

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



**LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO
DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
CONSTITUCIONALES**

LIC. MAURICIO ALEJANDRO ZARAZÚA HERRERA

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2017

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

**LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS CONSTITUCIONALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LIC. MAURICIO ALEJANDRO ZARAZÚA HERRERA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

(Magister Scientiae)

Guatemala, septiembre de 2017

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: MSc. 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: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. Hugo Roberto Jáuregui
VOCAL: MSc. Erwin Iván Romero Morales

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

PRESIDENTE: Dr. Aníbal González Dubón
VOCAL: MSc. Nery Neftaly Aldana Moscoso
SECRETARIO: MSc. Javier Ernesto Fidel Monterroso Castillo

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).

Ciudad de Guatemala, 27 de marzo de 2017.

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

Señor Director:

Me refiero al trabajo de tesis previo a optar al grado académico de Maestro en Derecho Constitucional, elaborado por el Licenciado **Mauricio Alejandro Zarazúa Herrera** sobre el tema **Método de Interpretación y Resolución de Conflictos Normativos**, del cual tuve el agrado de ser tutor. En tal calidad, me permito emitir el dictamen que procede.

El trabajo mencionado expone y trata el tema en forma ordenada y sistemática en cuanto a sus antecedentes y sus fundamentos, tanto a nivel conceptual y doctrinario como en lo que respecta al contexto práctico y jurídico guatemalteco.

En nuestro medio se cuenta con escasa bibliografía nacional en cuanto al tema relacionado, lo que me permite estimar que el trabajo contribuye a tal bibliografía, toda vez que en el mismo se percibe la contribución del autor de manera apreciable.

El trabajo de tesis bajo referencia reúne los requisitos exigidos por el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado y en su desarrollo se utiliza la metodología pertinente a esta clase de investigaciones.

Por consiguiente, para el suscrito ha sido satisfactorio colaborar con el autor, enfatizando en su propensión a aceptar y realizar las sugerencias que durante la elaboración del trabajo, le fueron hechas.

Por lo expuesto, me complace y tengo a bien emitir dictamen favorable sobre el resultado del trabajo de mérito.

Hago propicia la oportunidad para reiterar al señor Director, las muestras de mi consideración más distinguida y alta estima.

Respetuosamente,



Ronald Porta España.

NOTA ACLARATORIA DEL AUTOR DE ESTA TESIS: En un inicio el tema de tesis se tituló "MÉTODO DE INTERPRETACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS NORMATIVOS", el cual contó con dictamen favorable del Doctor Ronald Porta España, emitido con fecha veintisiete de marzo del dos mil diecisiete, sin embargo, al sustentarse el examen privado de tesis, por recomendación de la terna examinadora, se cambió el título de la misma por: "LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONSTITUCIONALES", el cual agotado el procedimiento correspondiente, se emitió la orden de impresión respectiva.

Guatemala, 11 de julio de 2017

Doctor

Ovidio Parra Vela

Director de la Escuela de Estudios de Postgrado

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Doctor Parra Vela

Reciba por este medio un cordial saludo deseándole éxitos en sus labores.

Con fecha 24 de mayo de 2017 integré el tribunal examinador de la tesis de maestría en Derecho Constitucional del licenciado MAURICIO ALEJANDRO ZARAZÚA HERRERA, la cual se titula "LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONSTITUCIONALES" el cual fue APROBADO CON MODIFICACIONES, y fui designado por parte del mismo para verificar que dichas modificaciones fueran incorporadas.

Por este medio hago constar que las modificaciones propuestas por el tribunal examinador que constan en el acta suscrita el día 24 de mayo de 2017, fueron incorporadas a la tesis referida, por lo que la misma puede continuar con su trámite correspondiente.

Atentamente,



Msc. Javier Monterroso Castillo
Secretario del tribunal examinador

Guatemala, 21 de agosto de 2017

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:

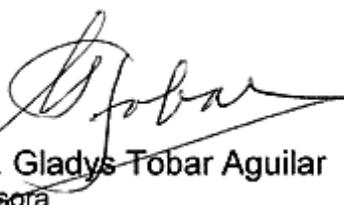
Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

**LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE
CONFLICTOS CONSTITUCIONALES**

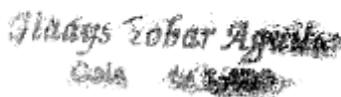
Esta tesis fue presentada por el Lic. Mauricio Alejandro Zarazúa Herrera, de la Maestría en Derecho Constitucional, de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

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

Atentamente,



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





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 agosto del dos mil diecisiete.-----

En vista de que el Lic. Mauricio Alejandro Zarazúa Herrera aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional**, lo cual consta en el acta número 12-2017 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONSTITUCIONALES”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

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



DEDICATORIA

- Este acto está dedicado indubitablemente a esa fuerza que día con día me brinda la oportunidad de ser un hombre de fe, que en la misericordia de sus enseñanzas me fortalece y engrandece, gracias señor por ser el eje de mi vida.
- A mis abuelos, que han sido mis intercesores de mi convicción celestial y de los cuales el tiempo no ha borrado el bello recuerdo que tengo de los mismos.
- A mí amada madre, de la que he tenido el vivo ejemplo de su constancia, profesionalismo y dedicación. Gracias por siempre estar de manera incondicional conmigo, en los mejores y difíciles momentos de mi vida, tu mano fiel desde mi primer hálito de vida, ha sido mi guía para navegar en este mundo repleto de vaguedades y tu amor la fortaleza para poder llevar mis convicciones por alto y multiplicar la superación con mi descendencia.
- A mi amado padre, por auxiliarme en diversas facetas de mi vida, te agradezco porque con tu ejemplo, puedo edificar en primera instancia a mi persona y a mis descendientes del significado del trabajo, el esfuerzo, la dedicación y la responsabilidad. Gracias por los constantes consejos y motivaciones para sobrellevar esta vida llena de matices.
- A mi fiel y amada compañera de vida, por darme la satisfacción de recibir del fruto de tu vientre, esos ángeles terrenales, que me han hecho un padre feliz, que al contemplar sus nobles miradas, albergo un auténtico amor, el cual me motiva para esforzarme cada vez más y con ello brindarles los valores indispensables para ser personas de bien y firmes en contra de las vicisitudes de la vida. Los amo.
- A mis queridos hermanos y tíos por su constante y permanente apoyo.
- A St. Jude Children's Research Hospital, por demostrarme que el señor tiene una sede de su reino en esta tierra y que utiliza a sus mejores hijos, para dar una luz en los momentos más sombríos de la vida.

ÍNDICE



INTRODUCCIÓN

Pág.
i

CAPÍTULO I

1. La normatividad del derecho	1
1.1 Sistema y orden jurídico	3
1.2 Función y estructura de las normas	6
1.3 Orden jurídico es un sistema de dinámico de las normas	8
1.4 La norma fundamental de un orden jurídico nacional	10
1.5 Noción y concepto de Constitución	12
1.6 Variedades de Constitución	14
1.7 Estructura de la Constitución	14
1.8 Jerarquía constitucional	15
1.9 Interpretación constitucional	18
1.10 Interpretes constitucionales	28

CAPÍTULO II

2. Jurisdicción Constitucional	31
2.1 Concepto de Tribunal Constitucional	31
2.2 Controles de constitucionalidad	32
2.3 Concepto de control de constitucionalidad concentrado y control difuso	35
2.4 Sistemas de control de constitucionalidad latinoamericanos	35



CAPÍTULO III

	Pág.
3. Argumentación jurídica	49
3.1 El Derecho como argumentación	49
3.2 Concepto de argumentación	50
3.3 Noción de la argumentación jurídica	51
3.4 Discurso racional y discurso jurídico	53
3.5 Teorías de la argumentación jurídica	53
a) Tópica jurídica de Theodor Viehweg	55
b) Retórica de Chaim Perelman	57
c) Teoría de la argumentación de Habermas	60
d) La argumentación jurídica como discurso racional por Alexy	61
e) Otras apreciaciones	63

CAPÍTULO IV

4. La ponderación como método de resolución de conflictos constitucionales	69
4.1 Definición Antinomias jurídicas	69
4.2 Técnicas de interpretación para prevenir antinomias	71
4.3 Oposición contradictoria entre preceptos de Derecho	72
4.4 Ámbitos para la validez de una oposición contradictoria	74
4.5 Tipología de conflictos normativos	75
4.6 Criterios de resolución de antinomias jurídicas	78
4.7 Conflictos constitucionales	83
4.8 Ponderación	87
4.8.1 Estructura de la ponderación	92
4.8.1.1 La ley de la ponderación	92
4.8.1.2 La fórmula del peso	94



4.8.1.3 Las cargas de argumentación	95
4.9 Críticas a la ponderación	97
4.10 Jurisprudencia guatemalteca relativa a la ponderación	97
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFÍA	113
ANEXO	119



INTRODUCCIÓN

Esta tesis de grado tiene como propósito el proveer una herramienta armónica y de fácil manejo, ante el cuestionable problema del hipotético escenario de conflictos de rango constitucional. Para poder edificar este trabajo, se tuvo a bien situar el auxilio idóneo de la bibliografía pertinente, que coadyuvará a dilucidar vicisitudes que se derivan de varios aspectos conceptuales que erróneamente se manejan sobre el tema de mérito, esto derivado de directos señalamientos de oposición contradictoria entre preceptos de Derecho en el texto constitucional, por lo que es oportuno aclarar si se reúnen los ámbitos necesarios al respeto, para denominarla como tal, asimismo, obtener un mejor panorama de los linderos que se derivan de la interpretación, el control, la argumentación y la ponderación, identificando qué relación guardan o en sentido estricto cómo se diferencian. La hipótesis sobre la que versa el examen es relativa a la ponderación como método de resolución de conflictos constitucionales. Para poder lograr lo antes citado, se desarrollará el trabajo con cuatro ejes temáticos que se formalizaran en capítulos, los que describo de manera sintética a continuación:

En el capítulo primero se aborda el tema de la normatividad del Derecho, en el mismo se establece conceptualmente el sistema y orden jurídico, la función y estructura de las normas jurídicas y la dinámica que va de la mano de las mismas, asimismo, su interactividad y supeditación a la ley fundamental, cuyo marco se conoce determinando la variedad que se presentan al respecto, su estructura e interpretación, punto que sirve de partida para hacer diferencias elementales, con el consecuente desarrollo de los capítulos ulteriores.

En congruencia con el tópico relativo a la ley fundamental y su respectiva interpretación, se consideró imperioso que, en el segundo capítulo, se desarrolle el tema concerniente al control de constitucionalidad, definiendo al tribunal constitucional, las formas de control y como un plus investigativo, se hizo un breve



recorrido a nivel latinoamericano, para identificar qué tipo de control se ejercita al respecto.

Guardando correlación con el escudriñamiento de marras y determinar la esfera de los conflictos constitucionales, previamente, en el capítulo tercero, fue preciso conocer y distinguir cómo actúa la argumentación jurídica y las teorías que se suscitan alrededor del tema, considerando oportuno de manera enunciativa tratar sobre algunos connotados exponentes.

En el cuarto y último capítulo, superadas algunas diferencias conceptuales, se cuestionará la hipótesis objeto de investigación, trayendo a la palestra lo relativo a las antinomias jurídicas, su tipología, los criterios recurrentes de resolución, para llegar al punto central sobre los conflictos de rango constitucional y determinar ¿si en el texto constitucional hay oposición contradictoria? ¿Si los principios constitucionales, que son lo que se utilizan en la ponderación, tienen la estructura de una norma jurídica? Si en un aparente conflicto en la ley fundamental ¿Le son aplicables los principios y criterios de resolución de antinomias jurídicas?, todo lo anterior se pormenorizará y con ello se determinará en ¿qué consiste la ponderación? su estructura y porqué se ha proyectado que sea un método de resolución de conflictos constitucionales. En atención a lo vertido, no me resta más que incentivar al lector a conocer de lo acá indagado y constatar sus conclusiones, refiriendo que esto solo es un acopio con fines pedagógicos y no pretende subrogar pensamientos, únicamente orientar un discernimiento sobre el problema.



CAPÍTULO I

1. La normatividad del Derecho

Primariamente al iniciar con este tópico relativo al concepto de sistema jurídico y los alcances que al mismo le son inherentes, estimo oportuno traer a colación lo vertido por la doctora Carla Huerta Ochoa, que en su obra titulada *Conflictos Normativos* señala que: “la determinación del significado de un concepto como el de sistema jurídico no es dable, a menos que se explicita previamente el significado de los conceptos de sistema y de derecho, ya que constituye un término complejo (...). El significado del término derecho es por su ambigüedad uno de los temas a los cuales se han dedicado más ensayos y reflexiones. No obstante, la ciencia jurídica no ha sido capaz de elaborar un concepto que sea aceptado genéricamente (...). Uno de los principales problemas en torno a la determinación del significado del término derecho es la diversidad de posturas relativas a la posibilidad de su definición, por lo que la actitud adecuada es no intentar definirlo, sino partir de aproximaciones que con su desarrollo concreten y especifiquen el significado de este concepto. No debe confundirse al derecho con la ley, que es una de sus manifestaciones, ni con el derecho positivo, ya que el concepto de derecho es más amplio, y una reducción tal podría conducir a la equivocación.”¹

Una postura encierra varias aristas que, sin duda, exteriorizan el pensamiento en primera instancia del ponente, pero, también nos puede revelar el aspecto sociopolítico de un Estado, en el que se refleje su sistema de gobierno, es allí donde la autora antes relacionada, indica que constituye un tema que reviste de un grado de complejidad y que se le ha dedicado un cúmulo importante de reflexiones al respecto y que no se puede conceptualizar de manera genérica, lo

¹ C. Huerta Ochoa. *Conflictos Normativos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. No. 142. 2003. Págs. 8-9.



cual comparto, toda vez que el sistema jurídico y sus aproximaciones deben armonizarse y no encuadrarlo en un postura general aun y cuando en ciertos foros he escuchado que el derecho simplemente es orden, lo cual encierra a mi parecer su concepción, sin embargo resulta importante seguir esbozando sobre el tema.

Para el efecto, sobre el tema de mérito, la doctora Huerta Ochoa, indica que: “desde la perspectiva lingüística es posible distinguir dos formas de aproximarse al derecho. Uno de los enfoques posibles es desde la llamada “perspectiva interna”, que corresponde a los órganos obligados a realizar la aplicación del derecho, así como a quienes usan las reglas como parámetros de su actuación y de los otros, por lo cual su interpretación resultaría obligatoria. En estos casos, la función del lenguaje utilizado es prescriptiva.”² Asimismo, Kelsen citado por la doctora Huerta, hace una distinción similar y “denomina a este tipo de interpretación de las normas ‘auténtica, en virtud de su obligatoriedad y de la regulación jurídica de sus procedimientos de creación, ya que el resultado de la interpretación es considerado como una norma. La perspectiva externa, en cambio, corresponde a la actividad realizada por el estudioso del Derecho, o por un tercero interesado en saber cuál es el significado de las normas (...). Los juristas o los estudiosos del derecho cuando realizan una actividad interpretativa no legislan, por ello a pesar de tratarse de una actividad cognoscitiva o justificatoria, es considerada como descripción del derecho en virtud de la función lingüística de los enunciados que emiten. Es por ello que, para Kelsen, la interpretación que realiza un jurista debe ser considerada como no auténtica, puesto que su tarea no es aplicar o crear derecho, sino conocerlo”.³

Causa notoriedad las posiciones de los autores anteriormente citados, sobre todo lo expuesto entre la distinción de la interpretación que se da en razón del sujeto y la actividad que realiza al conocer del Derecho. La motivación

² *Ibidem*. Pág. 9.

³ *Ibidem*. Págs. 9-11.



normativa es el resultado del ejercicio que reúne una serie de elementos, los cuales, tomando como base lo manifestado por Kelsen, identifican su fin dentro del proceso de creación, sin embargo, la dinámica permite que de forma extensiva se pueda obtener un enfoque que clarifique los presupuestos de determinada norma jurídica.

1.1 Sistema y orden jurídico

Con el objeto de hacer hincapié en este tema, es menester conocer las diferencias que se pueden suscitar contestes a la evolución del derecho, Kelsen indica que: “La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.”⁴

La diferencia entre un sistema estático y uno dinámico radica en que el sistema estático se caracteriza por la validez de las normas y se da por el contenido de la inferior con la superior, mientras que en el sistema dinámico la validez de las normas no se da por el contenido, sino una norma superior facultada a algún funcionario del sistema para promulgar otras normas jurídicas. No es por el contenido, por eso Kelsen decía que una norma jurídica puede tener cualquier contenido menos lo innecesario y lo imposible.

⁴ H. Kelsen. *Teoría pura del derecho*. 4ª Edición. 9ª Reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Eudeba. 2009. Pág. 37.



Kelsen, citado por la doctora Huerta Ochoa, sostiene que “la sanción coactiva es distintiva del derecho. Para él, la coacción significa la posibilidad del uso de la fuerza física para exigir el cumplimiento de una obligación. En términos jurídicos, esta fuerza característica es la coercibilidad, puesto que el ejercicio de la coacción se legitima a través de su legalidad. Kelsen consideraba a la coacción como una propiedad de las normas, sin embargo, debe entenderse más bien como una característica del sistema jurídico. De manera que, si bien es cierto lo que señala Kelsen, se centra en un aspecto cuya relevancia es innegable, como es la coacción y la obligatoriedad del Derecho que de ella deriva, considerar solamente esta propiedad refleja una apreciación limitada del Derecho. Es por ello que ha sido fuertemente criticada, principalmente desde dos puntos de vista: el primero, por considerar a la sanción como acto coactivo, como un castigo, como en el Derecho Penal, por ejemplo; y el segundo, por afirmar que todos los enunciados normativos llevan aparejada una sanción en sentido coactivo. Sin embargo, esto se debe en parte a una lectura parcial de la tesis de Kelsen, la cual, por el contrario, debe ser entendida de manera integral, ya que Kelsen consideraba al derecho como un sistema de normas”.⁵

Derivado de las acotaciones antes citadas, un sistema normativo es calificado como jurídico solamente si incluye normas que prescriben actos coactivos, ya que la ausencia de la coerción le restaría obligatoriedad al Derecho, toda vez que su cumplimiento se ventilarían en el ámbito de la conciencia humana, en el que se produciría por el discernimiento de quien la ejecute, situación que sitúa en el ambiente una contraposición con las normas de conducta, que resultan siendo adecuadas a patrones surgidos en el seno de la familia, la sociedad o la dogmática.

⁵ C. Huerta Ochoa. Ob. Cit. Págs. 12-13.



Hart, citado en el mismo sentido por la doctora Carla Huerta Ochoa, llega a la conclusión de que la distinción entre derecho y otros sistemas normativos radica en que: “el derecho contiene diferentes tipos de normas, ya que no solamente prescribe conductas (normas primarias), sino que también prevé una serie de normas que se refieren a esas normas y a los órganos de creación y aplicación (normas secundarias).”⁶

Concluye la doctora Huerta, que “el derecho no puede ser tipificado tomando en consideración sólo una de sus características, sino que se deben considerar la regulación de sus procesos de cambio (...). se podría decir de manera preliminar, que el concepto de sistema jurídico se refiere más que al contenido del derecho, a su estructura, a su dinámica, al modo en que operan y se relacionan sus normas y, por lo mismo, a la forma en que se aplican para la solución de conflictos de intereses tomando en consideración su funcionamiento como unidad. En síntesis, se podría decir que el concepto de sistema jurídico representa una forma de ser o de organizarse del Derecho que refleja su estructura y operatividad.”⁷

En reiteradas ocasiones, tal y como cita la autora antes relacionada, el derecho debe interpretarse de manera armónica, siendo incluyente de todas y cada una de sus características, el delimitarlo por una de las mismas si bien nos puede coadyuvar en el momento de buscar teleológicamente su intencionalidad, es en su conjunto que brinda un mejor panorama para dilucidar un hecho con consecuencias jurídicas, por lo que resulta vinculante el conocer la estructura de las normas jurídicas.

⁶ *Ibidem*. Pág. 14.

⁷ *Ibidem*. Pág. 16.



1.2 Función y estructura de las normas jurídicas

La función de las normas jurídicas se concibe como un lenguaje especial de reglas, lo que destaca que debe tomarse en consideración preferentemente la distinción entre la norma, el enunciado normativo y la proposición normativa, teniendo a la primera de las citadas como una conducta que ha sido descriptiva de cumplimiento obligatorio, en otros casos restringido o permitida, situación que reviste de grandes particularidades, toda vez que su interpretación puede suponer una antítesis de su intencionalidad normativa. Los enunciados normativos pertenecen al planteamiento lingüístico, cuyo significado concluyen en las normas jurídicas por su posición prescriptiva; finalmente, las proposiciones normativas corresponden a la descripción del contenido de una norma jurídica, lo cual no debe confundirse con una descripción axiológica o valorativa, por ejemplo, si yo digo el artículo 25 del Código Civil guatemalteco, establece determinado tópico, eso es una proposición normativa, porque es descriptiva del contenido de una norma jurídica, una descripción axiológica, vendría aparejada de mi opinión que el artículo citado es moralmente valioso y debe obedecerse porque corresponde a la moral positiva de la comunidad donde se aplica.

De esa cuenta, es oportuno identificar la estructura de la norma jurídica, partiendo del: a) Supuesto de hecho, que en pocas palabras es la abstracción de la conducta reglada. b) La cópula del deber ser, es el vínculo verbal por medio del cual se contempla la imputación de la sanción cuando se concreta la conducta que en abstracto describe el supuesto de hecho. Finalmente, c) La consecuencia normativa es el resultado previsto para determinado tópico, que confiere derechos u obligaciones según sea el caso.

La doctora Huerta, indica sobre este tema en particular que: “un sistema normativo es un sistema dinámico que se describe como una secuencia de conjuntos de normas relativizables temporalmente, y que cada vez que se introduce o elimina una norma, el conjunto de normas es distinto, pero el sistema



sigue siendo el mismo, mientras los criterios de identificación de las normas no varíen. Sobre todo, por el hecho de que, si el sistema jurídico es dinámico, no puede relativizarse temporalmente como afirman, sino que más bien sería un conjunto ordenado de normas lo que se podría identificar en un momento temporal definido. De modo que para hacer la distinción conceptual se podría emplear el término orden jurídico para su identificación. Por otra parte, el concepto de sistema jurídico implica una construcción lógica que cuenta con una base normativa y unas reglas de inferencia fundamento de su dinámica, mientras que el concepto de orden jurídico sirve para identificar un conjunto de normas jurídicas aplicables”.⁸

Un sistema es algo en el que todas sus partes funcionan correctamente para hacer un conjunto. Entonces, cuando se habla de sistema jurídico, el sistema normativo para que todas las partes funcionen correctamente, este sistema debe cumplir con tres principios: a) unidad, b) coherencia; y c) completitud. Si esos principios funcionan entonces se dice que ese orden jurídico funciona como sistema.

Por ejemplo, para los autores Alchourrón y Bulygin, consideran al sistema como: “la sucesión infinita de órdenes jurídicos, los cuales se diferencian entre sí, por el conjunto de normas que los conforman. El cambio de un orden a otro se establece en el momento en que existe un cambio de una sola norma jurídica general, ya sea por creación o derogación (...). De modo que para resolver ciertos casos, es posible que en el momento de la toma de decisión se proceda a buscar la norma aplicable en el pasado, regresando hasta el momento de los hechos. O bien, que se resuelva conforme a disposiciones que ni siquiera existían en el momento de los hechos, pero que son vigentes al tomarse la decisión, cuando por ser más favorables, así lo ordene alguna norma. Estos fenómenos son conocidos como ultraactividad y retroactividad respectivamente. El sistema comprende, por lo tanto, no solamente las normas vigentes, sino

⁸ *Ibidem*. Págs. 24-27.



también las que han sido derogadas. Así, todas las normas creadas que alguna vez entraron en vigor sean válidas o no, estén vigentes o hayan sido derogadas pertenecen al sistema.”⁹

Kelsen en su obra relativa a la teoría pura del Derecho se cuestiona¹⁰ ¿Cuándo las normas forman un orden? Dado que el orden jurídico es un sistema de norma, se plantea ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado? Según el autor citado, una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad.

1.3 Orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Continúa manifestando Kelsen, refiriéndose a las normas jurídicas, que: “su validez no resulta de su contenido. Una norma jurídica es válida, si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido puesto. Adiciona que la norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella se deriva el principio mismo de su creación. Es pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Solo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser reducida de su norma fundamental... Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa que ha sido creadas conforme a esta norma.”¹¹

⁹ C. Alchourrón y E. Bulygin. *Sobre la Existencia de las normas jurídicas*. México: Distribuciones Fontamara. 1997. Págs. 61-63.

¹⁰ Kelsen, Hans. Ob. Cit. Pág. 111.

¹¹ *Ibídem*. Pág.112.



Según el autor antes citado, indica que: “la teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción (...). La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es puesta sino supuesta.”¹²

De lo anterior, se advierte la importancia de conocer la jerarquía de esa norma fundamental y que los procesos que se deriven para la formación de leyes complementarias que desarrollen su contenido estén supeditadas a su texto, contrario sensu devendrían como señala Kelsen en supuesta y consecuentemente adolecen de vicios de constitucionalidad que a la postre pueden ser objeto de anulabilidad por los procedimientos correspondientes.

Kelsen recalca que: “al recurrir a la noción de norma fundamental, la teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho (...). La teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental.”¹³

¹² *Ibíd.* Pág. 113.

¹³ *Ibíd.* Pág. 114.



