

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

CONSTITUCIÓN Y DIÁLOGO

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MSc. SILVIA PATRICIA HERNÁNDEZ MONTES

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTORA EN DERECHO

Guatemala, octubre de 2017

**HONORABLE 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 Jauregui
VOCAL: MSc. Erwin Iván Romero Morales

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

PRESIDENTE: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
SECRETARIO: Dr. Saúl González Cabrera

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).

DOCTOR JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDIA

2ª. avenida "A" 30-00 zona 12
Ciudad de Guatemala

Guatemala, 10 de enero de 2017

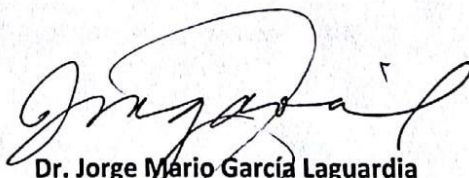
Señor Director
Escuela de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado señor Director:

Atentamente me refiero a la Tesis Doctoral que ha elaborado la Maestra Silvia Patricia Hernández Montes, titulada "Constitución y Diálogo". He leído y examinado con atención dicha Tesis y me parece que llena los requisitos para ser aprobada.

Desarrolla el tema a profundidad, elabora un capítulo de conclusiones correctas y utiliza una amplia bibliografía.

Por lo antes expuesto, el suscrito opina favorablemente sobre el trabajo de tesis de la Maestra Silvia Patricia Hernández Montes, a efecto de que sea discutido en el examen correspondiente.



Dr. Jorge Mario García Laguardia
Asesor de tesis

Guatemala, 2 de octubre de 2017.

Dr. 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 gramaticales de la tesis:

CONSTITUCIÓN Y DIÁLOGO

Esta tesis fue presentada por la MSc. Silvia Patricia Hernández Montes del Doctorado en Derecho de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456

Mildred Catalina Hernández Roldán

Colegiada 5456



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, nueve de octubre del dos mil diecisiete.-----

En vista de que la MSc. Silvia Patricia Hernández Montes aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho**, lo cual consta en el acta número 39-2017 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“CONSTITUCIÓN Y DIÁLOGO”**. 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

A mis padres:

Lic. Héctor Francisco Hernández Bran
Sra. Olga Yolanda Montes Cisneros de Hernández

A mi esposo:

Luis Fernando Quijivix Cotom

A mis hijos:

Laura Patricia, Claudia Lucía y Álvaro

A mi tío:

Lic. Arnulfo Hernández Bran

A mis hermanos:

Gloria, Lilian, Héctor, Luis y Julio

A mis cuñados:

Rolando, Amparo, Julio, Ana Elizabeth, Javier y
Miriam

A mis sobrinos:

Luis Francisco, Isabel, Gabriela, Lourdes
Sofía, Olga, Héctor, Doris, Crista, Erick, Ricardo,
Roberto, Fernando y Javier.

RECONOCIMIENTO

- A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Escuela de Postgrado.

- A la muy ilustre Universidad de San Carlos de Guatemala.

- Reconocimiento especial a los Doctores **JORGE MARIO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ** y **JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDIA**, por la orientación concedida y la responsabilidad asumida para la elaboración y revisión de este trabajo.

CONSTITUCIÓN Y DIÁLOGO

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La crisis del constitucionalismo en el mundo contemporáneo.....	1
1.1 La crisis constitucional contemporánea.....	7
1.2 La crisis del modelo constitucional en el contexto de la gobernanza.....	14
1.3 Problemas constitucionales contemporáneos	18
1.4 Las posibilidades del diálogo constitucional: primera aproximación	23
1.5 El concepto de constitucionalismo.....	29
1.6 El progreso de la constitucionalización y la evolución del diálogo	34

CAPÍTULO II

2. Una breve exposición del desarrollo histórico del constitucionalismo	
2.1 La <i>politeia</i> griega y la <i>res pública</i> romana.....	38
2.2 Constitucionalismo medieval.....	44
2.3 El constitucionalismo de la Edad Moderna.....	49
2.4 El nacimiento del constitucionalismo español	54
2.5 El nacimiento del constitucionalismo latinoamericano	59
2.6 El constitucionalismo guatemalteco	62

CAPÍTULO III

3.	Vertientes del constitucionalismo moderno.....	74
	3.1 El problema de la objeción contramayoritaria	77
	3.2 La necesidad de recuperar el Estado desde la perspectiva constitucional	85
	3.3 La consolidación de las garantías.....	90
	3.4 Neoconstitucionalismo.....	93
	3.5 Constitucionalismo popular.....	97
	3.6 Constitucionalismo democrático.....	101
	3.7 El originalismo.....	103
	3.8 Constitucionalismo deliberativo.....	106
	3.9 Conclusión.....	110

CAPÍTULO IV

4.	Constitucionalismo dialógico	112
	4.1 La racionalidad dialógica	115
	4.2 La potencialidad dialógica del derecho constitucional moderno... ..	117
	4.3 La vida constitucional de la sociedad	121
	4.4 La cultura global de los derechos humanos	126
	4.5 Posibilidades del constitucionalismo dialógico	128
	4.6 El derecho alternativo	130
	4.7 Las sentencias como instancias de diálogo	133
	4.7.1 Las audiencias públicas	134
	4.7.2 Los tribunales constitucionales dialógicos.....	137

4.7.3	Los jurados constitucionales.....	139
4.7.4	Los procedimientos consultivos.....	140
4.7.5	<i>Amicus curiae</i>	143
4.8	Aspectos negativos de la participación jurídica dialógica	145
4.9	El problema de los recursos.....	147
4.10	Conclusión.....	149
	Conclusión.....	153
	Bibliografía.....	155

INTRODUCCIÓN

La presente investigación aborda el tema de la Constitución y el diálogo, o como se denomina en algunas esferas, el Constitucionalismo dialógico. Su importancia se justifica porque tanto en Guatemala como a nivel internacional, estamos viviendo una época de muchos cambios, transformaciones y conflictos que implican diversas consecuencias en los planos político, social, científico y cultural, entre otros.

En la actualidad, la falta de aplicabilidad de las leyes, la inoperancia del sistema actual, la poca o nula capacidad del Gobierno de turno para hacer frente a los problemas de la sociedad, son algunos de los temas de discusión que se abordan en los diferentes círculos sociales, es decir, la falta de eficacia del Estado de derecho. Lo anterior representa un grave problema porque al no poder encarar y resolver las situaciones más conflictivas de la sociedad, representadas en el caos social, el hambre, la inaplicabilidad de la ley, la debilidad del Estado y la falta de concientización del conglomerado social, es imposible que se logre un desarrollo sostenido que tienda al mejoramiento del Estado.

Así, pues, el objetivo general que se trazó para la elaboración de este trabajo, se enmarca dentro de las contribuciones para construir modelos de constitucionalismo moderno de una sociedad inmersa en la globalización.

Como parte de los objetivos específicos se planteó el análisis de la historia de la evolución constitucional del país para aportar soluciones tendientes a la implementación de los modelos constitucionales ideológicos. Asimismo, la autora se propuso como una meta, ofrecer un estudio que sea un punto de partida para posteriores investigaciones en torno a las corrientes de pensamiento en el campo del neoconstitucionalismo, de manera que el presente trabajo pueda constituirse en una fuente de referencia bibliográfica.

Se formuló la hipótesis, cuya orientación gira en torno a que, en vista de la crisis actual del Estado de derecho constitucional, es posible articular en la sociedad guatemalteca, un modelo de interpretación de constitucionalismo democrático dialógico como parte de la hermenéutica filosófica contemporánea, capaz de resolver la profunda conflictividad que vive nuestra sociedad en el mundo globalizado.

En la elaboración del presente trabajo se utilizaron los métodos analítico y el hipotético deductivo. El primero sirvió como base para desarrollar el análisis profundo del constitucionalismo dialógico como fenómeno social, cuya evolución vertiginosa contiene vastos elementos que constituyen un importante material de estudio. Se utilizó el método aludido de tal forma que al descomponer los elementos que conforman tal fenómeno, se propició la posibilidad de descubrir su esencia, contribuyendo a desentrañar las raíces del problema planteado.

Se tomó como método esencial en la investigación el método hipotético deductivo. Según el mismo, se parte de una hipótesis de la cual, con base en la crisis que pueda generar el fenómeno, se desarrollan determinadas consecuencias. De lo anterior surge la posibilidad de demostrar las consecuencias y, a la vez, demostrar que existe un problema, que constituye materia de un estudio insoslayable.

En el capítulo I se hace una relación exhaustiva de la crisis del constitucionalismo en el mundo actual, que aporta elementos para la claridad conceptual y del momento presente en que convergen una serie de ideologías enraizadas en la sociedad. Se citan ejemplos tendientes a explicar la crisis constitucional contemporánea, la cual constituye una serie de problemas cruciales con respecto a la forma en que se deben gobernar las sociedades contemporáneas, ante el progresivo deterioro de los esquemas teóricos de la legitimidad.

Además, se aborda el tema de la crisis del modelo constitucional en el contexto de la gobernanza, modelo implementado desde el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Se hace, de igual manera, un análisis de los problemas constitucionales contemporáneos, citando, para el efecto, a notables autores como Gerardo Pisarello y Edouard Lambert, entre otros. Culmina este capítulo con una primera aproximación que hace la autora, de las posibilidades del diálogo constitucional que fortalezca el paradigma del Estado constitucional de derecho.

En el capítulo II se expone de manera breve el desarrollo histórico del constitucionalismo, partiendo de la hipótesis de que el decurso histórico del mismo hace evidente un espíritu progresivo de inclusión de los grupos marginados y excluidos. Se inicia el recorrido histórico desde la *Politeia* griega y la *Res Pública* romana, siguiendo con el constitucionalismo medieval que presenta un auge alrededor de los siglos XIII y XV, en Inglaterra. Posteriormente, se hace una síntesis de los momentos más importantes del constitucionalismo de la Edad Moderna, tomando como parteaguas histórico de este movimiento, la Revolución francesa y la Revolución de los EE.UU.

Continúa el capítulo II con una reseña del constitucionalismo español, seguido por el nacimiento del constitucionalismo latinoamericano, citando al connotado tratadista Roberto Gargarella con sus acertados análisis. Finalmente, se dedican unas páginas al constitucionalismo guatemalteco, que aporta una sucinta línea histórica tendiente a dar claridad al tema de investigación. Como bibliografía obligada en este último punto, se consultaron obras históricas del Doctor Jorge Mario García Laguardia.

El capítulo III contiene una serie de aspectos dirigidos a exponer las vertientes del constitucionalismo moderno, explicado a través de diferentes narrativas históricas que muestran por qué las estructuras jurídicas varían de un país a otro. Este capítulo está dedicado a presentar algunas de las contribuciones más importantes en un constitucionalismo que se ha propuesto la tarea de aclarar los problemas políticos de

nuestro tiempo. Se plantean cuestiones tales como la necesidad de recuperar el Estado desde la perspectiva constitucional, la consolidación de las garantías, el neoconstitucionalismo, el constitucionalismo popular, el constitucionalismo democrático y el originalismo, entre otros temas.

Finalmente, el capítulo IV se enfoca, precisamente, en el tema clave de este trabajo: el Constitucionalismo dialógico y una aproximación a los métodos posibles de su implementación en la sociedad actual, a través de la institucionalización del mismo. En este capítulo se hace un análisis de una naciente visión del ejercicio constitucional como una postura en la filosofía constitucional, que apunta a mecanismos dialógicos capaces de fortalecer un ejercicio constitucional efectivo y sólido.

Capítulo I

1. La crisis del constitucionalismo en el mundo contemporáneo

En la actualidad existe una crisis profunda, de alcance global, que afecta al Estado y, en general, a la organización institucional del orden constitucional moderno. En muchas sociedades este fenómeno se manifiesta en periódicos y frecuentes episodios de ingobernabilidad, cuando no en imparable procesos de violencia, desintegración y derrumbe institucional. Estos procesos no solo expresan una creciente fragmentación y conflictividad social, al nivel local y global, sino que también se relacionan con periódicas situaciones de anarquía y violencia regional.

