

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



**ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO
Y REALIDAD JURÍDICA GUATEMALTECA**

MSc. FAUSTO FERNANDO MALDONADO MÉNDEZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2016

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

**ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y REALIDAD JURÍDICA
GUATEMALTECA**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MSc. FAUSTO FERNANDO MALDONADO MÉNDEZ

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

DOCTOR EN DERECHO

Guatemala, octubre 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**

PRESIDENTE: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
SECRETARIA: Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar

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, 20 de Agosto de 2015

Maestro
Luis Ernesto Cáceres
Director de la Escuela de Posgrado en Derecho
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Estimado Maestro Cáceres,

El motivo de la presente es informarle, en mi calidad de asesor de tesis, que el doctorando Fausto Fernando Maldonado Méndez ha concluido de manera satisfactoria su trabajo de tesis doctoral. Dicho trabajo, que lleva por título *Estado constitucional de derecho y realidad jurídica guatemalteca*, está listo para ser defendido por el doctorando Maldonado Méndez.

Es grato compartirle que considero que dicha tesis defiende un punto digno de ser atendido en el campo del derecho constitucional en Guatemala. El autor construye un argumento comprensivo que brinda una perspectiva rigurosa acerca de las razones por las cuales el Estado constitucional no se ha logrado realizar en nuestro país. Desde un ángulo jurídico, alimentado por consideraciones de teoría constitucional, historia del derecho y sociología jurídica, Maldonado Méndez ofrece una serie de causas que han impedido que la profunda opción moral de la axiología constitucional moderna pueda encarnarse en la vida política y jurídica de Guatemala.

El maestro Maldonado Méndez ofrece una serie de sugerencias para progresar en la consecución del Estado constitucional de derecho en nuestro país. Dichas sugerencias toman en cuenta, no sólo las condiciones socio-históricas de Guatemala, sino también el contexto general de la globalización neoliberal. En este sentido, su trabajo ofrece guías para pensar la realidad guatemalteca en la crisis política y jurídica actual.

Para consolidar el andamiaje de su disertación, el doctorando Maldonado presenta no sólo consideraciones doctrinales en el campo jurídico, sino también evidencias económicas, sociológicas y políticas que sostienen su posición.

Soy de la opinión de que la disertación doctoral del maestro Maldonado Méndez llena los requisitos metodológicos para su aprobación. Se investiga y se argumenta de manera adecuada para una tesis de doctorado. La bibliografía es adecuada y actualizada.

Es necesario recalcar que este tema es de relevancia para nuestro contexto jurídico, más aún en una época como la nuestra, en la que es importante aclarar las reglas del juego jurídico al nivel constitucional. En este sentido, el trabajo de Maldonado

Méndez contribuye a una de las misiones de la USAC: la aportación a la solución de los problemas nacionales. Puede decirse, por lo demás, que el enfoque adoptado por Maldonado Méndez promete contribuir al desarrollo de la teoría jurídica no sólo en nuestro país, sino que también en América Latina.

En virtud de lo anterior, me permito entregar esta carta con el fin de que el doctorando Maldonado Méndez prosiga con los procedimientos establecidos en nuestra escuela a fin de que se nombre al tribunal examinador respectivo.

Sin otro particular me suscribo de Ud.,

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JRM', is written over a horizontal line. The signature is stylized and somewhat abstract.

Dr. Jorge Mario Rodríguez-Martínez
Profesor
Escuela de Postgrado en Derecho
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Guatemala, 20 de septiembre 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 CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y
REALIDAD JURÍDICA GUATEMALTECA**

Esta tesis fue presentada por el Lic. Fausto Fernando Maldonado Méndez del Doctorado en Derecho, 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

C.C. Archivo



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, veinticuatro de septiembre del dos mil dieciséis.

En vista de que el MSc. Fausto Fernando Maldonado Méndez, aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho**, lo cual consta en el acta número 46-2015 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y REALIDAD JURÍDICA GUATEMALTECA”**. 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 Farra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





DEDICATORIA:

a:

Dios, por su amor y misericordia para conmigo.

a:

Mi Madre: Mujer sabia y bondadosa , que estando en la presencia del padre celestial me ha guiado para cumplir con mis metas.

a:

Mi Padre: Por el don de la vida, ejemplo, apoyo incondicional y la oportunidad de llegar a ser alguien en la vida.

a:

Mi esposa: por su amor y bondad.

a:

Mis hijos: Por su amor y comprensión.

a:

La más que tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, que continua siendo una fuente inagotable de conocimiento y critica, de investigación y reflexión, sobre nuestro país y el mundo.

ÍNDICE



INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Entre el Estado Legalista de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho	1
1.1. El Estado de Derecho: una aproximación histórica	5
1.2. El Estado de Derecho en su forma moderna.....	11
1.3. La complejidad de significados del Estado de Derecho	12
1.4. Crítica del Estado Legalista de Derecho	18
1.5. El Estado Constitucional de Derecho como progreso	21
1.6. El surgimiento histórico del Estado Constitucional de Derecho.....	24
1.7. Las tendencias legalistas del Estado de Derecho en Guatemala.....	29
1.8. Conclusión del capítulo	33

CAPÍTULO II

2. La realidad jurídica en Guatemala: un enfoque sociohistórico	37
2.1. El Derecho en el período de La Conquista.....	42
2.2. El Derecho en la Época Colonial.....	51
2.3. El Derecho en la Época Independiente	55
2.4. Repercusiones generales del pasado jurídico en Guatemala	65
2.5. Conclusión del capítulo	69



CAPÍTULO III

3. La crisis del constitucionalismo en la globalización	73
3.1. ¿Qué es el neoliberalismo.....	77
3.2. El fenómeno de la globalización.....	87
3.3. La globalización neoliberal en Guatemala.....	97
3.4. La criminalización de la protesta social	100
3.5. Conclusión del capítulo	103

CAPÍTULO IV

4. El constitucionalismo democrático ante la globalización neoliberal	107
4.1. La crisis del modelo constitucional en el contexto de la gobernanza	110
4.2. Las tendencias constitucionales en el mundo contemporáneo.....	114
4.3. Un Estado constitucional injusto y disfuncional	121
4.4. La realidad constitucional de Guatemala.....	128
4.5. El desarrollo constitucional en Guatemala	131
4.6. Conclusión del capítulo	135

CAPÍTULO V

5. Prospectos jurídicos para el futuro de Guatemala	137
5.1. Una profunda crisis de gobernabilidad: el problema de la corrupción	140
5.2. Los límites de la transparencia y la fiscalización	146
5.3. Crisis y transformación política.....	149



5.4. La recuperación de la economía como ámbito del bien común.....	160
5.5. La recuperación de la política.....	162
5.6. La recuperación de la ética ciudadana y constitucional.....	165
5.7. Conclusión del capítulo	169
CONCLUSIÓN	171
BIBLIOGRAFÍA.....	175



INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva sociológico-jurídica esta tesis de doctorado confronta el abismo que se ha abierto entre la realidad sociopolítica de Guatemala y el paradigma constitucional de derecho. Este acercamiento a la realidad sociojurídica permite identificar y destacar los aspectos que se necesita mejorar para que nuestro régimen jurídico se determine en función de los ideales axiológicos y las medidas garantistas que distinguen al genuino Estado constitucional de derecho.

Basado en un análisis de la realidad jurídica guatemalteca y en una evaluación de los prospectos del constitucionalismo global, así como en un esclarecimiento de los principios de dicho modelo jurídico, esta tesis sugiere algunos puntos sustantivos sobre los cuales deben enfocarse quienes deseen mejorar la fisonomía institucional del Estado en Guatemala. Se hace hincapié en el fortalecimiento de aquellas áreas que hacen posible la consolidación de las precondiciones sociales y axiológicas de dicho régimen político y jurídico, como lo son sus aspectos económicos, políticos y judiciales (en un sentido amplio que incluye las virtudes jurídicas). La premisa general de este ensayo asume que un Estado constitucional de derecho, sólido y genuino, refleja una sociedad articulada por medio de relaciones sociales en las cuales los valores reconocidos en la Carta Magna (justicia, bien común, dignidad) son de observancia general.

Dentro de este marco general, se presentan un conjunto de argumentos destinados a aclarar los problemas que, en el ámbito cultural y jurídico, representan una barrera para que se consolide un orden que proteja la dignidad humana. El trabajo argumenta que tales problemas hunden sus raíces en una



historia en la que han predominado los intentos de los grupos oligárquicos de organizar en su favor la práctica jurídica concreta. Asimismo, se hace mención de los problemas que comporta el actual proceso de deconstitucionalización del Estado de bienestar alrededor del mundo.

Asimismo, se ofrecen una serie de argumentos para que los próximos cambios constitucionales se den mediante reformas y no a través de un cambio total, el cual se torna inconveniente, en virtud de los problemas de ingobernabilidad que enfrenta la sociedad actual. En todo caso, la actual Carta Magna brinda elementos positivos que pueden desarrollarse, aunque la realidad este penetrada de un alto grado conflictividad. Ningún texto constitucional puede crear las propias virtudes que lo consolidan.

Esta tarea demanda poner atención, no solo a las diversas dimensiones que determinan la vida jurídica de una nación como la nuestra, sino también a la arquitectura conceptual de la idea de Estado constitucional de derecho. En este sentido, esta tesis sostiene la idea de que las carencias de la vida jurídica nacional se deben a la poca oportunidad que se ha experimentado, a lo largo de la historia, de consolidar las virtudes éticas que son precondition para la vigencia de un auténtico Estado de derecho. Estas falencias se enraízan en las complicadas circunstancias de nacimiento y desarrollo político de la nación guatemalteca.

Estas dificultades se agravan a medida que la globalización se ha organizado en función de los intereses de los grandes consorcios económicos transnacionales y de las perspectivas de los países hegemónicos. Esta situación ha llevado a un retroceso mundial de los ideales constitucionales basados en los Derechos Humanos, situación que repercute en crisis globales y regionales, como es el caso de la desigualdad, las medidas de austeridad que han afectado a Europa, la crisis migratoria que ha cobrado miles de vidas (muchas de ellas de menores



de edad), así como el desmantelamiento de los sistemas de salud y educación en nuestra sociedad. De este modo, la crisis nacional se ubica dentro de un marco global de aumento de la vulnerabilidad humana frente a los problemas sociales.

El trabajo está organizado en cinco capítulos, los cuales abordan diferentes facetas del problema general del que se ocupa esta disertación. El objetivo general es mostrar, desde diferentes ángulos, el contexto histórico y contemporáneo que ha hecho imposible la consolidación de las virtudes morales que exige un orden jurídico, en especial el que promueve el constitucionalismo moderno. Cada capítulo presenta su respectiva conclusión para tratar de mantener, no solo la fluidez en la lectura, sino también la coherencia teórica y la secuencia ordenada de las propuestas desarrolladas en estas páginas. Esta estrategia permite anudar, por otro lado, la complejidad de las condiciones que afronta la implementación del Estado constitucional de derecho en Guatemala.

El primer capítulo aborda la distinción entre el Estado Legalista de Derecho y el Estado constitucional de derecho. Se profundiza, de manera crítica, en el análisis de los procesos histórico que han permitido el desarrollo de dichos modelos de Estado de Derecho. Asimismo, se pone de relieve que los sectores dominantes de Guatemala han optado históricamente por la modalidad legalista de dicho Estado, dado que este expediente les permite consolidar un dominio que es criticable desde el punto de vista moral, perspectiva desde la cual se ha criticado al Estado Legalista de Derecho. Además, este capítulo se asoma a una historia de ambos modelos. Se señala, adicionalmente, la variedad de significados que posee la noción de Estado de Derecho.



El segundo se ocupa de los diversos aspectos que conlleva la comprensión del desarrollo histórico de las estructuras jurídicas en Guatemala. Se enfatiza en el análisis de los períodos históricos de la conquista, así como las épocas colonial e independiente. Estos períodos muestran la consolidación de un poder ilegítimo, por parte de grupos oligárquicos, cuyo dominio ha llevado a un déficit en lo que concierne al respeto de la dignidad de los sectores más vulnerables de la sociedad guatemalteca. En este capítulo se ensaya una crítica de la viabilidad del Estado legalista de derecho en Guatemala.

El capítulo tercero se encarga de examinar la situación del constitucionalismo moderno, a partir del cambio de paradigma global que supone el advenimiento de la globalización neoliberal. Se analizan, de manera separada, al neoliberalismo y a la globalización. Se pone particular énfasis en señalar las dinámicas de erosión de los Derechos Humanos que suponen las prácticas económicas y políticas de la gobernanza, las cuales ponen en entredicho la misma idea de soberanía y Estado constitucional de derecho. Por su parte, el neoliberalismo erosiona la base axiológica de la democracia constitucional, al reducir el ámbito social a un campo de competitividad e irresponsabilidad social. Asimismo, se examina las repercusiones de la globalización neoliberal en Guatemala, señalando no solo sus aspectos devastadores, desde el punto de vista económico, sino también incluso sus repercusiones en la criminalización de la protesta social, un movimiento del Derecho Penal que se ha ido afianzando en las últimas décadas. Acentuando en este capítulo, el fenómeno de la creciente desigualdad y el problema ambiental, especialmente el del cambio climático.

En el cuarto capítulo se examinan las respuestas del constitucionalismo moderno para los desafíos de la globalización neoliberal. Se analizan, con brevedad, algunos de los desarrollos constitucionales, especialmente los que se han llevado a cabo en Sudamérica. De la misma manera, se analizan las



nacientes propuestas asociadas a la comprensión de la pérdida del Estado nacional. Estos desarrollos se contrastan con la falta de funcionalidad y Justicia que persiste aun con la presencia, en nuestro país, de una Carta Magna de factura avanzada, pero asumida de manera demasiado formal. Bajo esta perspectiva general, se hace un análisis de la realidad jurídica guatemalteca.

El quinto capítulo se esfuerza por brindar algunos de los prospectos jurídicos que puede brindar el Derecho en Guatemala, si se toman en cuenta la tarea de recuperar la política, la economía y la ética, como dimensiones de la vida ciudadana. Una idea concreta de este capítulo es que el nivel de conflictividad, la falta de acuerdos y la desconfianza que priva en la sociedad guatemalteca hacen muy compleja la tarea de involucrarse en la elaboración de un nuevo texto constitucional. Recuperando el espíritu crítico que reclama transformaciones profundas, se propone desarrollar la Carta Magna vigente desde 1985, para desarrollar los aspectos que se quedaron sin mayor evolución (por ejemplo, la ley de aguas). Asimismo, se plantea la necesidad de eliminar el artículo que no permite al Estado acudir al Banco de Guatemala en caso de necesidad, y que sitúa al Estado guatemalteco en una situación de deuda con el sector financiero privado guatemalteco, el cual no manifestaría mayores contemplaciones a la hora de impulsar políticas de austeridad que harían que el gobierno brindara un mínimo de bienestar a una población asediada y cansada de la política tal como se ha desarrollado, harta de la corrupción generalizada y agobiada por la ausencia de propuestas concretas y realizables.

Finalmente, se brinda una conclusión que trata de anudar las enseñanzas generales de este trabajo, así como los caminos que quedan abiertos para futuros investigadores. Este apartado, como es de esperar, enfatiza las ideas centrales de este trabajo.



CAPÍTULO I

1. Entre el Estado Legalista de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho

El Estado de Derecho, en su sentido constitucional moderno, constituye uno de los logros más importantes que ha alcanzado la cultura occidental. Este modelo de convivencia humana, que hunde sus raíces en expresiones consagradas del pensamiento jurídico y político clásico, contempla un ideal de convivencia humana que, expresado en diversas construcciones normativas y doctrinales, postula como nota básica la sujeción a las normas acordadas por un poder constituyente, cuya legitimación se deriva del respeto de los Derechos Humanos y la búsqueda del bien común. Tales objetivos enriquecen el ideal tradicional de la coexistencia humana bajo un cuerpo de leyes que surge como expresión de la voluntad general.

En su versión contemporánea, esta forma de organización de la sociedad, supone, en realidad, un cambio de paradigma en la concepción de lo que constituye un sistema de derecho legítimo. En ese sentido, muchos órdenes jurídicos han alcanzado, en la época contemporánea, un definitivo cariz moral. En términos ideales, las reglas del sistema de derecho se subordinan al logro de la justicia y otros valores como el bien común y la seguridad jurídica. Dentro de tales valores ocupa un papel fundamental el respeto a la dignidad humana.



Una tarea necesaria es comprender la profundidad que este modelo ha alcanzado en la relativamente corta vida de Guatemala como un país independiente. En efecto, cabe preguntarse, en función de la relativa cercanía histórica de muchos de los cambios institucionales asociados con la Constitución Política de la República de Guatemala (1985), hasta qué punto el Estado Constitucional de Derecho ha podido establecer sus pilares en una sociedad que, a juzgar por el acontecer de los últimos años cuando no de los últimos meses, muestra una preocupante falta de gobernabilidad, evidentes vacíos de institucionalidad y un sentimiento ciudadano de decepción por la captura mafiosa del Estado.

Este trabajo examina la realidad de Guatemala para responder la pregunta acerca de la distancia que media entre el discurso constitucional y las estructuras sociales e institucionales, especialmente las jurídicas, de este país. Desde un punto de vista substantivo y metodológico. El modelo constitucional garantiza una mirada profunda sobre la realidad social e histórica de este país, precisamente en la medida en que la idea de la dignidad humana, núcleo de un orden político legítimo, entra en conflicto con estructuras sociales penetradas por la desigualdad y la injusticia.

La profundidad de miras que supone la perspectiva constitucional no es arbitraria; esta surge de la conciencia de los peligros que conlleva ignorar las demandas normativas que emergen de la dignidad humana, especialmente después de la experiencia del fascismo y el nazismo durante la Segunda Guerra Mundial. Este reconocimiento se ve fortalecido, sin duda, por la historia de opresión política y social que ha acontecido en otras naciones y regiones. Cabe preguntarse, en este sentido, si las estructuras



jurídicas y sociales de este país reflejan un auténtico compromiso, o por lo menos dotado de un adecuado grado de aceptabilidad, con las visiones axiológicas y morales que le dan substancia al Estado Constitucional de Derecho.

La tarea que se emprende en estas páginas puede iniciarse contrastando las estructuras generales del Estado (legalista) de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho.¹ La razón es simple: la cultura jurídica del país aún se sitúa bajo el primer paradigma, la del modelo legalista, razón que explica, al menos en parte, las dificultades que enfrente la consolidación del modelo constitucional. Desde luego, hay otros factores y muchos de estos serán examinados en páginas posteriores. Sin embargo, la distinción entre ambos modelos permite alcanzar criterios para comprender los problemas jurídicos de la realidad guatemalteca. Precisamente una de las tesis generales que se despliegan en este trabajo es que los grupos dominantes de este país han comprendido que el respeto a las leyes, independientemente de su orientación axiológica, se adecua a los intereses inmediatos de su hegemonía social y económica. Este hecho se da a pesar de un compromiso puramente discursivo con el Estado Constitucional de Derecho.

En este sentido, estudiar la distinción entre el Estado de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho, puede ser un auxiliar importante para entender nuestras carencias políticas y jurídicas de una manera más directa. En este sentido, subyace a este trabajo la posición de que, si no se ha podido establecer el Estado de Derecho en

¹ Por razones expositivas, este trabajo usa la expresión “Estado de Derecho” para referirse a lo que, en rigor, es el Estado Legalista de Derecho.



Guatemala, mucho menos se podrá hacerlo con el Estado Constitucional de Derecho, el cual demanda requisitos valorativos más fuertes y definidos, algunos de los cuales demandan una virtud ciudadana bien establecida. Desde una perspectiva más positiva, conocer la historia y conexiones de estos dos modelos ayuda a identificar los problemas jurídicos más profundos que deben solventarse para que este país entre en la senda de un auténtico desarrollo democrático.

De este modo, en la siguiente sección se procede a presentar, de manera crítica, el desarrollo del Estado de Derecho; esta estrategia permitirá distinguir el paradigma legalista y el constitucional. Este recurso hará posible evaluar la forma en que ambas versiones del régimen estatal de derecho se relacionan con la realidad de nuestro país. Además, bajo esta distinción, se desarrollan una serie de circunstancias críticas que, desde la perspectiva de la sociología jurídica contemporánea, pueden ayudar a descubrir las falencias del Estado Constitucional de Derecho en nuestro país.

En efecto, la sociología jurídica viene a ser, como la caracteriza Vincenzo Ferrari, el “estudio del derecho en acción”.² Un derecho en acción que se despliega, hay que decirlo, en la historia. Por esta razón, para analizar el Estado guatemalteco en términos de los parámetros constitucionales, debe llevarse a cabo un análisis que conjunte la reflexión sociológica con las disquisiciones históricas. Solo así se puede evaluar el espacio abismal que media entre discurso constitucional y realidad sociopolítica.

²Vincenzo Ferrari, *Primera lección de sociología del derecho*, traducción de Héctor Fix Fierro, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 8.



1.1. El Estado de Derecho: una aproximación histórica

El concepto de Estado de Derecho se desarrolla durante varias etapas de la historia jurídica, especialmente en el decurso temporal del pensamiento europeo y norteamericano que va del siglo XVII a la primera mitad del siglo XX. En un sentido más específico, el Estado de Derecho, de corte marcadamente legislativo (Francia) o constitucional (EE.UU.), está ligado con el primer discurso de los Derechos Humanos, el que se desarrolla durante el período de la Revolución Francesa y el de la Revolución Americana. Una de las ideas primordiales de este desarrollo conceptual desemboca en la idea de “voluntad general” que había sido teorizada inicialmente por el filósofo ginebrino Jean Jacques Rousseau.

El surgimiento del Estado de Derecho no puede comprenderse en toda su plenitud sin valorar las contribuciones previas desplegadas en las obras de pensadores que van desde filósofos como Aristóteles hasta juristas como el austriaco Hans Kelsen, pasando por autores liberales consagrados como el inglés John Locke, el ginebrino Jean Jacques Rousseau y el alemán Emmanuel Kant, por mencionar solo a algunos de los intelectuales más importantes que configuraron el enfoque jurídico de corte liberal que desemboca en el ideal de la supremacía de la ley o la Constitución en el contexto del Estado burgués de derecho.

Se debe reconocer que dicha tradición occidental tiene sus raíces en los albores del pensamiento occidental que es producto de una fusión cultural que recoge elementos griegos, romanos, judíos, árabes e incluso, orientales. De este modo, no se puede



hablar de la tradición occidental en el sentido de una cultura monolítica, desarrolló como tal desde la antigüedad. En este orden de ideas, es conveniente recordar someramente las ideas sobre las leyes desarrolladas por Platón y Aristóteles.

Platón escribió dos obras para investigar la estructura del mejor Estado: *La República* y *Las Leyes*. En la primera de estas obras, Platón trata de entender en qué consiste el ser humano, a partir de una investigación de lo que constituye un Estado justo. Desde la perspectiva platónica, el Estado justo debe fundarse en una rígida división de roles entre diferentes componentes de la ciudad (la *Polis* griega), organización que se establece a partir de un paralelismo entre los seres humanos y la *Polis*. De este modo, la ciudad justa se basa en un estado de armonía entre los productores (parte apetitiva del alma), los guardianes (parte volitiva del alma) y la clase dirigente (parte racional del alma). El dirigente de la *Polis* platónica surge del grupo de aquellos que alcanzan la virtud suprema entre la clase de los guardianes, los cuales (hombres y mujeres) no tienen ningún tipo de propiedad ni relación matrimonial; los hijos son educados por el Estado.

Se comprende que Platón aspirara a que los mejores miembros de su sociedad no se enfrascaran en luchas por el poder e influencia, más aún cuando veía a la propiedad y a la búsqueda del interés particular como las causas de las divisiones sociales que llevan a la violencia y a la injusticia en las relaciones humanas. Platón buscaba una meritocracia basada en la virtud, tratando desde luego de encontrar soluciones a las propias crisis de su tiempo, en el cual ya se había hecho evidente que las riquezas y



los placeres podían alterar la función directiva de la sociedad.³ Recuérdese que Platón maduró intelectualmente en el tiempo en que concluían las guerras entre Atenas y Esparta, un período dramático en la historia griega.

Es claro que, en el modelo de *La República*, el Estado (*Polis*) viene a constituirse en una construcción racional a los que se subordinan los seres humanos particulares. Desde luego, no existen libertades en el sentido moderno; sin embargo, ya existe una apelación a la creencia de que es posible construir un modelo de convivencia absolutamente basado en la razón. Indudablemente, esta creencia forma parte de la tradición del Estado de Derecho, en el sentido de que es posible alcanzar una forma de vida común que se base en la auténtica racionalidad, la cual se expresa en las leyes. Dicho ideal, en efecto, adquiere matices especiales en la segunda gran obra política de Platón, *Las leyes*, obra en la cual se presentan las ideas concebidas por un Platón experimentado, uno que ya ha comprendido, después de sus experiencias en Sicilia, isla en la que incluso fue vendido como esclavo después de oponerse al dictador de la ciudad, la imposibilidad de aspirar a construir un orden perfecto, que no tome en cuenta la realidad de los asuntos humanos.

Por su parte, Aristóteles, discípulo de Platón y a la vez maestro del famoso conquistador Alejandro Magno, promueve la idea de que el gobierno de uno o de muchos debe subordinarse a la ley.⁴ Las leyes constituyen un sistema de gobierno que

³ Platón, *La República o el Estado*, traducción de Patricio de Azcárate. Madrid: Espasa-Calpe, 2007.

⁴ Véase la presentación de esta idea jurídica de Aristóteles en: F.J. Contreras, *La filosofía del derecho en la historia*, Madrid: 2014, p. 37.



es superior al gobierno de los hombres, sistema en el cual los intereses particulares hacen que las formas de gobierno, la monarquía, la aristocracia y la democracia degeneren en tiranía, oligarquía y demagogia, respectivamente. El Estado busca el bien individual y el común dado que el ser humano que es sociable por naturaleza y solo en la *Polisse* puede dar la realización efectiva del hombre. Es de notar que Aristóteles también es capaz de llegar a notar que la equidad es necesaria para rectificar la justicia legal en consideración al caso concreto, aparte de notar que existe una justicia necesaria para el trato entre los hombres (el contrato, el intercambio) que difiere de aquella distributiva que se atribuye en función de criterios proporcionales, como los relacionados al mérito, en donde el que brinda más, merece más.⁵

La idea de Estado de Derecho recibe, además, la impronta romana, la cual se manifiesta en la magnífica construcción jurídica del derecho romano, el cual absorbe, en sus períodos finales la influencia del pensamiento cristiano. En el pensamiento romano se consolida, a través de la obra de Polibio, la idea de la *República* que se basa en el respeto de las leyes y el equilibrio de los distintos modos de gestión del Estado (monarquía, aristocrática y pueblo).⁶ Este esclavo romano de origen griego plantea la idea de la Constitución mixta.

⁵ Desde mi punto de vista, Aristóteles no tiene una concepción rígida de la ley, lo cual lo ubicaría en una posición de antecesor de las visiones constitucionales. En efecto, algunos defensores de la visión constitucional del Estado de Derecho postulan que el razonamiento judicial no se agota en la simple subsunción, sino que debe plantear el ejercicio del razonamiento práctico y la ponderación. Para las referencias al pensamiento aristotélico de este capítulo véase Francisco José Contreras, *La filosofía del derecho en la historia*, Madrid:Tecnos, 2014.

⁶ Polibio, *Historia de Roma*, edición de José María Candau Morón, Madrid: Alianza Editorial, 2008.



El ideal del Estado de Derecho sigue teniendo antecedentes importantes en la Edad Media, que, es una época en la cual la filosofía se convierte en una sirvienta de la teología. Uno de los grandes filósofos de la Iglesia Católica es Santo Tomás de Aquino, quien caracteriza a la ley como una orden racional emanada del que tiene el cuidado de la comunidad y que está motivada por la búsqueda del bien común, término que equivale a la idea de felicidad en Aristóteles. Este filósofo, por lo tanto, desarrolla la idea de la racionalidad de las leyes.

Este doctor de la Iglesia Católica, nacido en Italia y responsable de la difusión de Aristóteles en el inicio de la tradición universitaria, durante la Edad Media, distingue varios tipos de ley. En primer lugar, la ley natural radica en la participación intelectual de la criatura racional en la ley eterna. La ley natural ordena hacer el bien y evitar el mal; impulsa al ser humano a conservarse (unirse en matrimonio, cuidar de los hijos, vivir en sociedad, buscar el bien común, etc.). No puede ser cambiada por las directivas de origen humano. Por su parte, la ley humana ayuda a concretizar la ley natural en las circunstancias concretas de la vida humana. Esta se impone para hacer obligatoria, mediante la sanción de la ley natural. La normativa jurídica de origen humano tiene que adecuarse a la ley natural; una directiva moderadamente injusta puede ser seguida solo para evitar el desorden y la anarquía. Pero no se puede ir, en términos generales, contra la ley racional que emana de la voluntad de Dios. Es conveniente mencionar, por lo demás, que Santo Tomás recuerda a Isidoro de Sevilla cuando este enfatiza la importancia del derecho escrito (ley, *legere*). Las leyes humanas están penetradas por



la contingencia y no pueden, por lo tanto, ser infalibles. Sin embargo, la ley promulgada por el tirano no es ley en el sentido propio, sino una perversión de esta

Hacia el final de la Edad Media surge el Estado Moderno bajo la influencia de Nicolás Maquiavelo y Juan Bodino. Así, en primer lugar, surge la idea de Estado. En efecto, como lo señala Pier Paolo Portinaro, la idea de Estado sirve para designar, a finales de la Edad Media, a esos organismos políticos que ya habían alcanzado un carácter estable, algo significativo en una época de dispersión del poder como lo fue la Edad Media.⁸ Corresponde a Maquiavelo introducir la noción de Estado dentro del léxico político moderno.

El segundo concepto que parece indispensable para formular la idea del Estado de Derecho lo constituye el concepto de soberanía, que adquiere su forma moderna en la obra de Jean Bodin. Para el autor francés la soberanía se convierte en un atributo de la República la cual es definida como, “un recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano”.⁹ Esta noción, aplicada al inicio a los príncipes y reyes, será después un atributo del pueblo. Pero este fenómeno solo acontecerá a medida que se vayan dando los cambios revolucionarios en el Antiguo Continente. En su sentido primigenio, la noción de soberanía apunta al poder superior, sobre el cual ya no existe otro poder: la soberanía apunta al poder de decisión último. No es extraño,

⁷ Para comprobar estas referencias al pensamiento de Santo Tomás, también puede consultarse el ya mencionado trabajo de F.J. Contreras, referenciado en la nota anterior.

⁸ P. P. Portinaro, *Estado*, traducción del italiano de Heber Cardoso, Buenos Aires, Argentina: Nueva Visión, pp. 45-46.

⁹ J. Bodin, *Los seis libros de la República*, cuarta edición, traducción de Pedro Bravo Gala, Madrid: 2006, p. 9.



por lo tanto, que en un primer momento la idea de soberanía pueda ser aplicada a los monarcas europeos.

En este proceso histórico, se prepara el terreno para el surgimiento de los distintos Estados-naciones de Europa, continente que tendrá que experimentar varios conflictos bélicos hasta que se logre la paz de Westfalia (1648), el cual concluye una serie de guerras que habían conmocionado a Europa durante varias décadas. Con los Estados naciones ya consolidados, el continente europeo entrará en la época del Estado de Derecho en su versión propiamente moderna. Este contexto también se alimenta de la experiencia que significa el surgimiento de los EE.UU., después de su guerra de independencia contra los ingleses.

1.2. El Estado de Derecho en su forma moderna

La idea de Estado de Derecho en el mundo occidental corona una historia intelectual y política en la que se generan, de manera paulatina, una serie de conceptos que constituyen la ciencia política moderna. En este desarrollo va esbozando, poco a poco, no solo la idea de Estado de Derecho, en general, sino también la idea de un régimen constitucional de derecho, especialmente a partir de la experiencia norteamericana, la cual comprende las contribuciones políticas y doctrinarias europeas anteriores. Además, debe recordarse que la fundación de los EE.UU. va a influenciar, de manera profunda, los cambios revolucionarios en el viejo continente, esencialmente el de la Revolución Francesa (1789), acontecimiento en donde incluso participaron personas que se destacaron en la lucha por la independencia norteamericana.



Puede postularse que el concepto de Estado Legalista de Derecho, ya en su moderno, es una respuesta al Estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del poder. En este sentido, el Estado de Derecho no puede desvincularse del origen de las doctrinas liberales.

En este contexto, adquiere una importancia superlativa la noción de “división de poderes”, que como sabemos se debe al filósofo político francés Charles Secondat Barón de Montesquieu, quien la planteó en su famosa e influyente obra *El Espíritu de las leyes*.¹⁰ Las contribuciones de Montesquieu dieron el esqueleto fundamental del Estado de Derecho, debido a que este se constituye en el medio para evitar la concentración del poder en un solo ente, situación que ha sido vinculada con las más terribles formas de tiranía. Por esto, el ideal de división de poderes sigue siendo, hasta la fecha, uno de los pilares del Estado democrático de derecho, aunque de hecho el ideal constitucionalista parece, debido al control difuso y concentrado de constitucionalidad, oponerse a la división de poderes. Incluso, no son pocos los autores que temen el famoso problema del “gobierno de los jueces”.

1.3. La complejidad de significados del Estado de Derecho

Los aspectos históricos del Estado de Derecho ayudan a entender la consolidación de este como una conjunción de ideales jurídicos que han sido desarrollados a lo largo de

¹⁰ Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, traducción de Mercedes Blásquez y Pedro de Vega, Madrid: Alianza Editorial, 2003.



la historia del mundo occidental, especialmente en las postrimerías del siglo XIX. Dichos desarrollos históricos asumen la presencia de una tradición respetable de autores y pensadores que poco a poco generaron las ideas que, en la época moderna, desembocaron en el liberalismo. En ese sentido, los defensores del Estado de Derecho poseen una tradición jurídica y política respetable detrás de sus propuestas, una que debe ser considerada en su complejidad.

Desde el principio es necesario aclarar que la noción del Estado de Derecho es bastante amplia y carente de univocidad. En efecto, esta noción comprende modelos que apuntan a diferentes nociones tradiciones jurídicas. Así, por ejemplo, la noción de Estado de Derecho tiene diferentes matices y significados según se trate de la *Rule of Law* en inglés, del *Rechtsstaat* en alemán, del *État de droit* en francés, o del *Stato di diritto* en italiano. En la medida en que estas expresiones pertenecen a ámbitos jurídicos diferentes, es obvio que su significado no puede ser equivalente.

De este modo, las tradiciones intelectuales en el mundo anglosajón demuestran un empirismo y un respeto a lo establecido que no se encuentra en la racionalidad del pensamiento francés. El Estado de Derecho, entendido como *rule of law*, alcanzó su maduración con el jurista británico Albert Dicey para quien el significado primario de esta se refiere a que “ningún hombre ha de ser castigado o puede sufrir legalmente en su cuerpo o en sus bienes excepto por una violación específica de la ley, establecida



del modo legal ordinario ante los tribunales ordinarios del país”.¹¹ En este sentido, la *rule of law* hace referencia a un orden de seguridad jurídica, que no se abre a valores, como lo hace, por ejemplo, el pensamiento constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial.