1.4 La norma fundamental de un orden jurídico nacional

En la teoría pura del Derecho, Kelsen advierte la necesidad de identificar varias aristas vinculantes con la norma fundamental entre los que se hace acopio de las siguientes de manera sucinta:

a) El contenido de la norma fundamental

Kelsen llega a la conclusión de que: “(...) una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido (...). Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad. Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo”.¹⁴

La importancia de la dinámica legislativa va de la mano de lo antes acotado, toda vez que el proceso de reforma es vital cuando un orden normativo deja de estar en armonía con la realidad y esta última supera las relaciones de conducta dentro de la sociedad y las competencias de las instituciones que tienden a ser parte de la administración pública y de aplicación de justicia. El contenido, entonces, es la normatividad, aunque su estrecho vínculo con

¹⁴ *Ibídem*. Pág. 115.



la norma fundamental es el ideal, no posee una concordancia completa, indica Kelsen, y esa posibilidad de discordia es el balance para el sentido del ordenamiento *per se*.

b) La validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

Al documentar este tópico, el autor precitado indica que: “para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición sine qua non, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental.”¹⁵ La validez, es el resultado de la eficacia en cuanto al tema de los hechos según Kelsen, sin embargo, aunque resulte una condición sin la cual no es eficaz, deja entre ver que hay una referencia de condición que van desde el momento de la promulgación de las normas que van aparejadas a la norma fundamental. Asimismo, el autor le adiciona la fuerza como fortaleza para validez y eficacia, circunstancia que referencialmente varios autores indican que la fuerza solo es una manifestación más del Derecho.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Esta fórmula requiere el reconocimiento de la independencia de la edificación de la norma fundamental y su acogida internacional, en palabras de Kelsen indica sobre este tema que: “(...) hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros

¹⁵ *Ibídem*. Pág. 116.



gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable (...).”¹⁶

d) Validez y eficacia de una norma jurídica en particular

La validez entra al concurso de la eficacia de determinado texto, toda vez como dice Kelsen: “si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia... La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden (...).”¹⁷. En ese orden de ideas sería la recurrente cita de “derecho vigente y no positivo” porque su eficiencia resulta nula por diversos factores que no precisamente la dejan al margen, si esta siguió el proceso supeditado de promulgación.

1.5 Noción y concepto de Constitución

El término constitución, en su sentido más general y extensivo, designa la esencia y las calidades de algo o de alguien, diferenciándolas de las demás especies; en este sentido, como lo anota Carl Schmit, citado por Naranjo Mesa, “todo lo imaginable tiene una constitución: los hombres, los animales, los objetos inanimados (...). La concepción moderna de Constitución se centra, como acabamos de constatar a través de diversos conceptos, en que ella contiene las

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 116.

¹⁷ *Ibíd.* Págs. 117-120.



normas básicas para la organización del Estado (...) la Constitución podría definirse, a grandes rasgos, como la ley fundamental del Estado.”¹⁸

El autor Naranjo Mesa, cuando define a la Constitución, indica que: “es el conjunto de normas fundamentales para la organización del Estado, que regulan el funcionamiento de los órganos del poder público, y que establecen los principios básicos para el ejercicio de los derechos y la garantía de las libertades dentro del Estado.”¹⁹

No obstante, la definición dada no puede tomarse como una definición objetiva de Constitución; en efecto, como lo señala Burdeau citado por Vladimiro Naranjo Mesa, “un Estado puede ser gobernado bajo un sistema absolutista o totalitario y no por ello deja de tener su propia Constitución. Sin embargo, la teoría revolucionaria tuvo trascendentales consecuencias al introducir en el campo del derecho público la noción de régimen constitucional, para calificar con esta expresión aquella forma de gobierno en la cual las prerrogativas del poder están limitadas por la ley fundamental.”²⁰

En sentido material, por Constitución puede entenderse, en términos generales, como: “el conjunto de reglas fundamentales relativas a la organización y a la actividad del Estado.”²¹

En sentido formal, puede entenderse por Constitución: “el documento que reglamenta el funcionamiento de las instituciones políticas, cuya elaboración o modificación no puede hacerse sino mediante el cumplimiento de ciertas formalidades especiales y a través de un procedimiento diferente al establecido

¹⁸ V. Naranjo Mesa. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Colombia: Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 2003. Pág. 315.

¹⁹ *Ibidem*. Pág. 321.

²⁰ *Ídem*.

²¹ *Ibidem*. Pág. 322.



por las demás reglas de derecho. Lo que interesa aquí es la forma y no el contenido de la regla jurídica.”²²

1.6 Variedades de Constitución

Aunado a la presente investigación, es menester identificar las variaciones que se ventilan alrededor de la ley fundamental, en atención a los conceptos anteriormente vertidos se adicionara una tabla comparativa tomando en cuenta lo manifestado por Naranjo Mesa²³ al respecto.

1.7 Estructura de la Constitución

Es menester traer a colación la estructura de la constitución, por lo general dicha distinción se revela en una parte donde se consagran los derechos individuales y colectivos para luego una parte descriptiva en la forma que se organiza el poder en el Estado, según el autor Naranjo Mesa, el contenido de la Constitución “se puede afirmar que una Constitución debe constar, básicamente, de dos tipos de normas: normas de carácter orgánico y normas de carácter dogmático. Las primeras son todas aquellas que se refieren directamente al primero de los objetivos señalados: la organización del poder en el Estado. Las segundas consagran los derechos, libertades y responsabilidades de los asociados y establecen los principios filosóficos que deben inspirar la acción de los gobernantes (...). Pero, además, las constituciones contienen, por lo general, una cláusula de reforma, es decir, una o varias normas destinadas específicamente a prever y describir los mecanismos para su propia reforma (...). Por lo demás, las constituciones están precedidas — salvo contadas excepciones— de un Preámbulo, en el cual se trazan de manera solemne y genérica los grandes principios que inspiran su expedición.”²⁴

²² Ídem.

²³ Ibídem. Págs. 323-330.

²⁴ Ibídem. Pág. 335.



De lo último citado, sobre el tema del preámbulo Guastini, cuestiona sobre **¿si las** solemnes declaraciones de los preámbulos expresan genuinas normas jurídicas?

“(…) La respuesta negativa, los preámbulos, etcétera no tienen un genuino contenido normativo puede ser, y ha sido, argumentada simplemente llamando la atención sobre la formulación de los textos en cuestión. Se trata, por lo demás, de solemnes declaraciones de intenciones, que por la extrema vaguedad del lenguaje en que son redactadas no son reconducibles a la forma estándar de una norma, en la que una precisa consecuencia jurídica está conectada a un no menos preciso supuesto de hecho. Los preámbulos, como se ha dicho, se parecen más a textos literarios, filosóficos o políticos, que a disposiciones normativas (...). La respuesta positiva los preámbulos, etcétera, contienen genuinas normas jurídicas puede ser, y ha sido, argumentada apelando a la naturaleza jurídica de los documentos en cuestión. Los documentos constitucionales son textos jurídicos. Su formulación podrá traer graves problemas interpretativos. Pero la fuerza normativa de todo texto jurídico deriva no ya de su formulación, sino de la fuente (en sentido subjetivo) de la que proviene (según los casos, el soberano, una asamblea constituyente, el Parlamento, el Ejecutivo, etcétera). En suma, un texto constitucional tiene, tautológicamente, valor constitucional, a pesar de que el lenguaje del constituyente pueda ser vago y ambiguo”.²⁵

1.8 Jerarquía constitucional

Al hablar de jerarquía constitucional, de inmediato viene a la mente la obra kelseniana sobre el tema de mérito, de esa cuenta, en varias latitudes dentro de la norma fundamental exterioriza la posición que esta ocupa dentro del ordenamiento jurídico de determinado Estado, tal es el caso de Guatemala, en donde los artículos 44, 175 y 204²⁶ de la Constitución Política de la República,

²⁵ R. Guastini. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Distribuciones Fontamara, S. A. 2001. Págs. 268-269.

²⁶ **Artículo 44.-** Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la



instituyen tal prelación sobre el resto del ordenamiento jurídico. Esta preeminencia ha sido objeto de análisis jurisprudenciales por parte de la Corte de Constitucionalidad de los que se citan parte de las siguientes sentencias a manera enunciativa:

"(...) Uno de los principios fundamentales que informa al Derecho guatemalteco, es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. La superlegalidad constitucional se reconoce, con absoluta precisión, en tres artículos de la Constitución Política de la República: el 44... el 175... y el 204(...)." ²⁷

"(...) debe repararse en la gradación de leyes que integra nuestro sistema legal, en el que, teniendo como pináculo la ley suprema, a ésta le siguen las leyes constitucionales y luego las ordinarias, que admiten también, en atención a la votación –calificada y simple- que ha merecido en el Congreso, advertir la prevalencia de unas –generalmente leyes orgánicas- frente a las restantes, cuando entre ellas se denuncie colisión (...)." ²⁸

"(...) La jerarquía constitucional y su influencia sobre todo el ordenamiento jurídico tiene una de sus manifestaciones en la prohibición de que las normas de jerarquía inferior puedan contradecir a las de jerarquía superior. El principio de supremacía

persona humana. Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Artículo 175.- Jerarquía constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*. Las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad.

Artículo 204.- Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

²⁷ Gaceta No. 31, expediente No. 330-92, página No. 7, sentencia: 01-02-94.

²⁸ Gaceta No. 57, expediente No. 1048-99, página No. 52, sentencia: 02-08-00.



legal está garantizado por la Constitución; por una parte, la que ordena la adecuación de la ley a las normas constitucionales y, por la otra, la que impone a los tribunales el deber de observar en toda resolución o sentencia el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley. Del principio de supremacía se deriva el de la jerarquía normativa que impone la coherencia del ordenamiento jurídico, de manera que la norma superior determina la validez de la inferior (...).”²⁹

Con el extracto de las sentencias antes citadas, se evidencia la fortaleza que posee la norma fundamental guatemalteca y su prelación del resto del ordenamiento jurídico y que concuerda con la teoría pura del derecho kelseniana que en su obra indica que: “un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación — y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma (...). Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas (...). Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia (...). Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o

²⁹ Gaceta No. 59, expediente No. 1200-00, página No. 59, sentencia: 29-03-01.



por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.”³⁰

Dentro del contexto de la supremacía de la ley fundamental, Kelsen señala que una norma jurídica jamás es nula y que esta solamente puede ser anulable, como vemos en el párrafo anterior, siguiendo los procedimientos correspondientes, situación que hace coherente, el que en el segundo capítulo de esta somera investigación doctrinaria verifiquemos el control de constitucionalidad, como coadyuvante de la defensa del orden constitucional.

La seguridad de un Estado responde a la estabilidad de su texto constitucional con vocación de permanencia, en un marcada división de poderes que dejen atrás los aspectos dictatoriales con base a la doctrina de la seguridad nacional, en donde tal premisa la concibo como la idea de tener un subterfugio para poseer el poder de manera centralizada atentando con ello a las garantías individuales y sociales de todos los ciudadanos, en donde la afrenta continua es limitar un valor esencial como es el derecho a la libertad. La ley fundamental, establece los principios de la organización jurídica y política, marcando su supremacía con efectos *Ipso jure* anulando toda tergiversación, disminución o restricción de su texto por plena supremacía o por los mecanismos adjetivos de rescate constitucional tales como la acción constitucional de amparo, el habeas corpus y la inconstitucionalidad de leyes de carácter general o en casos concretos, dicha supremacía marca el principio enérgico que sobre esta base no hay situaciones abstractas que puedan contravenir a un Estado de pleno Derecho.

1.9 Interpretación constitucional

El tema de interpretación constitucional se reviste de varios matices, de esa cuenta es menester obtener algunos pensamientos jurídicos sobre este tema,

³⁰ H. Kelsen. Ob. Cit. Págs. 118-124.



como en el caso de Rodolfo Luis Vigo, citando a Savigny, que define esta como: “la reconstrucción del pensamiento insito de la ley.”³¹

Esto se constituye en la tarea que se desarrolla por el sujeto que tiene a bien hacer una interpretación, toda vez que no es únicamente el parlamentario que tiene esa tarea por devenir del proceso legislativo como tal, es en el momento de la aplicación jurisdiccional que en varios foros se puede dirimir si únicamente se aplica la ley o debe hacer una armónica razón de los argumentos que pudieran devenir en el castillejo de una resolución. Se advierte que son los profesionales del derecho los que tienen la tarea de interpretar el mismo, toda vez que, si verificamos el proceso legislativo, el parlamentario no es obligadamente un letrado en la materia.

El proceso legislativo reviste de características particulares, toda vez que en abstracto se van creando supuestos que en el ámbito del derecho genera obligaciones y derechos y que en reiterados fallos van sentando jurisprudencia e incluso son apoyados por la doctrina que proviene del sector letrado que se dedica a esta tarea.

En el ámbito administrativo, Vigo indica que la interpretación “es la realizada por el Poder Administrativo a través de resoluciones, decretos, circulares etc.”³²

De lo anterior se advierte, que dentro de un contexto es importante confrontar la norma con arraigo epistemológico que deviene de aspectos cognoscitivos y entendimiento de la realidad tal y como en su momento cito Kelsen, que: “interpretar es un acto de conocimiento y voluntad”.³³

³¹ L. Vigo, Rodolfo. *Interpretación Jurídica. Del Modelo Ius positivista Legalista Decimonónico a las Nuevas Perspectivas*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Editores, de Rubinzal y Asociados S. A. 2004. Pág. 16.

³² *Ibidem*. Pág. 25.

³³ C. Huerta Ochoa. *Teoría del Derecho. Cuestiones Relevantes*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. No. 461. 2009. Pág. 302.



Francisco Javier Díaz Revorio, en su artículo titulado *Interpretación de la Constitución y Juez Constitucional*, indica que: “la Constitución es normalmente un texto escrito, y como tal, está compuesta de un conjunto de oraciones formadas por palabras que expresan algo. Cualquier lector que se acerque al texto constitucional tratará de extraer el sentido y significado que se expresa en esas palabras. Como todo texto, la Constitución es susceptible de interpretación. Siguiendo a Zagrebelsky, podemos entender interpretación como el proceso intelectual a través del cual, partiendo de las fórmulas lingüísticas que forman un enunciado, se llega a un contenido, es decir, se pasa de los significantes a los significados (...). Desde luego, la interpretación jurídica comparte con cualquier proceso interpretativo la finalidad de descifrar el significado de textos lingüísticos, pero los textos jurídicos contienen normas. Así, el significado que se trata de extraer del enunciado lingüístico es una norma jurídica, entendida como “mandato o prohibición dirigido a poderes públicos o a ciudadanos, y cuyo incumplimiento es objeto de una respuesta mediante una sanción jurídica. Esta especificidad de la interpretación jurídica no sólo afecta al objeto de la misma, sino que también condiciona el propio proceso interpretativo. En la interpretación jurídica el significante es la disposición, y el significado es la norma.”³⁴

En el momento de tomar el reto de interpretar la doctora Carla Huerta Ochoa, citando a Robert Alexy, indica que: “la interpretación se fundamenta en la medida que existen razones de apoyo de la elección de una de las alternativas de interpretación, la cual no son otra cosa sino argumento. Desde su perspectiva, la interpretación no es otra cosa sino argumentación, ya que la fundamentación es un proceso que se da mediante dos etapas: 1) la tarea psíquica de descubrimiento del significado de la norma, y 2) la tarea argumentativa de justificación”.³⁵

Se colige que la interpretación constitucional, se sustenta en la identificación de las motivaciones argumentativas que edificaron esa norma y del porque esta tuvo

³⁴ F. J. Díaz Revorio. *Interpretación de la Constitución y Juez Constitucional*. México: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Año X. No. 37. Enero-junio de 2016. Págs. 11-12.

³⁵ C. Huerta Ochoa. *Teoría del Derecho. Cuestiones Relevantes*. Ob. Cit. Pág. 302.



prelación al ser ubicada dentro del texto constitucional sobre el texto ordinario, de esa cuenta al ser un sistema y ordenamiento jurídico jerarquizado debe comprenderse que tanto los procedimientos de promulgación como su motivación la posiciona en un lugar especial en el momento de dirimir una controversia.

Para Vigo, la interpretación constitucional tiene un doble objeto, indicando para ello que, “o bien se procura fijar el sentido de una norma constitucional; o bien interesa para fijar el sentido de una norma o de un comportamiento en relación a la Constitución”.³⁶

De lo antes expuesto, la interpretación verifica la interioridad y motivación de una norma de rango constitucional, una vez determinado su significado, sirve de relevante punto de armonización versus las normas infraconstitucionales.

Se colige que la importancia de la interpretación constitucional gravita en cuanto y en tanto dicha norma tiene un alcance interpretativo superior frente al caso concreto, que por su jerarquía obliga un significado y una salvaguarda frente a otra norma no constitucional que la contradice cumpliendo en ese sentido el intérprete una función de mediador. Al respecto Konrad Hesse, citado por Vigo, explica que: “no existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos”.³⁷ Queda claro entonces que la interpretación constitucional no se queda en la premisa de que si una norma es clara en su contenido, lingüísticamente hablando, no tiene por qué interpretarse, pues su claridad no puede ser superada por la realidad propia de un caso concreto en forma aislada.

Por aparte la jerarquía de una norma, estrictamente hablando, no permitiría su interpretación pues su sola posición de norma superior la hace valedera, por lo que la interpretación de ésta se hace innecesaria. Todo lo contrario, la interpretación de una norma constitucional, por muy clara que ésta sea, siempre

³⁶ L. Vigo, Rodolfo. *Interpretación Constitucional*. 2ª Edición. Argentina: Abeledo-Perrot. LexisNexis Argentina S. A. 2004. Pág. 83.

³⁷ *Ibidem*. Pág. 85.



va a ser recurrida de interpretación necesariamente al ser expuesta al caso concreto, pues lo que se contiene en ella independientemente de contener una fortaleza semántica y por ende de una certeza lingüística, son valores socialmente aceptados por medio de ese pacto social al cual se le denomina Constitución. La cuestión a dilucidar aquí de acuerdo con lo anteriormente expresado se sustenta en cómo se conciben esos valores, y quiénes, dentro de un momento históricamente condicionado, desde la función de intérpretes formales y oficiales de la norma constitucional, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, de manera definitiva, deciden el significado de esa norma constitucional.

Continuando con el tema de marras, es necesario adicionar los tradicionales criterios de interpretación constitucional, de esa cuenta Francisco Javier Díaz Revorio³⁸ citando a Savigny relaciona los siguientes puntos:

- a) **Criterio gramatical.** Se basa en el sentido propio de las palabras. Esto es, en la dicción literal del texto. Es un imprescindible punto de partida en toda interpretación jurídica, por tanto, también en la interpretación constitucional. En aquellos supuestos en que la dicción literal es clara y terminante, la interpretación gramatical es el método más fiable.

- b) **Criterio sistemático.** Entendido en sentido amplio, engloba tres argumentos. El argumento a *coherentia*, según el cual los enunciados legales han de interpretarse tomando en cuenta que no pueden expresar normas incompatibles. El argumento *sedes materiae*, por el cual se atribuye un significado normativo a un precepto dudoso tomando en cuenta el lugar que ocupa el texto normativo del que forma parte. Por último, el argumento sistemático en sentido estricto, que atribuye un significado normativo a un enunciado tomando en cuenta otros preceptos o normas.

³⁸ F. J. Díaz Revorio. Ob. Cit. Págs.17-19.



- c) **Los antecedentes históricos y legislativos.** En el caso de la norma fundamental, nos referimos a los precedentes constitucionales y los debates parlamentarios que dieron origen a su aprobación.
- d) **Interpretación teleológica.** Es la que busca el significado de un precepto de acuerdo con su finalidad. Posee también relevancia a la hora de interpretar el texto constitucional. Sin perjuicio de que cada precepto constitucional puede tener su finalidad, hay un sistema constitucional de valores y principios que determinan los fines de la Constitución y del resto del ordenamiento.
- e) **La interpretación evolutiva.** Este elemento posee mayor trascendencia en la interpretación constitucional, dado que la Constitución ha de tener una especial pretensión de permanencia y estabilidad. De este modo, resulta la norma fundamental y suprema de un sistema político y social llamada a perdurar en el tiempo. Esta permanencia no sería posible si la interpretación de la misma no se realizase tomando en cuenta la realidad social a la que ha de aplicarse. Por ello, se ha destacado la importancia de una interpretación evolutiva del texto normativo supremo, que lo vaya adecuando a las cambiantes circunstancias sociales, políticas, económicas, sin llegar a tergiversar o ignorar el significado literal de sus preceptos.

María Isabel Lorca Martín de Villodres³⁹ citando a Riccardo Guastini, al exponer las técnicas de interpretativas explica que: “la denominada interpretación evolutiva, que es aquella en virtud de la cual la interpretación de la ley debe cambiar cuando cambien las circunstancias en las que la ley debe ser aplicada. Es preciso en estos casos atender no a la voluntad del legislador que dictó la norma, si no a la naturaleza de las cosas”.

³⁹ M. I. Lorca Martín de Villodres. *Interpretación Jurídica e Interpretación Constitucional: La Interpretación evolutiva progresista de la norma jurídica (El Derecho como instrumento de cambio social)*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica No. 601. 2011. Pág. 265.



La autora antes relacionada⁴⁰, en un mismo sentido que Díaz Revorio, cita a Savigny, en cuanto a criterios interpretativos los cuales se complementan a continuación:

- a) Gramatical (literal):** fue propio de las épocas anteriores a la Revolución francesa, en las que existía cierto grado de desconfianza hacia el trabajo de los jueces, razón por la cual estos se encontraban obligados a ceñirse al sentido literal de la ley. Se acude a las reglas de la semántica o semiótica.
- b) Lógico:** la interpretación que se lleve a cabo no puede contradecir el conjunto de preceptos que la lógica ha establecido para el pensamiento humano. Es decir, con la interpretación lógica de las normas jurídicas se hace referencia a la utilización de las reglas del correcto razonar humano. En este sentido, podemos hacer referencia a una serie de axiomas, brocardos o aforismos procedentes del derecho romano que condensan toda la teoría de la interpretación de las leyes. Entre los más frecuentes, destacan:
- *Ad absurdo*, debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo.
 - *A simili ad simile*, es decir hay que tratar lo igual de igual manera.
 - *A maiori ad minus*, es decir si la ley autoriza lo más, implícitamente permite lo menos.
 - *A minori ad maius*, si la ley prohíbe lo menos, con mayor razón prohíbe lo más.
 - *A contrario sensu* (*inclusio unius est exclusio alterius; quod lex dicit de uno, negat de altero*).
 - *A pari ratione* o de analogía (*ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet*), es decir donde la razón es la misma, idéntica debe ser la norma de derecho.

⁴⁰ *Ibidem*. Págs. 268-271.



- *Favorabilia amplianda, odiosa restringenda*, las materias favorables han de ser objeto de ampliación, y las odiosas, de restricción.
- *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, es decir “donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir”.

c) Sistemático: la norma jurídica a interpretar no es un mandato aislado, sino que se halla integrada en un sistema jurídico que está orientado hacia unos determinados valores. Es preciso relacionar la norma jurídica cuya interpretación se pretende con el contexto donde se halla inserta.

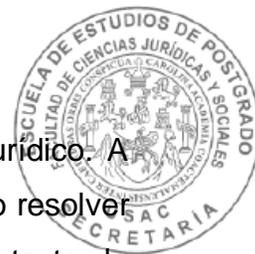
d) Histórico: interpretar la norma jurídica recurriendo a los antecedentes históricos y legislativos. De esta forma se pretende conocer la problemática a la que la norma jurídica trata de dar solución acudiendo tanto a los antecedentes históricos remotos como a los más próximos como anteproyectos, proyectos de ley o trabajos parlamentarios.

e) Teleológico: interpretar la norma jurídica atendiendo a su espíritu y finalidad.

f) Empírico: investigar la voluntad del legislador. Fue el método propio de la Escuela de la Exégesis francesa en sus comienzos.

g) Sociológico: interpretar la norma jurídica atendiendo a los requerimientos de la realidad social. Se trata de acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias nacidas con posterioridad a la promulgación de aquéllos.

Sin embargo aún y cuando existen diversos criterios que se refieren a la interpretación constitucional, no puede afirmarse que exista un método propio y global para la hermenéutica de la norma fundamental, Kelsen señala que: “la teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la



considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.”⁴¹

En ese orden de ideas, se colige que tomando en consideración lo manifestado anteriormente y lo vertido por Peter Häberle, - respecto de la interpretación constitucional -, en cuanto esa actividad intelectual se centra en dos cuestiones esenciales como lo son, “la cuestión de las funciones y los objetos de la interpretación constitucional, y la cuestión de los métodos (procedimientos) de la interpretación constitucional (reglas de interpretación)”⁴², esto riñe con varias aristas, veamos el porqué, empezaría cuestionando ¿Cómo se debe interpretar la Constitución? Por ejemplo, en la Constitución Política de la República de Guatemala, no existe un artículo que prescriba la forma en que esta actividad debe llevarse a cabo, se le secundaria la interrogante ¿Qué es interpretar? Ya que cuando se va interpretar, lo primero que debe determinarse es el “objeto interpretado”, porque lo intangible no es posible su interpretación, en conclusión, toda interpretación tiene un objeto y a la vez se determina que no hay hermenéutica sin texto. Importante es acotar que una cosa es la interpretación y otra es la argumentación que es un discurso justificativo del porque se interpretó algún objeto. La argumentación no puede ser parte de la interpretación, porque interpretación jurídica es interpretación textual. Al interpretar una determinada norma jurídica, el intérprete le concede una significación, ya que las normas

⁴¹ H. Kelsen. Ob. Cit. Pág. 132.