Basta recordar las miles de muertes que causa el crimen organizado, la presencia disruptiva del terrorismo, las guerras civiles que, en el Oriente Medio, por ejemplo, arrojan a miles y miles de migrantes, muchos de los cuales mueren mientras tratan de escapar de la violencia de sus países. En este sentido, la actividad diplomática no ha podido frenar guerras que cada vez se vuelven más complejas y letales, y que comprometen la seguridad planetaria, debido a que detrás de las acciones bélicas se encuentran potencias internacionales celosas de mantener sus áreas de influencia.

Ahora bien, cualquier diagnóstico del presente global no puede ser completo sin recordar el número de víctimas que sucumben ante la falta de un sistema institucional que garantice las condiciones mínimas de una ciudadanía viable en muchas partes del mundo. En la mayoría de países, millones de personas, especialmente menores,

sucumben ante la falta de los insumos médicos más elementales. El sistema estatal no garantiza el mínimo de oportunidades para desarrollar una vida digna. No existen suficientes recursos para paliar males como el hambre, la contaminación, la migración ilegal y, en general, para afrontar todas aquellas situaciones que afectan las condiciones mismas de la vida humana¹.

Se enfrenta una crisis de la validez global de los derechos humanos. El mundo está muy lejos de realizar aquel proyecto que, después de la Segunda Guerra Mundial, intentó crear una sociedad mundial de naciones regidas por los ideales de la fraternidad humana y el respeto a la dignidad de los hombres y mujeres. La *Era de los Derechos Humanos*, como bautizó Norberto Bobbio a nuestra época, parece encarrilarse en una dinámica de degradación incontenible. El pensador italiano Stéfano Rodota hace resucitar las ideas de la gran crítica del totalitarismo, Hannah Arendt, cuando vuelve a hablar del “derecho a tener derechos”². En efecto, y como se verá adelante, se enfrenta una especie de proceso deconstituyente que ha destruido las garantías estatales que protegían los derechos fundamentales.

Desde luego, dicha inestabilidad afecta con mayor fuerza a sociedades que, como la guatemalteca, carecen de estructuras democráticas funcionales. La situación en países como el nuestro es tan problemática, que el autor peruano Oswaldo de Rivera considera que la misma noción de *Estado nación* es irrealizable en la mayoría de países,

¹ Según Jean Ziegler: “El derecho a la alimentación es sin duda el más constantemente y más ampliamente violado en nuestro planeta”. Véase de este autor, *Destrucción masiva: Geopolítica del hambre*, traducción de Jordi Terré, Barcelona Ediciones Península, 2012, p. 29. Este autor recuerda que alrededor de una sexta parte de la población mundial es víctima del hambre.

² Esta idea se desarrolla en el libro de Stefano Rodotà, *El derecho a tener derechos*, traducción de José Manuel Revuelta, Madrid, Editorial Trotta, 2014.

los cuales han venido a constituirse en entidades caóticas sin ninguna esperanza de viabilidad. Este autor hace hincapié en que los Estados que se han organizado en el llamado “mundo en desarrollo” no han podido replicar a los Estados funcionales que se han creado en el “Primer Mundo”. De este modo, después de 60 años de discursos acerca del desarrollo, la gran mayoría de países de la tierra siguen viviendo en situaciones de profunda ingobernabilidad y extrema pobreza³. En la opinión del autor peruano, los Estados se están convirtiendo en “entidades caóticas ingobernables”, los cuales se “caracterizan por el colapso del orden y la seguridad pública hasta el punto que el Estado pierde control sobre el territorio y la población”⁴. En efecto, al no garantizar la seguridad, el aparato estatal pierde una importante parte de su razón de ser.

En virtud del sentido civilizatorio que alberga el concepto de Estado, es fácil comprender el sombrío significado del diagnóstico que se ha esbozado en los párrafos anteriores. En efecto, si el autor peruano tiene razón, y parece que así es, las perspectivas, no solo de progreso, sino de recuperación para la humanidad, se hacen bastante pesimistas, precisamente porque la función ordenadora y estabilizadora de la sociedad no puede ser proveída por un aparato estatal corroído por la corrupción, con crónica escasez de fondos y con estructuras plagadas de intereses creados, entre otros problemas.

Guatemala ha vivido su parte de este proceso traumático: la reciente crisis que hizo caer al Gobierno de Otto Pérez Molina (2015) ha mostrado la manera en que la

³ Oswaldo de Rivero, *El mito del desarrollo y la crisis de la civilización*, cuarta edición, Lima, Fondo de Cultura Económica del Perú, 2014, p. 12. En este libro, Rivero plantea el concepto de “entidad caótica ingobernable” para referirse a los “Estados fallidos”, los cuales experimentan graves crisis de ingobernabilidad.

⁴ *Ibid.*, p. 119.

corrupción se había incrustado en las estructuras del aparato estatal, convirtiendo a este en una enorme maquinaria de enriquecimiento ilícito y tráfico de influencias. En un período corto la cleptocracia estatal desvió a sus arcas cantidades ingentes de recursos, que nunca pudieron usarse para resolver problemas tradicionales, que ahora se agudizan, como el de la crónica carencia de insumos para el sistema nacional de salud y el de educación.

La problemática señalada, sin embargo, no se limita al ámbito estatal. En efecto, es aún más lamentable que detrás de esta mafia política hubiese influyentes sectores empresariales que han visto al Estado como un instrumento al servicio de sus intereses, actitud que ha repercutido en la creciente desigualdad, precariedad y pobreza que afecta progresivamente a la sociedad guatemalteca⁵. Dicha actitud empresarial es más cuestionable en la medida en que la corrupción también afecta a estos sectores, que ahora exigen la reducción del Estado. Como resulta evidente, ante la desintegración y reducción del Estado, se generan una serie de problemas, especialmente el de la ingobernabilidad, por no decir el caos, que se afronta actualmente.

Comprender estas dificultades es sumamente complejo. Pero poco se puede avanzar, si no se empieza por reconocer la amplitud geográfica de los mismos. En realidad, la generalidad de las sociedades contemporáneas, incluso las más solventes económicamente, se encuentran transitando un período de profundas crisis. Estas ahondan la desigualdad y extienden la confusión, como lo prueba el simple hecho de que

⁵ Una breve descripción del ascenso de las clases industriales en Guatemala puede encontrarse en: Paul Dosal, *El ascenso de las élites industriales en Guatemala, 1871-1994*, Guatemala, Editorial Piedra Santa, 2005. Este libro hace evidente la forma en que grandes empresas guatemaltecas se han beneficiado de la protección estatal.

la derecha populista está alcanzando cuotas de poder inéditas en países de tradición democrática, como es el caso de los Estados Unidos de América.

Las sociedades europeas, por otro lado, se han visto afectadas por brutales medidas de austeridad que han causado la reaparición de problemas que parecían haber sido extirpados por las medidas sociales de bienestar implementadas por sus Gobiernos. Al momento de escribir estas líneas, parece ser que la Unión Europea ha empezado a fragmentarse, a juzgar por la salida del Reino Unido de un ente supranacional, que buscaba un futuro unificado para un continente cuya historia está plagada de guerras. Como en el caso de los Estados Unidos de América, la ultraderecha populista sigue ganando espacios entre las clases vulnerables, aprovechando el problema de la desigualdad, y ganando espacios a costa de la demonización de la migración, especialmente la de los refugiados de países como Siria.

En este sentido, la crisis económica y política que vive Guatemala se inserta en un contexto mundial que le brinda un marco que también la empeora. Basta mencionar el problema del cambio climático el cual exige de todas las sociedades una transformación de las estructuras económicas y políticas, especialmente en lo que atañe a un desarrollo que ahora debe encuadrarse dentro de las limitantes físicas del planeta que compartimos. Este problema se interrelaciona con las consabidas carencias sociales a las que, de una manera u otra, nos hemos acostumbrado. De este modo, las personas sin seguridad económica, las menos educadas, las que viven en el área rural, los inmigrantes, los indígenas, las mujeres, etc., tienden a ser las principales víctimas de los desastres naturales que puede provocar el aumento de la temperatura global

(inundaciones, sequías, huracanes, etc.). Desde luego, estos grupos son los que se ven más afectados por la presente inestabilidad económica.

En este contexto de problemáticas generalizadas, no extraña la severidad del análisis de Rivero, presentado anteriormente. La situación es alarmante, a juzgar por el hecho de que los centros de poder geopolíticos, como es el caso de los Estados Unidos de América, se han involucrado directamente en la gestión de los problemas de naciones como la nuestra, las cuales representan “amenazas” para su seguridad interna. El poderoso país del Norte, en efecto, no es ajeno a la problemática de una región que produce millones de migrantes, entre los cuales se encuentran miles de niños que viajan sin sus padres; no deja tampoco de considerarse la posibilidad de que la migración ilegal haga que se introduzcan miembros de organizaciones terroristas.

En esta coyuntura problemática global, hasta la noción de soberanía se ve afectada, a juzgar por el hecho de que las políticas de Guatemala, El Salvador y Honduras se subordinan a los planteamientos de Estados Unidos de América. Este fenómeno se hace patente con la denominada “Alianza para la Prosperidad”, cuyo planteamiento especifica que:

Actuando de manera coordinada y con una firme voluntad política, los Presidentes de El Salvador, Guatemala y Honduras proponemos en este Plan acciones innovadoras para acelerar el cambio estructural de nuestros países. Con este se busca generar condiciones para frenar el fenómeno migratorio y la crisis humanitaria que ocasionó el incremento reciente en el

flujo de niñas y niños migrantes no acompañados hacia los Estados Unidos en 2014⁶.

Aunque los países siempre hayan colaborado entre sí, es obvio que este documento revela la importancia prioritaria de los Estados Unidos de América, dentro del contexto interno de dichas naciones. Puede verse, en este sentido, la forma en que se perfora el mismo concepto de autodeterminación, pues el ámbito de gestión soberana de los países se ve limitado por los intereses de los países más poderosos. Este fenómeno se ha intensificado en Guatemala a partir de las directrices que emanan de los Estados Unidos de América, a través de instituciones transnacionales como la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) y nacionales como el Ministerio Público, la cuales han liderado la lucha contra la impunidad en este país, pero también promueven cambios que deben ser evaluados de manera profunda, dado que en estos se juega el futuro institucional del país.

1.1 La crisis constitucional contemporánea

Las anteriores consideraciones muestran que muchos países están enfrentando una crisis constitucional, situación que se presenta en el cambio de paradigmas en lo que se refiere a los planteamientos políticos, que han sido tomados como modelos de convivencia a ser seguidos en todos los lugares del mundo. Se enfrenta una serie de problemas cruciales con respecto a la forma en que se deben gobernar las sociedades

⁶ Véase, http://www.mineco.gob.gt/sites/default/files/pdfs/acciones_estrategicas.pdf (última consulta el 21 de junio de 2016).

contemporáneas, ante el progresivo deterioro de los esquemas teóricos de legitimidad. Parece ser, en efecto, que la democracia liberal no ha cumplido sus promesas, aquellas que se difundieron de manera global cuando se verificó la caída de la Unión Soviética.

En este sentido, y en los términos más generales, la humanidad se acerca a una situación en la que debe inventar o reformar las formas de organización política. Por supuesto, desde el punto de vista de este trabajo, dicha tarea no puede obviar los logros teóricos que se han alcanzado respecto a la estructura de la sociedad democrática. En este sentido, el desarrollo de la humanidad debe tomar en cuenta los aspectos acumulativos de la experiencia humana. No hacerlo equivaldría a hacer caso omiso de la milenaria experiencia humana, ganada a costa de tanto sufrimiento; olvidar la historia significa una condena a repetir los mismos errores una y otra vez⁷. Los alcances de la democracia constitucional son un legado que se debe preservar, en un esfuerzo que debe proponerse desarrollar ideas en perpetuo cambio. Este trabajo se propone contribuir a la labor reconstructiva del Estado constitucional de derecho.

