidad.

1.8.1 Organismo Legislativo

El constitucionalista guatemalteco Alberto Pereira – Orozco, define al Organismo Legislativo como:” Un Órgano colegiado de tipo ordinario y permanente, de carácter representativo, cuya legitimidad deviene de la voluntad popular enunciada por medio del voto en sufragio universal. El jurista, sintetiza, así: ... Las funciones

²⁵ Ob. Cit., Pág. 53.

²⁶ J. M. Castillo González, *Derecho Administrativo Guatemalteco*. 15 Edición Actualizada, t. I, Teoría General. 2004. Pág.. 296.



encomendadas al Legislativo son; la de legislar y el ejercicio de los controles interorgánicos e intraorgánicos”. Uno de los controles políticos muy importantes del Congreso, es la interpelación a los ministros de Estado.²⁷

1.8.2 Organismo Ejecutivo

Pereira – Orozco, define al Organismo Ejecutivo como aquel que forma parte de la triada clásica y complementa las funciones legislativa y judicial, teniendo a cargo hacer cumplir las leyes y ejercer el gobierno del Estado. Dicho poder concibe y ejecuta políticas generales de acuerdo con las cuales las leyes tienen que ser aplicadas, representa a la nación en sus relaciones diplomáticas, sostiene a las fuerzas armadas y controla mediante el veto la sanción de la legislación. El titular de dicho poder es el Presidente de la República, el cual es electo de manera democrática y popular. Por ende su mandato proviene de la soberanía del pueblo y el mismo solamente puede ser limitado de manera excepcional.²⁸

1.8.3 El Organismo Judicial

El juri/sta Pereira Orozco afirma que este organismo es el que “Cierra la triada clásica de los poderes u organismos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). La función esencial que se le atribuye dentro del marco de la división o separación de poderes es la de aplicar la ley y declarar los derechos de los casos controvertidos que se someten a su conocimientos.

Respecto de cómo definirlo, existen diferentes criterios, pero todos coinciden en que su función dentro del Estado Democrático es la de ejercer o dictar justicia de

²⁷ A. Pereira - Orozco. *Sistema de Frenos y Contrapesos en el Gobierno del Estado de Guatemala*.

²⁸ Edición corregida y ampliada. 2010. Pág. 85

²⁸ Ibid. Pág. 195



manera independiente y libre de cualquier tipo de injerencias”.²⁹ Además de que se indica, considero que es oportuno mencionar que las autoridades deben ajustar su actuación estrictamente a la ley; pero es el caso, que actualmente la llamada “sociedad civil” está interviniendo en los criterios puramente judiciales, a través de comunicaciones masivas en las redes sociales, que desinforman a la ciudadanía y exigen resolución de acuerdo a sus intereses de grupo, que no necesariamente son legales, y esto podría conllevar a atentar contra la independencia judicial, lo cual se encuentra Constitucionalmente garantizado para los jueces y magistrados y perseguible puniblemente.

²⁹ Ob. Cit., Pág. 216



CAPÍTULO II

2. División de los Poderes del Estado. Marco doctrinario

2.1. Un Esfuerzo por Racionalizar el Poder a Favor de La Libertad

Ramírez Jiménez constitucionalista español, al referirse a las teorías de la separación de poderes, sostiene que Montesquieu y el capítulo VI del libro XI de su obra *Espíritu de las Leyes*, son el punto de arranque. En la búsqueda de una forma que garantice la libertad y predispuesto por las lecturas de las obras de Locke y Harrington, más que por la realidad de la Inglaterra de mediados del Siglo XVIII, encuentra el modelo de una conjunción de poderes que garantiza la libertad. Que La libertad política de un ciudadano es aquella tranquilidad de ánimo que emana de la opinión que cada uno tiene de su seguridad; y para tener esta libertad, es necesario que el gobierno garantice los derechos y libertades de los ciudadanos. Montesquieu, asienta que cuando la potestad legislativa se confunde con la ejecutiva en una misma persona o cuerpo de magistrados “entonces no hay libertad”, porque se puede temer que el mismo Monarca o el mismo Senado haga leyes tiránicas, para ejercitarlas tiránicamente, y agrega que tampoco hay libertad si la potestad de juzgar no está separada de la legislativa y de la ejecutiva, o sea que los ciudadanos gozan de sus libertades si las funciones o poderes del Estado están debidamente delimitados entre sí.³⁰ En Guatemala, está totalmente definidas y delimitados los poderes del Estado y la Constitución Política de la República de Guatemala, vela porque no se violen los derechos fundamentales de los habitantes.

³⁰ M. Ramírez Jiménez. *Comentarios a Leyes Políticas* (obra dirigida por Oscar Alzaga Villaamil) t. VIII. Revista de Derecho Público. Madrid, 1985.



2.2. Sistema de frenos y contrapesos del Poder Público o Teoría del Equilibrio de Poderes

García – Pelayo, constitucionalista español, sostiene que “las garantías de derechos humanos están orientadas a asegurar la vigencia de los derechos fundamentales frente a las arbitrariedades del Estado, que para la libertad no eran suficientes garantías de los derecho individualizados, por lo que se preocupó también de asegurar el conjunto de libertades por un sistema general de garantías que fue posible con arreglo de un esquema racional que dio lugar a la división de poderes y al Estado de Derecho. La racionalidad es técnica cuando los órganos y los actos están concebidos para lograr una unidad de la acción y que tiene carácter axiológico cuando se dirige a realizar un valor.”³¹

Continúa García - Pelayo: “El hecho de que los poderes del Estado estuvieran divididos no era nada nuevo en modo alguno. Pero si era nuevo el sentido dado a la división, pues ésta no resultara de una mera concurrencia empírica de poderes, sino de un plan para asegurar los derechos individuales. ... La doctrina de la división de poderes no opera sobre el vacío histórico, sino sobre la experiencia inglesa, interpretada con un esquema racional que la trasciende hasta formar una doctrina de tipo general. Durante el siglo XVIII, la Constitución inglesa llama la atención de los observadores por sus “pesos”, “controles”, “frenos”, “obstáculos”, etc., entre los poderes y en un siglo dominado por la idea del equilibrio mecánico, esta circunstancia era altamente estimada.”³²

³¹ M. García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*. Introducción de Manuel Aragón, Alianza Universitaria Textos. Madrid: Alianza Editorial, 1987. Pág.154

³² Ibid Pág. 154 – 155.



Señala García – Pelayo “Que la división de Poderes es un proceder lógico racional para garantizar la vigencia de la libertad a saber: encontrar una ‘disposición de casos’ en los que ‘el Poder detenga el poder’.”³³

Por su parte, Ignacio Burgoa, la “división o separación de poderes es un signo distintivo de la democracia, sí fuere un solo órgano del Estado, el que concentrara las funciones legislativas, ejecutiva y judicial, no habría sistema democrático, que es el freno y contrapesos recíprocos, sino autocracia, cualquiera que fuere el contenido ideológico del régimen respectivo.”³⁴

Para el jurista citado, el principio de división de poderes se asienta en que esas tres funciones que “se ejerza separadamente por órganos estatales diferentes de tal manera que su desempeño no se concentre en uno solo, como sucede en los regímenes monárquicos absolutistas o en las autocracias dictatoriales”.³⁵

Para el mismo autor la división implica, pues, separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en sentido de que su respectivo ejercicio se deposita en órganos independientes y cuya conjunta actuación entraña el desarrollo del Poder Público del Estado. El tratadista Burgoa “enfatisa que entre dichos poderes no existe independencia sino interdependencia. Si fueran independientes no habría vinculación recíproca. Serían tres poderes ‘soberanos’, es decir, habría tres ‘soberanías’ diferentes, lo que es inadmisibles pues en la hipótesis se rompería la unidad y la indivisibilidad de la soberanía.”³⁶ Pero en Guatemala, se vela porque los tres poderes del Estado, actúan con independencia en sus funciones, ya que los tres forman el gobierno que representa la unidad nacional.

³³ Ob. Cit., Pág. 155

³⁴ I. Burgoa. *Derecho Constitucional Mexicano*, 2ª edición, México: Editorial Porrúa 1976. Pág. 554

³⁵ Ibid, Pág.554

³⁶ Ob. Cit., Pág. 155



El constitucionalista argentino Germán Bidart Campos, sobre el Equilibrio de Poderes, explica “La misma teoría de la división de poderes ha sido calificada como sistemática de frenos y contrapesos. La arquitectura tripartita del poder, distribuido en funciones y órganos, procura el equilibrio, y un juego de voluntades que, a su término, haya permitido la colaboración y el control. El Poder es detenido por el mismo poder, o mejor, es frenado en el seno mismo del poder por el reparto orgánico y función que se instaura. Lo que no significa descartar que desde fuera del poder, otros controles sociales aporten su influencia en forma concerniente o supletoria, y a veces, hasta apelan a recursos externos – como la resistencia o la revolución – cuando se obturan los caminos normales”.³⁷ O sea que para este autor, la separación de poderes, su fin es custodiar y garantizar la libertad y los derechos de los individuos frente al poder, que esos controles no pueden llegar al infinito.

Para el jurista Naranjo Mesa, “la teoría de la separación de poderes de Montesquieu se ha ido modificando o complementando en el tiempo, adaptándola a circunstancias históricas, políticas y sociales determinadas por parte de la doctrina moderna, Sachica, – citado por Naranjo –, entiende que esta doctrina por fuerza de la evolución del aparato estatal, ya no corresponde ni en la teoría ni en la práctica a la estructura real del Estado Moderno, cuya actuación se ha tornado más complejo y comprensivo.”³⁸

Advierte Naranjo Mesa que “esa doctrina haya perdido validez política como fórmula para lograr la descentralización y racionalización de poder público

³⁷ G. Bidart Campos. *Derecho Constitucional del Poder*, t. I. Argentina, Ediar, 1967. Pág. 30

³⁸ V, Narabhi Nesa, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Séptima edición. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Tenis, 1997, Pág. 249



mediante la separación, distinción y equilibrio de las ramas del Poder...³⁹ que el principio es de la esencia del Estado de Derecho.

2.3. Separación de Poderes

Según el constitucionalista francés Duverger, “la Separación de Poderes en su sentido preciso del término, no solamente consiste en una división de trabajo, implica también que los distintos órganos gubernamentales sean independientes unos de otros.”⁴⁰

Para el jurista francés Hauriou las primeras constituciones escritas que establecieron la Separación de Poderes son la Constitución de Estados Unidos de 1787 y la de Francia de 1791, respectivamente, que establecieron una separación rígida entre los poderes político y, en particular entre el Ejecutivo y Legislativo. Para Hauriou “el Principio de separación de poderes ha beneficiado de manera envidiable e incomparable, hasta el extremo de erigirse en Dogma”.⁴¹ Ese dogma a que se refiere este jurista, es el que “Toda Sociedad en la que la garantía de derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución.”⁴²

2.4. Principio de separación de Poderes en la Constitución Política de Guatemala.

2.4.1 Soberanía

³⁹ Ibid, Pág. 249

⁴⁰ M, Duverger. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Colección Demos. Editorial Ariel, Barcelona – Caracas – México, Pág.124.

⁴¹ A. Hauriou, J. Gicquel, G. Patrice. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Colección Demos, Barcelona – Caracas – México. Editorial Ariel, 1980, Pág. 265

⁴² Ibid, Pág.265



La Constitución Política, dentro del concepto de Soberanía establece los principios democráticos y jurídicos fundamentales del Estado de Derecho, expresar, en el Artículo 141, 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”.

2.4.2 El Poder Público

La misma Norma Fundamental estatuye el principio de legalidad y en el sentido que las funciones y atribuciones del Poder Público deben ejercerse de conformidad con la ley. En efecto, el Artículo 152, claramente dice que “El Poder proviene del pueblo, su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas en la Constitución y la Ley. Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política puede arrogarse su ejercicio”.

2.4.3 Función Pública

El principio de legalidad en la administración debe realizarse de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico. El Artículo 154 de la Constitución Política, dice: “Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno. La función no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de la fidelidad a la Constitución”.



2.5. El Principio de Separación de Poderes según la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad

“La separación de poderes en su versión moderna que recoge nuestra Constitución, expresa la necesidad de distribuir y controlar el ejercicio del poder político, y la función de control del Congreso tiene una especial significación entre las distintas funciones que desempeña, la primordial de ellas, la potestad legislativa tradicional, la tarea de controlar la actividad gubernamental en diversas fases, lo que constituye una función constitucional, actividad parlamentaria de gran importancia. Por esta función de control parlamentario, se tutela un interés básico que es regulación del funcionamiento de las instituciones constitucionales: por medio de ella, el Congreso ejerce una tutela sobre la actuación de los demás órganos constitucionales especialmente respecto del Poder Ejecutivo, a fin de que su conducta se ciña a los parámetros fijados por el orden jurídico y las exigencias políticas, con el fin de que el pueblo, titular último de la soberanía pueda conocer su actuación”.⁴³

2.6. Deslinde de competencias y contrapesos en el gobierno

Según el jurista alemán Karl Loewenstein, las técnicas de control son, estructurales: “a) controles intraórganos, cuando las instituciones de control operan dentro de la organización de un solo detentador de poder. b) cuando los controles funcionan entre diversos detentadores del poder que cooperan en la gestión estatal, se les designa controles interórganos. El autor citado, dice que los

⁴³Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 23. Expediente 274-91. Sentencia: 18/02/1992, Constitución Política de la República de Guatemala interpretada, 2011. Pág. 154.



controles intraórganos e interórganos constituyen conjuntamente la categoría de los controles horizontales.”⁴⁴

2.7. Controles Intraórganos

Este control opera – asienta Loewenstein – “cuando dos cámaras de un Parlamento que es un detentador individual del poder frente a los otros órganos estatales, están obligados a cooperar en la promulgación de una ley o cuando el ministro presidente de un gobierno esté igualmente considerado como un detentador individual del poder frente a los otros y necesita la aprobación de sus colegas en el Consejo de Ministros para tomar una decisión pública”.⁴⁵

Que es necesario que el poder aparezca en forma de institución, que el poder no deriva de la persona, sino de la institución o del cargo para cuya ejecución se designa a una o varias personas”.⁴⁶

Según Loewenstein, “los controles intraórganos se dan tanto en los distintos detentadores del poder legislativo, ejecutivo y judicial.”⁴⁷

⁴⁴ K. Loewenstein. *Teoría de la Constitución*, trad. Y notas al español de Alfredo Gallego Anabitarte, 3ª. Reimpresión, Barcelona, Editorial Ariel, 1983. Pág. 232

⁴⁵ Ibid, Pág.233

⁴⁶ Ob. Cit., Pág. 233

⁴⁷ Ob. Cit., Pág. 235



2.8. Controles Interórganos en El Parlamento

Para este autor estos controles se dan por ejemplo, así: “a) La asamblea debe estar organizada y realizar sus actividades internas conforme sus reglamentos o leyes; b) ejercer el poder disciplinario sobre sus miembros, de proteger el trabajo parlamentario, libre de todo tipo de intervención exterior, frente al gobierno y frente a otros centros de poder incluyendo el electorado. Los derechos de las minorías debe ser escrupulosamente observados a través de los respectivos convenios de los enlaces de los políticos”.⁴⁸

2.9. Controles Interórganos en La Función Judicial

El citado autor afirma: “La independencia del cuerpo judicial pilastra Constitucional entraña en si misma el peligro de su abuso. Los jueces independientemente y solo sometidos a la ley, están libres de todo control y vigilancia por parte de otros detentadores del poder tanto del gobierno como del parlamento o del electorado, y hasta se espera de ellos que estén por encima de cualquier influencia de la opinión pública.

Pero los jueces también son hombres y, como todos mortales, están expuestos a las tentaciones del poder ilimitado. Aquí surge la necesidad imperativa de montar unos medios técnicos que auto limiten la función judicial, protegiendo así de las arbitrariedades de los jueces a los individuos que se siente ante un tribunal de justicia”.⁴⁹

⁴⁸ Ob. Cit., Págs. 242 – 243

⁴⁹ Ob. Cit., Págs. 251 – 252



2.10 Controles Intraórganos en el Poder Ejecutivo

El jurista alemán Loewenstein, al referirse al control intraórganos, asienta que “en el Estado autocrático donde el poder político está concentrado monóticamente en las manos de un solo detentador del poder no puede existir controles intraórganos y de hecho no existen. Pone por ejemplo los casos del faraón egipcio o del emperador romano en el Imperio, del monarca absoluto del sistema de los Estados nacionales europeos en el siglo XVI. Como ejemplos recientes cita los sistemas de Hitler y Stalin. El poder en todos estos casos no estaba en absoluto limitado por ningún control intraórganos; que en el caso del faraón pudo haber sido aconsejado por sus sacerdotes y sus oráculos, el emperador romano por sus altos funcionarios; Luis XIV por sus consejeros y sus favoritos. Hitler era influenciado por sus viejos camaradas, Stalin por sus compañeros de partido.”⁵⁰ O sea, que en esos sistemas del poder hubo carencia de conformación constitucional.

Controles intraórganos en el ejecutivo son, en cambio – asienta Loewenstein – una manifestación corriente en el sistema político del constitucionalismo.⁵¹ El autor citado dice: “Entre todos los detentadores del poder institucionalizado, el gobierno es potencialmente el más peligroso para la libertad de la comunidad. Uno de los medios técnicos para afrontar este peligro es una organización colegiada.”⁵²

En nuestro gobierno, los controles Interórganos, lo constituyen los tres poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Si vemos en la historia, esta división o separación de Poderes, se debe a la Concepción política de Montesquieu, porque solo el poder contiene el Poder, y se puede decir que universalmente en todos los

⁵⁰ Ob. Cit., Pág. 235

⁵¹ Ob. Cit., Pág. 236

⁵² Idem.

países, el Poder se compone de tres órganos, con la finalidad de que realicen sus actuaciones dentro de los límites a que está sujeto el poder o sea sujetos de observar y respetar los frenos y contrapesos en su ejercicio del poder.







CAPÍTULO III

3. Estado de Derecho

3.1 Noción de Estado de Derecho

El autor español de Derecho Político Pablo Lucas Verdú, asienta que la “Idea de Estado de Derecho es de rancio abolengo, así bien la expresión adoptada no ha sido siempre la misma; que los griegos se ufanaron de ser gobernados por leyes y no por hombres, porque aquellas son menos apasionadas: se despersonalizan y objetivan. En la Edad Media, la tradición romana – canónica favoreció la despersonalización del poder mediante la técnica del *oficium* y del *ministerium*. Además, las bases iusnaturalistas, apoyadas en el Derecho divino, servían de base al Derecho Positivo organizador de la convivencia.”⁵³

“Tanto en la cultura griega, como en la cultura romana el Derecho Divino ya tenían una idea clara de los principios del Estado de Derecho. Marcilio de Padua, tiene presente el principio de la primacía de la legalidad.”⁵⁴

El iusnaturalismo protestante arranca de Grocio y Kant, la idea de delimitar la acción del Estado. Locke y Montesquieu, propugnan por un Estadoconstitucional que conjure la arbitrariedad mediante la separación de poderes y la garantía de la vida, de la libertad y de la propiedad.

Afirma Lucas Verdú, que “El constitucionalismo liberal en Inglaterra, en Estados Unidos y en Francia, consolidan las instituciones representativas que sirven de

⁵³ P. Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, Vol. II Segunda Edición, Revisada. Madrid, Editorial Tecnos, 1977, Pág. 238

⁵⁴ *Ibid.* Pág. 238



base al Estado Liberal de Derecho. Es el alemán Robert Von Mohl quien acuñó a mediados del siglo XIX, la expresión: Estado de Derecho. Que adoptó rápidamente Stahl, Stein, Bahr, Gnest, Otto Mayer, Bluntschli, Jellinek y la doctrina franco – italiana.”⁵⁵

3.2. Concepto de Estado de Derecho

“Cuando un Estado configura jurídicamente la organización y ejercicio del poder político, de manera que los individuos y sus grupos están protegidos por la existencia previa de normas e instituciones jurídicas, garantizadoras de sus derechos y libertades; cuando la actividad estatal se somete a instituciones jurídicas, sin más excepciones que las exigidas por el bien común, entonces nos encontramos ante un Estado de Derecho.”⁵⁶

3.3. Breve análisis de ese concepto de Estado de Derecho

El citado autor afirma:

1. Que todo Estado posee un ordenamiento jurídico, pero ello no implica que forzosamente sea un Estado de Derecho.
2. Que el Estado de Derecho cuando el ordenamiento jurídico se somete a la previa limitación jurídica de su actividad, implica beneficio de sus ciudadanos porque garantiza los derechos y libertades de los individuos y sus grupos y tutela el bien común, cumple con el principio de cultura política implicado en la despersonalización e institucionalización; que gobierne el Derecho y no la arbitrariedad y/o el capricho de los gobernantes.

⁵⁵ Ob. Cit., Pág.238

⁵⁶ Ob. Cit., Pág. 237



3. El Estado de Derecho no supone la imposibilidad de la arbitrariedad pues puede darse potencial o actualmente, pero merced a la autolimitación jurídica los individuos, y sus grupos, y aun determinados grupos del Estado (Tribunales constitucionales, por ejemplo, u otros entes) pueden subsanar mediante procedimientos jurídicos preestablecidos, las consecuencias de la arbitrariedad, anulando por defecto o vicio jurídicos contrarios a la legalidad los jurídicos lesivos de esta y, en definitiva, de los derechos y libertades afectadas y de la regularidad jurídica.

El autor citado Lucas Verdú, enfatiza: “En este sentido, el Estado De Derecho es postulado de Cultura Cívica ya que organiza una Comunidad Jurídica Ciudadana en la que todos se sienten protegidos y libres”.⁵⁷

3.4. Los principios clásicos del Estado de Derecho

3.4.1. Prehistoria de los derechos fundamentales

El constitucionalista español Gregorio Peces – Barba, afirma “que la denominación general de la prehistoria se explica porque en ella encontramos rasgos o aspectos de lo que más tarde llamaremos derechos fundamentales. Asienta, que la “Idea de dignidad del hombre o de libertad no significan lo mismo en la Edad Antigua o Media, y en la Edad Moderna”.⁵⁸ Apunta este autor, que en el interior de esta prehistoria, “el gran espacio de siglos que incluimos, hasta el XVI, no nos permite tampoco una identificación homogénea de ese tiempo. Que entre el Deuteronomio y los textos del siglo XV hay profundas diferencias: las que

⁵⁷ Ob. Cit., Págs. 237 – 238

⁵⁸ G. Peces Barba et al. *Derecho Positivo de los Derechos Humanos* Colección Universitaria, Madrid: Editorial Debate, 1987, Pág. 19



derivan de la comparación entre sociedades primitivas y aquellas que anuncian ya el tránsito a la modernidad”.⁵⁹

Según el mismo autor, el desarrollo del Derecho positivo es más embrionario, como se ve en esta selección. “El Código de Hammurabi y el Deuteronomio son los precedentes lejanos que expresan en la Edad Antigua una primera preocupación por lo individual, en el contexto de un derecho que pretende su fijación por escrito y su duración”.⁶⁰

- Los pobres y los esclavos. “Si hubiere en medio de ti un necesitado de entre tus hermanos, en tus ciudades, en la tierra que Yavé, tu Dios, te da, no endurecerás tu corazón ni cerrarás tu mano al pobre”.⁶¹
- La administración de justicia. Te constituirás en jueces y escribas en todas las ciudades que Yavé, tu Dios, te dará según tus tribus, que juzguen al pueblo justamente”. “Humanidad”: No entregarás a su amo un esclavo huido que se haya refugiado en tu casa.⁶²

3.4.2. Otros preceptos históricos

VI Concilio de Toledo (638) “Que no se condena a nadie sin acusador legal”.⁶³
Concilio de Toledo (652). Carta del Convenio entre el rey Alfonso I de Aragón y los Moros de Neuchatel (1214), La Carta Magna de Juan sin Tierra (1215) (1215).⁶⁴

⁵⁹ Ibid. Pág. 19

⁶⁰ Ob. Cit., Pág. 20

⁶¹ Ob. Cit., Pág. 22

⁶² Ob. Cit., Pág. 22

⁶³ Ob. Cit., Pág. 23

⁶⁴ Ob. Cit., Pág. 30



3.5. Los Derechos Fundamentales en los inicios del Estado constitucional

3.5.1 El Absolutismo

El constitucionalista mexicano Miguel Carbonell, al referirse al Estado Absolutista, afirma, que “la historia de los derechos fundamentales esta inexorablemente ligada al surgimiento del Estado constitucional como forma de organización del poder y como representación de un nuevo sistema de relaciones entre gobernantes y gobernados.”⁶⁵

Explica el jurista, “el Estado absolutista constitucional surge como respuesta a los excesos del Estado absolutista en Europa durante el siglo XV y el descontento de la población. El surgimiento del constitucionalismo en parte se debe al pensamiento de la ilustración y al cambio de paradigma que dicho pensamiento introduce respecto al papel del Estado y al lugar de las personas dentro de la organización estatal. El Estado absolutista fue la forma de organización estatal como consecuencia de la decadencia del Estado Feudal.”⁶⁶

⁶⁵M. Carbonell. *Una Historia de los Derechos Fundamentales*. Primera reimpresión, México, UNAM, Editorial Porrúa, CNDH, 2010 Págs. 30 – 31

⁶⁶ Ibid Pág. 31



3.5.2 Los derechos antes del constitucionalismo

El jurista Carbonell apunta, “durante la historia que conduce hacia el surgimiento del Estado constitucional hubo algunos documentos jurídicos que podríamos decir que ya contenían una semilla de lo que después serían los derechos fundamentales. Sin embargo, no se puede hablar en sentido estricto de ‘derechos humanos’ o ‘Derechos oponibles al poder’. Para intentar dar cuenta de una serie de esfuerzos que con el tiempo darían paso a los derechos fundamentales”.⁶⁷

Entre los documentos de derechos anteriores al Estado constitucional que más influencia histórica han tenido podemos mencionar por ejemplo la Carta Magna de Juan sin Tierra, el Código Legislativo Nacional de Magnus Erikson, o la pragmática de los Reyes Católicos declarando la libertad de residencia de 1480.

3.5.3 Entre otros

Edicto de Nantes (1598), Petition Of Right (1628), Bill Of Right (1689), Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776), La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de (1787), una especie de acta de nacimiento del constitucionalismo.⁶⁸

⁶⁷ Ob. Cit., Págs. 37 – 38

⁶⁸ Ob. Cit., Pág. 65



3.6 El Imperio de la Ley y límites de la Ley

3.6.1. Concepto

Siempre se habla del principio de legalidad, del imperio de la ley, que la ley es la ley, que la ley es dura pero es la ley, que el Estado de Derecho descansa sobre el imperio de la ley. Que la ley siempre debe ser emitida con las garantías del proceso democrático del Organismo Legislativo.