En el pensamiento alemán el Estado de Derecho (*rechtsstaat*) se retrotrae al filósofo Emanuel Kant. Cabe mencionar, en este sentido, que el mismo Estado adquiere, en el mundo cultural alemán, un sentido autónomo que ya no se vincula con la protección de los derechos individuales. Este movimiento es especial en el caso de la filosofía idealista alemana, particularmente en el caso del filósofo germano George Friedrich Hegel, quien considera que la razón universal culmina su desarrollo histórico en el Estado alemán. Puede verse en esta formulación ciertas tendencias del pensamiento alemán que ven al Estado como una entidad a la cual se subordinan los individuos. El jurista Georg Jellinek llega incluso a plantear que la soberanía recae en el Estado y no en la nación. Esta tesis, lamentablemente, parece estar presente en el totalitarismo que ha afectado al Estado germánico, llevándolo a la peor conflagración mundial de la historia moderna.¹²

Tampoco el ideal racional del Estado que se manifiesta en el concepto alemán del *Rechtsstaat*, expresado en autores como Georg Jellinek y Hans Kelsen, se reproduce en el Estado de Derecho que fue desarrollado en los países latinoamericanos, el cual

¹¹ Citado en Francisco Laporta, Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz, en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (coordinadores), *Estado de Derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: Siglo XXI, 2002, p. 107.

¹² Véase el resumen de la filosofía del Estado alemán que presenta Luis Prieto Sanchís en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, segunda edición, Madrid:Trotta, 2009, pp. 78-79.



acusa la influencia de autores católicos tales como el jesuita Francisco Suárez, aparte de ser un importante pensador dentro del continente europeo, inspiró el desarrollo de muchas de las ideas que llevaron a la independencia de los territorios americanos controlados por la Corona Española.¹³ Además, los acontecimientos en América Latina denotan la influencia del surgimiento de los EE.UU.

Es claro, sin embargo, que las diversas tradiciones se están integrando en el mundo globalizado contemporáneo, en el cual se va imponiendo, debido a la necesidad de la globalización, la necesidad de poseer marcos jurídicos globales. Por lo tanto, es posible ponerse de acuerdo para afirmar que, a pesar de las diferencias, existe un área conceptual común, un conjunto de tesis compartidas que se encuentra en las diferentes expresiones señaladas en el párrafo anterior.

De este modo, es posible referirse al Estado de Derecho de una manera que unifica las diferentes tradiciones jurídicas. En este orden de ideas, la idea de Estado de Derecho suele resumirse diciendo que en este sistema goza de preeminencia el denominado “principio de legalidad” según el cual todo el accionar del Estado está determinado por la ley debidamente promulgada por el órgano facultado para este fin. El principio de legalidad, en este sentido, formula el núcleo teórico de la noción de Estado de Derecho;

¹³ Es interesante mencionar que el texto de la Constitución de Cádiz, el primer texto constitucional guatemalteco, si excluimos a la de Bayona (impuesta por Napoleón), está antecedida por un discurso preliminar, comúnmente adjudicado a Agustín de Argüelles, en el cual se recalca los orígenes de las ideas de ésta, en el pensamiento jurídico tradicional de España. Véase la introducción de Luis Sánchez Agesta: Agustín de Argüelles, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.



de este pueden derivarse, en consecuencia, otros principios fundamentales del jurídico que funge en dicho modelo.¹⁴

Por otro lado, y por la época de su formulación, la noción de Estado de Derecho comparte un iuspositivismo básico, el cual solo admite como derecho lo que ha sido producido como tal por los órganos competentes. En este sentido, estas visiones comparten cierta renuencia a mencionar de manera explícita el tema de los valores del derecho. En este orden de cosas, es apropiado recordar como el mismo jurista austriaco Hans Kelsen, cuya influencia es notable en un país como el nuestro, llega a plantear la identidad entre el Estado y el derecho. El jurista vienés desconfiaba de la pluralidad de los valores; para él, el engranaje fundamental del derecho radicaba en el paso del ser al deber ser que permitía una norma fundamental, que era entendida como una categoría en el sentido kantiano.¹⁵ Su desconfianza con respecto a los valores ya anuncia la diferencia conceptual que marcará el Estado Constitucional de Derecho.

En tercer lugar, en el Estado Legalista de Derecho suele privar el ideal de la seguridad jurídica. Quizás esto se deba al hecho de que el Estado de Derecho, históricamente, surgió en la época de predominio de las posiciones iuspositivistas. Mención especial,

¹⁴ En el campo del derecho penal, el jurista alemán Claus Roxin deriva del principio de legalidad, algunas consecuencias normativas tales como la prohibición de la analogía, la prohibición de retroactividad, la prohibición de leyes penales indeterminadas y la prohibición de acudir al derecho consuetudinario para agravar la pena.¹⁴ Se puede notar inmediatamente el formalismo y normativismo de esta concepción del derecho, difícilmente asequible a la pluralidad jurídica que empieza a ser reconocida en nuestra época.

¹⁵ Para una versión resumida de las ideas de Kelsen, puede consultarse el estudio preliminar de Gregorio Robles a: Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Madrid:Trotta, 2011. En ese libro Kelsen reconoce explícitamente que “El Estado, pues, es el derecho” (p. 120).



en este aspecto, lo constituye el proceso de codificación del Derecho, cuyo parámetro es el Código Napoleónico de 1804, el cual se suponía que podía alcanzar la plenitud jurídica, haciendo que el juez viniera a ser simplemente “boca de ley” para usar la famosa expresión creada por el Barón de Montesquieu, cuyas doctrinas se examinarán con detalle en páginas posteriores.¹⁶ En todo caso, aun cuando hubiese derechos fundamentales, estos cedían el paso ante el gobierno representativo, cuya función legislativa tenía el mandato para producir leyes que eran consideradas como la expresión de la “voluntad general”.

De hecho, algunas versiones del Estado de Derecho pueden llegar a asumir, incluso, la idea de que el sistema jurídico es el mismo Estado. De este modo, se identifica el Estado, en tanto aparato que monopoliza la fuerza legítima, puede identificarse simplemente con el orden jurídico. El mismo Kelsen llega a decir que: Cuando la teoría dominante del Estado declara que éste constituye un “aparato coactivo” y la doctrina tradicional jurídica considera que el Derecho es un orden coactivo, queda demostrado, fundamentalmente, que ambas teorías tienen en cuenta el mismo objeto, ya que el “aparato” de la coacción no es más que una metáfora para designar el “orden” coactivo.¹⁷

En esta investigación no se comparte esta idea de Kelsen; un Estado llega muchas veces, incluso, a violar sus propias leyes. Además, siempre es posible la tarea

¹⁶ Para ampliar el desarrollo histórico que lleva a la idea de la codificación, puede consultarse el texto de Alfonso Ruiz Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, segunda edición, Madrid: Trotta, 2009.

¹⁷ Citado en el libro de Odar Monzón Pedroso, *El Estado en el pensamiento de Hans Kelsen*, Perú: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2006, pp. 72-73.



interpretativa del funcionario destinado a la aplicación de la ley. Esto no sería posible si ambos fuesen básicamente lo mismo. Según el jurista alemán Carl Schmitt, reconocido opositor de las ideas de Kelsen, el soberano no es quien aplica la ley, sino es más bien “quien decide sobre el estado de excepción”.¹⁸ Esta actitud es cuestionable, pero el Estado como tal no desaparece, aunque desde luego, el régimen de derecho, como tal, se vea afectado. Para Schmitt, en esta dirección, “el orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma”.¹⁹

En todo caso, el escepticismo axiológico de Kelsen es cuestionable ante el contemporáneo énfasis en la relación entre derecho, derechos y valores. En general, como se demuestra en la siguiente sección, el Estado de Derecho no representa, considerado en sí mismo un valor positivo hacia el cual se puede orientar un sistema jurídico que se propone realizar valores como la justicia.

1.4. Crítica del Estado Legalista de Derecho

El Estado de Derecho supone el compromiso de que este se rija por las mismas leyes que han surgido de su actividad legislatora. Ahora bien, la misma función legislatora ha tenido sus consecuencias negativas, como es evidente en el hecho de que en un momento dado el producto legislativo viene a ser todo el derecho, lo cual constituye un desarrollo negativo. En efecto, la ley es solo una parte del derecho; al pensar que la primera abarca totalmente el campo jurídico. La idea de la ley como expresión total del

¹⁸ Carl Schmitt, *Teología política*, traducción de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez, Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 13.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 16.



derecho se genera a partir de la experiencia francesa, dado que las directivas vinieron a constituirse en la expresión de la voluntad general. Lo negativo de esta situación, como puede verse, es que la expresión legislativa de la voluntad general vino a ser más importante que la voluntad general en sí misma.²⁰ Este fenómeno se hace evidente cuando los representantes del pueblo, pervirtiendo la misma tarea de la representación, confeccionan las leyes en función de sus intereses y no de sus obligaciones hacia la sociedad. De hecho, este modelo distorsionado de gestión política está en crisis en todo el mundo.

Puede decirse, como lo hace ver el filósofo inglés Joseph Raz que el ideal del Estado de Derecho es un ideal puramente negativo. En este sentido es de notar como dicho régimen jurídico permite crear un sistema de leyes que no garantizan la justicia. Esto se debe al hecho de que el Estado de Derecho es un ideal formal y no material. En ningún caso, este garantiza en sí mismo realidades como un mercado justo, o un conjunto de prácticas que garanticen el bienestar de la mayoría de la población.²¹ Es importante, en esta dirección, enfatizar que el mismo Hayek constituye uno de los representantes más conspicuos del neoliberalismo, doctrina que será desarrollada más adelante, pero de la cual se puede adelantar su influencia notable en países como Guatemala.

²⁰ Este proceso de configuración histórica de la ley como lo más importante del sistema jurídico se encuentra bastante bien explicado en el libro de Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid: Trotta, 2013.

²¹ Joseph Raz, El Estado de Derecho y su virtud, en: Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (coordinadores), *Estado de Derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México D. F., Siglo XXI, 2002.



Teóricos destacados han cuestionado el Estado de Derecho debido a la falta de compromiso con valores positivos. El constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky llega incluso a afirmar, en algún lugar, que un Estado de Derecho puede convertirse en un Estado de delito. En efecto, el Estado de Derecho no garantiza un orden justo; desde luego, garantiza un orden estable en el que los ciudadanos pueden planificar sus vidas. Pero, desde luego, tal objetivo no es suficiente para lograr un estado de cosas dignas de un ser humano; las personas pueden saber a qué atenerse en un sistema injusto, sabiendo que a veces no les quedará sino dedicarse a la informalidad. Podrán estar seguros de que el Estado no les brindará ayuda en caso de enfermedad o crisis económica; sabrán que el sistema sociopolítico no les ofrece garantías de una vida humana digna. En este caso, el Estado de Derecho difícilmente puede conceptuarse como el orden mejor para los seres humanos.

Bajo el amparo del Estado de Derecho las ideologías de carácter antidemocrático, o incluso totalitarias, pueden llegar al poder. En efecto, una ciudadanía afectada y desilusionada por las más diversas crisis, puede llegar a pensar que lo que se necesita es un dictador. El ejemplo más radical de dicho fenómeno se dio con el acceso de Adolf Hitler al gobierno alemán. Este dictador aprovechó el cansancio, la confusión y la decepción del pueblo alemán para dar fin al experimento de la República de Weimar; su carisma fue tan avasallador que involucró al pueblo alemán en una aventura racista, cuya locura sangrienta, culminó en la Segunda Guerra Mundial y en la eliminación de más de seis millones de judíos en los infames campos de concentración.



Un fenómeno similar aconteció con el acceso al poder del dictador Benito Mussolini, el cual destruyó la monarquía parlamentaria liberal substituyéndola con el fascismo. Es de notar que tales movimientos totalitarios, de alguna manera, dieron cuenta de las debilidades del Estado de Derecho, señalando sus puntos ciegos. En este sentido, no se puede olvidar la cruenta caída de la República española que fue destruida por las fuerzas conservadoras comandadas por Francisco Franco.

No es extraño, por lo tanto, que la versión legalista del Estado de Derecho sea aceptada con entusiasmo por los sectores conservadores en muchos lugares del mundo. En un país como Guatemala, en la cual la injusticia social es tan evidente, los sectores oligárquicos demandan el respeto al Estado de Derecho, porque de este modo se aseguran el cumplimiento de una ley sin cuestionar su validez moral. Esto sin contar con leyes que, por otra parte, a menudo han sido confeccionadas a partir de sus demandas a los políticos que ellos financian. Se puede concluir en que el Estado Legalista de Derecho deja fuera, por múltiples razones, el andamiaje axiológico del derecho. Desde una perspectiva sociológica del derecho esto parece innegable.

1.5. El Estado Constitucional de Derecho como progreso

Se puede postular, pues, que los modelos de Estado Legalista ya han alcanzado su desarrollo en las sociedades occidentales. El modelo del Estado de Derecho sin más, ya se encuentra agotado en tales naciones occidentales; en la actualidad, se necesitan garantías que promuevan los intereses más básicos de las personas. Los valores del Estado de Derecho de tipo constitucional necesitan vínculos substantivos que le digan



al legislador qué tipo de normas necesita una sociedad para poder respetar la dignidad humana. Empero, parece ser que en la realidad neoliberal ideas diferentes pueden estar imponiéndose.

El Estado Constitucional de Derecho recoge dos intuiciones básicas. En primer lugar, este modelo de organización político-jurídica postula que es posible conseguir un texto que garantice el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder. Este rasgo es constitutivo, como es de común conocimiento, es parte de la tradición constitucionalista en sí misma. En segundo lugar, este régimen se construye sobre la observancia de los Derechos Humanos, ya sean individuales o colectivos, culturales y políticos. Estos proveen la instancia substantiva que brinda legitimidad al orden jurídico respectivo, con criterios axiológicos de los que carece el Estado de Derecho a secas.

Este respeto global de los Derechos Humanos se da de manera explícita solo en el constitucionalismo que sigue a la Segunda Guerra Mundial. Como tal, se conjunta con el reconocimiento de los valores jurídicos, tal el caso de la justicia, el bien común y la seguridad jurídica. Así, los Derechos Humanos se vinculan de manera íntima con la estructura axiológica del Derecho contemporáneo. Más de alguno piensa que aquí se puede dar un retorno al iusnaturalismo, argumento que se ve refutado por el hecho de que un constitucionalista como Ferrajoli, férreo defensor de los derechos y sus garantías, sigue fielmente el positivismo elaborado por su maestro Norberto Bobbio.

Los objetivos señalados en el párrafo anterior se aseguran a través de la vigencia de un texto constitucional, con un nivel de rigidez tal, que garantice la estabilidad de



valores como la dignidad humana y el bien común.²² Dicho ideal de rigidez su objetivo de evitar que las personas que arriban al poder, en un momento dado dispongan a cambiar, sin dificultades significativas, las disposiciones constitucionales que puedan bloquear su actuar ilegítimo. Este fenómeno de manipulación constitucional se ha visto en la historia de nuestro país, en especial cuando se defienden los derechos de propiedad.

Como ya se indicó, el establecimiento de la vigencia de estos ideales constitucionales no ha surgido de una historia lineal, directa, sin dificultades. En efecto, estos objetivos suponen una historia larga, llena de conflictos a menudo sangrientos, y cuyo resultado, sin embargo, apunta en una dirección que difícilmente puede criticarse: hacer que los seres humanos vivan en un sistema que no sólo garantice el acceso a los medios de satisfacción de las necesidades humanas básicas, sino también que brinde garantías para la debida observancia de las normas que aseguran el respeto de la dignidad humana, esto es, el valor supremo de cualquier orden constitucional que se fundamente en el auténtico respeto de los Derechos Humanos . Para la conciencia moral y jurídica del recién acabado siglo, significó un trauma la experiencia de que la barbarie nazi haya tomado lugar en uno de los países europeos que, como Alemania, se consideraba, no solo como depositario de las formas más elevadas de cultura, sino también como modelo del desarrollo racional e ilustrado. El desarrollo cultural de esta nación, en efecto, no evitó caer en las mayores degradaciones.

²² Para una explicación profunda de la rigidez constitucional véase el texto de Luigi Ferrajoli, Democracia constitucional y derechos fundamentales: La rigidez de la Constitución y sus garantías, en: Luigi Ferrajoli, Juan José Moreso y Manuel Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, segunda edición, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.



1.6. El surgimiento histórico del Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional de Derecho, en una dinámica histórica en la que ya aparece el constitucionalismo, empieza a surgir en los Estados Unidos de América. Mientras en Europa se consolidaba la idea del Estado de Derecho, siguiendo las tradiciones racionalistas del siglo XVIII y XIX, en los Estados Unidos, en consonancia con sus elementos históricos propios, se iba estableciendo la idea de que las leyes están sujetas a un control de constitucionalidad cuyo ejercicio recae principalmente en la Corte Suprema de Justicia. Esta tradición norteamericana se instituyó con el famoso caso *Madbury vs. Madison* (1803), caso en el que el juez John Marshall estableció, en los albores del siglo XIX, que la interpretación de la Constitución sólo recaía en dicha Corte.

Este sistema, aunque criticado desde diferentes perspectivas, ante todo por la idea de que hace recaer muchas decisiones políticas en manos de un cuerpo que no está sujeto a ningún género de control democrático, ha establecido una gran influencia en el mundo contemporáneo, especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, acontecimiento cuyo final marca el comienzo de la hegemonía norteamericana en el mundo contemporáneo. Aun reconociendo este hecho, se suelen escuchar reservas frente al denominado “gobierno de los jueces”, que tienen a su cargo la misión de hacer que se respete el orden constitucional.

La contribución inicial de los Estados Unidos, sin embargo, va adoptando diferentes formas en las diversas naciones de Europa, especialmente en Francia, que, vivió su



gran revolución pocos años después de la guerra de independencia de la que surgió la gran nación del norte. La influencia se hace evidente en el mismo esfuerzo por establecer una Constitución por parte de la Asamblea Francesa. Mientras en los EE.UU. la soberanía recae en el pueblo, en Francia ésta es un atributo de la nación, la cual se concretiza en los representantes del pueblo.

Sin embargo, para comprender el surgimiento histórico del Estado Constitucional de Derecho es necesario poner atención a la historia jurídica que acontece después del reconocimiento de los Derechos Humanos a partir de las terribles experiencias de la Segunda Guerra Mundial. Parecía natural promover la libertad y la dignidad humana frente a las terribles doctrinas totalitaristas desarrolladas por el fascismo y el nazismo que se desarrollaron en Italia y Alemania respectivamente.

Como es ampliamente reconocido, el espíritu de la Declaración Universal de los Derechos Humanos empezó a inspirar las cartas magnas de diferentes países, entre ellos, de manera especial, a los países que habían combatido contra los aliados, especialmente Alemania e Italia, que escriben sus constituciones bajo el control de los aliados, principalmente los Estados Unidos de América. Por esa razón se habla, por ejemplo, de la *Ley Fundamental de Bonn*, y no de la Constitución de Alemania. Esto, desde luego, no quiere decir que la jurisprudencia europea haya perdido en calidad, como será evidente para todo aquél que se asome a los logros jurídicos alcanzados por las respectivas constituciones.

Estos procesos históricos se reflejan en el desarrollo teórico del neoconstitucionalismo, doctrina que se puede tomar aquí como ejemplo del espíritu constitucionalista que ha



dominado la escena jurídica en los últimos 70 años. Esta corriente, denominada por primera vez por la iusfilósofa italiana SusannaPozzolo, se caracteriza por plantear una visión del derecho que ha tenido gran influencia en el Derecho Constitucional y en el desarrollo de este en Iberoamérica. Según Pozzolo: El término neoconstitucionalismo ha sido acuñado para denominar un cierto modo anti-iuspositivista de aproximarse al derecho: una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni pospositivista; que se caracteriza mediante oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios vs. reglas, ponderación vs. subsunción, Constitución vs. legislación, Judicial vs. Legislativo.²³

El neoconstitucionalismo genera una visión del derecho que se aleja del positivismo que dominó la escena jurídica a finales del siglo XIX. Por esta razón, el neoconstitucionalismo considera que la parte fundamental del derecho la constituyen los principios y no las reglas, postulado desarrollado por filósofos del derecho tales como el norteamericano Ronald Dworkin, el alemán Robert Alexy y el argentino Carlos Santiago Nino.

Bajo la perspectiva neoconstitucionalista, el derecho tiene una relación necesaria con la moral; la moral, por decirlo así, forma parte del derecho. Esta posición ha sido criticada por los denominados “positivistas excluyentes”, los cuales como Joseph Raz, siguen sosteniendo una visión positiva relativamente sofisticada; reconocen la presencia de la moral en el derecho, pero no consideran a este parte de la ciencia jurídica. Por su

²³ SusannaPozzolo, Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo, en SusannaPozzolo, ed., *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Perú: Palestra, 2011, p. 16.



parte, los “positivistas incluyentes”, como en el caso de Luigi Ferrajoli, sostiene que aunque el derecho, considerado en sí mismo, no sea moral, en la etapa constitucional al ser reconocidos los principios morales (por ejemplo, los Derechos Humanos) se da de hecho una positivización de la moral, con el resultado de que la moral forma esta parte del Derecho.

Bajo la perspectiva neoconstitucionalista, el Derecho no se limita a ser un conjunto de reglas, sino más bien una actividad en la cual los principios morales, que a menudo entran en conflicto, se despliegan en ejercicios de evaluación que nos ayudan a encontrar soluciones a casos judiciales que a menudo plantean problemas difíciles. Dado que estos principios entran en conflicto, es necesario el proceso de ponderación, una idea que se opone a que el derecho provea reglas bajo las cuales se subsumen los casos particulares. Es claro que bajo la perspectiva constitucionalista es necesario el control de constitucionalidad, el cual cumple la función de hacer que las leyes se adecúen o no violen el sistema de principios y valores que constituyen el corazón del texto constitucional. Bajo esta perspectiva el ideal del Estado Constitucional de Derecho le concede al poder judicial una importancia que no posee en la visión decimonónica del Estado de Derecho, lo cual ha llevado a plantear una serie de fuertes objeciones al desarrollo del neoconstitucionalismo contemporáneo.

Como lo apunta la ya mencionada autora SusannaPozzolo, el ideal neoconstitucionalista conlleva que la Constitución ya no es simplemente limitación del



poder, sino pacto de ciudadanía.²⁴ Este aspecto del nuevo Estado constitucionalista, menos en esta visión, hace del derecho una actividad que no se circunscribe a la teoría rígida de la separación de poderes. Permite, por lo demás, una actitud política y moral de examen de un orden social determinado.

Desde luego, el neoconstitucionalismo no constituye la única expresión de la filosofía del derecho contemporáneo, aunque no cabe duda de que esta forma la más importante en el ámbito regional latinoamericano. En el mundo anglosajón, en particular, se han planteado otras perspectivas que, afortunadamente, no se han reflejado en las reflexiones constitucionales de nuestros países, como en el caso del “originalismo” que pone atención únicamente al texto original de una constitución.²⁵ Esta posición coloca entre paréntesis el desarrollo del derecho constitucional moderno, postura que, desde luego, se acomoda a los intereses más conservadores.

²⁴SuzannaPozzolo, op. cit., p. 28.

²⁵Lamentablemente, los iusfilósofos y constitucionalistas anglosajones no demuestran un interés muy grande por las contribuciones iusfilosóficas de nuestros países, una realidad que, desde luego, no significa precisamente una ventaja para el mundo de la jurisprudencia en lengua inglesa. Así, por ejemplo, los constitucionalistas norteamericanos se centran en estudiar las tradiciones culturales de su país, planteándose problemas respecto al modo en que se debe leer su constitución. En este trabajo, tomaremos ventaja de algunas de estas intuiciones, sin suscribir nuestras propias opiniones a las de tales filósofos norteamericanos, porque como se verá en todo el trabajo, nos interesa encontrar las pautas interpretativas para entender la realidad jurídica de un país como el nuestro.



1.7. Las tendencias legalistas del Estado de Derecho en Guatemala

Lamentablemente, el ideal del régimen constitucional de derecho sigue siendo tan solo una aspiración en muchos lugares. En un número relativamente grande de países, entre ellos Guatemala, los sectores influyentes se conforman con el de derecho a secas. Más aún: este es proclamado sin mediar un compromiso real con sus requisitos, restricciones e ideales. De este modo, se habla de Estado de Derecho ocultando arbitrariedades, inconsistencias, injusticias, y otras prácticas que desmienten el compromiso con los componentes básicos del modelo constitucional de derecho en sentido pleno.

A nivel constitucional, es lamentable que Guatemala se encuentre dentro del conjunto de naciones que son señaladas constantemente de violar los Derechos Humanos. En efecto, la experiencia contemporánea de Guatemala demuestra que a pesar de la vigencia formal de la Constitución Política de la República (promulgada en 1985) y de la existencia de una Corte de Constitucionalidad, no hay un genuino orden constitucional de derecho, sino más bien uno que solo satisface sus aspectos más formales. No se realiza prácticamente ninguna de las aspiraciones substantivas que contempla tal figura político-jurídica; la impunidad y la injusticia todavía constituyen el marco en el que se desenvuelve la vida de la mayoría de los miembros de la sociedad, que cada vez creen menos en la sinceridad de las promesas constitucionales.

Para no pocas personas de talante crítico, el único derecho que se respeta en este país es el derecho de propiedad, siempre y cuando esta sea detentada por los sectores más



influyentes de la economía. También los sectores oligárquicos suelen prestar poca atención al derecho de libertad negativo; la libertad, en este sentido limitado, alcanza sólo cuando no hay interferencia, especialmente estatal.

Con estas estrategias de reconocimiento limitado de derechos, se pueden explicar algunas de las debilidades históricas del Estado guatemalteco, como lo es el problema de que los pueblos indígenas hayan sido despojados de sus tierras y mantenidos a través de propiedad comunal, a lo largo de la historia. Se puede, asimismo, mencionar la renuencia de los sectores oligárquicos a cumplir con sus deberes tributarios, factor que contribuye a la continua precarización de la vida de la mayor parte de ciudadanos. La situación ha sido visualizada por importantes juristas extranjeros. Así, en un artículo publicado hace algún tiempo, el jurista argentino Ernesto Garzón Valdés se preguntaba que cómo era posible que, “a esta altura de la historia”, los indígenas guatemaltecos tuviesen que recordar, en sus demandas, el respeto al derecho a la vida.²⁶ Los recientes eventos jurídicos relacionados con el juicio por genocidio han dado la pauta para que muchos analistas, alrededor del mundo, confirmen no solo nuestras carencias constitucionales, sino también la persistencia de mentalidades represivas que hunden sus raíces en la colonia. Los recientes acontecimientos políticos en Guatemala, asociados a la crisis de corrupción del gobierno, muestran hasta qué punto las élites oligárquicas son incapaces de aceptar ningún tipo de cambio institucional, aun cuando este implique un ataque frontal a este flagelo, el cual ha llevado a la total distorsión de la función gubernamental.

²⁶ Ernesto Garzón Valdés, Derecho y democracia en América Latina, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 14 (abril 2001), p. 52.



A partir de la información y reflexiones de este capítulo es claro que el concepto de Estado Constitucional de Derecho, y su antecedente, el Estado Legalista de Derecho, responden a dinámicas que se han enraizado en los países europeos y en los Estados Unidos, pero cuyos efectos positivos no han llegado aún a este país. No se trata de negar, desde luego, la influencia positiva de dichas tradiciones en nuestra historia jurídica como lo prueba el hecho de que España no solo recibió la influencia del pensamiento medieval y antiguo, sino que en su momento llegó incluso a jugar un papel importante en la etapa intelectual que media entre el Renacimiento y la época moderna.

En cierta manera, los países latinoamericanos han sido influenciados por esos desarrollos, especialmente a través de la bibliografía que ha surgido en las últimas décadas en el subcontinente latinoamericano. Sin embargo, no se puede ignorar que la historia jurídica de nuestros países acusa influencias diferentes, en particular, aquellas derivadas del modelo histórico de Derecho Español y el Derecho Indiano, establecidos sobre un cúmulo de prácticas indígenas que apenas se están empezando a comprender en una sociedad con una tradición histórica de exclusión.

Eso no significa, desde luego, que nuestra historia de préstamos jurídicos no tenga su valor propio, pero sí aclara que para comprender los problemas jurídicos que afectan al país no se pueden asimilar, sin más, tradiciones jurídicas enraizadas en otros contextos culturales e históricos. El derecho comparado y la influencia entre diversos ordenamientos jurídicos tienen pleno sentido si se usa de ellos con inteligencia y originalidad, comparando de manera inteligente las situaciones para poder extraer



enseñanzas valiosas. Es necesario alcanzar una apreciación correcta de la historia jurídica, para afrontar los desafíos que se deben resolver en un mundo vez más integrado.

Consolidar el orden constitucional en Guatemala supone encontrar un rumbo en una época en la cual se necesita algo más que la razón para resolver problemas como la creciente desigualdad, el cambio climático, el terrorismo global y las cada vez más sofisticadas guerras, amén de otros problemas graves, cuya solución es indispensable para garantizar la continuidad de la vida humana digna en nuestro planeta. En efecto, sin soluciones jurídicas racionales, justas y democráticas, los problemas sociales y políticos se agravarán llevando a un futuro ingobernable.

En este sentido, para poner un ejemplo, las culturas indígenas ofrecen nuevas propuestas, las cuales pueden ayudar a un mundo que necesita una racionalidad que supere los estrechos marcos de las visiones economicistas de la vida humana. Algunas naciones sudamericanas, como es el caso de Ecuador, Venezuela y Bolivia, ya han avanzado en este camino. Nuestro país, con una inmensa riqueza cultural, puede también sumarse al grupo de naciones que encuentran soluciones propias para sus problemas históricos. Estrategias como estas permiten cerrar la brecha entre discurso constitucional y realidad sociopolítica.

Sin embargo, para desarrollar esta tesis en el contexto guatemalteco es necesario antes que nada reconocer el paisaje jurídico que se ha ido conformando a lo largo de la historia nacional. La historiografía legal y política puede proporcionar claves para



entender la dinámica histórica que ha regido la vida independiente de Guatemala se puede ver que los modelos políticos de los países europeos como Francia, Alemania e Inglaterra, y de americanos como los EE.UU., no responden a la configuración social que se consolidó a lo largo de la colonia guatemalteca, tiempo en el que predominó el modelo de dominio español.

En este sentido, debemos imitar más no copiar a esos iusfilósofos de otros países que, como los juristas norteamericanos, estudian propia realidad para formular sus propias teorías y cuyos criterios de validez se establecen en función de la clarificación de la realidad que es su objeto de indagación. No se trata de promover ningún tipo de aislamiento, estrategia imposible en un mundo interconectado como el que fomenta la globalización.

De este modo, se debe presentar nuestra realidad jurídica e histórica para lograr un primer acercamiento interpretativo. Es este el tema principal del siguiente capítulo de esta investigación. Esto permitirá llegar a comprender las condicionantes históricas que son ineludibles para identificar los planteamientos teóricos que pueden funcionar para transformar la problemática situación jurídica que hace muy difícil realizar los nobles ideales del Estado Constitucional de Derecho.

1.8. Conclusión del capítulo

Para situar esta investigación en el campo analítico respectivo se ha estudiado en este capítulo la diferenciación básica entre el Estado de Derecho y el Estado Constitucional



de Derecho. Se ha señalado, en primer lugar, la genealogía histórica de ambos modelos de organización constitucional de la sociedad, aunque en ellos predominado los hitos históricos europeos. Esta estrategia ha permitido distinguir entre las versiones legislativas y constitucionales del régimen de derecho que constituyen la contribución más preciada del mundo occidental durante la época moderna, esto es, la época que se inicia alrededor del siglo XV, con el influyente Renacimiento.

Se ha evidenciado que Guatemala se ha encaminado hacia el Estado (legislativo) de Derecho, pero aun con resabios de un pasado de hondas raigambres coloniales, especialmente visibles en las estrategias que usan los sectores tradiciones de poder económico para subordinar a grupos históricamente vulnerables, como el caso de los pueblos indígenas. En la actualidad, ningún gobierno ha sido capaz de establecer una visión de país que suponga un avance en el campo de la modernidad política, debido a que los sectores oligárquicos impiden cualquier avance político, especialmente en lo que atañe a los modelos de gestión económica y tributaria.

Pero la conclusión más notable de este capítulo, es que los sectores dominantes de la sociedad guatemalteca, tienden a privilegiar el Estado Legalista de Derecho sobre el Constitucional. Esta estrategia vuelve invisible, por así decirlo, las carencias éticas y axiológicas de una sociedad en la que no se respeta la dignidad humana. Por lo mismo, tal legalismo hace posible una utilización del derecho para promover intereses que, para decirlo en los términos de JurgenHabermas, no son generalizables.



Con tales carencias sociales, políticas y económicas no puede establecer el marco constitucional de derecho, el cual exige condiciones substantivas que permitan resolver los grandes problemas de una sociedad como la nuestra. Estas consideraciones apuntan hacia algunas de las conclusiones de este trabajo de investigación.

Los avances investigativos alcanzados hasta aquí se verán confirmados por las ideas y argumentos desarrollados en el siguiente capítulo, que muestran la terrible inestabilidad que ha bloqueado el desarrollo de un Estado democrático y constitucional en nuestro país. Esto permitirá visualizar con posterioridad las tareas que se exigen a la sociedad guatemalteca para poder abandonar paradigmas de convivencia que apenas reconocen la dignidad humana y que, por la misma razón, muestran ahora los rasgos de un Estado fallido.



CAPÍTULO II



2. La realidad jurídica en Guatemala: un enfoque sociohistórico

Las teorías políticas y jurídicas que ganan la mayor influencia en una sociedad determinada son las que, a lo largo del tiempo, tienden a organizar sus instituciones fundamentales. Dichos discursos reflejan, como es natural, las condiciones sociales y las concepciones culturales que dominan una época y un territorio determinado. Dichas formulaciones alcanzan tal influencia debido a que suelen convencer a los miembros de una sociedad para que organicen sus vidas en función de los valores y principios respectivos. Entonces se habla de discursos hegemónicos, esto es, discursos que crean un consenso alrededor del cual se organiza una sociedad.²⁷

Sin embargo, puede lanzarse la hipótesis de que a veces es complicado lograr el consentimiento de una sociedad a ideas que pretenden justificar condiciones penosas de vida. En ese caso, dichas visiones se imponen a la fuerza, como es el caso de las concepciones del mundo social que las oligarquías de todos los tiempos han querido imponer a los sectores que les están subordinados. En este sentido, las élites guatemaltecas nunca han podido convencer totalmente a la sociedad con un discurso que justifique sus grandes ventajas y privilegios frente a una desigualdad y exclusión

²⁷ La referencia teórica al concepto de hegemonía fue elaborada por Antonio Gramsci. Para una presentación asequible y rigurosa de las ideas de este autor, véase el artículo de Esteve Morera, "Teoría social de Gramsci". Traducción de José Bonilla, *Revista Análisis de la Realidad Nacional, IPNUSAC*, año 4, edición 11, marzo, 2015, pp. 216-231. En este artículo, el profesor Morera declara que la noción de hegemonía se crea para responder a la pregunta acerca de la forma en que una sociedad logra crear un conformismo que hace que la sociedad funcione sin la necesidad constante de la acción coercitiva del Estado.



notable. En esos casos, se hace uso del Estado para imponer agendas económicas y sociales, a menudo haciendo uso de medidas represivas. Hay que reconocer, empero, que este fenómeno se da tanto en gobiernos de izquierda como de derecha.