Ahora bien, para comenzar, el problema del derrumbe del Estado se relaciona, como es natural, con una crisis de las nociones fundamentales de la práctica constitucional, las cuales presuponen una interpretación del aparato estatal. Aunque las repercusiones del Derecho constitucional vayan más allá del ámbito del Estado, es claro que no puede haber un orden constitucional, en el sentido contemporáneo del término, sin un aparato institucional que garantice los derechos fundamentales o derechos

⁷ El sociólogo del Derecho portugués Boaventura de Sousa dos Santos habla acerca del “desperdicio de la experiencia”, fenómeno que vincula con la aparente falta de alternativas. Véase de este autor, *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 2003; y *El milenio huérfano*, Madrid, Trotta, 2005.

humanos. La profundidad de esta crisis se hace evidente en tanto el investigador se percata que, como se ha sugerido anteriormente, la crisis del orden estatal es de hecho un problema general en el actual mundo globalizado.

Este modelo general, sin embargo, está siendo socavado por dinámicas sociales, políticas y jurídicas para las cuales la teoría constitucional necesita respuestas urgentes. Cuando se creaba la noción moderna de Estado constitucional, por ejemplo, no se había vislumbrado la emergencia de un orden global hecho posible por el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, los cuales han hecho posible la interconexión de agentes económicos separados por una gran distancia geográfica.

Desde nuestro punto de vista, en este contexto surge uno de los problemas fundamentales de nuestro tiempo. El declive del Estado se debe, al menos en gran medida, al surgimiento de poderes económicos que no pueden ser controlados por órganos que todavía están vinculados a territorios regulados por órdenes jurídicos que cambian de un país a otro. Las empresas con mayores recursos suelen responder a las medidas que afectan su plusvalía abandonando el país que se atreve a cuestionar la legitimidad de sus estrategias. De este modo, los países intentan atraer inversión disminuyendo las normativas legales que protegen el ambiente, a los trabajadores y, en general, que promueve la defensa irrestricta de los derechos humanos.

No está de más mencionar que el desarrollo contemporáneo del capitalismo ha alcanzado un nivel depredador tan profundo que afecta a los mismos valores. En efecto, un sistema que promueve la ganancia a toda costa no puede conceptualizarse como un sistema comprometido con los valores constitucionales que distinguen la época presente.

El egoísmo, defendido como forma de conducta, no puede articular formas de vida que logren la gobernabilidad; la democracia presupone redes de solidaridad, de preocupación por los que viven momentos duros. Al menos desde Platón se sabe que no se puede vivir en una sociedad en la que predomine el espíritu mercantilista o el ánimo del guerrero, como se hace evidente a partir de los argumentos presentados en su *República*⁸.

Desde luego, nunca ha existido un orden político totalmente comprometido con valores como la justicia y la solidaridad. La lucha por tales ideales siempre ha estado sometida a obstáculos y retrocesos, a menudo sangrientos. En este sentido, y aun asumiendo la necesaria divergencia entre normatividad y realidad, un hecho inscrito en la misma naturaleza de la sociedad humana, el iusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli afirma que las democracias constitucionales están enfrentando una crisis que se manifiesta en el hecho de que

El papel del Gobierno de la política en las formas de la representación democrática y el papel normativo del Derecho estatal sufren un vaciamiento por la pérdida de soberanía de los Estados, la crisis de representatividad de los partidos, los conflictos de intereses y la imposición de los poderes económicos y financieros de carácter transnacionales a los poderes públicos⁹.

El pensador italiano, al igual que una gran cantidad de autores, atribuye esta crisis global, a “la desregulación de las finanzas”, fenómeno que ha afectado la vida de muchas

⁸ Platón, *La República o el Estado*, traducción de Patricio Azcárate, trigésima novena edición, Madrid, Espasa-Calpe, 2006.

⁹ Luigi Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2014, p. 136.

personas alrededor del mundo¹⁰. Se puede reparar en la manera en que las sociedades pagaron los errores y abusos de los banqueros, cuando estos nunca han compartido con sus semejantes las enormes ganancias que suelen obtener. Según las reflexiones de Ferrajoli, este fenómeno se expresa en un

proceso deconstituyente de nuestros ordenamientos, que se manifiesta en el progresivo desmantelamiento del Estado social, en la reducción de los servicios sociales y de las garantías de la educación y la salud, en el crecimiento de la pobreza, la precariedad del trabajo y el desempleo, en la reducción de los salarios y las pensiones y en la restricción de los derechos de los trabajadores¹¹.

Desde luego, la crisis constitucional, el proceso deconstituyente, que se vive en el mundo, no puede evaluarse al margen de la pérdida de la política. El sistema de partidos políticos ha distorsionado totalmente la venerable idea de la representación, noción que venía desde el tiempo de la Revolución francesa. El sistema de partidos se ha convertido en una subasta de puestos públicos que permiten la recuperación y la multiplicación de las inversiones respectivas.

La ciudadanía suele vivir en un estado en el cual todo se encuentra en riesgo. Las sociedades contemporáneas viven bajo el miedo, con el sentimiento de inseguridad; basta notar la forma en que muchas medidas impopulares, por ejemplo, las exenciones

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*

de impuestos, o las medidas que ignoran los derechos laborales, se justifican como “medidas de emergencia” para paliar el problema del desempleo y la desigualdad. En estos tiempos, las garantías se desmoronan frente a un Estado que ha perdido responsabilidades sociales, pero que sigue incrementando su “monopolio de la fuerza legítima”. Las fuerzas de seguridad, sin embargo, no protegen a la ciudadanía, sino que muchas veces entran en el sistema que, al margen de toda ley o criterio de legitimidad, se aprovecha del monopolio estatal de los recursos de todo tipo que sirven para control y la represión, cuando no la misma eliminación¹².

La relativa eficiencia en el ejercicio de la violencia estatal corre pareja con el retiro del Estado de la esfera de las prestaciones sociales. En efecto, el desmantelamiento del Estado ha supuesto mayor incapacidad para resolver los derechos sociales, los cuales han avanzado en papel, aun cuando siguen siendo desmentidos por los órdenes constitucionales modernos. Este fenómeno ha traído consigo un notable aumento del descontento social, el cual se expresa en movimientos como la Primavera Árabe, el movimiento de los Indignados en España, las protestas de Occupy Wall Street en Nueva York y los movimientos en contra de la corrupción en países como Guatemala y Honduras.

En vista de tales movimientos de protestas, muchos Estados han tratado de incrementar el grado de represión del orden jurídico. Un ejemplo notable de este fenómeno lo constituye la distorsión represiva del Derecho penal. De nuevo, Ferrajoli menciona el caso Guantánamo y la cancelación del *Habeas Corpus* para los

¹² Un panorama crítico de tal fenómeno se presenta en el libro de Pilar Calveiro, *Violencias de Estado: la guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen como medios de control global*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012.

sospechosos de terrorismo¹³. Los ciudadanos han sido sometidos al Derecho punitivo del Estado que se organiza en torno a los modelos de la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo, el cual, como lo señala el mismo Ferrajoli, posee antecedentes importantes en relación con el derecho nazi y su figura del tipo “normativo de autor”¹⁴. No es raro, en ese sentido, que las garantías vayan retrocediendo frente al ímpetu del Derecho penal contemporáneo, el cual muchas veces es manipulado de manera mediática por sectores interesados.

En Guatemala se ha encarcelado a dirigentes por haber protestado contra medidas impopulares en el renglón económico. Han sido sometidos a procesos cuestionables, especialmente en la última década, desde el punto de vista de las garantías. El depuesto presidente Otto Pérez Molina acudía al Estado de sitio para controlar el descontento popular. Los líderes de movimientos populares son acusados de terrorismo, daño a la propiedad, abuso de la libertad de expresión, etc. Los asesinatos selectivos no han desaparecido en este contexto.

Ante estos problemas es necesario rescatar, aunque con nuevos o renovados elementos teóricos, el Estado de derecho constitucional. No se puede negar que los cambios son necesarios, precisamente en la medida en que algunos presupuestos de dichos modelos constitucionales han fallado. En esta dirección, este trabajo constituye un intento de responder a los problemas planteados desde un punto de vista que

¹³ Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, segunda edición a cargo de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2010, p. 237.

¹⁴ *Ibíd.*

profundiza los valores incardinados en el mismo ideal de un régimen jurídico constitucionalizado.

1.2 La crisis del modelo constitucional en el contexto de la gobernanza

Para comprender el contexto de esta disertación es necesario hacer referencia al fenómeno de la *gobernanza*, modo de dirección política que arrincona al Estado. Esta se define, según la versión en línea del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* como: “Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”. Este modelo ha sido implementado desde el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Desde una visión positiva de la gobernanza, el autor español Antonio Porras Nadales nota que en este paradigma se privilegia la participación sobre la decisión política basada en la representación; la idea es buscar enfoques gerenciales que indagán sobre un manejo óptimo de la cosa pública¹⁵. El Estado, en el mejor de los casos, adopta una función limitada de coordinación en el seno de una amplia red de actores públicos y privados¹⁶, nacionales e internacionales, los cuales no tienen una función representativa política respecto a la sociedad en su conjunto. De este modo, bajo el régimen de la gobernanza se manifiesta “la necesidad de integrar al proceso de gobernar a actores

¹⁵ Antonio Porras Nadales, *La acción de Gobierno: Gobernabilidad, gobernanza y gobermedia*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 67.

¹⁶ Luis F. Aguilar Villanueva, *Gobernanza y gestión pública*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 77.

diferentes e independientes del Gobierno, que son importantes para trazar el rumbo social y decisivo para realizar sus objetivos, debido a que poseen poderes, competencias y recursos que son indispensables para resolver los problemas sociales presentes y generar situaciones deseadas de bienestar”¹⁷.

Ahora bien, la realidad es que el enfoque basado en la gobernanza promete más de lo que cumple. De hecho, la gobernanza hace posible un “vaciamiento de la democracia”, dado que suele responder a los lineamientos económicos que benefician a las grandes corporaciones transnacionales y a los Gobiernos más poderosos¹⁸. En esta dirección, los agentes extra gubernamentales suelen ser simples sectores de poder, que entonces encuentran la posibilidad de imponer sus perspectivas antidemocráticas. En este sentido, es evidente que en los procesos de participación gerencial suelen imponerse los criterios de los agentes más poderosos. Un ejemplo claro de ello lo constituye el hecho de que las políticas públicas son impuestas por cámaras empresariales, poderosos organismos internacionales, grupos de presión con agendas particulares, y así sucesivamente. Las perspectivas de los agentes más excluidos casi no son tomadas en cuenta. La gobernanza, en suma, consolida el poder de los sectores más poderosos, pero menos representativos; contribuye al proceso de vaciamiento del Estado constitucional de derecho.

De este modo se va consolidando una realidad política en la cual los sectores más vulnerables suelen recibir la peor parte de estas políticas públicas —una realidad que,

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Giovanni Messina, “De la gobernabilidad a la gobernanza: Los caminos del vaciamiento de la democracia”, en: José A. Estévez y Giovanni Messina (eds.), *La democracia en bancarrota*, Madrid, Editorial Trotta, 2015.

para ser realistas, ha sido constante a lo largo de la historia, especialmente la nacional. Por ejemplo, los intereses de grupos empresariales se imponen sobre los intereses de los trabajadores, como lo prueba la continua precarización del sector laboral, que trabaja sin contratos, con retrocesos salariales, a menudo en condiciones insalubres. Bajo el pretexto de lograr la competitividad nacional, la carga tributaria recae no sobre los sectores productivos sino sobre una clase media, a menudo asalariada, que enfrenta problemas económicos cada vez más graves. El arte de la gobernanza se convierte, de hecho, en el arte de gestionar el poder en los contextos en los que confluyen grupos e instituciones que funcionan al nivel local e internacional. Todo esto, a costa del ilegítimo desplazamiento del principio de la representación democrática, bastión fundamental de los enfoques fundamentales de la teoría política moderna.

Como es de esperar, el desarrollo de la gobernanza como modelo de gestión pública significa un retroceso respecto a los fundamentos del Estado constitucional de derecho¹⁹. El Estado contemporáneo ha sido objeto de un proceso de desmantelamiento, que, desde luego, no le afecta mucho cuando se trata de sus funciones de control y represión. En este sentido, se puede constatar que un aparato estatal como el nuestro ya no puede garantizar un sistema social y político que promueva la realización de los derechos humanos. Este problema afecta al ideal del Estado constitucional de derecho, el cual sigue representando la orientación fundamental en el diseño de los sistemas políticos contemporáneos.