3.6.2. El imperio de la ley

Francisco Ansuátegui Roig constitucionalista español, explica: “Como ha señalado García Abellan, la idea de imperio de la ley tiene ‘un significado ambiguo y poco preciso’. Dicha idea implica, en principio, la primacía de una norma, la ley. Al respecto se plantean diferentes cuestiones, como son, por ejemplo, las de saber cómo se justifica esa primacía, qué significa esa primacía, de qué tipo de norma se está hablando. Posiblemente cabe señalar dos acepciones o modos de entender la idea de imperio de la ley: una amplia o débil y otra restringida o fuerte”.⁶⁹

Ansuátegui Roig, con respecto a la acepción amplia o débil, se refiere a la superioridad jerárquica de la ley en el sistema de fuentes y a la “obligación jurídica de obediencia que se deriva de esa posición y que afecta a los destinatarios del ordenamiento jurídico. En cuanto a la acepción restringida o fuerte, enfatiza la primacía de la ley, pero lo hace subrayando su origen

⁶⁹F.J. Ansuategui Roig: “Estado de Derecho, Crisis de la Ley y Estado Constitucional”, en obra colectiva: *Estado Constitucional y Derechos Fundamentales*. Coordinadores J. Mijangos y González R. Ugalde Ramírez. Universidad Autónoma de Querétaro, México, Facultad de Derecho Querétaro, México. Editorial Porrúa, 2010, Pág. 15



democrático, la ley es la misma dictada por el parlamento pero respetando las exigencias de la democracia. Subraya el jurista que es claro que no existe una necesaria vinculación entre Estado de Derecho y la concepción amplia o débil.”⁷⁰

“Se entiende – asienta el jurista – que la superioridad de la ley como norma jurídica y su carácter obligatorio son propios de un sistema no democrático, por lo que no existe o se niega esa relación con el Estado de Derecho, entiendo este como la articulación jurídica de la democracia.”⁷¹

El autor afirma que en el marco de un sistema democrático y de un Estado de Derecho, la ley tiene su posición en el ordenamiento jurídico por ser el resultado de la acción normativa del parlamento; que en el marco del Estado de Derecho, la ley no puede tener un contenido cualquiera, ya que su finalidad es en última instancia la garantía de los derechos de los individuos. Asienta el constitucionalista Ansuátegui Roig que “el Estado de Derecho – entendido como Estado constitucional – constituye el paradigma de la propuesta garantista.

Hablar de imperio de la ley en el marco de un Estado de Derecho – según Ansuátegui – implica sometimiento a la ley democrática, caracterizada tanto en cuanto a su origen (Parlamento) como en cuanto a su contenido (derechos fundamentales).”⁷²

Enfatiza el citado autor: “De acuerdo con esto, la existencia de la ley no es suficiente para hablar de imperio de la ley, por lo menos en el sentido adecuado

⁷⁰ Ibid. Pág. 16

⁷¹ Ob. Cit., Pág. 16

⁷² Ob. Cit., Pág. 16



para vincularlo al Estado de Derecho; en efecto la ley también existe, cumple, en situaciones no democráticas en Estados que no son de Derecho. Tenemos por tanto frente a nosotros una buena razón para preferir la versión fuerte del imperio de la ley”.⁷³

Cuando se habla de la supremacía de la ley, como resultado del Estado de Derecho, se entiende de leyes dictadas por el Organismo Legislativo conformados democráticamente. Dictadas con las condiciones formales y materiales sin injerencias externas.

Laporta – citado por Ansuátequi – señala que a “ partir de la existencia de un conjunto de reglas, con una determinada estructura y que deben ser aplicadas de acuerdo con concretas condiciones, lo cual supone: 1) Optar por una concepción normativa del Derecho frente a una decisionista; 2) Afirmar que las normas deben haber sido dictadas por una autoridad competente, deben ser generales, no restrictivas, estables, públicas y claras; 3) la existencia de los límites institucionales, condiciones de imparcialidad y exigencias de argumentación en los procesos de aplicación de las normas”.⁷⁴

3.6.3 Crisis de la ley

Gascón Abellan, citado por Ansuátequi Roig, sostiene” que cuando se habla de la crisis de la ley se alude a circunstancias o factores de distinto tipo. Aunque es difícil deslindar claramente la naturaleza política o jurídica de algunas circunstancias, si podemos afirmar que existen algunos factores de tipo predominantemente político que influyen en esa ‘crisis’.

⁷³ Ob. Cit., Pág. 17

⁷⁴ Ob. Cit., Pág. 17



Así, por ejemplo, “el debilitamiento del imperio de la ley se constata, ‘cuando el derecho deja de cumplirse y el Estado interviene’. Organizaciones delictivas que actúan impunemente ante la pasividad, cuando no la complicidad de la política, absoluciones judiciales injustificadas (jurídicamente) aunque perfectamente explicables (socialmente), son ejemplos de esta abdicación de la legalidad que no solo contribuye a paliar el conflicto social, sino que además crea una situación en la que muchos ciudadanos no tiene protegidos sus derechos enerva ‘de manera preocupante’ la confianza de la población en un Estado que ni siquiera se demuestra capaz de garantizar el orden y seguridad. También alude a patologías de la democracia liberal, una de cuyas expresiones máximas es la de corrupción; o a la situación en ocasiones plagadas de demoras y dificultades añadidas y tratamiento que reciben algunos derechos sociales.”⁷⁵

Según este autor, es necesario detenerse en los factores ‘jurídicos’ que provocarían esa crisis de la ley. Todos ellos no harían sino ratificar, desde diversos ángulos y perspectivas, la idea según la cual la ley habría perdido la posición de primacía que ocupaba tradicionalmente en los ordenamientos jurídicos. Creo, en este sentido, que el factor de referencia es el que viene determinado por la transformación del sentido y de valor de la Constitución.

Finalmente, sostiene García Abellan – citado por Ansuátequi Roig – “ya no podemos hablar de un texto meramente programático vinculante y aplicable”.⁷⁶ Afirma Ansuátequi: “Todo ello afecta de manera directa a la ley, que ya no es la norma central del ordenamiento: está subordinada a la Constitución, adquiere validez de acuerdo con las condiciones – formales y materiales – especificadas por esta. Lo cual tiene consecuencias importantes en lo que afecta a la concepción de la división de poderes, que ahora sufre una reformulación desde el

⁷⁵ Ob. Cit., Pág. 18

⁷⁶ Ob. Cit., Pág. 18



momento en que un Órgano específico que controla, desde el punto de vista de la constitucionalidad, sus decisiones normativas. Por otra parte, es cierto que la 'Soledad' que tradicionalmente había caracterizado la posición de la ley en la ordenación jerárquica de las fuentes ha desaparecido desde el momento, en primer lugar, en que los ordenamientos estatales hoy reciben del exterior, de las organizaciones en las que se integran los Estados, normas en acciones de directa validez y aplicabilidad y que muchas veces están, en la estructura del ordenamiento por encima de la ley".⁷⁷

3.7. Primacía de la ley y principio de Imperatividad

3.7.1. Primacía de la Ley

El constitucionalista mexicano Rodolfo Vázquez, con respecto a esta primera condición, cabe decidir, por lo pronto, "que no todo Estado en el que exista una primacía de la ley – entendida en un sentido amplio que puede incluir a la misma Constitución – es un Estado de Derecho; pero no puede concebirse este último sin la condición necesaria. El Estado de Derecho es aquel cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley: un gobierno de las leyes que hace posibles la seguridad y la certeza jurídica".⁷⁸

Lo anterior es correcto, sin embargo, hay que entender que la primacía de la ley no agota su justificación en el principio de legalidad; sus exigencias van más allá de la mera existencia de las normas jurídicas, requieren del llamado principio de imperatividad o de imperio de la ley. Este principio en palabras de Francisco

⁷⁷ Ob. Cit., Pág. 19

⁷⁸ R. Vázquez, *El Estado de Derecho: Una Justificación*, en obra colectiva: *Estado de Derecho Concepto, Fundamentos y Democratización en América Latina*. Coordinadores: Miguel Carbonell, Wistano Orozco, Rodolfo Vázquez. Universidad Nacional Autónoma de México, ITAM Excelencia Académica, Siglo XXI. 2002, Pág. 112



Laporta, 'constituye un postulado meta jurídico, una existencia ético política un complejo principio moral que está más allá del puro derecho positivo' y que dice no como es sino como debe ser el derecho.

“Contrario a la opinión de Laporta, Joseph Raz reduce la idea de Estado de Derecho al principio de legalidad.”⁷⁹

Critica, Rodolfo Vázquez, a la tesis de Raz, sostiene: “Pienso que la posición de Raz es incorrecta. La expresión ‘Estado de Derecho’ demanda hoy día, en su uso lingüístico común, un contenido ético que el autor le niega, pero más allá de su connotación lingüística, el principio de imperatividad de la ley, como se verá, implica una serie de exigencias internas que presuponen el reto a la autonomía y dignidad de las personas y, consecuentemente de los derechos humanos”.⁸⁰

Gustavo Zagrebelsky – citado por Vázquez – critica la noción de Estado de Derecho, precisamente por sus connotaciones legalistas, para proponer alternativamente la de ‘Estadoconstitucional de Derecho’, reconoce que la expresión “Estado de Derecho” a un valor que consiste en ‘La eliminación de la arbitrariedad estatal que afecta a los ciudadanos.’⁸¹

Según Vázquez, “el valor Estado de Derecho surge en el siglo XIX y que se proyecta en el siglo XX, que permanece ligado a la teoría del positivismo jurídico, es decir ‘a la reducción de todo lo que pertenece al mundo de derecho, esto es, los derechos y la justicia a lo dispuesto por la ley. Para evitar este reduccionismo

⁷⁹ Ídem, Pág. 113

⁸⁰ Ídem, Pág. 113

⁸¹ Ídem,



– dice Vázquez – “hay que sustituir la expresión decimonónica ‘Estado de Derecho’ por la de ‘Estado constitucional de Derecho. ...Bajo el principio de constitucionalidad se garantiza el objetivo de unidad política y jurídica sin dejar de reconocer la heterogeneidad normativa. De esta manera, la rigidez legalista del Estado de Derecho sería sustituida por el carácter dúctil o flexible del Estado constitucional de Derecho.”⁸²

Afirma el jurista Vázquez “Si aceptamos estas cuatro exigencias, entonces podemos aceptar que el principio de imperatividad de la ley, finalmente debe descansar sobre una exigencia ética más radical, a saber que los individuos, los destinatarios de la ley deben ser tomados en serio; es decir, deben ser considerados como seres autónomos y dignos”.⁸³

3.7.2. Estado de Derecho e imperio de la ley

Según el constitucionalista español Elías Díaz, “el Estado de Derecho es el imperio de la ley: que exige, por tanto, la sumisión, la subordinación a ella de todos los poderes del Estado; y de todos los poderes estatales, sociales, económicos y demás, y de todos los ciudadanos, por supuesto. El Legislativo, Parlamento que representa al pueblo en quien reside la soberanía, es en este sentido poder prevalente por ser quien – de acuerdo con la Constitución – fabrica las leyes, quien puede cambiarlas y derogarlas. ... Los poderes ejecutivo y judicial actúan (deben actuar) siempre en su marco de legalidad, con posibles restringidas zonas de discrecionalidad, nunca arbitrariedad: es decir, aunque con función creadora e integradora, dentro siempre del sistema jurídico. ... Y especial control

⁸² Idem,

⁸³ Idem Págs. 115 y 116



sobre el gobierno, sobre la administración, con fiscalización y responsabilidad política ante el parlamento y jurídica ante Tribunales de Justicia”.⁸⁴

El constitucionalista también advierte, “que el imperio de la ley no se reduce a cualquier especie de imperio de la ley; que también las dictaduras modernas y los regímenes totalitarios, que las dictaduras con la asesoría de doctos dóciles juristas a su servicio, también podrán alegar imperio ‘indiscutible imperio’ de la ley: los dictadores suelen encontrar bastantes facilidades, sirviéndose siempre del miedo, del terror, de la mentira y de la falta de libertad, para convertir en leyes sus decisiones y voluntades (individuales o de sus clases minoritarias) y hasta legislar sus arbitrariedades. Podrían incluso aceptar y alegar que su poder está regulado por el Derecho (por el mismo dictador creado) y sometido a (sus propias normas jurídicas)Lo que define de manera radical y sustancial al Estado de Derecho... es su concepción del “imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Si la ley, el ordenamiento jurídico, no posee ese origen democrático, podrá haber después imperio de la ley (de esa ley no democrática) pero nunca Estado de Derecho”.⁸⁵

3.7.3. Imperio de la Ley

Según el constitucionalista español Elías Díaz, “El Estado de Derecho es el imperio de la ley: exige por tanto, la sumisión, la subordinación a ella de todos los poderes no estatales, sociales, económicos y además, de todos los ciudadanos por supuesto. El Legislativo, Parlamento que representa al pueblo en quien reside la soberanía, es en este sentido poder prevalente por ser quien – de acuerdo con la Constitución – fabrica las leyes, quien puede cambiarlas y derogarlas. ... Los

⁸⁴ E. Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*.. Prólogo a la Novena Edición, Madrid, Taurus Pensamiento. 1998, Págs. 11 – 12

⁸⁵ Ob. Cit., Pág. 12



poderes ejecutivo y judicial, actúan (y deben actuar) siempre en su marco, dentro de la legalidad, con posibles restringidas zonas de discrecionalidad, nunca de arbitrariedad: es decir, aunque con función creadora e integradora, dentro siempre del sistema jurídico”.⁸⁶

Existe diferenciación, de poderes con una comunicación entre ellos, mejor que considerar una entonces separación con escisión e incomunicación, control sobre el gobierno, sobre la administración, con fiscalización y responsabilidad política ante el Parlamento y jurídica ante los tribunales de justicia. Si el Estado de Derecho es (así democráticamente entendido) imperio de la ley, resulta evidente que aquel es y hasta de ser por encima de todo imperio de la ley fundamental, imperio de la Constitución. No se involucran, pues el Estado Social de Derecho, es decir, no se valora – creo – en menos de lo que ha sido con dificultades, ni se infravalora aquí tampoco el Estado Liberal de Derecho en ellos institucionalizan ciertas fases a cualquier dictadura... y en ella se protegen, aun, con grandes y no equiparables dificultades de universalización, importantísimos derechos humanos. El Estado Social de Derecho es con mucho, lo mejor que hasta ahora hemos logrado invertir e implantar.”⁸⁷

Para el jurista Manuel García-Pelayo: “El formalismo del Estado de Derecho no podrá extenderse hasta bloquear los valores sociales y democráticos. A la vez que la orientación hacia un simple Estado Legal compatible con formas autoritarias o con cualquier especie de contenido material”.⁸⁸

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Ob. Cit, Pág. 17

⁸⁸ M. García – Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*. Introducción de Manuel Aragón, Primera reimpresión. Madrid, Alianza Editorial. 1987 Págs. 103 – 104



Según Lucas Verdú, el Estado Liberal de derecho, con muchos factores en su contra, resistió las transformaciones económico – sociales: industrialismo, masificación, proletarización de las clases medias, injusticias económico – sociales, los extremismo de izquierda y derecha.

En el lapso de entreguerras, el Estado Liberal de Derecho cayó en tremenda crisis y fue desmantelado en diversos países por el totalitarismo de ambas posiciones políticas.



CAPÍTULO IV

4. Estado de Derecho y Soberanía popular. Marco Doctrinario

4.1. Soberanía

Según el jurista mexicano David Pantoja Morán, la palabra Soberanía procede de las voces latinas *Super* y *Omnia*, que significa cualidad máxima no subordinada a ninguna otra, o sea que no hay poder superior sobre ella, ya que poder soberano quiere decir poder superior.

El constitucionalista mexicano Tena Ramírez, explica que “dentro del sistema americano, el único titular de la soberanía es el pueblo o la nación. Este titular de la soberanía hizo uso de tal poder cuando se constituyó en Estado Jurídicamente organizado. Para ese fin la que – como materia estrictamente constitucional – consignó la forma de gobierno, creo los poderes públicos con sus respectivas facultades y reservo para los individuos cierta zona inmune a la invasión de las autoridades (los derechos públicos de la persona que nuestra Constitución llama ‘garantías individuales’). El acto de emitir la Constitución significa para el pueblo que la emite un acto de autodeterminación plena y autentica, que no está determinado por determinantes JURÍDICOS, extrínsecos a la voluntad del propio pueblo”.⁸⁹

Luego asienta el autor Tena Ramírez, “que en regímenes como el de México, no tolera la apelación directa al pueblo. El pueblo - afirma Tena Ramírez - a su vez titular de la soberanía, subsumió en la Constitución su propio poder soberano.

⁸⁹ P. Lucas Verdu, *Curso de Derecho Político*. Vol. II, 2ª. edición revisada, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, Pág. 238



Mientras la Constitución exista ella vincula jurídicamente, no solo a los órganos sino también al poder que los creó”. ... Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que la soberanía, una vez que el pueblo la ejerció, reside exclusivamente en la Constitución, y no en los órganos.”⁹⁰

4.2. Crisis de la Soberanía y Globalización

La soberanía, en el momento actual, efectivamente, se encuentra en una profunda pugna con un movimiento internacional que se ha aceptado denominar globalización y que, a pesar de que es una tendencia que se presenta desde el momento en que surge no solo la idea del Estado, sino el principio de separación entre grupos sociales, se reitera periódicamente, quizá en razón del crecimiento y predominio de fuerza de algún Estado que alcanza, en un momento dado, un desarrollo, sobre todo económico y militar, superior al de otros Estados. Explica la citada autora que esta superioridad los hace convencerse de que es una supremacía total y se desarrollan, entonces, una serie de presiones sobre los demás pueblos y naciones para establecer las condiciones que más convengan a sus intereses. El fenómeno se considera de manera semejante al del monopolio, como una tendencia que puede estar encabezada por un gobierno o por una asociación de gobiernos decididos a dominar al resto de sus vecinos, en algunos casos, y en el caso de la globalización actual, a todos los países del mundo.

⁹⁰D. Pantoja Moran. *La Idea de Soberanía en el Constitucionalismo Latinoamericano*. México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1973, Pág.11



4.2.1 Crítica a la globalización

Según el economista salvadoreño Salvador Osvaldo Brand: “el sistema globalización es difícil de penetrar. En un mundo cambiante y repleto de alta tecnología y comunicaciones instantáneas y lo más terrible es que está dominado por potentes consorcios transnacionales que desafían el poder de las naciones – Estado”⁹¹.

Es decir, de lo anterior, nos queda claro que, a la luz del inmenso poder del fenómeno de la globalización mundial, la vigencia de tantos Tratados, Convenciones, Declaraciones, en los países con poco desarrollo, como los de la América Latina, la soberanía es erosionada y es débil la facultad de auto determinarse y auto limitarse.

4.3. El Principio de Soberanía en Guatemala

Jurisprudencia. La Corte de constitucionalidad, al interpretar el concepto de Soberanía del Artículo 141 de nuestra Ley Suprema, en uno de sus fallos, sostiene: “La soberanía del pueblo. Tal expresión que evoca la idea de un gobierno del pueblo, de acuerdo con la teoría democrática, es el poder supremo del Estado, poder del que provienen todos los demás poderes; lo detentan o pertenece indivisamente a todos los ciudadanos de una Nación. La soberanía es la colectividad de ciudadanos, estimada como un ser real distinto de las individualidades que la componen. Como Nación, o ente soberano, puede instituir el poder constituyente originario, con potestades para crear la norma fundante y fundamental, cuya estructura solo podría ser variada conforme el procedimiento y

⁹¹ S.O. Bran. *Diccionario de Económica* Nueva Edición Actualizada, El Salvador, Editorial Jurídica. 2006, Pág. 234



límites fijados en la misma norma fundante. De manera especial, corresponde a la colectividad ciudadana dar o negar su respaldo a la propuesta de variar la estructura solo podría ser variada conforme el procedimiento y límites fijados en la misma norma fundante. De manera especial, corresponde a la colectividad ciudadana dar o negar su respaldo a la propuesta de variar la estructura de tal norma fundante, para cuya realización se precisa de instrumentos que garanticen, tutelen la efectiva participación de la población que reúna los requisitos necesarios para poder expresarse políticamente.

4.4 Concepto tradicional de Estado de Derecho

Según el jurista español Manuel Jiménez de Parga, “El Estado de Derecho nace con la Revolución Francesa, sus notas definitorias son las siguientes: gobierno constitucional, división de poderes, plena garantía de los derechos públicos subjetivos; en suma: frente al gobierno de los hombres, el gobierno de la ley. Aportaciones al Estado de Derecho. Asienta, el mismo autor: a) De Inglaterra las experiencias de una monarquía constitucional, un Parlamento con dos Cámaras, un jefe de Estado irresponsable y unas libertades civiles de tutela jurisdiccional; b) De Francia, la doctrina de los derechos ciudadanos, el principio de división de poderes y el postulado de la Soberanía; c) Los Estados Unidos, contribuyeron por su parte, con el ejemplo de un control judicial de la constitucionalidad de las leyes y una estructura Federal de Estado.”⁹²

⁹² M. Jiménez de Parga. *Los regímenes políticos contemporáneos, Teoría General del Régimen, Las Grandes Democracias con tradición democrática*, 5ª. edición revisada. Madrid: Editorial Tecnos, 1974, Pág. 129



4.5 Estado Liberal de Derecho

El liberalismo, según definición del autor García – Pelayo – “se caracteriza por ser una concepción individualista; es decir, una concepción para la cual el individuo y no los grupos constituyen la verdadera esencia; los valores individuales son superiores a los colectivos, y el individuo, en fin, decide su destino y hace la Historia.

Que dentro de esta definición caben distintas tendencias que formalmente pueden reducirse a dos:

4.5.1 individualismo concreto o vital

La que puede designarse como individualismo concreto o vital parte de los individuos como seres singulares, y, por consiguiente, de su heterogeneidad y desigualdad, no tiene en cuenta lo común, sino lo singular, y afirma el derecho del individuo a extender su esfera hasta donde lo permita su poder. Que fueron individualistas los sofistas, Maquiavelo, de Stirner, Nietzsche...

4.5.2 individualismo abstracto

Diferente es la tendencia que podemos denominar individualismo abstracto. Este concibe a los individuos no en el aspecto singular, sino en el genérico, ‘como hijos de una misma carne y de una misma sangre’, de lo cual conduce a su igualdad y homogeneidad sustanciales, y, consecuentemente, llega a la conclusión de que



cada individuo tiene pretensión al desligarse de su existencia y, por ende, el deber de respetar esta pretensión en los demás”.⁹³

Pablo Lucas Verdú sostiene que: “el Estado Liberal de Derecho, al haber quedado subsumido en el Estado constitucional, estableció los siguientes Postulados:

- Primacía de la ley que regula toda la actividad estatal, tanto la esfera ejecutiva como jurisdiccional; entiéndase ley en sentido formal; o sea, elaborada por los órganos legislativos del Estado. Los ciudadanos son iguales ante la ley.
- Un sistema jerárquico de normas que realiza la seguridad jurídica y que se concreta en el rango diverso de las distintas normas y en su correspondiente grado y ámbito de validez.
- Legalidad de la administración, estableciéndose un sistema de recursos en beneficio de los posibles efectuados.
- Separación de poderes como garantía de la libertad y freno de posibles abusos.
- Reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales incorporadas al orden constitucional.
- En algunos casos, examen de constitucionalidad de las leyes como garantía frente al eventual despotismo del legislativo.

⁹³ Ibid. Pág. 143



Finalmente, este jurista advierte que los tres primeros postulados predominantemente normativos, en tanto que los tres últimos son factores principalmente institucionales. Estos elementos son legado de liberalismo. El problema es armonizarlos con las exigencias democrático-sociales de nuestra época.”⁹⁴

4.6 El Estado de Derecho y Democracia Representativa

Para el constitucionalista mexicano Diego Valadés: “El problema de la representación política constituye uno de los temas fundamentales en la organización del Estado contemporáneo. De un adecuado sistema representativo depende, en buena medida, la legitimidad de los sistemas políticos en su conjunto. Según el jurista Valadés, el sistema representativo tiene gran importancia porque de ello depende la realización del Estado de derecho, que además de la legitimidad, se exige que a los representantes se les exija que hayan asumido el poder por procedimientos que la comunidad haya considerado como “razonables, libres, objetivos y equitativos”.⁹⁵

Conforme el mandato de la Constitución Política de la República de Guatemala, es el Artículo 140, su sistema político de Gobierno es republicano, democrático y representativo.

⁹⁴ P. Lucas Verdú. *Curso de Derecho Político*, Vol. II 2ª. Edición Revisada, Madrid, Editorial Tecnos, 1977, Págs. 328 – 329.

⁹⁵ D. Valades. *Representación y Legitimidad en Estado de Derecho concepto, Fundamentos y Democratización*



4.6.1 Jurisprudencia

La Corte de Constitucionalidad al referirse al Artículo 140 de la Constitución, en una sentencia didáctica, asentó: “(...) algunas de las características principales del régimen representativo, estas son: a) es un sistema constitucional; b) el pueblo se gobierna por medio de sus elegidos; c) existe cierta participación de los ciudadanos en la gestión de la cosa pública que se ejerce en la medida del electorado; d) debe existir cierta armonía entre los electores y los elegidos; e) a los elegidos se les nombra por un tiempo determinado; f) es el sustituto ideal de la democracia directa en los países de gran extensión; g) las instituciones representativas, por representar a personas, sirven para anular a las facciones y producir un equilibrio; h) evita la polarización de la sociedad; i) permite que las minorías tengan voz y sus derechos están mejor protegidos”.⁹⁶ En dichas Sentencias se aclara completamente porque el sistema político de Guatemala es republicano democrático y representativo de acuerdo al artículo ya citado de la Constitución Política de la República de Guatemala.

⁹⁶ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 95. Expediente 2331 – 2009. Sentencias 21-01-2010, en Constitución Política de la República de Guatemala, Interpretada, 2011, Pág. 143.



CAPÍTULO V

5. Estado moderno de derecho. Marco Doctrinario

5.1. Estado de Derecho en la Democracia Participativa y Pluralista

La esencia de la democracia representativa está en la instauración del voto directo sobre las medidas que se aprueben desde el Poder Legislativo, aquí no estamos en desacuerdo con la democracia representativa, pero queremos tener la posibilidad de ejercer directamente nuestro voto cuando no estemos de acuerdo con la opción de nuestros representantes.

5.1.1. La democracia participativa

Es una expresión amplia que se suele referir a formas de democracia en las que los ciudadanos tienen una mayor participación en la toma de decisiones políticas, que es la que les otorga tradicionalmente la democracia representativa; esta última es una de las democracias más usadas en el mundo, implica una participación ciudadana intermedio entre democracia representativa y democracia directa.

Puede definirse con mayor precisión como un modelo político que facilita a los ciudadanos su capacidad de asociarse y organizarse, de tal modo que puedan ejercer una influencia directa en las decisiones públicas. En la actualidad, se manifiesta usualmente por medio de referendos o plebiscitos que los representantes elaboran como iniciativas a los representantes.

“En una etapa más avanzada, el proyecto fundamental de la democracia participativa es la creación de un mecanismo de liberaciones mediante el cual el pueblo con su propia participación este habilitado para manifestarse por igual con



puntos de vista tanto mayoritarios como minoritarios. Sin negar que todo sistema democrático eventualmente ha de descansar en decisiones mayoritarias, los mecanismos o instituciones de participación tiene el propósito de hacer hincapié en el pleno respeto a las minorías, sus opiniones y su amplia manifestación a través de un mecanismo participativo e institucionalizado.”⁹⁷

En las democracias directas las decisiones se toman por los miembros del pueblo. En las democracias representativas, las decisiones se toman por las personas reconocidas por el pueblo como sus representantes.

Puede definirse la democracia participativa con mayor precisión como un modelo político que facilita a los ciudadanos su capacidad de organizarse, de la manera como más directamente pueda ejercer su poder directo en las decisiones políticas y sus manifestaciones las puedan canalizar por medio de referendos o plebiscitos, las iniciativas de su interés que elaboran sus representantes.

Si bien es cierto que en los sistemas democráticos las decisiones las toman la mayoría, la democracia participativa tiene mecanismos o instituciones de participación que hacen hincapié en el pleno respeto de los intereses de las minorías. Para el jurista colombiano Vladimiro Naranjo Mesa, la democracia participativa es una ampliación de los espacios democráticos que le dan al pueblo la oportunidad tanto de elegir a sus mandatarios, como también la de participar en forma más directa y constante en la toma de decisiones que afectan a la comunidad. La participación se realiza por los procedimientos democráticos en forma directa como la iniciativa popular, ya sea la consulta popular, el cabildo abierto, revocatoria del mandato y el voto programático.