Dichos discursos, débiles de por sí, pueden entrar en crisis, rompiéndose el consenso social que los sostiene. Una sociedad educada, por ejemplo, puede cuestionar los marcos conceptuales que organizan su vida en común con un nivel elevado de desigualdad; una colectividad que reconoce sus derechos, para poner otro ejemplo, puede oponerse a la fuerza del Estado y la influencia indebida de los grupos poderosos. Estos fenómenos han ocurrido a lo largo de nuestra historia nacional, así como en las historias de otros países.

En todo caso, cuando un sistema entra en crisis, se revelan con particular nitidez los intereses, especialmente los económicos, de los grupos sociales en pugna. De este modo, comprender la historia y el desarrollo jurídico de una sociedad requiere poner atención al desenvolvimiento de los intereses económicos de los grupos que detentan el poder. Muchas veces, las pugnas son entre los grupos de la misma élite económica, como cuando se da un conflicto entre los grupos tradicionales y los denominados grupos “emergentes”, o entre los sectores productivos y de comercio y servicios, o entre el poder financiero y otros componentes del grupo productivo.

Desde luego, la influencia de las ideas dominantes no puede independizarse de las estructuras socioeconómicas que se han estabilizado en cada momento de la historia. Las actitudes, las prácticas y las ideas del presente se configuran en el pasado; por



ejemplo, la gente en nuestro país se educa con libros de texto que presentan una versión particular de la historia patria. Es fácil comprender que el racismo no puede prolongarse en el tiempo si la sociedad que lo padece no comparte una visión de inferioridad racial de los grupos marginados. De la misma forma, durante mucho tiempo se mantuvo a las mujeres en posiciones subordinadas; detrás de dichos discursos operaban creencias relativas a la inferioridad de la mujer, a partir de características específicas que se les atribuyen, podemos mencionar su sentimentalismo, su pensamiento intuitivo y su vocación maternal, por mencionar algunas.

De ahí que la resolución de los problemas de cada sociedad, cuando no su misma comprensión, demande una atención a la historia respectiva. Esto es especialmente cierto en el campo jurídico, dado que en éste se desarrolla la función administrativa y punitiva del Estado. El campo del derecho, además, es un territorio en el cual se despliegan los intereses sociales relevantes para estabilizar las estructuras que son instrumentales para su beneficio.²⁸

Si no se practica este ejercicio, se experimentarán dificultades para descubrir las raíces de los problemas de esta sociedad, y las soluciones sociales, jurídicas y políticas siempre serán inefectivas para tratar problemas que, como es evidente, se complican con el paso del tiempo. En general, es hora de que los sistemas jurídicos y políticos que se proponen en América Latina asuman sus deficiencias históricas, algunas generadas desde la fundación de las sociedades respectivas. Tomar en cuenta la

²⁸ Véase el libro de Mauricio García Villegas, *Sociología y crítica del derecho*, México: Fontamara, 2010.



historia ayuda a identificar los caminos fallidos, los factores reacios al cambio y las estrategias realmente novedosas; en breve, ayuda a encontrar verdaderas soluciones a los problemas que afectan la gobernabilidad de una sociedad determinada.

En el caso nacional, tomar en serio la Historia muestra que los sectores oligárquicos siempre han buscado defender sus privilegios frente al resto de la sociedad. Para el efecto, incluso, su dominio se ha basado en gran medida en alianzas familiares, como lo han demostrado las investigaciones de Marta Elena Casaús Arzú.²⁹ Los problemas jurídicos que hoy enfrenta este país denotan la pobre y prácticamente inexistente consolidación de una actitud saludable de obediencia al derecho configurado en aras del bien común. Los análisis históricos, en particular, muestra como el derecho ha sido ignorado o defendido a gusto de los sectores que han detentado el poder económico en Guatemala.

En este sentido, como lo dice el historiador del derecho Oscar Cruz Barney si “consideramos que el derecho es una realidad histórica, algo que existe y que cambia a través del tiempo, parece lógico pensar que para saber qué es el derecho, es necesario saber qué ha sido”³⁰. Siguiendo esta línea de razonamiento, es muy difícil transformar positivamente la situación jurídica de este país, para tornarlo en un Estado Constitucional de Derecho, sin considerar detenidamente la historia social, institucional y política respectiva. En general, el presente jurídico refleja eventos que muestran la negativa a responder a los requerimientos éticos que exige una sociedad bien

²⁹ Véase el ya clásico estudio de esta autora sobre las redes familiares que conforman la oligarquía guatemalteca, *Guatemala: Linaje y racismo*, Guatemala: F&G Editores, 2007.

³⁰ Oscar Cruz Barney, *Historia del derecho indiano*, Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2012, p. 11.



constituida desde un punto de vista constitucional moderno, que como se ha visto en el capítulo anterior, demanda una realización de los valores en los pactos ciudadanos expresados en la Constitución.

En conclusión, para comprender los desafíos jurídicos que presenta la realidad social guatemalteca —esto es, desde la perspectiva de la sociología jurídica de corte crítico— se requiere de una serie de reflexiones referentes al derecho de la conquista, el derecho colonial y a la accidentada historia del derecho de la vida independiente. Estas consideraciones serán útiles para entender las dificultades que encuentra la realización plena del Estado democrático y constitucional de derecho en Guatemala.

Esta exposición se divide en varias secciones que recogen el período de la conquista, la época del derecho indiano, y los diferentes episodios de la época nacional independiente. Este análisis proporcionará elementos para notar que las raíces de la anomia jurídica que enfrenta nuestro país se derivan de la persistencia de prácticas que hunden sus raíces en el momento de la conquista. En ese entonces se construyó un sistema cuya existencia se iba a basar en la explotación y exclusión de la población indígena. A través de la historia nacional, dichos usos se han ido difundiendo hasta alcanzar a otros sectores, como es el caso de los trabajadores, los campesinos y los mestizos pobres.



2.1. El Derecho en el período de La Conquista

Como es fácil imaginar, la conquista de América representó una experiencia dramática para pueblos y culturas que hasta entonces habían sido totalmente ajenas unas a las otras. La violencia de dicho encuentro aún se refleja en la época contemporánea; la injusticia social de las naciones latinoamericanas se origina del choque, de la negación del otro, de la intolerancia o incomprensión frente a lo que es distinto y extraño. Los rastros de este trauma aún son evidentes en el presente de la sociedad guatemalteca, en donde un naciente, pero vigoroso, movimiento indígena trata de revertir su marginación a través de la lucha por una sociedad con menores niveles de desigualdad y exclusión.

En otro sentido, las herencias históricas van aún más lejos, como lo prueba el hecho de que, al igual que los nobles en la antigua España, los sectores económicamente poderosos exhiben los caracteres de una aristocracia que aún alberga la creencia de que poseen privilegios que los separan del resto, como el no pagar los impuestos que les corresponden o gozar de privilegios y prebendas que los ponen encima de cualquier ley y regulación. En términos generales, y como es de esperar, la mentalidad de los primeros conquistadores y sus descendientes inmediatos reflejaba la cultura medieval de sus diversos lugares de origen.³¹

En este sentido, no se puede olvidar que España, quizás por su acendrado catolicismo, tiene una historia distinta a la de países como Francia, Holanda, Inglaterra y Alemania, los cuales desarrollaron, el pensamiento moderno de talante científico, debido en parte

³¹ Para confirmar esta actitud de los nobles españoles, puede verse el libro de Carmen Sánchez Maíllo, *El pensamiento jurídico-político de Juan de Solórzano Pereira*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2010, p. 35.



a que su riqueza no dependía directamente del ingreso proveniente de colon. otra parte, estas naciones lograron liberarse de los férreos candados ideológicos catolicismo. Desde luego, al perder este referente religioso, dichas culturas también perdieron nociones como las del bien común, concepción que había gozado de particular desarrollo en el pensamiento filosófico del fraile dominico santo Tomás de Aquino (1224-1274), y en sus creativos seguidores españoles, como es el caso del dominico Francisco de Vitoria (1483-1546), junto con la denominada Escuela de Salamanca, y el jesuita Francisco Suárez (1548-1617).

Para comprender el significado total de este evento para España se debe notar que este aconteció a un conglomerado de reinos que, aparte de estar en su proceso de consolidación nacional, se encontraba en las fases finales de su esfuerzo por arrojar a los árabes de sus dominios territoriales históricos. De aquí que se planteara, casi de manera inmediata, la discusión acerca de los títulos que legitimaran e hiciera justa la empresa conquistadora en los nuevos territorios. En efecto, por un lado, de conquistados los españoles pasaban a ser conquistadores. Por el otro, bajo la mentalidad de la época, la guerra contra los musulmanes se justificaba dado que ésta se libraba contra una colectividad que, habiendo conocido las doctrinas cristianas, las rechazaba. Los indígenas americanos, sin embargo, no habían tenido previa noticia del cristianismo. La guerra contra los indígenas, por lo tanto, tenía que encontrar una justificación distinta, aun cuando dicha esta no podía transgredir la ideología religiosa, propia de la época.



Cabe mencionar que tampoco los españoles conquistaron un territorio unificado y sometido a la misma autoridad. En efecto, algunos de los pueblos indígenas importantes que fueron conquistados por los castellanos se encontraban en situaciones de guerra entre ellos. Hernán Cortés aprovechó las crónicas luchas entre los aztecas y los tlaxcaltecas y otros pueblos para conquistar Tenochtitlán; del mismo modo procedió Francisco Pizarro, quien logró capitalizar las luchas dinásticas entres los incas. La fuerza de las armas, por sí sola, no bastó para llevar a cabo una conquista que, sin embargo, se caracterizó por la mayor crueldad, como lo muestran, en especial, el caso de Pizarro en Perú y el de Pedro de Alvarado en Guatemala. Esta división ayudó a establecer el dominio en un país, en el cual los pueblos que iban a caer bajo el yugo conquistador ayudaron a su posterior colonización.

En todo caso, resulta evidente que la conquista de América fue un acontecimiento tan violento, traumático y brutal, que varias décadas después algunos de los pueblos invadidos habían prácticamente desaparecido, no solo debido a la fuerza de las armas, sino también a epidemias de enfermedades desconocidas para los indígenas. Pasaría casi un siglo antes que la población indígena alcanzara de nuevo los niveles estadísticos previos a la invasión española, lo cual no significaría, necesariamente, que los indígenas alcanzarían un mejor nivel de vida. Por esta razón, no puede causar demasiada sorpresa que los ejemplos más claros de marginación, represión y exclusión, se den precisamente contra los grupos indígenas, en una sociedad que, hasta la época presente, ha vivido más tiempo como colonia española (297 años), que como República propiamente dicha (195 años).



En aras de la ecuanimidad, también debe mencionarse que del tiempo de la conquista también data la protesta contra el orden injusto que se estaba instituyendo en estas tierras. La justificación más socorrida para la empresa conquistadora en América se basaba en la tarea, asignada a los monarcas españoles por el Sumo Pontífice, de evangelizar a los indígenas. Es innegable que dicha misión fue traicionada y desmentida por las acciones crueles y ambiciosas de los conquistadores. No es de extrañar, por tanto, el profundo abismo entre discurso político y jurídico y realidad social en América.

No obstante, esta misión evangelizadora influyó a aquéllos que iban a tomar como bandera la lucha contra la injusticia creada por los conquistadores. En esta tarea de denuncia jugaron un papel importante las órdenes religiosas, en especial la dominicana, la cual, con Francisco de Vitoria desde la Universidad de Salamanca, iba a fomentar un examen crítico de las acciones españolas en los dominios recién conquistados. Otro papel similar lo jugaron las nacientes universidades que se establecieron en Perú y México, en las que discípulos de grandes maestros españoles, como Vitoria, jugaron un papel de crítica al naciente orden colonial.

Desde un punto de vista jurídico, el sistema español se establece en los nuevos dominios bajo la figura de las “Capitulaciones”. Estas, según el historiador mexicano Silvio Zavala,³² contenían la autorización que el rey le daba a un particular para una acción determinada, en este caso al conquistador para que este se embarcara en una

³² Silvio Zavala, *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, 4a ed. México: Porrúa, 2006, p. 102.



misión de conquista; dichos documentos especificaban repartimiento de honores y mercedes, etc. De este modo, la empresa de penetración en América adquiere el carácter de una empresa particular; el conquistador lleva la mira en recuperar sus gastos y aumentar sus ganancias. Este marcado espíritu comercial iba a dominar la empresa conquistadora en su totalidad.

Dadas estas condiciones de inicio, no puede extrañar el abuso de los conquistadores y colonos con la población indígena y sus posesiones. En esta dirección se considera que la primera denuncia de la injusticia en América lo constituye la llamada de atención del fraile dominico Antón de Montesinos en un sermón que pronunció en 1512, en la española, actualmente República Dominicana. Este sermón causó tanta conmoción entre los españoles del lugar; que hizo cambiar de mentalidad a uno de los feligreses, un encomendero que con el tiempo iba a convertirse en el defensor de indios: Bartolomé de las Casas. Como es de esperar, sin embargo, la mayoría de encomenderos que oyeron a Antón de Montesinos hicieron evidente su descontento ante la prédica del fraile dominico, y cursaron sus quejas antes las autoridades religiosas y civiles de la isla, llevando incluso su protesta ante las autoridades españolas.

Estos acontecimientos dieron lugar a la famosa Junta de Burgos que se convocó en 1512. De este encuentro surgieron las *Leyes de Burgos*, las cuales constituyeron un cuerpo legal de protección al indígena.³³ De este mismo encuentro, que aceptó la

³³ Oscar Cruz, *Historia del derecho indiano*, p. 76.



legitimidad de la empresa española en América, también surge, el *Requerimiento* elaborado por el jurista Juan López de Palacios Rubios en 1513. Este documento se basa enteramente en la donación papal (Alejandro VI) de los nuevos territorios a los monarcas castellanos con la condición de que estos se comprometieran a la evangelización de los nativos de estas tierras. Este documento, basado en las referidas bulas alejandrinas, fue válido durante las primeras décadas del proceso conquistador, y era leído a los pueblos indígenas al momento de ser conminados a obedecer a la Corona española. No resulta extraño que este documento haya sido usado para justificar el cruel sometimiento de las poblaciones indígenas.

Las bases de este documento fueron cuestionadas en los trabajos del teólogo salmantino Francisco de Vitoria, quien, con gran valentía e independencia de pensamiento, rechazó la idea de que el Papa tuviese dominio sobre estas tierras. Para el profesor salmantino, los indígenas, en virtud de su racionalidad, tenían dominio sobre sus reinos. Este profesor de la Universidad de Salamanca pensó que los españoles tenían derecho de migrar a estas tierras, incluso defender a los inocentes de las injusticias cometidas por los gobernantes indígenas, pero jamás aceptó las justificaciones que habían sido provistas por el jurista Palacios Rubios.³⁴

Destaca en esta empresa, al nivel práctico de denuncia, la labor del misionero Fray Bartolomé de las Casas, quien, junto con otros religiosos, se opuso de manera

³⁴ Francisco de Vitoria, *Sobre el poder civil, Sobre los indios, Sobre el derecho de la guerra*, segunda edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2007. (El tratado principal que presenta los argumentos en contra de los títulos que justifican la conquista, bajo la perspectiva del *Requerimiento*, se encuentran en el tratado *Sobre los indios*.)



ferviente a la inmisericorde explotación del indígena, especialmente encomiendas, las minas y otras formas de subyugación, como los servicios personales y la ayuda en los caminos, que eran brindados por los indígenas sin que recibieran una remuneración digna. Las protestas y denuncias De las Casas ayudaron a que se promulgaran las *Leyes Nuevas* en 1542, disposiciones que buscaban el buen tratamiento de los indígenas americanos, y para el efecto limitaban las prerrogativas (sujetas a abusos) de los conquistadores y sus herederos. Estas leyes restringieron la explotación de éstos que hacían los españoles que se habían establecido en el Nuevo Mundo.³⁵

Las *Leyes Nuevas*, sin embargo, fueron objeto del más absoluto rechazo por parte de los conquistadores, hasta el punto de que, en Perú, el virrey Blasco Núñez Vela fue asesinado por un grupo encabezado por Gonzalo Pizarro. En Nicaragua, los encomenderos asesinaron al obispo dominico Valdivieso. El gran historiador Severo Martínez Peláez también menciona, en su estudio clásico *La patria del criollo*, la reacción violenta de los encomenderos guatemaltecos. Ante esta situación, las autoridades españolas dieron marcha atrás en la implementación de dichas leyes, las cuales fueron sometidas al recurso de solicitud, expresado en la fórmula “se obedece, pero no se cumple”. En términos generales, la Corona se vio obligada a pactar, de hecho, con las ilegítimas acciones de los conquistadores.

³⁵ Jesús Antonio de la Torre Rangel, *Lecciones de historia del derecho mexicano*, México: Porrúa, 2010, pp. 181-190.



Esto lo pone de manifiesto el historiador Severo Martínez Peláez en su *La patria del criollo: Ensayo de interpretación de la realidad colonial guatemalteca*: “Nos hallamos en la etapa primitiva de la colonización. La corona de España no aprueba los vejámenes que se cometen en su nombre, pero tiene que tolerarlos, porque la despiadada explotación de los indígenas es el acicate de la conquista y el pago de la implantación del imperio. Los reyes enviaron constantes recomendaciones de que tratase a los indígenas con cristiana benevolencia, pero, enterados de lo que en realidad estaba ocurriendo, no les quedó otro recurso que disimular, bajo el pretexto de que se entregaba a los indios para cristianizarlos, el hecho de que se los repartía para explotarlos hasta la aniquilación. La esclavitud que se escondía tras el repartimiento y la encomienda primitivos no estaba, pues, legalmente autorizada. Era una esclavitud virtual”³⁶.

Como puede verse, los conquistadores comprobaron que podían pasar sobre cualquier ley, si esta iba contra sus inmediatos intereses, aunque estos fuesen ilegítimos. Estos se opusieron a la abolición de la esclavitud *de facto* de los indígenas, que fueran usados como cargadores gratis para ayudar a los viajeros por los caminos y, lo más debatido por los conquistadores, que las encomiendas no fuesen objeto de herencia. Esta última disposición fue objeto de tanta oposición que la Corona decidió, varios años después, que las encomiendas podían ser heredadas por una segunda vida. Los encomenderos, pues, lograron evadir las directivas que intentaban paliar el sufrimiento de los indígenas, dejando claro quiénes iban a dominar estas tierras. La subsecuente

³⁶ Severo Martínez Peláez, *La patria del criollo: Ensayo de interpretación de la realidad colonial guatemalteca*, México: Ediciones en Marcha, 1994, p. 63.



historia iba a comprobar los extremos de este dominio, como lo ha hecho con el gran historiador guatemalteco Severo Martínez Peláez en ya mencionada obra *patria del criollo: ensayo sobre la realidad colonial guatemalteca*.

En medio de estos acontecimientos y de estas luchas de poder se iba consolidando el imperio español sobre las Indias. De este modo la sociedad colonial iba a quedar marcada por las prácticas de la conquista; las prácticas de dominación de los criollos y los españoles iban a afianzar algunas de las más nocivas de este.

Esto explica por qué las actitudes actuales de ciertos sectores oligárquicos mantienen un sentimiento de rechazo hacia los indígenas y su cultura: simplemente las costumbres profundas de la colonia y la conquista siguen existiendo, aunque bajo formas diferentes. Esta actitud se enmarca dentro de un sentimiento general que, basado en la experiencia europea, no reconoce con plenitud la importancia de las creaciones que surgen en América Latina.³⁷ Esto ha determinado la tendencia a buscar soluciones fuera del ámbito latinoamericano, actitud que suele conjuntarse en muchas ocasiones con la admiración de lo que se produce en otros lugares.

El período de la conquista, como ya se dijo, evidencia el abismo entre los discursos de legitimación y la realidad sociopolítica. Traicionar las profundas motivaciones religiosas es uno de los recursos más degradantes, ante todo porque se juega con una de las dimensiones espirituales de la humanidad.

³⁷ Walter D. Mignolo, *La herida colonial y la opción de colonial*, traducción de Sivia Jawerbaum, y Julieta Barba, Barcelona, Editorial Gedisa, 2007.



2.2. El derecho en la Época Colonial

Como es de esperar, en el período colonial se consolida el poder español sobre sus dominios americanos. En esta época, las costumbres y usos jurídicos que predominaban en la península ibérica y en las primeras etapas de la conquista, por ejemplo, las capitulaciones, se consolidan, estableciendo una estructura legal cuyas consecuencias son aún visibles en las naciones que surgieron de este proceso. Por esta razón, merece mención destacada la influencia histórica del denominado derecho indiano, esto es, el cuerpo de leyes y prácticas jurídicas que ayudaron a las autoridades españolas a administrar sus inmensos, y muchas veces inexplorados, dominios de ultramar. Sin embargo, Tau Anzoátegui hace mención del hecho que el mismo derecho indiano influyó al derecho peninsular, el cual mostraba la influencia, además, del pensamiento renacentista.³⁸

Según el mismo Víctor Tau Anzoátegui, el derecho indiano se deriva del derecho común europeo de origen medieval; la razón es que, dado que las tierras americanas habían sido conquistadas por España, entonces el derecho vigente en el reino conquistador alcanza validez en las tierras conquistadas.³⁹ Por otro lado, este reconocido autor enfatiza la presencia de cierto nivel de pluralismo jurídico, derivado de

³⁸ Víctor Tau Anzoátegui, *¿Qué fue el Derecho Indiano?*, tercera edición, Bueno Aires, Argentina: AbeledoPerrot, 2007, p. 22.

³⁹ Referido en: Oscar Cruz Barney, *Historia del derecho en México*. Segunda edición. México: Oxford University Press, 2014, p. 222.



la comprensión de que no todo lo que funcionaba en Europa era adecuado en los nuevos territorios.⁴⁰

Según OtsCapdequí, citado por Oscar Cruz Barney, las características del derecho indiano son su carácter casuista, su notable minuciosidad reglamentaria, su carácter asimilador y uniformista y su tendencia religiosa.⁴¹ Este derecho se fue conformado a partir de capitulaciones, leyes, cédulas, bulas papales, entre otras, que eran aplicadas en las variadas circunstancias en las que se desarrollaba la vida de los habitantes de los territorios españoles de ultramar.

El derecho indiano, sin embargo, no llega a alcanzar las alturas del pensamiento jurídico de Francisco de Vitoria. Este derecho es, en realidad, un cuerpo legal destinado a gestionar un conjunto de colonias. Además, es posterior al Concilio de Trento (1547), evento a partir del cual el catolicismo adquiere un sentido mucho más severo, evitando la “contaminación” de las ideas religiosas y filosóficas que se estaban desarrollando en el pensamiento ilustrado y racional del resto de Europa. De este modo, mientras el continente europeo desarrollaba las bases del capitalismo, España se quedaba encerrada en su mundo medieval. De hecho, los grandes alcances de la cultura católica previa al mencionado Concilio, se ven sometido a un retroceso dogmático y represivo.

⁴⁰ Tau Anzoátegui, Op. Cit., pp. 27.28.

⁴¹ Oscar Cruz Barney, *Historia del derecho indiano*, Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2012, p. 16.



En ese sentido, debemos recordar que el derecho indiano ya acepta, de hecho, la sujeción de los amerindios y, por lo tanto, tiene un carácter plenamente justificativo de las acciones de los españoles en América. A partir de esto, se puede entender como algunos rasgos, como su carácter uniforme y su carácter minucioso ya anuncia algunos de los problemas que se enfrentan en la actualidad, especialmente un derecho que se concentra demasiado en los procesos formales y reglamentarios, a veces afectado por los vacíos de autoridad (el Rey estaba lejos de los dominios americanos) y que no pone atención a las diferencias de contexto.

Merece mención especial el hecho de que los indígenas fueron considerados como menores o miserables en el sentido que se había consolidado en el derecho romano.⁴²

Se verifica el hecho, pues, que durante la época colonial nuestras naciones tuvieron un sistema de derecho poco funcional. La lejanía, la poca obediencia al derecho, el excesivo sesgo reglamentario, la intolerancia religiosa, entre otros factores, iban a conformar una tradición jurídica que parecía no encajar con estas tierras. De este modo, se fueron acentuando ciertos rasgos negativos de la realidad jurídica latinoamericana. Se puede reparar, por ejemplo, en la continua aplicación de nuevas modalidades del *principio de solicitud* que rezaba: “se obedece, pero no se cumple”. En la actualidad existe un respeto insuficiente a los Derechos Humanos: se proclaman, pero no se cumplen. Los diversos sectores de poder siempre encuentran justificaciones para no cumplirlos, aunque de manera verbal se adhieran a ellos.

⁴² Véase el opúsculo de Carmen Sánchez, mencionado arriba



No puede extrañar, pues, que el Estado de Derecho encuentre muchas dificultades para enraizarse de manera orgánica en las sociedades latinoamericanas. Los grupos poderosos comprendieron desde el principio que sus privilegios justificaban la desobediencia a cualquier ley. Existen múltiples rasgos negativos del orden colonial que pueden explicar las carencias del presente. Por ejemplo, existe una queja generalizada acerca de la corrupción de la función pública, la cual no siempre repara en que los puestos burocráticos, durante el período colonial, eran objeto de venta. Se imponía, en consecuencia, la búsqueda del propio interés de los funcionarios públicos, antes que el servicio a la comunidad. Ese patrimonialismo burocrático, esencial al fenómeno de la corrupción, sigue haciendo daño hasta la fecha, dado que los recursos de la función pública muchas veces pasan a las manos de funcionarios públicos que se aprovechan de su trabajo.

Lo lamentable es que esas tendencias en lugar de atenuarse, se han visto incrementadas en nuestro tiempo, razón por la cual muchos ciudadanos exigen cambios jurídicos, especialmente constitucionales, que realmente vayan a las raíces de los problemas nacionales. Con todo, ya es común que las leyes no cambien a los hombres y que estos deban moralizarse antes de que cualquier cuerpo legal tenga resultados positivos. Queda siempre pendiente la tarea de cómo hacer a los hombres de manera que éstos sientan la necesidad de respetar las leyes.

En cualquier caso, es cuestión de examinar la manera en que las tendencias negativas ya mencionadas se manifiestan con especial virulencia en el derecho de la vida independiente, período en el cual el grupo de los descendientes de los primeros



españoles van a tomar el poder. Dichas prácticas se prolongaron en virtud de un hecho reconocido de que el poder sólo pasó de los peninsulares a los criollos. Esto sucedió no solo en Guatemala, sino que prácticamente en todos los dominios que algún día fueron dominio de la Corona española. Este rasgo se agrava en Guatemala, en la medida en que el cambio independentista fue un asunto de élites en el cual tuvo nula participación el grueso de la población guatemalteca. Este punto será objeto de análisis en la siguiente sección.

2.3. El derecho en la Época Independiente

Para comprender la historia jurídica guatemalteca en el período posterior a la independencia de España, el investigador debe situarse en el contexto general, político y social, de la independencia de los países americanos de la Corona Española. Desde la perspectiva de la sociología jurídica, que busca identificar las raíces y las repercusiones sociales de los cambios en el campo del derecho. La independencia no puede ser un acontecimiento súbito que se realiza de una vez; mucho menos, esta disciplina considerará que estos cambios se efectúan, de manera exclusiva, por razones doctrinales.

En este sentido, puede decirse que, durante este período de la historia, los sectores económicos y sociales dominantes de las colonias se reacomodan para el cambio de época que significa la independencia: el cambio del poder político de las autoridades peninsulares. Los criollos se preparan para tomar el poder. Este proceso lleva décadas, de hecho, el último país que logra su independencia es Cuba en 1898, después de una



guerra en la que incluso participaron, de manera decisiva, los Estados Unidos de América.

Por otro lado, debe notarse que la Época Independiente coincide más o menos con el inicio de la tradición constitucional en los países iberoamericanos, e incluso en España. Por esta razón, para comprender el derecho de la vida independiente, se debe necesariamente estudiar acontecimientos que se habían dado en el mundo iberoamericano durante la primera década del siglo XIX. Estos acontecimientos, desde luego, se relacionan con el cambio de estructuras sociales en la península Ibérica.

Estos cambios, como lo menciona Francoi-Xavier Guerra, se relacionan con el cambio de paradigmas jurídicos que representa la Revolución Francesa, la cual, en palabras de este autor, “no sólo trastocó el equilibrio político europeo, sino que fue un fenómeno social, político y cultura que dominó—como modelo o como objeto de rechazo—todo el debate político europeo de aquella época”.⁴³Tal debate, desde luego, tenía una importancia suprema en el nuevo continente.

En este sentido, la independencia de las colonias americanas de España se genera a partir de los vacíos de poder que genera la invasión francesa de la península Ibérica por parte de las huestes de Napoleón. En efecto, cuando el gran general francés obliga a abdicar al legítimo monarca español Carlos IV para imponer en su lugar a su hermano José I Bonaparte, se rompe el pacto varias veces centenario que había

⁴³ Francoi-Xavier Guerra, *Modernidad e independencias: Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, tercera edición, México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 15.



mantenido unida a España con sus colonias. En efecto, la conexión entre España y sus territorios en América se basaba en la relación de pacto entre la Corona y sus súbditos siguiendo a grandes líneas los planteamientos doctrinales del influyente pensador jesuita Francisco Suárez.⁴⁴

En esa época, bajo la influencia política francesa, se promulga la primera constitución que regirá sobre Iberoamérica como un todo. La referencia es a la Constitución de Bayona, proclamada en 1808, la cual, en realidad, tuvo una vigencia tan corta, que no pudo plantear cambios significativos en la realidad social y jurídica guatemalteca, ni iberoamericana en general.⁴⁵ Por su naturaleza, esta Constitución es ejemplo de un texto constitucional otorgado, el cual dejó de valer cuando se planteó la Guerra de Independencia en España, situación que llevó al establecimiento de una pluralidad de juntas de gobierno en España y en América, las cuales llenaron el vacío de poder dejado por la abdicación de los reyes legítimos.

El monarca impuesto, apodado Pepe Botellas, deja el trono en 1813 para exiliarse en los Estados Unidos de América. Sin embargo, la semilla de constitucionalismo había quedado sembrada en América. En este contexto, la Constitución de Cádiz fue establecida en 1812; sin embargo, esta es derogada en 1814 para entrar de nuevo en vigencia después de la caída de Fernando VII, al inicio de la tercera década del siglo

⁴⁴Esta tesis constituye el pensamiento central de la gran obra de O. Carlos Stoetzer, *Las raíces escolásticas de la revolución en la América Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

⁴⁵Para la presente exposición de la historia constitucional guatemalteca se toma como referencia el ya clásico ensayo de Jorge Mario García Laguardia, *Breve historia constitucional de Guatemala*, Guatemala, Editorial Universitaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.



XIX. Guatemala, que se había visto representada en las respectivas cortes con Antonio de Larrazábal, decidió independizarse en 1821. Debe mencionarse, sin embargo, que la Constitución de Cádiz siguió vigente en los dominios españoles hasta el año de 1837, cuando una nueva constitución española fue elaborada. En todo caso, la monarquía constitucional establecida sobre los acuerdos de las Cortes de Cádiz no logró salvar la unidad de la América española, la cual ya había sido influenciada por los ideales independentistas. El espíritu de esa época se expresa en las grandes empresas militares de emancipación lideradas por el venezolano Simón Bolívar y el argentino José de San Martín.

Los acontecimientos independentistas y constitucionalistas en América Latina se ven influenciados por el espíritu liberal y constitucionalista de los Estados Unidos de América y las doctrinas que animaron la Revolución Francesa. Dejando momentáneamente por un lado el proceso francés el cual ya había caído en los excesos de violencia del régimen revolucionario, los acontecimientos en la América hispana siguieron de cerca, los desarrollos políticos y jurídicos del país del norte. Por otro lado, desde el principio, se tuvo conciencia de que los países latinoamericanos iban a tener problemas por el afán de dominio de los EE.UU., y por eso, Simón Bolívar incluso soñó con la unidad de la América hispana. En efecto, a pesar de su admiración por el proceso de formación de los EE.UU., Bolívar considera, en una carta al funcionario británico Patrick Campbell que “los Estados Unidos que parecen destinados por la Providencia para plagar la América de miserias a nombre de la Libertad”.



Este sentimiento de unión no fue posible, ante todo por el hecho de que en las colonias españolas jamás se formó un sentimiento de comunidad que vinculara a las nuevas naciones. Este fenómeno ayudó a que los Estados Unidos de América se consolidaran como el poder político dominante del nuevo continente, creando una tradición histórica de intervencionismo que ha llevado incluso a la directa destrucción de los proyectos políticos creados por las diversas naciones latinoamericanas. Incluso, en los tiempos presentes la influencia geopolítica del Coloso del Norte se hace evidente en el proceso que destituyó al presidente de Guatemala en 2015.

En cualquier caso, por el tema de esta investigación, la historia jurídica y política de Guatemala merece una atención especial dentro del concierto de las naciones latinoamericanas. Como se sabe, la independencia de Centroamérica fue manipulada por las élites guatemaltecas, las cuales giraron alrededor de la familia Aycinena. Destaca, en esta dirección, el hecho de que la independencia de nuestro país está dictada por las necesidades de las clases poderosas en Guatemala.

El espíritu conservador y elitista de la independencia centroamericana es obvio cuando se recuerda la propuesta de José Cecilio del Valle, el famoso “Sabio Valle”, de que era necesario proceder con la declaración de la independencia antes de que el pueblo la promulgara por sí mismo. Sin duda, esta manera de proceder, que hace a un lado al pueblo, de manera explícita, permitió ajustar la independencia a las necesidades de los grupos poderosos de ese entonces. Efectivamente, dentro de los considerandos de dicho documento se lee: “Que, siendo la independencia del Gobierno Español, y sin perjuicio de lo que determine sobre ella el congreso que debe formarse, el Sr. Gefé



Político la mande publicar para prevenir las consecuencias que serían temibles en caso de que la proclamase de hecho el mismo pueblo”.

Según el historiador Horacio Cabezas Carcache, las maniobras de las elites aycinenistas respondían al “Plan Pacífico”, un plan diseñado por esta familia a fin de anexionar el territorio centroamericano al imperio mexicano, designio que contribuiría a mantener los privilegios de las clases dominantes de Guatemala.⁴⁶La posterior caída del imperio mexicano contribuyó a generar un período de profunda inestabilidad en Centroamérica. Es en este contexto, enfrentando problemas graves debido a la insistencia conservadora en conservar el poder, Guatemala iba a conocer sus primeros esfuerzos constitucionales, primero como Estado centroamericano y luego como nación independiente. La inestabilidad resultante no iba a permitir la consolidación de un Estado democrático en este país durante todo el siglo XIX, y desde luego, iba a generar un caldo de cultivo adecuado para que se consolidaran una serie de gobiernos autoritarios, como los que anteceden y siguen a la breve “primavera democrática” que se experimenta en la década de 1944 a 1954.⁴⁷

De este modo, la vida constitucional y política de Guatemala es bastante inestable en las primeras décadas de vida independiente. La primera constitución que tiene

⁴⁶ Horacio Cabezas Carcache, *Independencia centroamericana: gestión y ocaso del “Plan Pacífico”*, Guatemala, Editorial Universitaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.