¹⁹ El cientista político español Andrea Greppi considera, sin embargo, que todavía es posible mantener garantías dentro del sistema de gobernanza. Para este autor, la superación del Estado nacional es inevitable, pero se debe hacer lo necesario para reconvertir garantías y principios de la democracia, como es el caso de la división de poderes. Véase, Andrea Greppi, *La democracia y su contrario: representación, división de poderes y opinión pública*, Madrid, Trotta, 2012.

En esta situación de cambios profundos, el constitucionalista español Gerardo Pisarello llega a considerar que es necesario ya distinguir entre “procesos constituyentes democratizadores” y “proyectos destituyentes”²⁰. Esta distinción ayuda a notar que el modelo constitucional de sociedad está en franco retroceso. Por lo tanto, se precisa de esfuerzos teóricos para revertir esta dinámica de deconstitucionalización de los órdenes políticos contemporáneos. El desplazamiento de los derechos humanos y de los fundamentos representativos del Gobierno genera grandes problemas de gobernabilidad, debido a la inseguridad general que enfrentan los diversos sectores de la sociedad respectiva. La participación no funciona si se elimina el aspecto representativo del mismo, ante todo porque la Constitución es expresión del poder constituyente.

Resulta, pues, que en el contexto contemporáneo, no contamos con proyectos abarcadores de reorganización de la vida política; por esta razón, el proyecto constitucionalista continúa siendo el eje fundamental para organizar una sociedad. Esto a pesar de la popularización de la gobernanza como modelo de gestión gubernamental. En esta dirección, se necesita brindar perspectivas para crear un constitucionalismo adecuado a condiciones político-sociales globales en las que es necesario asegurar el control democrático de las acciones de los Estados y los sectores poderosos de la globalización. Lo cual significa contribuir a la solución de los problemas jurídico-políticos que crea la globalización de corte neoliberal, que se basa en el predominio político de las perspectivas de los grandes agentes económicos, en detrimento de sectores que

²⁰ Gerardo Pisarello, *Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014, p. 11.

cada vez ven con mayor preocupación su futuro y el de sus descendientes. Un modelo constitucional basado en un diálogo social profundo se ofrece como una perspectiva fructífera para superar la crisis de gobernabilidad y gobernanza que pone en peligro un futuro viable para la humanidad.

1.3 Problemas constitucionales contemporáneos

El constitucionalista catalán Gerardo Pisarello observa que este proceso de deconstitucionalización no ha sido detenido por las instituciones que fueron ideadas para la defensa del orden constitucional. En sus palabras “en la mayoría de los casos, los órganos de defensa de la Constitución —ejecutivos, parlamentos, tribunales constitucionales— han asistido impotentes, cuando no han alentado, este vaciamiento normativo promovido desde instancias estatales y supraestatales”²¹. Este autor se refiere a esos sujetos que vacían el compromiso constitucional en estos términos:

Estos poderes impulsarían auténticos procesos deconstituyentes, esto es, procesos de vaciamiento del contenido democrático y garantistas de las constituciones vigentes. Unas veces, mediante su inaplicación lisa y llana o mediante su aplicación restrictiva. Otras, a través de mutaciones tácitas o de reformas explícitas. Y otras, por fin, mediante su subordinación a

²¹ Gerardo Pisarello, *Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014, p. 17.

normas de contenido antisocial provenientes de ordenamientos supraestatales”²².

Estas observaciones dirigen la atención hacia una serie de problemas que deben tomarse en cuenta para reorganizar la vida constitucional.

Desde nuestra perspectiva, el gran problema que debe abordarse es el de la estructura del control de constitucionalidad. En términos más generales, debe abordarse el gran problema que plantea el exagerado dominio de cortes constitucionales desprovistas de canales democráticos que permitan la participación de la sociedad en la toma de decisiones atinentes a la constitucionalidad de las decisiones del ejecutivo y el legislativo. Si no se mejoran los mecanismos de decisión constitucional, los textos constitucionales no podrán asegurar los derechos humanos.

Desde las primeras décadas del siglo pasado, el jurista francés Edouard Lambert notaba las inconveniencias de las que, a su juicio, así como el de muchos, adolecía el sistema de control de constitucionalidad de los Estados Unidos de América. Como se notaba en aquel tiempo, el Tribunal Supremo de ese país había defendido los privilegios de los sectores poderosos en perjuicio de los grupos más vulnerables de la sociedad norteamericana²³. Lamentablemente, esta experiencia ha sido común en la historia jurídica reciente de Guatemala, en virtud de que muchas decisiones de la Corte de Constitucionalidad parecen alinearse con las perspectivas de los sectores con mayor poder social, político y económico. Tomando en cuenta los problemas de

²² *Ibíd.*, p. 16.

²³ Edouard Lambert, *El Gobierno de los jueces*, traducción y adaptación de Félix de la Fuente, Madrid, Tecnos, 2010.

ingobernabilidad que enfrentan países como el nuestro, resulta natural exigir que se tomen medidas para que el órgano de control constitucional decida en función de los intereses que demanda la inclusión, el respeto a la dignidad y la promoción de una vida buena para las mayorías olvidadas de nuestra nación.

En los términos más generales, se puede decir que las fallas de diseño y organización afectan el funcionamiento de un ente cuyo poder puede desbocarse si no se conceptualiza de una manera rigurosa. No se debe desestimar, en este sentido, que en este país la Corte de Constitucionalidad haya recibido el calificativo de “Corte Celestial” en virtud de que tal denominación denota la imposibilidad de objetar decisiones que, sin embargo, pueden resultar cuestionables desde cualquier punto de vista. En efecto, a pesar de una serie de actuaciones memorables, especialmente en sus inicios, este organismo también ha producido sentencias que han sido vistas con sospecha por significativos sectores de la ciudadanía²⁴.

Resulta evidente, pues, que el constitucionalismo no ha llegado a la profundidad ideológica de todas las sociedades. Pero también es claro que la situación actual del mundo demanda mayor trabajo en las áreas de conceptualización e implementación del Derecho constitucional. Existen muchas áreas que necesitan ser examinadas con mayor detalle para hacer que el proceso de constitucionalización de nuestros órdenes jurídicos pueda consolidarse. Para resumir los parámetros dentro de los cuales se ubica este

²⁴ Este fenómeno ha sido denominado *juristocracy* por el teórico Ran Hirschl en su libro *Towards Juristocracy*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2007. Este autor argumenta que el proceso de constitucionalización ha sido dominado por élites que se esfuerzan por mantener su hegemonía.

trabajo, puede resultar enumerar los problemas que se tratarán en las siguientes páginas.

1. El desmantelamiento del Estado de bienestar en la gobernanza.
2. La pluralidad de los valores.
3. Los conflictos normativos y axiológicos que plantea el ejercicio constitucional.
4. El estatuto secundario de los derechos sociales y colectivos frente a los derechos civiles y políticos.
5. El ejercicio antidemocrático al que puede llevar consigo el control de constitucionalidad.
6. La reacción conservadora a las tendencias democratizadoras de la constitucionalización del Derecho.
7. El problema del cambio constitucional que se plantea cuando las circunstancias sociales y políticas sufren procesos de transformación.
8. Los procesos de argumentación que determinan las decisiones constitucionales.
9. El problema de la división de poderes.
10. La deriva autoritaria de los Estados contemporáneos, especialmente de la mano del Derecho penal.

La enumeración de estos diez problemas, que está lejos de ser un listado exhaustivo de dificultades para el constitucionalismo moderno, muestra los formidables

desafíos que se presentan para los esfuerzos constitucionalizadores en la escena política contemporánea. En capítulos posteriores se tendrá la oportunidad de ir respondiendo estas preguntas, con el detalle que permite el espacio de este trabajo, las cuales están siendo debatidas arduamente por destacados especialistas en el pensamiento constitucional.

En esta dirección se puede observar cómo todavía se generan planteamientos reaccionarios, que tratan de desarticular el avance del constitucionalismo; es necesario, para los fines de esta investigación, consolidar el contexto para que argumentemos con mayor fuerza en favor de esta tendencia. Para apreciar estos giros argumentativos, la siguiente sección se ocupa de un análisis histórico del constitucionalismo, el cual demuestra, en opinión nuestra, el carácter progresivo de este. Se hará evidente entonces que el constitucionalismo posee un espíritu que se acomoda a la ampliación de la participación. Esta tendencia histórica hace del diálogo un componente importante en el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo.

Las propuestas de constitucionalismo dialógico que se desarrollan en estas páginas tratan de evitar este problema que ha sido identificado desde los orígenes de la democracia constitucional. Para el efecto, se buscan prácticas constitucionales que se han llevado a cabo en otros países —por ejemplo, Canadá— las cuales proponen otros medios de acercarse al control constitucional de las leyes. Estas prácticas alumbran otros acercamientos, como las vistas públicas que ya se llevan a cabo en Guatemala, las cuales se pueden usar para inducir un espíritu más democrático en el constitucionalismo moderno. Estas estrategias serán examinadas en detalle en el último capítulo de esta investigación.

1.4 Las posibilidades del diálogo constitucional: primera aproximación

Antes de proseguir esta investigación es necesario situar este trabajo en la complicada trama conceptual, que supone la problemática del constitucionalismo contemporáneo. Soy de la opinión de que es una tarea valiosa lograr que las sociedades contemporáneas preserven y fortalezcan el paradigma del Estado constitucional de derecho, el cual se basa en el objetivo fundamental de lograr un orden sociopolítico que tome como premisa fundamental el respeto de la dignidad humana y los derechos que emanan de esta. En este sentido, este trabajo también constituye una defensa del Estado, siempre y cuando este se ubique en un orden internacional que promueve el respeto de los derechos humanos en el sentido más sustantivo que quepa imaginar.

De este modo, la superación de la crisis descrita en el apartado anterior, demanda una reflexión continua sobre las posibilidades del orden constitucional de derecho, el modelo que, en la actualidad, es el único que puede sostener la idea de los derechos humanos como criterio de legitimidad política. Puede decirse que el problema consiste en cómo reorganizar un ejercicio de control de constitucionalidad capaz de defender a la sociedad de los problemas estructurales —sociales, económicos y políticos— que son inducidos por los grupos de poder a nivel nacional e internacional. Como se verá adelante, no apoyamos el rechazo de algún género de control de constitucionalidad; a lo que aspiramos es a democratizarlo.

El tema, sin embargo, debe acotarse un tanto para no abarcar una materia demasiado extensa cuyo análisis sobrepase los límites de espacio de este trabajo. En este sentido, debe mencionarse, desde el principio, que los análisis de esta tesis se evalúan desde la perspectiva que ofrecen los problemas que afronta un país como Guatemala. Desde luego, la situación de este país es similar, aunque nunca idéntica, a la de otras naciones, especialmente en el ámbito latinoamericano. Por esta razón, los argumentos desarrollados en este ensayo se colocan en el seno actual de las discusiones sobre constitucionalismo en América Latina, con un especial énfasis en el contexto guatemalteco, aun cuando se hace uso de la reflexión general que se lleva a cabo en el seno de la Filosofía del Derecho. Como es de esperar, por el hecho de que la crisis general abarca al mundo globalizado, muchas de las ideas presentadas en este trabajo son aplicables, *mutatis mutandis*, a la situación de muchos países en el mundo. Nada extraño en un tiempo en el que se acelera la uniformización de muchos aspectos de la cultura.

Debe enfatizarse, en segundo lugar, que los planteamientos de esta investigación se ubican en la intersección entre teoría de la constitución, teoría y filosofía política y sociología jurídica. La adopción de esta perspectiva interdisciplinaria quiere reconocer la complejidad de la cuestión jurídica y política en países que, como el nuestro, se ubican dentro de las naciones que van enfrentando niveles de ingobernabilidad sumamente pronunciados. Problemas de los cuales es obvio decir, que tienen que ser elucidados desde una realidad social que no ha sido suficientemente formada por los logros más nobles de la ciencia jurídica.