⁴² P. Häberle. *El Estado Constitucional. La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*. 1ª Reimpresión. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica No. 47. 2003. Pág. 149.



tiene un significado porque están compuestas de palabras, las palabras son signos y los signos son significados, ahora otra cosa es que en la parte considerativa de una de una sentencia constitucional, se empiece a decir lo que se entiende de determinada norma jurídica, lo cual constituye un discurso justificativo, del porque se le esta asignando un significado a un artículo constitucional o a varios, pero eso ya no es interpretación porque eso ya quedo atrás.

En la argumentación, ahí se puede hacer acopio a decir cualquier cosa porque ahí cualquier cosa es válida sobre todo si es un tribunal de última instancia cuya resolución es final, pero no confundamos interpretación con argumentación como se hizo ver con anterioridad, la interpretación constitucional, es interpretar el texto de la constitución, no se puede hablar de métodos o procedimientos o reglas de interpretación, porque si son reglas deberían ser obligatoria, pero no lo son, varios autores hablan como interpretar la constitución, pero lo que plantean son consejos para el intérprete, sobre como el intérprete debería interpretar, cuestiono ¿Existe un método correcto para interpretar la constitución? Porque si hablamos de corrección vamos a tener un parámetro para el efecto, entonces todo lo que se aleje del parámetro sería incorrecto, en conclusión no hay un método predeterminado, incluso no podríamos decir que es la ponderación porque esta viene cuando ya se interpretó y este si tiene un método pero para decidir, incluso los Tribunales Constitucionales pueden interpretar de manera distinta en distintos casos, no hay una obligación, ni un criterio a seguir incluso deja la salvaguarda de separarse de su propia doctrina legal como señala la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad guatemalteca⁴³, Kelsen es claro cuando habla de un concepto jurídico, el texto de la norma es lo que da un cuadro lingüístico, ahora

⁴³ **Artículo 43. Doctrina legal.** La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido.



la interpretación puede ajustarse al marco lingüístico, puede separarse de alguna manera del mismo o puede no tener nada que ver, en conclusión, la interpretación depende del intérprete.

1.10 Interpretes constitucionales

Este punto advierte la importancia de conocer quién por razón de competencia tiene el control constitucional asignado y deben hacer interpretación del texto constitucional, de antemano relaciono que en el segundo capítulo por sentir que es coherente con el tema de investigación, hare un breve esbozo sobre el control de constitucionalidad y algunas incidencias que, por cercanía geográfica, solo servirán de punto de partida referencial si al lector le interesa desarrollarlo.

Los interpretes constitucionales, cita Díaz Revorio que es “Cualquier sujeto, público o privado, puede interpretar la Constitución. Los autores que forman parte de la doctrina jurídica lo hacen habitualmente, aunque esta interpretación no tenga siempre un valor jurídico, en sentido estricto. Los poderes públicos también lo hacen de forma cotidiana, pues buena parte de sus actuaciones presuponen una determinada interpretación de los preceptos constitucionales (...) puede decirse que el legislador es el intérprete primario (...) el Tribunal Constitucional es otro de los intérpretes destacados de la Constitución. En comparación con el legislador, sería un intérprete secundario, en tanto su interpretación sólo se produce en caso de conflictos constitucionales, y a instancia de parte legitimada (...). A pesar de ese carácter secundario, se considera acertadamente que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución.”⁴⁴

En el caso del Estado de Guatemala, reitero lo relativo a la supremacía constitucional, lo cual me advierte que dentro las actuaciones administrativas como judiciales, se debe tomar prelación sobre los alcances que marca la ley

⁴⁴ F. J. Díaz Revorio. Ob. Cit. Págs. 24-27.



fundamental en cualquier ámbito, con lo cual infiero que la interpretación constitucional, no está reservada en su totalidad al tribunal constitucional, salvo los casos que por razón de competencia y como dice el último autor citado, sólo se produce en caso de conflictos constitucionales y a instancia de parte legitimada, y lo que le ordena la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en cuanto a la defensa del orden constitucional. Por ejemplo, viene con lo anterior a mi mente, la interpretación evolutiva, que edificó el Tribunal Supremo Electoral en materia electoral armonizada con el texto constitucional y con la cual superó las vicisitudes que provocó el denominado por los analistas políticos, como “*atípico proceso electoral dos mil quince*”, cuyo análisis es una invitación para una investigación específica por la jurisprudencia que en esta materia se sentó.





CAPÍTULO II

2. Jurisdicción constitucional

Resulta oportuno integrar varias ponencias acerca del tema a tratar dentro de este capítulo, en el que de forma armónica podremos conocer totalmente la función de la jurisdicción constitucional, sus alcances y efectos y las formas en las que se lleva a buen término, para iniciar cito lo vertido por Humberto Nogueira Alcalá, que indica lo siguiente “la supremacía constitucional es una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas jurídicas que se tiene por fundamentales y esenciales para preservar la forma política del Estado, su sistema de valores y el sistema de fuentes formales del derecho (...). La supremacía constitucional afirma el carácter normativo de la Carta Fundamental, lo que tiene como consecuencia admitir que las normas inferiores no pueden contradecirla.”⁴⁵

De esa cuenta, el constituyente establece los parámetros generales en los cuales las demás leyes indistintamente de su rango, deben supeditar su objeto a la Ley Fundamental, so pena de ser redargüido de inconstitucional y ser sometido al conocimiento del tribunal constitucional, el que determinara la tergiversación normativa con base a los argumentos vertidos.

2.1 Concepto de tribunal constitucional

Para efectos de la presente investigación, es importante conceptualizar lo que se entiende como Tribunal o Corte Constitucional, Elena Highton, indica que: “un tribunal o corte constitucional es aquel órgano que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la primacía de la Constitución. Tiene la atribución de revisar la

⁴⁵ H. Nogueira Alcalá. *Teoría de la jurisdicción constitucional en américa del sur y Chile*. Chile: Proyecto de investigación Fondecyt No. 1030581. 2003. Pág. 1-4.



adecuación de las leyes —y eventualmente de los proyectos de ley y los decretos del Poder Ejecutivo— a la Constitución, realizando un examen de constitucionalidad de tales actos.”⁴⁶

Siguiendo con esta temática, dentro de las publicaciones hechas por la Honorable Corte de Constitucionalidad de Guatemala, se recoge el siguiente concepto: “El Tribunal Constitucional, en su función de control constitucional, está facultado para establecer el ámbito constitucional en que se mueven las acciones y decisiones de los demás órganos constitucionales, pero no por ello sustituir a esos órganos en el ejercicio de sus poderes de decisión y acción, no estando facultado tampoco para determinar el contenido de tales decisiones o acciones. El Tribunal Constitucional, al ejercer la defensa de la Constitución no puede legislar, no puede arrogarse las funciones del Ejecutivo ni tampoco puede sustituir en su labor de juzgamiento a los tribunales ordinarios, su tarea debe limitarse al control de constitucionalidad de las normas y, en su caso, a la protección de los derechos fundamentales cuando las vías ordinarias hayan resultado infructuosas.”⁴⁷

2.2 Controles de constitucionalidad

Al hablar de control de constitucionalidad, es importante hacer la distinción de los controles que existen o en algunas latitudes coexisten, partiré de la varias veces citada sentencia del Juez Marshall al resolver el caso *Marbury vs Madison*, primer fallo jurisdiccional norteamericano, en el que se aludió al control sobre la constitucionalidad de las leyes que pueden ejercer cualquier juez, es decir lo que se conoce como el *judicial review*⁴⁸, este tipo de control o sistema, es el ejercicio

⁴⁶ E. I. Highton. *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*. México: Instituto de Investigación. Universidad Nacional Autónoma de México. 2010. Pág. 108.

⁴⁷ J. C. Cordón Aguilar. *El tribunal constitucional de Guatemala*. Guatemala: Opus Magna Constitucional. Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional- Corte de Constitucionalidad. 2011. Pág. 269.

⁴⁸ A manera de ilustración insertare un resumen obtenido de una fuente de información en referencia a la sentencia aludida “... De inicio, conviene mencionar es que el ponente en el caso Marbury (para abreviar) fue John Marshall, tal vez el más importante juez en la historia de la Corte



por los jueces respecto de la constitucionalidad de las leyes y se desarrolló notablemente en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, en el que la función ejercida por los tribunales y en especial por la Corte Suprema, han resultado trascendental para el reconocimiento de los derechos ciudadanos, y en general para la configuración actual Estadounidense. Sin embargo, es preciso recordar que la cuestión no hizo suficiente eco en los sistemas de Europa Occidental, en los que la preeminencia de las decisiones parlamentarias resultaba incuestionable y donde, además, quizás fruto de la revolución francesa y una tradición jurídica romano-civilista, el juez no era del todo confiable para delegarle una tarea de esa envergadura.

Suprema de Estados Unidos. Marshall asumió la Presidencia de la Suprema Corte en 1801, en un contexto en que el Poder Judicial se encontraba devaluado y carecía de protagonismo. Durante un tiempo, además presidente de la Corte, Marshall fue a la vez Secretario de Estado del presidente John Adams, del partido federal. Justo antes de que Adams deje la presidencia, para ser relevado por Thomas Jefferson (del partido republicano), el gobierno del partido federal designó a varios jueces de paz. Este proceso de designación involucraba el nombramiento por parte del presidente con la posterior ratificación del Congreso; tras ello, correspondía, como acto de perfeccionamiento formal, que el documento de nombramiento sea sellado y remitido por correo por el Secretario de Estado (cargo que, hasta el momento de los mencionados nombramientos, tenía Marshall). Lo cierto es que William Marbury fue nombrado juez de paz casi el último día de gobierno del partido federal y a John Marshall no le alcanzó el tiempo para sellar o enviar todos los nombramientos que acaban de hacerse, entre ellos el de Marbury. Ante ello, el nuevo Secretario de Estado nombrado por Jefferson, James Madison (uno de los coautores de El Federalista y quien luego llegaría a ser presidente de los Estados Unidos), se negó a sellar y a distribuir las credenciales pendientes, e incluso eliminó las plazas de juez creadas por Adams. William Marbury, seguramente sin imaginar lo que resultaría de ello, presentó un mandamus pidiendo al nuevo Secretario de Estado que le envíe su nombramiento, el cual ya estaba sellado. Este pedido, en aplicación de una disposición de la Judiciary Act (equivalente a nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial), llegó directamente a la Suprema Corte. Al resolver, la Corte (y especialmente Marshall, quien, como señalamos antes, era tanto Chief Justice del Tribunal como ponente de la causa) resolvió que, aunque era cierto que le asistía un derecho a Marbury y que este merecía tutela, la ley que habilitaba a la Suprema Corte a resolver un mandamus como el presentado contravenía lo dispuesto por la Constitución. Más específicamente, señaló que si bien la Judiciary Act habilitaba a la Corte Suprema para conocer algunos mandamus en primera instancia (con competencia originaria), dicha competencia legal resultaba inconstitucional, pues no se ajustaba a lo dispuesto por la Constitución (que disponía que, salvo algunos pocos supuestos, la Corte Suprema solo ejercía competencia “por apelación”). En esta línea, y con independencia de la situación de Marbury (a quien finalmente no se le tuteló el derecho), la Corte sostuvo que la Constitución establecía límites para los poderes públicos, los cuales no podían ser rasados por estos, prohibición que había sido desatendida por el Congreso al dar la Judiciary Act. Y lo más relevante: precisó que cuando una ley se opone a la Constitución esta deja de ser válida y, siendo así, declaró que la ley que establecía la competencia de la Suprema para que esta resuelva mandamus de manera directa no podía ser aplicada, por ser inconstitucional... <http://enfoquederecho.com/publico/el-caso-marbury-vs-madison-1803/> (Consulta: 30 de abril de 2016).



Con todo el debate doctrinario acerca de la necesidad de una jurisdicción constitucional especializada, Kelsen indicó que: “el orden jurídico no constituye un conjunto de normas coordinadas entre sí que se ubiquen en un mismo nivel, por el contrario, existe una jerarquía que determina distintos niveles de normas. Su unidad viene dada en razón de que la creación de una norma se encuentra determinada por aquella de grado superior, cuya creación, a su vez, se determina por un grado más alto. Así, cada orden jurídico supone creación de Derecho con relación al grado inferior y a la vez reproducción en cuanto al grado superior.”⁴⁹ Kelsen, señala que: “que la anulación del acto de inconstitucionalidad es la que representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución”.⁵⁰ De esa cuenta refiriéndose a la necesidad de contar con un órgano especializado argumenta que: “no es pues el parlamento con quien se puede contar para la realizar la subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales esto es una jurisdicción o Tribunal Constitucional.”⁵¹ En síntesis, tal y como menciona Alexy “el control de constitucionalidad es la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a – o en contra de- la legislación parlamentaria... el control de constitucionalidad sólo puede legitimarse si es compatible con la democracia. En tanto que el parlamento es el representante del pueblo, el ejercicio de autoridad estatal del poder legislativo es legítimo (...) la única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia es considerando que aquél es también una forma de representación del pueblo.”⁵²

⁴⁹ J. C. Córdón Aguilar. Ob. Cit. Págs. 258- 261.

⁵⁰ H. Kelsen. *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*. México: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional #10. 2008. Pág. 23.

⁵¹ *Ibíd.* Pág. 23.

⁵² P. A. Ibáñez y R. Alexy. *Jueces y ponderación argumentativa*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2006. Págs. 11-13.



2.3 Concepto de control de constitucionalidad concentrado y control difuso

Manifiesta Elena Highton⁵³, que los dos modelos institucionales primarios del derecho occidental presentan diferencias sustanciales en cuanto al órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad. Por un lado, está el esquema de revisión judicial o *judicial review*, por el cual se deja en manos de los jueces que integran el Poder Judicial la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando en sus sentencias el principio de la supremacía constitucional. Este sistema denominado difuso confiere a todos los jueces la tarea de control. O sea que todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad. Por otro lado, se presenta el sistema concentrado del modelo europeo que centraliza el ejercicio del control de constitucionalidad en un único órgano, que no forma parte del poder judicial, está fuera de su estructura normativa y se denomina Tribunal Constitucional.

Asimismo, en América Latina, de forma recurrente se ha adscrito un tercer modelo, que se constituye en instalar dentro del poder judicial jueces especializados, los cuales actúan dentro del ámbito de control de constitucionalidad.

Highton indica que: “la otra diferencia sustancial entre ambos sistemas se refiere a los efectos de las decisiones. En principio: a) las decisiones de los tribunales constitucionales tienen efectos erga omnes (...). b) Las decisiones de los jueces en el sistema difuso sólo tienen efectos inter-partes, aunque pueden llegar a constituir un precedente con fuerza diversa según el caso.”⁵⁴

2.4 Sistemas de control de constitucionalidad latinoamericanos

En América Latina el control de constitucionalidad es diverso, algunos países tienen un sistema mixto, en donde se combina el control concentrado europeo y el control

⁵³ E. I. Highton. Ob. Cit. Págs. 108-109.

⁵⁴ *Ibidem*. Pág.109.



difuso americano, otros Estados han propiciado adoptar únicamente uno de ellos y en la línea de la defensa del orden constitucional han adscrito al poder judicial salas especializadas, sobre el tópico de mérito, de esa cuenta se hará un breve acopio a los sistemas de control en Latinoamérica, esto con el objeto de enriquecer la presente investigación y dada la cercanía geográfica tener a bien obtener conclusiones sobre su campo de acción.

2.4.1 El sistema difuso de constitucionalidad en Argentina

Es un Estado soberano, bajo un sistema de gobierno republicano, representativo y federal. El sistema de control de constitucionalidad de normas legales es un sistema jurisdiccional difuso de control de constitucionalidad, ya que todos los jueces y tribunales pueden llevarlo a cabo. Asimismo, dadas las competencias de la Corte Suprema Argentina no podemos señalar que sea un Tribunal Constitucional, ya que tiene competencias propias de la máxima instancia de una judicatura ordinaria, a través de apelaciones y casaciones, lo que lo excluye como órgano especializado de jurisdicción constitucional con exclusión de competencias en materia jurisdiccional ordinaria.

2.4.2 El sistema concentrado de constitucionalidad en Bolivia

El Estado boliviano cuenta con un sistema de gobierno democrático participativo, Representativo y Comunitario. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional⁵⁵. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el

⁵⁵ *Constitución Política del Estado de Bolivia. 2009. Artículo 196.* I. El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.



procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia. El Tribunal Constitucional Plurinacional, estará conformado de la siguiente manera: Siete Magistradas y Magistrados titulares y siete Magistradas y Magistrados suplentes. Al menos dos Magistradas y Magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto-identificación personal. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional desempeñarán sus funciones por un periodo personal de seis años, computables a partir de la fecha de su posesión, no pudiendo ser reelegidas ni reelegidos de manera continua.

2.4.3 El sistema mixto de constitucionalidad en Brasil

El control de constitucionalidad brasileño combina el método difuso con el concentrado, el Supremo Tribunal Federal de Brasil está compuesto por once Ministros, escogidos entre ciudadanos brasileiros nativos, con más de 35 y menos de 65 años de edad, notable saber jurídico y reputación elevada. El proceso de nominación para el cargo vitalicio de Ministro del Supremo Tribunal Federal, se inicia con la indicación del Presidente de la República, observada la satisfacción de los pre-requisitos constitucionales. Después, el indicado debe ser aprobado por la mayoría absoluta del Senado Federal, cuya deliberación es precedida por pedido público por la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía de aquella Casa Legislativa. Una vez aprobado por el Senado, el escogido es nombrado por el Presidente de la República y está habilitado para tomar posesión del cargo, en sesión solemne del Plenario del Tribunal.

2.4.4 El sistema concentrado de constitucionalidad en Chile

El Estado Chileno se constituye en una república democrática, en donde el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, se concibe como un control a posteriori que se ejerce respecto de las leyes vigentes, siendo excepcional la



previsión de un sistema preventivo, la Constitución Política de la República de Chile, establece que 10 Ministros que integrarán el Tribunal Constitucional son designados de la siguiente forma: - 3 son de libre designación del Presidente de la República. - 4 son electos por el Parlamento: 2 nombrados directamente por el Senado y los otros 2 también son nombrados por el Senado a propuesta de la Cámara de Diputados. - 3 son designados directamente por la Corte Suprema en votación secreta. El Tribunal cuenta con dos Suplentes de Ministros, los que son designados cada tres años, quienes pueden reemplazar a los Ministros e integrar el Pleno o cualquiera de las salas sólo en caso que no se alcance el respectivo quórum para sesionar. Los Suplentes de Ministro son nombrados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado, elegidos de una nómina de siete personas que propone el Tribunal Constitucional, previo concurso público de antecedentes. Su estadía se circunscribe a nueve años en sus cargos y se renovarían por parcialidades cada tres.

2.4.5 El sistema mixto de constitucionalidad en Colombia

El sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad diseñado en la Constitución Política de Colombia es mixto, en la medida que combina elementos del modelo difuso y del concentrado.

La Corte Constitucional está integrada por nueve magistrados, nombrados por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años de ternas designadas por el Presidente de la República, el Organismo Judicial y el Consejo de Estado. Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelectos.

2.4.6 El Sistema híbrido de constitucionalidad en Costa Rica

La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, es el tribunal de mayor jerarquía del poder judicial. El tribunal tiene cuatro salas, tres denominadas salas de casación y la



sala constitucional, es decir, que Costa Rica prevé una sala especializada dentro de la Corte Suprema que ejerce la jurisdicción constitucional. “La Sala Constitucional, en ejercicio de sus funciones, conoce y resuelve en única instancia los asuntos sometidos a su conocimiento, lo que implica que sus decisiones no admiten recurso ulterior, excepto el recurso de adición y aclaración.”⁵⁶ La Sala Constitucional, está conformada por 7 magistrados propietarios y 14 suplentes. Los propietarios son elegidos por la Asamblea Legislativa, por medio de una votación mayor a los dos tercios de sus miembros. “El período de nombramiento es de ocho años con la posibilidad de reelección automática, si la Asamblea Legislativa no considera lo contrario. Para los suplentes su nombramiento es de 4 años.”⁵⁷

2.4.7 El sistema de constitucionalidad en Cuba

Previo a la revolución Castrista, el sistema de control de constitucionalidad cubana encontraba asidero en la Constitución de 1940⁵⁸ donde contemplaba la existencia de un tribunal de garantías constitucionales y sociales, como una de las salas del Tribunal Supremo de Justicia, que era parte del poder judicial. Actualmente le corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular determinar la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales.

⁵⁶ E. I. Highton. Ob. Cit. Págs. 124-125.

⁵⁷ http://www.ucsderecho.cimsacr.com/archivos/IQuatrimestre/SALA_CONSTITUCIONAL.doc (Consulta 17 de junio de 2016)

⁵⁸ **Art. 172-** El tribunal Supremo de justicia se compondrá de las Salas que la Ley determine. Una de estas salas constituirá el Tribunal de Garantía Constitucionales y Sociales. Cuando conozca de asuntos constitucionales será presidida necesariamente por el presidente del Tribunal Supremo y no podrá estar integrada por menos de quince Magistrados. Cuando se trate de asuntos sociales no podrá constituirse por menos de nueve Magistrados.



2.4.8 El sistema concentrado de constitucionalidad de Ecuador

La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia. Ejerce Jurisdicción nacional y su sede está en la ciudad de Quito. La Corte está integrada por nueve miembros que ejercen sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley. Sus miembros desempeñarán sus cargos por un período de nueve años, sin reelección inmediata y serán renovados por tercios cada tres años.

“Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres.”⁵⁹

2.4.9 El sistema híbrido de constitucionalidad en El Salvador

La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia. La declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general, y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por la Constitución para las leyes, decretos y reglamentos. Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad (Difuso) de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales. El Artículo 174 de la ley fundamental Salvadoreña prescribe, que la Corte Suprema de

⁵⁹ http://www.crdc.unige.it/docs/articles/jurisdiccion_constitucional_en_America.pdf (Consulta 17 de junio de 2016).



Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo.

“La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional, será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano.”⁶⁰

La sala de lo constitucional estará integrada por cinco Magistrados designados por la Asamblea Legislativa. Su Presidente será elegido por la misma en cada ocasión en que le corresponda elegir Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el cual será Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial por un período de nueve años.

2.4.10 El sistema mixto de constitucionalidad en Guatemala

“La Constitución de 1985 adoptó una fórmula combinada estableciendo, por una parte, la Corte de Constitucionalidad, con carácter de tribunal permanente de jurisdicción privativa, para la función esencial de defender el orden constitucional, independiente de los demás organismos del Estado con funciones específicas asignadas en la ley matriz y en la propia (artículos 268 y 272); por otra, habilitó a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria para decidir, por denuncia de su inconstitucionalidad, la inaplicación de ley en casos concretos”.⁶¹

⁶⁰ <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Judicial/Suprema/competencia.html> (Consulta: 02 de febrero de 2016)

⁶¹ L. F. Sáenz Juárez. *Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala*. Guatemala: Corte de Constitucionalidad. 2004. Pág. 44.



La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco magistrados titulares, cada uno de los cuales tendrá su respectivo suplente. Cuando conozca de asuntos de inconstitucionalidad en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el Presidente o el Vicepresidente de la República, el número de sus integrantes se elevará a siete, escogiéndose los otros dos magistrados por sorteo de entre los suplentes. Los magistrados durarán en sus funciones cinco años y serán designados en la siguiente forma:

- Un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia.
- Un magistrado por el pleno del Congreso de la República.
- Un magistrado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.
- Un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados.

Simultáneamente con la designación del titular, se hará la del respectivo suplente, ante el Congreso de la República.

Se considera mixto el sistema de control constitucional guatemalteco, porque aunado a la función concentrada de la Corte de Constitucionalidad, los tribunales de la jurisdicción ordinaria, conocen de inconstitucionalidades en caso concreto, cuyo resultado es inaplicar al caso sometido a consideración, aquella norma jurídica que se estime inconstitucional, en el momento de emitir el fallo correspondiente, dichas acciones de control constitucional, se pueden interponer como acción, excepción o incidente .

2.4.11 El sistema híbrido de constitucionalidad en Honduras

La Corte Suprema de Justicia, estará organizada en salas, una de las cuales es la de lo Constitucional, a quien corresponde el conocimiento de los recursos de *Hábeas Corpus*, *Hábeas Data*, Amparo, Inconstitucionalidad y Revisión.



La Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Constitucional, es el intérprete último y definitivo de la Constitución de la República y como órgano máximo de la Justicia Constitucional, tiene como quehacer esencial la tutela de los derechos fundamentales, así como la protección del orden jurídico constitucional. El control judicial concentrado es ejercido exclusivamente por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Conoce de los asuntos mediante una acción intentada por las personas interesadas o por vía incidental (sea por excepción o de oficio), mediante la remisión que le haga de la cuestión un juez ordinario.

2.4.12 El sistema difuso de constitucionalidad en México

“México ha experimentado la trascendencia del modelo europeo continental o “austriaco” de los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de controversias derivadas de la aplicación de la normas constitucionales y por ello, sin llegar al establecimiento de un Tribunal, Corte o Sala constitucionales de carácter autónomo, las reformas de 1998 y 1999 concentraron en la suprema Corte de Justicia la última instancia de las citadas controversias estrictamente constitucionales, pero sin conferir a este órgano la denominación expresa del Tribunal Constitucional”⁶². “En el caso de México, debe indicarse que cuenta con un sistema difuso en la que la defensa de los derechos y libertades fundamentales se refiere. Sin embargo, es la Suprema Corte de Justicia a la corresponde, de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (a la que remite el artículo 94 de la Constitución), resolver las acciones de inconstitucionalidad. Cabe señalar que el sistema de justicia constitucional mexicano es sumamente interesante, es especial, por haberse desarrollado aquí el instituto del juicio de amparo como

⁶² L. Ríos Álvarez. *Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico de los tribunales constitucionales de Latinoamérica*. Uruguay: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 2007. Pág. 284.



mecanismo jurisdiccional para la protección de los derechos fundamentales⁶³. La Suprema Corte de Justicia está compuesta por once ministros.