⁹⁷www.wikipedia.com 01-02-2014



Debe tenerse presente que los conceptos de democracia participativa y democracia representativa no se excluyen, sino que se complementan. Finalmente, este autor asienta: “Lo que busca la democracia participativa es, como directamente y con mayor frecuencia en la toma de esas decisiones, a través de mecanismos como los anteriormente enunciados”.⁹⁸

5.1.2. La Democracia Pluralista

Se caracteriza por la existencia, legalidad y legitimidad de una variedad de organizaciones e instituciones que, al exaltar aspiraciones particularizadas de los ciudadanos, buscan influenciar en las decisiones tomadas por los gobernantes. En la democracia pluralista, tales instituciones constituyen vehículos legítimos de participación popular en los asuntos públicos.

Esas instituciones acompañan el proceso parlamentario y también son partícipes, monitoreando actividades, informando a la sociedad e influyendo en los caminos que el parlamento pueda tomar.

Entre las instituciones más influyentes de una democracia pluralista, sobresalen tres por su papel histórico en el desenvolvimiento institucional de cualquier país: a los partidos políticos, a los grupos de interés y a los medios de comunicación.

La sociedad democrática pluralista aparece en el siglo XX y su consolidación ocurre en los países desarrollados y es las últimas décadas cuando se ha venido generalizando en muchos países.

⁹⁸V. Naranjo Mesa. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. 7ª. Edición, aumentada y corregida. S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1977 Pág.451



Según lo anterior, la sociedad democrática pluralista es la sociedad contemporánea, tal como se manifiesta principalmente en los países desarrollados. “Pluralista” consiste en la multitud de grupos organizados y en su indispensable e ineludible presencia en todas las relaciones del convivir social. Pudiera también llamársele Sociedad de Organizaciones. Con el término “Pluralista” también nos referimos a la creciente diversidad de fines, propósitos u objetivos que persiguen los grupos, organizados.

“Junto con la multiplicidad y diversificación de los grupos importa mucho hacer notar el dato de su organización. Es característico de la sociedad democrática pluralista el gran número de organizaciones pero quizá sea la orgánica que estas tienen lo que les hace tan necesarias para nuestra convivencia actual.”⁹⁹

En la democracia pluralista, las organizaciones e instituciones comprenden elementos de legalidad y legitimidad. Se promueven aspiraciones particularizadas de los ciudadanos, tratan de influenciar o de orientar en las decisiones tomadas por los gobernantes. En esta modalidad de democracia, las instituciones y organizaciones constituyen canales legítimos de participación popular en los asuntos públicos.

Estas instituciones están presentes en los procesos parlamentarios, comunican a las organizaciones sobre los pasos que el parlamento puede tomar. En la democracia pluralista es propio que encontremos a los partidos políticos, los grupos de interés y los medios de comunicación.

⁹⁹www.wikipedia.com 1, 01-02-2014



El pluralismo significa la existencia de grupos organizados que median en las relaciones de convivencia social, se dan muchos fines, propósitos u objetivos que persiguen los grupos sociales, y se consideran necesarias estas organizaciones en la convivencia social.

El constitucionalista argentino Jorge Vanossi, explica el tema de la democracia pluralista, así: “1. Que el pluralismo contemporáneo es una consecuencia directa del dualismo de la separación entre la sociedad y el Estado. 2. Las limitaciones al poder estatal, significa garantía de la supervivencia de ese pluralismo, siempre en peligro de las pretensiones ‘totalitarias’. 3. El pluralismo nace y se desarrolla dentro de la sociedad, mientras conserve alguna independencia ante los poderes emergentes que se van formando en el ámbito del Estado. 4. No hay pluralismo sin sociedad, para que haya pluralismo es fundamental una sociedad libre, ni Estado si esa sociedad no se aviene a delegar la protección de ciertos bienes comunes que solo un poder unitario puede desplegar.”¹⁰⁰

5.2. Estado de Derecho y Soberanía Popular

5.2.1. Soberanía popular como categoría lógica o política

Explica el constitucionalista español Antonio Pérez Luño, “que generalmente cuando se refieren a la soberanía popular en relación con la fundamentación del Derecho hacen referencia a dos cuestiones distintas, en algunas ocasiones surge cuando se discute sobre el origen de los principios jurídicos y políticos, en otras surge la discusión sobre el origen del Poder, debe tenerse presente que son dos

¹⁰⁰J.R. Vanossi, *Democracia Constitucional: Pluralismo y Control*. Edición de Manuel Ramírez, en el Control Parlamentario del Gobierno en las Democracias Pluralistas (el proceso constitucional español) Terceras Jornadas Internacionales de Ciencia Política y Derecho Constitucional, Editorial Labor, S.A. Calabria 235 – 239. Barcelona – 29 (1978) Pág. 26.



razonamientos bien distintos que deben mantenerse diferenciados. En el primer caso estamos en presencia de un problema lógico o metodológico; se plantea la pregunta de cómo puede conocerse el derecho y la política. Sobre esto se ha contestado a una postura intelectualista señalando que el derecho y la política son problemas de ciencia, a los que se llega mediante el ejercicio de la razón o bien en términos voluntaristas que tales nociones no son fruto de producto de liberación científica sino de sentimientos producto de actos de voluntad y de decisión. Contrario al plano metódico en el que convencionalmente puede calificarse de político, en el que la pregunta decisiva es la de quién debe mandar. A la que se puede contestar en sentido aristotélico reservando el poder a las personas que poseen determinadas cualidades; o en sentido democrático, reivindicando la participación popular en el gobierno.

La soberanía popular también se menciona en sentido descriptivo y prescriptivo. El autor asienta que en otras ocasiones urge la confusión terminológica, que con el término Soberanía popular se designa algo que se cree que existe o se cree que debiera existir. “En este segundo nivel de consideración lo que interesa es llamar la atención sobre la diferencia que entraña la apelación a la soberanía popular en el plano doctrinal o en el de la praxis política como un desiderátum o un elemento del deber ser de la sociedad correcta; o bien la referencia a esta idea como un factor que de hecho juega un papel en la mecánica política de un país. En este caso el pueblo se halla investido del poder constituyente, esto es, del poder de establecer positivamente la Constitución del Estado.”¹⁰¹

En Guatemala, conservamos la participación del pueblo en el gobierno como un Estado Democrático; haciendo una equiparación con otros connotados autores tenemos:

¹⁰¹Ídem. PÁG. 192



La soberanía popular como titularidad o ejercicio del poder. Según el autor Pérez Luño, “La distinción anterior nos sitúa ante dos nuevos usos lingüísticos del vocablo ‘Soberanía popular’. En efecto, este término históricamente se ha empleado también para reivindicar la titularidad popular del poder constituyente del Estado, sino también el ejercicio del poder constituido”.¹⁰²

U. Cerroni, citado por Pérez Luño, hace la distinción entre dos tipos de Soberanía popular: el primero ligado a las tesis constitucionalistas donde el ejercicio de la soberanía popular del pueblo se manifiesta cuando elige el cuerpo representativo como signo del principio de la división de poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y de las garantías individuales el segundo, está ligado al pensamiento de Rousseau... La Concepción de la soberanía popular como ejercicio del poder implica la existencia de unas condiciones económicas que hagan de ella efectivo y no un mero postulado formal, como sucedió, a su entender, con la democracia representativa”.¹⁰³

El autor Pérez Luño hace ver lo equivoco del concepto soberanía popular, ya que puede designar diversas realidades, que este rasgo puede aparecer también reflejado en se toma en consideración la pluralidad de acepciones como el término ‘pueblo’ en la formación de la excepción ‘Soberanía popular’... “La distinción tiene interés, ya que el término ‘pueblo’ se emplea en singular, pierde connotaciones filosóficas y políticas en la formación de la nomenclatura ‘Soberanía popular’. El empleo del término ‘pueblo’ en esta acepción ha conducido más veces a formas políticas autoritarias que democráticas, al atribuir a una persona o un grupo la interpretación de esa idea abstracta y totalitarias. Pérez Luño asienta que Kelsen en la última edición de su *Reine Rechtslehre*, señala que la noción de pueblo no

¹⁰² Ídem. PÁG. 193

¹⁰³ A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, España: Editorial Tecnos, S.A. 1984, Págs.191, 192.



posee un fundamento psicológico, histórico, sentimental o de clase, sino jurídico. Que “El principio de unidad de los hombres que integran el pueblo de un Estado, que les impone unas determinadas reglas de conducta no es otro que el Ordenamiento Jurídico vigente. El pueblo es, en ese sentido, el ámbito de validez personal del Ordenamiento Jurídico estatal. Chicarelli... en su acepción plural el concepto de pueblo también se ha entendido como una categoría sociológica que alude a la colectividad de personas físicas cuantitativamente que integran un Estado. “En esta acepción el término ‘Pueblo’ coincide con el concepto de población”. No obstante, “en contra de la que pudiera creerse, en la teoría política ha de entender la dimensión plural del pueblo en sentido ideológico no en sentido de acepción peyorativa, sino en su sentido ideológico no en sentido descriptivo que denota a un conjunto de individuos que forman el Estado, sino las personas o grupos con ciertas ideas o se considera que son mayoritarios que pueden equivaler a pueblo. La función de la Soberanía popular y su crisis. Su análisis pragmático. Según Pérez Luño, desde el ángulo pragmático la soberanía popular es principio de legitimidad, constituye el común denominador de todas las referencias lingüísticas al término. Se da una coincidencia inicial en los diferentes usos de la expresión ‘Soberanía popular’, que indica que el poder es legítimo cuando procede del pueblo con fundamento en su consentimiento. Es decir, que los juicios de valor propios en el concepto de legitimidad, resultan ser un elemento decisivo para el funcionamiento de la vida política, como dice Pelin – citado por el autor Pérez Luño – el gobierno de los hombres es posible, de forma duradera, solo si existe acuerdo suficiente sobre lo que es o no es legítimo. ¹⁰⁴ En nuestra Constitución se establece que la Soberanía, efectivamente como lo indique anteriormente, radica en el Pueblo, quién la delega para su ejercicio en los tres poderes del Estado que son Organismo Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales atraviesan una crisis, de la cual se están haciendo los mejores esfuerzos por los tres poderes de que cambien las situaciones que han afectado, situación que también corrobora el tratadista, Crosa – citado por Pérez Luño – “sostiene que en

¹⁰⁴ Ob. Cit., Págs. 194-195, 197–198



la actualidad, Soberanía popular atraviesa una crisis. En efecto, para quienes consideran la soberanía popular como un concepto histórico, su función se agota precisamente cuando logra incorporar sus exigencias a la Constitución política estatal.

El jurista Negri – Citado por Pérez Luño – sostiene que a partir de la Revolución Francesa se suscitó un paulatino proceso de identificación entre los términos de ‘Soberanía Popular’ y ‘Soberanía nacional’ integrándose ambas a su vez, en la noción general de Estado como totalidad monopolizadora del poder. Según Pérez Luño, la crisis de la función política legitimadora de la soberanía popular se ha visto también potenciada por diversas actitudes contemporáneas de distinta ideología”, que en algunos casos el fenómeno se encuentra ligado a la aparición nuevas versiones de elites y la argumentación central se considera en la imposibilidad de fundar los valores jurídicos y políticos en criterios mayoritarios; también los avances tecnológicos al mismo tiempo el hecho de una sociedad altamente tecnificada, de ahí que la decisión política debe ser pretendidamente objetiva e inapelable de los expertos cibernéticos, que hace innecesario el recurso al principio democrático. Pérez Luño, que una variante del planteamiento anterior debatida en los últimos años, cuya formulación se debe a Niklas Luhmann, quien de acuerdo con sus premisas en la completa sociedad súper industrializada de nuestros días se ha producido una situación del sistema de legitimación democrática de la Constitución basado en la elección mayoritaria de fines o valores positivos, por una legitimación técnica que se funda en las exigencias de funcionamiento inherente a la propia estructura del sistema. Pérez Luño, a la luz de lo anterior, afirma que “el sistema político constitucional, para garantizar su eficacia y su supervivencia debe ser capaz de reducir la complejidad de su entorno.”¹⁰⁵

¹⁰⁵Idem., Pág. 199



5.3 Estado Social y Democrático de Derecho

El constitucionalista Gregorio Peres – Barba, al concepto anterior, le agrega: Y valores superiores. Según este autor, “La perspectiva que permite acercarnos al sentido de los valores superiores es su relación con el Estado Social y Democrático de Derecho, es la cara política y que los valores superiores son la cara jurídica de una misma realidad, o al menos de una realidad inseparable: Poder y Derecho. Que el Poder expresa la idea de legitimidad del poder; y que el Derecho expresa la idea de Derecho justo. Afirma el jurista español que “El concepto de ‘Estado Social y Democrático de Derecho’ no es invoco ni tampoco carece de ambigüedad o, al menos, de diferentes interpretaciones”. Según éste constitucionalista El Estado social se encuentra en la última parte del siglo XIX y del XX y que participa de la crisis del Estado liberal de Derecho, y que también es el camino para superarla. Sostiene el jurista que corrientes dispares como el socialismo estatalista, el liberalismo progresista, el pensamiento conservador y reformista, el fascismo nacionalista y también el neocapitalismo han utilizado el término. El pensamiento neoliberal de Hayek y Fiedmann, son solo algunos ejemplos que ha criticado todo el concepto Estado social. Asienta el jurista que el Estado Social de Derecho resulta ser una corrección del Estado liberal de Derecho, porque implica una intervención estatal, que se realiza a través del Derecho “una función promocional para crear condiciones de igualdad y libertad, que el individuo no puede realizar con su esfuerzo aislado, con lo que el proceso económico y la vida industrial y mercantil son regulados por el Derecho, y unos nuevos derechos fundamentales de carácter económico social y cultural se añaden a los viejos derechos del individuo. ... La adición del concepto de democrático exige aún mayores matizaciones y ha sido objeto de distintas valoraciones para entender su significado.



El jurista Peres– Barba nos expresa también que el Estado Social y Democrático de Derecho supone al menos los siguientes elementos:

- Soberanía popular, de la que emanan todos los poderes del Estado.
- Legitimación de los gobernantes por medio de elecciones periódicas por sufragio universal, y pluralismo de opciones.
- Sometimiento de los gobernantes a la ley, jerarquía de las normas control judicial de sus decisiones y responsabilidad por sus actos y decisiones.
- Preservación de la Constitución por el Tribunal constitucional.
- Separación de poderes.
- Reconocimiento de los derechos fundamentales, con incorporación de los nuevos derechos económicos, sociales y culturales.
- Función promocional de los poderes públicos para impulsar las condiciones y remover los obstáculos para la igualdad entre los ciudadanos.
- Intervención de los poderes públicos en la organización económica con posibilidad de planificación y con subordinación de toda la economía del país al interés general.
- Potenciación de las organizaciones sociales y culturales de los sindicatos y de otras fuerzas sociales favoreciendo su participación, e la educación, en la planificación y en el control de los servicios públicos que afectan a la calidad de vida de los ciudadanos.



El jurista español Peres – Barba, al Estado social y democrático de derecho define, así: “El Estado social y democrático de Derecho es la expresión de una organización del poder que considera compatible liberalismo y socialismo”.¹⁰⁶

Estos logros actuales, en nuestro sistema, que anteriormente no se tenían como lo hace ver el constitucionalista español Perez Luño en el Estado Social y Democrático de Derecho, según, “el individualismo, apoliticismo y neutralidad del Estado de Derecho liberal, era incapaz de satisfacer la exigencia de libertad, igualdad y problemas económicos de ciertos sectores deprimidos de la sociedad. El aparente apoliticismo ante las transformaciones sociales y económicas del Estado liberal de Derecho origino conflictos sociales a partir de la segunda mitad del siglo XIX y de los inicios del siglo XX pusieron de manifiesto la insuficiencia del marco del Estado Liberal de Derecho. Esas circunstancias unidas con las nuevas condiciones del alto desarrollo del capitalismo determinaron la aparición del Estado Social de Derecho que abandonado las premisas de neutralidad e individualismo, asume para sí la intervención en los procesos socioeconómicos y que sin abandonar el primado del derecho, lo realiza bajo los principios heterónomos frente a la autonomía que caracteriza al Estado liberal de Derecho. Según el citado autor el Estado social de Derecho tuvo por tanto, un origen híbrido fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares, que ha gravitado sobre evolución ulterior. Pérez Luño sostiene que el tránsito del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho plantea una importante serie de cuestiones teóricas y prácticas (...) por una parte, se responsabiliza a la Administración de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad establecidas por los libertadores tradicionales y por la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural y

¹⁰⁶G. Peres – Barba, *Los Valores Superiores, Temas Clave de la Constitución Española*, Madrid: Editorial Tecnos, S.A. 1986 Págs. 57- 59, 62 y 63



simultáneamente, el Estado Social de Derecho pretende realizar el contenido de restaurar y equilibrar las rentas mediante el ejercicio de la política fiscal.

Según Pérez, Luño, el Estado democrático de Derecho, según su denominación de “Estado democrático de Derecho” significa la fortuna de una fórmula. Asienta el autor que la realización material de las aspiraciones y necesidades reales de la sociedad y la “per viviente y aparición de fenómenos claramente contrarios a ese logro en el Estado Social de Derecho (...) ha motivado el esfuerzo doctrinal reseñado del sector más progresista de los intérpretes de la *grundfestz*”. (Ley fundamental de la República Federal de Alemania. Con el objetivo de potenciar la virtualidad del principio democrático en el seno del Estado Social de Derecho. Estas teorías no postulaban la conformación de un Estado Democrático de Derecho como alternativa al Estado Social como se ha sostenido, insisten en la misma y necesaria conexión e los principios democráticos y sociales con el Estado de Derecho.¹⁰⁷

5.4 Estado Democrático de Derecho

El tema de El Estado Democrático, según el autor Manuel García – Pelayo implica “un conjunto de normas constitucionales, entre las que se pueden considerar como inherentes, el principio de soberanía nacional y el del pluralismo político; el derecho a la igualdad ante la ley, el del libre acceso a la representatividad y a los cargos políticos, la Constitucionalización de los partidos políticos, que en nuestro tiempo todo Estado Democrático es un Estado de partidos, igualmente de organizaciones sindicales y empresariales, ya que el Estado democrático de nuestra época se caracteriza por ser un Estado en cuyas decisiones toman parte las organizaciones sociales afectadas; que la democracia es fundamentalmente representativa, que también se reconoce algunas formas de democracia directa en

¹⁰⁷A.E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A. 1984, Págs. 223 - 229



la que se puede mencionar la iniciativa legislativa popular, el referéndum para la decisiones políticas de especial trascendencia.”¹⁰⁸

Para el constitucionalista español Elías Díaz, “el Estado democrático de Derecho se presenta como una superación real del Estado Social de Derecho. No quiere ello, decir, que éste conduzca ‘naturalmente’ a aquél; al contrario, por lo general opera más bien como obstáculo para esa superación, del neocapitalismo no se pasa ‘naturalmente’ al socialismo; del Estado social de Derecho no se pasa ‘naturalmente’ al Estado democrático de Derecho. La superficial y aparente ‘socialización’ que produce el neocapitalismo no coincide con el socialismo, como tampoco la ‘democratización’ que produce por sí misma la técnica es ya sin más la democracia; de un nivel a otro (es importante insistir en ella) hay un salto cualitativo y real de primer orden.

Afirma el jurista cabe decir que el Estado democrático de Derecho aparece como la formula institucional en que actualmente, y sobre todo para un futuro próximo, puede llegar a concretarse el proceso de convergencia en que, tal vez, vayan concurriendo las diferentes concepciones actuales de la democracia y del socialismo.

Para los Constitucionalistas españoles Pablo Lucas Verdú y Pablo Lucas Murillo de la Cueva habrá Estado de Derecho, autentico Estado democrático de Derecho, cuando las esencias del Estado liberal de Derecho, armonicen con los seis postulados:

¹⁰⁸M. García – Pelayo, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid. Alianza Universidad, 10ª. reimpresión, 1996 Págs. 94 – 95



- Primacía de la ley que regula toda la efectividad estatal, tanto la esfera ejecutiva como jurisdiccional; entiéndase ley en sentido formal; o sea, elaborada por los órganos legislativos del Estado; en las democracias liberales por el Parlamento representativo; elegido por el cuerpo electoral. Los ciudadanos son iguales ante la ley.
- Un sistema jerárquico de normas que realiza la seguridad jurídica y que se concreta en el rango diverso de las distintas normas y en su correspondiente grado y ámbito de validez.
- Legalidad de la administración, estableciéndose un sistema de recursos en beneficio de los posibles afectados.
- Separación de poderes como garantía de la libertad y freno de posibles abusos. Esta separación se interpreta de modos distintos.
- Reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales incorporados al orden constitucional.
- En algunos casos, examen de constitucionalidad de las leyes como garantía frente al despotismo del legislativo. Ese examen se organiza y ejerce de distintas maneras según los países.

Los autores citados advierten que los tres primeros son elementos predominantemente normativos, en tanto que los tres últimos son factores principalmente institucionales. Estos elementos son legado del liberalismo. Que el problema es armonizarlos con las exigencias democrático – sociales de nuestra época.

Se fundamenten en una sociedad justa, desalineada, sin explotaciones económicas y políticas que impidan la participación plena, en el proceso político



de los ciudadanos. Ello implica la superación del neo capitalismo acabando con la explotación de unos hombres por otros”.¹⁰⁹

Estado democrático de Derecho. El constitucionalista español Manuel García – Pelayo, explica que “el postulado del Estado de Derecho se despliega en ciertos preceptos o conjunto de principios que establecen la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y que garantizan los principios configuradores del Estado de Derecho (principio de legalidad, jerarquía normativa, etc.). Se establece y garantiza un sistema de derechos fundamentales y libertades públicas, que constituyen simultáneamente a unos derechos públicos subjetivos, la línea que delimita la competencia del Estado.

Lo anterior implica que El Estado de Derecho descansa en ciertos preceptos o principios que señalan la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos al imperio de la Constitución y de todo el ordenamiento jurídico, que tienen por finalidad el cumplimiento de los principios del Estado de Derecho, como el principio de legalidad, jerarquía de la ley, con énfasis que lo importante es la sumisión de los poderes públicos a la jurisdicción constitucional, con lo cual el mandato de que el Estado constitucional de Derecho. No solo un Estado de Derecho Administrativo ordenado, “sino el Estado de Derecho constitucionalmente ordenado.

Afirma el autor citado que El postulado democrático, entre los que podemos considerar como más relevantes está el principio de soberanía nacional y el de pluralismo político; el derecho a la igualdad ante la ley, así como el de igual

¹⁰⁹ E. Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus, Pensamiento, S.A. Grupo Santillana de Ediciones, 1998, Págs. 134- 136



acceso a la representatividad y a los cargos públicos; la constitucionalidad de los partidos políticos – pues es sabido que en nuestro tiempo todo Estado democrático es un Estado de partido –, así como de las organizaciones sindicales y empresariales, pues también el Estado democrático de nuestra época se caracteriza por ser un Estado en cuyas decisiones toman parte las organizaciones sociales afectadas. Nuestra democracia – se refiere a la española – es fundamentalmente representativa, pero reconoce también algunas formas de democracia directa, como la iniciativa legislativa popular, el referéndum para decisiones políticas de especial trascendencia, ... y para la reforma constitucional”.¹¹⁰

De lo anterior se desprende que el Estado democrático produce un conjunto de normas constitucionales muy relevantes como el principio de soberanía nacional, el postulado de pluralismo político, el principio de igualdad ante la ley, el de ejercer su representatividad, el acceso a optar a cargos públicos, el reconocimiento de organizaciones sindicales y empresariales, ya que el Estado democrático en la actualidad en sus decisiones toman parte las organizaciones sociales que pudieran salir afectadas.

5.5 Estado constitucional de Derecho

El constitucionalista italiano Luigi Ferrajoli señala dos principios paradigmáticos, que constituyen Estado constitucional de Derecho, así:

¹¹⁰M. García – Pelayo. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, 10ª reimpresión, Madrid. Alianza Universidad, 1996 Págs. 94-95



- a. “El primer cambio de paradigma del Derecho se da con el nacimiento del Estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como la norma que reconoce el derecho positivo existente.
- b. El segundo cambio paradigmático es el que se estableció durante el último medio Siglo XX, con la subordinación del principio de legalidad misma garantizada con una específica jurisdicción de legitimidad garantizada por una especial jurisdicción de legitimidad que ya implica la existencia de Constitución rígida, jerárquicamente supraordenada a las leyes como normas de reconocimiento de su validez que dio lugar a tres alteraciones del Estado legislativo de derecho, en los mismos planos en los que se había verificado el precedente”.¹¹¹

O sea que cambian las condiciones de validez de las leyes, que dependen de la forma de producción y también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. “La existencia (o vigencia) de las normas, que en el periodo paleoius positivista se había dissociado de la justicia, siendo posible que una norma formalmente válida y por siguiente vigente, sea sustancialmente con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales”.