Cabe apuntar, en este sentido, que esta contribución intenta realizar un diagnóstico de la problemática guatemalteca desde una perspectiva constitucionalista comprometida de manera vigorosa con la axiología. Estamos conscientes de que la terrible desigualdad que afecta a Guatemala no es compatible con las declaraciones axiológicas que constituyen el núcleo de nuestra Constitución, la cual ha sido desactivada al no ver desarrolladas algunas de sus disposiciones más avanzadas, como la que atañe a los pueblos y comunidades indígenas.

Desde esta perspectiva, el propósito central de esta tesis consiste en analizar las posibilidades de usar el *constitucionalismo dialógico* como un medio para reconfigurar un Estado guatemalteco capaz de recuperar la representatividad democrática. Este modelo constitucional aspira a que los procesos constitucionales reflejen un diálogo profundo que convoca a los sectores de una sociedad, especialmente aquellas que como la nuestra, se han acercado, pero aún no han alcanzado una cultura democrática consolidada.

En el escenario académico internacional las reflexiones teóricas sobre el constitucionalismo han adquirido un desarrollo que permite concebir un modelo de interpretación de constitucionalismo dialógico capaz no solo de resolver la profunda conflictividad que vive nuestra sociedad en el mundo globalizado, sino también plantear la configuración de un Estado adecuado para las tareas que exige la globalización contemporánea. Este modelo hace que las decisiones respecto a la interpretación de los textos constitucionales se enriquezcan y determinen a partir de instancias pluralistas de diálogo político. La gobernanza no puede obviar este proceso de participación general

de toda la sociedad en las decisiones que atañen a un futuro puesto en cuestión por las grandes crisis contemporáneas.

En el estado caótico de ingobernabilidad que viven muchas naciones, señalado en las primeras páginas de este capítulo, la constitucionalidad dialógica ofrece un asidero para reordenar el mundo social. Sin un acuerdo profundo e inclusivo va a ser difícil encontrar un camino compartido de salida de la problemática sociopolítica que actualmente enfrentamos.

Esta investigación responde a preguntas como las siguientes: ¿pueden diseñarse modelos de constitucionalismo dialógico aptos para configurar un Estado capaz de afrontar las múltiples dificultades, que enfrenta una sociedad asediada por la conflictividad y la ingobernabilidad en medio de una globalización en la que voces divergentes exigen nuevos planteamientos respecto a la estructuración de un país? ¿Cuáles son los defectos estructurales del constitucionalismo liberal y de los diversos modelos de control de constitucionalidad? ¿Puede la globalización tomar un rumbo diferente al neoliberal, esto es, la mundialización que promueve el libre mercado global a costa de la viabilidad de los Estados particulares? ¿Cómo puede concebirse el texto constitucional en una época de irreducible pluralismo cultural, el cual plantea interpretaciones diferentes de este?

No está de más preguntarse: ¿no es ya tiempo que un país ingobernable como el nuestro evalúe diferentes visiones del ejercicio constitucional? En efecto, la tarea de reconfigurar o refundar el Estado no solo demanda cambios en el funcionamiento del orden constitucional, sino también una visión renovada por parte de la ciudadanía, de las

funciones propias de los instrumentos constitucionales en una sociedad democrática. Si la Constitución es un pacto de ciudadanía, que dotado de una estructura axiológica, limita los poderes y establece la organización del Estado, esta debe reflejar las perspectivas de aquellos que realizarán su vida dentro de tales estructuras, esto es, los seres humanos dotados de derechos que se deben defender y desarrollar dentro del marco respectivo. El ideal kantiano de la autonomía personal y social sigue teniendo una indiscutible validez y presencia.

Para resumir: esta investigación gira en torno a una nueva vertiente en el ámbito constitucional, una nueva tendencia orientada a construir un Estado de derecho dentro de los parámetros del diálogo y la deliberación, es decir, que a través de ideologías expresadas en conversatorios en los que se pongan de relieve los aspectos positivos y negativos de la ley existente y su aplicabilidad, se logren nuevos consensos sin llegar a una reforma de la norma legal. Esta doctrina se nutre de las ideas de pensadores como Jürgen Habermas, Karl-Otto Apel, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino y Roberto Gargarella, autores que han reparado en la conveniencia de generar la deliberación democrática²⁵. Se beneficia, además, de prácticas constitucionales alternativas como la canadiense, la cual plantea diálogos entre el poder judicial y el legislativo que deben ser conocidos en otras latitudes.

Esta nueva tendencia, como lo hacen ver Roberto Gargarella y Paola Bergallo, ha sido especialmente fructífera en América Latina, sobre todo en Colombia, país que

²⁵ Con todo, es de reconocer que la labor más importante en este sentido es la realizada por Habermas, quien ataca a la razón instrumental para proponer el desarrollo de la razón comunicativa, la cual está orientada al consenso. Esta teoría se desarrolla en su monumental obra, en dos volúmenes, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1999.

cambió su Constitución en un período convulso de su historia²⁶. Es también conveniente reconocer los logros de otros procesos constituyentes como los de Bolivia y Ecuador, países que, a pesar de sus problemas, han logrado cuotas de inclusión ciudadana bastante notables.

Debe acentuarse que el constitucionalismo dialógico no constituye un retroceso en los avances que se han obtenido históricamente en las sociedades en esta materia. En países como Guatemala se desconfía del diálogo debido a la negativa de muchos sectores y personas a someter sus posiciones a un genuino proceso de examen dialógico. La creencia genuina en el diálogo sitúa a este en un contexto que reconoce los desafíos de la globalización contemporánea; se toma en cuenta la interacción de los Estados y los individuos; no se ignoran, incluso, las perspectivas internacionales cuando esto es posible y razonable. En este sentido, una visión constitucional basada en el diálogo no supone trastocar los principios que representan los pilares sobre los que se basa el constitucionalismo; desde hace tiempo esta corriente ha encontrado medios para lograr la unidad racional en medio del pluralismo y la ingobernabilidad propios de esta época.

Desde luego, esta tarea demanda cambios profundos en la organización del poder constitucional. Basta reflexionar en la popularización cada vez más de la idea de que los modelos establecidos de control judicial no logran satisfacer legítimas aspiraciones políticas de los diversos actores sociales, los cuales asumen diferentes perspectivas

²⁶ Véase la introducción de Gargarella y Bergallo, al libro compilado por el primero. *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores de Argentina, 2014.

culturales y políticas, expresadas en formulaciones discursivas diferentes. Un sistema constitucional legítimo debe ser incluyente, en el sentido de lograr un espacio para que se expresen las voces que avanzan posiciones legítimas.

Desafortunadamente, los vertiginosos cambios que se dan en la sociedad no se desarrollan con la misma velocidad en el campo de nuestros conceptos jurídicos y nos hemos quedado, como resultado, en un estancamiento y por qué no decirlo, en un estado de retraso con las nuevas corrientes que se desarrollan en el ámbito internacional. Incluso existen corrientes que, como el originalismo, pretende que volvamos al significado de los términos que era vigente en el tiempo de creación de las Constituciones, como es el caso de la norteamericana. Este trabajo pretende ser una pequeña contribución a la identificación de soluciones constitucionales a la crisis de gobernabilidad que enfrenta Guatemala y otros países que afrontan situaciones similares.

1.5 El concepto de constitucionalismo

Hasta el momento se ha hablado del constitucionalismo en términos muy generales, asumiendo una comprensión básica de nuestro objeto de estudio. Para los fines de esta investigación, sin embargo, es necesario perfilar con mayor precisión el contenido de esta tendencia jurídica que, aunque propia de la modernidad occidental, se fundamenta en el pensamiento clásico.

Precisamente el segundo capítulo de esta investigación se embarca en la tarea de mostrar las inquietudes históricas que han motivado el desarrollo del constitucionalismo,

específicamente en la medida en que este intenta controlar el abuso del poder. Solo así podrá apreciarse el significado del giro dialógico en tal corriente. En su *Enciclopedia de la Política*, el destacado politólogo Rodrigo Borja afirma que constitucionalismo

es el proceso, cada vez más complejo y completo, de sometimiento del Estado al derecho que se inició históricamente cuando a la simplicidad de la organización absolutista siguió el complicado sistema de separación de poderes, distribución de competencias, limitación de atribuciones y respeto a los derechos humanos que caracterizó al Estado nacido de las acciones revolucionarias francesa y norteamericana de fines del siglo XVIII, que guillotinaron el antiguo régimen de autoritarismo y privilegios²⁷.

Por su parte, el historiador del constitucionalismo Mauricio Fioravanti propone la siguiente caracterización de este término:

El constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas²⁸.

²⁷ Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la Política*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 157-161.

²⁸ Mauricio Fioravanti, *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Trotta, 2014, p. 9.

El ideal constitucional plantea un enfoque organizacional al establecer un régimen normativo que, en tanto resultante de un proceso de estructuración societario, tiende a ser vinculante para todos sus miembros. Históricamente, el constitucionalismo se fundamenta en un conjunto de normas capaces de englobar entre sus límites o alcances, el poder en su totalidad entendido como una institucionalización de este, para ser capaz por sí mismo de dar fin a una etapa de transgresiones individualistas y de corte transitorio. Es decir, que al organizarse la sociedad política dentro del marco constitucional, se tiende a plantear parámetros estructurales para organizar un conglomerado social que se propone el respeto y la imposición de los derechos sociales, políticos y humanos de tal grupo social.

Otro de los rasgos que interesa enfatizar es el carácter de compromiso ciudadano que penetra al texto constitucional. El jurista italiano Michelangelo Bovero considera que:

La teoría política más adecuada para expresar el espíritu del constitucionalismo es (y sigue siendo) el contractualismo, o sea la teoría según la cual no existe ningún poder natural legítimo, porque solamente es legítimo el poder que se instituye a través del contrato social por los propios sujetos sobre los cuales se ejercerá, y solo conserva su legitimidad cuando es ejercido con el consenso de estos sujetos²⁹.

²⁹ Micheangelo Bovero, "Nuevas reflexiones sobre democracia y Constitución", prefacio al libro de Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 22.

En rigor, un sistema constitucional se basa en un pacto social y político expresado por el poder constituyente; a partir de este se define un modelo de ciudadanía; en este sentido, la Constitución realiza, en términos actualizados, la idea del contrato social, la cual hunde sus raíces en el pensamiento liberal clásico, desarrollado por autores europeos como el inglés John Locke y el suizo-francés Jean Jacques Rousseau. En la parte histórica de este trabajo se podrán observar los fenómenos doctrinales que ha impedido que este ideal haya retrocedido significativamente en la Época Contemporánea. Ahora bien, a lo largo de la tesis se irá haciendo evidente que la idea de diálogo, al tomar en cuenta la vulnerabilidad histórica de ciertos sectores, busca ir mucho más allá de la noción de contrato.

Aun con base en una caracterización tan esquemática del constitucionalismo, resulta evidente que los sistemas gubernamentales actuales se han quedado cortos respecto a la realización del sistema constitucional de derecho, permitiendo que los poderes soberanos de cada sociedad hayan sido cooptados por poderes carentes de representatividad democrática —de hecho, como lo postula la noción de gobernanza, la cual incorpora agentes internacionales y entes económicos que se “coordinan” con el Gobierno propiamente dicho. Estos son poderes que, como se hace claro, no tienen mayores límites normativos, salvo cuando ellos sirven para cuestionar la promoción de intereses diferentes a los suyos. Sabido es como hay sectores que apelan al Estado de derecho sin que hayan expresado, con hechos y acciones, su respeto a los valores constitucionales. Hay sectores que apelan al Estado o lo rechazan según se acomode a sus intereses. Guatemala, como el resto de países de América Latina, tiene una

experiencia considerable y valiosa, muchas veces trágica, cuando se habla de esta divergencia entre discurso y realidad.

En resumen, el constitucionalismo es una tendencia global que busca la organización de la vida política de una comunidad, a través de un pacto de ciudadanía que reconoce la dignidad de que están investidos todos los seres humanos y los derechos afincados en esta. En el ideal constitucional está ínsita la idea de que la estructura orgánica del Estado se articula en función del objetivo de asegurar, mediante garantías legislativas y judiciales, la consecución del bien común que solo se puede lograr en una sociedad que respeta el valor de la dignidad humana y los derechos que se fundamentan en esta. Estas directivas generales suponen cambios profundos en el modo en que una sociedad rige su vida dentro de un sistema legal. Sin ninguna exageración puede decirse que en una sociedad como la nuestra, los ciudadanos no han asimilado las transformaciones radicales que impone el sistema constitucional de derecho.