2.4.13 El sistema híbrido de constitucionalidad en Nicaragua

La Corte Suprema de Justicia se integrará en salas, que estarán conformadas con un número no menor de tres Magistrados cada una: Civil, Penal, de lo Constitucional y de lo Contencioso-Administrativo, cuya organización e integración se acordará entre los mismos Magistrados. La Corte Plena conocerá y resolverá los recursos de inconstitucionalidad de la Ley, y los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los Poderes del Estado.

La Corte Suprema de Justicia estará, integrada por dieciséis magistrados electos por la Asamblea Nacional, por un período de cinco años. La sala de lo constitucional, a través de sus sentencias es la competente para interpretar la Constitución Política, se integra con seis magistrados. En el ordenamiento nicaragüense convive el control directo con el control incidental. En efecto, junto a la competencia reconocida a la Corte Suprema de Justicia para conocer del recurso de inconstitucionalidad de la ley, se regula lo que denomina la inconstitucionalidad en casos concretos. De todos modos, este control incidental está sujeto, de una manera u otra, a control por parte de la Corte Suprema, lo que reduce los riesgos de discrepancias interpretativas e introduce elementos de concentración del sistema de justicia constitucional.

2.4.14 El sistema concentrado de constitucionalidad de Panamá

“El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales

⁶³ J. C. Cordón Aguilar. Ob. Cit. Pág. 285.



arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia. La Corte Suprema de Justicia estará compuesta del número de Magistrados que determine la Ley, nombrados mediante acuerdo del Consejo de Gabinete, con sujeción a la aprobación del Órgano Legislativo, para un periodo de diez años”⁶⁴. Se desprende que el modelo que sigue la justicia constitucional en Panamá, es el sistema concentrado, al atribuir a la Corte Suprema de Justicia, privativamente, dicha competencia. No obstante existir un sistema del control de la constitucionalidad concentrado, ello no implica que se trate de una jurisdicción especial o que la Corte sólo conozca del control de la constitucionalidad de las leyes.

2.4.15 El sistema concentrado de constitucionalidad en Paraguay

La Corte Suprema de Justicia estará integrada por nueve miembros. Se organizarán en salas, uno de las cuales será constitucional, elegirá de su seno, cada año, a su Presidente. Sus miembros llevarán el título de Ministro. Sus requisitos para integrar la Corte Suprema de Justicia, tener nacionalidad paraguaya natural, haber cumplido treinta y cinco años, poseer título universitario de doctor en Derecho y gozar de notoria honorabilidad. Además, haber ejercido efectivamente durante el término de diez años, cuanto menos, la profesión, la magistratura judicial o la cátedra universitaria en materia jurídica, conjunta, separada o sucesivamente. Los ministros de la Corte Suprema de Justicia sólo podrán ser removidos por juicio político. Cesarán en el cargo cumplida la edad de setenta y cinco años”⁶⁵. Los deberes y atribuciones de la sala constitucional integrada por tres miembros se circunscriben en conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución en cada caso concreto, y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a este caso, y decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias

⁶⁴ <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Judicial/Suprema/requisitos.html> (Consulta: 26 de septiembre 2016)

⁶⁵ <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Judicial/Suprema/composicion.html> (Consulta: 26 de septiembre de 2016)



definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución.

El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte. Como señala Becker citado por Humberto Nogueira “la Constitución paraguaya establece un mecanismo de control de constitucionalidad de tipo jurisdiccional concentrado, ejercido en forma exclusiva por la Corte Suprema de Justicia. Dicha facultad está vedada para los órganos jurisdiccionales inferiores, quienes tienen el deber de elevar los antecedentes a la Corte para que se pronuncie.”⁶⁶

2.4.16 El sistema mixto de constitucionalidad en Perú

En Perú coexisten el modelo americano y el modelo europeo. De conformidad con la Constitución Política del Perú, el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente, porque en el ejercicio de sus atribuciones no depende de ningún órgano constitucional y se encuentra supeditado a la Constitución. Se le ha confiado la defensa del principio de supremacía constitucional, es decir, que como supremo intérprete de la Constitución, cuida que las leyes o actos de los órganos del Estado no socaven lo dispuesto por ella. Interviene para restablecer el respeto a la Constitución en general y de los derechos constitucionales en particular. El Tribunal se compone de siete miembros elegidos por el Congreso de la República por un período de cinco años. No hay reelección inmediata.

⁶⁶ H. Nogueira Alcalá. Ob. Cit. Pág. 52.



2.4.17 El sistema mixto de constitucionalidad en República Dominicana

La Constitución Política de la República Dominicana, establece un control mixto de constitucionalidad primero por la existencia de un Tribunal Constitucional (Concentrado) para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria. El Tribunal Constitucional estará integrado por trece miembros y sus decisiones se adoptarán con una mayoría calificada de nueve o más de sus miembros, siendo designados por el Consejo Nacional de la Magistratura. “Sus integrantes serán inamovibles durante el tiempo de su mandato. Los jueces de este tribunal serán designados por un único período de nueve años. No podrán ser reelegidos, salvo los que en calidad de reemplazantes hayan ocupado el cargo por un período menor de cinco años. La composición del Tribunal se renovará de manera gradual cada tres años.”⁶⁷ Asimismo, se evidencia en el cuerpo de la Constitución dominicana que los tribunales de la República (Difuso) conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento.

2.4.18 El sistema concentrado de constitucionalidad en Uruguay

“La Constitución de Uruguay atribuye a la Suprema Corte de Justicia la jurisdicción exclusiva y originaria para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y otros actos del Estado que tengan fuerza de ley, con fundamento tanto en razones substantivas como formales. El sistema se pronuncia, a posteriori, y está en condiciones de verificar el contenido y la forma de sanción de la ley.”⁶⁸

⁶⁷http://www.cijc.org/conferencias/StoDomingo2014/Documents/2015_X_Conferencia_Iberoamericana.pdf (Consulta: 18 de diciembre de 2015)

⁶⁸ E. I. Highton. Ob. Cit. Pág. 145.



La Suprema Corte de Justicia se compondrá de cinco miembros. Los miembros de la Suprema Corte de Justicia serán designados por la Asamblea General por dos tercios de votos del total de sus componentes. Los miembros de la Suprema Corte de Justicia durarán diez años en sus cargos y no podrán ser reelectos sin que medien cinco años entre su cese y la reelección.

2.4.19 El sistema mixto de constitucionalidad de la República Bolivariana de Venezuela

La Constitución prevé ambos sistemas, el control difuso y el control concentrado. Todos los jueces o juezas de la República (Difuso), en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, y en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley. El Tribunal Supremo de Justicia funcionara en sala plena y en las salas Constitucional, político administrativo, Electoral, de Casación Civil, Penal y Social (Comprende lo referente a la Casación Agraria, Laboral y de menores). Durarán en el ejercicio del cargo un único período de doce años, elegidos por la Asamblea General. Las salas que estructuran al Máximo Tribunal de la República son seis (6). Cada una de ellas está integrada por cinco (5) Magistrados o Magistradas, a excepción de la sala Constitucional que la conforman siete (7) Magistrados o Magistradas. El Tribunal Supremo de Justicia en Pleno está constituido por los treinta y dos Magistrados o Magistrados de las seis salas.

CAPÍTULO III



3. Argumentación jurídica

3.1 El Derecho como argumentación

El presente instrumento académico tiene como objeto el identificar de manera somera las teorías en las que versa la argumentación jurídica, la estructura de los modelos en los que se sustenta el lenguaje del Derecho, teniendo a bien ofrecer reglas y principios, que tiendan a dilucidar los tópicos que se derivan en el ámbito del derecho, haciendo la invitación al lector, para el desarrollo de una investigación específica por el cúmulo importante de bibliografía que existe al respecto.

El profesor Atienza indica que: “el Derecho es, obviamente, un fenómeno muy complejo y que puede contemplarse desde muy diversas perspectivas. Tres de esos enfoques han tenido (...) relevancia teórica. Al primero se lo puede llamar estructural y tiende a identificarse con el normativismo jurídico, pues parte de la idea de que el Derecho se compone esencialmente de normas. Usando una metáfora arquitectónica, podría decirse que se trata de mostrar, de describir, las partes de las que se compone el edificio jurídico y cómo se ensamblan entre sí. Otro posible enfoque consiste en estudiar el Derecho desde un punto de vista funcional: para qué sirve cada una de las partes del edificio, y qué función cumple todo él en el contexto en el que está inserto (...) desde una tercera perspectiva, es posible fijarse en la idealidad del Derecho. No en el edificio ya construido, con todos sus defectos, sino en lo que tendría que ser un edificio modélico (el Derecho justo). Las mejores versiones del Derecho natural (las que no han consistido en



una mistificación del Derecho positivo) pueden verse de esta manera: como una propuesta de lo que habría que entender por Derecho racional.”⁶⁹

Para el autor previamente citado indica que “aunque el Derecho no pueda, naturalmente, reducirse a argumentación, el enfoque argumentativo del Derecho puede contribuir de manera decisiva a una mejor teoría y a una mejor práctica jurídica.”⁷⁰

3.2 Concepto de argumentación

Varios enfoques siguiendo a Atienza indica que: “la argumentación como una actividad o un arte dirigido a establecer o descubrir las premisas... debe atenerse a ciertas reglas (...). 1) Argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje... 2) Una argumentación presupone siempre un problema (...) cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema de que se trate. 3) Una argumentación supone tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad (...). 4) Argumentar es una actividad racional, en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación; o sea, siempre parece tener sentido preguntarse si una argumentación es buena o mala, mejor o peor que otra, aparentemente buena, pero en realidad mala (...).”⁷¹

La argumentación también precisa de varias concepciones entre las que el profesor Atienza⁷² lo individualiza de la siguiente manera:

- a) **La concepción formal**, ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido de que hace abstracción del contenido de verdad, o de corrección de las premisas y de la conclusión. Responde a

⁶⁹ M. Atienza Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, España: Editorial Trotta. 2013. Pág. 19.

⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 107.

⁷¹ *Ibidem*. Pág. 109.

⁷² *Ibidem*. Págs. 110-111.



problemas de naturaleza formal: si a partir de enunciados —premisas— de tal forma, se puede pasar a otro —conclusión— de otra determinada forma.

- b) **La concepción material**, lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos: los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados. Responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer; o sea, no problemas formales, sino materiales: explicar, descubrir o predecir un acontecimiento, recomendar o justificar un curso de acción, etc.
- c) **La concepción pragmática**, contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística, como una serie de actos de lenguaje o un acto de lenguaje complejo; lo que se privilegia, por tanto, no es la dimensión sintáctica o semántica del lenguaje, sino la pragmática. Lo que desencadena la argumentación son problemas relativos a lograr la persuasión de un auditorio, o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico.

3.3 Noción de la argumentación jurídica

Para conocer la noción de la argumentación jurídica, me he permitido citar lo manifestando por el Doctor José Antonio Pinto Fontanillo, en cuanto a este tema que indica: “(...) La argumentación jurídica, hoy, no puede entenderse únicamente como una metodología para resolver conflictos sociales. Su papel está también en el campo de la crítica y la investigación social de todos aquellos fenómenos susceptibles de una solución más o menos coactiva, más o menos vinculante; es decir de una solución jurídica (...).”⁷³ Siguiendo al Doctor Pinto indica que puede diferenciar modelos para el ejercicio de la argumentación “(...) El primer modelo

⁷³ J. A. Pinto Fontanillo. *La Teoría de la Argumentación Jurídica en Robert Alexy*. Madrid, España: Tesis Doctoral. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 2003. Pág. 101.



utiliza el tejido jurídico como referencia para una posterior actuación argumental; es decir, una fase pasiva seguida de una fase activa. En cambio, el segundo modelo estaría constituido por una sola fase activa, que consistiría en identificar o reconocer el problema dentro del ordenamiento. En última instancia, de lo que se trata es de un modelo aporético que pone el sistema a disposición del problema, frente a un modelo sistemático, que ha de encajar el problema en el sistema. Por otra parte, aunque en Alexy no encontramos una separación explícita entre lo que entiende por argumentación jurídica y lo que entiende por discurso jurídico, puede inferirse por el diferente contexto en que los ubica que no son términos equivalentes. En tanto el discurso puede entenderse como construcción teórica disponible para su utilización en el ámbito del debate jurídico allí donde se produzca, la argumentación jurídica representaría la parte activa del debate, es decir, la pretensión de intervenir (...).”⁷⁴

De lo manifestado por el doctor José Antonio Pinto Fontanillo, en cuanto a los modelos citados cabe destacar que en el primero de ellos, instituye el hecho de identificar los parámetros jurídicos de los que puede ser objeto un determinado hecho, el punto en ello es que con que tesis se va a desarrollar la argumentación y del porque fue utilizado determinado postulado, toda vez que no se puede ante una judicatura recitar un compendio normativo, puesto que el juez conoce del derecho, el objetivo es argumentar e inclinar el pensamiento del juzgador para determinada tesis en abstracto. Asimismo, en el segundo modelo se limita a identificar únicamente el problema a lo que señala que el doctor Pinto Fontanillo, que resultaría en una aporía, término que según la Real Academia Española define como un enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional, puesto que con ello tal y como recalca el autor antes mencionado, se pone el sistema a disposición del problema, frente a un modelo sistemático, que ha de encajar el problema en el sistema.

⁷⁴ Ibídem. Pág. 101.



En cuanto a la estructura de la argumentación jurídica señala el autor antes citado que: “la necesidad de dar respuesta tanto a los casos clásicos, como a aquellos más complicados, hace que la argumentación pase de ser un proceso de simple deducción a un debate complejo donde hay que tener en cuenta a los actores, a los hechos y a todo tercero susceptible de ser, no ya sujeto de derecho, sino posible sujeto de argumentación.”⁷⁵

3.4 Discurso racional y discurso jurídico

Para Pinto Fontanillo,⁷⁶ al hacer relación del discurso racional y el jurídico indica: “El discurso racional es, pues, la condición de posibilidad de todo lenguaje específico quien, además de las reglas y método que le sean propios, debe transitar por ese camino común si no quiere incurrir en déficits de validez y seguridad. El discurso racional es la raíz de toda argumentación, no sólo porque se fundamenta en ella sino porque admite la traslación a otros discursos (...). El discurso jurídico está en la base de toda dialéctica jurídica. Las pretensiones de credibilidad de ésta dependen de la confianza que inspire aquél respecto a su naturaleza, estructura y verosimilitud. Su ámbito aplicativo se concreta en tres niveles: el de la dogmática, el del debate institucional que dará lugar a la génesis del cuerpo legislativo y reglamentario, y el propio proceso judicial. Cabría añadirle un cuarto espacio operativo, el de la crítica jurídica que aglutinaría la controversia suscitada en cualquiera de las instancias mencionadas”.

3.5 Teorías de la argumentación jurídica

En este apartado es necesario verificar la importancia que brinda la retórica y la tópica a los juristas, en cuanto a la búsqueda de resolución de distintas vicisitudes

⁷⁵ *Ibídem.* Pág. 101.

⁷⁶ *Ibídem.* Págs. 61-69.



y el modelo ideal de racionalidad. El interés en la retórica, resurge del planteamiento realista y la forma de superar las distintas posturas que para el efecto se ha vertido. La evolución ha tenido diferentes matices representativos e influyentes, la propuesta deviene el análisis del discurso jurídico, que permita extraer reglas de su racionalidad, criterios que dispensen de la retórica de una actividad puramente formal y se convierta en una actividad jurídica racional y argumentativa. Muchos de los precursores de teorías argumentativas, cimentaron en la lógica, para desencadenar en el la tópica y la retórica, frente a la posibilidad citan algunos autores de una lógica jurídica formal, es decir, una lógica del razonamiento jurídico.

El doctor García Amado indica que “surgen varias doctrinas con esa común orientación. Perelman rescatará la retórica aristotélica para mostrar la racionalidad argumentativa del razonamiento jurídico y elaborar su teoría de la argumentación; Viehweg acudirá también a la tradición para rescatar la tópica y mostrar el carácter tópico del razonamiento orientado a la justificación de la acción; Recaséns Siches creará el concepto de logos de lo razonable para expresar el tipo de racionalidad que preside esos campos; y en el ámbito de la filosofía, pero tomando al Derecho como campo de aplicación prototípico, Toulmin mostrará que también en el razonamiento práctico se contienen fundamentaciones y que también en el razonamiento empírico o analítico se interrumpe en algún punto la cadena de explicaciones o justificaciones de las premisas, con lo que desaparece la diferencia radical en cuanto a la racionalidad de ambos razonamientos. Se ponen así las bases de lo que se llamará, grosso modo, teorías de la argumentación jurídica, y que suponen en realidad un nuevo paradigma para la metodología jurídica y la filosofía del Derecho en general.”⁷⁷

⁷⁷ J. A. García Amado. *Interpretación y Argumentación Jurídica: Modulo Instruccional*. San Salvador, El Salvador: El Consejo. 2004. Pág. 38.



a) Tópica Jurídica de Theodor Viehweg

Es preciso destacar que, al defender una posición por medio de argumentos, es fundante, el que las opiniones asumidas generalizadamente pueden evitar un innecesario esfuerzo. Theodor Viehweg, jurista y filósofo alemán, es considerado como precursor de la moderna teoría de la argumentación jurídica, sus trabajos tuvieron un destacable reconocimiento en el ámbito de la tópica jurídica de la cual se desarrolló la argumentación jurídica. El jurista citado, no le daba prelación al problema de la racionalidad de la decisión final y de las diversas valoraciones que la sustentaban, su preocupación indica el doctor García Amado “no estaba en la racionalidad de los argumentos sino como la pluralidad de argumentos utilizables para cada caso se obtienen y se legitiman socialmente como igualmente válidos en tanto propuestas de colusión para el mismo.”⁷⁸

Sigue manifestando el doctor García Amado, que “Para Viehweg, el trabajo práctico con el Derecho tiene una naturaleza tópica, pues en él, la búsqueda de solución para un problema práctico es determinante y tal solución no es aportada de modo inequívoco por ningún género de sistema. Por mucho que los ordenamientos jurídicos traten de ordenarse sistemáticamente, sus contenidos no serán producto originariamente de la necesidad lógica, sino de la opción entre premisas posibles; y la interpretación y aplicación de esos contenidos elevados a normas estará determinada también por una serie de opciones y decisiones, ya que las normas no se pueden formular en un lenguaje formal e inequívoco, existen lagunas, etc. (...). La tópica sería aquella disciplina que proporciona los tópicos o argumentos de que el jurista o cada parte en un litigio jurídico pueden echar mano para justificar la decisión tomada o propuesta. Los tópicos serían premisas posibles e igualmente válidas para el razonamiento jurídico en cada caso práctico (...). Esos tópicos o argumentos podrán ser de muy diverso tipo, desde principios del Derecho a brocardos o dichos jurídicos, lugares comunes, evidencias sociales

⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 39.



compartidas, precedentes, postulados de justicia, las mismas normas jurídicas, etc.”⁷⁹

De esa cuenta la tónica jurídica, en su búsqueda de solución, reviste del análisis de sus respectivos tópicos y del cúmulo importante argumentos que son puestos a consideración, la teoría de Viehweg, señala que el beneplácito, es primordial al iniciar la argumentación y que para que esta funcione de soporte de aquellos tópicos o argumentos en menester contar con una aquiescencia consensuada y que socialmente sea aceptada.

Siguiendo a Manuel Atienza y con objeto de la presente investigación, se resume lo vertido al respecto: “Para la noción de problema es clave en la Tónica de Viehweg. Según él, el método o el estilo de pensamiento característico del jurista es la tónica, y la tónica es una técnica del pensamiento problemático (...). Viehweg distingue entre el modo de pensar problemático o aporético y el modo de pensar sistemático, aunque esa distinción, para él, tenga un carácter simplemente relativo. Todo pensamiento, toda disciplina surge a partir de problemas y da lugar a algún tipo de sistema, pero el acento puede recaer en uno u otro elemento. Si el acento se pone en el sistema, entonces éste opera una selección de los problemas, de manera que los que no caen bajo el sistema son apartados y quedan, sencillamente, sin resolver. El problema lleva así a una selección de sistemas y, en general, a una pluralidad de sistemas (...). El punto más importante en el examen de la tónica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema... La tónica pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante a fin de no quedar detenido sin remedio.”⁸⁰

⁷⁹ J. A. Pinto Fontanillo. Ob. Cit. Págs. 39-40.

⁸⁰ M. Atienza. Ob. Cit. Págs. 662-663.



b) Retórica de Chaim Perelman

Según la tesis de este jurista y filósofo nacido en Varsovia, citado por García Amado es que “no hay valor que no sea lógicamente arbitrario y puesto que no hay reglas susceptibles de proporcionar una solución definitiva al problema de la buena elección, cada elección constituye un riesgo, una opción que afecta a la responsabilidad del hombre que ha optado. No obstante, y dado ese inevitable componente decisorio, en una segunda etapa trata Perelman de ir más allá de esa postura relativista y busca la forma de dotar de justificación racional a las opciones por unos sistemas de valores frente a otros (...). La idea clave para la nueva doctrina perelmaniana estará en los conceptos de decisión y juicio de valor, y la retórica ocupará precisamente ese puesto de lógica de los juicios de valor.”⁸¹

Continúa manifestado este autor que: “la retórica, tal como la concebimos dice Perelman consistirá en un estudio de los medios de argumentación que permiten obtener o acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se someten a su asentimiento (...) es persuadir a un auditorio, al que se ha de conocer, de que la decisión está de acuerdo con sus exigencias (...) toda argumentación se desarrolla en función de un auditorio”.⁸²

Para Robert Alexy: “el concepto básico de la teoría de Perelman es el concepto de auditorio (...) el auditorio es el conjunto de aquellos sobre los que quiere influir el orador por medio de su argumentación.”⁸³ Asimismo, Alexy, señala que: “con el concepto de auditorio universal, se vinculan otras dos importantes distinciones: la que existe entre persuadir y convencer, o bien entre argumento eficaz y válido. Quien busca solo el acuerdo de un auditorio particular, trata de persuadir; quien se esfuerza por lograr el del auditorio universal, quiere convencer. En consecuencia,

⁸¹ J. A. García Amado. Ob. Cit. Pág. 42.

⁸² *Ibíd.* Pág. 44.

⁸³ R. Alexy. *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, Prisma Industria Gráfica, S. 1997. Pág.158.



los argumentos que encuentran el acuerdo del auditorio universal son válidos, mientras que los que solo son aceptados por un auditorio particular son solo eficaces. Perelman subraya ciertamente que la frontera entre convencer y persuadir con frecuencia no se puede trazar de una manera clara, y que existe una interrelación entre eficacia y validez.”⁸⁴

De esa cuenta la retórica, su intención es acumular la aceptación generalizada por medio de la persuasión y que dicha acción este de acuerdo con las exigencias y su adaptación al grupo objetivo al que va dirigido para obtener su convencimiento, lo que se conoce como la adhesión de espíritus y que a su vez depende de las virtudes del argumentador⁸⁵ que justifica su accionar, tal y como

⁸⁴ *Ibidem*. Pág.164.

⁸⁵ El doctor Manuel Atienza, prevé *Diez (10) consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador*.

1. El mejor consejo que puede darse a quien desee argumentar bien en el Derecho o en cualquier otro ámbito es prepararse bien. Picasso decía que la inspiración existe, pero tiene que pillarte trabajando. De manera semejante, la habilidad dialéctica, argumentativa, existe, pero tiene que pillarte preparado, conocedor del fondo del asunto. No se puede argumentar bien jurídicamente sin un buen conocimiento del Derecho, de los materiales jurídicos, y de la teoría del Derecho, de los instrumentos adecuados para manejar aquellos materiales.

2. Hay aspectos comunes a cualquier tipo de argumentación, pero también rasgos peculiares de cada campo, de cada tipo de debate. Por ejemplo, lo que es apropiado para una conferencia (la exposición por extenso de una tesis) no lo es para el que participa en una mesa redonda: una buena presentación de la tesis que se desea defender en ese tipo de debate no tiene por qué ser una “mini conferencia”; lo importante aquí no es efectuar una exposición completa, exhaustiva, sino más bien clara, razonablemente informativa, que estimule la discusión y prepare de alguna forma para, al final, persuadir al auditorio.

3. No se argumenta mejor por decir muchas veces lo mismo, ni por expresar con muchas palabras lo que podría decirse con muchas menos. La amplitud excesiva del discurso aumenta las probabilidades de cometer errores y corre el grave riesgo de provocar hastío en el oyente.

4. En una discusión, en un debate racional, esforzarse porque el otro tenga razón —como alguna vez propuso Borges— parece demasiado. Pero esforzarse por entender bien lo que el otro ha dicho es una exigencia moral —en el sentido amplio de la expresión— que resulta además bastante útil como recurso retórico o dialéctico: hace más difícil que podamos ser refutados (por ejemplo, con un «yo no he dicho eso») y aumenta las probabilidades de que nuestros contendientes estén también dispuestos a entendernos bien.

5. Cuando se argumenta en defensa de una tesis, no estar dispuesto a conceder nunca nada al adversario es una estrategia incorrecta y equivocada. Hace difícil o imposible que la discusión pueda proseguir y muestra en quien adopta esa actitud un rasgo de carácter, la tozudez, que casi nadie aprecia en los demás. No es, por tanto, un buen camino para lograr la persuasión.