⁴⁷ En realidad, las naciones iberoamericanas han experimentado una vida política repleta de trágicos vaivenes. Se puede recordar el caso de Simón Bolívar, quien tuvo que ceder en sus planes políticos ante las presiones de los “liberales” colombianos. En efecto, los liberales le reprochaban a Bolívar su deseo de crear una presidencia vitalicia con derecho a nombrar sucesor. Por esta razón se llegó incluso a asesinar al Mariscal José Antonio de Sucre. A esas luchas subyace el deseo de grupos sociales que querían preservar las estructuras del dominio colonial.



Guatemala es promulgada en 1824 y ubica a esta nación como un Estado dentro de la República de Centroamérica. Pero, la gran nación nunca se consolidó debido a las diferencias entre los diferentes Estados, especialmente entre El Salvador y Guatemala, los cuales entraron en pugna precisamente por las ambiciones supremacistas de las élites guatemaltecas, las cuales se favorecían de la centralización que había regido las estructuras económicas durante el período colonial.

A pesar de estos vaivenes, en el Estado de Guatemala ya se había dado una Constitución en 1825. Es dentro de esta constitución que el 5 de diciembre de 1839 se promulgó la Declaración de los Derechos del Estado y sus habitantes, documentos que, como nos lo recuerda el constitucionalista guatemalteco Juan Francisco Flores Juárez, se conoció resumidamente como la Ley de Garantías.⁴⁸

Guatemala, sin embargo, surge como una nación separada en 1847, cuando los conservadores rompen definitivamente con los demás países de Centroamérica. La fuente inmediata de tal rompimiento fue la lucha entre el conservador guatemalteco Rafael Carrera y el liberal hondureño Francisco Morazán, quien en 1834 había sido reelecto presidente de la República Federal de Centroamérica.

La vida constitucional de Guatemala sufrió otro cambio, ahora del liberalismo al conservadurismo, cuando se promulgó el Acta Constitutiva de 1851, la cual terminó adjudicando la presidencia vitalicia al líder conservador Rafael Carrera. Durante esos

⁴⁸ Juan Francisco Flores Juárez, *Constitución y justicia constitucional/ Apuntamientos*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2005, p. 62.



años se dieron además otros intentos constituyentes, todos reflejando la inestabilidad propia del país.

El pensamiento liberal, sin embargo, no se establecerá definitivamente sino hasta 1879, cuando se promulga la Constitución liberal en el gobierno de Justo Rufino Barrios. Esta Constitución rigió el país en el tiempo en el que se consolidaron las oligarquías cafetaleras, las cuales se enriquecieron debido a la privatización de las tierras comunales de los indígenas. Esta Constitución estuvo vigente durante un largo tiempo, hasta 1944, aunque experimentó ocho reformas. Dentro de las más importantes de estas se pueden mencionar las que se dieron a raíz de la caída de Manuel Estrada Cabrera, quien gobernó con mano férrea de 1898 a 1920, hasta ser derrocado por el Movimiento Unionista.

Un avance substantivamente modernizador se da con la Constitución de 1945, la cual, a raíz de la Revolución de Octubre, introduce al país directamente en la época de los Derechos Humanos. Este documento se elabora en el espíritu de la posguerra, en el ámbito del pensamiento de Franklin D. Roosevelt. Refiriéndose a la Constitución de 1945, el jurista guatemalteco Jorge Mario García Laguardia nos dice: “En su articulado se percibe *una aspiración moralizadora* que se traduce en declaraciones doctrinarias y un idealismo político explicable por el amanecer democrático en el que se gesta después de una larga dictadura: moralidad pública, cárceles, participación política, campaña alfabetizadora... La promulgación de una Constitución, en este caso la de



1945, tuvo una relevancia especial porque inauguró una época de profundos cambios políticos y de filosofía general.”⁴⁹

Este documento fundacional plantea muchos avances en el campo social, razón por la cual se constituirá en el documento adecuado para guiar la década democrática de nuestro país. Los grandes alcances de este documento, bajo la ejecutoria de los presidentes Arévalo y Arbenz, ayudan a construir una institucionalidad que beneficia al pueblo de Guatemala (Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Autonomía Universitaria, Banco de los Trabajadores, Reforma Agraria, etc.). Sin embargo, este movimiento modernizador fue rápidamente abortado por el movimiento liderado por Carlos Castillo Armas, apoyado por el gobierno de los Estados Unidos, el cual se opuso a la expropiación de tierras de la United Fruit Company, compañía que dominaba gran parte de las tierras del nororiente guatemalteco.

Bajo el gobierno golpista, ilegítimo e inmoral de Castillo Armas se organiza la Constitución de 1956, la cual es un documento de la Guerra Fría. Este documento desintegra muchos de las medidas sociales adoptadas por los gobiernos de Arévalo y Arbenz y representa, como tal, una expresión del movimiento reaccionario de la derecha guatemalteca. Se inicia por esos tiempos, bajo el pretexto de erradicar el comunismo, la persecución de los que apoyaban las agendas modernizadoras en el país.

⁴⁹ Jorge Mario García Laguardia, *Constitución y constituyentes del 45 en Guatemala*, Guatemala: Procuraduría de Derechos Humanos, 2012, p. 45.



Esta Constitución dura apenas unos pocos años, porque se promulga una Constitución en 1965, la cual es de carácter marcadamente anticomunista, y para servir a los militares que llegaban al poder con una mentalidad contrainsurgente. Esta surge del golpe liderado por el coronel Enrique Peralta Azurdia contra el general Miguel Ydígoras Fuentes, bajo cuyo gobierno también surge la guerrilla guatemalteca. Debe mencionarse, en ese sentido, que dicho documento fue creado por un movimiento golpista cuyo único objetivo era evitar la llegada de Arévalo de nuevo al poder. De todos modos, este documento constitucional fue violado de la manera más flagrante, dado que durante su época se cometieron los crímenes más aberrantes de los que tiene memoria nuestra historia reciente, como lo prueba las matanzas de poblaciones indígenas y la sangrienta represión en contra de profesores, estudiantes y dirigentes de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Los procesos constitucionales de la vida política guatemalteca concluyen con la Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en 1985, la cual se analizará, aun de manera breve, en el siguiente capítulo, precisamente en función de la situación actual en la que se encuentra el país. Pero para lograr este propósito es conveniente tratar de consolidar, aunque sea de manera resumida, las conclusiones de este breve análisis de la historia del derecho en nuestro país.



2.4. Repercusiones generales del pasado jurídico en Guatemala

¿Qué conclusiones se pueden obtener de la historia jurídica y constitucional de la vida independiente nacional previa a 1985? Desde la perspectiva de este trabajo, las tradiciones legales y los cambios constitucionales en Guatemala durante este largo período se pueden iluminar a partir de las necesidades de dominio de los sectores poderosos de la sociedad guatemalteca. La única excepción es el período dirigido por jóvenes progresistas de clase media, que tuvieron el poder durante la década democrática 1944-1954. Tal vez se pueda tomar en cuenta también el ejercicio político de Mariano Gálvez, el cual tuvo una visión y una serie de objetivos que implicaban el progreso de la sociedad guatemalteca.

Es de reconocer, en primer lugar, que los problemas estructurales de la sociedad guatemalteca empiezan desde el período de la conquista. Las grandes líneas de una sociedad excluyente se van consolidando durante la época colonial. Este proceso de profundización de invisibilización y marginación socioeconómica determina una nación independiente que se va a ubicar bajo el dominio de élites cerradas que, incluso, basan su poder en alianzas familiares.

En virtud de este pasado problemático, la sociedad guatemalteca no ha sido capaz de construir una nación inclusiva y democrática; siempre ha habido grandes sectores sociales fuera de los grandes acontecimientos nacionales. El proceso histórico de exclusión no ha ayudado a que se consoliden las virtudes ciudadanas que sirven de base a un verdadero régimen constitucional de derecho. De ahí que no resulte extraña



una vocación legalista que no repara en las dimensiones axiológicas que se evidencian en el orden constitucional.

De este modo, aún en nuestro tiempo, el problema sigue siendo la exclusión de las grandes mayorías. El proceso de exclusión de los pueblos indígenas se prolonga en la progresiva precarización de muchos sectores de la sociedad guatemalteca, incluida la clase media, la cual en este momento se difumina continuamente, debido a la persistencia de políticas que sólo benefician a los sectores pudientes de la sociedad guatemalteca. Según un reciente estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) la clase media guatemalteca se ha contraído en un 3.3 % en el período 2000-2012.⁵⁰

En segundo lugar, debe reconocerse que, aunque la independencia latinoamericana de España significó una época de cambios profundos en la fisonomía política y jurídica de nuestras sociedades, los cambios logrados no fueron producto de una reflexión sobre las propias circunstancias, de un proyecto político propio madurado a lo largo del tiempo. No se puede negar que los modelos tuvieron la finalidad de promover el interés de los criollos. Durante mucho tiempo los “españoles americanos” desarrollaron una actitud de animadversión hacia los españoles peninsulares, los cuales tenían una marcada preferencia cuando se trataba de ocupar los cargos de autoridad, los cuales, en muchas ocasiones, eran objeto de venta por parte de la Corona española que

⁵⁰ Citado en: <http://www.prensalibre.com/guatemala/politica/la-clase-media-se-reduce> (última consulta el 10 de mayo de 2016).



siempre se hallaba urgida de fondos. El contrabando, por otro lado, gestó una actividad económica que se fortaleció al margen del derecho.

En tercer lugar, destaca la fragmentación que dejó como legado el imperio español en América. No había dejado una cultura política compartida por todos los países; nunca hubo, por otro lado, lazos fuertes entre las naciones del imperio español en América. De este modo, poco a poco, se vieron las diferencias entre diversos países y regiones. Debido a la naturaleza del dominio colonial español, tampoco se erigieron vías de comunicación capaces de integrar un comercio fuerte entre los países del continente americano; todas las riquezas de estas naciones, se iban directamente a España, nación que a causa de las riquezas fácilmente obtenidas en América, no pudo desarrollarse como otras naciones en Europa, las cuales, como en los casos de Inglaterra y los Países Bajos, lograron desarrollar una industria como primeras potencias capitalistas.

En cuarto lugar, las élites, especialmente las económicas, han sido incapaces de crear un proyecto de nación. Las centenarias actitudes de expoliación, explotación intensiva, visión patrimonial del Estado, han servido para que las oligarquías, tradicionales y emergentes, puedan consolidar su poder económico, pero no para lograr una integración nacional profunda. Los problemas sociales, políticos y jurídicos de esta sociedad son, pues, fruto de una política de satisfacción de intereses inmediatos, de intolerancia social y étnica, de confrontación que rechaza la cooperación y la solidaridad, y en consecuencia de ausencia de la colaboración de las fuerzas sociales en aras del bien común.



Guatemala no ha vivido eventos profundos que plantearan un sentido de nación como es el caso de la Revolución Mexicana, la cual, a pesar de sus fracasos y de retrocesos posteriores, llegó a plantear una integración de las grandes mayorías campesinas.

En quinto lugar, debe señalarse que la implementación de la ideología liberal no representó un mejoramiento para las clases vulnerables en Guatemala. El desarrollo del liberalismo en Guatemala está vinculado con el ascenso de una clase que establece su poder en monocultivos como el café, el cual se estableció a partir de un despojo generalizado de las tierras comunales de los indígenas guatemaltecos. En efecto, la doctrina liberal, al promover la propiedad privada, ofreció a los sectores de poder un conjunto de doctrinas que justificaron la opresión de las mayorías indígenas, las cuales fueron vistas, merced a doctrinas científicas que buscaban el “progreso” como rémoras para el desarrollo de nuestros países. Este hecho se verifica con la mentalidad positivista que consolidó la creencia de la inferioridad racial de las mayorías indígenas. Conocidos son los casos de Domingo Faustino Sarmiento, quien se empeñó en exterminar a los gauchos argentinos, y el del dictador mexicano Porfirio Díaz, quien abrió México a la inversión extranjera, con el afán de lograr el ansiado progreso que igualara a su país con la admiradísima Europa.⁵¹

⁵¹ Para una evaluación general de las ideas positivistas en América Latina consúltese el artículo de Gustavo Chamorro Hernández, “Reflexiones sobre el positivismo en América Latina (México-Argentina s. XIX)”, disponible en: http://www.unicauca.edu.co/porik_an/imagenes_3noanteriores/No.9porikan/porikan_13.pdf (último acceso el 10 de mayo de 2016).



En virtud de estos antecedentes históricos no puede extrañar que en la actualidad los grupos oligárquicos promuevan un Estado que les siga garantizando las prebendas que en otros tiempos hicieron posible el ascenso social y económico de sectores como el de la producción de cemento, el del monopolio de la cerveza o el pollo, grupos que, constituyen el núcleo duro de la oligarquía nacional. Estos son grupos que aún en la actualidad siguen pidiendo incentivos fiscales, u ocultando sus malas prácticas, que no son sino privilegios indebidos. Estas son ventajas inaceptables que aumentan la vulnerabilidad de los grupos mayoritarios y una desigualdad que carece de todo sentido.

2.5. Conclusión del capítulo

Este capítulo se ha concentrado en proveer elementos históricos para comprender las dimensiones históricas de la falta de Estado Constitucional de Derecho en Guatemala. Dicho enfoque ayuda a entender la dificultad que encuentran los sistemas legales, especialmente los recientes de corte constitucional, modelos que tratan de establecer los valores y principios más avanzados, para establecer un genuino Estado democrático en nuestro país. Para visualizar estos problemas se ha prestado atención teórica a algunos aspectos relacionados con la sociología jurídica. Esta tarea ha contribuido a comprender la ubicación del derecho como instrumento de dominio a lo largo de la historia social y económica del país.

La impresión general que genera la historia jurídica, social y política de Guatemala es la de una profunda inestabilidad, en la cual los esfuerzos por construir una nación son



bloqueados por élites que se ha acostumbrado desde el mismo momento de la conquista, a tomar sus intereses como criterio definitivo para organizar la nación. Los problemas sociales y políticos que ahora enfrenta la sociedad guatemalteca traducen las actitudes de dominio de los señores conquistadores y sus descendientes en el período colonial. La supuesta aceptación de los valores más altos puede interpretarse como una estrategia para brindarle legitimidad a un sistema que garantiza la preservación de sus intereses. Es casi un corolario que el dominio elitista de las instituciones no puede repercutir en un fortalecimiento de la vida social y jurídica del país. En la actualidad, sin embargo, se están viviendo acontecimientos que hacen pensar que las estructuras de la sociedad guatemalteca sufrirán modificaciones profundas.

Conviene insistir, en que la historia jurídica de la Época Independiente muestra a los sectores oligárquicos tratando de mantener sus prerrogativas. Tal postura explica la notoria persistencia de prácticas que no tienen lugar en una sociedad respetuosa de los Derechos Humanos. Estas prácticas históricas han creado una situación de escepticismo ciudadano frente a la institucionalidad del derecho en este país. Esta situación ha desembocado en una situación de ingobernabilidad que hace que muchos hablen de un Estado fallido, uno incapaz de defenderse del asalto de las mafias políticas que, en contubernio con otros grupos, han dominado el gobierno durante las últimas décadas.

Este examen provee elementos para identificar los caminos que se deben seguir para construir un Estado Constitucional de Derecho acorde con los avances en el mundo.



De este modo, el siguiente capítulo, el tercero de esta investigación se dedica a confrontar la realidad guatemalteca con los instrumentos jurídicos que pretenden regularla. Esto permitirá identificar los mecanismos discursivos y políticos que deberían regular nuestra democracia constitucional para alcanzar sus objetivos de convivencia justa.

Este examen sugerirá que el problema quizás no radica tanto en las buenas leyes, sino en la internalización de las actitudes y valores que ayudan a que un sistema jurídico determinado pueda implementarse de manera eficaz. La realización de estos derechos, sin embargo, no depende solo de una prédica moralista, sino ante todo de la lucha por condiciones dignas de vida para la mayor parte de la población. Una serie de avanzadas reformas económicas, fiscales, laborales, entre otras, decididas de manera democrática, son absolutamente necesarias. En resumen, hay muchas tareas pendientes para lograr una sociedad realmente democrática.

Para entender esta realidad se necesita recordar que naciones como la nuestra son relativamente jóvenes: cinco siglos de vida no son un período muy largo para el desarrollo de una sociedad que nació de un acontecimiento tan traumático como la conquista. Se puede pensar en los siglos, por no decir milenios, de guerras, conflictos, transformaciones y fusión de culturas que configuraron a los países de la Europa actual. La estabilidad de ese continente no está todavía garantizada a partir de los problemas que ha traído la unificación europea.



Claro, no se necesita transitar el mismo camino de Europa, ni de otras regiones del mundo. La conciencia de los Derechos Humanos, la existencia de instrumentos internacionales de control de la violencia, entre otros recursos, dificultan la multiplicación de los procesos violentos que crearon las repúblicas europeas. Por esta razón, se requiere de planteamientos que vayan al meollo de las carencias, para que este país realice el Estado democrático y constitucional de derecho, aun tomando en cuenta su relativa juventud y sus propias circunstancias.

La situación, sin embargo, se torna más compleja por la crisis que enfrenta la globalización contemporánea, la cual exige ver con renovadas ideas la propia historia jurídica. Recuérdese que el mismo pensamiento jurídico de Europa está en crisis, como lo prueban los muy recientes acontecimientos en los países del sur de ese continente, los cuales están cuestionando el régimen económico de la Unión Europea, el cual ha castigado a sus poblaciones con el pago de una deuda que fue causada por las especulaciones financieras que llevaron a cabo grandes consorcios financieros. De este modo, la desigualdad y el desempleo en algunos países de Europa se acercan a las tristes cifras del tercer mundo, aunque quizás nunca descendan a los niveles de precariedad a los que se han acostumbrado los países que alguna vez fueron colonias de Europa.

CAPÍTULO III



3. La crisis del constitucionalismo en la globalización

Los capítulos anteriores contienen reflexiones sobre el Estado de Derecho, investigando las tensiones entre el modelo legalista y el constitucional de este, así como algunas de las razones históricas por las cuales Guatemala no ha avanzado en la consolidación de un auténtico sistema constitucional de derecho. Se ha visto como los deseos por construir un Estado democrático en este país, desde los momentos inmediatamente posteriores a la independencia, siempre han estado a merced de las acciones concertadas de los grupos que mantienen el poder, especialmente el económico, en Guatemala. Esta situación ha conllevado a la poca eficacia de los sistemas jurídicos implementados.

Esta realidad que se ha vivido a lo largo de dos siglos adquiere matices especiales en una época que, como la contemporánea, está marcada por la globalización capitalista. La ciudadanía guatemalteca se encuentra frente a graves problemas, algunos de ellos globales como la contaminación ambiental, la desigualdad y el desarrollo del crimen organizado. El sistema político de este país, sin embargo, se encuentra frente a limitaciones para actuar, debido a la incapacidad de fabricar consensos que puedan garantizar el desarrollo de la sociedad. Detrás de tales dificultades se encuentran de nuevo, problemas globales como la profundidad de la propaganda de los grandes medios de comunicación; la colusión de las empresas con los medios de comunicación; el ataque a la educación crítica, así como la promoción de un estilo de vida consumista



y egoísta. Esta situación se ha agravado por la presente crisis de corrupción, la cual ha hecho evidente el nivel de descomposición que está viviendo un Estado que necesita no sólo un derecho penal estricto, sino también planes de país que busquen la justicia y la reconciliación.

Nada se puede lograr si no se cree en la posibilidad del Estado Constitucional de Derecho el país. Hay que empezar por reconocer que la existencia de un auténtico régimen democrático y constitucional de derecho es posible, a pesar de las crisis que azotan al mundo contemporáneo y que se manifiestan con especial crudeza en los países más vulnerables. Esto es particularmente cierto en una época, que como la actual, parece carecer de alternativas reales y viables. Afortunadamente, como se tendrá ocasión de ver en este trabajo, aún existen propuestas válidas para alcanzar un sistema constitucional democrático en todos los países del mundo. En virtud de que el país se encuentra en un proceso de cambio, se pueden implementar algunas de estas políticas de orden benéfico.

No hay que olvidar que, a pesar de los retrocesos constitucionales, cuya explicación es imprescindible, hubo países en donde en algún momento se han podido establecer tales modelos de convivencia sociopolítica. Recuperar tales logros y aspirar a lo mismo en Guatemala es lógico y posible. España, por ejemplo, puede recuperar e incluso ahondar el Estado Social y Democrático de Derecho que instauró en 1978 para lograr su desarrollo como país. Guatemala, aunque con menos suerte política en el pasado, puede aspirar a fines similares.



Se cuenta, por otro lado, con las experiencias de países como Alemania e Italia después de la Segunda Guerra Mundial, lograron superar el fascismo, estableciendo constituciones cuya jurisprudencia se ha convertido en un modelo para muchos países en el orbe, como es el caso de Colombia y Guatemala. A pesar de que, como se verá en las próximas secciones, dichos logros están siendo puestos en peligro por el desarrollo del neoliberalismo, no se puede negar que ya hay movimientos que tratan de volver a establecer niveles similares de bienestar en sus Estados constitucionales de derecho. En ese sentido, la lucha democrática por la igualdad substantiva, la justicia y la dignidad es, hoy en día, una lucha global que involucra a todos los países del mundo.

El camino guatemalteco exige involucrarse en procesos de reformas constitucionales que atiendan a la propia realidad, que no olviden las circunstancias que han moldeado su fisonomía cultural y legal. Por ejemplo, los países de Sudamérica, para enfrentar la ola neoliberal, se han embarcado en cambios constitucionales de considerable amplitud, en donde se toman en cuenta incluso sus culturas indígenas, las cuales ya no son consideradas como un obstáculo para el progreso, sino como un repertorio de oportunidades e ideas para el futuro, ante todo debido a la crisis ambiental. Desde luego, pueden haber desacuerdos con los detalles concretos de sus planteamientos, pero es obvio que al menos esos países intentan responder a los desafíos que les presentan sus estructuras injustas y un orden internacional subordinado a los grandes poderes económicos, especialmente los enormes centros privados de influencia establecidos en las compañías transnacionales.



Por esta razón, no es extraño que cada vez sea mayor el número de voces que requieren no solo una nueva Constitución, sino la refundación misma en el Estado Guatemala. La pregunta inmediata que puede plantearse es cómo puede esto darse en un país como éste, que posee una Constitución relativamente reciente y con muchos aspectos positivos que aún no han sido desarrollados. ¿Ayuda en realidad construir una nueva constitución política para el país? Esta pregunta será respondida en este trabajo, desde luego, bajo la perspectiva del autor.

Ahora bien, responder a esta pregunta no es fácil, dado que se vive en un mundo interconectado. Sería un tanto ingenuo sólo pensar en cambiar la Constitución y esperar a que todo cambie de manera automática. En ese sentido es necesario también evaluar las nuevas situaciones políticas, los actuales desafíos sociales, las recientes tendencias globales, para preguntarse con honestidad intelectual si la actual Constitución ofrece el marco jurídico y político adecuado para poder afrontar los problemas que presenta el futuro a mediano plazo.

Para responder estas interrogantes es necesario preguntarse primero acerca de la situación del constitucionalismo a nivel global. En este capítulo, después de las disquisiciones sistemáticas del primer capítulo e históricas del segundo, se trata de responder a preguntas como las siguientes: ¿Se encuentra en crisis el modelo del Estado Constitucional de Derecho? ¿Cómo se puede responder a las tendencias antidemocráticas de la globalización neoliberal que se impuso en el mundo durante el último cuarto del siglo pasado? ¿Es posible encontrar soluciones constitucionales para la crisis inédita que ahoga a este país en una coyuntura de rasgos globales?



Para responder estas interrogantes, se precisa contar con una visión clara del neoliberalismo y de la globalización que se ha extendido por todo el mundo. Una doctrina; la otra un fenómeno político que ha cambiado la faz del mundo contemporáneo, ambas están interrelacionadas. Por estas razones, para responder a las preguntas planteadas, se ofrece una perspectiva resumida de lo que constituye el neoliberalismo contemporáneo, para después pasar a explicar la no menos difícil y polémica noción de globalización. Posteriormente, este texto avanza un diagnóstico de los problemas de índole política y constitucional que enfrentan las sociedades contemporáneas. Sólo después de estas tareas preliminares, se puede reflexionar con propiedad sobre los derroteros políticos que el país debe seguir para construir y consolidar un genuino Estado Constitucional de Derecho, uno eficaz, substantivo y válido, capaz de contrarrestar la peligrosa ingobernabilidad que afecta a este país.

3.1. ¿Qué es el neoliberalismo?

Para responder a la pregunta acerca de la naturaleza del neoliberalismo, es conveniente hacer dos aclaraciones previas. En primer lugar, este epíteto suele utilizarse en un sentido vago, que, desde luego, debe evitarse en una tesis doctoral. Por otro lado, diferentes autores manejan distintas visiones de esta corriente. Sin embargo, también es adecuado identificar las líneas ideológicas que giran alrededor de la denuncia de un eje de pensamiento económico que domina cada vez más áreas de la vida social, como es el caso de la política, la organización institucional, la educación, la cultura y otras áreas importantes de la vida social y política. El neoliberalismo, en



efecto, es el conjunto de doctrinas que privilegian el mercado libre como económico propio de la globalización contemporánea.

Desde luego, esta caracterización, que será breve por las necesidades de esta exposición y se verá apoyada en diversos autores y textos. Es necesario reconocer que solo se puede aspirar a resumir una doctrina y práctica que es en realidad bastante compleja, y en la que también existen voces discordantes, como lo ha demostrado recientemente en su análisis del movimiento libertario guatemalteco, el sociólogo y político guatemalteco Álvaro Velásquez.⁵²

El neoliberalismo pretende surgir, como lo plantea el prefijo “neo”, como un retorno de los planteamientos liberales clásicos, tanto en el campo político como en el económico. Por esta razón, muchos de los que rechazan el calificativo de “neoliberales” simplemente claman que son “liberales clásicos”.

Desde luego, aquí ya se puede presentar un contraargumento que consiste en hacer ver que las doctrinas deben ser revisadas cuando se enfrentan a contextos nuevos. Autores como John Locke y Adam Smith escribieron en un tiempo muy diferente al actual. No se puede retornar, sin más, a una corriente intelectual que nació hace más de tres siglos, con las ideas filosóficas de John Locke y las teorías económicas de Adam Smith y David Ricardo, en el ámbito inglés; con las ideas de Kant y Von

⁵²Álvaro Velásquez, *Ideología burguesa y democracia: Una aproximación al Movimiento Libertario en Guatemala y sus discursos*, Guatemala, Serviprensa, 2013.



Humboldt en Alemania, con los planteamientos de pensadores como Jean Rousseau, en el mundo de lengua francesa, entre otros.

Las situaciones cambian rápidamente, y tres siglos son una extensión considerable de tiempo en la historia humana de las ideas. De este modo, querer regresar y revivir las ideas liberales originales de autores clásicos que escribieron en los comienzos de la modernidad europea es un objetivo imposible, si lo que se quiere es interpretar los fenómenos del presente. Las corrientes filosóficas aparecen y desaparecen, pero siempre cambiadas y transformadas, para responder a los problemas de cada época. Aristóteles, por ejemplo, sigue brindando claves para entender el presente, pero sus ideas originales, por ejemplo, las que se refieren a la esclavitud, la desigualdad natural de los seres humanos o la inferioridad de las mujeres, no pueden ser aceptadas en la actualidad.

El neoliberalismo surge, como doctrina, a lo largo del siglo XX en Europa y Estados Unidos; en el segundo país, se ve fortalecida por la emigración de intelectuales, especialmente austriacos, que huían de los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial. Entre tales pensadores austriacos destacan, por su enorme influencia Friedrich von Hayek y Ludwig von Mises. Las ideas de estos pensadores austriacos se van desarrollando en discusión con los economistas neoclásicos,⁵³ y a pesar de sus

⁵³ Los economistas neoclásicos privilegian un enfoque individualista de la economía, en la cual la noción de oferta y demanda se interrelacionan en procesos a través de los cuales la economía se regula a sí misma. El sujeto de la economía neoclásica es el individuo que se centra en maximizar su beneficio. Tal enfoque, desde luego, sostiene una visión negativa de la participación del Estado en la economía.



diferencias, coinciden en un punto: el desprecio hacia el Estado en tanto este sirve para promover desarrollos de orden colectivista.⁵⁴

Se suele ubicar el surgimiento organizado del neoliberalismo en la creación de la MontPelerinSociety en 1947. Sin embargo, los intelectuales franceses Christian Laval y Pierre Dardot ofrecen otra versión: esta corriente surge en una reunión celebrada por el famoso periodista norteamericano Walter Lipmann en París en 1938. Sin embargo, los autores mencionados ven la segunda sociedad como una continuación de la primera reunión. En estas reuniones, se va logrando el acuerdo de que la Universidad de Chicago y la London School of Economics sean los centros creadores y difusores de las nuevas doctrinas económicas y políticas. En todo caso, la agenda neoliberal terminó centrándose en la Sociedad Mont Pelerin, la cual sigue manteniendo su liderazgo en la promoción de esta doctrina.⁵⁵

Adoptando una visión histórica de las últimas décadas, es notorio que el planteamiento neoliberal se produce cuando las clases empresariales y financieras se percatan, hacia mediados del siglo XIX, que sus tasas de ganancia habían disminuido debido a la progresiva mejora de los sectores laborales. Como se sabe, dichas medidas, que promovían al Estado como gestor de la economía, habían sido tomadas bajo el liderazgo del economista inglés John Maynard Keynes, cuyas ideas fueron efectivas

⁵⁴ Una diferencia que los neo-clásicos piensan en un ser humano que siempre calcula de manera egoísta, mientras los de la Escuela Austriaca consideran que los órdenes se desarrollan de manera espontánea. Así, por diferentes razones, ambos planteamientos desconfían de los esfuerzos de planificación llevados a cabo desde el Estado.

⁵⁵ Christian Laval y Pierre Dardot, *La nueva razón del mundo: Ensayos sobre la sociedad neoliberal*, traducción Alfonso Diez, Barcelona, España: Gedisa, 2013, pp. 68-69.



para superar el desastre económico producido por la gran crisis que afectó a los Estados Unidos en 1929. Esta fue la época en que los EE.UU., bajo la presidencia de Franklin Delano Roosevelt, no solo logró salir de una crisis tan inmensa, sino que también se impuso como el líder económico y político mundial.

Se considera que el primer país en que se puso en práctica el neoliberalismo fue Chile, como lo atestigua el famoso trabajo que desarrollaron los llamados Chicago Boys un grupo de economistas neoclásicos de la Universidad Católica de Chile, los cuales se formaron, a través de becas, en la Universidad de Chicago y que fueron puestos en puestos económicos importantes por el general golpista Augusto Pinochet, inmediatamente después de que éste derribara por un golpe de Estado, apoyado por el gobierno de los EE.UU., al legítimo presidente Salvador Allende, quien incluso fue asesinado. El modelo chileno, sin embargo, ha sido cuestionado por recientes investigaciones, especialmente las desarrolladas por el economista chileno Alberto Mayol.⁵⁶ Similares conclusiones pueden aplicarse a nuestro país, ante todo cuando reflexionamos en que la desigualdad, como lo ha demostrado Thomas Piketty, es un fenómeno global.⁵⁷

Posteriormente, la primeraministra inglesa Margaret Thatcher y el presidente norteamericano Ronald Reagan se embarcaron en la implementación de dicha doctrina. Este modelo de pensamiento alcanzó un poder inusitado debido a la caída del

⁵⁶ Alberto Mayol, *El derrumbe del modelo: La crisis de la economía de Mercado en el Chile contemporáneo*, segunda edición, Santiago de Chile, Chile: Editorial LOM, 2013.

⁵⁷ Thomas Piketty, *El capital en el siglo XXI*, traducción de ElianeCazenave-Tapie Isoard, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014.



socialismo real liderado por la Unión Soviética. Este acontecimiento, dramático e inesperado, adquirió una consolidación marcada a partir de la caída del Muro de Berlín en 1989. Ya sin la oposición del socialismo soviético, el sistema económico regido por los EE.UU. se impuso en el mundo; las empresas transnacionales ya no tenían impedimento para moverse de un lugar a otro buscando una mano de obra más desprotegida. Incluso la misma China, en un proceso que llama al análisis, se ha encarrilado recientemente en reformas neoliberales, aun cuando el Partido Comunista siga con el usufructo del poder estatal.

A un nivel doctrinal, la idea central del neoliberalismo es la tesis de que el libre mercado constituye la clave para construir las mejores sociedades. Los partidarios de esta doctrina se han opuesto al control gubernamental porque consideran que este distorsiona los procesos libres de un mercado, en el cual las decisiones de los expertos estatales no pueden sustituir el conocimiento que los mismos actores económicos poseen. Como tal, esta doctrina se desarrolla a partir de un individualismo extremo, que descalifica todo intento de construir el bien común, desde el Estado, el cual se ha ido desmantelando desde hace más de dos décadas, con privatizaciones que supusieron un robo para las sociedades respectivas, el advenimiento de una nueva casta de millonarios y un aumento desorbitante de desigualdad.

Por esta razón, en el neoliberalismo el Estado es descalificado de las maneras más diversas; en términos generales se le considera una reliquia del pasado totalitario nazi, el amo de los ciudadanos que están dispuestos a convertirse en esclavos, incapaces de asumir sus responsabilidades individuales, y así sucesivamente. El aparato estatal



no puede sustituir los planes y previsiones de los agentes económicos que controlan supuestamente mejor que nadie, sus intereses (tesis que sostienen los partidarios de la Escuela Austriaca de Economía).

El gobierno solo distorsiona el mundo económico, causando mayor ineficiencia y pobreza, como lo mostraron, a juicio de los defensores de esta doctrina, las políticas de bienestar y organización estatal de la economía. Por esta razón, los neoliberales exigen la salida del control estatal de toda actividad económica, para dedicarse tan sólo a brindar seguridad y justicia. Si los funcionarios públicos desean llevar bienestar a sus poblaciones, estos son acusados de caer en el tan temido populismo, término que se ha puesto de moda, sin que por ello tenga un significado preciso.

Ante todo, bajo esta perspectiva, se debe dismantelar el Estado de bienestar, que roba a través de los impuestos, para mantener a los que no se esfuerzan por trabajar. Bajo el influjo de las ideas neoliberales de Reagan, por ejemplo, se hablaba de las reinas del *Welfare*, para referirse a las mujeres de color que dependían de los cheques que recibían del gobierno.

Siguiendo esta estrategia de descalificación del Estado, los neoliberales exigen que las empresas del Estado o las que se encuentren bajo control de éste, se privaticen para brindar mejores servicios. En nuestro país, dichas privatizaciones alcanzaron su cúspide en el gobierno de Álvaro Arzú. En tal sentido, debe señalarse que algunos de los hombres más ricos del mundo lograron su fortuna por haber participado en tales



procesos, como es el caso del magnate mexicano Carlos Slim, quien se benefició de la cuestionada venta del sistema telefónico mexicano al sector privado.

Se ha creado una ortodoxia económica, que exige la apertura de los mercados; la libre circulación de los capitales; la eliminación de las barreras arancelarias; la austeridad del Estado en cuanto respecto al gasto social; la desregulación laboral para lograr el “abaratamiento del despido”. En pocas palabras, el neoliberalismo tiene como objeto y meta la desregulación absoluta de la actividad económica. Las medidas de este tipo son aplicadas por instituciones como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, los cuales condicionan sus planes de salvamento económico al seguimiento de sus medidas, que, sin tomar en cuenta las diferencias entre países y regiones, simplemente imponen la ortodoxia económica que sus expertos aprendieron en las universidades norteamericanas.