- c. Cambia en segundo lugar el estudio de la ciencia jurídica, ya que la posible divergencia entre Constitución y legislación le confiere un papel tanto exclusivamente explicativo como crítico y proyectivo en relación con su propio objeto. Así en el Estado constitucional de derecho se disciplinan las formas de producción legislativa y también le impone a esta prohibiciones y

¹¹¹L. Ferrajoli. *Estado Legislativo de Derecho y Positivismo Jurídico*, en *Obra Estado de Derecho, Conceptos, Fundamentos y Democratización en América Latina*. Obra Colectiva, coordinadores: Miguel Carbonell, Wistano Orozco, Rodolfo Vásquez, México. Universidad Nacional Autónoma de México. ITAM, Siglo XXI, 2002, Pág. 192



obligaciones de contenido, “correlativas unas a los derechos de libertad y otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para la que sean eliminadas o corregidas”.¹¹²

Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley si es constitucionalmente válida y su respectiva interpretación y aplicación “son siempre y por esto, también en juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional”.¹¹³

El autor Ferrajoli afirma “que hay una cuarta transformación producto del paradigma del constitucionalismo rígido, esto es, la subordinación obligada de la ley a los principios constitucionales que implica introducir una importancia sustancial a las condiciones de validez de las normas y a la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite que la complementa. Un límite ya que a los derechos establecidos en la Constitución corresponden también prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría que de otra forma serían absolutas.”¹¹⁴

Estado constitucional. El constitucionalista español Antonio Pérez Luño – citado por el jurista español Francisco Javier Ansuategui Roig – condensa los planteamientos que defienden la contradicción entre Estado de Derecho y el Estado constitucional, así:

¹¹² Idem., Pág. 192

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Idem., Pág. 193



- “La pérdida de la función de legitimidad del Estado de Derecho, al quedar reducido a Estado de mera legalidad.
- El rechazo del positivismo jurídico en cuanto teoría incapaz de explicar de forma adecuada los rasgos básicos de los sistemas jurídicos del presente”.¹¹⁵
- Explica Ansuátegui Roig, que por la primera afirmación se trata de desvincular al Estado de Derecho de la *idea de legitimidad* que se caracteriza por la presencia de contenidos normativos sustanciales ‘*fuertes*’, “el Estado de Derecho se reduciría a un orden exclusivamente formal. Creo – dice el autor citado – que dicha crítica pierde sentido cuando se mantiene como se hace en estas líneas, una concepción sustancial el Estado de Derecho, que desde ese momento la desvinculación entre legalidad y legitimidad, ya no se puede seguir manteniendo”.¹¹⁶

Sostiene Ansuátegui Roig, que la existencia en un ordenamiento jurídico de normas de derechos fundamentales constitucionales “vincula a la hora de determinar la validez de las normas, los aspectos formales sustanciales”.¹¹⁷

Entendemos que el autor citado, lo resume, así: “Es evidente que si se admite la posibilidad de hablar de un concepto estrictamente formal de Estado de Derecho, determinando exclusivamente por la presencia del imperio de la ley, el Estado de Derecho se puede reducir a mera legalidad (esta es la denuncia que se efectúa frente a la comprensión estrictamente positivista y formalista del Estado de

¹¹⁵ F.J. Ansuátegui Roig, *Crisis de La Ley y Estado Constitucional*, en obra colectiva: Estado Constitucional Derechos Fundamentales. Coordinadores: Javier Mijangos y Gonzalez, Ricardo Ugalde Ramirez. México, Universidad Autónoma de Queretaro, Editorial Porrúa, Facultad de Derecho Queretaro, 2010, Pág. 12

¹¹⁶ Ibid Pág. 12

¹¹⁷ Idem., Pág. 12



Derecho), pero la otra opción, la de la concepción sustancial o material, obliga a dotar de contenido a esa legalidad, contenido que, va a estar determinado por la presencia de normas de derechos fundamentales en ese ordenamiento jurídico; ello con independencia del modelo – liberal o social – de Estado de Derecho en el que estamos pensando. Ello nos permite afirmar que, en realidad, el Estado constitucional no es sino la prolongación, desarrollo o especificación del Estado de Derecho y el Estado constitucional. En efecto el Estado constitucional es caracterizado en ocasiones acentuando los rasgos y consecuencias de la positivación de derechos”.¹¹⁸

El jurista Perfecto Andrés Ibáñez – citado por Ansuátegui Roig –, señala como rasgos del Estado constitucional, los siguientes:

- ‘La incorporación al orden jurídico positivo de un cuadro de valores, los conocidos como derechos fundamentales del ideario liberal, dotados de garantías formales de cierto grado de eficacia potencial; y también de algunos derechos sociales, que cuentan con una protección bastante más débil, desde el momento en que su presentación aparece prácticamente confiada a discrecionalidad estatal’.
- ‘La consagración del principio de legalidad, que implica el imperativo de sumisión de la acción de todas las instancias del poder a la ley general de sus actos’.
- ‘La funcionalización del ejercicio de todos los poderes a la garantía del disfrute de los derechos del primer orden a la efectividad del segundo’.¹¹⁹

¹¹⁸ Idem., Págs. 12 – 13

¹¹⁹ Idem., Pág. 13



A la luz de la caracterización, surge la cuestión sobre las auténticas diferencias entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional. Los dos aspectos básicos, la vinculación a la ley y el reconocimiento – con las consecuencias derivadas de dicho reconocimiento – del Estado de Derecho se reproducen en el modelo del Estado constitucional”.¹²⁰

Ansuátegui Roig sostiene que tanto el principio de legalidad como el principio de constitucionalidad implica la idea de control, de límite, su sujeción al Derecho; pero se podría afirmar: el Derecho en el que se está pensando en cada caso no es el mismo. “Si se me permite la comparación, en el Estado de Derecho, se piensa exclusivamente en el Derecho de la ley y en el Estado constitucional se piensa en última instancia en el Derecho de la Constitución. Creo que en ambos casos la idea de la vinculación al Derecho se mantiene firme.”¹²¹

El constitucionalista mexicano Edgar Corzo I. Asienta: “Un autor italiano, en su obra ‘El derecho dúctil’, ha llegado a sostener que hoy en día estamos en un Estado constitucional, ya no estamos ni en un Estado de Derecho, ni en un Estado Social de Derecho, un en un Estado Democrática de Derecho, sino que nos encontramos en un Estado constitucional en el cual son los jueces que interpretan la Constitución lo que están dando la pauta de todo el ordenamiento jurídico. En la obra citada señala el autor que no hay derecho sin jurisdicción, también nos dice que no hay Estado de Derecho sin independencia judicial, los jueces son los que dice lo que es la Constitución”.¹²² Actuando en un Estado de Derecho, velamos los ciudadanos guatemaltecos, por el cumplimiento de la

¹²⁰ Idem., Pág. 13

¹²¹ Idem., Pág. 13

¹²²E. Corzo. *Justicia Constitucional en un Estado Democrático de Derecho, en Recopilación de las Conferencias dictadas en los Seminarios de Difusión, Divulgación y Actualización de la Justicia Constitucional*. Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 1998, Pág. 81

Constitución y que exista una verdadera Independencia Judicial, sin injerencia de los poderes del Estado.





5.6 Actual Transformación del Estado de Derecho

5.6.1 Estado Legislativo y Positivismos Jurídico

En la Transformación del Estado de Derecho, en nuestros países, se suscitaron varias situaciones, de las cuales las hace ver el constitucionalista italiano Luigi Ferrajoli, señala que es evidente el alcance de la primera transformación por el monopolio estatal de la creación jurídica y “por tanto del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho válido antes aun e existente”, que se identifican “tres alteraciones con respecto a la experiencia jurídica pre moderna, en las que tal transformación se manifiesta”.¹²³

Señala como la primera alteración a las “condiciones de existencia y validez de las normas jurídicas”, que en el derecho pre moderno, de formación no legislativa, no existía un sistema unitario formalizado de fuentes positivas, lo que había era una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de “instituciones diferentes y concurrentes, como el Imperio, la Iglesia, los Príncipes, los Municipios, las corporaciones, mismas que no tenían lógicamente el monopolio de la producción jurídica, que el derecho común estaba asegurado por el “desarrollo y la actualización de la vieja tradición romanística. Las elaboraciones “doctrinarias y jurisprudenciales cuya validez no dependía obviamente del sistema de producción, dependía de la intrínseca tradicionalidad o justicia de sus contenidos”.¹²⁴

¹²³ L. Ferrajoli. *Estado Legislativo de Derecho y Positivismos Jurídico*, en *Obra Estado de Derecho, Conceptos, Fundamentos y Democratización en América Latina*. Obra Colectiva, coordinadores: Miguel Carbonell, Wistano Orozco, Rodolfo Vásquez, México. Universidad Nacional Autónoma de México. ITAM, Siglo XXI, 2002, Pág. 189

¹²⁴ Ibid. Pág. 189



Afirma Ferrajoli, que el “Estado de derecho moderno nace con la forma del Estado legislativo de derecho en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho valido y antes aun existente, con independencia de su valoración como justo”.¹²⁵

Asienta el jurista Ferrajoli que si se compara el código civil de Napoleón o el código civil italiano con las Instituciones de Gayo, las diferencias sustanciales parecen relativamente escasa. Que “Lo que cambia es el título de legitimación, que ya no es la autoridad de los doctores, sino la sustancia, es decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos”.¹²⁶

5.6.2 Estado constitucional de Derecho y Constitucionalismo Rígido

El Estado constitucional de Derecho, se fortalece en Guatemala con el constitucionalismo rígido, e históricamente el jurista Ferrajoli al respecto, expone: “Si este primer cambio de paradigma del derecho se produjo con el nacimiento del Estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente; un segundo cambio no menor radical, es el producido en este último medio siglo – siglo 20– con la subordinación de la legalidad misma – garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad – a constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenada a las leyes como normas de reconocimiento de su validez”.¹²⁷

O sea, que cambian las condiciones de validez de las leyes, ya no tanto por su forma de producción, la validez también depende de la coherencia de sus

¹²⁵ Ídem., Págs. 189 – 190

¹²⁶ Ídem., Pág. 191

¹²⁷ Ídem., Pág. 192



contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el caso iuspositivismo se había se había disociado de la justicia, también se separa de la validez, ya que “una norma formalmente válida y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su contenido con normas constitucionales como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.

El segundo lugar, el conocimiento de la ciencia jurídica “a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no solo exclusivamente explicativo, impone también a esta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativos a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación generan contradicciones o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.

A la par de ello, se altera el papel de la jurisdicción que es el de aplicar la ley solo si es constitucionalmente válida, que la interpretación y aplicación son siempre un juicio sobre la ley misma.

Que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. Dice Ferrajoli, “Hay finalmente una cuarta transformación producto del paradigma constitucional. Dice Ferrajoli, hay finalmente una cuarta transformación producto del paradigma del constitucionalismo rígido, que es la “subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial a las condiciones de validez de las normas y también en la naturaleza de la democracia, para que represente un límite, que a la vez completa. Afirma el jurista que el límite a los derechos Constitucionalmente establecidos implica también prohibiciones y



obligaciones impuestas a los “poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutas”.¹²⁸

Analizando a varios Constitucionalistas, me permito citar a varios, para analizar claramente la evolución de nuestros sistemas constitucionales y en especial los sistemas rígidos y para ello , expresa Ferrajoli, el constitucionalismo rígido resulta ser un complemento para el Estado de derecho, como al positivismo jurídico “que con él alcanza su forma última y más desarrollada: y por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no solo ya del ser del derecho, es decir, de sus condiciones de validez. El jurista Ferrajoli sostiene que el constitucionalismo lo es hoy, o en todo caso está llegando a serlo, después de la garantía jurisdiccional de la rigidez de la Constitución.”¹²⁹

En Guatemala, de acuerdo al tipo de Constitución que tenemos, que es de las más modernas, posee una jerarquía superior a las leyes ordinarias. Según el constitucionalista español Aguiló Regla: Son constituciones rígidas las del tipo más moderno en las que las leyes principales y fundamentales denominadas Constitución, poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria.¹³⁰

Otros principios que complementan la eficacia del Estado de Derecho.

Según el jurista Robert Summers, en su opinión, “los principios de Estado de derecho que considera fundamentales y reconocidos en cierta medida en todos los sistemas jurídicos occidentales desarrollados. Considera que los principios del

¹²⁸ Idem., Pág. 193

¹²⁹ Idem., Pág. 193 – 194

¹³⁰ J. Aguilo Regla. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima – Bogotá, Colombia: Editorial Palestra, Temis S.A. 2004. Pág. 125



Estado de derecho son un inventario relativamente exhaustivo, que disciplinar la manera en que debe creerse y aplicarse el derecho y la configuración que debe adoptar para conformarse con el Estado de Derecho.”¹³¹

5.7 Los principios del Estado de Derecho, según el autor citado, son los siguientes:

1. Que todo tipo de derecho tiene que ser autorizado de manera adecuada conforme a los criterios de validez establecidos.
2. Que los criterios para determinar la validez del derecho deben estar claros generalmente y que deben incluir criterios para resolver los conflictos entre normas jurídicas válidas.
3. Que el derecho de origen estatal relativo a una materia debe ser uniforme dentro de los límites del Estado; que, en la medida de lo posible y de lo apropiado, debe adoptar la forma de reglas generales y definidas aplicables a casos de sujetos, conductas, circunstancias, etc., y que cuando se apropiado, debe aplicarse por igual a las autoridades y a los ciudadanos.
4. Que todas las formas de derecho deben ser aproximadamente claras y estar determinadas en su sentido.

¹³¹ R. Summers. *Los Principios del Estado de Derecho*, en *Obra Estado de Derecho, Concepto, Fundamentos y Democratización en América Latina*, Obra Colectiva, Coordinadores: Miguel Carbonell, Wistano Orozco, Rodolfo Vásquez, México: Universidad Autónoma de México, ITAM Excelencia Académica, Siglo XXI. Pág. 39



5. Que el derecho de creación estatal y otras formas normativas apropiadas deben tener forma escrita y ser promulgadas, publicadas, o de otro modo puestas en conocimiento de sus destinatarios.
6. Que las normas y sus cambios deben ser generalmente prospectivas y no retroactivas.
7. Que las conductas exigidas por el derecho deben estar dentro de lo que puedan cumplir los destinatarios de las normas.
8. Que las normas en relación con una materia, una vez emitida y puestas en funcionamiento, no deben modificarse con frecuencia, de modo que los destinatarios no tengan problemas para conformar su conducta a ellas y pueden planificar su conducta a largo plazo.
9. Que los cambios en el derecho deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados, por instituciones, autoridades o personas debidamente autorizadas para ello.
10. Que las distintas formas de derecho de interpretarse o aplicarse de acuerdo con métodos interpretativos uniformes, respetuosos de la forma de expresión y del contenido del tipo de derecho en cuestión.



11. Que cualquier solución, sanción, anulación o cualquier tipo de consecuencia que sea el resultado del incumplimiento de una forma de derecho, debe ser conocida o cognoscible antes de que pueda darse la acción o decisión que sea contenido de la norma.
12. Que en los casos de disputas existe un sistema de tribunales y órganos administrativos independiente e imparcial con poderes para:
 - a. Determinar la validez del derecho en cuestión.
 - b. Resolver las cuestiones acerca de los hechos de acuerdo con criterios procedimentales y sustanciales relevantes.
 - c. Aplicar las normas válidas de acuerdo con los métodos de interpretación y de aplicación adecuados.
13. Que cuando un método de interpretación o de aplicación da lugar a un resultado incompatible con derecho precedente, el juez o tribunal se vea obligado (en ocasiones como resultado de la aplicación del propio método) a modificar o alejarse del derecho, debe tener un poder muy limitado y excepcional para modificar o apartarse de la ley o de cualquier otra forma de derecho, de modo que las razones para la acción o para la decisión por parte de los destinatarios de las normas conserve su carácter perentorio, tanto para los ciudadanos como para los jueces o tribunales.
14. Que todo poder excepcional que se otorgue a los jueces o tribunales para apartarse del derecho precedente en el momento de la aplicación debe ser especificado de manera explícita y regulado por reglas, de modo que el ejercicio de dicho poder sea controlado por el derecho.



15. Que la víctima de cualquier delito, violación reglamentaria, daño, incumplimiento de contrato, privación injustificada de un bien público, acción administrativa ilegítima o cualquier otro perjuicio jurídicamente relevante, debe tener el derecho de iniciar un proceso penal en el caso en que sea procedente (y con la colaboración de las autoridades correspondientes), o de buscar cualquier otro tipo de compensación adecuada frente a un tribunal independiente e imparcial con el poder de obligar al causante del daño o a la autoridad correspondiente a responder por ello.

16. Que, excepto en cuestiones de una mínima importancia, no puede imponerse una sanción como resultado de un delito, violación reglamentaria, daño, incumplimiento de contrato, sin que el perjudicado tenga conocimiento previo de ello y una oportunidad justa para impugnar, frente a un tribunal independiente e imparcial, las normas y los hechos sobre los que se fundamenta tal perjuicio.

17. Que una parte, sea la presunta víctima o el presunto infractor, que no tiene éxito en la defensa de sus intereses en las instancias señaladas en 15 y 16, debe tener, como medida de revisión, la oportunidad de, al menos, una instancia de apelación frente a un tribunal.

18. Que el sistema y sus instituciones deben ser generalmente accesibles, esto es:
 - a. Que exista una profesión independiente, reconocida, organizada y facultada para prestar asesoría jurídica y para abogar causas frente a los tribunales y otras instituciones similares.



- b. Que, al menos en los casos en los que una parte es acusada de un delito o ilícito significativo, en el caso de no contar con medios para su defensa, dicha parte será provista por el Estado de dicha defensa.¹³²

Summers dice que la lista anterior no incluye meros mecanismos para la implantación de los principios del Estado de Derecho y que no todo lo que contribuye a asegurar el Estado de Derecho es un principio de éste en sí mismo.

5.8 Las Funciones de los Principios del Estado de Derecho como Medios Especiales para Fines y Valores Específicos

Summers dice que los principios formales de segundo orden del Estado de Derecho son indirectamente instrumentales en la medida en que sirven a las políticas sustantivas y a los principios subyacentes a las normas de primer orden. Que dichos principios definen lo que constituye la forma jurídica de su creación e implantación. Que además de estas importantes funciones específicas, la adhesión a los principios del Estado de Derecho también sirve a los valores políticos fundamentales y valores jurídicos generales. Explica el citado autor que “Entre los valores políticos fundamentales a los que sirve la forma están los de la legitimación de la acción gubernamental, la libertad y dignidad de la autodirección de la conducta por parte del ciudadano bajo un gobierno limitado, y las formas de justicia y equidad entre las que sobresale la procedimental. Que los principios del Estado de Derecho exigen las normas de primer orden estén autorizados y, en ese sentido sean válidas, sirvan de manera clara y directa a la legitimidad de las autoridades.

¹³² Ibid Págs. 37 – 40



El jurista citado, afirma que presenta un inventario de las principales condiciones formales, sociales y jurídicas, para un Estado de Derecho eficaz en una sociedad.

- a. “Los principios del Estado de Derecho deben ser formales y estar debidamente expresados en el derecho positivo.
- b. Deben existir instituciones jurídicas, mecanismos jurídicos, sanciones y compensaciones que implementen el Estado de Derecho.
- c. Las autoridades y otros agentes del sistema deben ‘intentar’ implantar el Estado de Derecho, lo que supone que la sociedad tiene que tomar medidas para asegurarse de que los procedimientos para nombrar a los legisladores, jueces y otras autoridades en general aseguren que dichos participantes tiene las actitudes requeridas respecto del derecho y de los procedimientos jurídicos.
- d. Los sistemas educativos deben enseñar los principios del Estado de Derecho y los valores a los que éste sirve.
- e. Debe haber una opinión pública y medios masivos de comunicación libres que mantengan la vigilancia y que estén dispuestos a publicar la importancia de los principios del Estado de Derecho y a investigar las posibles violaciones.
- f. Los ciudadanos perjudicados por las violaciones al Estado de Derecho deben tener la capacidad para intentar un resarcimiento y estar dispuestos a hacerlo.



- g. Los ciudadanos que critiquen la violación al Estado de Derecho o intenten obtener resarcimiento deben estar protegidos frente a las represalias de las autoridades o de cualquier otro.
- h. Debe haber una profesión jurídica reconocida, organizada e independiente con poderes y deseos de abogar ante los tribunales por las violaciones al Estado de Derecho.
- i. Los profesores deben estudiar y organizar los distintos órganos jurídicos que expresan e implantan los principios del Estado de Derecho, y deben ser críticos, no solo con las violaciones de éstos, sino con cualquier actitud contraria al Estado de Derecho por parte de las autoridades administrativas, los jueces, los legisladores, los medios de comunicación o los ciudadanos.¹³³
- j. Procedimientos que la comunidad haya considerado como “razonables, libres, objetivos y equitativos.

Conforme mandato de la Constitución Política de la República de Guatemala, es el Artículo 140, su sistema político de Gobierno es republicano, democrático y representativo.

Jurisprudencia. La Corte de Constitucionalidad al referirse al artículo 140 de la Constitución, en una sentencia didáctica, asentó: “(...) algunas de las características principales del régimen representativo, estas son: a) es un sistema Constitucional; b) el pueblo se gobierna por medio de sus elegidos; c) existe cierta participación de los ciudadanos en la gestión de la cosa pública que se ejerce en la medida del electorado; d) debe existir cierta armonía entre los electores y los elegidos; e) a los elegidos se les nombra por un tiempo determinado; f) es el sustituto ideal de la democracia directa en los países de gran extensión; g) las

¹³³ Idem., Págs. 58-59

instituciones representativas, por representar a personas, sirven para anular a las facciones y producir un equilibrio; h) evitar la polarización de la sociedad, si permite que las minorías tengan voz y sus derechos están mejor protegidos.







CAPÍTULO VI

6. Los Controles del Estado de Derecho

6.1 Control y Poder Político

El constitucionalista Jorge Reinaldo Vanossi afirma: “que la idea más rescatable de Montesquieu y que ha tenido mayor supervivencia es aquella según la cual ‘Solo el Poder contiene el poder’, cuya mayor aplicación inicial fue realizada por los constituyentes de Filadelfia a través del sistema de Checks and balances.

Sostiene Vanossi que el tratamiento del tema del control surgen tres cuestiones previas que operan como presupuestos para la eficaz procedencia (real y concreta) de los controles, son:

- a. La independencia del controlante con relación al controlado.
- b. El ámbito de lo controlado.
- c. El derecho de información y la publicidad de los actos.

Vanossi, sostiene, en cuanto al primer caso, ...que no existe control allí donde no se admite la separación de los poderes: Todos los regímenes que niegan la distribución del poder consiguientemente rechazan la posibilidad del control.

Que la doctrina contemporánea sostiene que la detención de todos los órganos del poder del Estado por un solo grupo o partido implica el enervamiento y la anulación del control: Lo que conlleva a que la oposición política debe tener la



posibilidad y los elementos para cumplir su función de control al oficialismo. Si existen los partidos políticos, estos por medio de los recursos o causas aptos e idóneos establecidos por la ley puede ejercer oposición a efecto de controlar el poder.

En cuanto al segundo aspecto, el autor citado asienta que la actividad gubernamental se puede distinguir entre lo discrecional, que es un ámbito reservado para el arbitrio 'político' al examen por los controles políticos, mientras que en campo o ámbito de lo reglado operan los mecanismos del control jurídico, que en algunos países es un control 'jurisdiccional' o judicial. Sostiene el autor que la "tendencia constitucional moderna, apunta decididamente a potencial la 'justicialidad', o sea ensanchar la materia sobre lo cual recae el control de lo jurídico, por tratarse – precisamente – de materias regladas."¹³⁴

En cuanto a la tercera cuestión, o sea la información y publicidad, explica Vanossi, el problema del control pasa al ámbito superior de la democracia contemporánea, esto es, que dejó de ser una de las características de la forma republicana de gobierno. Que la democracia constitucional asigna especial importancia a la existencia y a la eficacia del control, ya que de este dependen en gran medida los alcances reales de las exigencias de legalidad y de previsibilidad que conforman el valor de la 'seguridad jurídica'.¹³⁵

Qué punto imprescindible es la existencia de la publicidad de los actos estatales, que el clandestinamente u ocultamiento de los actos de gobierno equivalen a

¹³⁴ J. R. Vanossi. *Democracia Constitucional: Pluralismo y Control en El Control Parlamentario del Gobierno en las Democracias Pluralistas (proceso constitucional español)*. Terceras Jornadas Internacionales de Ciencia Política y Derecho Constitucional, edición de Manuel Ramírez. Págs. 22 - 23

¹³⁵ Idem., Pág. 23



ausencia de control, que en cuanto al derecho de información (‘derecho a los hechos’) comprende el conocimiento de las medias estatales y el derecho a contar con estimaciones valorativas acerca los hechos “cuyo conocimiento, difusión y crítica dan lugar el enriquecimiento o nutrición de una opinión pública”.¹³⁶

6.1.1 Función del Control

El constitucionalista Luis Sánchez Agesta explica que la función de control como hecho histórico ha sufrido muchas manifestaciones en la práctica parlamentaria. Dice el autor citado que el término ‘control’ es un anglicismo que en el campo de la bibliografía política tiene varios sentidos. Que su valor jurídico originario significa verificación de la regularidad en el ejercicio de una inspección. Que aceptando esa significación, asienta el autor citado, que esa “verificación de la regularidad del ejercicio, implica un límite de la actividad del órgano que se controla y una posibilidad de ampliar en sus decisiones”.¹³⁷

Sánchez Agesta hace una distinción entre el sentido discrecionalidad que el gobierno realiza y el sentido de la actividad del control, así: “el gobierno realiza su actividad discrecional para la realización del bien común y que en su actividad de control implica participación, verificación y limitación del impulso discrecional”.¹³⁸

Finalmente, el jurista español citado finalmente define la función de control como: “la capacidad o facultad indirecta de influir o limitar la decisión del titular a quien está formalmente atribuida una vía de participación.

¹³⁶ Ob. Cit., Pág. 23

¹³⁷ L. Sánchez Agesta. *Principios de Teoría Política*. 6ª. Edición revisada, Madrid: Editorial Nacional, 1976. Pág. 445

¹³⁸ Idem, Pág. 445



Que el gobierno es actividad discrecional para el bien común y, como tal, impulsos; el control es participación, verificación y limitación de ese impulso discrecional”.¹³⁹

6.2 El Poder

La tratadista María de la Luz GonzálezGonzález, expone que “El pueblo es el titular del poder político, que este vocablo procede del latín *potere*, procedente del arcaico *posse* (poder). Robert Dahl – citado por la autora GonzálezGonzález considera que los términos que aluden al poder comprenden una categoría ampliada en el campo de las relaciones humanas, así: “los términos influencia, autoridad, persuasión, discusión, inducción, coacción, compulsión, fuerza. (Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales)”.¹⁴⁰

Apunta que en las acepciones de poder del Diccionario de la Lengua Española de la vigésima primera edición, se destacan los siguientes vocablos, dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar o ejecutar una cosa, Fuerza de un Estado, en especial los militares, acto o instrumento en que consta la facultad que uno da a militares, acto o instrumento en que consta la facultad que uno da a otro para que en lugar de otro representándole pueda ejecutar. En los gobiernos representativos, el que tiene a su cargo gobernar el Estado y hacer observar las leyes.

El poder, según el jurista francés André Hauriou – citado por la jurista González, define al “poder como una libre energía que gracias a su superioridad asume la

¹³⁹ Ob. Cit., Pág. 445

¹⁴⁰ M.de la C. González González, *Teoría General del Estado*. México: Editorial Porrúa. Facultad de Derecho UNAM, 2008. Págs. 8 y 492

empresa de gobierno de un grupo humano para la creación del orden derecho”.¹⁴¹



El constitucionalista argentino Carlos S. Fayt – citado por la jurista González González – describe el poder, así: “El Poder en el Estado comprende, por una parte, el poder originario constituyente que reside en el pueblo o la nación, y el poder derivado o poder de autoridad que se encuentran investidos de la actividad funcional del Estado”.¹⁴²

6.2.1 El Poder Político

El constitucionalista Karl Loewenstein, considera que el poder tiene una importancia decisiva en el campo sociopolítico, que la política es una lucha por el poder.¹⁴³ Considera este autor que “Cada vez con más unanimidad se considera el poder como la infraestructura dinámica de las instituciones sociopolíticas”.¹⁴⁴

Afirma Loewenstein que “Quizá se pueda decir que la soberanía no es más y tampoco menos, que la racionalización jurídica del factor poder, constituyendo este el elemento irracional de la política. Según esto, soberano, es aquel que está legalmente autorizado, en la sociedad estatal, para ejercer el poder político, o aquel que en ultimo termino lo ejerce”.

¹⁴¹ Ibid Pág. 493

¹⁴² Ob. Cit., Pág. 494

¹⁴³ K. Loewenstein. *Teoría de la Constitución, Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte*. Barcelona: Editorial Ariel, 1983. Pág. 23

¹⁴⁴ Ibid Pág. 24



Que “De acuerdo con el clima intelectual en la que se incubó, la teoría tradicional se vio obligada a aceptar que el poder, elemento irracional de la dinámica política, podría ser totalmente eliminado, o por lo menos neutralizado, por medio de instituciones racionales para su ejercicio y control”.¹⁴⁵ Según este jurista. ... “En la Sociedad estatal, el poder político aparece como el ejercicio de un efectivo control social de los detentadores del poder sobre los destinatarios del poder”.¹⁴⁶

Asienta el jurista “En el Estado constitucional y democrático, la esencia del proceso del poder consiste en el intento de establecer un equilibrio entre las diferentes fuerzas pluralistas que se encuentran cumpliendo dentro de la Sociedad Estatal, siendo garantizada la debida esfera para el libre desarrollo de la personalidad humana”.¹⁴⁷

Según de lo expuesto por Leowenstein, se concluye:

- a. Que la soberanía es la racionalización del poder, que soberano es quien está legalmente autorizado por la sociedad estatal para ejercer el poder político. La teoría tradicional acepto que el poder elemento irracional de la política podría ser eliminado o cuando menos neutralizado por medio de las instituciones relacionadas para su ejercicio y control.
- b. El poder político de la sociedad estatal ejerce un efectivo control social sobre los detentadores del poder en favor de los destinatarios del poder.
- c. Que en el Estado democrático la razón del poder es establecer un equilibrio entre las diferentes fuerzas pluralistas que compiten dentro de la sociedad con la garantía debida para el libre desarrollo de la personalidad humana.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, Pág. 25

¹⁴⁶ *Ibíd.*, Pág. 27

¹⁴⁷ *Idem.*



El constitucionalista Vladimiro Naranjo, señala las siguientes características de poder público en el Estado de Derecho:

- a. “Es un poder de Superposición y Centralización.
- b. Es un poder político.
- c. Es un poder civil.
- d. Es un poder temporal.
- e. Es un poder monopolizador de la coerción material.
- f. Es un poder soberano.