6. Cuando se argumenta con otro, uno puede tener la impresión de que los argumentos de la parte contraria funcionan como una muralla contra la que chocan una y otra vez nuestras razones. Por eso, una vez probada la solidez de esa defensa, lo más aconsejable es ver si uno puede tomar la fortaleza intentando otra vía. Esa maniobra debe hacerse sin desviar la cuestión. O sea, no se trata de disparar torcido, sino de disparar desde otro lado, cambiando la posición.



ejemplifica y señala Alexy que: “el auditorio de un orador en el parlamento puede ser su fracción, el parlamento o todo el pueblo. La finalidad de toda argumentación es lograr o fortalecer la adhesión del auditorio. Para conseguirlo, el orador debe adaptar su discurso al auditorio. La misma afirmación puede ser, para un auditorio, un argumento en favor de una tesis del orador, y para otro auditorio, una tesis en contra.”⁸⁶

De lo antes manifestado, resalto la frontera entre lo que sería el discurso y la argumentación jurídica, partiendo de la premisa general de que los jueces conocen la ley y que no se puede alegar inobservancia de la misma, el tópico deviene procedente identificar cual es la estructura de la norma jurídica, porque de ello al conocer no solo los presupuestos, la intención es que en el momento de disertar sobre un caso concreto se pueda identificar la intencionalidad legislativa en cuanto al valor axiológico que engloba, procurando que vía interpretación se pueda identificar los intereses preponderados de carácter general y la argumentación con la que se expone brinde el soporte para que no sea calificado como un simple discurso, en el cual solo se citan la leyes aplicables al caso objeto de análisis.

7. La argumentación no está reñida con el sentido del humor, pero sí con la pérdida del sentido de la medida. Hay ocasiones en que no es apropiado hablar en broma (por ejemplo, del holocausto, del genocidio de un régimen militar...) y hay bromas y bromas. Para distinguir unas de otras, el mecanismo más simple y efectivo consiste en ponerse en el lugar del que tiene que soportar la broma.

8. No se argumenta bien por hacer muchas referencias a palabras prestigiosas, autores de moda, etc. Lo que cuenta es lo que se dice y las razones que lo avalan: la calidad y fortaleza de esas razones son responsabilidad exclusiva del que argumenta.

9. Frente a la tendencia, natural quizás en algunas culturas, a irse por las ramas no cabe otro remedio que insistir una y otra vez en ir al punto, en fijar cuidadosamente la cuestión.

10. En cada ocasión, hay muchas maneras de argumentar mal y quizás más de una de hacerlo bien. Este (ligero) apartamiento de la regla de la multiplicidad del error y la unicidad de la verdad se debe a que en la argumentación las cuestiones de estilo son importantes. Como ocurre con los autores literarios, cada persona que argumenta tiene su estilo propio y es él el que ha de esforzarse, primero, por encontrarlo, y luego, por elaborarlo.

“Diez Consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador”
https://www.google.com.gt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0ahUKEWjGu6_eiKfUAhVE0iYKHX7KBNAQFgggMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cervantesvirtual.com%2FdescargaPdf%2Fdiez-consejos-para-argumentar-bien-o-decologo-del-buen-argumentador-0%2F&usq=AFQjCNFce8BB1ub7Su3_vdG-nOfmxOHZqw (Consulta: 04 junio 2016).

⁸⁶ R. Alexy. Ob. Cit. Pág. 158.



c) Teoría de la argumentación de Habermas

Este tratadista se suma al pensamiento de Perelman, relativo a la argumentación de tipo racional, que tiene como objetivo el difundir argumentos persuasivos que rindan sus réditos en el convencimiento generalizado. Sin embargo, el pensamiento tiende a verificarse una arista que aparecía en la tesis precedente de Perelman y que cita García Amado al indicar que la retórica” recibe en Habermas un ulterior fundamento que no estaba presente en Perelman. En efecto, los presupuestos de la argumentación racional, sintetizados en el principio de universalización, se darían en toda argumentación como condición de posibilidad y de sentido del lenguaje mismo. El argumentar buscando el consenso libre de todo ser racional, buscando lo que Perelman llamaba convencer y no meramente persuadir, ya no es un postulado moral producido sin más por la conciencia individual ni una simple recomendación práctica para una mejor convivencia, sino un presupuesto que damos por válido y sentado cada vez que nos comunicamos, de forma que quien mediante la argumentación no busca el libre acuerdo sino la manipulación, quien no defiende intereses generalizables, sino egoístas, estaría contradiciendo tales presupuestos de su propia actividad argumentativa e incurriendo en contradicción pragmática (...).⁸⁷

Queda como resultado, que no precisamente el argumento va aparejado de una persuasión moralmente aceptada, se corre el peligro como se dice comúnmente, “el acarreo de las masas por medio de la retórica”, no descarto con esto que argumentar es un arte, propio de unir o dividir, la adaptación al foro es primordial en el momento de disertar determinado tema y con ello lograr en su favor una pretensión y que a diferencia del auditorio universal de Perelman aparece en Habermas la comunidad ideal de diálogo, en la cual el discernimiento es toral y las cuestiones prácticas se pueden resolver racionalmente, se suma a esto lo manifestado que: “la comunidad ideal de diálogo ya no es la simple agregación imaginaria de todos los seres racionales, sino aquella situación ideal en la cual se

⁸⁷ J. A. García Amado. Ob. Cit. Pág. 48.



cumpliesen plenamente los presupuestos y reglas implícitos en la comunicación, en que el procedimiento argumentativo racional se realizase perfectamente. Con ello, los sujetos capaces de lenguaje y colocados en esa situación carecerían de toda traba, coacción o manipulación que les impidiera percibir su interés y ponerse de acuerdo y consentir todos por igual sobre las decisiones acordes con el interés general. En Perelman la intersubjetividad como clave de la racionalidad es un postulado de la conciencia individual, un imperativo de conciencia; en Habermas la racionalidad como orientación al consenso intersubjetivo es presupuesto trascendental de la praxis lingüística, condición de posibilidad del lenguaje.”⁸⁸

Habermas, dice que no olvidémonos de la verdad y de las teorías sociales, el derecho y las normas son legítimas, cuando han sido producidas por el consenso de la mayoría o de todos los participantes en el discurso jurídico político y cuando esa mayoría ha utilizado las reglas de la mayoría –reglas de McCarthy- y resulta válido cuando ha atravesado por ese proceso de legitimación discursiva.

d) La argumentación jurídica como discurso racional por Alexy

Alexy parte de una teoría de la argumentación práctica general que va al campo del derecho, por lo tanto, realiza una teoría más analítica y descriptiva incluida por la teoría de Habermas. La teoría de la argumentación jurídica de Alexy resulta procedimental refiriéndose a un discurso práctico, es decir un enunciado normativo es correcto si es el resultado de un procedimiento. Las reglas de la fundamentación se refieren específicamente a las características de la argumentación práctica y regulan la forma de llevar a buen término la fundamentación. (Principio de intercambio de roles, principio de consenso, principio de publicidad).

⁸⁸ *Ibidem*. Pág. 50.



Las reglas de transmisión se parten del hecho de que el discurso práctico surgen problemas que obligan a recurrir a otro tipo de discursos. Tales problemas devienen sobre:

- Hechos – es decir discurso teórico-, para cualquier expositor en cualquier momento dependiendo de las circunstancias es posible que pase a este tipo de discurso calificado de empírico.
- Lingüísticos y conceptuales, lo que resulta que puede trasladarse a un discurso de análisis de lenguaje.
- Cuestiones concernientes a la propia discusión práctica, lo que refiere que en cualquier momento el expositor puede pasar a un discurso de teoría del propio discurso.

Al referirse al límite del discurso, la teoría de Alexy señala que no pueda garantizar que pueda alcanzarse un acuerdo para cada cuestión práctica, ni tampoco que en caso de que se alcance dicho acuerdo, todos estén dispuesto a ser seguidor del mismo. El discurso jurídico es un caso especial de discurso práctico general, en el que discuten tópicos de esta naturaleza, se edifican una pretensión de corrección con limitaciones determinadas.

Según Alexy citado por Atienza⁸⁹, el discurso racional no se refiere sólo a las proposiciones, sino también al comportamiento del hablante, lo que significa que no son sólo reglas semánticas, sino también reglas pragmáticas. Para fundamentar las reglas del discurso (aquí nos interesa el discurso práctico racional general; se prescinde, pues, del discurso teórico) pueden seguirse cuatro vías:

⁸⁹ M. Atienza. *Las Razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica*. 3ª Impresión. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2007. Págs.156.



- 1) La primera consiste en considerarlas como reglas técnicas, esto es, como reglas que prescriben medios para lograr ciertos fines; esta es la vía que sigue, por ejemplo, la llamada *escuela de Erlangen* (a la que pertenecen autores como Lorenzen y Schwemmer), que parte de la idea de que el fin que se busca por medio del discurso es la eliminación no violenta del conflicto.
- 2) La segunda vía es la de la fundamentación empírica, y consiste en mostrar que ciertas reglas rigen de hecho, o bien que los resultados obtenidos de acuerdo con determinadas reglas se corresponden con nuestras convicciones normativas realmente existentes.
- 3) La tercera vía que en realidad se entrecruza con las otras dos, es la de la fundamentación definitoria y consiste en analizar las reglas que definen un juego de lenguaje una cierta praxis y aceptarlas como criterio.
- 4) Finalmente, la cuarta vía, a la que cabe llamar *pragmático- trascendental* o reglas es condición de posibilidad de la comunicación lingüística. Una variante débil la que Alexy acepta de este modo de fundamentación consiste en mostrar que: a) la validez de determinadas reglas es constitutiva de la posibilidad de determinados actos de habla; b) si renunciamos a estos actos de habla, abandonaríamos formas de comportamiento específicamente humanas.

e) Otras apreciaciones

Para concluir con este apartado, en el cual de manera muy general se lograron insertar las teorías de los tratadistas anteriores, le adiciono las siguientes apreciaciones, partiendo con lo manifestado sobre el tópico de marras, por el ya citado Doctor José Antonio Pinto Fontanillo, que indica que: "(...) la argumentación jurídica (...). Pretende otorgar un plus de racionalidad y eficacia al frío concurso de



las normas en el debate de los problemas jurisdiccionales de los sujetos de Derecho, al tiempo que otorga la necesaria versatilidad a sus administradores a la hora de aplicar los recursos que le son propios.”⁹⁰

Al suscitarse circunstancias complejas, la argumentación jurídica per se, ofrece un método motivado y razonable, que permite dirimir estas vicisitudes, tomando como base el silogismo que se derivan de las intervenciones argumentativas lo que conlleva a un resultado epistemológico y congruente. En ese orden de ideas para el prestigioso doctor Manuel Atienza, “la teoría o las teorías de la argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos.”⁹¹ Para el doctor Atienza se pueden distinguir tres distintos campos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones: “El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas. Las primeras se efectúan como consecuencia de la aparición de un problema social cuya solución (...) puede ser la adopción de una medida legislativa (...) la fase prelegislativa puede considerarse que los argumentos tienen, en general, un carácter más político y moral que jurídico, en la fase legislativa los papeles se invierten, de manera que son las cuestiones de tipo técnico- jurídico las que pasan a un primer plano.”⁹²

De lo anterior cabe destacar que los valores axiológicos en los que se edificada una norma jurídica, sirven de pleno elemento al ubicar una interpretación armónica de su historia fidedigna, la que puede coadyuvar indudablemente al intérprete para entender el momento político que se decretó la promulgación de determinada norma jurídica y sus alcances.

Continúa Manifestando el doctor Atienza, en cuanto a este tema que “Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea esta una actividad que llevan a cabo

⁹⁰ J. A. Pinto Fontanillo. Ob. Cit. Pág. 100.

⁹¹ M. Atienza. *Las Razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ob. Cit. Págs. 1-4.

⁹² Ídem.



jueces en sentido estricto, órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o simples particulares (...). Finalmente, el tercer ámbito en que tienen lugar argumentos jurídicos es el de la dogmática jurídica. La dogmática es, desde luego, una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente estas tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.⁹³

Al respecto cabe destacar de lo manifestado por el doctor Atienza, en cuanto a los campos que pueden evidenciarse argumentaciones de carácter jurídico, el que señala que el primer campo aborda aquellas problemáticas que buscan que por medio de una ley puedan obtener un cobijo y respuestas inmediatas, cuestión cotidiana que se viven en todas las latitudes al inferir o más bien argumentar que por medio de un cuerpo normativo se puedan dilucidar aquellas deficiencias que se evidencian en el seno de la sociedad, ante tal tesis se comparte la idea con el Doctor Atienza puesto que ya en la fase legislativa las argumentaciones que originan la creación de una ley, se sujetan al vaivén técnico, donde pueda darse el caso que el origen del problema y que haya sido objeto de varias argumentaciones este condicionado por cuestiones exógenas.

En cuanto al segundo campo que señala el autor citado, es importante argumentar que vía interpretación determinado hecho encuadre en un enunciado normativo, el devenir en esta faceta es la que se desarrolla en la aplicación del Derecho, donde puede condicionarse por la argumentación interpretativa.

Finalmente tomando en cuenta lo relacionado por el doctor sobre el tercer campo, destaco que dentro de este ámbito, la fortaleza de las argumentaciones se identificaría con el análisis de la jurisprudencia sentada por cada una de estas instancias, toda vez que poseen una competencia plenamente identificada, en cuando al resguardo no solo de los derechos difusos por los instrumentos

⁹³ Ídem.



constitucionales de rescate constitucional y a la vez velar por el control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, haciendo interpretaciones extensivas ajenas a ciertas apreciaciones subjetivas que puedan estar limitadas por diversas razones, es decir que su hermenéutica no se convierta en una mutación constitucional, que pueda causar irreparables consecuencias al ordenamiento jurídico de un Estado.

Finalmente, el doctor Juan Antonio García Amado, al referirse de logros y carencias de la argumentación jurídica, manifiesta que "(...) que la aportación de la teoría de la argumentación jurídica ha consistido, por un lado, en hallar fructíferas vías medias para muchas de las artificiosas y engañosas dicotomías en que se movía la teoría de la aplicación del Derecho y, por otro lado, en sentar un nuevo modelo de racionalidad con la que medir críticamente las decisiones jurídicas, modelo que, sin embargo, y pese a las apariencias y la ingente cantidad de papel, no ha alcanzado aún una elaboración suficientemente precisa como para servir de instrumento analítico y crítico de esas decisiones (...). Es frecuente, por ejemplo, hablar de los argumentos o métodos interpretativos tratándolos como si todos ellos contribuyeran de la misma forma a sentar positivamente un significado de la disposición que se interpreta. Sin embargo, no todos funcionan de la misma manera. Por ejemplo, mientras unos aportan referencias o criterios para afirmar un determinado significado, otros desempeñan una función meramente negativa, descartando significados de los que con los otros argumentos se proponen."⁹⁴

Con base a lo exteriorizado por el doctor García Amado, en cuanto a los logros y carencias de la argumentación jurídica, manifiesto que no podemos establecer un método o fórmula argumentativa que prefije un resultado armónico a nuestras pretensiones, puesto que en cada vicisitud debe individualizarse sus elementos e identificar que postulado argumentativo puede recurrirse, tal y como citaba el doctor Atienza en el segundo y tercer campo, el análisis en abstracto de una situación con base a la dogmática jurídica debe en primera instancia suministrar criterios para la

⁹⁴ J. A. García Amado. Ob. Cit. Págs. 100-124.



producción del Derecho en las diversas incidencias en que ello tiene lugar, proveer criterios para la aplicación del Derecho; y ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.

Para el efecto es importante finalizar que, de lo antes acotado, que el silogismo jurídico toma como premisa general la norma jurídica, la cual, al determinar los presupuestos de la misma, toma como parte vinculante los hechos que determinan su armonía en cuanto a sus enunciados y así poder determinar la procedencia de su resolución.





CAPÍTULO IV

4. La ponderación como método de resolución de conflictos constitucionales

4.1 Definición de antinomias jurídicas

Entre los tradicionales problemas que se suscitan en el campo del derecho, son aquellos que se originan en los problemas argumentativos de sus normas, lo que genera conflicto y que merecen una metódica respuesta bajo principios razonables de solución. Dentro de los factores de total importancia, es el carácter de la hermenéutica del Derecho, verificando su contexto y las diferentes concepciones de los derechos fundamentales y el sustento argumentativo.

Con prontitud diré que cuando existe una colisión entre normas jurídicas, se le suele conocer como antinomia o conflicto normativo y varios jurisconsultos ha dedicado por muchos años estudios específicos sobre la materia, advirtiendo los tipos que se derivan del conflicto y los métodos o criterios clásicos de solución, cuestión que se desarrollará en el presente apartado de esta investigación.

Riccardo Guastini, define a una antinomia “en uno u otro de los modos siguientes: a) en un sistema jurídico existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado en dos modos incompatibles por dos diversas normas pertenecientes al sistema; o bien b) en un sistema jurídico existe una antinomia siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema”⁹⁵ Adicionalmente este autor, señala que: “se puede convenir que el sistema jurídico presenta una antinomia cada vez que un caso concreto es susceptible de dos diversas y opuestas soluciones con base en normas presentes

⁹⁵ R. Guastini. *Antinomias y lagunas*. México: Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana. No.29. Editorial Themis, S.A. de C.V. 1999 Pág. 437.



en el sistema (...). Hay que insistir en que [sic] un antinomia es un conflicto entre normas y no entre disposiciones normativas.”⁹⁶

Luis Prieto Sanchís, indica que: “suele decirse que existe una antinomia o contradicción normativa, cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden observarse simultáneamente. Por ejemplo, una norma prohíbe lo que otra manda, o permite no hacer lo que otra ordena, etc.; desde la perspectiva del destinatario del Derecho, el caso es que no puede cumplir al mismo tiempo lo establecido en dos normas: si cumple la obligación vulnera una prohibición, si ejerce un derecho o un permiso incurre en un ilícito. Las antinomias son muy frecuentes en cualquier Derecho, y es comprensible que así suceda, pues si bien solemos operar con la ficción de la coherencia del orden jurídico, como si éste tuviera su origen en un sujeto único y omnisciente - ficción seguramente conectada a la de la personificación del Estado - lo cierto es que ese conjunto de normas que llamamos Derecho positivo es el fruto de actos de producción normativa sucesivos en el tiempo y que responden además a intereses e ideologías heterogéneas. Por eso, aunque se presenten como una patología para el jurista, las antinomias son una consecuencia natural del dinamismo de los sistemas jurídicos y también, por qué no, de un cierto déficit de racionalidad del legislador, pues muchas antinomias podrían evitarse, bien absteniéndose de dictar normas contradictorias con otras precedentes, bien eliminando del sistema a estas últimas.”⁹⁷

En el lenguaje kelseniano, oposición contradictoria, es entre preceptos de Derecho tal y como se abordó con antelación, esas normas tal y como se explicó en el primer capítulo de esta investigación, tienen la siguiente estructura supuesto de hecho, que en pocas palabras es la abstracción de la conducta reglada. La cópula del deber ser,

⁹⁶ Ídem.

⁹⁷ L. Prieto Sanchís. *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*. Chile: Cuadernos de Derecho Público. No. 11. Revista de Ciencias Sociales de Valparaíso. 2002. Pág. 97.



la cual no puede ser cualquier cópula, porque es la que imputa una conducta al destinatario de la norma, finalmente la consecuencia normativa es el resultado previsto para determinado tópico que confiere derechos u obligaciones según sea el caso. Resumiendo lo manifestado por Guastini⁹⁸, una antinomia puede:

- a) Ser evitada, prevenida, por medio de la interpretación,
- b) Una antinomia puede ser creada por la interpretación;
- c) Una antinomia puede solo presentarse como una interpretación ya realizada.
- d) Que en consecuencia una antinomia no es un problema interpretativo por lo que no puede ser resuelta por vía de la interpretación, sino un problema de otra naturaleza.
- e) Para resolver una antinomia hay que elimina una de las dos normas en conflicto o quizás ambas.
- f) Se debe trazar una clara línea de demarcación entre los procedimientos para prevenir las antinomias y las técnicas para resolverlas.

4.2 Técnicas de interpretación para prevenir antinomias

Guastini⁹⁹, relativo al tema de la prevención de antinomias, señala técnicas interpretativas idóneas de las que se detalla a continuación y que se ejemplificaran con los datos obtenidos de la obra bibliográfica consultada:

a) De la interpretación adecuada: Es la que se adapta, que adecua, el significado de una disposición a un principio o a una norma de rango superior, de modo que se evite el surgimiento de conflictos. Es decir una disposición admite dos interpretaciones conflictivas, la positiva esta conforme a un principio o una norma

⁹⁸ R. Guastini. *Antinomias y lagunas*. Ob. Cit. Págs. 437-438.

⁹⁹ *Ibidem*. Págs. 438-439.



superior y la negativa esta es por el contrario opuesta a esa norma o ese principio entonces surge antinomia. Al evitar la interpretación que es contraria y darle prelación a la interpretación positiva se le considera adecuada por sus efectos.

b) De la interpretación restrictiva: Tiene el efecto de excluir del campo de aplicación de una cierta norma, un determinado supuesto de hecho, que interpretado diversamente entraría en ese campo.

4.3 Oposición contradictoria entre preceptos de Derecho

Las disposiciones contradictorias son discrepantes, pero su diferencia reviste un carácter *sui generis*, ya que una de ellas prohíbe la misma conducta permitida por la otra. No es posible, en efecto saber que de los dos preceptos una permite la misma conducta que otra prohíbe, si antes no son entendidas las formas de expresión empleadas por sus creadores. Para que el encargado de aplicar normas abstractas a situaciones particulares se enfrente a una antinomia auténtica es necesario que el conflicto entre la prohibición y el facultamiento condicione la absoluta incompatibilidad de la regla que prohíbe y la que la permite y haga en consecuencia imposible su aplicación simultánea. La conducta jurídicamente regulada no puede hallarse, a la vez jurídicamente prohibida y jurídicamente permitida, si de dos preceptos del mismo orden jurídico, el primero prohíbe y el segundo permite a los mismos sujetos, en condiciones idénticas, el mismo proceder, las normas en cuestión se oponen contradictoriamente y por tanto, son incompatibles, lo que trae consigo la imposibilidad de su aplicación concomitante. Cuando el problema antinómico no sea reductible al hermenéutico, queda por ver si tiene autonomía frente a la determinación de la vigencia *lex posterior derogat priori*, por lo que es lógicamente imposible el surgimiento de una antinomia.

Asimismo, cuando dos normas se contradicen teniendo la misma jerarquía y ámbito temporal de validez, no puede haber derogación recíproca, una de las



normas debe por ende quedar en pie, la prohibitiva o la permisiva. Esta al de establecida entonces la autonomía del problema antinómico frente al de determinación de la vigencia, el conflicto surge siempre entre dos normas y consiste en decidir cuál de ellas debe aplicarse al hecho previsto por el supuesto de ambas.

García Máynez, se cuestiona si “¿hay en la órbita del derecho, antinomias genuinas? Sólo se puede responder cuando se ha definido con rigor el concepto de oposición contradictoria. Pues bien podría ocurrir que las antinomias fueran sólo aparentes y que, para destruir tal apariencia, bastare una interpretación correcta de los textos legales. En tal coyuntura, el problema antinómico sería sólo un aspecto o faceta del hermenéutico”.¹⁰⁰

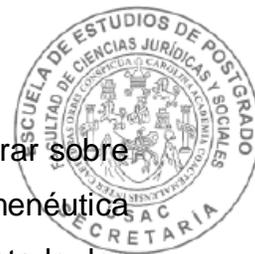
La importancia de amalgamar todos los elementos es esencial, para establecer términos antinómicos, es fundamental por medio de una exhaustiva interpretación llegar a esa conclusión y que dicho enlace sea fáctico, porque como cita García Máynez “para sostener que dos normas regulan contradictoriamente un hecho, no basta que cada una le atribuya consecuencias jurídicas distintas (...) la simple discrepancia de sus partes dispositivas no implica contradicción.”¹⁰¹

Destacando lo vertido por el autor antes citado: “para que haya antinomia, en la órbita del derecho, es necesario que los preceptos antagónicos pertenezcan al sistema que ofrece el susodicho criterio o cuando menos que sea posible incorporarlos o referidos de algún modo a ese sistema en virtud de una delegación. La ley puede establecer, verbigracia, que los jueces están facultados para colmar analógicamente una laguna y que, a falta de disposición análoga aplicable les está permitido llenar aquella por aplicación de un principio de derecho natural.”¹⁰²

¹⁰⁰ E. García Máynez. *Filosofía del Derecho*. 17ª Edición. México: Editorial Porrúa. 2009. Pág. 214.

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² Ibídem. Pág. 219.



De lo anterior se advierte, que no debemos olvidar que antes de conjeturar sobre la hipotética confrontación normativa, esta debe ser producto de la hermenéutica de las disposiciones objeto de estudio, asimismo ulteriormente detectado los ámbitos que establece el punto 4.4 de este capítulo, se debe tomar en cuenta los criterios de solución, asimismo, es importante determinar la forma en que debe interpretarse la ley y para el caso concreto traigo a colación lo prescrito en el artículo 10 de la ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, al señalar que las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente:

- a) A la finalidad y al espíritu de la misma;
- b) A la historia fidedigna de su institución;
- c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;
- d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

Lo anterior sugiere que nada en Derecho, puede quedar soslayado al dirimir una controversia y en el intento de permear este tipo de vicisitudes, es imperante que el juez en el momento de aplicar las normas, tenga armónicamente todos estos elementos sin desatender el punto toral de tutela.