No está de más reconocer que tales políticas solo benefician a los grandes poderes económicos, que no tienen dificultad para sacar a los pequeños agentes del mercado, debido a que pueden bajar los precios por tiempos prolongados para derrotar a los competidores débiles. Así el mercado libre está realmente lejos de ser tan libre como lo propugnan sus defensores; todas las actividades humanas, por el hecho de serlo, exigen un cierto nivel de normatividad.

Por las razones aludidas, a estas alturas de la historia, son evidentes las consecuencias negativas de este enfoque. La desigualdad ha crecido a pasos agigantados; el Estado es incapaz de brindar las más mínimas condiciones de alivio



para las penurias que sufren los ciudadanos. El control estatal sigue siendo necesario para los fines de la plusvalía, como lo prueban las políticas de “desarrollo” que exigen nuestros grupos empresariales. Como ahora se sabe, la desigualdad y la pobreza constituyen un campo de cultivo para una delincuencia que crece a ritmo vertiginoso. Las políticas criminales de un Estado desmantelado, son incapaces de detener este fenómeno, porque para combatir los vacíos de poder se necesita un aparato estatal fuerte pero democrático.

¿Por qué la gente, a pesar de los desastres evidentes, sigue siendo convencida por los defensores del neoliberalismo? Uno de los aspectos más llamativos del capitalismo dirigido por esta doctrina es la fuerza que tiene para que los miembros de las diversas sociedades sigan sus dictados. En este fenómeno juegan un papel importante los medios de comunicación que difunden estas ideas como si fuesen parte del sentido común. Si uno hace un análisis de los comentaristas de prensa, notará inmediatamente que los partidarios de este enfoque constituyen un grupo significativo, por no decir la mayoría de los grupos, que opinan en los medios escritos y radiales. Muchas veces estos comentaristas se limitan a repetir la ortodoxia, sin esforzarse por lograr mayores niveles de comprensión de los problemas comunes. Aún dentro de una corriente tan dogmática, existe espacio para mayores elaboraciones teóricas.

Además, junto con el predominio del mercado se ha desarrollado un consumismo que solo se puede sufragar por medio de deudas con tarjetas de crédito o préstamos, debido a que los empleos son cada vez más precarios. Por otro lado, muchas de las políticas educativas han sido ordenadas por instituciones económicas tales como el



Banco Mundial o la Organización Mundial del Comercio (OMC), entidades que exigen que la educación se dedique únicamente a crear mano de obra de acuerdo a las necesidades del mercado laboral. Estas medidas educativas son peligrosas para la existencia de una ciudadanía crítica que exige no sólo un quimérico bienestar económico, sino un orden justo. Los jóvenes piensan que la universidad es una institución para adquirir habilidades que les permitan competir en el mercado laboral. La verdad ahora enfrentamos la realidad de una generación que, previsiblemente, no va a poder vivir de mejor manera que sus padres.

Sin embargo, el neoliberalismo va decayendo poco a poco. Aunque durante los últimos años los periódicos, los programas de televisión y otros medios, han promovido esta doctrina, su ideología es frecuentemente desmentida por los hechos. Ya no se puede hablar, como antes, de la eficiencia empresarial; las grandes compañías han resultado a veces peor que las instituciones estatales. Las empresas privadas también han entrado en corrupción; contaminan y no reparan los daños; las maquilas abandonan de un día para otro sus ubicaciones y dejan a sus empleados sin las prestaciones debidas.

Hay empresas grandes que no cumplen con lo ofrecido, y por su tamaño, no hay manera de que alguien resuelva las quejas de los consumidores. Las empresas farmacéuticas ocultan las desventajas de sus productos, y defienden los derechos de propiedad intelectual antes que la salud y la vida de las personas vulnerables. Las mineras contratan a personal de seguridad con un pasado violento, como se ha visto recientemente en nuestro país. De hecho, las poderosas mineras canadienses y norteamericanas, que por cierto algunas veces funcionan como maquilas, están siendo



procesadas judicialmente en su país por sus prácticas ilegales en Guatemala.

Recientemente, los procesos judiciales contra la corrupción de la política guatemalteca han señalado cómo empresas mineras participaban en actividades ilegales.

Para entender la nueva forma de las políticas neoliberales, se tiene que ver el otro componente de la crisis global actual: una globalización regida por los criterios de esta doctrina. Hay otros aspectos negativos de la corriente que pueden criticarse, pero éstos se examinarán al final de la siguiente sección. Este expediente permitirá dar una imagen más precisa del contexto en el cual se debe desarrollar la democracia constitucional en nuestro país y si ésta realmente quiere la transformación políticosocial.

3.2. El fenómeno de la globalización

El otro término cuya comprensión es necesaria para evaluar los actuales prospectos de cambio es la noción de globalización, la cual se ha regido por la ideología neoliberal. En efecto, al tiempo que se consolida esta ideología, y a consecuencia parcial de esta, se da el advenimiento de la globalización, la cual ha estado marcada por el predominio del capital, especialmente el financiero. De este modo, la globalización y el neoliberalismo están conectados, lo cual no significa que sean lo mismo.

De nuevo, como acontecía con la noción de neoliberalismo, el concepto de globalización no puede ser descrito de forma simple, sin dejar fuera algunos rasgos importantes para el análisis. Se procederá, para su descripción, de la misma manera



que se hizo con respecto al pensamiento neoliberal, esto es, presentando la visión del autor de este trabajo, el cual resume lecturas al respecto. Asimismo, se presentarán algunos puntos de vista de escritores académicos, especialmente de talante crítico, que ayudarán a comprobar la justeza de la descripción de un fenómeno que está poniendo en crisis la misma idea del Estado Constitucional de Derecho.

Como es de esperar, el término globalización no tiene un único significado. Reconociendo las diferentes versiones de este fenómeno, Javier Noya y Beatriz Rodríguez, se aventuran a caracterizarlo en función de los siguientes rasgos:

1. “La internacionalización de distintos aspectos (economía, política, cultura, entre otros), y en particular de los mercados financieros y de trabajo con la interdependencia creciente de los actores involucrados (Estados, organizaciones internacionales, empresas, ONG, entre otros)
2. El impacto de las tecnologías de la información y la comunicación, y en particular de Internet, que permite la simultaneidad de las acciones y procesos en tiempo real.
3. La asimetría en los intercambios, la desigualdad y la injusticia global, lo que permite hablar de una ‘interdependencia asimétrica’.”⁵⁸

⁵⁸ Véase Javier Noya y Beatriz Rodríguez, *Teorías sociológicas de la globalización*, Madrid, España:Tecnos, 2010, p. 17.



Depende desde donde se mire, y del lente que se escoja para analizarla, la globalización es un fenómeno mundial que ha tenido consecuencias positivas y negativas. Existen incluso movimientos mundiales que claman por un fin a la mundialización o por una que no se fundamente en el modelo neoliberal. Estos rasgos ya previenen contra una visión superficial e ideológicamente cargada de este proceso, una que puede verlo como una época de optimismo, de oportunidades. Por ejemplo, mientras se pregona la libre movilidad del capital, se cierran con muros las fronteras entre países como México y los EE.UU.

El filósofo alemán Michael Reder resume de manera clara el sentimiento de ambivalencia que despierta este proceso, en un par de párrafos resumidos en la siguiente cita: “La globalización es un discurso muy controvertido en el discurso público... Para unos, la globalización es un fenómeno extremadamente positivo. La creciente economía mundial, argumentan, contribuirá al bienestar de todos los hombres y ayudará a resolver el problema de la pobreza. Además, dicen, la globalización es un paso importante en el camino hacia la paz global... Para otros, en cambio, el fenómeno revela exactamente todo lo contrario: para sus críticos, la globalización es un proceso político que no disminuye las diferencias de poder existentes entre ricos y pobres, entre países industrializados y países en vías de desarrollo, sino que las hace aún mayores. Según ellos, el único objetivo de las empresas que actúan a escala global es maximizar su beneficio, ajustándose cada vez menos a unos estándares sociales generales. Además, en



la época de la globalización el riesgo de guerras no disminuye, sino que aumenta.”⁵⁹

Otros autores, como James Petras y Henry Veltmeyer critican el proceso globalizador desde una perspectiva de izquierda más tradicional, que llega incluso a cuestionar los desarrollos políticos que han tomado lugar en países como Ecuador, Bolivia, Argentina y Brasil. Para estos autores: “La globalización está asociada con políticas neoliberales de ajuste estructural que fueron diseñadas para crear una economía capitalista a nivel mundial, organizada así para liberar las ‘fuerzas de la libertad, la democracia y la empresa privada’.”⁶⁰

Desde el punto de vista del autor de este trabajo, este proceso de expansión global es un fenómeno cuyo signo positivo no se puede desarrollar hasta que sus aspectos negativos de orden neoliberal, los que predominan en la actualidad, puedan ser erradicados. En todo caso, la mundialización es un fenómeno casi inevitable, en virtud del aumento de las redes de comunicación: el internet y sus múltiples aplicaciones; estas herramientas hacen que la gente pueda comunicarse simultáneamente con personas en todas partes del mundo. Algo puede suceder en Egipto y ser transmitido en tiempo real a todos los teléfonos celulares del mundo; a veces la gente se acerca más a los que viven en otro continente, que a los que se encuentran a su alrededor. El discurso de la “aldea global” puede ser exagerado, pero sin duda encuentra asidero

⁵⁹ Michael Reder, *Globalización*, traducción de Vicente Gómez, Barcelona, España: Herder, 2011, p. 10. Seguiremos guiándonos con este autor para presentar nuestras reflexiones sobre la globalización.

⁶⁰ James Petras y Henry Veltmeyer, *Movimientos sociales y poder estatal: Argentina, Brasil, Bolivia, Ecuador, México*: Lumen, 2005, p. 25.



real en la situación actual. Incluso puede ser positivo, si se maneja de forma adecuada, pero trae peligros como la superficialidad que trae la rapidez de los acontecimientos que vuelve imposible la meditación sobre ellos.

Ahora bien, lo que parece un rasgo peligroso es que la globalización económica no puede ser controlada, debido a que la soberanía todavía se ejerce al nivel del Estado. ¿Cómo se podrá controlar y dirigir un proceso de expansión global que no tiene fronteras si hay encierro en la visión nacional del Estado? ¿Cómo puede un Estado desmantelado, por privatizaciones, recortes y críticas influyentes de los centros ideológicos neoliberales, controlar todas las transacciones que pasan por sus fronteras? Hasta la delincuencia transnacional aprovecha los medios de información y comunicación para poder esconder sus transacciones de la vista de las agencias inter-estatales de control, las cuales no se dan abasto para evitar la piratería, el contrabando, la falsificación y el blanqueo de capitales.

Si el proceso de la globalización es inevitable, es necesario dirigirla a una mundialización progresiva, en la que se respeten los Derechos Humanos en todas las partes del mundo, pero esto difícilmente puede lograrse si no se logran instrumentos de control eficaces. Sólo desde el Estado o desde organizaciones dirigidas por él que sean verdaderamente fuertes, se puede cuestionar el predominio del libre mercado como criterio de gestión de la economía mundial. Un medio para lograrlo sería una democrática constitución mínima de orden mundial, pero esta utopía está lejos de realizarse.



En virtud de su falta de regulaciones, la globalización es como un campo en el que se deja jugar sin reglas, a los pequeños contra los poderosos. Por esto, como ya se ha explicado, precisamente este fenómeno se caracteriza por su creación de desigualdad, un aspecto que no encuadra con una competencia internacional real en igualdad de condiciones. La libre empresa mundial condena a los pequeños a ser devorados por los grandes operadores económicos, muchos de los cuales son incluso más poderosos que muchos de los países más vulnerables. El tendero de la esquina difícilmente puede sobrevivir a los precios del Walmart, que ha destruido la mediana y pequeña economía de países como EE.UU. En efecto, solo aquéllos que pueden moverse con rapidez y eficiencia, que puedan talvez sostener sus precios por una buena cantidad de tiempo, pueden sobrevivir en el terreno de este proceso contemporáneo. No cualquier empresa es capaz de moverse a un país que le ofrece mejores oportunidades de inversión.

No es extraño, por lo tanto, que la globalización neoliberal esté dominada por las grandes empresas multinacionales, que son capaces de funcionar en varios países tratando de encontrar las condiciones más favorables para ellas (y menos favorables para los sectores laborales), para poder invertir capitales que a menudo no se quedan en los países en los que se reproducen, provocando de esta manera, grandes crisis por la salida masiva de recursos. El fenómeno de la huida de capitales se hace posible por la velocidad de las transacciones.

Estas grandes compañías ven realizados sus intereses en lo que se denomina el Consenso de Washington, un conjunto de recetas diseñadas en los años noventa para garantizar que los países se abran a la depredadora inversión de los países poderosos,



especialmente de acuerdo con las perspectivas de los grandes centros norteamericanos.

Entre estas medidas se consideran la privatización de las empresas estatales, la liberación de los mercados, disciplina presupuestaria (fenómeno que ha causado grandes estragos en Europa, desregulación económica (medida que afecta a los salarios, entre otras).⁶¹ Para ahondar la presentación de la problemática, se puede mencionar al académico español Calvo Rufanges quien resume de manera bastante competente, este consenso: “El Consenso de Washington es la serie de medidas de política económica del llamado triunvirato neoliberal de privatización, desregulación y libre comercio y reducción del gasto público, que se adoptaron en esa ciudad en el año 1989 y que marcaron las políticas del FMI y del Banco Mundial para los años posteriores. Estas medidas fueron, de forma más detallada, las siguientes:

- 1) Privatización del sector público, disciplina presupuestaria y fiscal y austeridad en el gasto público.
- 2) Atracción de inversión extranjera directa, liberalización financiera y comercial, desregulación de diversos ámbitos económicos.
- 3) Retirada del Estado de determinados ámbitos de intervención tradicionalmente en sus manos.”⁶²

⁶¹Véase Ramón Casilda Béjar, América Latina y el Consenso de Washington, *Boletín Económico de ICE*, No. 2803, abril-mayo 2004.

http://biblioteca.hegoa.ehu.es/system/ebooks/14120/original/America_Latina_y_el_consenso_de_Washington.pdf (último acceso 13/4/2015).

⁶²Jordi Calvo Rufanges, *Globalización capitalista neoliberal y movimientos antisistémicos*, Bilbao, España: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2011, p. 42.



4) Garantía del derecho a la propiedad. Es decir, la privatización de las empresas estatales y la abolición de las barreras que impiden la entrada de las empresas extranjeras.”

Desde luego, las compañías transnacionales saben que su pobre fama en cuanto al respeto a los Derechos Humanos puede afectar sus negocios; los consumidores pueden boicotear sus productos si se enteran de sus malas prácticas. Para el efecto, las grandes compañías hacen ruidosas donaciones a las grandes ONG de Derechos Humanos, como Human RightsWatch o Amnesty International. Se empeñan en llevar a cabo grandes campañas en los medios de comunicación masivos que muestren su lado más amable. Incluso llegaron a firmar el famoso Pacto Global de Derechos Humanos, en un célebre acuerdo voluntario con la ONU. La presentación de este pacto dice: “El Pacto Mundial es una iniciativa voluntaria, en la cual las empresas se comprometen a alinear sus estrategias y operaciones con diez principios universalmente aceptados en cuatro áreas temáticas: Derechos Humanos, estándares laborales, medio ambiente y anticorrupción. Por su número de participantes, 12,000 en más de 145 países, el Pacto Mundial es la iniciativa de ciudadanía corporativa más grande del mundo. El Pacto es un marco de acción encaminado a la construcción de la legitimación social de las corporaciones y los mercados. Aquellas empresas que se adhieren al Pacto Mundial comparten la convicción de que las prácticas empresariales basadas en principios universales contribuyen a la construcción de un mercado global más estable, equitativo e incluyente que fomentan sociedades más prósperas.”⁶³

⁶³ Véase el sitio de este pacto en el siguiente sitio web de la ONU.
<https://www.unglobalcompact.org/languages/spanish> (última consulta el 26 de abril de 2016).



A continuación, se citan en toda su extensión los principios que rigen a dicho país.

“Principio 1: Las Empresas deben apoyar y respetar la protección de los Derechos Humanos fundamentales reconocidos universalmente, dentro de su ámbito de influencia.

Principio 2: Las Empresas deben asegurarse de no ser cómplices de la vulneración de los Derechos Humanos

Principio 3: Las empresas deben apoyar la libertad de Asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.

Principio 4: Las Empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción.

Principio 5: Las Empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil.

Principio 6: Las Empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y ocupación.

Principio 7: Las Empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente.

Principio 8: Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental.

Principio 9: Las Empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medio ambiente.

Principio 10: Las Empresas deben trabajar en contra de la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno”.



Es claro que, el cumplimiento de las cláusulas anteriores, siendo tan importantes, se alejan de realizarse. De nada sirve que las grandes compañías transnacionales se comprometan a respetar los Derechos Humanos por medio del famoso Pacto Global sobre Derechos Humanos, supervisado por la ONU, si las violaciones no solo continúan, sino que se agravan con el tiempo. Este pacto, en realidad, solo ha llevado a la más cínica retórica, como lo muestra la continuación en práctica de sobreexplotación, contaminación, engaño sistemático y malas prácticas de negocios. Incluso las grandes donaciones que estas empresas otorgan sirven a veces para eludir el pago de impuestos. Un vehículo lujoso sometido a pago de impuestos altos, por ejemplo, puede ser ingresado a nombre de una fundación caritativa de tal manera que los impuestos disminuyen significativamente.

En virtud de las circunstancias nacionales, resulta un tanto ingenuo creer en que los causantes de tanto perjuicio se comprometan a regirse por un régimen de respeto autoimpuesto para los Derechos Humanos. Lo que las empresas transnacionales buscan son mayores oportunidades de crear riqueza, aun despojando a las personas de sus medios de vida. El reciente escándalo respecto a los paraísos fiscales es un triste recordatorio de este fenómeno.

Ahora puede ser vista con alguna claridad la tesis de que el Estado Constitucional de Derecho está en plena contradicción con los desarrollos de la globalización neoliberal. Desde luego, el desmantelamiento del Estado Constitucional de Derecho significa que los Derechos Humanos se han quedado sin una red institucional que trate tan siquiera de mantenerlos.



Es notorio que, en Guatemala, por ejemplo, algunos intentan convencer a la población de que, al menos en ciertas áreas geográficas, es necesario crear empleos con salarios que no cumplen con el mínimo establecido por la ley. Se hace caso omiso de la progresividad de los derechos sociales. Además, la realidad es que ese proyecto se ampliará, como se puede colegir a partir de la experiencia con los sectores empresariales guatemaltecos, los cuales se han aprovechado de leyes aparentemente temporales (zonas francas, maquilas, entre otras) volviéndolas permanentes, incluso para empresas que claramente no necesitan tales políticas empresariales.

Naturalmente, cada vez hay más gente en condiciones de precariedad, aumentando los contingentes de posibles emigrantes, de emprendedores que salen a la calle ensayando todo arte y oficio, y por qué no decirlo, el ejército de desesperados que van a dar en el crimen común o, si es posible, en el crimen organizado. El Estado no responde con políticas integrales, al contrario, responde con mayor represión, criminalizando la pobreza, como es evidente en las políticas de tolerancia cero, que desvinculan el crimen común de sus raíces en condiciones sociales y económicas perversas.

3.3. La globalización neoliberal en Guatemala

En un ambiente en el que predominan los grandes actores económicos, no debería resultar extraño que las élites empresariales, ante la considerable presión de la competencia con estos, planteen modelos de desarrollo que, haciendo caso de las consecuencias negativas de cualesquiera regulaciones que afectan los Derechos



Humanos, hagan caer éstas sobre los sectores más vulnerables de la sociedad. En efecto, en un mundo globalizado, con todas las fronteras abiertas, los empresarios nacionales difícilmente pueden mantener sus grandes márgenes de ganancia. Por eso, también consideran las alianzas con los poderes económicos internacionales en la explotación intensa de la mano de obra del país.

De este modo, se puede ver que ahora no solo se tienen que enfrentar los problemas tradicionales, provocados por centenarias élites económicas, sino también se tiene que responder a escenarios inéditos inducidos por la globalización de signo neoliberal, situaciones que requieren de planteamientos nuevos. Sin embargo, es notable como los grupos económicos se quieren enriquecer por medios ilegítimos antes de perder frente al peligro de las grandes transnacionales. En el ámbito del mercado interno, por ejemplo, las élites oligárquicas guatemaltecas vuelven a plantear sus intereses en detrimento del bienestar común de la sociedad. Los monopolios siguen existiendo como lo prueba el hecho de que muchos productos de primera necesidad son más baratos en las sociedades desarrolladas.

En este sentido, estos grupos económicos creen que lo que les conviene es pactar con los poderosos; así se convierten en socios minoritarios del gran capital global. Los empresarios creen que deben dirigir al país para que éste pueda servir a sus planes, sin que los movimientos sociales puedan trastornarlos. De esta manera, estos conglomerados se unen al tren neoliberal de la globalización, el cual en este momento exige productos inconvenientes para la viabilidad y sostenibilidad del país: palma africana para producir biocombustibles, metales preciosos, mano de obra barata que



pueda maquilar productos económicos para poder competir con China, entre otros. La desigualdad, la pobreza y la vulnerabilidad al cambio climático crecen a un ritmo preocupante.

En efecto, lo que hacen los grandes monopolios del país, con sus planes de “desarrollo” es solo ahondar los problemas estructurales que se han enfrentado a lo largo de la historia nacional. El principal problema que se debe enfrentar en esta dirección, es la desestabilización nacional y la consiguiente ingobernabilidad que provoca la movilidad del capital. Como lo vuelve a apuntar Jordi Calvo Rufanges: “En la globalización neoliberal, «la libertad de movimientos de los medios de producción y del capital, frente a la inmovilidad de los trabajadores, permite a la ETN amenazar con deslocalizar, es decir, abandonar su lugar de producción, si a cambio no obtiene ventajas». Esto sitúa en una situación de competencia a los Estados para atraer a estas empresas, con presiones hacia la bajada salarial, exenciones fiscales, recorte de la protección social y de los derechos laborales, para ofrecer un marco más atractivo para la ETN.”⁶⁴ El acrónimo ETN hace referencia a las empresas transnacionales.

Las élites guatemaltecas ven reforzada su tendencia histórica a subordinar la economía nacional a los dictados de los centros de poder económico mundiales, como se hizo cuando este país fue productor de grana, cochinilla, café, entre otros. Como tal, la sociedad nacional se ve obligada, a desplazar proyectos de país más democráticos e inclusivos, los cuales deberían estar encaminados a garantizar el consumo interno, aun

⁶⁴ Jordi Calvo Rufanges, *Globalización capitalista neoliberal y movimientos antisistémicos*, Bilbao, España: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2011, p. 47



cuando estos no fuesen gran fuente de plusvalía. Las consecuencias son tan graves que ni la misma clase dominante se libra de la situación general de vulnerabilidad social.

En la actualidad, como ya se ha visto, los sectores económicos más poderosos de nuestra sociedad exigen una rebaja del salario mínimo, proyecto que será criticado en el próximo capítulo. Esta propuesta viola la misma idea de progresividad de los Derechos Humanos.

Adicionalmente, hasta hace algún tiempo, se estaba sometiendo a medidas claramente represivas a la sociedad guatemalteca. El levantamiento guerrillero dio lugar a procesos de represión de las fuerzas democráticas del país. De este modo, los gobiernos proempresariales desarrollan nuevos métodos legales para mantener el control del descontento ante el proceso por el cual los derechos se van volviendo más débiles. Este proceso de represión se vale abiertamente de la criminalización de la protesta social, tema que se aborda brevemente en la siguiente sección.

3.4. La criminalización de la protesta social

Uno de los aspectos que se ha notado con mayor fuerza es el creciente protagonismo del derecho penal, que ya no se restringe a su mínimo poder, sino que se despliega amenazadoramente con las políticas de tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo, enfoques que son complementados con el desarrollo de sofisticados medios de control, especialmente electrónicos, los cuales permiten distinguir a las personas



concretas que participan en actividades como marchas, tomas de carretera, plantones entre otras. De este modo se logra atemorizar a las personas de manera individual, lo cual afecta los procesos de solidaridad de las protestas sociales.

No se puede tampoco dejar de mencionar el gobierno del miedo. El pensador italiano Carlo Mongardini afirma, con una gran capacidad de anticipación, que es “probable que en esta época de transición nos aguarde un largo período en que el miedo se convierta en el principal instrumento de gobierno y en el mayor mecanismo de obtención de consenso político”⁶⁵. En efecto, los medios de comunicación se encargan de fomentar un ambiente de inseguridad que hace que la sociedad pida más policía, intervenciones más enérgicas; la gente, en los círculos cotidianos de la interacción social, sigue exigiendo mano dura, aun cuando esta política ya haya manifestado sus evidentes carencias.

En tal sentido, los que se oponen al sistema son mostrados de manera negativa, como enemigos del progreso, como amigos de la anarquía, como gentes movidas por grupos internacionales. La presencia de un extranjero, en efecto, puede ser mostrada como una interferencia inaceptable en los problemas del país. Estos fenómenos han sido vividos recientemente en Guatemala, especialmente en el renglón del rechazo a la presencia de las compañías mineras.

⁶⁵ Carlo Mongardini, *Miedo y sociedad*. Traducción de Pepa Linares, Madrid, España: Alianza Editorial, 2007, p. 116.



Respecto a la influencia de tales medios, tampoco se puede dejar de reparar en los mecanismos de creación de consenso a través de los medios de comunicación, quienes quieren vender la idea de que el sistema no se puede cambiar. Los medios noticiosos de masas, por ejemplo, resaltan y omiten hechos para inducir en los televidentes una determinada percepción de la realidad. Este hecho no se puede desvincular de la realidad de que los medios de comunicación están en manos de empresarios poderosos, que son los propietarios, o bien empresarios que presionan a los medios con retirar o aumentar la publicidad, dependiendo de si los planteamientos sean o no de su agrado y conveniencia.

Se pueden ahora analizar las visiones del derecho penal que subyacen a estas tendencias de criminalización. El enfoque de la “tolerancia cero”, ideada bajo el patrocinio del Manhattan Institute (institución financiada por poderosas corporaciones) y puesta en práctica por el entonces alcalde neoyorkino, el republicano Rudolf Giuliani, hace a un lado las dimensiones sociales de la transgresión y el descontento social, reduciendo ésta a una cuestión de “mal comportamiento”.⁶⁶ Bajo esta perspectiva, los que protestan contra el sistema son considerados como simples revoltosos o haraganes. Esto garantiza que se apliquen mecanismos de represión de manera generalizada. No hace falta notar como este enfoque se adecua a élites locales que, como la guatemalteca, suelen atribuir las condiciones de vida de los indígenas a la supuesta holgazanería de éstos, un prejuicio resistente heredado de la colonia.

⁶⁶ Véase el libro de LoicWacquant, *Las cárceles de la miseria*, segunda edición, traducción de Horacio Pons, Buenos Aires, Manantial, 2000.



Dentro del mismo contexto, se ha desarrollado el derecho penal repressivo especialmente en lo que concierne al denominado “derecho penal del enemigo”. Este enfoque llega a sostener la aberración moral de que los que se encuentran en contra del sistema no son personas. Este movimiento represivo, que se opone totalmente al garantismo en todas sus dimensiones, ha sido defendido por el penalista alemán Günter Jakobs, y ha sido paulatinamente impuesto a través de variados mecanismos, como el establecimiento de reformas a los códigos penales existentes.

Ambos desarrollos se han aplicado a quienes protestan contra el sistema global de injusticia o a aquellos que caen en la desesperación que provoca la precariedad del sistema. Sin embargo, parece que tales movimientos penalistas son incapaces de detener movimientos ciudadanos que se han activado en los últimos tiempos en Guatemala. Tales enfoques no son capaces de evitar las protestas contra la ilegitimidad del sistema, como lo muestran los recientes acontecimientos en el país.

Lo dicho, muestra la inmensa necesidad de reconstruir y profundizar el Estado Constitucional de Derecho para ajustarlo a las necesidades que plantea la actual globalización neoliberal. Afortunadamente, se cuenta con recursos teóricos para llevar a cabo esta labor. En tal sentido, esta tesis contribuye con algunas consideraciones, a esta magna labor.

3.5. Conclusión del capítulo

Se puede concluir que el objetivo de que los valores del Estado Constitucional de Derecho se establezcan en el país debe exigir, de manera radical, la búsqueda de



cambios de fondo en la cultura política y jurídica. Estos cambios deben tomar en cuenta el contexto global, en particular, la configuración de una globalización neoliberal hegemónica para servir a los intereses de los grandes capitales financieros internacionales. Poderes, que como se ha visto, son gestionados por gobiernos e instituciones internacionales que, sin asumir ningún mandato del pueblo soberano, establecen los marcos en que desarrolla la vida ciudadana.

Dada la profundidad del dominio neoliberal a nivel global, se imponen preguntas como ¿Pueden lograrse estos objetivos, que, a primera vista, parecen demasiado utópicos? ¿Cómo se puede cambiar la inercia política de una nación que ha soportado la injusticia a lo largo de su historia? ¿Cómo cumplir estas tareas en un orden mundial totalmente configurado para garantizar los intereses de las grandes empresas transnacionales? ¿Cómo se puede hacer coincidir la transformación democrática y la inserción adecuada en la sociedad global?

Estas preguntas están lejos de ser pura retórica: el nivel de injusticia de nuestra sociedad genera mayor ingobernabilidad, hasta el punto de que no pocos pronostican que nuestro país enfrentará transformaciones dramáticas en los próximos años. En este contexto al derecho le corresponde actualizarse a los niveles global y local para enfrentar los enormes retos que plantea el porvenir inmediato. Esto es particularmente importante cuando se toma en cuenta la capacidad de dominio mediático del sistema, la cual se apoya y promueve a su vez la criminalización de la protesta social, la cual se ha examinado en este capítulo. No puede lograrse una transformación profunda de las estructuras sociales si se consolida una institucionalidad represiva.



A responder estas preguntas, y otras cuestiones relacionadas, se dedican los siguientes capítulos, los cuales proponen maneras de consolidar el espacio constitucional moderno en una sociedad cuyas prácticas cotidianas todavía se asemejan, en algunos aspectos importantes, a las costumbres del período colonial.

En todo caso las respuestas que se analizan hacen uso de algunos planteamientos novedosos en la teoría del derecho constitucional y del estudio sociológico y crítico del derecho. Se analizan estos planteamientos, tratando de situarlos y adecuarlos a la tarea de responder a la situación de severa crisis de gobernabilidad que enfrenta Guatemala, en particular, y todos los países del mundo, en general.

Afortunadamente, muchos constitucionalistas y sociólogos del derecho siguen pensando en soluciones para problemas como los que afronta el mundo, incluido el país. Dichos planteamientos ayudarán a brindar una respuesta a los problemas planteados en esta investigación. Es importante, por lo tanto, acercarse a estas líneas de argumentación e investigación, para encontrar las propias soluciones para este país, las cuales deben converger con las luchas democráticas a nivel mundial.



CAPÍTULO IV



4. El constitucionalismo democrático ante la globalización neoliberal

Los capítulos anteriores han sostenido la tesis de que la instauración del modelo constitucional de derecho en Guatemala implica cambios dramáticos, no solo en las tendencias jurídicas de la historia nacional, sino también transformaciones en la manera en que se da la integración dentro de la globalización neoliberal. Esta propuesta denota la complejidad que supone la tarea de encontrar soluciones a los profundos problemas jurídicos que asedian a la visión del derecho que domina en el medio guatemalteco. Este capítulo se dedica a esta tarea; el objetivo es alcanzar un diagnóstico de las dificultades que atraviesa el orden constitucional en Guatemala a la luz de la problemática que enfrenta la democracia constitucional a nivel global.

En efecto, ahondar en la democracia constitucional, en el contexto contemporáneo, demanda profundizar algunos aspectos que no han sido enfatizados con suficiencia en el medio nacional. Las élites guatemaltecas suelen exhibir perspectivas de muy corto plazo; se trata de salir de los problemas que se plantean en el contexto inmediato. En la presente crisis de gobernabilidad, por ejemplo, estos sectores demandan, con toda razón, el respeto de la institucionalidad legal, pero nunca se atreven a apoyar salidas más amplias que le brinden un futuro real al país. En general, los sectores más influyentes de la sociedad guatemalteca no han comprendido los desafíos mayúsculos que plantea la democracia constitucional en un orden global que ha desmantelado la función de bienestar social que le compete al Estado.



Ahora bien, no se puede permitir que la época del constitucionalismo democrático se convierta en la época del retroceso definitivo de los Derechos Humanos en un país como Guatemala. Esta tarea demanda esfuerzos teóricos de naturaleza crítica. Por esta razón, es indispensable reconocer los problemas que surgen a partir de la integración de los tradicionales problemas guatemaltecos con las tendencias regresivas de la globalización neoliberal. Este análisis debe apoyarse en algunas perspectivas constitucionales recientes, las cuales pueden iluminar los problemas que atraviesa el país.

Desde luego, los cambios constitucionales siempre han sido atractivos y realizables en momentos de gran consenso social, tiempos revolucionarios. En el medio guatemalteco, la interrogante urgente que se hace presente es cómo hacer para que los valores constitucionales se puedan desarrollar y realizar en un ambiente penetrado por la impunidad, la inmunidad, la corrupción, la injerencia extranjera y la violencia que viene de diferentes lados.

Esta tarea es aún más importante en función de las actuales tendencias que quieren hacer de este país un productor de bienes de exportación que se aprovechan de la vulnerabilidad de la mano de obra. No se trata, desde luego, de oponerse a cualquier plan de desarrollo; la inversión productiva es necesaria en virtud de que no se pueden satisfacer los Derechos Humanos si no se garantiza, por ejemplo, un empleo digno. En esta misma dirección, no se debe olvidar que la creciente desigualdad y la carencia general de empleo solo se convertirá en mayor ingobernabilidad en el futuro cercano. Salir de estas dificultades estructurales requiere políticas estatales de inversión que



mejoren el nivel educativo de la población, para que esta pueda tener más oportunidades en el mercado global. Los incentivos fiscales deben usarse de manera muy limitada, dado que se necesitan recursos para que la población alcance mejores niveles de vida.

Los esfuerzos jurídicos, entre ellos los constitucionales, tienen que aspirar a realizar una justicia social profunda, deteniendo los procesos de degradación de las condiciones de vida de la población en general. La sociedad nacional se encuentra en un contexto que demanda el compromiso social de un renovado Estado Constitucional de Derecho, uno que preserve rasgos del anterior, aunque avanzando a nuevas comprensiones respecto a algunos puntos básicos. Adelante en esta tesis se examinará si este objetivo se logra con reformas constitucionales o con la promulgación de un nuevo texto constitucional.

Las consideraciones de este capítulo permitirán en el siguiente, el último de esta investigación, entender qué cambios concretos necesita nuestro país, desde luego, a juicio del autor esta tesis. Las circunstancias, globales y locales, se están moviendo con tanta celeridad, que las más seguras proyecciones pueden resultar superadas por los hechos. Se vive en una época de transformaciones insospechadas y veloces, en las que el enfoque neoliberal debe ser abandonado con el objeto de consolidar estructuras sociales que puedan desarrollar el potencial humano que se requiere para salir de esta crisis.