6.3 La Constitución como Instrumento de Control

Los constitucionalistas mexicanos Hector Fix – Zamudio y Salvador Valencia Carmona, cuando se refieren a la Constitución como instrumento de control sostienen que: Desde su origen, la Constitución fue concebida como instrumento de control y limitación del poder. Explican que actualmente la idea de control tiene en el Estado una importancia mayor. Que en nuestro tiempo, antes que retórica, sus esfuerzos se orientan principalmente, el concepto del control del poder, es decir, dan más énfasis al control del poder, ampliando el concepto de poder, los instrumentos que el derecho constitucional “ha ido generando para encausar, limitar y ejercer un control estricto del poder, que se ha confiado los gobernantes para beneficio de todos.”¹⁴⁸

¹⁴⁸H. Fix – Zamudio y S. Valencia Carmona. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. Editorial Porrúa. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1999. PÁG. 30



Sostienen que se concede al tema del control del poder mucha importancia, pues se considera “inseparable del concepto mismo de Constitución y fundamento imprescindible para que pueda existir el Estado de derecho y el régimen democrático”.¹⁴⁹

6.4 El Control como Elemento del Concepto de Constitución

El constitucionalista español Manuel Aragón Reyes, al referirse al Control como elemento clave en la Constitución del Estado de Derecho Democrática y social, expone que a partir de 1945 se produce en “Europa la recuperación plena de la vieja idea sustentadora de la Constitución como una norma que supone, en palabras de Friedrich, el establecimiento y mantenimiento de restricciones regularizadas efectivas al Poder.”¹⁵⁰

El jurista Aragón afirma “que solo el régimen democrático – a pesar de todas sus desviaciones y limitaciones – está en condiciones de servir a la vez a los valores, políticos, económicas y funcionales de una sociedad desarrollada y solo sobre el régimen democrático puede constituirse en verdadero Estado Social. ... de donde se desprende, que la vigencia de la Constitución dependerá de su capacidad de ‘realización’, es decir, de su efectividad normativa, que como ha señalado Hesse, requiere necesariamente, ‘que la cooperación, la responsabilidad y el control queden asegurados’. O sea que de la vigencia de una Constitución democrática depende solo si la misma como norma, el Estado Social y Democrática de Derecho descansa en una efectiva realización de los controles establecidos.

¹⁴⁹ Ibid Pág. 30

¹⁵⁰ M. Aragón. *Constitución y Control del Poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires, Argentina. España 1995. Pág. 39



Los controles que se han extendido y enriquecido en la teoría y la práctica constitucional de nuestro tiempo “como garantías de una compleja división y limitación del poder.

Expone el jurista Aragón que la creación de Tribunales constitucionales, la aplicación de la Constitución por los jueces que en suma, es solo una faceta, aunque sea la más relevante, de este sistema, el control de constitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y de otros actos del poder público e incluso del poder social de los particulares, o la resolución jurisdiccional de los conflictos de atribuciones o competencia, que la ampliación y eficacia de los controles se manifiesta en la completa sumisión de la Administración a la ley y la desaparición de ámbitos exentos; el establecimiento de instituciones de fiscalización como la del OMBUDSMAN, el control parlamentario a actividades o entidades de carácter administrativo, la multiplicación de otros medios de control del poder, a cargo de asociaciones, sindicatos, grupos de interés, la creación para determinados ámbitos: consejo de Europa, comunidades Europeas de instrumentos supranacionales, político y jurídicos de control.”¹⁵¹

De lo anterior se deduce: Que la creación relevante de los tribunales constitucionales, aplicación de la Constitución por los jueces; está también establecido el control de constitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y actos dictados por el poder público y del poder social de los particulares, la resolución de los conflictos de su competencia, a eficacia de los controles; esta normada la sumisión de la administración a la ley, instituciones de fiscalización, como OMBUDSMAN, control parlamentario, el veto, como controles del poder por medio de sindicatos, grupos de interés de organizaciones.

¹⁵¹ *Ibíd.* Págs. 40 – 42



El constitucionalista mexicano Diego Valadés, afirma “que los problemas de poder tienen muchas causas y requieren soluciones muy complejas, que el constitucionalismo contemporáneo tiene instrumentos como el control, muy propios para regular el ejercicio del poder, que deben actuar de manera complementaria, aunque tradicionalmente – sostiene el jurista- se ha asociado el modelo de controles con los sistemas presidencial y parlamentario, las relaciones del control son más estrechas con el sistema de partidos, el sistema representativo y el sistema de comunicación”.¹⁵²

Según Valadés, “los problemas de la representación de los partidos y de la comunicación pretenden resolverse, en las democracias a partir del punto de intersección de los niveles óptimos de justicia y de los niveles óptimos de libertad, dos conceptos cargados de subjetivismo.”¹⁵³

O sea que:

- a. El poder tiene problemas que se originan de causas diversas que exigen soluciones complejas, el constitucionalismo social tiene instrumentos para regular el ejercicio del poder, como el control en los sistemas presidencial y parlamentario.

- b. Los partidos políticos están llamados a ejercer controles institucionales en estrecha relación con los sistemas de comunicación que pretenden resolverse en las democracias a partir de los niveles óptimos de justicia y de libertad. Esto último se considera un concepto cargado de subjetivismo.

¹⁵² D. Valadés. *Constitución y Control Político, en obra colectiva. Teoría de la Constitución ensayos escogidos*. M. Carbonell, compilador. México: Editorial Porrúa. Universidad Nacional Autónoma de México. 2000. Pág. 344

¹⁵³ Ibid Pág. 344



Los controles -dice este jurista- no constituyen un universo aislado, son solamente una expresión del proyecto constitucional de una sociedad, que los controles pueden estar disociados de las ideas dominantes, que pierden parte de su utilidad cuando la política se aleja de los contenidos doctrinarios.

Sostiene Valadés “Cuando el perfil de las ideas se hace borroso, las formas de control adquieren un tono rutinario y gris, que hace dudosa su efectividad”. Y pone como ejemplo “las sesiones de control parlamentario, donde la convergencia de perspectivas políticas hace difícil diferenciar posiciones y posturas de los protagonistas,... ese efecto tiene un efecto erosivo sobre la democracia. El ejercicio limitado del poder es una nota distintiva de la democracia,... Corresponde al sistema político establecer las formas del reclutamiento, actuación y sustitución de los diferentes políticos, pero concierne al sistema constitucional definir los mecanismos de control”.¹⁵⁴

Explica Valadés, “no hay Constitución alguna que carezca de instituciones de control, que el problema no es la inclusión en la norma suprema, ni siquiera la estructura acertada o defectuosa de los controles, el problema reside en si la Constitución posee eficacia normativa. El jurista De Vega – citado por Valadés – afirma que una de las condiciones que debe cumplir una Constitución, para ser eficaz, es su rigidez, que es obvio, de la eficacia normativa del texto constitucional depende el funcionamiento de los controles.”¹⁵⁵

Se presume que actualmente todas las constituciones establecen sistemas de control del poder, pero el ejercicio de los controles es incierto o defectuoso, no se

¹⁵⁴ Ob. Cit. Pág. 345

¹⁵⁵ *Ibid.*, Pág. 350



garantiza. Si la Constitución carece de eficacia normativa y de rigidez, el ejercicio de las garantías no existe, es incierto.

El jurista Aragón Reyes, “Afirma que el control general, no circunscrito solo al control de constitucionalidad, al dotar con su existencia de eficacia a las garantías, sea el elemento indispensable para asegurar la vigencia de los principios y las reglas materiales de la Constitución, es decir, para la ‘realización’ de los valores propugnados como fines.

Según Aragón, se ha dicho entre otros autores: N. Bobbio que la participación es inescindible de la responsabilidad y del control; que la democracia pluralista solo es posible cuando se articula sobre un sistema general de controles (Sartori); que la democracia ‘Concordada’ o ‘proporcional’ no supone la minoración del control, sino su potenciación que el Estado social no puede concebirse sin control.

(García – Pelayo); que el Estado de Derecho no significa solo que el Estado esté controlado por el derecho, sino que también existe el derecho a controlar el Estado (Kruger). Sin los instrumentos de control, en suma no es posible la existencia del Estado Social y democrático de derecho.

Para este autor, el control del poder, aparte de la eficacia que le da el control constitucional, es elemento indispensable para asegurar la eficacia, asegurarse de la vigencia de los principios y reglas materiales de la Constitución y la realización de los fines.



Asienta el autor citado: “Cuando no hay control, no ocurre solo que la Constitución sea debilitada o anuladas sus garantías o que se haga difícil o imposible ‘realización’; ocurre simplemente, que no hay Constitución”.¹⁵⁶

El constitucionalista guatemalteco Alberto Pereira – Orozco, afirma que los Órganos de Control y Defensa del Orden constitucional, son órganos que ejercen parcelas de poder. Dentro del Estado en forma horizontal de los tres poderes del Estado para impedir la concentración despótica del poder, para salvaguardar la libertad política, pero sin caer en una separación absoluta de poderes – salvo la función jurisdiccional –¹⁵⁷

Según Pereira – Orozco “a los órganos de control antes denominados también se les conoce como órganos constitucionales autónomos a los cuales Bidart Campos les denomina órganos extra poderes para referirse a los órganos estatales no situados en la órbita de los poderes clásicos del Estado.”¹⁵⁸

Entiende el jurista que el calificativo de órganos de control y defensa de la constitucionalidad, implica que estos órganos “no dependen de ninguno de los organismos del Estado, ni reciben instrucciones de los mismos; no son sujetos auxiliares del Estado. Su creación responde, fundamentalmente, a la limitación y control del ejercicio del poder público de los organismos del Estado.”¹⁵⁹

Apunta el jurista, que los órganos de Control y defensa de la constitucionalidad que señala Constitución Política de la República de Guatemala, son:

¹⁵⁶ M. Aragón. *Constitución y Control del Poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires – Argentina. España, 1995. Págs. 64 - 65

¹⁵⁷ A. Pereira – Orozco. *Sistema de Frenos y Contrapesos en el Gobierno del Estado de Guatemala*. 2ª. Edición, Guatemala: Ediciones Pereira. 2010 Pág. 243

¹⁵⁸ Ibid. Ob. Pág. 244

¹⁵⁹ Ob. Cit., Pág. 245



- a. La Corte de constitucionalidad.
- b. El Procurador de los Derechos Humanos.
- c. El Tribunal Supremo Electoral.
- d. El Ministerio Público.
- e. La Contraloría General de Cuentas.

Afirma que son órganos de control político, el Procurador de los Derechos Humanos y el Tribunal Supremo Electoral, órganos de control jurídico: la Corte de constitucionalidad y el Ministerio Público y de control técnico la Contraloría General de Cuentas.¹⁶⁰

6.5 Control de constitucionalidad

Históricamente, la primera Declaración de Inconstitucionalidad fue dictada en el año 1803 por John Marshall presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el conocido caso “Marbury V. Madison” acto que recuerda la historia como antecedente del constitucionalismo; a partir de ese antecedente, actualmente puede decirse que en casi todos los países existe establecida esa garantía del control de la constitucionalidad de las leyes. En Guatemala, está ampliamente reconocido por la Constitución de la República, el derecho de la acción de constitucionalidad de las leyes en casos concretos y las leyes de carácter general.

¹⁶⁰ Ob. Cit., Pág. 245



Los constitucionalistas argentinos Jonathan M. Miller, María Angélica Gelli y Susana Cayuso, asientan que Charles Evans Hughes que fuera presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, expresó: “Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es. Esta conocida frase ha sido motivo de meditación y estudio de los juristas indagando si esa interpretación responde a la realidad.”¹⁶¹

Origen del Control Judicial de la constitucionalidad. John Marshall fue presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1803, dictó el fallo en el caso Marbury v. Madison, que fue la primera declaración de inconstitucionalidad que registra la historia del control judicial de constitucionalidad.

Esta sentencia es el antecedente o la fuente de los actuales sistemas de constitucionalidad de la ley de muchos países del mundo.

Para conocer esa sentencia, me permito transcribirla completa: “Corte Suprema de los Estados Unidos. Marbury contra Madison, 5 EE. UU. 137 (Cranch).”¹⁶²

William Marbury contra James Madison, secretario de Estado de los Estados Unidos. Periodo febrero de 1803.

En el período de diciembre de 1801, William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper, solicitaron al tribunal individualmente, por

¹⁶¹ Jonathan M. Miller, María Angélica Gelli y Susana Cayuso

¹⁶² M. Marbury V. *Sobre el Origen del Control Judicial de Constitucionalidad* de Jorge Alejandro Amaya. Ediciones Jurídica. 2015



medio de su asesor, que ordenara a James Madison, secretario de Estado de los Estados Unidos, manifestar las causas por las cuales la Corte debía abstenerse de exigirle la entrega de los nombramientos a cada uno de los demandantes respectivamente donde se les designaba jueces de paz del distrito de Columbia.

Esta petición fue respaldada con las declaraciones de los siguientes hechos: que el Sr. Madison había sido notificado de la presentación de la presente petición; que el Sr. Adams, difunto presidente de los Estados Unidos, envió la nómina de los aspirantes a jueces de paz del distrito de Columbia al Senado para su consulta y aprobación; que el senado aprobó y consintió estos nombramientos; que el Presidente mencionado firmo formalmente las designaciones como jueces, y que el secretario de Estado estampó formalmente el sello de los Estados Unidos a las designaciones mencionadas; que los aspirantes han solicitado al Sr. Madison que les entregue dichas designaciones, quien no accedió a la solicitud; ya que se les retuvieron las designaciones mencionadas; que los aspirantes presentaron un pedido de informes al Sr. Madison en su carácter de secretario de Estado de los Estados Unidos, solicitando información si las designaciones habían sido firmadas y selladas como se menciona anteriormente; que ni el secretario de Estado ni ningún otro funcionario del departamento de Estado han brindado una respuesta explícita y satisfactoria a dicha petición; que se presentó una solicitud al secretario del senado por un acta de la nómina de aspirantes y de la aprobación y del consentimiento del senado, quien declinó otorgar dicha acta; por lo cual se emitió una orden al cuarto día del corriente periodo para que diera cuenta de las causas. Esta orden fue debidamente entregada –el Sr. Jacobo Wagner y el Sr. Daniel Brent fueron citados para presentarse ante este tribunal, y se les solicitó que presentaran evidencia, se negaron a prestar testimonio, alegando que eran empleados administrativos en el departamento de Estado, y no estaban obligados a divulgar ningún hecho referente a la administración o a las negociaciones del departamento.



La Corte ordenó a los testigos que declarasen bajo juramento, y que sus respuestas fueran admitidas por escrito; pero fueron informados que en el momento del interrogatorio podían indicar sus objeciones a contestar cada pregunta en particular, si tuvieran alguna.

El Sr. Lincoln, quien había sido el secretario de Estado en ejercicio, cuando ocurrieron las circunstancias indicadas en las declaraciones juradas, fue citado para que preste testimonio. Se negó a comparecer. Las preguntas fueron formuladas por escrito.

La Corte expresó que no habían requerido que se divulgara nada confidencial. Si lo hubiera habido, no estaría obligado a responder, y si creyera que la información requerida la había recibido confidencialmente no estaba obligado a divulgarla, ni tampoco estaba obligado a revelar cualquier información que podía incriminarlo.

Las cuestiones discutidas por el asesor en nombre de los relatores fueron:

1. Si la Corte Suprema puede expedir un mandamiento judicial en cualquier caso.
2. Si esta sería aplicable a un secretario de Estado, en cualquier circunstancia.
3. Si en el presente caso la corte puede expedir un mandamiento judicial contra James Madison, secretario de Estado.

El Sr. Marshall, presidente del Tribunal emitió la opinión de la Corte.

En el último periodo, en las declaraciones juradas leídas y archivadas por el secretario, la corte expidió una orden sobre este caso, ordenándole al secretario de Estado que exhibiera los motivos por los cuales la Corte debía abstenerse de



exigirle la entrega de la designación de William Marbury como juez de paz del condado de Washington, en el distrito de Columbia.

No se ha demostrado ninguna causa, y la presente moción es un mandamiento judicial. Lo particularmente delicado de este caso, la novedad de algunas de sus circunstancias, y la verdadera dificultad que encierran los puntos contenidos en el mismo, requieren una exposición completa de los fundamentos que respaldan la opinión que dará esta Corte.

Estos principios han estado, por parte del aspirante, muy hábilmente objetados en pleno tribunal. Según la interpretación de la corte, habrá un modelo innovador en forma, aunque no en general, de los puntos establecidos en aquella polémica.

Según el orden en el cual la corte ha visto este rema, se han considerado y decidido las siguientes cuestiones.

1. ¿Tiene el aspirante derecho a la designación que exige?
2. Si tiene derecho, y ese derecho ha sido vulnerado, ¿las leyes del país le otorgan una reparación?
3. Si se le otorgan, ¿es éste un mandamiento que corresponde emitir a esta corte?

El primer objeto de la investigación es:

1. ¿Tiene el aspirante derecho a la designación que exige? Su derecho se origina en una ley del congreso aprobada en febrero de 1801, concerniente al distrito de Columbia.



Después de dividir el distrito en dos condados, el Artículo once de la presente ley decreta que, “se designara en y para cada uno de los condados mencionados, un número de personas prudenciales para ser jueces de paz según considere oportuno el Presidente de los Estados Unidos, para desempeñarse en el cargo por un periodo de cinco años. Se desprende de las declaraciones que, de conformidad con la presente ley, la designación de William Marbury como juez de paz del condado de Washington fue firmada por John Adams, presidente de los Estados Unidos en ese momento; después de lo cual se estampó el sello de los Estados Unidos; pero la persona designada nunca tuvo acceso a la misma. Para determinar si tiene derecho a esta designación, es enteramente necesario investigar si lo han nombrado para el cargo, si lo han nombrado, la ley estipula el cargo por un periodo de cinco años, y le dan derecho a la posesión de aquellas evidencias del cargo, que, estando completas, son de su propiedad. La segunda sección del segundo artículo de la Constitución declara que, “el Presidente nominara y, por y con el consentimiento y aprobación del senado, nombrará embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y todo otro servidor público de los Estados Unidos, cuyo nombramiento no esté dispuesto de otra manera.” La tercera sección establece que “se designará a todos los servidores públicos de los Estados Unidos”. Una ley del congreso ordena al secretario de Estado conservar el sello de los Estados Unidos, “para hacer y registrar, y estampar el sello mencionado en todas las designaciones civiles de los servidores públicos de los Estados Unidos que sean nombrados por el presidente únicamente; a condición de que el sello mencionado no sea estampado en ninguna designación antes de que la misma haya sido firmada por el presidente de los Estados Unidos.” Estas son las disposiciones de la Constitución y de las leyes de los Estados Unidos, que afectan a esta parte del caso. Parecen contemplar tres pasos distintos:



1. La postulación. Este es un acto solo del presidente, y es totalmente voluntario.
2. El nombramiento. Éste también es un acto del presidente, y también es un acto voluntario, aunque puede realizarse solamente por y con el consentimiento y aprobación del senado.
3. La designación. Para conceder la designación a una persona nombrada, podría considerarse quizás como una obligación indicada por la Constitución. “podrá, dice aquel instrumento, designar a todos los servidores públicos de los Estados Unidos”.

Los actos de nombramiento a un cargo, y de designación de la persona nombrada, pueden considerarse apenas como uno igual, puesto que la facultad de realizarlos está establecida en dos secciones separadas y distintas de la Constitución. La distinción entre el nombramiento y la designación será más evidente teniendo en cuenta lo dispuesto en la segunda sección del segundo artículo de la Constitución, el cual autoriza al congreso ‘que pueden conceder por la ley la designación de los servidores públicos de menor rango que consideren apropiados, solo el presidente, los Tribunales de Justicia, a los jefes de departamentos’ contemplados así los casos donde la ley faculta al presidente para la designación de un servidor público nombrado por las cortes o por los jefes de departamentos. En tal caso, emitir una designación sería al parecer un deber distinto al del nombramiento, la realización del mismo quizás, no podría ser rechazada legalmente. Aunque la cláusula de la Constitución que requiere que el presidente designe a todos los servidores públicos de los Estados Unidos, pudo no haberse aplicado nunca a los servidores públicos que hayan sido designados de otra manera que no sea por el mismo presidente, con todo ello será difícil negar la facultad legislativa de aplicarla a tales casos. Consecuentemente, la distinción constitucional entre el



nombramiento a un cargo y la designación del servidor público que fue nombrado sigue siendo igual como si en la práctica el presidente hubiera designado a los servidores públicos nombrados por otra autoridad. Se deduce también, de la existencia de esta distinción, que, si un nombramiento debiera ser aprobado por cualquier otro acto público que la designación, la realización de tal acto público crearía el cargo; y si la persona no fuera removible de acuerdo a la voluntad del Presidente, le daría derecho a la designación, o estaría facultado al ejercicio efectivo del cargo sin la designación. Estas observaciones se presuponen solamente con el fin de hacer más comprensibles aquellas que se apliquen directamente al caso particular considerado. Este es un nombramiento realizado por el Presidente, por y con el consentimiento y aprobación del senado, y no se evidencia por ningún otro acto que por la designación en sí misma. En tal caso, por lo tanto, la designación y el nombramiento son inseparables; sería casi imposible comprobar un nombramiento de otra manera que probando la existencia de una designación; si bien la designación no es necesariamente el nombramiento; es sin embargo prueba concluyente del mismo.

¿Pero, en qué etapa se llega a esta prueba concluyente? La respuesta a esta pregunta parece obvia. El nombramiento que es un acto del presidente, debe de ser totalmente probado, cuando se comprueba que ha realizado cada paso que debe complementar. La designación, en lugar de ser el resultado de un nombramiento, debería incluso considerarse como constitutiva del mismo nombramiento; se haría aun cuando el presidente realiza su último acto o, en última instancia, cuando completara la designación. El último acto del presidente es la firma de la designación. Ha actuado entonces por el consejo y el consentimiento del Senado a la nominación propuesta, se realizó y se nombrará al servidor público. Este nombramiento es evidente por un acto abierto, inequívoco; y siendo el último acto requerido de la persona que lo realiza, excluye necesariamente la idea de ser, en lo que respecta al nombramiento, una transacción incompleta. Debe tomarse un cierto tiempo cuando debe cesar un



servidor público que no puede ser removido a voluntad del Ejecutivo. momento debe ser cuando la facultad constitucional del nombramiento se ejerció. Y a esta facultad se ha ejercido cuando el último acto requerido de la persona que poseía la facultad, se ha realizado. Este último acto es la firma de la designación. Esta idea parece haber prevalecido en la legislatura, cuando se aprobó la ley de convertir al departamento de asuntos exteriores en el departamento de Estado. Esta ley decreta que el secretario de Estado conservara el sello de los Estados Unidos, y hará y registrará expedientes, y estampará dicho sello a todas las designaciones de los servidores públicos civiles de los Estados Unidos, nombrados por el presidente: a condición de que dicho sello no sea estampado en ninguna designación, antes que la misma haya sido firmada por el Presidente de los Estados Unidos; ni a cualquier otro instrumento o acto, sin la autorización especial por consiguiente del presidente. La firma es una autorización para estampar el gran sello de la designación; y el gran sello se estampa solamente a un instrumento que sea perfecto. Certifica, por un acto que se supone de notoriedad pública, la autenticidad de la firma presidencial. Nunca debe estamparse el sello antes de que la designación este firmada, porque la firma, que le da facultad y efecto a la designación es prueba concluyente de que se concretó el nombramiento. Una vez que la designación esté firmada, la ley prescribe el deber subsecuente del secretario de Estado, que no será dirigido por la voluntad del Presidente. El secretario de Estado debe estampar el sello de los Estados Unidos a la designación, y debe registrarla. Este no es un procedimiento que se pueda variar, aunque el criterio del Ejecutivo sugiera uno que reúne mejores requisitos, este es un procedimiento exacto descrito rigurosamente por la ley, y debe ser cumplido puntualmente. Es el deber del secretario de Estado ajustarse a la ley, y en este aspecto es un servidor público de los Estados Unidos, obligando a obedecer las leyes. Actúa a este respecto, como ha sido indicado muy correctamente en pleno tribunal, bajo la autoridad de la ley, y no por instrucciones del Presidente. Es un acto ministerial que la ley impone en un servidor público particularmente para un propósito específico. Si se supone que la solemnidad de estampar el sello es necesaria, no solo para validar la designación, sino también



para completar un nombramiento, entonces cuando se estampa el sello se realiza el nombramiento y la designación es válida. La ley no requiere ninguna otra solemnidad; ni que el gobierno realice ningún otro acto. Todo lo que el Ejecutivo puede hacer para investir a la persona en su cargo; está cumplimentado, y a menos que el nombramiento entonces se concrete, el Ejecutivo no puede hacerlo sin la cooperación de los otros. Después de buscar afanosamente los principios en los cuales una opinión contraria puede ser apoyada, no se han encontrado ninguno que tenga suficiente fuerza para respaldar la doctrina opuesta. Después de hacer examinado las pruebas exhaustivamente, y después de permitirles todo el preso que precia posible otorgarles, la corte no cambió la opinión que había. Considerando este aspecto, se ha conjeturado que la designación puede haber sido asimilada a un instrumento, para cuya validez, la entrega es esencial. Esta idea se basa en la suposición de que la designación no es simplemente evidencia de un nombramiento, sino que es en sí mismo el nombramiento real; una suposición de ninguna manera indiscutible. Pero, con el fin de examinar esta objeción, cabalmente, se concede que el principio reclamado para sostenerla, se establece. Siendo que, de acuerdo con la Constitución, el nombramiento debe ser realizado personalmente por el presidente, la entrega del instrumento del nombramiento, si fuera necesario para completarlo, también deber ser concretada por el presidente. No es necesario que la investidura se realice personalmente a la persona a quien se le otorga el cargo: nunca se realizó así. La ley parecería contemplar que debe ser hecha por el secretario de Estado, puesto que ordena al secretario estampar el sello a la designación después de que haya sido firmada por el Presidente. Si bien el acto de investidura sea necesario para dar validez a la designación, esta se entrega cuando ya ha sido realizada y se otorga al secretario para que la selle, registre y notifique a la parte. Pero, en todos los casos de los autos de autorización, ciertas solemnidades son requeridas por la ley, dichas solemnidades son las que prueban la validez del instrumento. Una entrega formal a la persona no está entre ellas. En casos de las designaciones, la firma manual del presidente, y el sello de los Estados Unidos, son esas solemnidades. Esta objeción, por lo tanto, no concierne al caso. También se ha dado lugar como



posible, apenas posible, que la transmisión de la designación, y la aceptación de la misma, se podrían juzgar necesarias para completar el derecho del demandante. Transmisión de la designación es la práctica dirigida por la conveniencia, pero no por la ley. No puede por lo tanto ser necesaria para constituir el nombramiento que deba precederla y que es el acto mero del presidente. Si el Ejecutivo requiriera que cada persona nombrada a un cargo procurase por sí mismo los medios para su designación, el nombramiento no sería menos válido en esas circunstancias. El nombramiento es el único acto del presidente; la transmisión de la designación es el único acto del servidor público a quien se le asigna este deber, y se puede acelerar o retardar por circunstancias que no tendrían influencia ninguna en el nombramiento. La designación se transmite de una persona que ya ha sido nombrada; no a una persona que se nombrará o no, como la carta portadora de la designación debe ser entregada en la oficina de correos para que esta la entregue fehacientemente, o la malogre. Puede haber cierta tendencia para aclarar este punto, investigar si la posesión de la designación original es imprescindible para autorizar a una persona nombrada para cualquier cargo, para realizar los deberes de dicho cargo. No solo la negligencia, sino también el accidente o el fraude, fuego o hurto, podrían privar a un individuo de su cargo. En tal caso, supongo que no podría dudarse, que una copia del expediente registrado en la oficina del secretario de Estado fuera considerada, para todo intento y propósito, igual a la original. La Ley del Congreso lo manifestó expresamente. Para dar validez a esa copia, no sería necesario demostrar que la original había sido transmitida y perdida luego. La copia sería evidencia completa de que había existido la original, y que el nombramiento había sido realizado, pero no que la original había sido transmitida. Si aparece de hecho que la original había sido perdida en la oficina del Estado, esa circunstancia no afectaría a la operatividad de la copia. Cuando se han cumplimentado todos los requisitos que autorizan a un servidor público a registrar cualquier instrumento, y la orden para ese propósito se ha dado, el instrumento está considerado por ley en un libro de actas para ese propósito puede no haber sido realizado. En el caso de las designaciones, la ley ordena al secretario de



Estado registrarlas. Por lo tanto, una vez que estén firmadas y selladas, se impartirán la orden para registrarlas; y si están inscriptas o no en el libro de actas, para la ley están como registradas. Una copia de este registro es considerada igual al original, y los honorarios que pagará una persona que requiera una copia son fijados por ley. ¿Puede un encargado de un registro público borrar de ahí una designación que ha sido registrada? ¿O puede denegar la entrega de una copia a una persona que la exige en los términos prescritos por la ley? Tal copia, igual que la original, habilitaría al juez de paz a proceder en el ejercicio de su deber, porque, igual que la original, certificaría su nombramiento. Si la transmisión de una designación no se considera necesaria para dar validez a un nombramiento; menos aún su aceptación. El nombramiento es el único acto del presidente; la aceptación es el único acto del servidor público, y está, en términos del sentido común, posterior al nombramiento. El servidor público puede dimitir, puede negarse a aceptar: pero ni uno ni otro son capaces de invalidar al nombramiento como inexistente. Así lo entiende el gobierno, es evidente del tenor entero de su comportamiento. Una designación lleva la fecha, y el salario del servidor público que comienza desde su nombramiento; no desde la transmisión o la aceptación de su designación. Cuando una persona nombrada para cualquier cargo rechaza aceptar ese cargo, el sucesor es nominado en el lugar de la persona que ha denegado aceptar, y no en el lugar de la persona que había estado previamente en el cargo y había creado la vacante original. Es, por lo tanto, decididamente la opinión de esta corte, que cuando el presidente ha firmado una designación, el nombramiento se concreta; y que la designación está completa cuando el secretario de Estado le estampa el sello de los Estados Unidos.