4.4 Ámbitos para la validez de una oposición contradictoria

El concepto jurídico de oposición contradictoria y la teoría Kelseniana citada por García Máynez¹⁰³ indica al referirse a los cuatro ámbitos de aplicación, se refiere que para que pueda sostenerse que las normas que regulan un mismo caso se

¹⁰³ Ibídem. Pág. 215.



contradican entre sí, no basta con la simple comprobación de cualidades positivas y negativas de sus disposiciones. Hay que establecer, además, si se refieren a los mismos sujetos y si sus ámbitos temporal y espacial de aplicación son iguales.

Hay **oposición contradictoria** entre normas jurídicas cuando:

a) Dos normas de derecho de un mismo sistema se oponen contradictoriamente entre si cuando, teniendo ámbitos iguales de validez:

a.1 Material.

a.2 Espacial.

a.3 Temporal y

a.4 Una permite y la otra prohíbe a un mismo sujeto la misma conducta.

1) Sujeto la misma conducta. (ámbito personal)

Cuando la coincidencia de los ámbitos de aplicación de los cuatro ámbitos no es completa, **los preceptos no son contradictorios**.

4.5 Tipología de conflictos normativos

El conflicto por sí mismo de la lectura de algunos autores, su incompatibilidad, puede tener cierto grado de complejidad, tal es el caso que esta pudiera suscitarse por su grado de contradicción.

Según Jaime Cárdenas Gracia¹⁰⁴, la antinomia puede ser:

a) “**total-total** ocurre cuando la incompatibilidad es absoluta y radical. Vrg.: una norma que prohibiera la huelga y otra que la permitiera.

¹⁰⁴ J. Cárdenas Gracia. *La Argumentación como Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. No. 142. 2005. Págs. 126-127.



- b) La antinomia es **parcial-parcial** cuando cada una de las normas tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y un campo de aplicación en el que el conflicto no existe.
- c) La antinomia **total-parcial** se da cuando su ámbito de validez es en parte igual y en parte diverso con relación a la otra. Hay antinomia total de la primera norma respecto a la segunda, y sólo parcial de la segunda respecto a la primera. La primera norma no puede ser aplicada en ningún caso sin entrar en conflicto con la segunda; la segunda tiene un ámbito de aplicación que no entra en contradicción con la primera.

Siguiendo a Guastini¹⁰⁵, refiriéndose a la tipología de los conflictos normativos hace la distinción fundamental entre dos tipos de conflictos de lo cual se elabora un resumen de su exposición:

a) **Conflictos “en abstracto”**: se produce, cada vez que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases de supuestos de hechos o si se quiere, ofrecen dos soluciones incompatibles para dos casos de controversias que se sobreponen en todo o en parte desde el punto de vista conceptual. Un conflicto de este tipo puede ser identificado por vía de interpretación textual “en abstracto”, es decir, haciendo abstracción de cualesquiera supuestos de hecho concreto, sobre cualquier controversia particular. Por ejemplo, una primera norma prohíbe el aborto; una segunda norma, consiente el aborto terapéutico. De ello se sigue que el aborto terapéutico está prohibido, en cuanto aborto de la primera norma; pero está permitido desde la segunda. Pues bien, el conflicto entre estas dos normas puede ser identificado “en abstracto” esto es sin referencia a algún supuesto de hecho concreto desde el momento en que la clase de los abortos terapéuticos están conceptualmente incluidos en la clase de los abortos sin ninguna especificación.

¹⁰⁵ R. Guastini. *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. Lima, Perú: Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2. No. 08, agosto 2007. Págs. 632-633.



b) Conflictos “en concreto”: se produce cada vez que en el momento de la aplicación del derecho en un caso concreto se observa que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles al mismo caso concreto. Esto ocurre cada vez que un supuesto de hecho concreto recae simultáneamente en dos clases de supuestos, pero independientes desde el punto de vista conceptual, por lo que el Derecho establece consecuencias jurídicas incompatibles. Un conflicto de este tipo no puede ser identificado sino con ocasión de la aplicación de las normas en cuestión a un caso particular al cual ambas se revelan aplicables. Por ejemplo: una norma establece que el automóvil se debe detener frente al semáforo rojo; otra norma prohíbe detener el automóvil frente a las instalaciones militares. Los dos supuestos (semáforo rojo e instalación militar) no guardan ninguna relación conceptual, y por tanto no entran en conflicto “en abstracto”. No obstante, el conflicto nace si alguien de facto sitúa un semáforo en los alrededores de una instalación militar. Los conflictos “en abstracto” dependen por tanto de la estructura conceptual del lenguaje legislativo; los conflictos “en concreto” dependen, en cambio, de aquello que ocurre en el mundo. De otro lado, las clases de supuestos regulados en las dos normas en conflicto pueden sobreponerse totalmente o parcialmente. Se deberá por tanto distinguir entre conflictos totales y conflictos parciales. **a) Conflicto total.** La sobreposición es total, cuando las dos normas conceden consecuencias jurídicas incompatibles a la misma clase de supuesto de hecho. Por ejemplo, una norma prohíbe y otra permite el divorcio. **b) Conflicto parcial.** La sobreposición es parcial cuando las dos normas conceden consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases de supuestos que se sobreponen parcialmente. Por ejemplo, una norma prohíbe el aborto, la otra norma permite el aborto terapéutico: todos los abortos terapéuticos están evidentemente comprendidos en la clase de los abortos. **b.2) Conflicto parcial bilateral.** En segundo lugar, puede suceder que las dos clases de supuestos se entrecrucen, de modo tal que algunos, y sólo algunos, supuestos regulados por una norma coincidan con algunos, y sólo algunos, de los supuestos regulados (incompatiblemente) por otra norma. Por ejemplo, la norma N1 establece un determinado régimen jurídico para los actos ministeriales; la norma N2 establece



un régimen jurídico diverso (incompatible) para los reglamentos. Ahora, en teoría, estos son actos ministeriales que son al mismo tiempo reglamentos, más no todos los actos ministeriales tienen naturaleza reglamentaria; de otro lado, en teoría, estos son reglamentos que al mismo tiempo son actos ministeriales, aunque también existen reglamentos que no son actos ministeriales. El conflicto se presenta sólo cuando se trata de decidir el caso relativo a un reglamento ministerial.

4.6 Criterios de resolución de antinomias jurídicas

Señala García Máynez que: “de antinomia sólo puede hablarse, en el ámbito del derecho, cuando dos preceptos de un mismo sistema se oponen contradictoriamente (...) a afirmación de que entre ellos hay conflicto antinómico exige no sólo el conocimiento de lo que debe entenderse por oposición contradictoria entre normas jurídicas, sino el de los criterios que permiten determinar la pertenencia de éstas al sistema del órgano aplicador (...) una vez establecido que dos preceptos contradictorios pertenecen a un mismo ordenamiento (...) es indispensables decidir cuál de ellos debe aplicarse (...)”¹⁰⁶

En atención a lo citado con anterioridad, como parte de la investigación a *prima facie*, es importante que se determine los criterios que sustentan una solución en el momento de suscitarse una antinomia jurídica, tradicionalmente ha respondido a criterios que van desde el aspecto cronológico bajo el principio jurídico en la que determina que la Ley posterior deroga la anterior. Otro criterio nos recuerda la reconocida teoría Kelseniana, en la que donde entraríamos a verificar aspectos de prelación por carácter jerárquico, es decir la ley superior posee preeminencia sobre la inferior. Por último, otro tradicional criterio, es el de especialidad en el que hemos aprendido que la ley especial tiene predilección sobre la general. No

¹⁰⁶ E. García Máynez. Ob. Cit. Pág. 215.



obstante, lo antes relacionado es oportuno desarrollar cada uno de ellos y adicionar otro tipo de criterios emergentes.

Según Guastini, “las técnicas aptas para resolver las antinomias son reducibles a dos principios o criterios: el principio jerárquico y el principio cronológico, por lo que hace al principio de competencia, se puede decir que en nada más que una variante del principio jerárquico. Por lo que respecta al principio de especialidad, tal principio no desarrolla otra función más que limitar la operatividad del principio cronológico y del jerárquico.”¹⁰⁷

Continuando con Guastini,¹⁰⁸ él señala que el principio jerárquico, es el principio en virtud del cual, en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente ordenadas, la norma jerárquicamente inferior debe considerarse inválida y por lo tanto no aplicarse. Mientras que el principio de competencia, para la aplicación de este principio deben concurrir las circunstancias que se describen:

- a) Que se produzca un conflicto entre normas provenientes de fuentes de tipo diverso.
- b) Que entre las dos fuentes en cuestión no exista una relación jerárquica.
- c) Que las relaciones entre las dos fuentes estén reguladas por normas jerárquicamente superiores a ella, atribuyendo a cada una de ellas, una diversa esfera material de competencia, de modo que cada una de las dos fuentes fuente tenga competencia exclusiva para regular cierta materia. La norma que proviene de la fuente competente es válida y por lo tanto debe ser aplicada mientras que la norma proveniente de una fuente no competente en esa materia es inválida. Por ejemplo, en el tema de fuentes no jerárquicamente ordenadas, pero dotadas de diversas competencias, es el conflicto entre norma de ley estatal y normal de ley regional. Ambas normas mantienen una relación de subordinación con la fuente

¹⁰⁷ R. Guastini. *Antinomias y lagunas*. Ob. Cit. Págs. 439.

¹⁰⁸ *Ibidem*. Págs. 439-440.



constitucional. La ley regional invasiva de la competencia de la ley estatal es inválida no porque esté en contraste con la ley estatal, sino porque está en contraste con la constitución. Es inválida no porque contradiga una norma de igual grado, sino porque contradice una norma superior.

Adicional el mismo autor al relacionar el principio cronológico que en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente equiparadas y provistas de competencia la norma proveniente de la fuente anterior en el tiempo debe considerarse abrogada. La radical diferencia entre el principio jerárquico y el principio cronológico es que este último provoca la abrogación de la norma mientras que el primero de los citados su invalidez.

Como manifiesta García Máñez¹⁰⁹, sobre el principio *lex posteriori derogat priori*, “derogación recíproca” es menester señalar que cuando hay contradicción entre preceptos coetáneos y de igual jerarquía, el problema no se resuelve aplicando el principio citado, toda vez no es posible, ni lógica ni ontológicamente. Este tópico está referido en el artículo 8 del Decreto 2-89 del Congreso de la República “Ley del Organismo Judicial¹¹⁰. El llamado criterio de especialidad, en su formulación típica, suena así: la norma especial deroga la norma general.

Manifiesta Guastini¹¹¹ que la doctrina tradicional, que este criterio no constituye una solución de antinomias. Por norma especial se entiende propiamente que una norma deroga una norma general. El criterio de especialidad toma realce cuando interfiere con el principio cronológico o con el principio jerárquico. **a) Criterio de especialidad y principio jerárquico**, La norma general prevalece sobre la

¹⁰⁹ E. García Máñez. Ob. Cit. Pág. .217.

¹¹⁰ **Artículo 8.** Derogatoria de las leyes. Las leyes se derogan por leyes posteriores:

- a) Por declaración expresa de las nuevas leyes;
- b) Parcialmente, por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes;
- c) Totalmente, porque la nueva ley regule, por completo, la materia considerada por la ley anterior;
- d) Total o parcialmente, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad.

Por el hecho de la derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.

¹¹¹ R. Guastini. *Antinomias y lagunas*. Ob. Cit. Págs. 441-444.



especial en el sentido de la norma especial contrastante con una norma general supraordenada. Norma especial supraordenada prevalece sobre la norma general subordinada. **b) Criterio de especialidad y principio cronológico**, la norma sucesiva, aunque sea general abroga a la precedente, aunque sea especial en virtud el principio cronológico. La norma especial no abroga la norma general precedente, pero se limita a derogarla, se limita su campo de aplicación lo que constituye en una abrogación parcial.

En la legislación guatemalteca se ha tratado el criterio de especialidad, con lo prescrito en el artículo 13 del Decreto 2-89 del Congreso de la República "Ley del Organismo Judicial" que señala que "Las disposiciones especiales de las leyes, prevalecen sobre las disposiciones generales de la misma o de otras leyes", sin embargo resulta discrepante, toda vez que no podríamos decir que una "**Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer**", pueda prevalecer con el "**Código de comercio**", la razón es simple porque el ámbito de aplicaciones de la ley es distinto, por eso las leyes son diferentes y el citar este artículo que prevalece sobre otras resulta equívoco, por eso el criterio de especialidad solo existe para resolver en conflicto de aplicabilidad, porque no hay normas especiales, todas las normas son generales y obligatorias, la norma especial se distingue de la general porque aunque el supuesto de hecho es el mismo, la consecuencia normativa es más amplia más detallada y más explicada que la general, por eso se prefiere la aplicabilidad de las especiales a las generales, pero obviamente se habla de norma especial y después tiene que hablar de la general, porque no hay especie sin género.

Luis Pietro Sanchis, al referirse del criterio de especialidad parte del descarte del principio jerárquico y el cronológico cuando "se muestran inservibles cuando la antinomia se produce dentro de un mismo documento legislativo, pues todos sus preceptos son perfectamente coetáneos y gozan del mismo nivel jerárquico. En tales casos, sólo resulta procedente observar el criterio de especialidad, concibiendo la norma especial como una excepción a la disciplina prevista por la



norma general. Pero excepción -insisto- que pretende operar en todos los casos: siempre que se dé el supuesto de hecho contemplado en la norma especial deberá adoptarse la consecuencia jurídica que ella imponga sobre la prevista en la norma general.”¹¹²

El autor Mario Ruiz Sanz, indica que: “se han sumado a los criterios anteriores el de competencia y el de prevalencia. El de competencia implica resolver la antinomia atendiendo al análisis sobre el órgano que emita la norma o el acto. Las características básicas del criterio de competencia son tres: se ha de dar un conflicto entre normas provenientes de fuentes diferentes; entre las dos fuentes en cuestión no ha de haber una relación de jerarquía, y cada una de las normas en conflicto por razón de la materia debe tener una esfera de competencias exclusivas y regular materias concretas. Sin estas tres condiciones no tendría virtualidad este criterio, sino que bastaría con la aplicación del criterio jerárquico tradicional. Algunos sostienen que el criterio de competencia no es un método de resolución de antinomias si no una relación de jerarquía indirecta mediatizada por una norma interpuesta que es la Constitución.”¹¹³

Se coincide con la mediatizada interpretación de este criterio, puesto que no deja de guardar relación con aspectos de jerarquía, citemos el caso de una norma dictada por el Congreso de la República y otra dictada por un Ministerio, si atendemos al principio de competencia entendería que tendría prelación la norma parlamentaria dentro un acto en concreto.

De varios ejercicios se ha evidenciado que los mismos criterios entran en conflicto sin embargo ha quedado de manifiesto que el aspecto jerárquico ha sostenido su lugar preponderante lo cual denota que la Ley Fundamental en este caso, se antepone ante cualquier normativa salvo condiciones de especialidad que en todo caso brinda un paso específico a la solución del tema en disputa.

¹¹² S. Pietro. Ob. Cit. Pág. 98.

¹¹³ M. Ruiz Sanz. *Sistemas Jurídicos y Conflictos normativos*. Madrid, España: Cuaderno Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson. 2002. Págs. 86-89.



De lo anterior aún y con la suma de principios y criterios de solución de antinomias jurídicas, se generan corrientes que advierten la insuficiencia de las mismas, para coadyuvar a la obtención de una solución en el momento de suscitarse una oposición contradictoria, una vez hecha la hermenéutica y habiéndose conjugado los ámbitos torales que se relacionaron en el punto 4.4 del presente capítulo, lo cual incluso refiere que existen que existe este tipo de contradicciones en el texto constitucional, circunstancias que serán desarrolladas y aclaradas en el punto siguiente.

4.7 Conflictos constitucionales

Para iniciar con este apartado de la investigación y tomando en consideración todo lo manifestado en la misma, es necesario cuestionarse ¿si en el texto constitucional hay oposición normativa?

Para dar respuesta a esta interrogante, vamos a recapitular sobre este tópico, para brindar una conclusión armonizada punto por punto:

PUNTO PRIMERO: En el lenguaje kelseniano, para que exista oposición contradictoria entre preceptos de derecho, como se observó, inicialmente recordemos la estructura de la norma jurídica que consiste en: Supuesto de hecho: que en pocas palabras es la abstracción de la conducta reglada. La cópula del deber ser: la cual no puede ser cualquier cópula, porque es la que imputa una conducta al destinatario de la norma. Consecuencia normativa: es el resultado o resultado previsto para determinado tópico que confiere derechos u obligaciones según sea el caso.

PUNTO SEGUNDO: Hay oposición contradictoria entre normas jurídicas cuando: dos normas de derecho de un mismo sistema se oponen contradictoriamente entre



si cuando, teniendo ámbitos iguales de validez: Material, espacial, temporal, una permite y la otra prohíbe a un mismo sujeto la misma conducta. Cuando la coincidencia de los ámbitos de aplicación de los cuatro ámbitos no es completa, los preceptos no son contradictorios

PUNTO TERCERO: Ahora bien, la cuestión es ¿si los principios constitucionales, que son los que se utilizan en la ponderación tienen la estructura de una norma jurídica? Veamos asumir que la ley fundamental es el objeto de interpretación y que en la misma hay antinomias, estaríamos aceptando que hay oposición contradictoria y que reúnen los cuatro ámbitos que se enunciaron en el punto segundo. Cuando falta un ámbito no hay antinomia, por mucho que nos pareciera que lo hay, entonces reitero si admitimos que hay antinomias en la constitución, entonces estaríamos admitiendo que hay una norma que permite y otra que prohíbe, al mismo sujeto, en las mismas condiciones, en el mismo territorio, en el mismo tiempo la misma conducta y conjugan los cuatro ámbitos de aplicación y validez.

PUNTO CUARTO: Cuando hay un aparente conflicto en la constitución, ¿le son aplicables los principios y criterios referidos en el punto 4.6 del presente trabajo? El problema esencial que se plantea en la solución de conflictos entre normas y principios constitucionales y se le llama principios porque las normas constitucionales adolecen de varios vicios de lenguaje, indeterminación, vaguedad, generalidad etc., entonces generalmente son normas redactadas en forma de principios, no tienen la estructura de una norma jurídica en el sentido que se detalló en el punto primero, no se debe confundir la norma que es el resultado de la interpretación con el texto normativo interpretado, porque texto normativo y norma no son iguales, porque hay una distinción lógica entre juicio y proposición, entonces son inaplicables las técnicas básicas para la solución de antinomias por las siguientes razones: primero normalmente los preceptos constitucionales son de formulación coetánea y por lo tanto no le es aplicable el criterio ley posterior deroga a priori. Segundo los preceptos en conflicto poseen la misma posición



jerárquica en el sistema de fuentes por lo que tampoco le es aplicable ley superior, deroga inferior y tercero usualmente los preceptos entran en conflicto solo al aplicarse a un caso concreto, porque el conflicto es como tal y no es en abstracto, porque no es un conflicto normativo, entonces es parcial bilateral en el sentido que el conflicto se da en algunos de los supuestos de ambos preceptos que se sobreponen o se superponen únicamente en el caso concreto, porque no existe relación de género y especie entre los asuntos en conflicto y el criterio *Lex specialis derogat generali* deviene inaplicable. En conclusión los principios y criterios referidos no es que resulten insuficientes, el punto relevante es que no le son aplicables, en la constitución no hay antinomias porque el conflicto no es normativo es conflicto de derechos, yo alego un derecho fundamental, la otra parte alega un derecho fundamental, los criterios no son aplicables porque las normas son coetáneas, tiene el mismo nivel jerárquico y no hay relación de género y especie, porque todas son normas generales, entonces podemos aducir que no existe un método más efectivo para resolución de las antinomias jurídicas, me parece que con ello hay una contradicción, toda vez decir más efectiva es tener un parámetro de comparación y no hay parámetros de comparación, simplemente no existe.

Guastini, reforzando este tema señala que: “todo principio está, por definición y, por consiguiente, necesariamente, en conflicto con otros principios: en resumen, el estar en conflicto con otros principios, es un rasgo definitorio de los principios, que forma parte del concepto mismo de principio (...). Por tanto, generalmente hablando, todo conflicto entre principios constitucionales presenta los siguientes caracteres: a) En primer lugar, se trata de un conflicto entre normas que, de ordinario, emanan en el mismo momento. b) En segundo lugar, se trata de un principio entre normas que tienen el mismo estatuto formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del Derecho. c) En tercer lugar, se trata de un conflicto “en concreto”. d) En cuarto lugar, se trata de un conflicto parcial bilateral (...). Los conflictos entre principios constitucionales, no pueden ser resueltos por medio de los criterios estándar de solución de conflictos. No se puede utilizar el criterio *lex*



posterior, porque los dos principios son coetáneos. No se puede emplear el criterio *lex superior*, porque los dos principios tienen la misma posición en la jerarquía de las fuentes. No se puede utilizar el criterio *lex specialis*, porque, las dos clases de hechos regulados por los dos principios se entrecruzan.”¹¹⁴

No hay antinomia entre principios constitucionales, lo que existe es un conflicto de intereses, un conflicto de derechos, advirtiendo que son conflictos en concreto porque en la constitución no puede haber conflictos en abstracto, estaríamos diciendo que dos normas de la constitución una permite y otra no permite la misma conducta al mismo sujeto sin los cuatro ámbitos de validez de la oposición normativa que ampliamente ya se discutió.

Jaime Cárdenas Gracia, indica que: “el problema de antinomias entre principios no puede atenderse cómo el problema de antinomias entre reglas. Los conflictos o antinomias entre principios, según algunos, se caracterizan: Porque o bien no existe una superposición de los supuestos de hecho de las normas (reglas), de manera que es imposible catalogar en abstracto los casos de posible conflicto, como ocurre con la igualdad o con los derechos fundamentales...porque dada la naturaleza constitucional de los principios en conflicto y el propio carácter de estos últimos, la antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguna de las normas, pero tampoco concibiendo una de ellas como excepción permanente a la otra; porque en consecuencia, cuando en la práctica se produce una de estas contradicciones la solución puede consistir bien en el triunfo de una de las normas, bien en la búsqueda de una solución que procure satisfacer a ambas, pero sin que pueda pretenderse que en otros casos de conflicto el resultado haya de ser el mismo.”¹¹⁵

¹¹⁴ R. Guastini. *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. Ob. Cit. Pág. 636.

¹¹⁵ J. Cárdenas Gracia. Ob. Cit. Pág. 130.



4.8 Ponderación

Toralmente la ponderación, es el punto medular de esta investigación y es por ello que se conjugaran varias acotaciones sobre el tópico de mérito, con el objeto de dilucidar sus alcances y los recurrentes desaciertos, que se dan en el momento de considerarlo erróneamente en una técnica de interpretación constitucional, lo cual constituye una etapa ya superada.

En primera instancia, es importante que ubiquemos que es lo que se entiende por ponderación, toda vez que resulta un método recurrentemente utilizado por los jueces constitucionales para resolver conflictos constitucionales, reiterando que dichos conflictos en ningún momento, se le puede considerar que reúne los ámbitos que requiere la oposición contradictoria, por lo manifestado con antelación en el presente capítulo y dicha instancia (la ponderación) lo que pretende es una jerarquía axiológica entre dos principios en conflicto de intereses.

Carla Huerta Ochoa, define a la ponderación como: “un procedimiento de decisión que sirve para establecer relaciones de prevalencia entre normas en conflicto”¹¹⁶. Para Sieckmann citado por la doctora Ochoa, indica que “la ponderación sirve para determinar qué es lo debido y cuál es la relación de prelación entre principios en colisión (...). La ponderación es un procedimiento de decisión para la determinación fundada de relaciones de prelación entre argumentos en colisión, principalmente entre principios (...) la ley de la ponderación expresa una relación comparativa y normativa entre el grado de satisfacción de un principio y la relevancia de la satisfacción del otro principio.”¹¹⁷

Carlos Bernal Pulido, al versar sobre este tema indica que: “la ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la

¹¹⁶ C. Huerta Ochoa. *Conflictos normativos*. Ob. Cit. Pág. 173.

¹¹⁷ *Ibíd.* Págs. 173-174.



estructura de mandatos de optimización”¹¹⁸. Por su lado Pietro Sanchís, señala que: “de las distintas acepciones que presenta el verbo ponderar y el sustantivo ponderación en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas (...) en el mundo del Derecho, el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.”¹¹⁹

Para el constitucionalismo germánico, la ponderación forma parte del principio de proporcionalidad que a su vez se componen de subprincipios, los cuales relaciona Robert Alexy¹²⁰, al indicar que: “el principio de proporcionalidad se conforma por otros tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en el sentido estricto”, adiciona que el principio antes citado, que al ser utilizado para interpretar los derechos fundamentales es: “tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir como principios y no simplemente como reglas (...) los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible (...) en cuanto al tercer subprincipio, el de proporcionalidad en el sentido estricto, está enfocado en la optimización de posibilidades jurídicas”.¹²¹

¹¹⁸ C. Bernal Pulido. *Estructura y límites de la ponderación*. España: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Departamento de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante. 2003. Pág. 6.

¹¹⁹ L. Pietro Sanchís. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. España: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 2001. Págs. 211-212.

¹²⁰ P. A. Ibáñez y R. Alexy. Ob. Cit. Pág. 2.

¹²¹ Ídem.