4.1. La crisis del modelo constitucional en el contexto de la gobernanza

La globalización neoliberal ha traído consigo cambios dramáticos en todos los órdenes de la vida. En la esfera política, el Estado ha perdido funciones para dar lugar a lo que se conoce como “gobernanza”. En este modelo, el Estado se convierte en un actor, importante, pero en modo el único, dentro de la red de actores que dirigen una sociedad, ya sea la global o las locales. En la gobernanza se impone la idea de una red de participantes cuya interacción determina el futuro de una sociedad.

Según el diccionario de la Real Academia Española, la gobernanza constituye el “arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía.” Es evidente que la idea de gobernanza expresa el modo de gobierno que se adecua a los intereses de la globalización actual, en la cual el Estado nacional ha sido desmantelado para que no existan barreras al poder de las compañías transnacionales. En este sentido, puede captarse el cambio de paradigma político que opera cuando el Banco Mundial propone la siguiente caracterización de la idea de gobernanza: “El nuevo modelo exige un Estado más pequeño equipado con una burocracia responsable y profesional que pueda proveer de un ‘medio ambiente capacitante’ para un crecimiento liderado por el



sector privado para desempeñar con efectividad funciones clave como la económica, y para perseguir una reducción sostenida de la pobreza.”⁶⁷

En este contexto, el Estado pierde su poder frente a instituciones como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio, la Organización para el Desarrollo y el Desarrollo; ONG's como Oxfam, Amnesty International, Greenpeace, para citar algunas de las más importantes. Y estas grandes instituciones generalmente no ponen entre paréntesis el dominio de las grandes compañías, que muchas veces las financian con generosas contribuciones y campañas mediáticas. En el caso de la ciudadanía guatemalteca destaca la influencia de la “comunidad internacional” y la CICIG, entidad que ha venido a dominar el sector justicia guatemalteco.

La pregunta clave es: ¿Quién controla el poder de los nuevos actores que han ocupado el poder del Estado? ¿Qué constitución puede limitar el poder de estos? Evidentemente, a estos sujetos les falta la legitimidad que sólo puede ser brindada por las decisiones soberanas que emanan de la sociedad o pueblo. En tal sentido, la noción de gobernanza carece de legitimidad democrática, ante todo porque ésta no se ha planteado la necesidad de que el poder de los participantes en la gobernanza provenga de los consentimientos legitimantes. En efecto, la gran ausencia en el sistema de gobernanza es el poder del pueblo, el cual se ve reducido a una masa de

⁶⁷ Citado en Francisco J. Laporta, “Gobernanza y *softlaw*: Nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional”, en: Alfonso Ruiz Miguel, *Entre Estado y Cosmópolis: Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, España: Trotta, 2014, p. 47.



consumidores, cuyo destino está en manos de entes que no tienen que responder a la sociedad que sufre las consecuencias de sus acciones.

Estamos como lo diría Andrea Greppi en un momento en el que la democracia se tiende a volver su contrario, la antidemocracia.⁶⁸ Una multitud de poderes nuevos, no elegidos democráticamente, se han consolidado sin un cuerpo constitucional que les haga sombra, sin un acuerdo fundamental que limite sus poderes y defina sus funciones. Es una realidad nueva para el constitucionalismo que surgió después de la Segunda Guerra Mundial, el cual va en franco retroceso a nivel global.

Por esta razón, no son pocos los que piden una redefinición de las distintas sociedades, para plantear un contrapeso efectivo al poder de los grandes actores internacionales, dentro de los cuales se hallan las empresas transnacionales. Luigi Ferrajoli considera que la solución radica en la misión de hacer que el constitucionalismo, en su caso el garantista, supere las fronteras nacionales.⁶⁹ Un filósofo como Jürgen Habermas clama por una Constitución europea que ponga bajo control la política financiera de la Unión Europea, que ha llevado la pobreza al Viejo Continente. Este filósofo incluso piensa que es posible alcanzar una comunidad internacional de Estados y ciudadanos mundiales,⁷⁰ en consonancia con las ideas de Emmanuel Kant.

⁶⁸ Andrea Greppi, *La democracia y su contrario: Representación, separación de poderes y opinión pública*. Madrid, España: Trotta, 2012.

⁶⁹ Luigi Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo como modelo teórico y como proyecto político*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, España: Trotta, 2014, p. 171.

⁷⁰ Jürgen Habermas, *La constitución de Europa*, traducción de varios artículos a cargo de varias personas, Madrid, España: Trotta, 2011.



Aunque utópicas, dichas propuestas deben discutirse. El mundo cada vez interdependiente: por ejemplo, si China crece, el mundo se verá obligado a soportar un nivel mayor de contaminación ambiental, lo cual afectará a otros países que no fueron tomados en cuenta. Alguna vez, el mundo se pondrá en la necesidad de sintonía para poder tomar medidas que beneficien a los ciudadanos del mundo en su conjunto. Tal vez eso pueda verse en las décadas siguientes, pero eso es algo muy difícil de concebir ahora. Hay que recordar que las ideas de los grandes pensadores muchas veces terminaron por imponerse ante las nuevas circunstancias; lamentablemente, la política mundial no tiene la necesaria intelección respecto a los grandes interrogantes del futuro inmediato.

Con esta problemática constitucional global en el trasfondo, en la historia reciente del país, se ha hecho evidente la intención ciudadana de encontrar nuevas formas de convivencia, punto que requiere cambios constitucionales específicos. Se ha insistido ya varias veces, y no por un prurito de repetición que al momento de escribir estas líneas la sociedad guatemalteca se encuentra inmersa en un proceso de protesta y resistencia que supera el descontento con la corrupción, y exige el cese del modelo de gobierno que ha dominado desde 1954.

Es importante recalcar que estos movimientos no son aislados. Se dan en países como Grecia y España, Chile y México, e incluso se hicieron presentes en la denominada “Primavera Árabe”, proceso que, sin embargo, terminó en conflictos sangrientos debido a la incapacidad de generar propuestas orgánicas de cambios, en un tiempo razonable. Estos fenómenos, en cierto modo, han sido inspirados, al menos en buena parte, por



los procesos sudamericanos, los cuales han planteado cambios constitucionales profundos, al menos en términos de los referentes teóricos del constitucionalismo europeo y del de los EE.UU. Es bueno examinarlos con algún detalle porque en ellos se encuentran ideas fructíferas, tomando en cuenta que también se propusieron en momentos de extrema ingobernabilidad (piénsese los continuos cambios de gobierno en Ecuador y Bolivia). Sólo analizándolos, se podrá entender si tales modelos se adecuan a la realidad nacional, especialmente en el contexto actual. En efecto, por mucho que se pueda simpatizar con los cambios llevados a cabo en esos países, también debemos considerar con detenimiento las condiciones de nuestra vida e historia ciudadana.

Sin embargo, no se debe olvidar la situación de la gobernanza global. Esto implica que el cambio que se precisa debe ser más amplio y debe involucrar a todas las naciones del mundo. Claro, es muy difícil, en esa situación, saber qué le corresponde hacer a la sociedad guatemalteca, pero no deja de ser cierto, que los esfuerzos aislados, en un mundo globalizado, pueden llevar a consecuencias negativas. Es necesario, ahora más que nunca, tomar en cuenta la particular situación en que se encuentra la realidad constitucional alrededor del mundo.

4.2. Las tendencias constitucionales en el mundo contemporáneo

Dentro del movimiento constitucionalista moderno se han destacado, por su novedad, los procesos constituyentes sudamericanos en Ecuador, Bolivia y Venezuela; estos movimientos fueron anteceditos por la Constitución colombiana de 1991. Es de notar



que estos movimientos surgieron de crisis sociales y políticas profundas, como de Bolivia y Ecuador, países que conocieron procesos conflictivos en los cuales presidentes duraban poco tiempo, en una situación de inestabilidad inédita. Estos países gozan en la actualidad de una notable estabilidad, acompañada por una mejora substantiva en las condiciones de vida. Conviene señalar que tales cambios fueron precedidos de sendos procesos constituyentes.⁷¹ Hay que reconocer, sin embargo, que tales países enfrentan problemas graves, especialmente el caso de Venezuela.

Estas constituciones le dan un lugar muy importante a los valores y cosmovisiones de sus poblaciones indígenas, especialmente aquéllos relativos a la preservación y respeto al medio ambiente, como es el caso de Bolivia y Ecuador. Desde esta perspectiva, como lo apuntan Roberto Viciano y Rubén Martínez, lo que se intenta en el nuevo constitucionalismo latinoamericano es la creación de un sentido material de la Constitución; no un concepto formal, sino uno que garantice de manera progresiva, los Derechos Humanos postulados en el constitucionalismo de posguerra. De esta manera, estos autores, por las referencias bibliográficas que usan, acercan el constitucionalismo latinoamericano a una posición neoconstitucionalista o bien garantista (en el sentido de Luigi Ferrajoli), para quien la validez substantiva, no sólo formal, del derecho es imprescindible.⁷²

⁷¹ Para una descripción actualizada del proceso ecuatoriano puede consultarse el libro editado por Jorge Núñez Sánchez, *Ecuador: Revolución Ciudadana y Buen Vivir*. Barcelona, España: Editorial Yulca, 2014, en el cual se presentan las mejoras que ha logrado el gobierno del presidente Rafael Correa.

⁷² Roberto Viciano y Rubén Martínez, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Ecuador: Corte Constitucional de Ecuador, 2010.



Sin duda, estos cambios no han sido de la simpatía de las élites latinoamericanas, las cuales siempre se han caracterizado por acciones similares a las guatemaltecas. Cada día los medios de comunicación informan de los defectos de estos regímenes, sin tomar en cuenta los logros de tales países. Es significativo que estos proyectos hayan sido atacados con la etiqueta de populismo. En efecto, la idea de populismo siempre trae a la mente multitudes irracionales y volubles que quieren más y más y que siguen a líderes mesiánicos. No es raro, pues, que las élites latinoamericanas hayan tratado siempre de descalificar los proyectos que benefician a las grandes mayorías, utilizando para ello a medios de comunicación vinculados al gran capital, nacional e internacional.”

Tales grupos oligárquicos también han usado otros medios, más “legales” como el denominado “golpe constitucional”, como el que fue usado para expulsar del poder al presidente de Paraguay, Fernando Lugo o al presidente de Honduras en 2009.⁷³ Recientemente se ha empezado a hablar de “golpes de Estado blandos” para referirse a esos procesos que tratan de restar legitimidad a un gobierno a través de críticas en los medios de prensa, protestas controladas, injerencia extranjera, entre otros; medios usados por las élites latinoamericanas para defenestrar a gobiernos. El caso del gobierno de Dilma Roussef es el ejemplo más reciente de dicho fenómeno.

La simpatía que puedan despertar las democracias antes aludidas no debería significar la negación de que las naciones que han tomado dicho camino se encuentran

⁷³ Véase el libro de Pedro Salazar Ugarte, *Política y derecho. Derecho y garantías*, México: Fontamara, 2013, p. 9



afrontando problemas enormes en la actualidad. Es notorio el caso de Venezuela, el cual enfrenta crisis económicas y de escasez de mercancías y divisas, especialmente después de la muerte del líder Hugo Chávez, lo cual demuestra lo negativo de una dependencia exagerada de líderes carismáticos.

De nuevo, sin negar los errores de su dirigencia, especialmente la actual, es preciso reconocer que el régimen venezolano no ha gozado nunca de las simpatías de los medios de comunicación más importantes de Latinoamérica, e incluso de los EE.UU. En este contexto, los medios de prensa guatemaltecos se han alineado en esta tarea, dado que las élites guatemaltecas siempre han temido la difusión de dichos movimientos políticos en Guatemala. Tampoco se debe negar que ha habido políticas erróneas, como hacer depender los programas sociales en factores como el petróleo, cuyo precio ha fluctuado notablemente en los últimos tiempos.

Tampoco se puede dejar de mencionar la participación de los organismos de la gobernanza global. Grandes ONG como Human RightsWatch (que sigue al gobierno de EE.UU.) condenan a este país, mientras hacen caso omiso de lo que pasa en otros países que simpatizan con Washington. Desde luego, siempre es necesario lograr progresos en materia de Derechos Humanos, pero las ONG generalmente implican intereses de otro tipo.

Tampoco se puede dejar de señalar la preocupación del futuro de estos países, en el sentido de la continua reelección de sus dirigentes, posibilidad que da lugar a retrocesos antidemocráticos. En ese sentido, debe lucharse para que tales procesos no



sean atados a una sola figura política que, al faltar pueda llevar al desastre. Lo que necesita son grandes líderes democráticos y cambios profundos, pero no líderes casi mesiánicos.

En el caso de España y Grecia los nuevos movimientos constitucionales se relacionan de manera especial, con las brutales políticas de austeridad que, impuestas en favor de los bancos, después de la crisis económica de 2008, han desmantelado un Estado de bienestar que alguna vez fue ejemplo para todo el mundo. Esta situación, que favorece a los banqueros europeos, se ha ido generando alrededor de los movimientos ciudadanos que defienden los derechos de los desempleados, los que poseen un empleo precario, los expulsados de sus viviendas, entre otros.

Estos movimientos buscan evitar que se les eche encima la crisis de la deuda que ha afectado a varios países en la Unión Europea, en especial a España, Italia, Portugal y Grecia. En este sentido, España actualmente también ha ganado una triste fama al mantener un liderazgo negativo respecto a las medidas usadas para criminalizar la protesta social.

Tales movimientos, especialmente en España y Grecia, se han consolidado logrando incluso alcanzar el poder, como es especialmente notorio en el caso del gobierno de Alexis Tsipras, apoyado por el movimiento Syriza. En España, tal proceso ha alcanzado un triunfo reciente con las elecciones municipales que han roto con el dominio bipartidista del Partido Popular (PP) y el Partido Socialista Español. El gran protagonista de este cambio ha sido el movimiento *Podemos*, el cual ha nacido bajo el



liderazgo de dos intelectuales de la Universidad Complutense de Madrid: Pablo Ceballos y Juan Carlos Monedero, este último reconocido autor de influyentes libros en el campo de la filosofía política.⁷⁴

Los hechos señalados indican que la crisis que vive Guatemala es expresión de una problemática más general, una de alcance global, asociada a un sistema financiero internacional no sujeto a controles democráticos. Esta problemática implica que la humanidad aún debe encontrar maneras de salir adelante como un todo, buscando ideas novedosas que fomenten el desarrollo de una economía que brinda un mayor nivel de seguridad a todos los miembros de la sociedad. Al momento de escribir estas líneas, la tremenda ingobernabilidad del país denota que no se encuentran las ideas adecuadas para sacar el país adelante.

⁷⁴En este sentido, incluso los problemas que enfrenta este país muestran algunos límites que no se deben transgredir en el caso de la deuda, tal es el ejemplo de la mencionada austeridad que ha enviado a la pobreza a grandes sectores de la sociedad española, y que en nuestro país empieza a ser defendida por los sectores neoliberales, aun cuando dichas medidas tendrían efectos sumamente catastróficos. A menudo las clases dominantes no están dispuestas a reconocer el bien común, y se dedican a destruir cualquier transformación que trate de beneficiar a una sociedad cuyas mayorías están cansadas de ser objeto del más profundo desprecio. En este sentido, no se debe olvidar que nuestro Estado, fallido en la opinión de tantos analistas, siempre ha sido incapaz de llevar los beneficios más elementales a la mayor parte de la población; un progresivo recorte de servicios públicos esenciales, como el que de hecho ya se empieza a ver aquí, sólo contribuiría a una profunda y quizás definitiva ingobernabilidad. Tenemos un Estado cuyos vacíos de poder son aprovechados por los grupos del crimen organizado. En general, en un ambiente de vulnerabilidad y precariedad se dan las condiciones para que se desarrollen las organizaciones transnacionales criminales, las cuales ofrecen a los jóvenes especialmente, los satisfactores que el sistema económico formal y el Estado les han negado a lo largo de la historia.



En todo caso, es necesario tener en mente que otros países ensayan proyectos constitucionales de largo aliento, o medidas de cambio profundo, y es necesario conocerlos para encontrar nuevos caminos. Tampoco se puede negar que la presión de la gobernanza es muy fuerte. Recientemente los medios de información han hecho evidente que el gobierno izquierdista de Alexis Tsipras ha hecho que Grecia se vuelva a acomodar a los dictados de los poderes financieros europeos. Muchas personas todavía se preguntan qué ha pasado realmente: ¿Son tan poderosas las fuerzas de la globalización que no se pueden cambiar?

Para comprender que salidas están disponibles, es necesario discutir, al menos, un diagnóstico de los problemas que enfrenta Guatemala como nación, en el contexto de la gobernanza global del neoliberalismo. Esta estrategia ayudará a localizar los elementos conceptuales que el constitucionalismo contemporáneo puede ofrecer para encontrar un futuro viable, inclusivo y justo para Guatemala. Tal vez las soluciones sean menos grandiosas, pero deben ser cautas para que el país no siga cayendo más en las fauces de los poderes globales, que suelen apoyar a las élites nacionales que se suman con entusiasmo a sus proyectos.

Desde luego, tal seguimiento se limita cuando se trata de medidas que afectan los intereses inmediatos de las élites guatemaltecas; en efecto, estas se resisten a pagar más impuestos, a someterse a regulaciones de transparencia financiera, entre otras medidas. Una ciudadanía consciente puede, entonces, utilizar estos renglones para presionar por cambios positivos. Aumentar la carga fiscal de los sectores poderosos podría ayudar a aliviar las condiciones de vida tan duras de las grandes mayorías de la



sociedad guatemalteca. Este expediente puede asegurar ese sentido material de la Constitución que distingue al movimiento constitucionalista latinoamericano.

4.3. Un Estado constitucional injusto y disfuncional

Durante el período dentro del cual se formó el neoliberalismo a nivel global, Guatemala vivió una guerra civil durante más de treinta años que dejó decenas de miles de muertos y un número aún mayor de desaparecidos. Muchos universitarios, intelectuales, y políticos de orientación democrática fueron asesinados o exiliados por haber intentado crear un país diferente.

La dinámica del neoliberalismo puede ayudar a interpretar los acontecimientos políticos de la historia que se gesta hacia la última década del siglo recién pasado. En efecto, después de la caída del Muro de Berlín, y mientras la guerrilla guatemalteca era derrotada militarmente, las tesis del neoliberalismo empezaron a ser utilizadas por columnistas y analistas que aún esgrimen los mismos argumentos en los mismos escenarios, por nuestros sectores económicamente poderosos. Se exigía la reducción del Estado, mediante una privatización de empresas como Guatel, la Empresa Eléctrica y Aviateca, las cuales beneficiaron a una élite emergente, que actualmente tiene miembros multimillonarios.

Ante la idea de la competencia, tan privilegiada por el neoliberalismo, sectores empresariales empezaron a presionar para obtener tratamientos fiscales ventajosos, como es el caso de las zonas francas y las maquilas. No debe olvidarse, por otro lado,



que los grandes agentes económicos guatemaltecos se desarrollaron con políticas proteccionistas gestadas por muchos de los gobiernos del siglo XX. Esto vuelve a recordar lo selectivos que son los grupos oligárquicos guatemaltecos cuando defienden un discurso.⁷⁵ También hace presente que se debe presionar para que estos proyectos no sigan vigentes en nuestro país, dado que los ingresos que se pierden son enormes y afectan al país como un todo.

El cese definitivo de hostilidades entre la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca y el Estado guatemalteco, permitió la creación de una oportunidad para mejorar la sociedad guatemalteca. En particular los Acuerdos de Paz plantearon reformas estructurales de la sociedad guatemalteca. Sin embargo, a pesar de los intentos de mejoramiento democrático contemplados en tales acuerdos, la situación en Guatemala ha cambiado muy poco. El Estado continúa siendo indiferente y no concuerda con la realidad del país. La pobreza afecta a la mayoría de los hogares y las características del modelo económico adoptado no favorecen una distribución equitativa de los ingresos.

En consecuencia, la crisis continúa, y a menos que se encuentren soluciones integrales y creativas en el futuro próximo, se puede vaticinar que esta sociedad se irá volviendo cada vez más ingobernable, no se diga antidemocrática. Se puede comprobar como las élites, fieles a su cuestionable proceder histórico, boicotearon un nuevo intento para mejorar las condiciones de vida de la sociedad guatemalteca. Como consecuencia de

⁷⁵ Véase Paul Dosal, *El ascenso de las élites industriales en Guatemala 1871-1994*, traducción de Ronald Flores, Guatemala: Editorial Piedra Santa, 2005.



esta miopía, se perfilan una serie de amenazas, especialmente en el terreno del derecho laboral, el cual se ve bajo ataque de los sectores empresariales, especialmente con el pretexto de lograr niveles adecuados de inversión y mayor competitividad en la economía globalizada proponen el salario diferenciado. De este modo, la Constitución de 1985 ha sido sometida a un vaciamiento progresivo. Este proceso es global, razón que no exime a nadie de combatir dicho fenómeno en Guatemala.

De hecho, los grupos oligárquicos han utilizado las crisis para imponer, de manera sigilosa, sus intereses. Uno de los aspectos más negativos es la Reforma Constitucional que se impuso en 1993, después del fallido golpe de Estado instrumentado por Serrano Elías, ocasión en la cual, hay que reconocerlo, la Corte de Constitucionalidad mostró un papel enaltecedor de su función.

En esa ocasión, el rechazo popular y ciudadano contra la corrupción fue tomado como pretexto para que se impusiera una reforma que prohibía al Banco de Guatemala conceder préstamos al Gobierno de Guatemala para que este pudiera solventar sus eventuales problemas económicos. Con el pretexto de evitar los problemas de inflación, el Estado de Guatemala cayó bajo las garras de la banca privada que desde entonces es acreedora del Estado con cantidades tan grandes que la política gubernamental está en manos de los poderes financieros del país que controlan la deuda interna, con la mentalidad menos democrática. Cuando un gobierno entra en una espiral crediticia, una gran parte de sus ingresos son dedicados al pago del servicio de la deuda, en lugar de dedicarse a la necesaria inversión social; y cae entonces, en una especie de



cesión de la soberanía a los grupos deudores, que muchas veces otorgaron créditos de manera anómala.

En esta dirección, la negativa a contribuir a sostener el Estado con el aporte tributario sigue siendo una de las constantes de la historia patria. En efecto, uno de los factores que más inciden en la creación de un auténtico Estado Constitucional de Derecho es una adecuada cultura tributaria; en Guatemala, sin embargo, la ya mencionada carencia de una cultura de pago de impuestos por parte de las élites económicas sigue persistiendo. Según un libro reciente publicado por el Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales (Icefi), institución que ha destacado en este tipo de estudios, algunos sectores empresariales centroamericanos no solo reciben exenciones fiscales, sino también las organizaciones productivas que se basan en la creación de maquilas y zonas francas.⁷⁶ Estas estrategias económicas han sido promovidas por grupos exportadores con gran peso político.

Esta modalidad de producción recibe, en la actualidad, una consagración bastante peligrosa en la reciente iniciativa de algunos gobiernos centroamericanos: la Alianza para la Prosperidad del Triángulo Norte. Este plan ha sido influenciado por nuestras élites empresariales en colaboración con los Estados Unidos de América y con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), no precisamente para promover los Derechos Humanos de los sectores más vulnerables, aun cuando parte de la justificación es evitar la migración ilegal hacia los EE.UU. Este documento entra en

⁷⁶ Icefi, Política fiscal: expresión de poder de las élites centroamericanas, Guatemala: F&G Editores, 2015, p. 6.



consonancia, en líneas generales, con las grandes líneas de desarrollo que el gobierno de Pérez Molina diseñó para contemplar la política de desarrollo hasta el año de 2032, el famoso *Katun 32*, diseñado por la Secretaría General de Planificación (Segeplan) del Gobierno de Guatemala.⁷⁷

El investigador guatemalteco Fernando Valdéz ha mostrado, en una investigación tan reciente como exhaustiva, cómo las élites centroamericanas se unen con élites globales e instituciones internacionales para organizar sus políticas empresariales.⁷⁸ Esto demuestra la sujeción de nuestro país a las políticas de las élites globales, tesis que, en la presente coyuntura mundial, no implica ninguna visión de una conspiración global. Simplemente, se trata del fenómeno de la continua desigualdad, que hace que la riqueza se concentre en menos y menos manos. Se puede prever, en esta dirección, que el mencionado plan no podrá detener el flujo de migrantes centroamericanos hacia los EE.UU.

Estos documentos, por su marcada tendencia neoliberal, no toman en cuenta los grandes desafíos como es, en primer lugar, el del cambio climático. Tampoco consideran debidamente la desigualdad que, ante un Estado débil, va a significar un aumento de los peligros del crimen organizado. Un Estado que ofrece incentivos fiscales pierde ingresos, más aún cuando la movilidad de los capitales hace que el dinero deje el país rápidamente debido a la tecnología respectiva. Se sabe, en este

⁷⁷ Todos estos documentos son de fácil acceso en el Internet, especialmente en el sitio de SEGEPLAN, www.segeplan.gob.gt

⁷⁸ J. Fernando Valdéz, *El gobierno de las élites globales: cómo se organiza el consentimiento, la experiencia del Triángulo Norte*, Guatemala: Cara Parens, 2014.



orden de cosas, que los paraísos fiscales suelen albergar cantidades de dinero muchas veces superan los presupuestos de países como el nuestro. Dichos documentos de planificación solo ofrecen diagnósticos, pero no soluciones concretas para los grandes problemas. Recientes escándalos han evidenciado la gran evasión de riqueza que fluía hacia Panamá.

La situación puede ilustrarse con el famoso salario diferenciado, una propuesta que ha sido impulsada con la justificación de que se ayuda a sectores geográficos bastante afectados por la falta de empleo y la pobreza. Como las zonas francas, esta propuesta podría extenderse y volverse permanente. Véase, por ejemplo, el siguiente pasaje de dicho plan: “Con el objetivo de fomentar el desarrollo de áreas geográficas más rezagadas, planteamos la creación de zonas económicas especiales en donde se les brindará un tratamiento diferenciado a nuevas inversiones. Esperamos que las firmas allí establecidas generen oportunidades de empleo de alta calidad, mientras el Estado proveería la infraestructura y servicios públicos necesarios para dinamizar la actividad económica. La selección de estas áreas y los mecanismos que utilizaremos para atraer inversión extranjera directa se basará en criterios costo-efectivos y transparentes, explorando estructuras alternativas de financiamiento y minimizando su costo fiscal.”⁷⁹

Cabe mencionar que estas políticas favorecen al sector exportador, razón por la cual los sectores comerciales, que ven reducido el mercado interno, suelen oponerse a tales planes unilaterales de desarrollo. En efecto, después de la política de sustitución de importaciones que rigió a Latinoamérica, ahora se proponen políticas basadas en la

⁷⁹ Véase *Lineamientos del Plan de la Alianza para la Prosperidad del Triángulo Norte*, documento que puede ser consultado en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=39224313> (último acceso: 5 de agosto de 2015)



exportación, que al mantener un salario bajo tiende a reducir el consumo interno, lo cual afecta al comercio interno. Parece ser que las élites quieren reproducir o quizás competir con el gran desarrollo que ha alcanzado China en las últimas dos décadas, pero no toman en cuenta cuestiones como el tamaño o la disciplina que puede establecer un gobierno que ya sólo es comunista por el nombre. China, de hecho, es una nación capitalista.

Desde luego, los sectores sociales no oligárquicos se han opuesto a dichas directrices para el país. Debe notarse que las políticas empresariales responden a un bien orquestado plan que tiene como eje, de nuevo, la necesidad de explotar a la mano de obra guatemalteca para mantener una competitividad que, por su naturaleza, siempre va a exigir mayores prebendas. La organización del sistema jurídico, para estas élites debe subordinarse a estos planes.

Como puede verse, las medidas de los grupos de poder, que han impuesto una constitución material, contrapuesta a la formal, han generado mucho descontento social. La ingobernabilidad crece y es predecible que en el futuro de mediano plazo se den cambios dramáticos no sólo en nuestro país, sino también en otras naciones que experimentan procesos parecidos. Los movimientos políticos en distintas sociedades del mundo sugieren que habrá cambios substantivos en el mediano plazo.



4.4. La realidad constitucional de Guatemala

En virtud de lo expuesto en las secciones anteriores, se puede decir que los grandes desafíos y problemas sociales que se viven en Guatemala nos colocan en un período de transición política. No se puede seguir en una pendiente interminable de corrupción y desigualdad, y por eso, ya muchos vislumbran la necesidad de un cambio profundo del Estado. Para algunas personas, la Constitución guatemalteca de 1985 parece haber sido superada por los hechos, y por lo tanto, es necesario reformarla en algunos aspectos.

En el próximo capítulo, se verán otras posibilidades, lo cual no obsta para que se examinen los argumentos de quienes quieren esos cambios en el futuro inmediato. Es importante analizarlos por su innegable fuerza. En este capítulo, se ponen de manifiesto las dificultades de esta tarea, en un tiempo de crisis del ideal constitucional mismo.

Un análisis de las posibilidades guatemaltecas no puede ignorar el contexto global, sin crear puntos ciegos que después pueden hacer al país caer en crisis de gobernabilidad más serias. El contexto geopolítico también debe ser tomado en cuenta, dado que, lamentablemente, estamos en la órbita inmediata de los EE.UU., un país que está consciente de que su poder global va disminuyendo debido a la enorme influencia económica global asociada con los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica).



Son cada vez más frecuentes las opiniones que llaman en favor de la elaboración de un nuevo texto constitucional de la República. Para muchas personas, por ejemplo, el sector significativo de personas opina en los medios de comunicación, es evidente que hay necesidad de una nueva Constitución. Para estos, la actual ya no genera un nivel adecuado de confianza ciudadana debido a que se ha impuesto la Constitución material de las élites, una Constitución que sólo refleja los intereses de los poderes innombrables, para usar la expresión que ha creado el historiador del derecho Bartolomé Clavero.

Sin embargo, no se trata tan solo de cambiar una Constitución. Como lo ha hecho ver el jurista Jorge Mario García Laguardia, este texto constitucional no ha sido desarrollado como se prometía. Por ejemplo, la normativa relativa a los pueblos indígenas no ha sido elaborada de manera explícita. En este sentido, refiriéndose a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, el relator de la ONU, el profesor mexicano Rodolfo Stavenhagen, destacado experto en el tema, hace mención directa a la falta de voluntad política para traducir dicha declaración en cambios efectivos en la vida de las colectividades indígenas, siempre dentro del marco de nuestra constitución.⁸⁰

Similares consideraciones pueden aplicarse a la normativa relativa al agua, un aspecto que necesita contemplarse debido a la ya evidente escasez del vital líquido, situación problemática que va adquirir matices siniestros en un plazo no mayor de una década.

⁸⁰ Véase Rodolfo Stavenhagen, Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas, en: Santiago Bastos (compilador), *Multiculturalismo y futuro en Guatemala*, Guatemala: Flacso/Oxfam, 2008.



Se ha visto cómo el mandato constitucional de crear una ley de aguas simplemente ignorado, como pasa con la ley que regirá las disposiciones constitucionales relativas a las comunidades indígenas. Dada la insistencia de los grupos empresariales podría concebirse medidas, por ejemplo, pequeñas reformas constitucionales, para facilitar la privatización o, como ahora se estila, concesión del agua, bajo el conocido argumento de que lo que es público no es cuidado de una manera adecuada por la colectividad. Este argumento ha sido cuestionado por especialistas que han estudiado la propiedad de índole comunal, como es el caso de la economista Elinor Ostrom.

Cuando nuestra Constitución fue promulgada en 1985 muchos de estos problemas no se habían hecho evidentes; incluso la globalización no se había dado en su actual forma debido a que, como ya se ha señalado en capítulos anteriores, esta no se desarrolla sino hasta la caída del denominado “socialismo real”, fenómeno que culmina con el derrumbe del Muro de Berlín, en el año de 1989.

Tampoco en 1985 se enfrentaba la actual crisis de violencia y el desarrollo del crimen organizado, cuyos intereses han penetrado un Estado débil, incapaz de brindar soluciones a las demandas de la mayor parte de la sociedad guatemalteca. En ese tiempo, por ejemplo, no había las maras, mismas que surgieron con el retorno de jóvenes de los Estados Unidos de América, país en el cual habían vivido de manera ilegal.



En aquel tiempo, la sociedad guatemalteca no era consciente del fracaso de las políticas de control estricto del fenómeno criminal. En este sentido, es de apuntar que las leyes de mano dura, o supermano dura, han fracasado de la manera más rotunda, hasta el punto en que la violencia y la corrupción han alcanzado cotas inimaginables. Muy pocas personas se atreven, en estos tiempos a abrir un negocio pequeño, aun cuando haya gran necesidad económica, ante el peligro inmediato de que sea sujeto de extorsiones cuyos centros de operaciones, hay que notar la contradicción, se encuentran en las mismas cárceles, ingobernables para un corrupto sistema penitenciario.

4.5. El desarrollo constitucional en Guatemala

Lo que hace tan complicado plantear un cambio constitucional, en el caso de nuestro país, y a reserva de lo que se dirá en el próximo capítulo, es que este debe asentarse, no solo en cambios sociales y ciudadanos que busquen transformar la estructura profunda de nuestra sociedad.

Tomando en cuenta la necesidad de involucrarse en cambios globales, los ciudadanos de este país tienen que seguir el propio ritmo social, dictado por sus circunstancias, por sus tradiciones, por los fines que se proponga la colectividad, siempre y cuando estos sean consistentes con los logros que ha significado el discurso de los Derechos Humanos a nivel global.



Debe, en particular, ser de carácter inclusivo, tomando en cuenta a los sectores de la población. Esto significa que debe tratar de alejarse de la globalización en crisis, proponiendo nuevos modelos de convivencia política y desarrollo económico. Nuestra tradición política, al ser de cuño aristotélico, incluye la noción de bien común, uno de los aspectos ignorados por el desarrollo de la globalización neoliberal, que sólo piensa en el interés individual. Ideas existe, pero son muchas veces encubiertas por la ortodoxia neoliberal.

Desde luego, estos planes de país van a ser atacados por las élites de siempre, como lo sugiere la historia nacional. Aún tenemos, lamentablemente, muchos grupos influyentes que asumen una realidad ya traspasada por los hechos. La sociedad guatemalteca, sin embargo, debe estar en guardia para que este proyecto no vaya a prolongar los intereses de los grandes grupos económicos. Tampoco se pueden proponer utopías irrealizables, porque para soñar no existen límites. Se deben proponer planes de país informados, realistas, que puedan apoyarse en constituciones con suficiente fuerza normativa y eficacia. Para esto será necesario y conveniente que las sociedades de los diversos países presionen para que la globalización ya no sea únicamente dictada por los intereses de los grandes consorcios económicos.

Se empieza a notar la necesidad de un Estado menos formal pero fuerte, que no olvide el principio del bien común, o sea, uno que ponga todas las instituciones, todas las leyes democráticas y constitucionales para que los ciudadanos alcancen la libertad, la dignidad, la paz, la justicia, la cultura, la unidad, en definitiva, el bienestar general y el ordenamiento de la democracia verdadera. El enfoque garantista puede ayudar en esta



tarea, puesto que su objetivo principal es asegurar las garantías, especialmente institucionales, que realizan, de forma concreta los Derechos Humanos, en especial aquéllos que se refieren a los miembros más vulnerables de las diversas sociedades.