Cuando un servidor público es removible a expensas de la voluntad del Ejecutivo, las circunstancias que completan su nombramiento carecen de interés; porque el acto es en cualquier momento revocable; y puede detenerse la designación, si aún está en proceso. Pero, cuando el servidor público no es removible a expensas de



la voluntad del Ejecutivo, el nombramiento no es revocable y no puede ser anulado. Confiere derechos legales que no puedan ser reasumidos. El Ejecutivo puede hacer vales su influencia según su criterio hasta que se concrete el nombramiento. Pero, una vez concretado el nombramiento, su facultad sobre el cargo está terminada en todos los casos, donde, por ley, el servidor público no puede ser removido por el Ejecutivo. El derecho al cargo está, entonces, en la persona nombrada, y tiene la potestad absoluta e incondicional de aceptarlo o de rechazarlo.

El Sr. Marbury fue nombrado, ya que su designación fue firmada por el presidente y el secretario de Estado la selló; ya que la ley que creaba el cargo le otorgó al servidor público el derecho a su puesto por un período por cinco años independiente de la voluntad del Ejecutivo, el nombramiento no era revocable; le confirió al servidor público derechos legales que están protegidos por las leyes del país. Retener la designación, por lo tanto, es un acto que debe considerar la corte ya que no está garantizado por ley, pero que vulnera un derecho legal concedido. Esto nos plantea la segunda cuestión que es:

2. Si tiene derecho, y ese derecho ha sido vulnerado, ¿las leyes del país le otorgan una reparación?

La misma esencia de la libertad civil consistente ciertamente en el derecho de cada individuo de demandar la protección de las leyes, siempre que sufra un daño. Uno de los primeros deberes del gobierno es procurar esa protección. En Gran Bretaña al mismísimo rey le demandan respetuosamente mediante petición, y siempre acata el criterio de su Corte.

En el tercer volumen de sus comentarios, en la página 23, Black-stone indica dos casos en los cuales se otorga una reparación por la mera operación de la ley.



En el resto de los casos, dice, es una regla general e incuestionable, que donde hay un derecho legal, allí también hay una reparación ya sea por acción judicial o por la acción de la ley siempre que ese derecho sea invadido. Luego, en la página 109 del mismo volumen, dice, 'estoy cerca de considerar a tales lesiones como se las conoce en los tribunales del *common law* Derecho Consuetudinario. Y remarco por la presente la siguiente observación, que todas las lesiones posibles, que no pueden enmarcarse dentro del conocible exclusivo de los tribunales eclesiásticos, militares, o marítimos, son, por esa misma razón, enmarcadas dentro del conocible de los tribunales de justicia del derecho consuetudinario; pues es un principio establecido e invariable de las leyes de Inglaterra, que cada derecho, cuando esté vulnerado, debe tener reparación, y que cada lesión su compensación apropiada'. El gobierno de los Estados Unidos es enfáticamente descrito como un gobierno de leyes, y no de hombres. Dejarán ciertamente de merecer esta alta denominación, si las leyes no suministran ninguna reparación para la violación de un derecho legal concedido. Si este oprobio se proyecta sobre la jurisprudencia de nuestro país, debe surgir del carácter peculiar del presente caso. Es el deber de todos entonces investigar si hay en su composición algún ingrediente que lo exima de la investigación legal, o excluya a la parte demandante de la reparación legal. En la prosecución de esta investigación la primera pregunta que se presenta es si esto se puede arreglar con esa clase de casos que clasificaríamos bajo la descripción de *damnum absque injuria* una pérdida sin lesión. Esta descripción de casos nunca se ha considerado, y nunca se cree que podría considerarse abarcando cuestiones de cargos de fideicomiso, de honor o de ganancia. El cargo de juez de paz en el distrito de Columbia es uno de estos casos, es por lo tanto digno de la atención y de la tutela de las leyes. Ha recibido esa atención y tutela. Ha sido creado por una ley especial del congreso, y asegurando, en cuanto las leyes pueden dar seguridad a la apersona nombrada para que lo ocupe, por un período de cinco años. No es entonces como



consecuencia de la inutilidad de la causa perseguida, que la parte damnificada puede alegar que no hay reparación.

¿Está en la forma de la transacción? Es el acto de entregar o de retener una designación que se considera como un mero acto político que pertenece al departamento del poder Ejecutivo solamente, para cuyo financiamiento nuestra Constitución le otorga al Ejecutivo supremo entera confianza; y para cualquier falta de ética respecto a la cual, el individuo dañando no tenga ninguna reparación. No debe dudarse que puedan existir tales casos; pero que cada acto del deber que se realice en cada uno de los grandes departamentos del gobierno constituye tal caso, no se puede admitir. Por la ley referente a los inválidos, aprobada en junio de 1794, que ordena al secretario en guerra colocar en la lista de pensionados a todas las personas cuyos nombres estaban incluidos en el informe que había enviado previamente al congreso. ¿Si rechazara hacer así pues, quedaría el veterano herido sin reparación? ¿Debemos enfrentarnos a que cuando la ley en términos exactos ordena la realización de un acto en el cual hay un individuo interesado, la ley es incapaz de asegurar la obediencia a su mandato? ¿Es a causa de las características de la persona contra quien se hace la demanda? ¿Debemos enfrentarnos a que los jefes de los departamentos no están de acuerdo con las leyes del país? Cualquiera sea la práctica en ocasiones particulares, la teoría de este principio ciertamente nunca será defendida. Ninguna ley de la legislatura confiere tan extraordinario privilegio, ni puede derivar de la aprobación basándose en las doctrinas del derecho consuetudinario. Después de establecer que se consideran como imposibles los daños corporales infligidos por el rey a un sujeto, Blackstone, Vol.III página 255, dice, 'pero lesiones a los derechos a la propiedad pueden ser apenas cometidos por la corona sin la intervención de sus servidores públicos: para quien la ley, en materia de derecho, no contempla ningún respeto o delicadeza; pero suministra varios métodos de detectar errores y la falta de ética de esos agentes por quienes el rey ha sido engañado e inducido a realizar un injusticia temporal. La ley aprobada en 1796, autorizaba la venta de las



tierras sobre la desembocadura del rio Kentucky, el comprador, al pagar su dinero de compra, tiene derecho total a la propiedad comprada; y al entregarle el secretario de Estado el recibo redactado por el tesorero junto con el certificado requerido por la ley, el presidente de los Estados Unidos está autorizado a concederle una patente. Se decretó luego que todas las patentes deberían estar contrafirmadas por el secretario de Estado, y registradas en su departamento. Si el secretario de Estado elegiría retener esta patente; o la patente se extraviase, debería denegar una copia de la misma; ¿puede concebirse que la ley no prevea ninguna reparación para la persona damnificada? No se puede creer que alguna persona podría respaldar tal supuesto. Se deduce que la cuestión es, si la legalidad de un acto del jefe de un departamento se podría ventilar en un tribunal de justicia o no, debe depender siempre de la naturaleza de ese acto. Si alguno de los actos pueden ventilarse, y otros no, debe haber alguna directiva en el Estado de derecho para que el tribunal dirima en el ejercicio de su jurisdicción. Algunas veces, puede haber dificultad en la aplicación de la ley a casos particulares; pero no puede, se supone, hacer mucha más dificultad en establecer la regla. Por la Constitución de los Estados Unidos, el presidente es investido con importantes potestades políticas, en el ejercicio de las cuales utilizará su propio criterio, y es solamente responsable ante la patria en su carácter político, y ante su propia conciencia. Para ayudarlo en el cumplimiento de estas obligaciones, está autorizado a nombrar a ciertos servidores que actúan por su autoridad y conforme a sus órdenes. En tales casos, los actos de estos servidores son considerados sus actos; y la opinión que merezca la manera en que el Ejecutivo utiliza dicho criterio, todavía existe, y no puede existir ninguna facultad capaz de controlar ese criterio. Los temas son políticos. Respetan la nación, no el derecho individual, y siendo confiados al Ejecutivo, la decisión del Ejecutivo, es concluyente. La aplicación de esta observación se entenderá al referirse a la ley del congreso que establece el departamento de asuntos exteriores.



Este servidor público, como sus deberes están prescriptos por esta ley, debe ajustarse exactamente a la voluntad del presidente. Es el mero órgano por el cual la voluntad de este se manifiesta. Los actos de dicho servidor público, en el ejercicio de su función como tal, no pueden nunca ser ventilados por las cortes. Pero cuando la legislatura procede a imponer a este servidor público otros deberes; cuando le ordenan imperiosamente realizar ciertos actos, cuando los derechos de los individuos dependen de la ejecución de esos actos; es siempre el servidor público de la ley; responsable ante las leyes por su conducta; y no puede según su criterio burlar los derechos investidos en otros. La conclusión de este razonamiento es que, mientras los jefes de los departamentos son los representantes políticos confidenciales del Ejecutivo, para ejecutar simplemente la voluntad del presidente, o para actuar en los casos en los cuales el Ejecutivo posee potestad constitucional o lega, nada puede estar más perfectamente claro que el hecho de que sus acciones solo pueden ventilarse políticamente. Pero cuando la ley le asigna un deber específico, y derechos individuales dependen de la ejecución de ese deber, parece igualmente claro que el individuo que se considere damnificado tiene derecho a recurrir a las leyes del país para una reparación. Si esta es la regla, preguntémonos cómo se aplica al caso en consideración en el Tribunal. La potestad de enviar la nómina al senado, y la potestad de nombrar a la persona nominada, son potestades políticas, ejercidas por el presidente según su propio criterio. Cuando efectúen un nombramiento, ejercer toda su potestad entera, y su propio criterio se aplica totalmente al caso. Si, por ley, el servidor público es removible según la voluntad del presidente, un nuevo nombramiento se efectúa inmediatamente, y los derechos del servidor público cesan. Pero, como un hecho que ha existido no puede considerarse como que nunca existió, el nombramiento no puede anularse, y por lo tanto si el servidor público no puede ser removido por prescripción de la ley por la voluntad del presidente, los derechos que ha adquirido están protegidos por la ley, y el presidente no puede reasumirlos. El Ejecutivo no tiene autoridad para extinguirlos y el servidor público tiene el privilegio de afirmarlos como si hubiera sido derivado de cualquier otra fuente. La cuestión si un derecho fue conferido o no, es, en su



naturaleza, judicial, y la autoridad judicial debe juzgar, si, por ejemplo, el Sr. Marbury habría prestado juramento como magistrado, y procedió a actuar como tal; en consecuencia de lo cual se entablo una demanda, su defensa había dependido en el hecho de ser un magistrado; la validez de su nombramiento debería haber sido determinada por la autoridad judicial. Así pues, si concibe que en virtud de su nombramiento tiene derecho tanto a la designación que se ha hecho para él o a una copia de la designación, es igualmente una cuestión que se puede ventilar en un tribunal, y la decisión del tribunal sobre ella debe depender de la opinión contemplada en su nombramiento. Se ha discutido esta cuestión, y la opinión es, que el último momento que se puede tomar como el momento en que se contempló el nombramiento, fue cuando, después de la firma del presidente, se le estampa a la designación el sello de los Estados Unidos.

Es, entonces, la opinión del Tribunal:

1. Que al firmar la designación del Sr. Marbury, el presidente de los Estados Unidos lo nombro como juez de Paz para el Condado de Washington en el distrito de Columbia; y que el sello de los Estados Unidos, estampado en la misma por el secretario de Estado, es testimonio concluyente de la veracidad de la firma y de la finalización del nombramiento; y que el nombramiento le otorga derecho legal al cargo por un período de cinco años.
2. Así, teniendo título legal para el cargo, tiene por consiguiente derecho a la designación, una denegación a entregarla es una violación llana de ese derecho, en tal caso las leyes del país ofrecen una reparación. Queda investigar:



3. Si tiene derecho a la reparación que solicita. Esto depende de:
 1. La naturaleza del mandato judicial que solicito, y
 2. La jurisdicción de este Tribunal.

La naturaleza del mandamiento judicial. Blackstone, en el tercer volumen de sus Comentarios, en la página 110, define un mandamiento como ‘una orden emitida en nombre del rey por el tribunal real, y dirigido a cualquier personal, corporación o tribunal de inferior judicatura dentro de los dominios del rey, ordenándoles hacer una acción particular especificada en el mismo que se relaciona con su cargo y deberes, y que el tribunal real ha determinado previamente, o por lo menos supuesto, para estar de acuerdo a derecho y justicia’.

Lord Mansfield, en 3 Burrows, en 1266, en el caso del rey contra el Baker y otros, establece con mucha precisión y con carácter explícito los casos en los cuales este mandamiento judicial podría utilizarse. El juez competente dice: ‘siempre que hay un derecho para efectivizar un cargo, realizar un servicio, o ejercer una licencia (especialmente si conlleva una cuestión de interés público o está relacionada con una ganancia), y una persona es denegada de la posesión, o se le expropián sus derechos, y no tiene ninguna otra reparación legal específica, este tribunal debería emitir un mandamiento, basándose en razones de justicia, como la orden judicial expresa, por razones de interés público, para conservar la paz, el orden y la buena gobernabilidad’. En el mismo caso dice, ‘este mandamiento judicial debería utilizarse en todas las ocasiones donde la ley no ha establecido ninguna reparación específica, y donde por razones de justicia y buena gobernabilidad debería hacer una’. Además de las autoridades citadas expresamente, se discutió ampliamente en pleno tribunal, quedó bien claro hasta dónde la práctica se ha ajustado a las doctrinas generales que se acaban de citar. Este mandamiento judicial, si fuera concedido, sería dirigido a un servidor público



del gobierno, y se le ordenaría, utilizando las palabras de Blackstone, 'hacer una acción particular especificada en el mismo que se relaciona con su cargo y deberes, y que el tribunal ha determinado previamente, o por lo menos supuesto que está de acuerdo a derecho y justicia.' O, según las palabras de Lord Mansfield, el solicitante, en este caso, tiene derecho a ocupar de interés público, y se le niega la posesión de tal derecho. Estas circunstancias concurren ciertamente en este caso. No obstante, para que el mandamiento judicial sea una reparación apropiada, el servidor público a quien está dirigido, debe ser uno a quien, por principios legales, tal mandamiento judicial pudiera ser dirigido; y la persona que lo solicita no debe poder apelar a ninguna otra reparación legal específica.

Con respecto al servidor público a quien sería dirigido, la estrecha relación política, existente entre el presidente de los Estados Unidos y los jefes de los departamentos, necesariamente que cualquier investigación legal de los actos de uno de estos altos servidores públicos peculiarmente molesta, así como delicada; y existen ciertas vacilaciones con respecto a la conveniencia de realizar tal investigación. A menudo, se reciben indicios sin mucha reflexión u observación; y no es muy atinado en casos como este, que la aseveración, de una persona, de sus demandas legales ante un tribunal de justicia, que es del deber de este tribunal de justicia dar lugar a las mismas, podría considerarse a primera vista como una tentativa para inmiscuirse en el gabinete, y entrometerse con las prerrogativas del Ejecutivo. Es apenas necesario que la corte niegue todas las pretensiones a tal jurisdicción. Una extravagancia, así de absurda como excesiva, que no podría ni considerarse ni por un momento. La competencia del tribunal es, solamente, decidir sobre los derechos de las personas, no es investigar como el Ejecutivo, o los servidores públicos del Ejecutivo, cumplen con sus deberes de acuerdo a su propio criterio. Las cuestiones, que por su naturaleza política, o que están por la Constitución y las leyes, sometidas al poder Ejecutivo, nunca podrán ventilarse en este tribunal. Pero, si esta no fuere la cuestión, si lejos de ser una intrusión en los secretos del gabinete, es sobre un instrumento que, según ley, está registrado, y que la ley otorga derecho a una copia del mismo previo pago de



diez centavos; sino es una intromisión con un tema, sobre el cual podría considerarse que el Ejecutivo no ejerció ningún tipo de control; que subyace en la exaltada reacción del servidor público, la que impediría a un ciudadano hacerla valer, en un tribunal de justicia, su derecho legal. ¿O prohibirá a un tribunal que haga lugar a la demanda; o que emita un mandamiento, ordenando el cumplimiento de un deber, que no depende del criterio del Ejecutivo, sino de leyes específicas del congreso y los principios generales de la ley? Si cualquiera de los jefes de los departamentos comete un acto ilegal, amparado a su cargo, por el cual un individuo sufre una lesión, no se puede pretender que su cargo solamente lo exima de ser demandado en un procedimiento ordinario, y obligado a que obedezca la sentencia conforme a la ley. ¿Cómo puede, entonces, su cargo eximirlo de este modo particular de decidir sobre la legalidad de su conducta? ¿Qué pasaría si fuera otro individuo la parte demandante? Si tal fuera el caso, ¿Daría lugar el proceso?

La conveniencia a no de emitir un mandamiento debe determinarse si está relacionado al cargo de la persona a quien se dirige el mandamiento judicial, o solamente a la naturaleza de los hechos. Cuando el jefe de un departamento actúa en un caso en el cual el criterio del Ejecutivo deba ejercerse, en cuál es el mero agente de la voluntad del Ejecutivo; se repite otra vez, que cualquier solicitud para que un tribunal controle, en cualquier aspecto, su conducta, sería rechazada sin vacilación. Pero, cuando la ley le ordena que realice cierta acción que afecta los derechos absolutos de individuos, en cuyo cumplimiento no lo ubican bajo una directiva particular del presidente, y cuyo cumplimiento el presidente no puede legalmente prohibir, y por lo tanto se presume que nunca podría haber prohibido; como, por ejemplo, registrar una designación a una patente para la tierra, que ha cumplimentado todas las solemnidades legales; o para dar una copia de tal registro; en tales casos, no se apercibe en que razones los tribunales del país se excusan del deber de dar lugar al juicio, ese derecho que debe ser otorgado a un individuo damnificado, que si esos mismos servicios lo cumpliera cualquier otra



persona y no el jefe de un departamento. Esta parece ser la opinión aceptada en este país, y no es la primera vez así considerada. Debe tenerse bien presente que en 1792 una ley aprobada, ordenando el secretario en tiempos de guerra incluir en la lista de pensionados a los oficiales y soldados lisiados que los tribunales del distrito le habían informado previamente, ley que fue considerada inconstitucional en cuanto se impuso esta obligación a los tribunales; pero algunos de los jueces entendieron que debían aplicar la ley como si fueran comisionados, y procedieron a actuar e informar con ese carácter. Esta ley fue considerada inconstitucional en los tribunales del distrito, se revocó, y se estableció un sistema distinto, pero, la cuestión es si aquellas personas, que habían sido incluidas por los jueces, como comisionados, tenían derecho como consecuencia de aquel informe, a ser incluidos en la lista de la pensión, está un dilema legal claramente determinado en los tribunales, aunque el jefe del departamento fuera el responsable de incluir a tales personas en la lista. El presente dilema pudo dirimirse claramente, el Congreso aprobó una ley en febrero de 1793, imponiéndole al secretario en tiempos de guerra, conjuntamente con el procurador general, el deber de tomar medidas necesarias como para obtener un fallo de la suprema corte de los Estados Unidos que reconociera a validez de cualesquiera de los derechos, que se demandaban amparados bajo la ley antes mencionada. Después de aprobada esta ley, se emitió un mandamiento, dirigido al secretario en tiempos de guerra, ordenándole que incluyera en la lista de la pensión a una persona que declaro por si misma estar incluida en el informe de los jueces. Hay, por lo tanto, muchas razones para creer que este modo de juzgar el derecho legal del demandante, fue considerado por el jefe de un departamento, y por el más alto servidor público de la justicia de los Estados Unidos, el más apropiado que se podría seleccionar para este propósito. Cuando el tema fue expuesto ante el tribunal, la decisión no estaba entre emitir un mandamiento ordenándole al jefe de un departamento, realizar un acto, impuesto por la ley, en cuyo cumplimiento un individuo tenía un interés adquirido, o si no debería emitir dicho mandamiento; la decisión que debía de tomarse era, necesariamente, si el informe de las designaciones le otorgaban o no al aspirante un derecho legal. El fallo en aquel caso se entiende que se ha



decidido sobre los méritos de todas las demandas de esta descripción; y la personas, en el informe de los comisionados, necesitan encontrar el modo de proseguir prescrito por la ley subsecuente a la que había sido considerada inconstitucional, para incluirse en la lista de la pensión. La doctrina desarrollada ahora, no es de ninguna manera novedosa. Es verdad que el mandamiento, emitido ahora, no ordena la realización de un acto expreso impuesto por estatuto. Es para entregar una designación; las leyes del Congreso no se pronuncian en esta materia. No se considera que esta diferencia afecte al caso. Se ha indicado ya que el aspirante tiene un derecho legal concedido a esa designación, que el Ejecutivo no puede privarlo del mismo. Lo han nombrado para un cargo, del cual no puede ser removido a voluntad del Ejecutivo; y al ser nombrado, tiene derecho a la designación que el secretario ha recibido del presidente para hacerla efectiva. La ley del Congreso no ordena de hecho al secretario de Estado que se la envíe, sino que la pone en sus manos para la persona que tiene derecho a la misma; y no puede ser retenida legalmente ni por él, ni por ninguna otra persona. Se dudaba al principio si la acción de la retención ilegal del bien no era una reparación legal específica de la designación que se le había retenido al Sr. Marbury; en cuyo caso un mandamiento sería incorrecto. Pero, esta duda ha cedido a la consideración de que el fallo de la retención ilegal del bien es para la cosa en sí misma, o a su valor. El valor de un cargo público que no se venderá, es imposible de determinarse; y el solicitante tiene derecho al cargo mismo o a nada. Obtendrá el cargo al obtener la designación, o una copia de ella del registro. Este, entonces, es un caso claro de un mandamiento, para entregar la designación, o una copia de la misma del registro, y queda solamente por investigar: si puede este tribunal emitir el mismo.

Las leyes para establecer las jurisdicciones de los tribunales judiciales de los Estados Unidos autorizan a la Corte Suprema 'para emitir mandamientos judiciales, en los casos garantizados por los principios y los usos de la ley, a cualquier tribunal designado, o a las personas que tienen un cargo, bajo la



autoridad de los Estados Unidos. El secretario de Estado es una persona que tiene cargo bajo la autoridad de los Estados Unidos, está precisamente incluido dentro del espíritu de esta descripción; y si este tribunal no está autorizado a emitir un mandamiento judicial dirigido a tal servidor público, debe ser porque la ley es inconstitucional, y por lo tanto incapaz de conferir la autoridad, y de asignar los deberes que la misma pretende conferir y asignar. La Constitución cede todo el Poder Judicial de los Estados Unidos a una Corte Suprema, y a los tribunales inferiores que el congreso, ordenase y estableciese. Este poder se amplía expresamente a todos los casos que provienen de leyes de los Estados Unidos, por lo tanto, en cierta forma, puede ejercerse sobre el presente caso; porque el derecho demandado está otorgado por una ley de los Estados Unidos. En la distribución de este poder se declara 'que la corte suprema tendrá jurisdicción original en todos los casos que afectan a embajadores, otros ministros y cónsules públicos y en aquellos en que un Estado sea una de las partes. En el resto de los casos, la corte suprema tendrá jurisdicción de apelación.' Se ha insistido en pleno tribunal, que como la concesión original de la jurisdicción a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores es general, y la cláusula, que asigna la jurisdicción original a la corte suprema, no contiene términos negativos a restrictivos; el poder legislativo sigue teniendo facultad de asignar jurisdicción original a esa corte en otros casos que no estén especificados en el artículo citado; previendo que dichos casos estén bajo la jurisdicción del Poder Judicial de los Estados Unidos. Si hubiera sido la intención de dejar librado al criterio del poder legislativo la distribución de la jurisdicción del Poder Judicial entre la Corte Suprema y los tribunales inferiores según voluntad de ese cuerpo, habría sido ciertamente inútil haber continuado definiendo específicamente el poder judicial, y los tribunales en los cuales se enviste ese poder. Si este fuera el criterio, la parte subsecuente de la sección sería meramente sobrante, carecería enteramente de significado. Si el Congreso se reserva la libertad de otorgarle a esta Corte la jurisdicción de apelación, cuando la Constitución ha declarado que su jurisdicción será original; y la jurisdicción original cuando la Constitución ha declarado que será de apelación; entonces la distribución de la jurisdicción hecha en la Constitución, carecería de



sentido. Las palabras afirmativas son, a menudo, en su operación, negativa de otros objetos que aquellos afirmados; y, en este caso, se les debe dar un sentido negativo o exclusivo, si no, no tiene ninguna operatividad en absoluto. No se puede suponer que una cláusula de la Constitución está pensada para no tener efecto, por lo tanto tal razonamiento es inadmisibles, a menos que las palabras lo requieran. Si la solicitud de la convención, respetando nuestra paz con potencias extranjeras, indujo una disposición que la corte suprema tendrá jurisdicción original en los casos que se supondrían que los afectara; con todo esto esta cláusula no tendría más aplicación que prever para tales casos, sino no se habría pensado ninguna otra restricción en las facultades del congreso. Que deben tener jurisdicción de apelación en el resto de los casos, con las excepciones que el congreso podría establecer, no hay ninguna restricción; a menos que las palabras sean consideradas exclusivas de la jurisdicción original. Cuando un instrumento que organiza fundamentalmente el sistema judicial, lo divide entre un corte suprema, y tantos tribunales inferiores como el poder legislativo pueda ordenar y establecer además enumera sus facultades y procede a distribuirlas, en cuando define la jurisdicción de la corte suprema estableciendo específicamente los casos en los cuales tendrá jurisdicción original, y en aquellos otros que tendrá jurisdicción de apelación.