De manera paulatina se irá presenciando cómo este ideal del constitucionalismo es capaz de criticar las estructuras actuales del control de constitucionalidad, señalando caminos para lograr un orden democrático basado en el respeto efectivo de los derechos humanos. En efecto, ha llegado el momento en que se piense en rediseños de la estructura en que la Constitución influye en los diversos contextos de la vida cotidiana de la sociedad. Solo entonces podrá valorarse en su real importancia la función del diálogo y deliberación democráticos en la vida constitucional de una colectividad que aspira a algo más que un mero *modus vivendi*.

1.6 El progreso de la constitucionalización y la evolución del diálogo

Uno de los fenómenos jurídicos de mayor influencia en la época contemporánea es el proceso de constitucionalización de los órdenes jurídicos. Desde un ángulo de simpatía hacia las nuevas corrientes constitucionalistas, el jurista argentino Rodolfo Luis Vigo habla acerca de la “constitucionalización y judicialización del Derecho”, el cual, a juicio del citado autor, es digno de ser señalado, especialmente en un continente con clara vocación iuspositivista (especialmente en el sentido de Hans Kelsen)³⁰. Este cambio de paradigma supone modificaciones profundas en todos los ámbitos de práctica del Derecho.

Por su parte, el jurista italiano Riccardo Guastini entiende la constitucionalización como un

proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida... capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales³¹.

³⁰ Estas ideas se desarrollan en los diferentes capítulos del libro de Rodolfo Luis Vigo, *Constitucionalización y judicialización del Derecho: del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, Ciudad de México, Porrúa, 2013.

³¹ Riccardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, tercera edición, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 49.

Riccardo Guastini procede, a continuación de la cita precedente, a enumerar una serie de rasgos que, a su juicio, constituyen criterios para hablar de un orden constitucionalizado. Estos son:

1. Una Constitución rígida, esto es, inmune a la legislación ordinaria. Los cambios constitucionales requieren procedimientos especiales.
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución (estructuras de control constitucional).
3. La fuerza vinculante de la Constitución (una norma constitucional es una norma jurídica genuina).
4. La “sobreinterpretación” del texto constitucional: la Constitución admite una lectura extensiva que cubre todas las áreas de la vida.
5. La aplicación directa de las normas constitucionales: las normas constitucionales, aplicadas directamente por el juez, moldean las relaciones sociales.
6. La interpretación conforme de las leyes: estas deben interpretarse conforme a la Constitución.
7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas: los actores políticos hacen referencia al texto constitucional para sus fines.

Desde luego, la aceptación del constitucionalismo moderno dista mucho de ser un proceso sin sobresaltos. No se trata tan solo de la reacción jurídica a un cambio tan profundo, sino que también el modelo constitucional está lejos de ser un patrón pacífico,

claro, sin ambigüedades, con consecuencias aceptadas por todos los miembros de la sociedad. Existen muchos casos en que la referencia a valores plantea cambios de gran calado en la economía, la educación, la política. De hecho, la manera más sencilla de contrarrestar los reclamos del constitucionalismo ha sido simplemente ignorar sus dictados, los cuales aparentan ser irrealizables. De esta manera, se han ido generando estos procesos de deconstitucionalización que son criticados por Ferrajoli, y para los cuales se deben modificar principios y diseñar nuevas instituciones. Precisamente, la incorporación del diálogo a los modelos constitucionales avanzados permite buscar estructuras sociales más democráticas y dignas.

La profundidad del proceso de constitucionalización demanda enfoques políticos inclusivos, capaces de generar decisiones políticas dotadas del mayor grado de legitimidad. En efecto, si tomamos el listado de características provisto por Guastini, se hace evidente que la vida en una sociedad constitucionalizada no puede ser arbitraria. Se precisa de un grado alto de respeto por los derechos de los miembros de la sociedad. Bajo esta perspectiva, el actual desmantelamiento del Estado constitucional de derecho es un proceso ilegítimo.

Puede decirse, en consecuencia, que el proceso de evolución del Derecho constitucional solo puede darse en un ambiente en el que se fomenta el diálogo inclusivo. No es casualidad que el énfasis en el diálogo (a veces como algo que facilita el intercambio de posiciones) y el desarrollo del constitucionalismo sean fenómenos paralelos, especialmente en los tiempos actuales. Esta situación se somete a un esfuerzo de clarificación en este trabajo de análisis del constitucionalismo dialógico.

Capítulo II

2. Una breve exposición del desarrollo histórico del constitucionalismo

Es muy importante profundizar en los antecedentes históricos del constitucionalismo para poder comprender las nuevas corrientes de pensamiento en este campo. En efecto, la identificación de las tendencias en este terreno de estudio puede ser un auxiliar importante para identificar las teorías constitucionales que reflejen un nivel adecuado de evolución en términos de la realización de los ideales y valores que guían el Derecho moderno. Como se verá en este capítulo, una visualización de la historia constitucional occidental permite una mejor apreciación del constitucionalismo guatemalteco.

En esta presentación partimos de la hipótesis, de que el decurso histórico del constitucionalismo, hace evidente un espíritu progresivo de inclusión de los grupos marginados y excluidos. Esta tendencia se muestra en el paulatino desarrollo de los derechos de las mujeres, de los niños, de los pueblos indígenas, y otros grupos. En este trabajo, como se verá, tal evolución marca una tendencia hacia la inclusión dialógica de los miembros del cuerpo social.

Desde luego, tal proceso ha sido marcado por retrocesos, a menudo bastante violentos. De hecho, como se vio en el capítulo anterior, los logros del constitucionalismo de la Segunda Posguerra están en crisis debido al fenómeno mundial del desmantelamiento del Estado de bienestar en el contexto de la gobernanza de la

globalización neoliberal. Por esta razón, entre otras, es de particular importancia mostrar la plausibilidad teórica de un modelo constitucionalista basado en un diálogo genuino, abierto e inclusivo. De este modo, la exposición de los aspectos históricos del constitucionalismo se presenta de manera tal que se haga evidente el actual momento dialógico de este.

2.1 La *Politeia* griega y la *Res Publica* romana

Como es de esperar, los antecedentes del constitucionalismo se remontan a la Antigüedad, especialmente cuando los grandes pensadores del pasado griego y romano reflexionan, a menudo en tiempos de crisis, sobre las estructuras políticas fundamentales de las ciudades en las que vivieron. Esto muestra la perenne actualidad de los problemas vinculados a la estructura fundamental (constitucional) de la sociedad. Debemos ser cautos, sin embargo, y reconocer que la conciencia de este punto no aspira a decir que los griegos, los romanos y, de hecho, las demás culturas antiguas, tuvieron concepciones constitucionalistas en el sentido contemporáneo. En este sentido, el historiador del constitucionalismo Mauricio Fioravanti hace ver que:

El constitucionalismo pertenece por completo a la Edad Moderna, aunque en sus estrategias sean recurrentes problemas que se remontan a épocas anteriores, de origen antiguo y medieval. Precisando más, puede afirmarse

que el constitucionalismo nace y se consolida en el contexto del proceso de formación del *Estado moderno europeo*³².

Siguiendo esta línea, el destacado historiador italiano sostiene que los antiguos no poseían concepciones de la soberanía ni de los derechos propiamente dichos; estas nociones apuntan hacia el Estado en tanto producto de la modernidad occidental. En el contexto antiguo, lo que ahora se conoce como Constitución giraba alrededor de la organización de los modelos de vida en común que, desde luego, buscaba evitar problemas que ponían en riesgo a la sociedad, como es la división social entre ricos y pobres. Existe, en este sentido, una tendencia histórica a establecer un orden político, dotado de autoridad jurídica, que regule las relaciones básicas entre los miembros de una sociedad determinada, evitando los problemas generadores de inestabilidad.

En su *Política*, Aristóteles, uno de los primeros investigadores que estudia la realidad constitucional de su tiempo, formó entre muchas otras reflexiones, su postura respecto a la necesidad de establecer un conjunto de normas constitutivas de la vida social de un Estado. Entre estas, otorga un enfoque de la Constitución (*Politeia*), en la que la estabilidad política de la *polis* se basa en el predominio de la clase media. En Aristóteles priva una visión comunitaria de la ciudad que se basa, en última instancia, en el hecho de que el ser humano es un animal político, posición que sigue vigente en el pensamiento contemporáneo³³.

³² Mauricio Fioravanti, *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2014.

³³ Para una interesante exposición sobre la complejidad del enfoque político aristotélico puede consultarse el artículo de Héctor Eduardo García Cataldo, "Historia y política en Aristóteles: Constitución de Atenas y Política", *Byzantion Nea Hellás*, No. 28, 2009, pp. 13-29. Disponible en

Así, desde su surgimiento histórico, y a reserva de lo que se dirá adelante, el ideal constitucional establece progresivamente la idea de consolidar un conjunto de leyes que ordenaran las decisiones y el actuar de las autoridades estatales o públicas. Se hizo evidente, desde entonces, la superioridad del gobierno de las normas emitidas de manera legítima, en tanto que estas limitan las acciones individuales, quizás caprichosas y arbitrarias, de los gobernantes. Para Aristóteles, en efecto, “la soberanía debe pertenecer a las leyes fundadas en la razón”³⁴. Este gran filósofo sabía que “es preciso preferir la soberanía de la ley a la de uno de sus ciudadanos”³⁵.

En ese sentido, desde los albores del pensamiento político, se han organizado una serie de intentos por encontrar las claves que eviten el abuso del poder, debido a que la corrupción de la vida política es una constante a través de la historia. No hay que olvidar que Platón y Aristóteles escriben en tiempos de gran inestabilidad política, cuando Atenas mostraba ya los signos de su declive final. En efecto, el maestro de Platón, Sócrates, es ejecutado durante un período de vida democrática, que había sucedido a una dictadura, mientras que el alumno de Aristóteles, Alejandro Magno, logrará una esplendorosa proyección mundial del mundo griego, el cual se disolverá, sin embargo, después de su muerte.

Esta opinión se ve confirmada por Fioravanti, para quien el pensamiento político griego, especialmente el de Platón y Aristóteles, surge en un período de decadencia de

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-84712009000100001 (última consulta el 14 de septiembre de 2009)

³⁴ Citado en Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la historia*, Madrid, Tecnos, 2014, p. 37.

³⁵ *Ibíd.*

la *polis*, la cual se ve mercantilizada y sujeta a procesos de división entre ricos y pobres. La *Politeia* es, en la opinión del historiador italiano, “el instrumento conceptual del que se sirve el pensamiento político del siglo IV para... la búsqueda de una forma de gobierno adecuada al presente, tal que refuerce la unidad de la *polis*, amenazada y en crisis desde distintos frentes”³⁶.

Quizás por la falta de referencias externas o escasez de experiencia histórica, desde el tiempo de Platón se empieza a generar el concepto de la Constitución de los antepasados, la cual es una de naturaleza mixta. Su discípulo Aristóteles plantea el retorno a dicha *Politeia*, pero considera que previamente se debe combatir la desigualdad. Se busca, por tanto, una Constitución en la que se puedan reconocer los distintos grupos de la sociedad; lo ideal es una *polis* en la que haya una fuerte presencia de la clase media. Según Fioravanti este modelo no surge “de la imposición de un principio político vencedor, por ejemplo, el democrático, sino de la pacífica y progresiva formación de una pluralidad de fuerzas y de tendencias”³⁷. Como puede verse, este constitucionalismo busca evitar las fuerzas disgregadoras del orden social, especialmente la mencionada división entre los ricos y los pobres, cuya lucha muchas veces llevaba a la intervención de otras ciudades-Estado.

En ese sentido, la Constitución de los antepasados en el pensamiento griego, en especial la de Solón, es una propuesta de organización de vida institucional que persigue una sociedad estable, y el cual se ha abandonado provocando los problemas a los que

³⁶ Mauricio Fioravanti, *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, p. 19. En esta presentación de la historia seguimos el acercamiento de Fioravanti; cuando se usan los planteamientos de otro autor, se señalará de forma explícita.