Los problemas históricos con la consolidación del Estado de Derecho, especialmente en su versión constitucional, ya no son únicamente relativos a nuestra accidentada historia política. Los acontecimientos recientes de la historia política han puesto al Estado y la sociedad guatemalteca en manos de los poderes económicos de Guatemala, que están en consonancia con los poderes económicos transnacionales.

Es obvio, a partir de lo visto hasta aquí, que la proclamación de valores constitucionales no es en sí misma un factor exclusivo capaz de cambiar, de manera radical, la mentalidad y las prácticas de una sociedad como la guatemalteca, por esta razón, no es difícil entender que ideologías que hasta hace poco se consideraban parte de la historia, hayan hecho su reaparición en el contexto nacional contemporáneo.

Pero las ideologías, en cierto sentido, siempre son necesarias; sin un sistema de ideas más o menos claro y coherente no se puede avanzar en la transformación positiva de la realidad. Es claro que uno de los factores que se necesita impulsar es la creación de las condiciones sociales que permitan el arraigo de una forma de gobierno realmente democrático y respetuoso de los Derechos Humanos, pero esto no puede ser hecho al margen de las luchas ideológicas.



Estas reflexiones se pueden fortalecer con el discurso de los Derechos Humanos. No se puede olvidar que el Art. 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos determina que “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. La pregunta que se plantea es si el país cuenta con recursos culturales y políticos para reformar el Estado de Guatemala, siempre de acuerdo con una visión democrática, garante de los Derechos Humanos, especialmente cuando el mundo enfrenta problemáticas que ponen en riesgo la naturaleza en cuyo seno vivimos.

Es preciso identificar desarrollos alternativos que traigan beneficios reales para sociedades acostumbradas a la injusticia. A pesar del discurso de la falta de alternativas, de las visiones “realistas” todavía hay elementos para construir un auténtico Estado Constitucional de Derecho en éste país, y en los demás países del mundo que se propongan metas similares. Estas visiones deben abordar los problemas económicos y ambientales.

Para esto es necesario que los sectores que dirigen la economía nacional diseñen proyectos que impulsen a un país que tiene potencial en sectores como el turismo, la producción de oxígeno, esto es, renglones que son autosostenibles, actividades que prometen no agravar sus problemas estructurales de este país. Guatemala cuenta con los insumos intelectuales para poder ubicarse en el mundo globalizado actual.



Corresponde ahora reflexionar, en el capítulo siguiente, sobre algunos de los caminos y soluciones que se avizoran en el futuro próximo. Para el efecto pueden ser útiles algunas reflexiones sistemáticas, históricas, realizadas en los capítulos primero y segundo; y las coyunturales que presenta la globalización neoliberal, esto es, aquellas políticas proempresariales que actualmente enfrenta el país, y que se han desarrollado en este capítulo y en el anterior.

4.6. Conclusión del capítulo

En este capítulo han ido quedando claros los nuevos contextos que demanda la consolidación del Estado Constitucional de Derecho en el mundo, en general, y en nuestro país, en particular. Se ha visto como el contexto de la gobernanza provoca problemas para el mismo ideal del Estado Constitucional de Derecho, debido a que hace que la sociedad ya no tenga poder de control sobre entidades supranacionales que deciden aspectos cruciales como es el caso de las políticas económicas.

Del mismo modo, se han examinado los nuevos movimientos constitucionalistas alrededor del mundo, especialmente los que se han dado en América del Sur y en España. Esto explica que los nuevos movimientos de cambio constitucional en Guatemala no están funcionando en el vacío. La gente está demandando nuevas formas de organización política que puedan responder ante el descalabro del mundo globalizado. Como sabemos, tales demandas han sido exacerbadas por la actual crisis nacional que, empezando como una protesta contra la corrupción del Estado, ha traído como consecuencia demandas para repensar el Estado. Desde el lado, crítico, sin



embargo, se ha visto que tales proyectos pueden entrar en conflictos de tendencias autoritarias y al contexto global, el cual es capaz de imponer perspectivas. La tarea de seguir estos modelos debe estar moderada por una reflexión de las circunstancias del país.

En este sentido, y sin necesidad de postular la imitación de estos modelos, es importante reconocer que nuestro país demanda nuevas soluciones para sus problemas emergentes, y dichas respuestas demandan mayor atención a las perspectivas sociales. Tal es el caso de las necesarias medidas ecológicas que deben tomarse para afrontar problemas ambientales como el del cambio climático, dado que nuestro país se encuentra en una posición particularmente vulnerable en lo que respecta a los desastres que puede provocar tal fenómeno, provocado por el calentamiento global relacionado con el uso de combustibles fósiles.

En el siguiente capítulo, se examinan algunas salidas para poder superar la crisis que actualmente vive el país. Vemos un escenario problemático en los siguientes años, pero es hora de empezar a notar los verdaderos desafíos. Es necesario hacerlo tomando en cuenta el momento problemático que vive el mundo. Aunque es válido preguntarse si el mundo ha estado alguna vez en un Estado de verdadera justicia.



CAPÍTULO V

5. Prospectos jurídicos para el futuro de Guatemala

Los anteriores capítulos han examinado los problemas generales, históricos y actuales, que Guatemala ha enfrentado para establecer una armonía entre los principios del derecho, especialmente los recientes de orden constitucional, y la realidad sociopolítica. Entre tales problemas destaca la forma en que las élites económicas han impedido la consolidación de proyectos ciudadanos que, a largo plazo, garanticen una sociedad gobernable. Un pueblo a merced de los intereses de pequeñas élites no puede generar modos valiosos de vida para la ciudadanía en general; lo único que se logra con estas políticas excluyentes es aumentar el descontento social.

Esta nación, como todas las de América Latina, no surgió de un consenso como el que se dio con los EE.UU. (sin contar la opresión de las tribus indígenas); surgió de un encontronazo entre pueblos con culturas distintas, para decirlo en términos cercanos a los de Luis Cardoza y Aragón. Es ocasión de volver a recordar que las grandes mayorías no sólo vieron conculcados sus derechos, sino que tuvieron que recibir la afrenta de no ser reconocidos como seres humanos, primero doctrinalmente (con Sepúlveda), y después como cuestión de hecho, a juzgar por las miserables condiciones de vida que les fueron impuestas por los conquistadores y sus descendientes que son retratados de manera certera por Severo Martínez Peláez en su *Patria del Criollo*.



Siendo una nación relativamente joven (condición compartida con los demás países latinoamericanos) no hemos podido encontrar las claves para superar los grandes abismos sociales que representó nacer del choque violento entre dos civilizaciones, la occidental y la indígena. Se ha visto como las marcas de origen siguen incidiendo en la conflictividad del país, situación que gira alrededor de la división entre el indígena y el criollo, y en términos más generales, entre los ricos y los pobres. Estos problemas apuntan a una falta de integración ética que es parte substancial de la historia patria. La falta de una ética política consolidada se deriva de los abismos primigenios de esta sociedad que no ha tratado de buscar bienes compartidos por toda la sociedad.

En la actualidad, este eje fundamental de conflictividad se ve agudizado por una globalización neoliberal que, a juzgar por el creciente levantamiento social alrededor del mundo, se encuentra en un período de crisis en el cual se multiplican y ahondan los problemas de desigualdad, ajustados con una situación ambiental que sitúa al mundo en una coyuntura inédita, en la cual se pone en cuestión la misma supervivencia digna de la humanidad. Esta ya no es una posición catastrófica; hasta los Estados Unidos se ha puesto actualmente en guardia contra los efectos negativos del cambio climático. Aun tomando en cuenta esta tardía conciencia, no se puede dudar que nuestros países pobres serán los que pagarán la inmensa contaminación que ya han producido los países desarrollados.

Este capítulo, el último de esta investigación, se concentra en buscar soluciones y escenarios que permitan entender los senderos por los que la sociedad guatemalteca debe transitar en los próximos años. Dicha tarea nunca es fácil, especialmente cuando



se plantea una investigación sobre la realidad jurídica desde el ámbito social, un enfoque que aumenta la conciencia de la enorme complejidad de los intereses sociales en juego. La manera de actuar en la presente coyuntura determinará la capacidad de crear una sociedad respetuosa de los valores constitucionales, una colectividad que se decida a vivir tomando a la dignidad humana como punto de referencia político, cultural, económico, social y jurídico. Solo entonces el país será un genuino Estado Constitucional de Derecho.

La situación se complica porque Guatemala se encuentra en una situación de crisis nacional debido a la caída del Estado corrupto de las últimas décadas. En efecto, al tiempo de escribir esta disertación, la sociedad guatemalteca está enfrentando una crisis política profunda que hunde sus raíces en una corrupción ingente, que supera lo que muchas personas habían imaginado. Virtualmente todo el gobierno de Otto Pérez Molina se ha mostrado como una maquinaria de corrupción.

Esta situación ha agudizado la incertidumbre en que la misma idea de democracia partidaria va perdiendo todo su sentido debido a la cínica mercantilización que entra a través del financiamiento de los partidos políticos y otras fuerzas disgregadoras del ejercicio político. La profundidad de los cambios que se avecinan se hacen claros cuando se toma en cuenta cuales son los poderosos sectores oligárquicos que no han podido hacer valer su histórica impunidad.



5.1. Una profunda crisis de gobernabilidad: el problema de la corrupción

Desde los primeros meses del 2015 hasta la fecha, Guatemala ha vivido una de las crisis políticas más profundas de las que se tenga noticia. Esta crisis de legitimidad se debe a la constatación de que se había operado una captura mafiosa del Estado por parte de grupos políticos, militares y empresariales. Esta lamentable realidad fue develada por la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) y el Ministerio Público. Estas instituciones, con el apoyo de la ciudadanía, han descubierto, en particular, la manera en que se había empotrado la corrupción en el Estado, a través de redes de corrupción y tráfico de influencias que afectaron a la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT) y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS), y otras instituciones como el Congreso de la República.

La primera red de corrupción descubierta, la de defraudación aduanera, llegaba hasta la vicepresidenta, a través de su secretario. La vicepresidenta, debido a diversos tipos de presión, entre ellos, el de la ciudadana se vio obligada a renunciar, propiciando una crisis sin precedentes en la historia del país. Esta crisis llevó hasta la obligada renuncia del presidente de la República y a la persecución penal de gran parte de los funcionarios de su gobierno. Dicho escándalo ha sido seguido por otras denuncias y acusaciones que han llevado a los tribunales incluso a prominentes personajes empresariales. La profundidad del cambio político se hace evidente a partir de la persecución de los grupos con mayor poder económico.

Sabiendo lo que se podía venir, no resulta extraño que la clase política y la élite oligárquica guatemalteca se haya opuesto, en diferentes momentos, y de diferentes



maneras, a las tareas que ha realizado la CICIG, la cual, por cierto, se halla en de ser generalizada a Honduras y El Salvador. No hay que olvidar que antes de la crisis, sectores de poder de la sociedad guatemalteca se hacían eco de la demanda de que este ente *ad-hoc* dejara Guatemala. La contraofensiva de la CICIG tuvo lugar en ese momento.

Para comprender las verdaderas dimensiones del problema de la corrupción deben visualizarse las raíces profundas de este fenómeno. Ya se ha dicho que la corrupción es tan vieja como otros males; en el capítulo respectivo, se tuvo la oportunidad de mencionar el tipo de corrupción que se ejercía durante la época colonial, en la cual regía un derecho indiano que siempre fue afectado por la distancia y el tiempo que implicaba esperar una orden o una decisión desde España. Como se ha visto, la institución de la *solicitud* (“se aplica, pero no se cumple”) hacía que las autoridades de las colonias no pusiesen en práctica las órdenes emanadas de la Corona española. Asimismo, cabe preguntarse la manera en que la antigua costumbre de vender cargos también pudo haber influido en la generación de una cultura de la corrupción. Por otro lado, no debe olvidarse que los grupos oligárquicos se han ido constituyendo alrededor de las grandes posibilidades de corrupción, como pasó durante el tiempo de la Colonia, en el que buena parte del comercio se hacía a través del contrabando.

Tampoco puede dejarse de lado la observación de que cuando hay un abismo entre discurso jurídico y realidad social, la corrupción y la distorsión del aparato público no puede extrañar.



Desde un punto de vista teórico, la corrupción es un fenómeno complejo que es difícil de definir de manera taxativa. Definiciones hay bastantes y no siempre reflejan con precisión los fenómenos a caracterizar. Por ejemplo, cuando se habla de corrupción como una acción de un funcionario público que se aprovecha de su cargo para satisfacer un interés personal, no siempre pecuniario, se tiende a olvidar que la corrupción se da asimismo entre agentes que no son funcionarios de gobierno. Un ejemplo notable del fenómeno de la corrupción en el ámbito de las grandes compañías fue el de la empresa Enron, la cual mantenía relaciones dudosas con el gobierno del presidente norteamericano George W. Bush.⁸¹

Otros países desarrollados también han vivido este fenómeno, como es el caso de España, en donde la misma familia real se ha visto envuelta en escándalos de corrupción. Tales fenómenos dan pauta a pensar que se vive una epidemia de este flagelo en todo el mundo, gran parte de la cual radica en la colusión entre grandes empresas y gobiernos. Hubo un tiempo en el que las grandes compañías norteamericanas podían incluso deducir de sus impuestos las cantidades entregadas en calidad de soborno.

Desde luego, hay muchas prácticas que pueden ser calificadas como corruptas o no según la posición o el contexto cultural respectivo; algunas personas piensan que la pertenencia a una escuela de élite, por ejemplo, conlleva una red de contactos que después pueden traducirse en capital social para llevar a cabo los propios proyectos e

⁸¹ Véase el artículo de Tom Frank, "Las mil y una estafas de Enron", en: *Le Monde Diplomatique, Empresas y estafas: Generación de renta a cualquier precio, valores bursátiles, espionaje comercial, Enron, contabilidad especial y mistificaciones financieras*, Santiago de Chile, Chile: Editorial AÚN Creemos en los Sueños, 2006.



intereses. Sin embargo, este fenómeno, llamado en inglés *oldschooltie* (“vieja omba” de la escuela, la cual pueden usar los miembros de ciertas escuelas de élite en el mundo inglés, especialmente Inglaterra) es ampliamente aceptado en el mundo, lo cual no obsta que sea objeto de crítica por aquellas personas que no gozan de las oportunidades de establecer contactos útiles desde la juventud. Tales prácticas, sin dudarlo, ahondan la desigualdad.

Queda claro, pues, que el ámbito político, a nivel local y global, constituye el área en el cual la corrupción causa más daño. El jurista Jorge F. Malem Seña confirma este punto: “Prácticamente ningún país occidental, con una democracia representativa, ha podido evitar el efecto polucionante que tiene el dinero sobre la actividad política... Eso se debe en parte a que las campañas electorales son muy intensas y costosas, mientras que los recursos son siempre escasos”.⁸²

Esta corrupción política hace que las decisiones colectivas no se orienten al bien común, sino solo a resolver los problemas y beneficiar los intereses de los que “invierten” en las campañas. Parece ser, en consecuencia, que la solución radica en crear mecanismos de transparencia y fiscalización que puedan evitar dichas prácticas; de hecho, de manera acertada, la sociedad guatemalteca está en vías de reformar la Ley Electoral y de Partidos Políticos, con el afán de evitar este flagelo.

⁸² Jorge F. Salem Seña, *La corrupción: Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, España: Gedisa, 2002, p. 17.



Desde luego, muchos grupos poderosos se oponen a estas reformas, con el argumento de que esto limitaría de manera inaceptable la libertad individual. Sin embargo, el bien común muchas veces exige restringir la libertad individual, especialmente en un campo tan sensible para el bienestar de una sociedad que ha perdido la oportunidad de poder expresar sus decisiones políticas electorales de manera adecuada.

La forma en que se da la corrupción total de la sociedad es clara. El Estado sirve para darle forma legal a las transacciones económicas; para que se legitimen tal tipo de operaciones se necesita la corrupción en el Estado. Muchas empresas guatemaltecas son mediocres y mal organizadas; se necesita entonces de la ayuda del Estado, el cual sigue las directrices de los financistas. A este respecto, es notable el trabajo hecho por el científico político Joel Migdal quien sostiene que el Estado no es una entidad aislada de la sociedad, sino que es un campo de fuerza en el que se expresan las dinámicas sociales. Este autor reconoce que tenemos una imagen del Estado, y a menudo actuamos conforme a ella (como cuando respetamos sus reglas de migración), pero también existen prácticas (como la corrupción) que reflejan las relaciones sociales.⁸³

No puede resultar extraño, entonces, que las grandes compañías transnacionales también precisen de la corrupción, para hacer sus corruptelas contables, para pagar menos impuestos. Reportan pérdidas en un lugar, para obtener subsidios del Estado, envían el dinero a paraísos fiscales, o a lugares donde se pagan menos impuestos. El reciente caso de los Panamá Papers, demostró el ingente tamaño de tal problema.

⁸³ Joel S Migdal, *Estados débiles, Estados fuertes*, traducción de Liliana Andrade y Victoria Schussheim, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 44.



De este modo, que no extrañe que la corrupción sea la marca de la economía globalización. Muy pocas empresas son fieles a la idea de la competitividad, a las establecidas para realizar dicho objetivo. Por eso es necesario, ir creando nuevos esquemas legales que endurezcan las medidas para que las compañías transnacionales no sigan promoviendo estos escenarios. En ese sentido, es necesario crear instancias de justicia internacional, que al igual que los crímenes de guerra, tengan jurisdicción internacional. Si esas medidas no se ponen en juego, entonces el saqueo legal seguirá funcionando y los perdedores serán, como siempre, los sectores más vulnerables, especialmente en el caso de las sociedades menos desarrolladas.

En todo caso, queda claro que la corrupción es un problema que afecta a la sociedad como un todo, razón por la cual es importante buscar no sólo las reformas políticas, sino también cambios sociales de gran calado. De otro modo, seguiremos lidiando con problemas casi irresolubles, como es el de extirpar a una clase política cuyos substitutos pueden aparecer en cualquier lugar en cualquier momento. Es como querer acabar con el crimen organizado capturando a los capos, cuando existen miles que están dispuestos a tomar el puesto vacante. Resulta claro, pues, que la lucha contra la corrupción debe ser en todos los ámbitos.

5.2. Los límites de la transparencia y la fiscalización

A los ojos del analista contemporáneo puede quedar claro que lo que se precisa para obtener un gobierno que responda a las necesidades sociales radica en la implementación rígida de una serie de medidas de transparencia más efectivas y



profundas. Sin embargo, las medidas de transparencia contra la corrupción son suficientes para construir el Estado que garantice el bien común.

La transparencia establece políticas de control de los administradores públicos, pero no indica hacia donde debe ir, el bien común. Como lo apuntara el filósofo guatemalteco Jorge Mario Rodríguez, en una actividad académica realizada en julio de 2015 en el Museo Universitario, es necesario crear medidas que garanticen la confianza ciudadana para construir el futuro de nuestra sociedad. El control del gobierno también debe conjuntarse con medidas que aseguren la posibilidad de que la sociedad construya un mundo en común, para decirlo en las palabras del teórico francés Pierre Rosanvallon, el cual menciona el filósofo Rodríguez en su conferencia.⁸⁴

En efecto, es de común conocimiento que el control y la transparencia también puede ser objeto de abuso. Imaginémos un gobierno honesto, que decide llevar a cabo proyectos profundos que despiertan la oposición de sectores poderosos. No es difícil figurarnos que, en un momento dado, los sectores con mayor poder social, organizan la oposición y empiezan a manipular la visión social de cierto asunto. Estos grupos, apoyados por grandes poderes mediáticos y campañas costosas, empiezan a establecer mecanismos de control y transparencia que no dejan trabajar, y finalmente hacen fracasar, los planes de gobierno que no se acomodan a sus intereses. En ese sentido, cabe apuntar que el fenómeno de la corrupción también ha alcanzado a los

⁸⁴ Pierre Rosanvallon, *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Argentina: Manantial, 2007.



medios de comunicación, especialmente los vinculados con grandes empresas transnacionales, como es el caso de la CNN.

Por eso, en la actualidad, se suele hablar de golpes de Estado blandos, los cuales han tratado de ser orquestados en países como Venezuela, Ecuador y Bolivia. Recientemente, el gobierno brasileño ha caído en lo que parece ser otro golpe de Estado blando. Al margen de los grandes errores cometidos por todo gobierno, es obvio que la lucha contra el sistema de poder de los grandes poderes económicos en América Latina está plagada de mucha manipulación por parte de los grandes consorcios mediáticos. Es cierto que las redes sociales han roto el monopolio de estos medios, pero aún está por verse cuál es el verdadero alcance de estas formas, relativamente nuevas, de participación ciudadana, que también pueden prestarse a otras formas de manipulación.

No debe olvidarse, en este contexto, que aun estas redes se pueden utilizar de mala manera, como cuando se echan a rodar rumores e información deliberadamente distorsionada, como ha sucedido en tiempos recientes en nuestro país. La información de las redes no es fácilmente comprobable; las opiniones que circulan en ellas no tienen ninguna garantía de calidad. En todo caso, aun el mundo no está plenamente consciente de los efectos de las nuevas tecnologías de la información, las cuales pueden ayudar incluso a establecer políticas de control de la ciudadanía.

En conclusión, para erradicar la corrupción no basta con acudir a medidas de transparencia, las cuales, desde luego, siempre van a ser necesarias. El objetivo debe



ser más profundo: se debe crear un nuevo ejercicio político en el cual la ciudadanía política vuelva a establecerse en Guatemala, sin duda. Lograr la confianza ciudadana, sin embargo, es un fin que precisa de un arreglo profundo de nuestra realidad jurídica, política y social. La lucha contra la corrupción es en todos los ámbitos y concebir la misma solo en el ámbito penal es un error, porque si hay tantos procesos judiciales penales, es claro que todos los tamices que existen para no llegar a ese extremo fracasaron y no se ha hecho nada para hacerlos funcionar.

Solo si existe confianza se puede construir un país en común, tarea que demanda de cada ciudadano colaboración, moderación de sus intereses y entusiasmo para las grandes tareas que vienen adelante. A acceder a esta situación de concordia supone una serie de luchas relativas a la recuperación de la política, de la economía y los valores (ética). Gran parte de esta tarea consiste en hacer que la ciudadanía pueda vivir de acuerdo a los valores reconocidos en un texto constitucional.

Desde luego, cambios constitucionales se hacen necesarios, pero no se pueden lograr mayores cambios si la Carta Magna no se convierte en un documento que refleje los valores compartidos. Esto implica que la raíz de problemas como la corrupción no se deben atribuir sólo a los políticos o a los empresarios; la corrupción ha alcanzado tales cotas, simplemente porque muchos ciudadanos aceptan incurrir en prácticas cuestionables en su vida diaria. Se puede pensar, por ejemplo, en no pagar los impuestos en las transacciones comerciales cotidianas; en facilitar el acceso de personas no calificadas a determinados puestos; en la subvaluación del mercado inmobiliario entre otros. Las normas son el cimiento de la sociedad. Cuando un país



entero se mueve al margen de la ley, es muy difícil conseguir resulta predictibilidad de la aplicación del Derecho.

5.3. Crisis y transformación política

Una de las preguntas que ha sido planteada por muchas personas es si la actual crisis política, originada en el fenómeno de una exagerada corrupción y en un agotamiento del sistema de partidos políticos, terminará produciendo un cambio fundamental del sistema político. A pesar de las multitudinarias marchas y protestas, que se han extendido por ya más de un año, es notable cómo muchos de los funcionarios y empresarios siguen trabajando en las redes corruptas; si no fuera por la CICIG, por la Embajada Norteamericana y por el Ministerio Público, la situación ya se hubiese tranquilizado hace algún tiempo. Esto muestra hasta qué punto las transformaciones del país quedan en manos de una élite internacional, y demuestra todavía más, como el ideal de una auténtica democracia constitucional aún se halla lejos de alcanzar la vida cotidiana de la sociedad.

A estas alturas de la historia, parece ser que Guatemala no ha aprendido a vivir con las regulaciones de una democracia auténtica y funcional. El abismo entre realidad social y discurso jurídico todavía persiste.

Ahora bien, si la lucha por la transparencia no es suficiente, es claro se necesita de una nueva forma de vivir, un nuevo pacto ciudadano. Estos procesos se han llevado a cabo en Sudamérica; en otras regiones, los despertares democráticos han alcanzado resultados trágicos como sucedió con la denominada “primavera árabe”, en países



como Siria, Libia y Egipto. La pregunta fundamental es: ¿Para alcanzar estos cambios es necesario embarcarse en la redacción y promulgación de una nueva Constitución? ¿Ofrece la actual Carta Magna posibilidades para sanar el ejercicio político en una sociedad cuyas estructuras corruptas se han ido consolidando a lo largo de siglos de prácticas de gobierno patrimonial y antidemocrático? Estas preguntas ameritan atención, puesto que tocan aspectos esenciales de la crisis ciudadana guatemalteca.

En este contexto, uno de los grandes problemas que se plantea en el actual horizonte político es la pregunta de si es necesario cambiar la Carta Magna que fue promulgado en 1985. Este es un documento fundacional relativamente joven y moderno, observante de las tendencias del constitucionalismo moderno, y todavía abierto a cambios positivos. Por esta razón, reconocer los puntos fuertes de este texto no debe equivaler a rechazar que sea sometido a profundas revisiones.

Conviene recalcar que la historia constitucional de nuestro país no es ajena a los cambios rápidos; algunos textos constitucionales han durado muy pocos años. Basta mencionar los cambios que se dieron en 1945, 1956 y 1965, el último de éstos, producto de un golpe de Estado que solo quiso evitar el retorno al poder del expresidente Juan José Arévalo Bermejo. El siglo XIX también registra estos cambios, generados a partir de la inestabilidad de nuestros primeros años como país independiente, parte de ellos vividos en federación con los demás países de Centroamérica.



Como es de esperar en una situación de cambios radicales, de profunda ingobernabilidad, el sentir social sobre los posibles cambios constitucionales ha distado mucho de ser tranquila; muchos sectores guardan rivalidades de larga data, las cuales se hacen presentes en todos los diálogos sociales.

Aquí es donde radica uno de los problemas culturales que aquejan a Guatemala: sus sectores con mayor poder político y económico no son capaces de forjar alianzas para impulsar cambios de gran magnitud. Esto impide esos consensos profundos que son de esperar cuando una sociedad se alista a cambiar sus compromisos constitucionales. Se puede decir que los grupos con mayor incidencia en la dirección del país no han podido establecer un auténtico liderazgo, uno que convoque el apoyo de todos los sectores de la sociedad.

Para lograr este objetivo se precisa que los sectores cedan, especialmente los sectores poderosos los cuales no están acostumbrados a moderar sus prebendas en función de los legítimos intereses de las grandes mayorías de nuestra población. Se vive un tiempo de cambios acelerados, de transformaciones cuyo epicentro se encuentra en las redes de poder de la globalización. Ya no es posible que los diferentes sectores de la oligarquía guatemalteca traten de imponer sus intereses, como lo hicieron en 1993. Es de lamentar, sin embargo, que estos sectores se pronuncian por la continuidad del sistema, como es fácil de imaginar, debido a que se benefician de este. Aunque cabe pensar que tal vez haya beneficios todavía más grandes en una sociedad fortalecida, gobernable, con un mercado interno sólido, el cual garantiza condiciones para la mejor inversión.



Por razones históricas, no es de extrañar que los sectores conservadores se opongan de manera sistemática a este potencial cambio. Instituciones como el CACIF, Fundes, entre otras, han acusado a los que ellos todavía llaman socialistas o comunistas de querer tomar el poder. De este modo, en los medios de comunicación se leen referencias a atentados contra la institucionalidad, ataques de los poderes ocultos, de venganzas de los antiguos guerrilleros o de intromisiones de los poderes extranjeros, lo cual revela la persistencia de muchas de las actitudes que llevaron a la Guerra Civil. La resistencia al cambio, podría decirse que es uno de los rasgos de la oligarquía guatemalteca.

Desde luego, si se diera la situación de cambio, la oligarquía no se pondría de brazos cruzados. Se puede decir que, esto no impediría los cambios necesarios, si se estuviese frente a una ciudadanía convencida de sus derechos. Pero aquí hay un problema esencial: la falta de unidad de la ciudadanía guatemalteca. Un ejemplo, lo brindan las organizaciones de izquierda, las cuales son incapaces de unirse en proyectos políticos comunes, especialmente electorales, debido a sus roces e intereses personales y sectoriales. Entre los grupos indígenas también se suele dar desconfianza y falta de unidad. Por otro lado, la ciudadanía, quizás influenciada por décadas de propaganda neoliberal, no apoyaría cambios radicales, de seguro porque se dejarían influenciar por la publicidad de los sectores de poder.

La situación es muy difícil si se quiere crear un nuevo texto constitucional; tanta ingobernabilidad y confusión no lo hacen recomendable. Ahora bien, todavía existen potencialidades positivas en este documento. No puede dejar de mencionarse la falta



de desarrollo de nuestra Constitución, la cual encomendó diferentes áreas de legislación ordinaria, que nunca fueron cumplidas por órganos legislativos que llegaron a la mayor situación de ingobernabilidad. Especial mención merece la inexistencia de una ley de aguas. Como es de notar, la falta de normativa ordinaria en esta área apunta al potencial conflicto que levantarían leyes específicas en la materia; no se debe olvidar que el agua es un recurso cuyo dominio cada vez adquiere mayor importancia estratégica. En torno a él se va generando un nuevo núcleo de conflictividad.

En esta situación, una manera de evitar un nuevo proceso constituyente, y los conflictos que este conlleva, es tratar de desarrollar los mandatos que contiene el texto de 1985, los cuales han sido obviados a lo largo de la historia reciente. Para seguir con los temas presentados, se podría desarrollar la normativa del agua, para que se evitara su privatización o medidas de concesión que terminarían por poner al vital líquido fuera del alcance del bolsillo de la mayoría de guatemaltecos. Siguiendo esta línea de argumentación, se podría acudir a reformas que establecieran caminos para resolver los múltiples problemas que se avizoran en el futuro a corto, mediano y largo plazo.

De igual manera, se podrían eliminar disposiciones constitucionales que benefician los intereses del sector financiero, en especial las regulaciones que impiden al Gobierno acudir al Banco de Guatemala para necesidades de liquidez. Esta disposición, producto de la reforma constitucional de 1993, benefició a los bancos nacionales, los cuales quedaron como prestamistas del Estado guatemalteco. Desde luego, evitar la hiperinflación es un objetivo válido, pero la historia reciente ha demostrado que los



banqueros nacionales, como miembros de una clase oligárquica sin visión de futuro, han beneficiado de la crónica carencia de recursos del Estado guatemalteco. La acumulación de la deuda en Guatemala podría equivaler a una toma del poder por parte del sector financiero nacional.

En todo caso, se debe notar que la Constitución solo es una parte de nuestro ordenamiento político. Esta no puede cambiar por sí misma una cultura política, y las dinámicas de una sociedad; se necesita previamente una fuerte cultura ciudadana de cambio, de respeto moral a las reglas que articulan nuestro mundo social. La Constitución de 1945, por ejemplo, vino después de la Revolución de Octubre en 1944. Como ya se ha hecho ver, una carta magna puede convertirse rápidamente en letra muerta, como lo hace ver de manera lapidaria y un tanto irónica el jurista crítico español Alejandro Nieto: “Fue el Estado liberal el que consagró la ceremonia de la hipocresía constitucional puesto que, después de proclamar la igualdad formal de una sociedad sin clases, únicamente admitió en la vida política a los propietarios negando a los proletarios de forma expresa los derechos políticos. El Estado democrático actual cerró finalmente estas desigualdades asegurando a todos (ricos y pobres) los mismos derechos políticos, privados y sociales: derecho al voto, al trabajo, a la vivienda y hasta a tener un barco en un puerto deportivo. Lo que ha silenciado la Constitución es que no es lo mismo tener derecho al trabajo que tener trabajo, tener derecho a la vivienda y tener vivienda y tener derecho a navegar en barco propio que verse obligado a utilizar para desplazarse un autobús municipal”.⁸⁵

⁸⁵ Alejandro Nieto, *El desgobierno de lo público*, Barcelona, España: Ariel, 2012, p. 23.



De este modo, es importante comprender que la Constitución por sí misma no define la realidad jurídica y política en la que vive la ciudadanía. No basta con que un gobierno se vuelva un adalid discursivo de los Derechos Humanos; es necesaria la lucha política para que éstos se hagan realidad. Como se ha hecho ver muchas veces, los derechos de la sociedad, del pueblo, no son dádivas de aquéllos que lo dominan; un derecho vigente requiere la energía y el compromiso ciudadano. Esto significa, ni más ni menos, que aún tenemos como materia pendiente, la realización del derecho en la vida cotidiana.

Un buen texto constitucional, desde luego, es importante para alcanzar las metas sociales más justas. Pero esta tarea, como es natural, no depende de cambiar tal documento, especialmente cuando las condiciones sociales y políticas no lo hacen aconsejable. Estos pactos fundacionales deben esperar un tiempo, ni muy corto ni muy largo, para poder formularse de manera realmente óptima.

No se puede dejar de mencionar, en este contexto, el hecho de que el continuo cambio de constituciones probablemente significa un factor negativo en sí mismo. La mayoría de Estados con un sistema jurídico más o menos estable, no cambian sus constituciones de manera tan frecuente; el caso ejemplar es el de los EE.UU. que mantienen su Carta Magna original, a la cual han hecho muy pocas enmiendas. Cambiar un texto de este tipo de manera frecuente no permite la consolidación de ningún tipo de valor jurídico. Parte de la razón es que, ante un valladar, alguna dificultad, debido a algún conflicto, intereses, presiones, injerencias extranjeras u otros factores, muchas personas empiezan a plantear una reforma constitucional cuando no un cambio radical de esta. Dichos cambios frecuentes constituyen, en sí, una mala



costumbre política, una tradición que, tarde o temprano, puede mostrar las aristas negativas.

Desde luego, lo dicho con anterioridad no significa sin más que los argumentos de aquellos que piensan que se necesita un nuevo orden constitucional, deben ser desdeñados sin más. Lo mejor es hacer lo posible por seguir desarrollando el texto vigente en la dirección de los avances más positivos que este pueda permitir. Esta estrategia permite partir de una base política mínima que, al menos, evita los conflictos más candentes. La dirección progresista de nuestra actual Carta Magna se hace evidente en su preámbulo; este punto debe ser utilizado para hacer que la sociedad se enfile hacia un futuro más democrático.

En un momento dado puede llegarse a la conclusión de que se necesita renovar el pacto político constitucional, pero esta conclusión debe alcanzarse hasta que se hayan agotado las posibilidades de desarrollo que han establecido un compromiso que apenas acaba de cumplir tres décadas de vida. En esta época de cambios profundos no es posible prever cual será el contexto político y jurídico en el mediano plazo.

Sin embargo, existen al menos tres tareas fundamentales para encarrilar a Guatemala en el sendero de un Estado Constitucional de Derecho. Estas son tareas que pueden forjar las condiciones para posteriormente buscar un texto constitucional acorde con las circunstancias que se generen a largo plazo. La referencia es a la recuperación de la economía, la política y la misma estructura del sistema judicial, un aspecto que, en el



paradigma constitucional contemporáneo, incluye la promoción de los valores y virtudes jurídicas.