Se desprende de la claridad de las palabras que, en un tipo de casos su jurisdicción es original y no de apelación y en otros es de apelación y no original. Si algún otro razonamiento hiciera la cláusula inoperante, esta sería una razón adicional para rechazar tal razonamiento, y de adherir a la interpretación obvia. Para que esta corte entonces este habilitada a emitir un mandamiento debe ser demostrado que es mediante ejercicio de la jurisdicción de apelación, o de ser necesario permitirles ejercer la jurisdicción de apelación. Se discutió en pleno tribunal que la jurisdicción de apelación se puede ejercer en una variedad de formas, y que si esta fuera la voluntad del poder legislativo que un mandamiento se utilizaría para tal propósito, debe obedecerse esta voluntad. Esto es cierto, para



la jurisdicción debe ser de apelación, no original. El criterio esencial de la jurisdicción de apelación, es que revisa y corrige los procedimientos de una causa ya instituida, y no crea dicho caso. Aunque, por lo tanto, un mandamiento puede ser dirigido a los tribunales, emitir tal orden judicial dirigida a un servidor público para que entregue un papel, es en efecto lo mismo que sostener una acción original en lo que respecta a ese papel y por lo tanto pareciera no pertenecer a la jurisdicción de apelación sino a la original. Ni lo uno ni lo otro es necesario en un caso como este, para permitirle a la Corte que ejerza su jurisdicción de apelación. La autoridad, por lo tanto, dada a la Corte Suprema, por la ley que establecen las Cortes Judiciales de los Estados Unidos, a emitir decretos judiciales dirigidos a servidores públicos, pareciera no estar garantizada por la Constitución; y pareciera necesario investigar si una jurisdicción así conferida puede ejercerse. La cuestión, si la ley, contraria la Constitución, puede convertirse en la legislación nacional, es una cuestión profundamente interesante en los Estados Unidos; pero, felizmente, no de una intrincación proporcional a su interés. Parecería simplemente necesario reconocer ciertos principios, que se supone han sido clara y cabalmente establecidos para tomar una decisión. Que la gente tiene derecho original a establecer para su futuro gobierno, los principios tales, que según su opinión, promuevan el bienestar general, es la base sobre la cual se ha erigido toda la estructura de la sociedad americana en su conjunto. El ejercicio de este derecho original es un esfuerzo muy grande, que ni puede ni debe repetirse con frecuencia. Los principios, por lo tanto, así establecidos son fundamentales. Y como la autoridad, de la cual proceden, es suprema, y pueden actuar raramente, se diseñan para ser permanentes. Esta voluntad original y suprema organiza al gobierno y asigna a los distintos ministerios sus respectivas facultades. Puede detenerse ahí, o que establezca ciertos límites que dichos ministerios no pueden exceder. El gobierno de los Estados Unidos está dentro de la última descripción. Las facultades del Poder Legislativo están definidas y limitadas y no se pueden confundir u olvidar esos límites, la Constitución está escrita. ¿Con qué fin están las facultades limitadas y con qué propósito estas limitaciones están por escrito? ¿Pueden aquellos previstos para refrenar estos límites excederlos, en cualquier



momento? La distinción entre un gobierno con facultades limitadas e ilimitadas se suprime, si esos límites no le confinan a las personas ante quienes se imponen, si los actos prohibidos y los permitidos tienen la misma obligatoriedad. Es un asunto demasiado llano para ser disputado, la Constitución controla cualquier otro acto legislativo contrario a la misma, o el poder legislativo y como otras leyes, se puede modificar cuando el poder legislativo así lo disponga. Si es válida la alternativa anterior de la modificación, se desprende de una ley dictada por el Poder Legislativo contraria a la Constitución no es una ley, si la última parte de equipararla es cierta, entonces las constituciones escritas son un intento absurdo de parte del pueblo, de limitar un poder en su propia naturaleza limitado. Todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran por cierto la ley fundamental y suprema de la nación y por lo tanto, la teoría fundacional de cada Estado debe ser que, toda ley del Poder Legislativo contraria a la Constitución es nula. Esta teoría está ligada estrechamente a las constituciones escritas y, por lo tanto, esta Corte debe considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. No debe por lo tanto perderse de vista en la posterior consideración de este tema. ¿Si una ley del Poder Legislativo contraria a la Constitución es nula, están los tribunales obligados a aplicarla y hacerla efectiva a pesar de su invalidez? O, en otras palabras, aunque no sea ley, ¿constituye una regulación que debe aplicarse como si fuera una Ley? Esta idea derrumbaría, de hecho, lo que fue establecido en teoría; en primera instancia parecería una idea absurda demasiado gravosa para insistir con la misma. Sin embargo, la consideraremos más atentamente. Le compete al Poder Judicial el deber de definir qué es la Ley. Los que aplican la regla a los casos particulares, para aplicarla deben necesariamente estudiar e interpretar esa regla. Si dos leyes son contradictorias, los tribunales deben decidir sobre la aplicación de cada una. Si una Ley fuera contraria a la Constitución: si ambas, la Ley y la Constitución se aplican a un caso particular, de modo que el tribunal deba decidir cuál de ellas aplicar a ese caso de acuerdo con la ley, ya se a ignorando la Constitución; o conforme a la Constitución misma, ignorando la ley: el tribunal debe determinar



cuáles de estas reglas en conflicto rigen el caso. Esta es la esencia misma implícita del Poder Judicial.

Entonces, si los tribunales deben tener en cuenta a la Constitución, y la Constitución es superior a cualquiera otra ley ordinaria del Poder Legislativo, la Constitución, y no tal Ley ordinaria, debe regir el caso en el cual ambas leyes se aplican. Entonces aquellos a quienes discuten ante el tribunal el principio de la Constitución deben considerarla como Ley suprema, quedan circunscriptos a la necesidad de sostener que los tribunales deben rechazar la Constitución, y contemplar solamente la Ley. Esta doctrina trastocaría los fundamentos mismos de todas las constituciones escritas. Declararía que una Ley que es enteramente nula, según los principios y la teoría de nuestro gobierno, está, a pesar de esto, en vigencia, y es totalmente obligatoria. Declararía esto, si el Poder Legislativo hiciera lo que está expresamente prohibido, tal Ley, a pesar de la prohibición expresa, está en realidad vigente. Le estaría otorgando al Poder Legislativo facultades práctica y verdaderamente omnipotentes con la misma fuerza que profesa en restringir, dentro de los límites estrictos, estas facultades. Está prescribiendo límites, y está declarando que esos límites se pueden vulnerar a voluntad del Poder Legislativo. Así queda reducido a la nada lo que hemos juzgado la mejora más grande en las instituciones políticas- la Constitución escrita, en América, donde se consideran a las constituciones escritas con tanta reverencia, será por sí misma suficiente para rechazar ese modelo. Pero, las expresiones peculiares de la Constitución de los Estados Unidos suministran argumentos adicionales en favor de su rechazo. El Poder Judicial de los Estados Unidos se aplica a todos los casos que se presentan bajo la Constitución. ¿Podría haber sido la intención de aquellos que otorgaron esta facultad decir que, al usarla, no deben examinar a la Constitución? ¿Qué un caso que se presenta bajo la Constitución debería decidirse sin estudiar el instrumento bajo el cual se presenta? Esto es demasiado extravagante para sostenerlo. En algunos casos, entonces, los jueces deben estudiar la Constitución. Y si pueden hacerlo profundamente, ¿Qué parte de ella



tendrá prohibido leer u obedecer? Hay muchos otras partes de la Constitución que sirven para ilustrar este tema. Se establece que ‘no se impondrá ningún impuesto o tasa en los artículos exportados de ningún Estado.’ Supongamos que hay un impuesto a la exportación de algodón, de tabaco, o de harina, y se presenta una acción judicial para recuperarlo. ¿Debe pronunciarse una sentencia en tal caso? ¿Deben los jueces hacer caso omiso de la Constitución y considerar solamente a la Ley? La Constitución establece que no se aprobará una Ley que condene a un individuo por traición a ley *ex post facto*. Sin embargo, ¿Si se aprobara tal Ley y procesaran a una persona amparándose en la misma, debe el tribunal condenar a muerte a aquellos damnificados que la Constitución se esfuerza en proteger? ‘ninguna persona,’ dice la Constitución,’ será condenada por traición a menos que haya prueba testimonial de dos testigos sobre el mismo acto, o a confesión de parte ante pleno tribunal.’ Aquí la letra de la Constitución se dirige especialmente a los tribunales. Prescribe, directamente para ellos, una regulación sobre la evidencia que no podrán apartarse de la misma. Si el Poder Legislativo cambiar esa reglamentación y estableciera que un testigo, o una confesión fuera del tribunal, fuera evidencias suficientes para condenar por traición. ¿Debe el principio constitucional ceder ante el principio de la Ley legislativo? De esta y de muchas otras selecciones que pueden hacerse, es evidente que los fundadores de la Constitución contemplaban este instrumento en general para la organización del Poder Judicial, así como del Poder Legislativo. Si no ¿Por qué ordena a los jueces que presten juramento para apoyarla? Este juramento se aplica ciertamente, de una manera especial, a su conducta en su carácter de servidores públicos. ¡Qué inmoral sería imponérselos, si son meros actores utilizados como instrumentos, instrumentos a sabiendas, para violar lo que juran apoyar! El juramento de toma de posesión, impuesto también a los miembros del poder legislativo, demuestra totalmente la opinión del Poder Legislativo sobre un tema. Está en estas palabras: ‘ juro solemnemente que administrare la justicia y garantizare los mismos derechos a todas las personas, sean pobres o ricas, y desempeñare fiel e imparcialmente todos los deberes que me son impuestos por



mi cargo según mi más leal saber y entender, conforme a la Constitución y leyes de los Estados Unidos.

¿Por qué un juez jura cumplir con sus deberes conforme a la Constitución de los Estados Unidos, si esta Constitución no conforma ninguna regla de gobierno? Si para él está vedada y no la puede consultar. Si tal fuera el supuesto de la situación, esto es peor que una mofa solemne. De igual manera, prescribir o tomar juramento se convertiría en un delito. Es también válida la observación que, en la declaración cuál será la suprema legislación nacional, la Constitución es, en sí misma, la primera que se menciona. Las leyes generales de los Estados Unidos no tienen ese rango. Solamente lo tienen las leyes que serán aprobadas en virtud de la Constitución. De tal modo que la terminología particular de la Constitución de los Estados Unidos confirma y consolida el principio, que se supone esencial para todas las constituciones escritas, que toda ley contraria a la Constitución es nulo, y que los tribunales, así como ministerios, están limitados por este instrumento. La regulación debe ser denegada.

6.6 Control Popular

Los pueblos, para vivir en democracia, no pueden permanecer ajenos a la actuación de los titulares de los Poderes del Estado, deben convertirse permanentemente en fiscalizadores o vigilantes del funcionamiento de los Órganos del Estado. Los gobernantes no deben ser los amos de los gobernados, sino sus servidores. Todas las personas individuales o en forma organizada tienen garantizados jurídica y políticamente el ejercicio de los controles sobre los



poderes públicos. En Guatemala, por ejemplo, en el ámbito judicial, las actuaciones son públicas y las partes ejercen sus controles puntuales recíprocos sin perjuicio del control social. En nuestro país, existen todos los elementos jurídicos, políticos, sociales, económicos, culturales entre otros, para ejercer responsablemente la comprobación, inspección, fiscalización, intervención, registro, vigilancia y el derecho a exigir el estricto cumplimiento de la Constitución Política, y en más de veinte leyes se encuentran establecidos los derechos fundamentales, las diversas acciones, defensas, procedimientos, recursos ordinarios, extraordinarios y Constitucionales.

El constitucionalista mexicano Ignacio Burgoa, al referirse al control popular sobre la actuación de los órganos del poder, asienta: “dentro de un sistema democrático la ciudadanía debe estar en contacto permanente con los gobernantes ejerciendo sobre estos una especie de ‘control’ político respecto de su conducta”. Que en la vida democrática el pueblo no debe permanecer ajeno a la situación de los titulares de los órganos del Estado, que debe convertirse en un ‘fiscalizador’ o ‘vigilante’ de la actuación de los órganos del Estado. ... El gobernante no debe ser amo de los gobernados, sino un servidor, y esta calidad característica de un sistema democrático, no existiría si el pueblo se redujera a elegirlo sin vigilarlo durante su gestión pública, pues como decía Rousseau, refiriéndose al pueblo inglés, que éste ‘cree ser libre, pero se equivoca totalmente; solo lo es durante la elección de los miembros del parlamento: en cuanto son elegidos, el pueblo es un esclavo, el pueblo no es nada’.”¹⁶³

De lo asentado por Burgoa, se concluye “que en un sistema democrático el pueblo debe estar en contacto con los gobernantes, ejerciendo sobre ellos control político en cuanto a la conducta gubernativa. El pueblo debe permanecer vigilante y

¹⁶³ I. Burgoa, *Derecho Constitucional Mexicano*. 2ª. edición, México, Editorial Porrúa. 1976. Págs. 509 – 510.



fiscalizando la actuación de los órganos del Estado. El gobernante debe ser un servidor de los gobernados, no su amo.

El pueblo en un sistema democrático debe participar en la elección del gobernante y vigilar su actuación en la conducción del ejercicio del poder. Los partidos políticos producto de la libertad de asociación y característica de la forma democrática del gobierno representan corrientes de opinión que deben participar en la problemática que interesa al pueblo.

Afirma el jurista Burgoa, el control popular a que nos referimos es para Jellinek una garantía del Derecho Público' del Estado que solo puede operar en una democracia, según el ilustre profesor de Heidelberg, ese control se ejerce por distintos medios jurídicos y políticos tales como la actuación del funcionario, la responsabilidad civil de éste frente al gobernado en particular por los hechos ilícitos que cometa en su detrimento durante sus funciones, la libertad de la expresión en sus diversas manifestaciones y la actuación de los partidos políticos entre otros.

Los partidos políticos, expone Burgoa: El ejercicio de la libertad de asociación origina la formación de los partidos políticos, cuya existencia y funcionamiento es otra de las características de la forma democrática de gobierno". Representan corrientes de opinión de la ciudadanía sobre la problemática general de un pueblo y confrontan, valorizan y censuran la conducta de los titulares de los órganos del Estado". ¹⁶⁴

¹⁶⁴ Ídem., Págs. 514 – 515.



6.7 Controles del Poder Público en Guatemala

6.7.1 Estructura jurídica y política

Entre esa estructura podemos señalar la Constitución Política de la República, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que garantizan los derechos fundamentales; Ley del Organismo Judicial, Ley Electoral y de Partidos Políticos, Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos, los códigos sustantivos, los códigos adjetivos (procesales), Código Municipal, Ley de la Procuraduría General de la Nación, Ley de Contrataciones del Estado, Ley de la Contraloría General de cuentas, Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, Ley de la Carrera Judicial, Ley Constitucional de Emisión del Pensamiento, Ley de Libre Acceso a la Información, Ley de comisiones de Postulación, Ley de Protección al Consumidor y Usuario, entre otras leyes.

En estas normativas se encuentran establecidas las defensas de los derechos fundamentales, diversas acciones, defensas, procedimientos, recursos ordinarios, extraordinarios y constitucionales.

Existen partidos políticos, universidades, colegios profesionales, asociaciones profesionales, asociación de jueces y magistrados del Organismo Judicial, asociación de jueces y magistrados del Organismo Judicial, asociaciones sociales, asociaciones cívicas, asociaciones estudiantiles, organizaciones con fines de estudio técnico – científicos como el Centro para la Defensa de la Constitución, organizaciones empresariales, Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Contra las Mujeres.



Asociaciones ecológicas, asociaciones ambientalistas, asociaciones agrícolas, asociaciones campesinas, consultas populares, asociaciones de periodistas, asociaciones culturales y artísticas en sus diversas manifestaciones, asociaciones de militares jubilados; entre otros colectivos... También hay medios de prensa escrita, radial y televisiva, cadenas o redes de Internet, entre otros entes o agrupaciones.

Todas las personas individuales y/o en forma organizada tienen garantizados jurídica y políticamente el ejercicio de los controles sobre los poderes públicos. En el ámbito judicial, las actuaciones son públicas, y las partes ejercen sus controles puntuales recíprocos, sin perjuicio del control social. En Guatemala, existen todos los elementos jurídicos, políticos, sociales, económicos, culturales, entre otros. Para ejercer responsablemente comprobación, inspección, fiscalización, intervención, registro, vigilancia y el derecho de cuestionar y exigir el estricto cumplimiento de la Constitución Política y la Ley en las actuaciones del Poder Público.

Por medio de esta investigación, se pudo comprobar que el sistema de frenos y contrapesos, como de garantías constitucionales del Estado de Derecho constitucional, en Guatemala, sí funciona, acreditados con los acontecimientos actuales en los tres Poderes del Estado, anteriormente se puede deducir que no es que no funcionaran, sino que debido a la corrupción e impunidad los mecanismos se encontraban débiles ante la falta de participación ciudadana; no así el Poder Judicial constituido en Tribunal Extraordinario de Amparo, que en todo momento ha sido garante del mantenimiento y *restablecimiento* del orden constitucional, por medio de las resoluciones dictadas por la Corte de Constitucionalidad.





CAPÍTULO VII

7. Los controles de los poderes públicos del Estado y de sus instituciones, conforme a la Constitución Política de la República de Guatemala

7.1. Poder Parlamentario

Según el constitucionalista colombiano Vladimiro Naranjo Mesa, “la esencia del sistema democrático liberal es que el Parlamento tenga poderes amplios e importantes para que ejerzan un verdadero contrapeso al Poder Ejecutivo. Que el poder esencial del parlamento es hacer las leyes, el rol del Poder ejecutivo es aplicar las leyes dictadas por el Parlamento. Afirma el jurista que se percibe una tendencia en las democracias más avanzadas de reforzar los poderes del Ejecutivo, ampliando su función colegisladora, en detrimento de las tradiciones del Parlamento en este campo. El autor apunta que esa ampliación de la esfera de Poder del Ejecutivo no implica menoscabo del control político del Parlamento sobre el Ejecutivo. El jurista Naranjo Mesa agrega que el Ejecutivo no puede salirse de esos controles normativos, fijados por el Parlamento. Otro control del Parlamento sobre el Ejecutivo es puramente político, como es el de ejercer controles a nombre de la opinión pública, que es más importante que el control del Legislativo propiamente dicho, lo ejerce por medios diversos, en primer lugar por medio de las citaciones y debates que tienen por objeto solicitarles informes sobre la gestión que adelantan, explicaciones sobre aspectos concretos de esa gestión, sobre actos u omisiones en el desempeño de la misma. En esta forma, saben los miembros del gabinete que su labor está sometida al permanente control del Parlamento. Asimismo otro medio eficaz de control es la discusión del presupuesto nacional en el Parlamento. Otro medio de control son las comisiones investigadoras que el parlamento puede designar con carácter permanente o transitorio. Otro control político del Legislativo sobre el Ejecutivo es la interpelación



a los ministros del Estado que cuando se da una moción de censura el ministro debe dejar el cargo.”¹⁶⁵

Jurisprudencia de Guatemala. La Corte de constitucionalidad, asienta: “Por esta función de control Parlamentario, el Congreso de la República tutela “un interés único que es la regulación del funcionamiento del Poder Ejecutivo a fin de que su conducta se ciña a los parámetros fijados por el orden jurídico y exigencias políticas. Y además, el Congreso cumple otra función de garantía democrática, al servir de foro de publicidad a la actuación de los poderes públicos, con el fin de que el pueblo, titular último de la soberanía pueda conocer su actuación”. ¹⁶⁶

7.2 Función Ejecutiva

Según explica el jurista Naranjo Mesa, “según el criterio formal, la función administrativa consiste fundamentalmente en realizar actos necesarios para el cumplimiento de las leyes, así como los objetivos del bien común dentro del Estado. El jefe de Estado es el de más alto nivel jerárquico dentro de la organización jurídico-política. Los factores son: el jefe de Estado simboliza y representa la unidad nacional; el sistema de gobierno se debe también al hecho de que es elegido ya sea directamente o indirectamente por medio del pueblo. El ejecutivo se rige a través de “decretos y de resoluciones”. Los decretos ordinarios son dictados por el gobierno, en sus facultades constitucionales y legales. Hay decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno y por autorización constitucional o del Congreso para casos excepcionales y que tiene capacidad de suspender la vigencia de ciertas leyes o de derogarlas. Es importante enfatizar

¹⁶⁵ V. Naranjo Mesa, *Teoría de la Constitución e Instituciones Políticas*. 7ª. edición y corregida, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, Págs. 259 - 261

¹⁶⁶ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 23. Expediente 274-91. Sentencia 18/02/1992 en Constitución Política de la República de Guatemala interpretada, 2011. Pág. 162



que los actos administrativos deben ser motivo de controles, como acciones de amparo o de inconstitucionalidad.¹⁶⁷

Jurisprudencia de Guatemala. “El Presidente de la República Constitucionalmente está facultado para la emisión de disposiciones reglamentarias, siempre y cuando estas cumplan la función de desarrollar las leyes, sin alterar su espíritu, de lo contrario se generaría un vicio de inconstitucionalidad que obligaría a su expulsión del ordenamiento jurídico”.¹⁶⁸

Principio de Legalidad. Jurisprudencia de Guatemala. “... Toda persona tiene derecho a hacer lo que la Ley no prohíbe, la disposición fundamental utiliza el concepto Ley en sentido material, no formal, es decir, atendiendo no al órgano emisor del precepto normativo de que se trate, sino a la naturaleza de éste, comprendiendo toda norma jurídica de carácter general, emitida con el objeto de regular las relaciones sociales a fin de asegurar la pacífica convivencia, siendo inherente el órgano de que haya emanado”... (cita parcial).¹⁶⁹

7.3 Función Judicial

El constitucionalista mexicano Ignacio Burgoa explica “ la función judicial es la función o actividad que los órganos judiciales del Estado desempeñan, sin que sea total y necesariamente jurisdiccional puesto que su ejercicio también comprende por excepción actos administrativos. Tampoco la función jurisdiccional solo es

¹⁶⁷ V. Naranjo Mesa, *Teoría de la Constitución e Instituciones Políticas*. 7ª. edición aumentada y corregida, Editorial Temis, Santa Fe de Bogota, Colombia, 1997. Págs. 265 -267-272

¹⁶⁸ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 59, Expediente 674-00. Sentencia: 29/03/2001 en Constitución Política de la República de Guatemala interpretada, 2011. Pág. 193

¹⁶⁹ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 91. Expediente 536-2007. Sentencia: 18/03/2009, en Constitución Política de la República de Guatemala interpretada, 2011, Pág. 179



desplegable por los órganos que, desde el mismo punto de vista, administrativos y legislativos.”¹⁷⁰

El constitucionalista argentino Germán J. Bidart Campos afirma que el Poder judicial lo forman una serie de órganos que ejercen la función del poder del Estado, que se le denomina “administración de justicia”, “jurisdicción” o “función jurisdiccional”. Afirma el autor que a los órganos del poder judicial generalmente se les llama “Tribunales de Justicia”, que lo integran los jueces naturales y que desde la parte orgánica visualizamos a la administración de la justicia en cuanto función del poder; que desde el punto de la parte dogmática, encontramos que los habitantes acuden en demanda de justicia que es lo que constituye sus derecho a la jurisdicción. Agrega el jurista que conviene advertir que el poder judicial se compone de varios órganos: Jueces y Tribunales de múltiples instancias integran una estructura vertical, que es cabeza del Poder Judicial. Estos órganos componen el gobierno que tiene a su cargo una función de poder, estos órganos se consideran no políticos, y tienen a su cargo una relación del Organismo Ejecutivo y del Órgano Parlamentario, y que eso constituye la independencia del Poder Judicial.¹⁷¹ Jurisprudencia de Guatemala. La Corte de constitucionalidad, al interpretar el quinto párrafo del Artículo 203 de la Ley Suprema, que dice: “Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de Justicia”. Asienta: “Es criterio jurisdiccional de esta instancia constitucional, reconocer como legítima la función de interpretación y aplicación de la ley por parte de las autoridades jurisdiccionales y, en este sentido, aquellas pueden emitir decisiones que aun siendo favorables a determinados sujetos procesales, no patentizan violación a derechos fundamentales garantizados por la Ley Suprema”.¹⁷²

¹⁷⁰ I. Burgoa, *Derecho Constitucional Mexicano*. 2ª. Edición, México: Editorial Porrúa, S. A. 1976. Pág. 759

¹⁷¹ G. J. Bidart Campos. *Manuel de Derechos Constitucional Argentino*. 5ª Edición. Buenos Aires, Argentina, Ediar, 1977. Págs. 705-706

¹⁷² Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 94. Expediente 3513-2009. Sentencia: 25/11/2009, en Constitución Política de la República de Guatemala interpuesta, 2011. Pág. 193



Consideramos que fue un enorme paso político las declaraciones de los principios Constitucionales y doctrinarios desde la Revolución Francesa pues ilustraron que los poderes públicos siempre deben estar bajo el control y vigilancia de las Constituciones políticas, asimismo y con la adopción de los principios de la separación de poderes, ideados por Montesquieu, se llegó a una forma de garantía del ejercicio y disfrute de la libertad y de los derechos humanos. Al constitucionalizarse estos principios políticos, se limita la concentración del poder en un solo organismo del Estado, lo que implica, al mismo tiempo, que los poderes públicos se limiten y controlen recíprocamente en el ejercicio de sus propias competencias constitucionales. Todos estos principios sentaron los fundamentos del Estado de Derecho.

7.4 Los Poderes Públicos Proviene del Pueblo

Soberanía. Nuestra Norma Fundamental, en el Artículo 141, expresa: La Soberanía radica en el pueblo quien la delega para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos es prohibida.

Jurisprudencia. La Corte de constitucionalidad (CC). Asienta: “Los principios básicos del Estado de Derecho es el de la división o separación de poderes en que se atribuye primordialmente al Organismo Legislativo la función de crear leyes ‘legislar’; al Organismo Judicial la de aplicarlas y declarar el derecho en los caso controvertidos que se someten a su conocimiento (administrar justicia): 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 de poderes limitados; el sentido de la distribución del poder estatal en diversos órganos no es básicamente el de distribuir las funciones



entre ellos con el objeto de obtener su desempeño eficiente; su fin primordial que al desarrollar separada y coordinadamente sus funciones, tales órganos limiten recíprocamente, de forma que cada uno de ellos actúe dentro de la esfera de su competencia y constituya un control recíproco con el objeto de enmarcarse dentro del régimen de legalidad”.¹⁷³

Sostiene la CC: “(...) el máximo contralor de la actividad política de los órganos del Estado es el pueblo, en el que reside la soberanía (...).¹⁷⁴

7.5 Función Legislativa y Función Controladora del Congreso de la República

Según el Artículo 157 de la Ley Suprema: “La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República...”.