Lo anterior se refiere a los conflictos constitucionales, que como se detalló anteriormente, usualmente los preceptos entran en conflicto solo al aplicarse a un caso concreto, porque el conflicto es en este aspecto y no es en abstracto, porque no es un conflicto normativo, es un conflicto que surge únicamente en el caso per se, asimismo, es parcial bilateral, en el sentido que el conflicto se da en algunos de los supuestos de ambos preceptos que se sobreponen o se superponen únicamente en el caso concreto, porque no existe relación de género y especie entre los asuntos en conflicto y el criterio *Lex specialis derogat generali* deviene inaplicable. Por lo que Alexy a este punto señala que: “la ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos. Por lo tanto, el tercer subprincipio se puede expresar mediante la siguiente regla: cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor deber ser la importancia de satisfacer el otro. Esta regla podría denominarse ley de la ponderación.”¹²²

Agrega Alexy que: “de acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro (...). La ley de la ponderación dice en qué consiste esta relación. Pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos”.¹²³

Al referirse a la ponderación, debe entenderse en su sentido armónico y congruente en donde un principio al ser excluido no deja de tener importancia su valor dogmático, nos enfrentamos a la dura tarea de ponderar principios que se encuentran dentro del texto constitucional, el cual no se puede soslayar la necesidad de brindar justicia dentro de un caso sometido a conocimiento, bajo el argumento que al existir una hipotética contradicción, el caso no puede ser resuelto, verbigracia en un derecho fundamental individual y social como es el de la salud este superó al

¹²² Ídem.

¹²³ R. Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de estudios constitucionales. Impresa Fareso, S.A. 2003. Pág. 161.



derecho de comercio e industria, cuando se cuestionó que el incluir prevenciones en el consumo de tabaco y alcohol en los productos, generaría una merma en las ganancias, cuestión que no encontró asidero ante dos principios de un mismo nivel, lo que dio como resultado el primero de ellos es holista y más garantista. Es importante tomar en cuenta que la prelación entre principios, en un momento dado puede guardar correlación con la afinidad ideológica en la que se promulgó la ley fundamental de cada Estado, toda vez que de ello versara la interpretación garantista de forma individual o colectiva y el uso y goce de esos derechos. Para ello es importante tomar en cuenta las teorías liberales en cuanto a considerar que, en este contexto, lo que se busca es la reducción de la lista de derechos fundamentales en función individual lo cual la coloca en una situación compleja ante las garantías sociales y democráticas. Importante es dejar constancia que la ponderación, no es interpretación, toda vez reitero esa es una etapa precluida, la ponderación viene cuando ya se interpretó y le asignó un significado al texto de la constitución y a la vez no puede considerársele como el resultado, la ponderación como tal es un método para decidir en simples palabras.

Para Guastini, “la ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto¹²⁴”, refiere que: “una jerarquía axiológica es una relación de valores creada (ya no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional, mediante un juicio comparativo de valores.¹²⁵”

El principio de jerarquía o cronológico no es aplicable para el conflicto constitucional, porque estas son normas coetáneas, además de que dichos principios (jerarquía o cronológico) son pertinentes exclusivamente para la resolución de antinomias jurídicas. El resultado es que, para el caso concreto, simplemente hay una prelación y no tiene efectos derogatorios del principio, puesto que este puede ser sujeto a un caso ulterior. Es menester resaltar que la ponderación no significa una conciliación o equilibrio entre los principios, simplemente uno de los principios es aplicado y el otro

¹²⁴ R. Guastini. *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. Ob. Cit. Pág. 636.

¹²⁵ Ídem.



queda delegado para un ulterior caso en particular y, por ello, Guastini lo describe como “una jerarquía móvil¹²⁶” como indica “el juez no evalúa el valor de los dos principios en abstracto, de una vez por todas. No instituye, entre los dos principios, una jerarquía fija y permanente.”¹²⁷

En resumen, Según Guastini¹²⁸, la ponderación presenta las tres siguientes características:

1) La ponderación se realiza entre dos principios en conflicto (...) cuyos supuestos de hecho se superponen, no vale para resolver (...) ninguno de los tres criterios generales para la resolución de antinomias: no vale *lex superior derogat inferiori*, porque por hipótesis se trata de principios del mismo rango jerárquico: principios constitucionales, no vale *lex posterior derogat priori*, porque por hipótesis se trata de principios expresados en un mismo documento normativo, de principios coetáneos, no vale tampoco *lex specialis derogat generali*, dado que la antinomia es parcial-parcial no hay relaciones de especialidad entre dichos principios.

2) La ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía *axiológica* entre los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor. 3) La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que se establece en su aplicación al caso concreto.

Al hacer un resumen de lo vertido por el doctor Aníbal González Dubón, en su tesis doctoral, acerca del tema de ponderación, señala conducentemente que: “la misma no puede establecerse de manera pacífica, toda vez que ponderar no significa balancear o equilibrar dos pretensiones en conflicto, significa simplemente que una de las dos pretensiones en conflicto será denegada en aras

¹²⁶ Ídem.

¹²⁷ Ibídem. Pág. 637.

¹²⁸ J. J. Moreso. *Guastini sobre la ponderación*. España. Isonomía No.17 octubre. Biblioteca Universitaria. Servicio de información bibliográfica y documental de la Universidad de Alicante. 2002. Págs. 230-231.



de satisfacer la otra. Asimismo, ponderar no significa un criterio permanente, es posible que en un próximo caso igual o similar, la pretensión satisfecha sea la denegada en el caso anterior sin que esto signifique responsabilidad alguna para el órgano aplicador.”¹²⁹

4.8.1 Estructura de la ponderación

Para continuar con este tema resulta propicio que conozcamos la estructura de la ponderación, la que podemos enumerar en los tres elementos siguientes:

4.8.1.1 La ley de la ponderación

En este apartado, según Alexy, esta ley puede ser fragmentada en tres etapas “la primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio.”¹³⁰

Bernal Pulido advierte sobre lo manifestado por Alexy “que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción del primer principio y de importancia en la satisfacción del segundo principio.”¹³¹

En ese orden de ideas, la temática pasa por la afectación que entre los principios resulte y de esa cuenta en el momento de efectuar el discernimiento debería

¹²⁹ A. González Dubón. *Hermenéutica y axiología constitucional*. Guatemala: Tesis Doctoral en Derecho Constitucional. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2016. Págs. 188-189.

¹³⁰ P. A. Ibáñez y R. Alexy. Ob. Cit. Pág. 5.

¹³¹ C. Bernal Pulido. Ob. Cit. Pág. 9.



considerase la misma entre leve, moderada y grave la que Alexy denomina como la “escala trídica.”¹³²

Sobre esta escala, Alexy indica que: “la estructura de la escala trídica no es suficiente para mostrar que la ponderación es racional (...) es necesario que se tenga en cuenta también que en la ponderación se encuentra implícito un sistema de inferencias; el cual, a su vez, está intrínsecamente conectado al concepto de corrección. En tanto que un sistema de inferencias, la subsunción en una regla puede expresarse mediante un esquema deductivo llamado justificación interna; el cual se construye con la ayuda de las lógicas proposicional, de predicados y deóntica.”¹³³

La afectación a la que se hace relación, revela un peso en abstracto, que dentro de los conflictos constitucionales, es importante tomar en consideración toda vez que no es una tarea cómoda el darle una prelación a dos principios que se encuentran en una posición jerarquizada igualitaria, tal es el caso de dos derechos fundamentales que digamos en abstracto, podría inferirse que tiene un radio de acción más holista y que incluso puede estar predeterminado por la apreciaciones predominantes en la sociedad o incluso cuando el mismo texto constitucional da primacía al interés general sobre el particular, por ejemplo cómo actuar ante el hipotético caso del derecho de libertad de expresión y el derecho al

¹³² De la bibliografía a la que se acudido en la presente investigación, se citan resúmenes de casos que se relacionan a esta escala: a) **Caso Tabaco**: El Tribunal Constitucional Federal Alemán, sobre las advertencias de los riesgos para la el deber de las compañías de tabaco de advertir sobre el riesgo de fumar como una interferencia relativamente menor o leve respecto de la libertad de ejercer una profesión Por lo contrario, una prohibición total de todos los productos del tabaco sería considerada una interferencia grave. b) **Caso Titanic**: Una revista satírica de gran circulación, **TITANIC**, se refirió a un militar parapléjico retirado como “asesino nato” y, en una edición posterior, le llamó “tullido”. Un tribunal alemán resolvió en contra de la revista, condenándola a pagar al oficial daños y perjuicios. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una “ponderación de caso específico entre la libertad de expresión de la revista y, el derecho general a la identidad personal del oficial. c) **Caso Religión**: la afectación de la vida y la salud de la niña, que se originaría al permitir a los padres evangélicos no llevarla al hospital, podría catalogarse como intensa, dado el peligro de muerte. De forma correlativa, la satisfacción de la libertad de cultos de los padres, que se derivaría de dicha permisión, podría graduarse sólo como media o leve.

¹³³ P. A. Ibáñez y R. Alexy. Ob. Cit. Pág. 7.



honor ¿cómo definir los límites? ¿Cómo graduar la afectación?, lo anterior sin duda sólo pueden ser ajustado al ser sometido a consideración un caso en concreto agotado el proceso interpretativo y determinar un posible conflicto darse a la tarea de balancear las pretensiones y discernir al respecto.

4.8.1.2 La fórmula del peso

Como señala Alexy: “es de central importancia para la teoría del discurso jurídico que en el caso de la ponderación de principios exista una contraparte de este esquema deductivo.

Este esquema podría llamarse fórmula del peso¹³⁴”. Recordemos que, a los conflictos constitucionales, resultan inaplicables las técnicas básicas para la solución de antinomias, por los motivos que se abordaron el punto 4.7 de este capítulo, el conflicto se resuelve ponderando y esta se resume en la fórmula del peso, que Alexy ¹³⁵la representa de la siguiente forma y a la cual se les puede atribuir un valor numérico de acuerdo con los tres grados de la escala tríadica (Grave, moderado y leve):

$$W_{i,j} = \frac{l_i}{l_j}$$

l_i = a la intensidad de la interferencia con el principio P_i .

l_j = representa la importancia de satisfacer el principio en colisión.

$W_{i,j}$ = Equivale al peso en concreto de P_j .

Escala tríadica (Grave:4, Moderado: 2 y Leve :1)

¹³⁴ Ídem.

¹³⁵ Ídem.



De la fórmula graficada con anterioridad, se señala que el significado de las variables es subjetivo, porque es un valor numérico que el intérprete le asigna a cada una de ellas, el resultado de la división es lo que se llama el peso específico y dicho peso consecuentemente será relativo y por eso es que la ponderación no solo es casuística y a la vez subjetiva y es uno de los detalles que varios detractores le señalan como un problema al carecer de fundamentos racionales.

4.8.1.3 Las cargas de argumentación

El tercer elemento de la estructura de la ponderación son las cargas de la argumentación. Como señala Alexy: “las decisiones o proposiciones conectadas por la fórmula del peso deben ser justificadas mediante ulteriores argumentos. En otras palabras, la fórmula del peso es una clase de argumento. Las formas de argumento definen la estructura lógica de movimientos dentro de los discursos y muestran cómo los movimientos se relacionan entre sí”¹³⁶. Según manifiesta Bernal Pulido: “las cargas de la argumentación operan cuando existe un empate entre los valores, que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos.”¹³⁷

Dentro de la teoría de los derechos fundamentales, Alexy señala que: “los principios. Si son relevantes, deben ser tomados en cuenta. En caso de colisión, se requiere una ponderación en la que hay que preguntar si la importancia del cumplimiento de uno de los principios justifica la medida inevitable de incumplimiento del otro. Por cierto, con esto no se determina el resultado. Pero. la fundamentación se obtiene, en una cierta medida, en una estructura racional.”¹³⁸

¹³⁶ *Ibíd.* Pág.10.

¹³⁷ C. Bernal Pulido. *Ob. Cit.* Pág.14.

¹³⁸ R. Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales.* *Ob. Cit.* Pág. 549.



De lo anterior se ha advertido, que no se puede edificar un orden o tabla preeminente de los valores que encierran los principios constitucionales y reiteramos que sólo ante el caso concreto, podrán tomarse las decisiones atinentes, sobre esta relación, Alexy indica que puede hacerse a *prima facie* una prioridad de “los principios de la libertad jurídica y de la igualdad jurídica, es decir, una carga argumentativa en favor de estos principios¹³⁹”, con ello quiere decir que en esta etapa, en caso de empate, los principios antes citados tendrían preeminencia sobre otros que resulten en conflicto de intereses, pero como se manifestó es una prioridad a *prima facie*, sujeta a las oposiciones doctrinarias y cargas argumentativas que se ventilen en el caso *per se*.

Producto de la presente investigación y tomando en consideración lo antes citado, es propicio integrar lo manifestado por Jaime Cárdenas Gracia dentro de su obra titulada “La argumentación como derecho” en la cual deja a consideración ciertos consejos que pudieran ser acogidos en el momento de hacer la ponderación entre principios constitucionales, a lo que refiere que: “(...) los conflictos entre principios es una cuestión difícil. Algunos proponen tres posibles situaciones teóricas de contradicción entre principios: a) un conflicto normativo entre un principio en sentido estricto y una directriz o norma programática se resolvería con la aplicación preferente del primero, puesto que los principios en sentido estricto recogen valores que se consideran “razones categóricas frente a cualesquiera interés”; b) frente a un conflicto normativo entre dos principios en sentido estricto, entonces habría que ponderar las razones de cada uno de ellos, así como la preferencia aplicativa de uno sobre el otro, y c) ante un conflicto normativo donde entran en conflicto dos directrices o normas programáticas, la solución implica determinar la articulación de políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, la consecución de los objetivos recogidos en las normas programáticas”.¹⁴⁰

¹³⁹ Ídem.

¹⁴⁰ J. Cárdenas Gracia. Ob. Cit. Págs.130-131.



4.9 Críticas a la ponderación

Dentro de las críticas que se han planteado, en relación con el tema de la ponderación, es que la misma no se sustenta en una base aparentemente racional, toda vez que se le señala se versar en aspectos subjetivos con proyección ilimitada. Habermas, citado por Alexy, indica que: “no existen estándares racionales para ponderar.”¹⁴¹

Otra objeción, siempre tomando en cuenta lo manifestado por Habermas, es que: “la aproximación ponderativa deja a la regulación jurídica fuera de la esfera definida por conceptos como bueno y malo; correcto e incorrecto, así como también, de la idea de justificación, colocándola dentro de una esfera definida por conceptos como adecuado e inadecuado y como discreción.”¹⁴²

En pocas palabras, tomando en consideración lo antes citado, la ponderación orienta, pero esta no puede ser la columna de justificación de una decisión correcta o incorrecta adoptada por un tribunal, lo cual es cuestionable por razón que la ponderación, produce resultados, pero estos últimos no pueden justificarse en dicha ponderación de valores.

4.10 Jurisprudencia guatemalteca relativa a la ponderación

Para efectos de la presente investigación y para ejemplificar la forma en la que la ponderación ha sido puesta a la palestra, en el momento de discernir dentro de un caso concreto dentro del sistema de justicia guatemalteco, de conformidad con la información obtenida de la gaceta jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, se analizan los siguientes dos casos, trayendo a colación los puntos relevantes de las sentencias objeto de análisis:

¹⁴¹ P. A. Ibáñez y R. Alexy. Ob. Cit. Pág. 3.

¹⁴² Ídem.



1) PRIMER CASO – INCONSTITUCIONALIDAD GENERAL PARCIAL

Sentencia de fecha diez de febrero de dos mil once, dentro del expediente número identificado con el número 2123-2009 y 2157-2009.

SEÑALAMIENTO INCONSTITUCIONAL: Acciones de inconstitucionalidad general parcial acumuladas promovidas, respectivamente, contra los artículos 74 y 80, párrafo segundo, de la Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009 del Congreso de la República.

PARTES CONDUCENTES DE LAS DENUNCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDAS POR LOS POSTULANTES DE LA ACCIÓN DE MÉRITO:

- Denunciar la inconstitucionalidad del **artículo 74** de la Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009 del Congreso de la República, señalaron: **a)** el artículo 4o de la Constitución Política de la República dispone que todos los guatemaltecos son iguales ante la ley; sin embargo, la norma impugnada establece una desigualdad y crea privilegios, pues a un grupo de personas se les requiere el cumplimiento de determinados requisitos para ejercer el derecho de portación de armas y a otras no (...).
- Se impugna el **artículo 80**, párrafo segundo, de la Ley de Armas y Municiones, con base en los argumentos siguientes: (...) el artículo 80 de la Ley de Armas y Municiones establece: “No podrá concederse licencia de portación de arma de fuego a las personas siguientes: a) Menores de veinticinco años de edad; b) Personas declaradas en estado de interdicción; y c) Los contemplados en el artículo 73 de la presente Ley. Se exceptúa del inciso a) del presente artículo, a los miembros de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado o a las personas que se incorporen a dichas

fuerzas como miembros activos, luego del proceso de capacitación correspondiente.”



RESUMEN ATINENTE DE LAS CONSIDERACIONES HECHAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

II. (...) En el caso de la Constitución guatemalteca, los artículos 1o y 2o contienen un conjunto de valores de especial preponderancia, como son la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, la protección de la familia, el desarrollo integral de la persona y el bien común, los que, indudablemente, trascienden más allá de las normas específicas en que se encuentran contenidos, pudiéndose apreciar que tales valores dan sentido al conjunto de derechos que el resto de preceptos fundamentales reconoce y, por ende, justifican también los límites que el texto constitucional fija a quienes detentan el poder. De esa cuenta, determinados derechos reconocidos y garantizados por la Constitución responden, directamente, al afianzamiento de aquellos valores superiores definidos por la propia Ley Fundamental como deberes primordiales del Estado (artículos 1o y 2o constitucionales, anteriormente citados). De ahí que será a partir de la ponderación particular que el texto constitucional efectúe respecto de los valores que inspiran a la organización social –los que en el caso guatemalteco, como se indicó, se encuentran expresados normativamente como verdaderos deberes impuestos al Estado– que el derecho positivo regulará determinadas instituciones o contendrá específicas disposiciones coherentes con aquellos valores, sin cuya sustentación podrían, incluso, entenderse excepcionales o ajenos para el logro del fin último del Estado, es decir, la realización del bien común (artículo 1o de la Constitución) o para la consolidación de un orden democrático que garantice a los habitantes de la República el goce de sus derechos y libertades (artículo 140). Es ello lo que explica la inclusión en la Constitución de ciertas regulaciones (entre las que cabe mencionar, por ejemplo, la norma que establece los casos de excepción para la aplicación de la pena de muerte, artículo 18), que sin contradecir u



oponerse al aseguramiento de los valores superiores que la norma suprema preconiza, no son más que el producto de la distinta **ponderación** que de éstos efectúa, configurándolas como instrumentos útiles para lograr, en determinadas circunstancias y bajo supuestos concretos, el cumplimiento de los fines que la organización estatal está llamada a perseguir. Es en el contexto anterior que cabe ubicar el tema relativo a la tenencia y portación de armas, reconocido en la Constitución guatemalteca como derecho individual, según dispone su artículo 38. A ese respecto, vale señalar que la tenencia y portación de armas de fuego, cuya inclusión en el catálogo de derechos encuentra relación con el desarrollo del sistema jurídico anglosajón (*common law*) (...). En el caso de Guatemala, el mencionado artículo 38 de la Constitución garantiza a los habitantes de la República el derecho de tenencia y portación de armas, cuya naturaleza responde, en congruencia con las ideas antes expresadas, al aseguramiento de determinados valores recogidos en la Ley Fundamental, como son la seguridad e, indirectamente, la vida, la libertad y la integridad del individuo. (...) Cabe acotar que, si bien el derecho de tenencia y portación de armas encuentra reconocimiento constitucional, el propio texto supremo confiere al Organismo Legislativo competencia exclusiva para normar las condiciones de su ejercicio, es decir, los requisitos, alcances y límites que hacen efectivo el derecho en referencia (...). Respecto del derecho a la igualdad, (...) el concepto de igualdad así regulado estriba en el hecho de que las personas deben gozar de los mismos derechos y las mismas limitaciones determinadas por la ley. Sin embargo, ese concepto no reviste carácter absoluto, es decir, no es la nivelación absoluta de los hombres lo que se proclama, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación que tienda a la protección en lo posible de las desigualdades naturales. Así, la igualdad ante la ley consiste en que no deben establecerse excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, sean éstas positivas o negativas; es decir, que conlleven un beneficio o un perjuicio a la persona sobre la que recae el supuesto contemplado en la ley; pero ello **no implica que no pueda hacerse una diferenciación que**



atienda factores implícitos en el mejor ejercicio de un determinado derecho
(...).

PARTE RESOLUTIVA: Sin lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por Erwin Lobos Ríos, Jorge Leonel Franco Morán, Carlos Augusto Morales Villatoro y Benjamín Rafael Francisco Godoy Burbano, contra el artículo 74 de la Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009 del Congreso de la República. II) Sin lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por Fausto Josué Juárez Mejía contra el artículo 80, párrafo segundo, de la Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009 del Congreso de la República. (...).

ANÁLISIS

Partiendo de la fórmula del peso, planteada por Alexy, veremos la colisión, que originó en el caso de marras entre el derecho de igualdad y el derecho de tenencia y portación de armas, ambos derechos fundamentales, reconocidos en el texto constitucional guatemalteco.

Para el derecho de igualdad, la Corte de Constitucionalidad enfatiza que esta garantía no posee un carácter absoluto y está sujeto a las regulaciones que el legislador estime pertinentes para el mejor ejercicio del citado derecho. En cuanto al derecho de tenencia y portación de armas, el tribunal constitucional advirtió que dentro de los valores que guarda la ley fundamental se le deberían sumar intrínsecamente la seguridad e indirectamente la vida, la libertad y la integridad del individuo.

La Corte de Constitucionalidad, dentro de la sentencia objeto de análisis, resalta que la Constitución guatemalteca, específicamente los artículos 1o y 2o contienen un conjunto de valores de especial preponderancia, como son la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, la protección de la familia, el desarrollo integral de



la persona y el bien común, los que, indudablemente, trascienden más allá de las normas específicas en que se encuentran contenidos, pudiéndose apreciar que tales valores dan sentido al conjunto de derechos que el resto de preceptos fundamentales reconoce y por ende justifican también los límites que el texto constitucional fija a quienes detentan el poder.

Acota la sentencia que será a partir de la ponderación particular que el texto constitucional efectúe respecto de los valores que inspiran a la organización social –los que, en el caso guatemalteco, como se indicó, se encuentran expresados normativamente como verdaderos deberes impuestos al Estado– que el derecho positivo regulará determinadas instituciones o contendrá específicas disposiciones coherentes con aquellos valores.

$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$		$W_{i,j} =$	<u>Derecho de Igualdad (grave 4)</u>
		Leve,	Derecho de tenencia y portación de armas
		Moderado	(moderado 2)
		y Grave.	
		Resultado:	
		2	

I_i: Entenderíamos que la intensidad de la interferencia es grave cuando se refiere al derecho de igualdad, cuya fuerza se ve a la palestra por los presupuestos que el legislador relacionó, en la ley objeto de la acción de inconstitucionalidad general parcial cuyos accionantes consideran que existe tergiversación que conculca ese derecho fundamental.

I_j: Representa la importancia de satisfacer (moderado) el principio en colisión, en este caso no solo es el hecho del derecho de tenencia y portación de armas, es la conjugación que hace la corte con el derecho a la seguridad e indirectamente la vida, la libertad y la integridad del individuo.

W_{i,j}= Equivale al peso en concreto de P_j. Para obtener este resultado necesitaremos el valor numérico de acuerdo con los tres grados de la escala



trídica -Grave, moderado o leve-. Para el caso concreto, la prelación fue obtenida por el derecho contemplado en el artículo 38 en contienda con el artículo 4 ambos del texto constitucional, haciendo una consideración que la intensidad de la interferencia el derecho de igualdad es grave y el derecho de tenencia y portación es moderado, pero tuvo preponderancia por la amplitud de los términos de su valor es decir la importancia de satisfacción.

Es propicio recordar lo que en su momento se apuntó dentro de esta investigación, que de la formula graficada con anterioridad, se señala que el significado de las variables es subjetivo, porque es un valor numérico que el intérprete le asigna a cada una de ellas, el resultado de la división es lo que se llama el peso específico y dicho peso consecuentemente será relativo y por eso es que la ponderación no solo es casuística y a la vez subjetiva y es uno de los detalles que varios detractores le señalan como un problema al carecer de fundamentos racionales.

2) SEGUNDO CASO – ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO-

Sentencia de fecha veinticuatro de agosto de dos mil quince, dentro del expediente número identificado con el número **152-2015**.

ACTO RECLAMADO: Auto de tres de junio de dos mil catorce, dictado por la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente -autoridad cuestionada-, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la resolución que declaró con lugar el incidente de pago de la conmuta de la pena en amortizaciones, dentro del proceso penal que se sigue contra (...) por el delito de Violencia contra la mujer, en su manifestación psicológica.

PRODUCCIÓN DEL ACTO RECLAMADO: a) (...) fue condenado por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento



de Sololá, por el delito de Violencia contra la mujer, en su manifestación psicológica, ilícito por el que le impuso la pena de cinco años, conmutables, a razón de cinco quetzales diarios; **b)** ante la Juez Segundo de Ejecución Penal, con sede en Quetzaltenango, el procesado promovió incidente de pago de la conmuta de la pena en amortizaciones, el que fue declarado con lugar por la referida juez jurisdiccional, y **c)** contra la decisión anterior, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación, que la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente - autoridad denunciada-, en resolución de tres de junio de dos mil catorce -acto reclamado-, declaró sin lugar, confirmando la decisión de la *a quo*.