5.4. La recuperación de la economía como esfera del bien común

Las soluciones que se necesitan para superar las tradicionales falencias jurídicas de nuestro Estado deben ubicarse al nivel profundo en el que se reproducen las estructuras sociales, especialmente las que tienen que ver con la economía. En este campo se reproduce la vida humana en su realidad más concreta. Una economía injusta implica, por sí misma mayor carencia, más sufrimiento, menos dignidad de las condiciones de vida. Estructuras económicas injustas constituyen de por sí una negación de la dignidad humana.

En especial, no puede alcanzarse un Estado Constitucional de Derecho si no se propicia la construcción de una democracia real basada en una nueva relación justa y equitativa entre el Estado y los ciudadanos. No se puede seguir siendo siempre el vagón trasero del tren del desarrollo mundial; no es posible continuar como la periferia del mundo desarrollado. Es imposible mantener los pobres indicadores de desarrollo humano que colocan al país en una situación embarazosa con relación a otros países latinoamericanos. Si la economía nacional depende exclusivamente de las tendencias mundiales, no saldrá de la posición subordinada que ocupa en el concierto de las naciones. En ese sentido, se debe buscar un margen aceptable de soberanía económica para los fines que Guatemala debe imponerse en lo que concierne al nivel de vida de sus habitantes.



Como se ha visto, en los últimos años se ha puesto de manifiesto el poder de las potencias globales, las cuales siempre actúan en conjunción con las locales. En realidad, nuestro papel en la economía siempre ha dependido del lugar que deciden las grandes potencias, especialmente en lo que atañe a las materias primas. Así, durante las primeras décadas de vida independiente, Guatemala dependió de la cochinilla y el añil, colorantes que tenían gran demanda en Europa. Cuando se descubrieron los colorantes artificiales, entonces se optó por cultivos como el café, cuya explotación llegó a crear incluso una modalidad de gobiernos autoritarios, entre los que destacan el de Manuel Estrada Cabrera y el de Justo Rufino Barrios. De este modo, Guatemala se ha caracterizado por una producción de exportación primaria, de poco valor agregado, tendencia que no mejoró cuando se tornó en país maquilador.

En el mundo actual, Guatemala se ofrece como un territorio propicio para extraer oro, no por el método tradicional de minas, sino por nuevos métodos químicos, los cuales provocan una contaminación grave. Dado el aumento del precio del oro, metal con el cual muchas personas desean asegurar su riqueza, la minería a cielo abierto es una actividad particularmente redituable. Desde luego, las empresas mineras se caracterizan por su voracidad, la cual las lleva a explotar y destruir el medio ambiente, sin después reparar los daños causados. Estas compañías, especialmente de capital estadounidense y canadiense, se aprovechan de la corrupción nacional, y han llegado incluso, a través de sus operadores locales, a instigar la violencia contra aquellos que protestan contra dicho renglón económico.



Es absolutamente esencial fijar la vista en un modo de gestión de la economía que permita la viabilidad de la sociedad. Este objetivo implica la misión de no permitir que Guatemala se vea más afectada por la desigualdad, la deuda y los problemas del medio ambiente. Se trata de satisfacer las necesidades básicas. No es cuestión de un crecimiento sin sentido, sino de una mejor distribución, que también apoye el carácter empresarial verdadero, y que tome nota de los efectos ambientales.

Cabe recalcar que la desigualdad ha aumentado entre los individuos, pero también entre los países y las regiones. De hecho, los países desarrollados aún se encuentran enfrentando un nivel de diferencias económicas que hace apenas algunas décadas no podía preverse. Como ya se ha señalado, en muchos países desarrollados, la ciudadanía ha salido a las calles para protestar contra una desigualdad tan obscena, como sucede en movimientos como Occupy Wall Street y las protestas de los indignados en Europa. ¿Cuánta desigualdad más puede soportar nuestra sociedad? La desigualdad provoca violencia, resentimiento, inestabilidad.⁸⁶ La desigualdad es una ofensa al sentido de dignidad de cada hombre y mujer.

La situación recibe mayor luz cuando se piensa en los fenómenos de la deuda que están sucediendo en Europa. En este continente se ha dado el colapso financiero de varios países, especialmente el de Grecia, país que ha sucumbido ante la acometida de los bancos europeos, especialmente los alemanes. La precariedad es insostenible:

⁸⁶ Tampoco puede dejar de mencionarse el angustiante problema del desempleo. Vemos, por ejemplo, como las mayorías de personas ya no tienen acceso a un trabajo que garantice una vida más o menos segura, como la que tuvieron las generaciones precedentes. Esta precarización de la vida laboral es una de las pruebas más palpables del fallo de la globalización neoliberal.



La juventud española está experimentando un desempleo que supera el 50%. La sociedad española está siendo sometida a brutales medidas de austeridad, que han desmantelado de manera inimaginable al famoso Estado de bienestar, el cual garantizó producción durante la segunda mitad del siglo XX.

Dichas políticas están empezando a ser promocionadas en suelo guatemalteco, por grupos empresariales que ahora quieren echar sobre los hombros de la población el peso de sus políticas económicas fallidas. Apenas es posible imaginar las consecuencias negativas que tendría la deuda en un país como éste, sin instituciones, con un Estado colapsado. ¿Se van a aumentar los impuestos para pagar los compromisos financieros que fueron contraídas de manera anómala? ¿Se van a pagar las deudas con los banqueros cuando ellos mismos saben cómo evitar los compromisos financieros con su sociedad, especialmente a través de la tributación?⁸⁷

No debe olvidarse, en el ámbito económico, el problema ambiental, en el cual se incluye también el tema de los recursos naturales. Las grandes empresas transnacionales encuentran en los empresarios nacionales sus mejores aliados para sus proyectos de explotación de los recursos naturales no renovables. Los intereses de estas alianzas son protegidos desde el Estado, el cual se encuentra a merced de los grupos que los financian. El cinismo de estas compañías hace que se lleguen a inscribir dentro del régimen de maquilas, con el objetivo de aprovechar las múltiples exenciones

⁸⁷ El periodista Matt Taibbi hace ver que después de haber causado increíbles destrozos a la economía mundial, la institución financiera Goldman Sachs apenas pagó 14 millones de dólares de impuestos al Estado norteamericano. Véase Vincenç Navarro y Juan Torres López, *Los amos del mundo: Las armas del terrorismo financiero*, segunda edición, Barcelona, España: Espasa, 2012, p. 11.



que se garantizan a este tipo de actividad. Empresas de palma africana se irrigan como entidades dedicadas a la reforestación.

En este contexto, ¿qué se puede hacer con la amenaza ambiental que ya no puede ser ignorada? No se deben olvidar los problemas ambientales que se hacen cada día más evidentes. Basta mencionar que el problema mayor es el del cambio climático y que nuestro país es el cuarto país más vulnerable, a escala mundial, a este fenómeno. ¿Cómo puede un Estado débil y sin recursos afrontar los grandes desastres que podría causar el cambio climático? ¿Qué problemas para la gobernabilidad tendrían desastres tan profundos?

El problema es tan urgente que el Papa Francisco ha escrito una de las encíclicas más importantes de los últimos tiempos, *Laudato Si: sobre el cuidado de la casa común*, la cual se enfoca precisamente en los inmediatos efectos negativos del uso indiscriminado de los combustibles fósiles, los cuales están agravando de manera acelerada el problema del calentamiento global, el cual puede cambiar la forma de vida humana, tal y como se conoce hasta ahora. ¿De dónde saldrán los recursos necesarios para atajar los desastres que, desde luego, afectarán a los que viven en las condiciones más vulnerables? Un gobierno sin una política tributaria progresiva, agujereado por la política de zonas francas o “diferenciadas”, y por una deuda enorme, ilegítima e injusta, nunca podrá poseer los fondos de emergencia sólidos para poder lidiar con las inundaciones, pérdidas de cultivos, huracanes, y otros desastres que provocaría este cambio ambiental de grandes dimensiones.



Ante tales fenómenos de precarización es evidente que se forzará la migración, esto causará mayor conflicto, debido a que los países más ricos también tienen problemas con la desigualdad. Por esta razón se ha visto como la postura de rechazo contra los inmigrantes alcanza mayor relevancia en EE.UU.; un ejemplo bastante preocupante lo constituye la campaña xenófoba desarrollada por el candidato republicano, Donald Trump, el cual ha insultado de manera inaceptable a los inmigrantes latinos.⁸⁸ Con independencia de que obtenga la presidencia o no, la misma popularidad de Trump entre el electorado norteamericano, ya puede dar una idea de lo que se viene para países como el nuestro en lo que se refiere a las políticas migratorias de los EE.UU.

Desde el punto de vista económico se pueden establecer controles jurídicos y constitucionales que no permitan el continuo declive de las condiciones de vida, especialmente los ambientales. Se podrían lograr cambios que prohibieran la privatización del agua, la erradicación de las zonas francas más allá de un tiempo prudencial; se puede promover el pluralismo jurídico para lograr una sociedad gobernable que haga viable la inversión productiva, entre otras medidas.

⁸⁸ Tampoco deben obviarse los incidentes raciales que han estremecido muchas localidades de esa nación, problemas entre los cuales no puede dejar de mencionarse la ola de agresiones y asesinatos del que han sido víctimas los afroamericanos a manos de la policía, que descargan sus armas sobre personas que claramente no representan ningún peligro. Tales actitudes demuestran que el poder del Estado se convierte en un medio de opresión de los grupos tradicionalmente vulnerables.



5.5. La recuperación de la política

A las generaciones actuales se les plantea la tarea de imaginar cómo se puede articular un mejor futuro para la sociedad. Pero la situación dista de ser fácil. En efecto, muchas personas piensan a partir de la ideología egoísta imperante, que es imposible imaginar una sociedad diferente, una comunidad capaz de regirse por los valores que reflejan un compromiso genuino con la dignidad del ser humano. A muchos jóvenes, por ejemplo, se les ha inculcado que la única manera de sobrevivir y triunfar es prepararse para una competencia en la cual solo el más fuerte puede ganar. Dedicarse a buscar el bien común viene a ser considerado como una manera idealista, últimamente inefectiva, de emprender una vida satisfactoria. Los valores del mercado han penetrado la política, haciendo ver que la participación pública tiene que ver con el enriquecimiento inmediato. Este modelo, como lo atestigua la presente situación nacional, parece estar en franco retroceso.

Una sociedad no puede alcanzar el éxito si carece de estructuras políticas y jurídicas que puedan brindar un mínimo de seguridad jurídica y respeto de los valores esenciales de todo ordenamiento civilizado, especialmente, el valor de la dignidad humana. Estructuras sociales que permitan y fomenten la corrupción no pueden erigirse en bases para la confianza ciudadana, como virtud necesaria que sirve para lograr llevar a feliz término los grandes proyectos sociales y políticos que se precisa realizar para encontrar salidas a problemas estructurales que vienen desde la misma fundación de nuestra República. Solo hay que pensar en la inercia histórica que hace posible la persistencia de modelos de relación social, en los cuales ciertas personas



son consideradas de manera totalmente negativa, para después ser tratadas con crueldad y desprecio, no sólo directamente, sino a través de estructuras sociales que causan mucho sufrimiento.

Así pues, es necesario mejorar las estructuras socioeconómicas de la sociedad, pero esta tarea demanda recuperar la política para hacerla realizar su sentido noble, esto es, la actividad colectiva orientada a la búsqueda del bien común. Se sabe, por ejemplo, que los griegos llamaban idiota a la persona que solo se ocupaba de sus propios asuntos. Pues bien, se necesita un ejercicio ciudadano de inteligencia que recupere el verdadero sentido de la política, ya no como actividad dedicada a engañar a la gente para buscar la propia ventaja. La política verdadera, en el significado privilegiado por Santo Tomás de Aquino, que asume la búsqueda del bien común.

En ese sentido, no se puede permitir, por ejemplo, que las políticas económicas sigan siendo desarrolladas por agencias internacionales que nunca comprenden las verdaderas necesidades sociales y que se empeñan en seguir las recetas de los economistas que dirigen tales instituciones. La economía siempre implica a la política, claro, siempre que ésta se entienda en su sentido radicalmente bueno. La desigualdad no puede alcanzar un nivel tan grande como para que ser pobre signifique simplemente morir antes de tiempo. El problema es que el tiempo parece ahora ser un factor clave, dado que problemas como el del cambio climático, la contaminación o la alimentación transgénica afectarán de manera inmensamente negativa la vida humana sobre la tierra.



De este modo, la política debe reestructurarse en el país para que su incentivo no sea la ganancia personal, sino la búsqueda del bien común. Esta tarea demanda controlar el financiamiento de los valores políticos, diseñar una nueva estructura de servicio público, hacer que los representantes legislativos sean electos de manera nominal. Debe normarse las reelecciones, evitar el pago de candidaturas para puestos de elección, en fin, una serie de medidas que permitan que lleguen aquellas personas al gobierno que tengan un compromiso con la sociedad e ideales racionales de convivencia. Las necesarias transformaciones no siempre exigirían cambios fundamentales. Al final, se precisa una política dirigida al bienestar integral de los ciudadanos.

5.6. La recuperación de la ética ciudadana y constitucional

Debido a que el factor tiempo es esencial, es necesario solo plantear reformas a nuestra actual Carta Magna. Redactar una nueva puede aumentar la conflictividad en una sociedad que enfrenta una especie de caos debido al esfuerzo por la erradicación de la corrupción; no se puede perder tiempo en la resolución de los conflictos respectivos, especialmente en un tiempo de crisis global como el que vive el mundo entero. Se debe trabajar en la promoción de los valores constitucionales y en algunos cambios en la estructura del sistema judicial.

Es innegable que la vigencia del derecho presupone un conjunto de virtudes ciudadanas sin cuya presencia cualquier transformación jurídica carece de posibilidades de perdurar. Esta ha sido una de las convicciones más profundas que ha



producido la reflexión jurídica en el derecho. Platón y Aristóteles, por ejemplo, concedían a la moral un papel fundamental en la formación de un ciudadano que es capaz de sacrificarse por la comunidad a la que pertenece. Estas virtudes ciudadanas, orientadas a buscar el bien común, han sido socavadas por el discurso neoliberal, el cual sólo busca la ganancia inmediata con una responsabilidad nula frente a los demás, frente al Estado, y frente a las generaciones futuras.

Por lo tanto, antes de reformar la Constitución, se deben desarrollar los valores y virtudes reconocidos en esta. En este sentido, se debe superar la lección de la historia, en que el derecho es un conjunto de reglas que está sujeto a la manipulación más cínica. Esta tarea, en el presente contexto, puede significar aprender a vivir de acuerdo con los compromisos ciudadanos que plantea el texto fundamental y aprender a vivir con los compromisos axiológicos adquiridos, aun cuando estos en ocasiones vayan en contra de intereses de ciertos sectores. Esta puede ser una estrategia de transformación positiva que puede ser desarrollada por los grupos realmente progresistas de la sociedad guatemalteca, no solo por aquellos que solo buscan su propio beneficio.

La tarea que corresponde es encontrar las claves para que se puedan vivir los valores constitucionales vigentes de una manera real. Que el respeto a la dignidad sea una constante en toda relación social. De otro modo, el país continuará en la incertidumbre política que pone en riesgo la viabilidad de un Estado ya débil y una sociedad dividida. Queda entonces claro que lo que se requiere es transformar las condiciones sociales



de nuestra existencia, tratando de recuperar los valores que pueden iluminar nuestras formas de vida.

Es necesario, además, trabajar en la consolidación de una conciencia ciudadana unida, que permita pensar en que un pacto nacional profundo es posible dentro de la premura de las circunstancias. La tarea de conseguir una Constitución orgánica demanda la participación de las grandes mayorías de la sociedad, sin dejar de reconocer que nunca un proyecto político deja de tener sus detractores, que son aquellos que ven en peligro sus derechos adquiridos, como es el caso de las élites oligárquicas en el país y grupos como el crimen organizado.

También hay que pensar en toda la serie de personas y organizaciones que hacen que los proyectos se hundan, como los líderes sindicales que traicionan a sus bases; los líderes políticos que olvidan sus compromisos ciudadanos; o los líderes campesinos negativos.

Uno de los factores es la educación, actividad humana que permite la creación de una ciudadanía activa, centrada en la consecución del bien común. La educación de nuestros tiempos prepara para la competitividad y no para la solidaridad; el resultado natural es una sociedad en la que no existe conciencia de las tareas comunes, en la que las personas no están dispuestas a sacrificarse en lo más mínimo para conseguir el bien común.



Finalmente, al hablar de virtudes constitucionales también se incluye la independencia judicial, los cambios en el sistema de justicia. Se debe, ante todo, fortalecer la independencia judicial, la cual se ve afectada por presiones mediáticas; por organizaciones internacionales; por embajadores de otros países; grupos de presión, injerencias extranjeras, que es una de las condiciones de justicia más violadas en el país.

Dichas violaciones no solo incluyen a las autoridades judiciales, sino también los medios de comunicación, los cuales interfieren de manera negativa en los procesos judiciales. Se debe notar que los jueces pueden estar convencidos de la culpabilidad de una persona, pero también deben atender al respeto de los principios que protegen los derechos individuales, garantizando la presunción de inocencia y el debido proceso.

En resumen, es de esperar que el énfasis en la recuperación de la economía, la política y el sistema legal y constitucional puedan ayudar a construir el substrato vivencial sobre el cual puede construirse la verdadera vida ciudadana. La historia juzga lo que se denunció, lo que ocurrió en el pasado, pero ¿qué hacemos en este momento para no repetir la historia? Al final, queda una larga experiencia de cómo no se deben hacer las cosas; nunca es conveniente ignorar las lecciones de la historia. Las circunstancias presentes obligan a repensar la realidad con mayor inteligencia, con mejores instituciones para garantizar la paz entre los guatemaltecos, con propuestas de largo plazo integrales y creativas.



5.7. Conclusión del capítulo

En este capítulo se ha llevado a cabo un breve análisis de los factores que se deben contemplar para asegurar un adecuado futuro jurídico para la sociedad guatemalteca. Para el efecto, se ha partido de un análisis de la realidad de la corrupción, la cual demuestra que un Estado corrupto se asocia con una sociedad con profundas carencias morales. De este modo, se ha defendido la idea de que no se trata tan solo de combatir la corrupción con medidas de control, transparencia y fiscalización. Concebir la lucha contra la corrupción solo en el ámbito penal es un error, porque si hay tantos procesos judiciales penales, es claro que todos los tamices que existen para no llegar a ese extremo fracasaron y no hacemos nada para hacerlos funcionar.

Se ha analizado la crisis política cuya cara visible es la corrupción estatal, pero cuyos tentáculos alcanzan los procesos más profundos que constituyen nuestra realidad social. La corrupción, es un fenómeno más general que envuelve a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, se ha reconocido que, al tiempo de escribir esta tesis, la actual crisis, indudablemente histórica, traerá cambios profundos al sistema político en el país. La nueva clase política estará convencida, muy probablemente, de que ya no es posible continuar con las prácticas clientelares y saqueadoras que han caracterizado a la clase política que se consolidó durante la segunda mitad del siglo pasado, especialmente durante el tiempo de un enfrentamiento armado que duró más de treinta años.



Se ha defendido la posición de que todavía no es tiempo de plantear cambios constitucionales para la sociedad, antes que nada, porque el nivel de conflictividad y desconfianza ciudadana es demasiado alto. En este contexto se podrían presentar influencias que harían que esos cambios a la Carta Magna se acomodasen a los intereses de los grupos más poderosos del país, que se han fortalecido por la ausencia de Estado.

Lo que sí es urgente, es luchar por crear las virtudes éticas, de naturaleza prejurídica, sin las cuales ninguna sociedad puede alcanzar el Estado Constitucional de Derecho. En este sentido, se ha insistido en que es importante recuperar la economía, los valores ciudadanos y la política. Todas estas áreas deben estar orientadas hacia el bien común. Estas tareas son las que van a hacer que se fortalezcan aquellas virtudes que harán encontrar en el futuro, la consolidación de un texto fundamental adecuado para las circunstancias actuales.

Las transformaciones en los campos económico, ético y político redundarán en un cambio de la cultura jurídica para ir generando las transformaciones que necesita nuestra sociedad en las siguientes décadas. De otro modo, siempre se encontrarán constituciones avanzadas sin una eficacia real, proclives a ser interpretadas de manera legalista y formal. Un cambio jurídico no puede despertar, por sí mismo y en forma aislada, las estructuras de confianza necesarias para los grandes cambios que necesita el país. Ese objetivo sólo puede lograrlo una sociedad que, de forma comunitaria y concertada, respeta los valores reconocidos en la Carta Magna para orientarse al bien común.

CONCLUSIÓN



Este trabajo de investigación ha tratado de esclarecer las razones que explican el abismo que media entre los ideales del Estado Constitucional de Derecho y la realidad social guatemalteca. El análisis de esta distancia entre normatividad y realidad ha permitido alcanzar resultados en los que confluyen consideraciones de corte jurídico, histórico sociológico y político.

Los argumentos centrales han explicado dicho abismo entre realidad y discurso a través de dos tareas. En primer lugar, una reflexión sobre la historia jurídica y política de nuestra sociedad, desde el acontecimiento traumático de la Conquista, evento que generó una brecha ingente entre dos culturas, la cual inició una dinámica social que iba a generar desigualdad y exclusión. En este devenir histórico, las élites siempre han manejado los discursos jurídicos y políticos para que sus intereses prevalezcan sobre las necesidades básicas de los grupos más vulnerables. La Época Colonial, la Independiente y especialmente la Contemporánea, han hecho evidente que las élites económicas de este país han logrado afianzar sus intereses a través de estrategias jurídicas que estabilizan sus visiones de país, en detrimento de los intereses legítimos de la sociedad en su conjunto.

En segundo lugar, se ha puesto de manifiesto la forma en que las élites económicas nacionales se han incorporado al desarrollo de una globalización neoliberal que ha orientado al mundo a integrarse en una especie de dictadura de mercado. Este



movimiento ha debilitado el Estado, hasta el punto en que las decisiones importantes de una sociedad corresponden a actores transnacionales que no tienen que responder ante una sociedad específica. El libre mercado sin regulaciones, sin cortapisas nacionales, ha hecho posible que el poder de las transnacionales se imponga sin limitaciones jurídicas. Las oligarquías guatemaltecas se involucran en la globalización a través de programas de “desarrollo” que profundizan la desigualdad y la precariedad social, sin tomar en cuenta los peligros ambientales que representa la contaminación, el cambio climático, el mal uso de recursos como el agua, entre otros, y problemas sociales como la pobreza, la exclusión y la desigualdad.

En este contexto, el recurso al pleno significado del Estado Constitucional de Derecho se hace más difícil debido a que el marcado carácter axiológico de éste colisiona con estructuras sociales injustas. En este sentido, un ejercicio legalista del derecho, carente de parámetros axiológicos, hace posible mantener las estructuras de dominio de las élites económicas guatemaltecas, aun cuando estas no garanticen los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Las élites económicas guatemaltecas han hecho gala del poder jurídico, logrando incluso abortar los experimentos democráticos guatemaltecos, especialmente en la década 1944-1954, los cuales constituyeron el intento más serio de encaminar al país en la senda de una democracia real y efectiva.

En un sentido más positivo, se ha examinado el surgimiento de movimientos constitucionalistas que tratan de combatir la pérdida de soberanía democrática que implica la gobernanza neoliberal. Entre ellos, se destacan Luigi Ferrajoli y Jürgen



Habermas, quienes defienden un constitucionalismo transnacional que pueda superar los poderes económicos globales. Por otro lado, los movimientos ciudadanos sudamericanos han hecho posible el surgimiento de nuevos cuerpos constitucionales que le dan voz a visiones indígenas del mundo. Estos ensayos constitucionales han sido atacados por las oligarquías mundiales, especialmente las locales y latinoamericanas. Un movimiento social global, expresado en manifestaciones y nuevos partidos, parece apoyar, sin embargo, cambios globales a la organización del poder económico y político. Estos procesos políticos generan un espíritu de transformación que, desde luego, repercute en la sociedad guatemalteca.

Se ha llegado a la conclusión de que el país necesita cambios jurídicos profundos, pero que no es el momento para que nuestra sociedad se embarque en la tarea de cambiar la Constitución guatemalteca. La profunda ingobernabilidad que se vive no provee las condiciones sociales y políticas para ello. El nivel de conflictividad es demasiado alto para lograr los grandes acuerdos nacionales que requiere dicha tarea. Ni siquiera la izquierda es capaz de unirse bajo propuestas comunes. En este contexto, el esfuerzo por construir un nuevo texto constitucional no asegura las garantías mínimas para que las demandas profundas del pueblo guatemalteco sean satisfechas. Por el contrario, puede ser que la derecha y las oligarquías del país vuelvan a imponer sus visiones elitistas y excluyentes en detrimento de los intereses y demandas de los sectores más vulnerables de nuestra sociedad.

Sin embargo, debe trabajarse en las reformas constitucionales y tratar de desarrollar las leyes pendientes, como las de comunidades indígenas y las leyes que rigen el uso



del agua. Se puede, además, suprimir aquellas normas que favorecen a sectores específicos, como la normativa que permite el endeudamiento del Estado con el sector financiero nacional; se puede, asimismo, evitar zonas francas, políticas de exención de impuestos, u otras similares. Esto ayudará también a que la ciudadanía guatemalteca tenga la experiencia de orientarse con base en la consolidación de un texto constitucional cuyas posibilidades no han sido desarrolladas de una manera adecuada. Se puede, además, preparar el terreno jurídico y político para posteriores cambios constitucionales de corte democrático.

Pero ante todo se hace imperativo trabajar en la consolidación de las condiciones sociales que hacen posible el florecimiento del Estado Constitucional de Derecho. Es importante recobrar las dimensiones solidarias de la economía, la política y el sistema de justicia. Una economía volcada al bien común, una política que busca el mismo fin, y una serie de reformas que fortalecen el sistema de justicia y las virtudes jurídicas son aspectos que harán posible el respeto de la dignidad entre los miembros de la sociedad. Sólo entonces será posible de hablar de la consolidación de la República democrática guatemalteca en un genuino régimen constitucional de derecho.

BIBLIOGRAFÍA



Bodin, Jean. *Los seis libros de la República*. Cuarta edición. Traducción de Pedro Bravo Gala/ Madrid: Tecnos, 2006.

Cabezas Carcache, Horacio. *Independencia centroamericana: gestión y ocaso del "Plan Pacífico"*. Guatemala: Editorial Universitaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.

Calderón Sumarriva, Ana Cecilia. *El ABC del Derecho penal*. Segunda edición. Lima: Escuela de Altos Estudios Jurídicos, 2012.

Calvo Rufanges, Jordi. *Globalización capitalista neoliberal y movimientos antisistémicos*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2011.

Casaús Arzú, Maria Elena. *Guatemala: Linaje y racismo*. Guatemala: F&G Editores, 2007.

Contreras, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. Madrid: Tecnos, 2014.



Cruz Barney, Oscar. *Historia del derecho en México*. Segunda edición. México: UniversityPress, 2014.

Historia del derecho indiano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Dosal, Paul. *El ascenso de las élites industriales en Guatemala 1871-1994*. Traducción de Ronald Flores. Guatemala: Editorial Piedra Santa, 2005.

Ferrajoli, Luigi. *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo como modelo teórico y como proyecto político*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014.

Ferrari, Vincenzo. *Primera lección de sociología del derecho*. Traducción de Héctor Fix Fierro. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

Flores Juárez, Juan Francisco. *Constitución y justicia constitucional/ Apuntamientos*. Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 2005.

Frank, Tom. “Las mil y una estafas de Enron”, en: *Le Monde Diplomatique, Empresas y estafas: Generación de renta a cualquier precio, valores bursátiles, espionaje comercial, Enron, contabilidad especial y mistificaciones financieras*, Santiago de Chile, Editorial Aún Creemos en los Sueños, 2006.



García Laguardia, Jorge Mario. *Breve historia constitucional de Guatemala*, Guatemala: Editorial Universitaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.

Constitución y constituyentes del 45 en Guatemala. Guatemala: Procuraduría de Derechos Humanos, 2012.

García Villegas, Mauricio. *Sociología y crítica del derecho*. México, Editorial Fontamara, 2010.

Garzón Valdés, Ernesto. Derecho y democracia en América Latina, *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 14 (abril 2001).

Greppi, Andrea. *La democracia y su contrario: Representación, separación de poderes y opinión pública*. Madrid: Trotta, 2012.

Guerra, Francois-Xavier. *Modernidad e independencias: Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*. Tercera edición. México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

Gutiérrez, Edgar. "Interioridades del pacto fiscal". *Revista de Análisis de la Realidad Nacional*, IPNUSAC, No. 9, julio-septiembre 2014.

Habermas, Jürgen. *La constitución de Europa*. Versión española a cargo de un equipo de traductores. Madrid: Trotta, 2011.



Icefi, *Política fiscal: expresión de poder de las élites centroamericanas*. Guatemala: F&G Editores, 2015.

Laporta, Francisco. “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (coordinadores), *Estado de Derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México D. F.: Siglo XXI, 2002.

“Gobernanza y *softlaw*: Nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional”, en: Alfonso Ruiz Miguel, *Entre Estado y Cosmópolis: Derecho y justicia en un mundo global*. Madrid: Trotta, 2014.

Laval, Christian, y Pierre Dardot, *La nueva razón del mundo: Ensayos sobre la sociedad neoliberal*, traducción Alfonso Diez. Barcelona: Gedisa, 2013.

Martínez Peláez, Severo. *La patria del criollo: Ensayo de interpretación de la realidad colonial guatemalteca*. México, D. F.: Ediciones en Marcha, 1994.

Mayol, Alberto. *El derrumbe del modelo: La crisis de la economía de Mercado en el Chile contemporáneo*. Segunda edición. Santiago de Chile: Editorial LOM, 2013.

Migdal, Joel S. *Estados débiles, Estados fuertes*. Traducción de Liliana Andrade y Victoria Schussheim. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2011.



Mignolo, Walter D. *La herida colonial y la opción decolonial*. Traducción de SiviaJawerbaum, y Julieta Barba. Barcelona: Editorial Gedisa, 2007.

Mongardini, Carlos. *Miedo y sociedad*. Traducción de Pepa Linares. Madrid: Alianza Editorial, 2007.

Montesquieu. *Del Espíritu de las Leyes*. Traducción de Mercedes Blásquez y Pedro de Vega. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

Monzón Pedroso, Odar. *El Estado en el pensamiento de Hans Kelsen*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2006.

Mora Salas, Minor. *Ajuste y empleo: Precarización del trabajo asalariado en la era de la globalización*. México: El Colegio de México, 2010.

Morera, Esteve. "Teoría social de Gramsci". Traducción de José Bonilla. *Revista Análisis de la Realidad Nacional*, año 4, edición 11, marzo de 2015.

Navarro, Vincenç y Juan Torres López. *Los amos del mundo: Las armas del terrorismo financiero*. Segunda edición. Barcelona: Espasa, 2012.

Nieto, Alejandro. *El desgobierno de lo público*. Barcelona: Ariel, 2012.

Noya, Javier y Beatriz Rodríguez. *Teorías sociológicas de la globalización*. Madrid: Tecnos, 2010.

Núñez Sánchez, Jorge. *Ecuador: Revolución Ciudadana y Buen Vivir*. Bogotá: Editorial Yulca, 2014.



Papa Francisco. *Laudato Si: Sobre el cuidado de la casa común*. Guatemala: Editorial y Librería Kyrios, 2015.

Petras, James y Henry Veltmeyer, *Movimientos sociales y poder estatal: Argentina, Brasil, Bolivia, Ecuador, México, D. F.*, Lumen, 2005.

Piketty, Thomas. *El capital en el siglo XXI*. Traducción de Eliane Cazenave-Tapie Isoard. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

Platón. *La República o el Estado*. Traducción de Patricio de Azcárate. Madrid Espasa-Calpe, 2007.

Polibio. *Historia de Roma*. Edición de José María Candau Morón. Madrid: Alianza Editorial, 2008.

Portinaro, Pier Paolo. *Estado*. Traducción del italiano de Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2003.

Pozzolo, Susanna. Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo, en Susanna Pozzolo, ed., *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra, 2011.



Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2ª edición. Madrid: Trotta, 2009.

Raz, Joseph. El Estado de Derecho y su virtud, en: Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (coordinadores), *Estado de Derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México D. F.: Siglo XXI, 2002.

Reder, Michael. *Globalización*. Traducción de Vicente Gómez. Barcelona, Herder, 2011.

Robles, Gregorio. Introducción a: Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Madrid: Trotta, 2011.

Ruiz Miguel, Alfonso. *Una filosofía del derecho en modelos históricos*. Segunda edición. Madrid: Trotta, 2009.

Ruiz Miguel, Alfonso. La función del derecho en un mundo global, en: Alfonso Ruiz Miguel, ed., *Entre Estado y Cosmópolis*. Madrid: Trotta, 2014.

Salazar Ugarte, Pedro. *Política y derecho. Derecho y garantías*. México, D.F.: Fontamara, 2013.

Salem Señá, Jorge F. *La corrupción: Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002.



Sánchez Agesta, Luis. Introducción a: Agustín de Argüelles, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

Sánchez Maíllo, Carmen. *El pensamiento jurídico-política de Juan de Solórzano Pereira*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010.

Sánchez Maíllo, Carmen. *El pensamiento jurídico-político de Juan de Solórzano Pereira*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010.

Stavenhagen, Rodolfo. Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas, en: Santiago Bastos (compilador), *Multiculturalismo y futuro en Guatemala*. Guatemala: Flacso/Oxfam, 2008.

Stoetzer, O. Carlos, *Las raíces escolásticas de la revolución en la América Española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

Tau Anzoátegui, Víctor. *¿Qué fue el Derecho Indiano?* Tercera edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2007.

Torre Rangel, Jesús Antonio de la. *Lecciones de historia del derecho mexicano*. México, D. F.: Porrúa, 2010.

Valdéz, J. Fernando. *El gobierno de las élites globales: cómo se organiza el consentimiento, la experiencia del Triángulo Norte*. Guatemala: Cara Parens, 2014.



Velásquez, Álvaro. *Ideología burguesa y democracia: Una aproximación al Movimiento Libertario en Guatemala y sus discursos*. Guatemala: Serviprensa, 2013.

Viciano, Roberto y Rubén Martínez. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2010.

Vitoria, Francisco de. *Sobre el poder civil, Sobre los indios, Sobre el derecho de la guerra*. Segunda edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

Wacquant, Loic. *Las cárceles de la miseria*. Segunda edición. Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: Manantial, 2000

Zavala, Silvio. *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*. Cuarta edición. México, D. F.: Porrúa, 2006.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. 1985.



Referencias electrónicas

Chamorro Hernández, Gustavo. “Reflexiones sobre el positivismo en América Latina (México-Argentina s. XIX)”.

http://www.unicauca.edu.co/porik_an/imagenes_3noanteriores/No.9porikan/porikan_13.pdf.

(Fecha de consulta 30 de marzo de 2015).

Lineamientos del Plan de la Alianza para la Prosperidad del Triángulo Norte, documento que puede ser consultado en:

<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=39224313>

(Fecha de consulta: 7 de junio de 2015).