Jurisprudencia. Según la CC: “(...) de acuerdo con el principio democrático es el único autorizado para decidir las políticas legislativas que el constituyente dejó abiertas”.¹⁷⁵

Asienta la CC: “El Congreso de la República ejerce, además de la función legislativa que le es inherente, una función controladora, en especial en los aspectos referentes a la actuación del Organismo Ejecutivo, con la que se procura

¹⁷³ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 86. Expediente 1312-2009 Sentencia: 19/11/2007, en Constitución Política de la República de Guatemala interpuesta, 2011. Pág. 144

¹⁷⁴ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 26. Expedientes acumulados 290 y 292. Sentencia 03/11/1992, en Constitución Política de la República de Guatemala interpuesta, año 2009 Pág. 193

¹⁷⁵ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 94. Expediente 206-2009, Sentencia: 14/10/2009 en Constitución Política de la República de Guatemala interpretada, 2011, Pág. 154



que determinadas actividades del mismo se ciñan a los parámetros fijados por el orden jurídico y las exigencias políticas”.¹⁷⁶

Queda claro que el Congreso de la República, tiene la función legislativa y la función contralora de la actuación del Organismo Ejecutivo.

7.6 Controles Extra órganos y Controles Interórganos

Según el constitucionalista alemán Karl Loewenstein, la finalidad de la Constitución es limitar la concentración del poder de un único detentador – Órgano, Poder – cuando los diversos órganos estatales se distribuyen el poder conforme la Constitución se da la cooperación, que hacen posible la formación de la voluntad estatal, con lo cual el poder está al mismo tiempo “limitado y controlado”. Que cuando las instituciones de control se ejercen dentro de la organización de un solo detentado del poder, son designados controles intraórganos y cuando los controles funcionan entre diversos detentadores del poder que trabajan en la gestión estatal, se les designa controles interórganos. Los controles intraórganos e interórganos se consideran dentro de los controles horizontales.¹⁷⁷

Sostiene el autor que el concepto de controles interórganos se aclara si se estima conforme la actual estructura de organización política de la sociedad estatal.

Explica el autor alemán, que el proceso del poder consiste en el “interjuego” de los cuatro detentadores del poder que participan en forma igual en ese proceso; electorado, parlamento, gobierno y tribunales, que el electorado es el elemento

¹⁷⁶ Corte de Constitucionalidad, Gaceta No. 26. Expedientes Acumulados 290/292/91. Sentencia: 03/11/1992 en Constitución Política de la República de Guatemala Interpuesta, 2011, Pág. 154

¹⁷⁷ K. Loewenstein. *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, reimpresión Editorial Ariel, 1983. Págs. 232 – 233.



legitimador de todos los detentadores del poder, que el parlamento, el gobierno y los tribunales están fundamentalmente equiparados; que las “influencias de estos cuatro detentadores en el marco del proceso del poder constituyen la categoría de los controles interórganos”, como ejemplos de control interórgano señala el veto del presidente a una ley del Congreso. “la disolución de la Cámara de los Comunes por el primer ministro; cuando el electorado con ocasión de unas elecciones generales, elige una nueva mayoría y con ello, un nuevo gobierno o cuando el tribunal declara como inconstitucional una ley del Parlamento”.¹⁷⁸

Apunta el autor citado que dentro del Constitucionalismo democrático tenemos:

1. Está el control de la asamblea frente al gobierno.
2. El control del gobierno frente a la asamblea.
3. El control de los tribunales frente a la asamblea.
4. El control del electorado frente a los otros detentadores del poder.¹⁷⁹

Jurisprudencia de nuestra CC. “La Constitución Política de la República limita la Concentración del poder en un solo organismo del Estado, distribuyendo su ejercicio entre varios órganos que cooperan en la formación de la voluntad estatal y que al mismo tiempo se limitan y controlan recíprocamente. En nuestro régimen constitucional existen diversas formas de control. Los controles de tipo horizontal son aquellos que funcionan dentro de un mismo nivel jerárquico, control que se ejerce por y con respecto de órganos del Estado, se dividen en controles intraórganos e interórganos. En el caso de los interórganos/ es clara la interacción de dos órganos distintos/ dándose dos supuestos; que uno de los órganos controle a otro o que los dos se controlen recíprocamente. Las funciones de control

¹⁷⁸ Ibid. Pág. 233

¹⁷⁹ Idem., Pág. 253



pueden ejercitarse en dos modalidades, ya sea como resultado de la necesidad de la participación de dos órganos para la realización de un acto estatal sobre otro. En la primera modalidad se produce un control recíproco y obligatorio, mientras que en la segunda es unilateral y facultativo. Como el sistema presidencial adoptado en la Constitución deriva de la separación orgánica de los poderes, esto provoca también una separación de la legitimidad de los mismos. ... Esta independencia de poderes y legitimidades propias, produce una serie de interferencias, relaciones y controles recíprocos, entre ellos, la posibilidad de los ministros de concurrir al Congreso y participar en los debates sobre negocios relacionados con su ramo (Arto. 194 inc. h): la obligación de presentar anualmente al Congreso, en los primeros diez días del mes de febrero de cada año, la memoria de las actividades de sus respectivos ramos, que deberá contener además, la ejecución presupuestaria de su Ministerio (Arto. 198) y la obligación de presentarse ante el Congreso con el objeto de contestar las interpelaciones que se les formule (Arto. 199)".¹⁸⁰

7.7 Atribuciones o Facultades del Congreso de la República

El Artículo 165 de la Constitución Política señala todas las atribuciones que corresponde al Congreso de la República.

Entre estas está en el inciso j) la interpelación de los ministros de Estado.

Para el jurista argentino Emilio Fernández Vásquez, la interpelación es la "Facultad que tienen las Cámaras legislativas para requerir de un ministro del Poder Ejecutivo que informe acerca de determinados actos de gobierno o para que aclare aspectos de la política en general".¹⁸¹

¹⁸⁰ Corte de Constitucionalidad, año 2011. Gaceta No. 23. Expediente 274 – 91. Sentencia de fecha: 18/02/1992 en Constitución Política de la República de Guatemala interpretada, 2011 Pág.154

¹⁸¹ E. Fernández Vásquez. *Diccionario de Derecho Público Administrativo – Constitucional – Fiscal*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981. Pág. 438



Es un control político interórgano pues se da entre dos poderes públicos.

Jurisprudencia. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, al referirse a la interpelación, sostiene: “El control de los actos del Ejecutivo está en la base del régimen democrático que establece nuestra Constitución. Las injerencias parlamentarias más importantes en el Ejecutivo, se producen en materia política, especialmente por el derecho de los representantes que es muy amplio, pues la Constitución indica expresamente que no se podrá limitar (Arto. 166). Pudiendo originar un voto de falta de confianza y su dimisión obligada (Arto. 167). Estos elementos del régimen parlamentario y no del presidencial que está en nuestra tradición Constitucional; elementos que han sido incorporados y se encuentran actualmente en nuestro sistema político – Constitucional, por lo que puede calificarse el régimen guatemalteco como semi – parlamentario o de presidencialismo parlamentario”.¹⁸²

Crítica. El Administrativista citado Jorge Mario Castillo González formula crítica a la forma como se desarrollan las interpelaciones, así:

1. Degenera en torneos de oratoria demagógica.
2. Propicia interrogatorios inquisitivos sin importancia.
3. Se basa en motivos políticos, sin tomar en cuenta el interés público o bien común.
4. Concluye sin resultados prácticos positivos.
5. Fomenta la creencia de que los puestos públicos son un botín que se reparte entre amigos y familiares del Presidente de la República.

¹⁸² Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 23. Expediente 274-91, Sentencia: 18/02/1992 en Constitución Política de la República de Guatemala interpretada, 2011, Pág. 145



6. Fomenta la creencia de que en Guatemala no existe sanción contra acto de corrupción”.¹⁸³

7.8 Atribuciones Específicas del Congreso de la República

El Artículo 170 de la Constitución, puntualiza las atribuciones específicas del Congreso.

La atribución a) Calificar las credenciales que extenderá el Tribunal Supremo Electoral a los diputados electos.

Jurisprudencia de la CC. “(...) lo que se entiende como potestad de establecer si la persona electa reúne las calidades exigidas por el orden constitucional para pertenecer al órgano de representación nacional.

Esta verificación se contempla en la doctrina como una competencia que tiene el Congreso de ser juez de la elegibilidad o compatibilidad de sus miembros y se dice estar de acuerdo con la práctica revolucionaria francesa seguida hasta la Constitución de 1946 inclusive. ...”.¹⁸⁴

7.8.1 Otras Atribuciones del Congreso de la República

El Artículo 171 de la Constitución de la República. Señala varias atribuciones, entre éstas, resaltan: la marcada con la letra a) Decretar, reformar y derogar las leyes.

¹⁸³ J. M. Castillo González. *Derecho Administrativo Guatemalteco, Teoría General*, Tomo I. 15 Edición actualizada 2004, Editorial Impresiones Gráficas, Guatemala, 2004. Pág. 353

¹⁸⁴ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 94. Expediente 272-88, Sentencia: 24/03/1988 en Constitución Política de la República de Guatemala interpretada, 2011, Pág. 164



La atribución: b) Aprobar, modificar o improbar... el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado. ...

Esta atribución en la práctica resulta ser bastante problemática para su aprobación. En el Parlamento siempre se dan las normales y necesarias discusiones sobre el particular, porque el presupuesto se proyecta sobre supuestas recaudaciones tributarias sobre eventuales ingresos ordinarios y extraordinarios. Opinamos que una vez presentado por el Ejecutivo el proyecto del presupuesto de ingresos y egresos al Congreso de la República, el Ejecutivo por medio del Ministerio de Finanzas Públicas debe actuar diligentemente hasta encontrar los mecanismos necesarios que posibiliten una recaudación tributaria responsable para la aprobación y evitar así el potencial control político que pudiera ejercer el Congreso improbando el nuevo presupuesto.

La atribución c) Decretar impuestos ordinarios y extraordinarios conforme a las necesidades del Estado y determinar las bases de su recaudación.

Al igual que los dos anteriores, ocasiona muchas controversias para su aprobación.

7.9 Funciones del Organismo Ejecutivo

Según el Artículo 182 de la Norma Fundamental. El presidente de la República es el jefe del Estado de Guatemala y ejerce las funciones del Organismo Ejecutivo por mandato del Pueblo. ... actuara siempre con los Ministros en Consejo o separadamente con uno o más de ellos; es el Comandante General del Ejército,



representa la unidad nacional y deberá velar por los intereses de toda la población de la República.

7.10 Límites de Actuación del Poder Público

Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad. “Esta Corte estima necesario apuntar cuales son los límites de actuación del Poder Público, sobre la estricta base Constitucional, delimitada en forma expresa, por lo que al hacer una lectura detenida del contenido de los artículos 182 y 183 Constitucionales, se aprecia que el Presidente de la República como Jefe del Estado, tiene asignadas una serie de atribuciones en el manejo de la cosa pública, con el auxilio de diversos funcionarios; también en lo que atañe a las relaciones internacionales descritas en los artículos 149, 150 y 151 del texto Supremo; y para el caso específico de Centroamérica, sus acciones se encaminarán a la adopción de medidas que de manera parcial o total logren la unión política o económica de la región; siendo una de las actividades que se procuran lo anterior; la que se refiere al comercio que funciona sin más límites que aquellas que por motivos sociales o de interés impongan las leyes”.¹⁸⁵

Dentro de las funciones del Presidente de la República contenidas en el Artículo 183, está el ejercicio político del veto, inciso h) Según el Artículo 178, Veto. Dentro de los quince días de recibido el decreto y previo acuerdo tomado en Consejo de ministros, el presidente de la República podrá devolverlo al Congreso con las observaciones que estime pertinentes, en ejercicio de su derecho de veto. Las Leyes no podrán ser vetadas parcialmente. ...

¹⁸⁵ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 94. Expediente 2409-2009, Sentencia: 25/11/2009 en Constitución Política de la República de Guatemala interpretada, 2011, Pág. 149



Jurisprudencia de la Corte de constitucionalidad: “(...) el ejercicio del veto produce el efecto procesal de enervar la sanción de una ley y se enmarca dentro del trámite de su formación que, en su fase de sanción, le confiere al Presidente de la República la facultad de vetar el proyecto, únicamente con las observaciones que considere pertinentes correspondiendo posteriormente al Congreso, no solamente reconsiderar el proyecto de ley ratificándolo o no, en el cual el Ejecutivo debe necesariamente sancionar y promulgar el decreto dentro de los ocho días siguientes de recibido; de no hacerlo así, lo hace en su defecto el Congreso para que surta efectos de ley”.¹⁸⁶

El veto es un control político interórgano porque involucra dos poderes. Es un principio republicano de frenos y contrapesos.

7.11 Organismo Judicial

7.11.1 Concepto de Poder Judicial

Para el Constitucionalista español Francisco Balaguer Callejón (Coord.), el Poder Judicial es la denominación conceptual, abstracta y genérica con que se conoce a la organización (conjunto de órganos) a la que la Constitución encomienda una función distintiva: la judicial o más propiamente jurisdiccional (juris – dictio).¹⁸⁷

El autor señala los caracteres del Poder Judicial según la Constitución española de 1978: La justicia emana del pueblo que se administra en nombre del Rey por

¹⁸⁶ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 28. Expediente 4-93, Sentencia: 19/05/1993 en Constitución Política de la República de Guatemala interpretada, 2011, Pág. 176

¹⁸⁷ F. Balaguer Callejón. *Derecho Constitucional*. Coord. Obra Colectiva. Volumen. II. Madrid, Tecnos 1999, Pág. 436



los jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos exclusivamente al imperio de la ley.¹⁸⁸

Independencia del Organismo judicial y potestad de juzgar. Según el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la Justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República.

Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. ...

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.

Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

El control de la Constitucionalidad por medio de la función jurisdiccional.

Según el Constitucionalista argentino Germán J. Bidart Campos, la jurisdicción Constitucional se entiende como la función ejercida para tutelar y mantener la Supremacía de la Constitución. Que la tutela se orienta fundamentalmente contra la actividad que por ser contraria a la Constitución se califica como inconstitucionalidad. Afirma el autor citado que la jurisdicción constitucional ha tenido tanta importancia en el derecho constitucional contemporáneo, que es

¹⁸⁸ Ibid. Pág. 439



conocida la tendencia a radicarla en órganos distintos de los judiciales comunes, y hasta atribuirle a un órgano de la más alta jerarquía, que se “considera al margen de la triada de poderes”.¹⁸⁹

El control de la Constitucional por medio de la función jurisdiccional según el Artículo 203 de la Constitución se ejerce por la Corte Suprema de Justicia. En el área de los controles o defensas Constitucionales, los tribunales de justicia pueden conocer y resolver una acción de Exhibición Personal que deben resolverse diligentemente, pueden conocer en primera instancia un proceso de amparo. Conforme el sistema americano, difuso o mixto que sigue Guatemala, un juez o tribunal de jurisdicción ordinaria puede resolver un control o acción de inconstitucionalidad, si está conociendo un caso concreto. En este caso los jueces resuelven declarando únicamente la inaplicación de la ley al caso concreto y tiene carácter vinculante.

7.11.2. Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad

“La Constitución en el Artículo 203 contiene varios elementos que concurren a determinar lo que deba considerarse como función jurisdiccional. En efecto, dice que ‘la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República’, que ‘corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado’, que los ‘magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones’, que ‘la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales de justicia, que tiene por finalidad la declaración y realización del

¹⁸⁹ G.J. Bidart Campos. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, 5ª. Edición, Argentina. Ediar, 1977. Pág. 753



derecho mediante la aplicación de la ley a casos concretos. En el ejercicio de dicha función los tribunales gozan de exclusividad e independencia”¹⁹⁰

Consideramos que por la experiencia que tenemos de trabajar en el Organismo Judicial y por el crecimiento de la sociedad guatemalteca, se hace necesario que se le otorgue un presupuesto superior al actualmente asignado para la institucionalización de más tribunales y su respectiva estructura técnica para cumplir mejor el principio de una pronta y cumplida administración de justicia que demanda el Estado de Derecho.

El Control del Poder Ejecutivo. El Veto. El presidente de la República previo acuerdo tomado en Consejo de Ministros podrá devolver al Congreso el decreto con las observaciones que considere pertinente en ejercicio de su derecho al veto.

El Poder Judicial es la potestad de juzgar con Independencia y el Control de dicho Poder, radica de acuerdo con nuestra Constitución, que ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de Justicia. La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los Tribunales que la Ley establezca.

Anteriormente analicé, cuales son los controles que forman el gobierno de Guatemala, siendo los tres poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial y su función en cuanto a los contrapesos; citando ejemplos de los mismos, el Poder Legislativo ejerce control, sobre el Poder Ejecutivo, por medio de las interpelación de los Ministros de Estado, quienes tienen la obligación de presentarse al

¹⁹⁰ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 35. Expediente 296-1994, Sentencia: 26/01/1995 en Constitución Política de la República de Guatemala interpretada, 2011, Pág. 195

Congreso con el fin de contestar las interpelaciones que se les formulen y de esta
podrá derivarse el voto de falta de confianza, lo que obliga al ministro a presentar
su dimisión.





CONCLUSIÓN

En el Estado de Derecho, los ciudadanos tienen una mayor participación en la toma de decisiones políticas; de manera legítima por medio de la organización política que permita ejercer la influencia directa en las decisiones públicas. El ciudadano, en particular, tiene la tranquilidad y seguridad que le garantiza el Estado para el pleno ejercicio de sus derechos y libertades. Por su parte, la función pública está revestida de los principios de legalidad y juridicidad, en el irrestricto respeto por el ordenamiento jurídico y la jerarquía normativa, que asegura la vigencia de los derechos fundamentales, frente a arbitrariedades del Estado; de esa cuenta, la división de poderes constituye el sistema político de frenos y contrapesos. Aunque siempre está latente la posibilidad de abuso, la efectividad de las instituciones jurídicas Constitucionales mediante los procedimientos preestablecidos, suspenden los efectos de estos actos o resoluciones que causan agravio o restituyen los derechos cuya violación haya sido consumada. El Estado de Derecho busca mantener un equilibrio entre las fuerzas políticas pluralistas, con el fin de garantizar el desarrollo integral de la persona.

En el Estado de Derecho existe la legitimación de los gobernantes, por elecciones periódicas, por medio del sufragio universal, el pluralismo de opciones, como ocurre con el órgano Ejecutivo y el Legislativo; y por procesos de Comisiones de Postulación, que no solo permiten la libre participación de todos los ciudadanos que se consideren aptos para ejercitar la función pública que se convoque, sino que, además, se realiza bajo el escrutinio público, tanto de la sociedad civil como de los medios de comunicación.

La Constitución Política de la República de Guatemala es el pacto social que contempla los principios fundamentales de la persona, (políticos, económicos y sociales), de manera enunciativa y no limitativa, determinando las bases sobre las cuales deben ejercitarse las acciones públicas en un régimen democrático, proveyendo de controles políticos y jurídicos para el adecuado ejercicio del poder.





BIBLIOGRAFÍA

Aguilo Regla, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima – Bogotá Colombia: Editorial Palestra, Temis S.A. 2004.

Ansátegui Roig, Francisco Javier: *Crisis de la ley y Estado constitucional*, En obra colectiva: *Estado constitucional derechos fundamentales*. Coordinadores: Javier Mijangos y González, Ricardo Ugalde Ramírez. Universidad Autónoma de Querétaro, México: Editorial Porrúa, Facultad de Derecho Querétaro, 2010.

Aragón, Manuel. *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires, Argentina; España. Editorial: Fareso, S.A. España, 1995.

Balaguer Callejón, Francisco. *Derecho Constitucional*. Coord. Obra Colectiva con Gregorio Cámara Villar, Juan Fernando López Aguilar, Juan Cano Bueso, María Luisa Balaguer Callejón, Ángel Rodríguez. Vol. II. Madrid: Editorial Tecnos. 1999.

Bidart Campos, Germán. *Derecho Constitucional del poder*. T. I. Argentina: EDIAR, 1967.

Bidart Campos, Germán. *Lecciones Elementales de Política*. 3ª. edición. Argentina: Editorial Ediar, 1982.

Brand, Salvador Osvaldo. *Diccionario de Economía*, Nueva edición actualizada, Editorial Juridica Salvadoreña, febrero 2006, San Salvador.



Burgoa, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*, 2da. Edición, México: Editorial Porrúa. 1976.

Caminal Badia, Miquel (Editor). *Manual de Ciencia Política*, Prólogo de Jordi Capó, Obra colectiva, 2ª. edición, España: Tecnos, 1999.

Carbonell, Miguel. *Una Historia de los derechos fundamentales*. 1ª. reimpresión, UNAM, CNDH. México: Editorial Porrúa, 2010.

Castillo González, Jorge Mario. *Derecho Administrativo Guatemalteco*, Teoría general, Tomo I, 15ª. edición actualizada. Guatemala: Editorial Impresiones Gráficas, 2004.

Corzo I. Edgar. *Justicia Constitucional En Un Estado Democrático De Derecho, En recopilación de las conferencias dictadas en los seminarios de difusión, divulgación y actualización de la justicia constitucional*. Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 1998.

Díaz, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, Pensamiento, Grupo Santillana de Ediciones, S.A. 1998.

Duverger, Mauricio. *Instituciones Políticas Y Derecho Constitucional* Colección Demos. Barcelona – Caracas – México: Editorial Ariel. 6ª.edición 1980.

Fernández Vázquez, Emilio. *Diccionario de Derecho Público Administrativo – Constitucional – Fiscal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1981.



Ferrajoli, Luigi. *Estado Legislativo de Derecho y positivismo jurídico. El Estado de Derecho, conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*. Obra Colectiva, Coordinadores: Miguel Carbonell, Sistani Orozco, Rodolfo Vásquez. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Itam, Siglo XXI, 2002.

Fix – Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. México: Editorial Porrúa. Universidad Nacional Autónoma De México. 1999.

García – Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Introducción de Manuel Aragón, Alianza Universitaria Textos. Madrid: Alianza Editorial, 1987.

García – Pelayo, Manuel. *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, 10ª. Reimpresión, Madrid: Alianza Universidad. 1996.

González González, María De La Luz. *Teoría General del Estado*. Facultad de Derecho, UNAM. México: Editorial Porrúa. 2008.

Hauriou, André, Gicquel, Jean – Patrice Gélard. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Colección Demos, Barcelona – Caracas – México: Editorial Ariel, 1980.

Herrarte, Alberto. *Los Fundamentos del Estado de Derecho*, Guatemala: Editorial Lagert, 1982.

Jiménez de Praga, Manuel. *Los Regímenes Políticos Contemporáneos*, 5ª. edición, Madrid: Editorial Tecnos, 1974.



Leowenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*, Traductor: Alfredo García Anabitarte. Reimpresión, Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

Lucar Verdú, Pablo. *Curso de Derecho Político*, Vol. II. 2da. Edición revisada, Madrid: Editorial Tecnos, 1977.

Lucas Vedú Pablo Y Lucas Murillo de La Cueva, Pablo. *Manual de Derecho Político. Introducción a la Teoría del Estado*, 3era. Edición, Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

Jiménez de Parga, Manuel. *Los regímenes políticos contemporáneos, teoría general del régimen, Las grandes democracias con tradición democrática*, 5ª.. edición revisada y puesta al día, Madrid: Editorial Tecnos, 1974.

Mendoza Bermauntz, Emma. Prólogo en: *Teorías Acerca de la soberanía y la globalización*, de González González, María De La Luz; presentación: Fernando Serrano Migallon. México: Editorial Porrúa, Facultad de Derecho, UNAM, 2005, P. IX

Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría Constitucional E Instituciones Políticas*. 7ª.edición. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1997.

Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 7ª. edición, aumentada y corregida. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A. 1977.

Pantoja Moran, David. *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. 1973.

Peces – Barba, Gregorio. *Los Valores Superiores, Temas clave de la Constitución española*, Madrid: Editorial Tecnos, S.A. 1986.



Peces – Barba, Et Al. *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*. Colección Universitaria, Madrid: Editorial Debate, 1987.

Pereira – Orozco, Alberto. *Sistema de frenos y contrapesos en el gobierno del Estado de Guatemala*. 2ª edición corregida y ampliada. Guatemala: Editorial Generacion Perdida Ediciones EDP De Pereira. 2010.

Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, España: Editorial Tecnos, S.A. 1984.

Ramírez Jiménez, Manuel, *Comentarios a leyes políticas* (Obra dirigida por Oscar Alzagavillaamil) T. VIII. Revista de Derecho Público. Madrid, 1985.

Salvador Oswaldo Bran. *Diccionario de Económica*. Nueva edición actualizada, El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2006,

Sánchez Agesta, Luis. *Principios de Teoría Política*. 6ª edición revisada. Madrid: Editorial Nacional, 1976.

Sierra González, José Arturo. *Derecho Constitucional Guatemalteco*. Guatemala: Piedra Santa, 2000.

Summers, Robert. *Los Principios del Estado de Derecho*, en obra: *Estado de Derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. Obra Colectiva, Coordinadores: Miguel Carbonell, Wistano Orozco, Rodolfo Vásquez, Universidad Autónoma de México, Itam Excelencia Académica, México: Siglo XXI, 2002.

Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, 6ª edición revisada y aumentada, México: Editorial Porrúa, 1963.



Valadés, Diego. *Constitución y control político*, en obra colectiva: *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*. Miguel Carbonell, Compilador. México: Editorial Porrúa. UNAM. 2000.

Valadés, Diego. *Representación y legitimidad en Estado de Derecho concepto, fundamentos y democratización* (Compilador). México: Editorial Porrúa. UNAM. 2000.

Vanossi, Jorge Reinaldo, *Democracia Constitucional: Pluralismo y control*. Edición de Manuel Ramírez, en: *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas* (El proceso constitucional español) Terceras Jornadas Internacionales de Ciencia Política y Derecho Constitucional, Barcelona: Editorial Labor, S.A., Calabria 235 – 239. (1978).

Vázquez, Rodolfo. *El Estado de Derecho: Una Justificación*, En obra colectiva: *Estado de Derecho concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. Coordinadores: Miguel Carbonell, Wistano Orozco, Rodolfo Vázquez. UNAM, Itam Excelencia Académica, México: Siglo XXI. 2002.



LEGISLACIÓN

Constitución Política de la República de Guatemala, “25 años”, Guatemala, 14 de Enero de 2011.

Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad, Gaceta No. 86. Expediente 1312 – 2204. Fecha de Sentencia 19/11/2007.

Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación “25 años”, Guatemala, 14 de enero 2011. Gaceta No. 51 Expediente 931 – 98. Fecha de sentencia: 08/02/1999.

Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad. “25 años”, Guatemala, 14 de enero de 2011. Gaceta No. 95. Expediente 2331 – 2009. Fecha de sentencias 21-01-2010.

Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad, 2011. Gaceta No. 23. Expediente 274 – 91. Sentencia de fecha: 18/02/1992.

Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad, 2011, Gaceta No, 35 Expediente 296 – 94. Fecha de Sentencia 26/01/1995.

Constitución Política de República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad, 2011. Gaceta No. 9. Expediente 172 – 82. Fecha de sentencia 25/11/2009.

Gaceta No. 1 Expediente 12 – 86. Fecha de Sentencia: 17/09/1986
Constitución Política de La República de Guatemala y su interpretación por la Corte De Constitucionalidad. ”25 años”. Guatemala, 14 de enero de 2011.