SENTENCIA DE PRIMER GRADO: la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, **consideró:** *“...Al efectuar el estudio del acto judicial cuya constitucionalidad se cuestiona en el caso concreto, esta Cámara estima necesario citar lo establecido en el artículo 502 del Código Procesal Penal que en su parte conducente establece: “Recibida la solicitud de conmutación, el juez practicará inmediatamente el cómputo respectivo y previa comprobación de pago ordenará la libertad”, la norma señalada deberá entenderse que la libertad del condenado únicamente podrá disponerse cuando el pago de la suma pecuniaria computada se haya realizado (en su totalidad) y el juez lo haya comprobado; contrario sensu, el juez no podrá ordenar la libertad. (...) la Sala no consideró que el pago íntegro del monto establecido por la conmutación de la pena es un requisito sine qua non, pues sin él no podrá beneficiarse al condenado, ya que la norma descrita no permite que el pago de la conmuta se efectúe en amortizaciones, como lo consideró erróneamente la Sala impugnada. (...) Y resolvió: “...I) Otorga el amparo solicitado por el Ministerio Público, a través de la Fiscalía de Ejecución, en contra de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente y, en consecuencia, para los efectos positivos del presente fallo, declara: II) Deja en suspenso en cuanto al postulante el auto de fecha tres de junio de dos mil catorce dictado por la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra*



el Ambiente; **III)** Restituye al postulante en la situación jurídica anterior a dicha resolución; **IV)** Ordena a la autoridad impugnada dictar nueva resolución en la que tome en cuenta lo considerado (...).

ALZADA: La Corte de Constitucionalidad, dentro del expediente de mérito en alzada, consideró los siguientes puntos en los cuales deja entrever el respaldo para la ponderación que realizara la autoridad a la cual se recurrió:

No existe agravio ante decisiones de la justicia ordinaria que, accediendo al pago mediante amortizaciones de la conmutación de la pena privativa de libertad, privilegian una interpretación acorde con el principio *pro persona* de las reglas que rigen en la fase de ejecución, procurando así el cumplimiento de los fines de la pena en el caso concreto (...) *que la decisión de la Jueza a quo, en declarar con lugar la solicitud de pago en amortizaciones de la conmuta impuesta al condenado (...), por el delito de Violencia contra la mujer, a razón de cinco quetzales por cada día efectivo de prisión al que fue condenado, siendo el de cinco años, se ajusta a derecho, toda vez que en concordancia con el principio de humanidad de la pena que inspira el Derecho Penal guatemalteco, se traduce en que la pena no puede ser concebida como un mal, o una retribución por el mal causado, sino debe estar basada en consideraciones de humanidad y protección de los derechos humanos inherentes al ser humano, y al concebir la pena con ese carácter de no ser retributivo, es que permite utilizar mecanismos alternativos a la prisión. En el presente caso, si bien es cierto, en la ley penal no se regula en forma expresa el pago de la conmuta en amortizaciones como se solicita en el caso concreto, también lo es que en aplicación del principio antes citado y fundamentado esencialmente en que el (...) en la audiencia de mérito manifestó tener problemas económicos, (...). Por lo que con fundamento en lo anterior y tomando en consideración el principio de ponderación de derechos en el caso concreto, es criterio de esta Sala que el derecho a la libertad y de libre locomoción del ahora procesado garantizados en los artículos 2 y 26 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se cumplen mediante la decisión de la jueza a quo al*



*haber resuelto favorablemente la petición del procesado en cuanto a efectuar el pago de la conmuta de prisión impuesta al mismo en las amortizaciones que su capacidad económica le permite realizar. (...) Para dar respuesta a la controversia sometida a conocimiento de la justicia constitucional, se hace preciso referirse a distintos elementos destacados tanto por la autoridad cuestionada como por la institución postulante del amparo, consistentes en: **a)** los fines de la pena; **b)** las reglas de interpretación en materia de derechos fundamentales, y **c)** la imperatividad de las formas procesales y el principio de legalidad. Como primer elemento, es menester señalar que la Constitución Política de la República de Guatemala expresamente dispone en su artículo 19, refiriéndose al sistema penitenciario, que debe dirigirse “a la readaptación social y a la reeducación”. Estos fines concretos son, en esencia, los principios rectores que en el sistema jurídico nacional han de regir el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado; de esa cuenta, tanto en su configuración abstracta (a cargo del legislador), como en su aplicación y ejecución en un caso concreto (a cargo de los jueces ordinarios), la pena, como consecuencia jurídica sobreviniente ante la comisión de una conducta prohibida, debe perseguir como fin último la resocialización de quien ha cometido el ilícito (...). Por ello, es fundada la afirmación que hace la autoridad cuestionada al indicar que “la pena no puede ser concebida como un mal, o una retribución por el mal causado”. Por su parte, al hablar de las pautas que han de regir la tarea de interpretar las normas jurídicas relativas al reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, resulta imprescindible destacar el principio *pro persona*, como línea directriz que ha de guiar la labor del intérprete. Así, el principio *pro persona* demanda siempre, en términos generales, una interpretación sistemática y finalista que persiga lograr la máxima eficacia de los derechos y libertades; por ende, conforme al principio de mérito debe privilegiarse siempre una interpretación que optimice el respeto y observancia del derecho de que se trate. Como derivación del principio *pro persona* (*pro homine*), la regla de la *interpretación extensiva* exige que las normas relativas al reconocimiento o garantía del derecho sean interpretadas en sentido amplio, a manera de procurar la mayor protección (...). Como cuestión última, es menester señalar que la*



interpretación y aplicación de la normativa ordinaria, en orden a los preceptos de la Constitución, está a cargo de los tribunales del Poder Judicial, pudiendo la justicia constitucional intervenir solo ante evidente arbitrariedad, lo que se suscitaría, por ejemplo, frente a una interpretación contraria a los derechos y libertades que reconoce y garantiza el ordenamiento jurídico. Por ende, dada la interpretación sostenida por los tribunales penales que han conocido del proceso subyacente, la que ha privilegiado el derecho a la libertad, la justicia constitucional no puede sino respaldar el criterio garantista asumido por los jueces ordinarios en ejercicio de las facultades que les son propias (...).

PARTE RESOLUTIVA: La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Con lugar el recurso de apelación interpuesto por (...) y, como consecuencia, revoca la sentencia venida en grado, y resolviendo conforme a Derecho: a) deniega el amparo promovido por el Ministerio Público, por medio de la Fiscalía Regional de Ejecución de Quetzaltenango, contra la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente (...).

ANÁLISIS

Tomando en cuenta nuevamente la fórmula del peso planteada por Alexy, en el presente caso, la colisión se verifica entre el sustento del principio de legalidad, debido proceso y el principio pro persona que se ve fundante sobre el tema de los fines de la prisión.

En el mismo resultó imprescindible destacar el principio *por persona*, como línea directriz que sirve de guía para la labor del intérprete, dicho principio indica la sentencia de analizada, que demanda una interpretación sistemática y finalista que persiga lograr la máxima eficacia de los derechos y libertades; por ende, conforme al principio de mérito, debe privilegiarse siempre una interpretación que optimice el respeto y observancia del derecho de que se trate. De esa cuenta tuvo



consideración tomando en cuenta que la pena no es concebida como un mal y debe dirigirse a la readaptación social y la reeducación.

$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$	$W_{i,j} = \frac{\text{Principio de legalidad (grave 4)}}{\text{Principio pro persona (Libertad) (moderado 2)}}$
<p>li</p> <hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/> <p>Ij</p>	<p>Leve, Moderado y Grave. Resultado: 2</p>

Ii: Entenderíamos que la intensidad de la interferencia, es grave cuando se refiere al principio de legalidad, cuya afectación según el postulante del Ministerio Público, deviene que la autoridad recurrida, no debió autorizar la amortización de la conmuta porque no hay un asidero normativo que lo ampare. Advertimos que en este caso existe una fuerte carga de la escuela positivista, puesto que el punto que se dirime es por lo que no contempla textualmente la norma, lo cual hace necesario una apreciación extensiva.

Ij: Representa la importancia de satisfacer (moderado) el principio en colisión, en este caso es la readaptación social y la reeducación que se busca por medio de la pena, la cual como bien cita la sentencia analizada, no puede ser considerada como un mal en alusión al acto condenable. Se evidencia la ponderación hecha por la autoridad recurrida, lo cual no riñe o encuentra objeción según manifiesta el tribunal constitucional, toda vez que al hacer una interpretación extensiva consideró que el *principio pro persona*, su campo de acción resulta promisorio para la eficacia de los derechos y libertades y por ende estos conceptos contar con ese privilegio.

W_{i,j} Equivale al peso en concreto de Pj. Para obtener este resultado necesitaremos el valor numérico de acuerdo con los tres grados de la escala tríadica -Grave, moderado o leve-. Para el caso concreto, la prelación fue obtenida tal y como se manifestó con anterioridad, el *principio pro persona*, su



ámbito tuvo prelación, sustentándose en lo prolijo de su garantía y dejando en el ruedo la impetuosa tarea de perseguir únicamente lo que una norma prescribe cuando formalmente como hemos visto a lo largo de esta investigación es necesario analizar el derecho de forma armónica.

Para finalizar se hace acopio a lo vertido por Francisco Javier Díaz Revorio¹⁴³, que al hablar de la ponderación indica que durante las últimas décadas ha tenido un éxito sobresaliente, apuntando los siguientes cuatro parámetros:

- 1) La ponderación sería un método para resolver los conflictos entre derechos, partiendo de la consideración de que los derechos son en realidad principios y no reglas (...).
- 2) Los principios no se aplican según el criterio “o todo, o nada”, sino que permiten una gradualidad en su aplicación. De este modo, los conflictos entre derechos no se resuelven jerarquizándolos o sacrificando al que quede en posición inferior o supeditada, sino estableciendo fórmulas que permitan la maximización de ambos derechos y la minimización de sus límites, precisamente en una labor de ponderación.
- 3) La labor de ponderación no sólo la llevan a cabo los jueces, sino también, y en primera instancia, el legislador. Al aprobar leyes, éste debe, expresa o implícitamente, considerar el peso de los principios en juego que pueden entrar en contradicción, si bien en esta labor el legislador tiene un amplio margen. Su labor será lícita siempre que no vulnere o desconozca ninguno de dichos principios.
- 4) La labor del juez constitucional, valorar la obra del legislador, consiste en comprobar si la ponderación es acorde con los principios constitucionales en juego, de tal manera que el sacrificio que cada uno de ellos pueda sufrir no resulte, en las circunstancias del caso, desproporcionado.

¹⁴³ F. J. Díaz Revorio. Ob. Cit. Pág. 21-22.



En conclusión, la ponderación no es un método de interpretación, toda vez que esa ya es una etapa finalizada, como hemos visto a lo largo de esta investigación, es un método sí, pero para la toma de decisiones, en el momento de dirimir conflictos de intereses en principios constitucionales cuyo antagonismo aparente no es propio de una oposición contradictoria entre preceptos de derecho, porque no reúne los ámbitos que se enunciaron en el apartado correspondiente, este método tendrá como pilar la fórmula del peso que se adaptará de forma imprescindible al caso concreto sometido a análisis.



CONCLUSIONES

- 1) Producto de la investigación y el acopio doctrinario pertinente, se llega a la conclusión que existe oposición contradictoria entre normas jurídicas cuando: dos normas de derecho de un mismo sistema se oponen contradictoriamente entre si cuando, teniendo ámbitos iguales de validez: Material, espacial, temporal, una permite y la otra prohíbe a un mismo sujeto la misma conducta.

- 2) No hay antinomia entre principios constitucionales, lo que existe es un conflicto de intereses, un conflicto de derechos, advirtiendo que son conflictos en concreto, porque en la Constitución no puede haber conflictos en abstracto, estaríamos diciendo que dos normas de la Constitución una permite y otra no permite la misma conducta para el mismo sujeto, sin los cuatro ámbitos de validez de la oposición contradictoria previamente citada.

- 3) El problema esencial que se plantea en la solución de conflictos entre normas y principios constitucionales es que estos últimos adolecen de varios vicios de lenguaje, indeterminación, vaguedad, generalidad etc., entonces, generalmente, son normas redactadas en forma de principios, no tienen la estructura de una norma jurídica, por lo que no se debe confundir, la norma que es el resultado de la interpretación, con el texto normativo interpretado, porque texto normativo y norma no son iguales, toda vez que existe una distinción lógica entre juicio y proposición, entonces, son inaplicables las técnicas básicas para la solución de antinomias jurídicas por las siguientes razones: primero normalmente los preceptos constitucionales son de formulación coetánea y, por lo tanto, no le es aplicable el criterio *ley posterior derogat a priori*. Segundo los preceptos en conflicto poseen la misma posición jerárquica en el sistema de fuentes, por lo que tampoco le es aplicable *ley superior derogat inferior* y



tercero usualmente los preceptos entran en conflicto, solamente al aplicarse a un caso concreto, porque el conflicto es como tal y no es en abstracto, porque no es un conflicto normativo, entonces es parcial bilateral, en el sentido que el conflicto se da en algunos de los supuestos de ambos preceptos que se sobreponen o se superponen únicamente en el caso concreto, porque no existe relación de género y especie entre los asuntos en conflicto y el criterio *Lex specialis derogat generali* deviene inaplicable.

- 4) La ponderación no es un método de interpretación ni el resultado de esta, toda vez que esa ya es una etapa precluida, de igual forma es preciso no confundir interpretación con argumentación, toda vez que esto último es un discurso justificativo del porque se interpretó de determinada forma, la misma no es parte de la interpretación, porque recordemos que esta se efectúa de forma textual, cuando se decide ponderar es decir darle prelación, a un principio constitucional, en ese momento ya le asignó una interpretación, ahora lo que le va a explicar al interesado, es porque se le asignó esta interpretación a este artículo, en ese orden de ideas, se enfatiza que la ponderación se constata la hipótesis que es exclusivamente y efectivamente un método para la toma de decisiones en el momento de dirimir conflictos de intereses en principios constitucionales, cuyo antagonismo aparente no es propio de una oposición contradictoria entre preceptos de derecho, porque no reúne los ámbitos que se enunciaron anteriormente y como pilar se tendrá la fórmula del peso que se adaptará de forma imprescindible para el caso concreto sometido a análisis.
- 5) Para finalizar, es menester, resaltar que la ponderación, no significa una conciliación o equilibrio entre los principios, simplemente uno de los principios es aplicado y el otro queda delegado para un ulterior caso en particular y, por ello, se describe como “una jerarquía móvil” puesto que no se instituye, entre los dos principios, una jerarquía fija y permanente.



BIBLIOGRAFÍA

Libros

Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin. *Sobre la Existencia de las normas jurídicas*. México: Distribuciones Fontamara. 1997.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de estudios constitucionales. Impresa Fareso, S.A. 2003.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales. Prisma Industria Gráfica, S. A. 1997.

Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, España: Editorial Trotta. 2013.

_____. *Las Razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica*. 3ª Reimpresión México: Instituto de Investigaciones Jurídica. Universidad Nacional Autónoma de México. 2007.

Bernal Pulido, Carlos. *Estructura y límites de la ponderación*. España: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. 2003.

Cárdenas Gracia, Jaime. *La Argumentación como Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica. No. 142. 2005.

Cordón Aguilar, Julio César. *El tribunal constitucional de Guatemala*. Guatemala: Opus Magna Constitucional. Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional-Corte de Constitucionalidad. 2011.



Díaz Revorio, Francisco Javier. *Interpretación de la Constitución y Juez Constitucional*. México: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. Año X. No. 37. Enero-Junio. 2016.

García Amado, Juan Antonio. *Interpretación y Argumentación Jurídica: Modulo Instruccional* San Salvador, El Salvador: 2004.

García Máñez, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. 17ª Edición. México: Editorial Porrúa. 2009.

Guastini, Riccardo. *Antinomias y lagunas*. México: Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana. No.29. Editorial Themis, S.A. de C.V. Santa Fe. 1999.

_____. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Distribuciones Fontamara, S. A. 2001.

_____. *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. Lima, Perú: Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2. No. 08, agosto. 2007.

González Dubón, Aníbal. *Hermenéutica y axiología constitucional*. Guatemala: Tesis Doctoral en Derecho Constitucional. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2016.

Häberle, Peter. *El Estado Constitucional. La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*. 1ª Reimpresión. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas



de la Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica No. 47. 2003.

Huerta Ochoa, Carla. *Conflictos Normativos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. No. 142. 2003.

Huerta Ochoa, Carla. *Teoría del Derecho. Cuestiones Relevantes*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. No. 461. 2009.

Highton, Elena I. *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*. México: Instituto de Investigación. Universidad Nacional Autónoma de México. 2010.

Ibáñez, Perfecto Andrés y Alexy, Robert. *Jueces y ponderación argumentativa*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2006.

Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*. México: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional No. 10. 2008.

_____. *Teoría pura del derecho*. 4a Edición. 9a Reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Eudeba. 2009.

Lorca Martín de Villodres, María Isabel. *Interpretación Jurídica e Interpretación Constitucional: La Interpretación evolutiva progresista de la norma jurídica (El Derecho como instrumento de cambio social)*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica No. 601. 2011.



Moreso, José Juan. *Guastini sobre la ponderación*. España: Isonomía No. 17 octubre. Biblioteca Universitaria. Servicio de información bibliográfica y documental de la Universidad de Alicante. 2002.

Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis. 2003.

Nogueira Alcalá, Humberto. Proyecto de investigación Fondecyt No. 1030581. *Teoría de la jurisdicción constitucional en américa del sur y Chile*. Chile. 2003.

Pinto Fontanillo, José Antonio. *La Teoría de la Argumentación Jurídica en Robert Alexy*. Madrid, España: Tesis Doctoral. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 2003.

Prieto Sanchís, Luis. *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*. Chile: Cuadernos de Derecho Público. No. 11. Revista de Ciencias Sociales de Valparaíso. 2002.

Pietro Sanchís, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. España: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 2001.

Ríos Álvarez, Lautaro. *Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico de los tribunales constitucionales de Latinoamérica*. Uruguay: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 2007.

Ruiz Sanz, Mario. *Sistemas Jurídicos y Conflictos normativos*. España: Cuaderno Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. 2002.

Sáenz Juárez, Luis Felipe. *Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala*. Guatemala: Corte de Constitucionalidad. 2004.



Vigo, Rodolfo Luis. *Interpretación Jurídica. Del Modelo lus positivista Legalista Decimonónico a las Nuevas Perspectivas*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Editores, de Rubinzal y Asociados S. A. 2004.

Vigo, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot. LexisNexis Argentina S. A. 2004.

E-grafía

http://www.cijc.org/conferencias/StoDomingo2014/Documents/2015_X_Conferencia_Iberoamericana.pdf (Consulta: 18 de diciembre de 2015)

<http://pdba.georgetown.edu/Comp/Judicial/Suprema/competencia.html> (Consulta: 02 de febrero de 2016)

<http://enfoquederecho.com/publico/el-caso-marbury-vs-madison-1803/> (Consulta: 30 de abril de 2016)

https://www.google.com.gt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0ahUKEwjGu6_eiKfUAhVE0iYKH7KBNAQFgggMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cervantesvirtual.com%2FdescargaPdf%2Fdiez-consejos-para-argumentar-bien-o-declogo-del-buen-argumentador-0%2F&usq=AFQjCNFce8BB1ub7Su3_vdG-nOfmxOHZqw (Consulta: 04 junio 2016).

http://www.ucsderecho.cimsacr.com/archivos/IQuatrimestre/SALA_CONSTITUCIONAL.doc (Consulta 17 de junio de 2016)

http://www.crdc.unige.it/docs/articles/jurisdiccion_constitucional_en_America.pdf (Consulta 17 de junio de 2016)

<http://pdba.georgetown.edu/Comp/Judicial/Suprema/requisitos.html> (Consulta: 26 de septiembre 2016)



<http://pdba.georgetown.edu/Comp/Judicial/Suprema/composicion.html>
septiembre de 2016)

(Consulta: 26 de

Leyes

Constitución de la Nación Argentina. 1853

Constitución Política del Estado de Bolivia. 2009.

Constitución de la República Federativa de Brasil. 1988.

Constitución Política de la República de Chile. 1980

Constitución de Colombia. 1991.

Constitución Política de Costa Rica. 1949

Constitución de la República de Cuba. 1976

Constitución de la República de Ecuador. 2008

Constitución Política de El Salvador. 1983

Constitución Política de la República de Guatemala. 1985

Constitución de la República de Honduras. 1982

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. 1917

Constitución Política de la República Nicaragua. 1987

Constitución Política de la República Panamá. 2004

Constitución del Paraguay. 1992

Constitución Política del Perú. 1993

Constitución de la República Dominicana. 2010

Constitución de la República Oriental del Uruguay. 1967

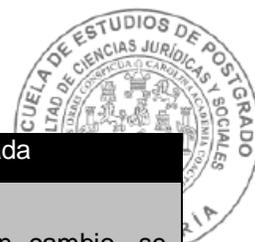
Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999

Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

ANEXO



Constitución Rígida.	Vrs	Constitución Flexible
<p>La Constitución rígida o firme, es aquella cuyas disposiciones solamente pueden ser modificadas mediante procedimientos especiales y con la intervención de un órgano calificado para tal efecto. Esta variedad solo puede darse dentro del contexto de la Constitución en sentido formal. De ella surge una distinción entre el poder legislativo ordinario y el poder constituyente derivado o de revisión constitucional.</p>		<p>Se llama Constitución flexible o elástica, aquella cuya modificación sigue el mismo procedimiento establecido para la reforma de las leyes ordinarias. Gran Bretaña nos ofrece él ejemplo de este tipo de Constitución, por cuanto las reglas constitucionales pueden allí ser modificadas por el Parlamento a través de una ley ordinaria, o por los jueces a través de una nueva jurisprudencia, o por el establecimiento de costumbres contrarias a la regla.</p>
Constitución Escrita.	Vrs	Constitución Consuetudinaria
<p>La Constitución escrita es aquella en la cual las reglas relativas a la organización del Estado están contenidas en un texto o documento, que se considera como ley fundamental. Pero no es tanto la escritura lo que caracteriza a la Constitución escrita, como la circunstancia de estar escrita en un cuerpo único, en un documento unitario, como dice Heller.</p>		<p>Constitución consuetudinaria es aquella que no está recogida en un solo texto escrito, adoptado formalmente como tal, sino que se desprende de leyes o de costumbres a las cuales, por su contenido, se les ha dado el rango de leyes constitucionales. Puede decirse que existe Constitución consuetudinaria cuando los principios de organización del Estado resultan de prácticas o de tradiciones consagradas por el uso a lo largo de los años, a las cuales se otorga fuerza jurídica.</p>



Constitución Originaria.	Vrs	Constitución Derivada
<p>Por Constitución originaria puede entenderse aquella que contiene principios nuevos, verdaderamente originales, para la organización política de un Estado. Es una Constitución creadora en cuanto establece pautas y sistemas de organización y principios filosóficos para la vida estatal que anteriormente no habían sido consagrados en un documento constitucional.</p>		<p>Por Constitución derivada, en cambio, se entiende aquel tipo de Constitución que sigue fundamentalmente los modelos constitucionales nacionales o extranjeros, llevando a cabo tan solo una adaptación a las necesidades nacionales.</p>
Constitución Programática	Vrs	Constitución Utilitaria
<p>Teniendo en cuenta su contenido ideológico, las constituciones pueden clasificarse también en programáticas y utilitarias o neutrales. Son aquellas en las que el aspecto ideológico o filosófico es preponderante en su estructura.</p>		<p>Son aquellas que se pueden considerar ideológicamente neutrales o meramente utilitarias, por cuanto en ellas el énfasis recae en la organización mecánica del funcionamiento del poder en el Estado.</p>

Constitución Normativa	Constitución Nominal	Constitución Semántica
<p>Para que una Constitución sea viva, agrega, debe ser, por tanto, efectivamente “vívda” por destinatarios y detentadores del poder, necesitando un ambiente nacional favorable para su realización.</p>	<p>Una Constitución puede ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, esa Constitución carece de realidad existencial.</p>	<p>Por último, existen muchos casos en los cuales, si bien la Constitución es plenamente aplicada, su realidad ontológica no es sino la formalización de la situación existente del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder de hecho —régimen de facto, que</p>



		disponen a su antojo del aparato coercitivo del Estado. Este tipo de constituciones son las semánticas, en las cuales la Constitución es el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los detentadores fácticos del poder político.
Constitución Codificada	Constitución no codificada	Constitución intermedia
Son aquellas que tratan de contener toda la materia constitucional principal, siendo ellas las típicas del siglo XX.	Que corresponden a las llamadas consuetudinarias—, son hoy muy escasas (Reino Unido, Israel y Nueva Zelanda),	Las <i>intermedias</i> o <i>mixtas</i> son aquellas que se inician como codificadas, pero incorporan apéndices o, como dice él, “constitucionalizan normas que alteran su fisonomía inicial”
Constitución Corta	Vrs	Constitución Extensa
El estilo constitucional del siglo XIX era en general breve, puntual y esquemático. Ejemplo clásico de ello es la de Estados Unidos de 1787, con tan solo siete artículos, divididos en secciones.		Las Constituciones del siglo XX tienden a ser más extensas y en ciertos casos excesivamente largas y reglamentarias como las de la India, la antigua Yugoslavia y la de Colombia de 1991, con 380 artículos, más 60 transitorios, Como anota Sagüés, “la Constitución <i>extensa</i> —o <i>Constitución Código</i> — peca de obesidad jurídica.



Constitución Totalitaria	Constitución Autoritaristas	Constitución de poder moderado
Según la cuota de poder que otorgan al Estado. Son las de sistemas de partido único, como la de los países de “dictadura del proletariado”.	Se presenta una fuerte concentración de poder en el Estado, aunque en dosis menor a la anterior.	Reconocen un amplio espectro de derechos individuales, sin perjuicio de restricciones en situaciones de emergencia, pero encuadrando esas limitaciones según pautas de razonabilidad

*Fuente: Elaboración propia con información obtenida de Naranjo Mesa