³⁷ *Ibíd.*, p. 22.

Platón y Aristóteles hicieron frente en su tiempo. Como se sabe a Solón se le debe una Constitución que fue capaz de disminuir el conflicto entre los ricos y los pobres; por su parte, Pericles, miembro de una distinguida familia ateniense, logra fortalecer el modelo democrático de Atenas.

La Constitución de los antepasados es, pues, no solo una propuesta política de carácter mixto, sino también una de equilibrio. Desde la Antigüedad, en efecto, se hizo presente la conciencia de que las formas de Gobierno siempre estaban sujetas a procesos de desintegración: la monarquía deriva en tiranía, la aristocracia en oligarquía, y la democracia en demagogia. La historia de Grecia y la de Roma proporciona pruebas abundantes de los procesos degenerativos que acontecen en el reino de la política; la misma tarea regenerativa de personajes como Sólon, Clístenes y Pericles da prueba de ello. A este respecto, la Constitución mixta no ignoraba a las fuerzas que, tomadas aisladamente, podían distorsionar la vida en común. El ideal del constitucionalismo se va generando históricamente; se va perfilando como instrumento normativo destinado a limitar el poder y organizar el funcionamiento orgánico de este. Dicho proceso prepara el terreno para el posterior acogimiento de los valores como ideal director del Derecho contemporáneo.

La cadena histórica del constitucionalismo antiguo engarza el pensamiento griego con el romano en la obra del historiador griego Polibio. Este pensador se sitúa de nuevo en la reflexión sobre la degeneración del orden político. Con este pensador se plantea el equilibrio entre monarquía, aristocracia y democracia; como lo hace ver Fioravanti ya no solo se trata de la desigualdad y la lucha entre diferentes grupos sociales, sino de la organización de las magistraturas. En ese momento, se busca un sistema de pesos y

contrapesos, el cual gozará de importancia muchos siglos después cuando se organiza el Gobierno de los Estados Unidos de América. Como lo recuerda Mauro Barberis, el poder monárquico está representado en los cónsules (que eran dos), el aristocrático en el senado, y el democrático en los comicios³⁸.

La sistematización de la experiencia romana no se iba a limitar a Polibio. En efecto, frente a la crisis de la República romana —que iba a llevar a la monarquía— se iba a revivir, bajo Cicerón, el énfasis en las virtudes cívicas. Ante la división se insiste en los beneficios del consenso y de la virtud que consiste en buscar el bien general a través de la moderación de las propias perspectivas e intereses. Incluso, Cicerón coloca al consenso como punto de arranque del cuerpo social. Esta posición se ve enriquecida por la configuración de ley eterna en la que Cicerón juega un gran papel. En la ley natural, en efecto, se manda la participación en la vida de la comunidad³⁹.

Puede verse, en el pensamiento constitucional antiguo, una opción clara por el equilibrio; a esa altura de la historia, ya se han hecho evidentes las consecuencias generales del abuso de poder. En su *República*, Platón reconoce el componente de equilibrio que exige la justicia. Por otro lado, se hace evidente una fuerte valoración de la ética como modo de vida; se enfatiza la importancia de las virtudes que sostienen una comunidad. Este sigue siendo un objetivo válido dado el fenómeno de la degradación política e ingobernabilidad de nuestra época. Con el historiador de las ideas, B. F.

³⁸ Mauro Barberis, *Ética para juristas*, traducción de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 31.

³⁹ Para una explicación de las ideas jurídicas y políticas de Cicerón véase Alfred Verdross, *La Filosofía del Derecho en el mundo occidental: visión panorámica y sus fundamentos y principales problemas*, traducción de Mario de la Cueva, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pp. 80-84.

Skinner, en la actualidad, se puede notar la validez de los ideales antiguos; se valora la virtud republicana por excelencia, esto es, la subordinación del propio interés al bien general.

2.2. Constitucionalismo medieval

En la Edad Media, con la caída del Imperio romano y con el advenimiento de los pueblos bárbaros, se genera un período de pluralismo jurídico notable. Sin embargo, esto no obsta para que en el feudalismo se sigan configurando otros rasgos del concepto de Constitución; este proceso se acelera alrededor de los siglos XIII y XV. En efecto, de esa época se derivan las cartas, especialmente las que reconocían los derechos de ciertos grupos frente a los señores o los reyes, que estructuran la vida de los burgos.

Entre estos documentos, destaca la Carta Magna inglesa que, promulgada en 1215 por Juan Sin Tierra, marca los derechos y garantías que corresponden a diferentes componentes del cuerpo social frente al poder del monarca. Este texto, reviste una importancia semejante a la que ostentan el fuero juzgo, noción que se explicará adelante. En efecto, este documento establece términos, conceptos y principios que constituyeron puntos de partida para el desarrollo del pensamiento constitucional. De hecho, esta carta suele ser considerada como un antecedente fundamental del discurso de los derechos humanos. En concreto, este cuerpo legal presenta relevancia especial porque su contenido encierra un conjunto de disposiciones y normas por las que el entonces monarca de Inglaterra se compromete a respetar las garantías otorgadas a la nobleza

de aquellos tiempos⁴⁰. Esto ilustra la tesis de que el desarrollo de los conceptos constitucionales se vincula con las necesidades sociales y políticas de diversas épocas, hecho histórico que debe ser considerado por los políticos y juristas actuales, especialmente cuando se trata de evaluar las propias tradiciones jurídicas.

Hacia el final de ese momento histórico se va creando poco a poco el esquema básico del capitalismo, especialmente en las regiones italianas, sobre todo en Florencia, en donde se genera el Renacimiento, bajo el patrocinio generoso de la vida intelectual por parte de la naciente burguesía. En este escenario, un pensador como Maquiavelo confeccionará el concepto de Estado. Poco a poco se va consolidando la visión del individuo como referente cultural de la nueva época. La noción de dignidad humana se levanta de su pasado estoico y empieza a anunciarse en la modernidad, para alcanzar su cúspide en el pensamiento kantiano.

Se puede resumir lo anterior citando la opinión de Fioravanti según la cual la Constitución medieval apunta a la “intrínseca limitación de los poderes públicos”⁴¹. Señala, en segundo lugar, la inmutabilidad del orden medieval, el cual se realizaba en un ambiente de irreducible pluralidad. Se busca preservar el orden existente, y, por tanto, ya se da un ingreso más claro de las embrionarias constituciones en la vida jurídica y política. La limitación del poder, en efecto, es un factor que contribuye a la estabilidad política.

⁴⁰ Alipio Valenga Vega, *Desarrollo del Constitucionalismo*, Librería Editorial Juventud, La Paz, Bolivia, 1988, p. 81.

⁴¹ Fioravanti, *Op. Cit.*, p. 35.

Sin embargo, la Edad Media genera nuevas problemáticas, las cuales estremecen los pilares del orden establecido; este fenómeno se verifica alrededor del siglo XI. Esta situación, sin embargo, no debe desvincularse del proceso por el cual el Derecho se va desarrollando en las nacientes universidades. Destaca entre esta problemática la cuestión de la relación entre el rey y la comunidad política. En este contexto surge, en particular, la idea del pacto entre ambos. La comunidad, desde luego, mantiene la supremacía con respecto a la autoridad; esta, aunque sea la cabeza, sigue siendo inferior al todo⁴². El esquema pactista mostrará su influencia en nuestra propia historia constitucional, la cual nunca aceptaría las tendencias absolutistas promovidas por los Borbones.

Durante la Edad Media se va generando una serie de normas que, posteriormente, se irán constituyendo como logros del constitucionalismo en general. Por ejemplo, se va consolidando la creencia en que el poder último recae en el pueblo, doctrina que recibirá un espaldarazo definitivo durante la Revolución francesa. Hacia el final de la Edad Media, por otro lado, se consolida la doctrina clásica de la soberanía, la cual recibe su desarrollo fundamental con la obra del francés Jean Bodin, quien considera a la soberanía como uno de los atributos fundamentales de la República⁴³. A partir de la obra de este autor, se va tomando cada vez mayor conciencia del Estado como ente fundamental de la modernidad política.

Por simple integración histórica se va generando la noción de soberanía del Estado, la cual será modelada de diferentes maneras a lo largo de la historia moderna,

⁴² *Ibíd.*, p. 46.

⁴³ Jean Bodin, *Los seis libros de la República*, cuarta edición a cargo de Pedro Bravo Gala, Madrid, Tecnos, 2006.

hasta llegar a una época que, como la nuestra, tiene dificultades para preservar la noción de soberanía, especialmente cuando el Estado se desintegra paulatinamente. Las ideas de pensadores como Hobbes, Locke y Kant se irán cohesionado alrededor de la idea de Estado.

Por la vinculación con nuestra tradición política y jurídica castellana, es conveniente también referirnos a los fueros españoles que tuvieron lugar en los siglos XI y XII, instituciones que surgieron en una España multicultural, en la que se destacaba la lucha contra los árabes, la cual aseguraba privilegios a los que participaban en la reconquista. Como se verá luego, estos eran considerados como fuente de Derecho contenido en cuerpos legales de corta extensión y que versaban sobre temas significativos para establecer un ordenamiento justo en las sociedades de antaño, especialmente al nivel local. Estos fueros españoles se caracterizaban por ser regulaciones específicas que establecían el comportamiento legal de los habitantes de determinadas regiones.

Un ejemplo de lo anterior es el Fuero Juzgo de tradición jurídica muy particular⁴⁴. En efecto, esta institución fue promovida por Fernando III y Alfonso X a partir del *Liber Iudiciourum* de origen visigodo. Este sistema domina en las partes más nuevas de Castilla, a diferencia de los lugares antiguos en los cuales se establece el *Fuero Real*. Estos sistemas se conjuntan con las famosas *Partidas*. Como puede verse, había muchas fuentes legales, situación confusa que se trató de remediar con el orden de prelación de fuentes de Alcalá de Henares (1348). De primero debía acudirse a las

⁴⁴ José María Monsalvo Antón, *Historia de la España medieval*, (Recurso Electrónico), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2014, última consulta el 5 de noviembre de 2014.

pragmáticas y los ordenamientos de las Cortes; en segundo, los fueros municipales, siempre que no se opusiesen al Derecho real o a la razón o Dios; en tercer lugar, entraban las *Partidas*. En caso de lagunas se seguía la costumbre visigoda de que el rey acudiese al rey⁴⁵.

Los desarrollos del pensamiento político se van acumulando en dirección de una mayor conciencia de la supremacía de la comunidad, tendencia que ya prefigura los logros de la cultura política moderna. En este contexto, el italiano Marsilio de Padua (1275-1343) neutraliza el absolutismo regio haciendo ver que la fuerza del rey viene de la comunidad, idea que se consolidará con la noción, sostenida por Johannes Althusius (1557-1638) de que existe un pacto entre la comunidad y el rey. Esta idea pactista encontrará su cauce en la ideología política que vinculará los reinos americanos al monarca español.

Por su parte, el pensador inglés Francisco Hotman (1524-1590) llega a sostener que el pueblo puede existir con Constitución, incluso sin un rey. El poder es del pueblo. La resistencia al rey ya está constituida. Y, ante todo, la idea de una articulación de la comunidad como entidad política suprema, apuntará hacia los acuerdos y consensos que constituyen un cuerpo social. Poco a poco, se va generando la idea del contrato social, la cual gozará de gran importancia durante la Edad Moderna. Para alcanzar ese objetivo se necesitará, sin embargo, la idea del individuo enfocado en sus intereses.

⁴⁵ Véase: Manuel Torres Aguilar, coordinador, *Manual de historia del Derecho*, Madrid, Editorial Tecnos, 2015, pp. 139-145.

2.3 El constitucionalismo de la Edad Moderna

El constitucionalismo, como tal, surge hasta la Edad Moderna. Como parteaguas histórico de este movimiento se pueden considerar la Revolución francesa y la Revolución de los Estados Unidos de América. La diferencia entre ambas, a juicio de Mauricio Fioravanti, es que “la Revolución francesa nace para consolidar un nuevo poder, la americana para limitar un poder ya existente”⁴⁶. Este autor insiste en que la gesta francesa busca la eliminación de poder anterior, mientras la americana busca limitar el poder del Parlamento inglés, objetivo que generará con el tiempo el surgimiento de un Estado federal. En ese sentido, los siglos XVI, XVII y XVIII sirven como escenarios para el desarrollo de la idea de Constitución, en el sentido de que en estos siglos se consolidan las ideas correspondientes a la clásica división de poderes (formulado por Montesquieu) y los derechos individuales (doctrina desarrollada por el filósofo inglés John Locke). Las primeras Constituciones de la Época Moderna (cuya inauguración, puede considerarse, fue la estadounidense promulgada en 1787) establecen un sistema en el que los poderes se limitan mutuamente a través de un sistema de pesos y contrapesos, siguiendo la inspiración del entramado institucional romano.

Se opera, en ambos casos, un reconocimiento de los derechos del hombre (recuérdese que entonces el movimiento feminista apenas estaba en ciernes), que, como hemos visto, ya había sido reconocido en la nación norteamericana. Sin embargo, como lo apunta Roberto L. Blanco Valdés, el federalismo se prefiere en Norteamérica, mientras que en Europa se impuso “la necesidad de acumular en el Estado todos los poderes que

⁴⁶ Fioravanti, *op. cit.*, p. 39.

estaban antes en manos de la sociedad como único medio para acabar definitivamente con la dispersión administrativa, jurisdiccional, fiscal y militar característica del Antiguo Régimen monárquico”⁴⁷.

Siguiendo la línea de Fioravanti, el constitucionalismo norteamericano construye un orden republicano, que se basa en la soberanía popular, pero que construye un Gobierno que evita la concentración de poder. La Revolución francesa, elaborando sobre la noción de *representación*, confeccionado por el Abate de Sieyès, crea el concepto de nación, y en ella se consolida un poder que va más allá del que emana de la voluntad general, a través de la noción de representación. Como lo resume Antonio Hermosa Andújar:

Sieyès fija en tres las etapas de formación de una nación: en la primera, un conjunto de individuos decide asociarse y constituirse en nación; en la segunda, las mónadas individuales, por siempre los elementos ontológicos de aquella, ya quieren por la voluntad común -que reúne y une las de todas ellas y se expresa como voluntad de la mayoría; en la tercera, la voluntad común, real hasta entonces, ha de volverse, por imperativo de las circunstancias, representativa. La conformación de la nación se produce por entero en estado de naturaleza, y su acción transcurrirá igualmente dentro de ese marco, sin jamás salirse de él, aun cuando el efecto inmediato o mediato de sus voliciones sea la sociedad civil. De otro lado, los individuos que la conforman no perderán los derechos que la naturaleza

⁴⁷ Roberto L. Blanco Valdés, *La construcción de la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2010, p. 62.

unce a su condición de individuos, fundamentalmente la libertad y la propiedad -y de hecho, el conjunto de derechos que el orden social debe solemnizar en una Declaración situada al frente de la Constitución no constituye sino el despliegue legal de su fuerza natural”⁴⁸.

En esa época, y como resultado del mismo desarrollo del Derecho natural racional, así como del ideal de centralización que impulsa Napoleón, se opera el origen de los primeros intentos de codificación. En estos intentos, fruto de la ideología napoleónica, se puede notar la influencia racional según la cual los principios pueden organizarse en un sistema, como en el caso de las matemáticas. De este modo, con el liberalismo, las constituciones modernas alcanzan los desarrollos que llevarán a las doctrinas sofisticadas que caracterizarán el desarrollo del derecho a principios del siglo XX.

El ideal constitucional, en sus versiones norteamericana y europea, se reflejaría también en las nacientes naciones latinoamericanas que intentarían, sin mucho éxito en su estabilidad y permanencia, redactar sus propias cartas magnas durante el Siglo XIX.⁴⁹ Las naciones hispanoamericanas, sin embargo, registran un tanto más la influencia del ámbito francés, como lo prueba la sólida tradición positivista-codificadora que iba a articular sus proyectos jurídicos en las nuevas naciones independientes. Por ejemplo, en

⁴⁸ Antonio Hermosa Andújar, “El concepto de nación en Sieyès”, *Fragmentos de filosofía*, No. 2, 1992, p. 116, disponible en <http://institucional.us.es/revistas/fragmentos/2/ART%207.pdf> (último acceso el 2 de septiembre de 2016).

⁴⁹ El jurista argentino Roberto Gargarella nota que de 1811 para finales del siglo XIX, dieciséis países latinoamericanos iban a conocer 103 Constituciones. Países como Bolivia y Venezuela (cuya primera Constitución data de 1811), iban a tener más de diez Constituciones en dicho período. Véase Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz editores, 2014, p. 13.

nuestro país, el primer intento de crear un cuerpo jurídico giró alrededor del famoso Código de Livingston, el cual, sin embargo, no se pudo implantar. Los códigos legales en Guatemala no se establecieron sino hasta finales del siglo XIX con los Gobiernos de la Reforma liberal.

Existen, desde luego, otras tradiciones constitucionales que generan diferentes visiones de la arquitectura política de la sociedad. Por ejemplo, el pensamiento alemán, siempre consciente de su especificidad cultural, transmuta al pueblo dentro del Estado, el cual deviene una entidad con personalidad moral propia, un ente que trasciende el ámbito de los individuos que conforman la sociedad respectiva. Sin duda, el énfasis alemán por el Estado es un factor que debe tomarse en cuenta para explicar la posterior historia bélica de esa nación.

El pensamiento jurídico constitucional experimenta, a principios del siglo XX, un desarrollo notable. Sin embargo, con el jurista austriaco Hans Kelsen (como se notará en el siguiente capítulo) el modelo constitucional será demasiado formal; sin embargo, ya se concibe la creación de tribunales específicamente constitucionales. En los Estados Unidos de América, desde luego, tal figura había sido investida desde principios del siglo XIX, en la Corte Suprema, con la famosa sentencia *Madbury vs. Madison* de 1803. En todo caso, en Europa el tribunal de inspiración kelseniana solo tenía funciones negativas, dirimiendo conflictos, señalando inconsistencias, etc., la solución de las cuales quedan en última instancia en el Parlamento.

En este contexto, se puede considerar que el siguiente hito fundamental en el desarrollo del pensamiento constitucional lo constituye la reflexión moral que se origina

al final de la Segunda Guerra Mundial. La experiencia sangrienta y vergonzosa del nazismo y el fascismo planteó la necesidad de pensar en términos morales los fundamentos del orden democrático. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, y a partir de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las concepciones jurídicas de diferentes países tratan de unificarse bajo el derecho internacional de tales derechos.

En ese contexto, las tradiciones culturales de la Revolución francesa y el constitucionalismo americano adquirieron nuevos bríos, ahora bajo un orden internacional que realizaba la paz americana. Lamentablemente, la Guerra Fría iba a constituirse en un valladar importante a la hora de realizar los derechos humanos, que en muchas naciones, hasta la fecha, solo son enunciados de buenas intenciones que no se concretizan en la vida de las personas. En todo caso, aunque sea a nivel teórico y doctrina, fue quedando claro que un Estado de derecho, sin cortapisas morales, termina plegándose a los que detentan el poder. Esta dinámica se hace evidente en la actual crisis de las garantías constitucionales, especialmente bajo el avance del constitucionalismo neoliberal, el cual ha sido denunciado por el teórico canadiense Stephen Gill⁵⁰.

Las diferencias siguen existiendo, pero es obvio que también las valiosas similitudes se han ido incrementando. Por esta razón, aunque el pensamiento constitucional se haya desarrollado más que todo en Europa es válido sostener que las

⁵⁰ Véase la colección de artículos editados en forma de libro por Stephen Gill and A. Claire Cutler, *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014. Por cierto, estos autores hablan de “nuevo constitucionalismo”, expresión que no debe confundirse con “neoconstitucionalismo”, término que denota un enfoque novedoso del constitucionalismo moderno. El neoconstitucionalismo goza de gran prestigio en el mundo latino, en general.

experiencias de los respectivos países, así como el norteamericano, tienen vigencia para entender nuestra realidad jurídica. La experiencia constitucional de Alemania, por ejemplo, goza de gran prestigio en el mundo; en nuestro caso, por las obvias afinidades históricas, también solemos brindar mucha deferencia a las experiencias constitucionales de España.

No se puede negar que el acontecimiento revolucionario francés trae consigo la idea de poder constituyente, el cual radica, según la venerable noción de Sieyès, en el tercer Estado, esto es, en el pueblo. Pero también es innegable que dicho poder desaparece de la escena cuando el Estado se ha constituido como tal; entonces predomina la función legislativa. El poder constituyente, sin embargo, se encuentra siempre en forma latente, lo cual hace posible que sus demandas surjan cuando el sistema vigente experimenta problemas de gran calado. Este dato tiene importancia fundamental en la presente época de crisis para los diversos Estados en América Latina, algunos de los cuales (Venezuela, Colombia, Ecuador y Bolivia) se han embarcado en la tarea de redactar nuevas Constituciones.

2.4 El nacimiento del constitucionalismo español

Para comprender los problemas del constitucionalismo guatemalteco es necesario llevar a cabo, aunque sea de manera breve, un recordatorio del constitucionalismo histórico español. Un antecedente dentro del campo del constitucionalismo antiguo se puede encontrar en el fuero acordado y ordenado por el rey Alfonso XI, en las Cortes de León. Este fuero acordado se conoce como “Ordenamiento de León o Pacto de

Sobrarbe". Su mención es trascendental porque enmarca cuestiones normativas relacionadas con las libertades concedidas a los individuos, libertades estas que posteriormente pasaron a formar parte de ordenamientos legales de etapas posteriores de la sociedad política⁵¹. En este conjunto de normas el soberano, quizás sin percatarse de las repercusiones históricas de su pensamiento, manifestó entre otras afirmaciones:

he jurado que ni yo ni nadie pueda entrar por fuerza en casa de otro; que ni yo ni ningún otro de mi reino pueda destruir ni derribar la casa de ningún ciudadano, ni talar viñas, ni cortar árboles de otros; el que tuviese enemistad con alguno acuda a mí o al señor de la tierra o a las justicias puestas por mí, por el obispo o por el señor...

Estos esquemas normativos, dictados en el siglo XI, constituyen sin duda el antecedente específico de la garantía de la inviolabilidad del domicilio y del derecho de propiedad, entre otros derechos que hoy en día reconocidos como garantías constitucionales enmarcadas en cuerpos legales de los diferentes Estados contemporáneos. Este punto demuestra que, a medida que pasa el tiempo, se va consolidando un sentido político que más tarde repercutirá en la creación de una forma constitucional que se extenderá en varias culturas jurídicas. Las instituciones jurídicas necesitan de mucho tiempo para que puedan madurar de manera común de las diversas sociedades. Esta consideración explica el continuo retorno de las ideas más fructíferas.

⁵¹ Borja Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 157-161.

La primera experiencia constitucional española se recoge con la Constitución de Bayona, la cual, como lo hace ver el jurista guatemalteco Jorge Mario García Laguardia, nunca tuvo vigencia en América. Según este jurista, el Estatuto de Bayona se inspiraba en el Derecho francés: de este modo, incluía “el Senado, el Consejo de Estado, la Regencia, la sucesión de la Corona, el principio de reglamentación de los derechos individuales y el sistema de control”⁵². El poder que se concedió al pueblo con la Constitución de Bayona, fue un poder relativo, en el sentido que fueron otorgados derechos, libertades, obligaciones y facultades semejantes a quienes ostentaban el poder en ese momento y a los súbditos de la Corona. El trato fue disímil, como es de esperarse. De este modo, los poderosos recibieron prebendas especiales y a los de menor rango o el pueblo, les fue aplicada una normativa conservadora y restringida. Se trató de una Constitución desigual, sin doctrina.

La tradición jurídica española se consolida con el nacimiento de la Constitución de Cádiz, el cual constituye el siguiente eslabón constitucional en la historia iberoamericana. Este texto, promulgado en 1812 y conocido popularmente como *la Pepa*, al ser promulgada el 19 de marzo, día de San José, intenta mostrar que la historia legal española contiene una Constitución histórica afincada en la tradición de los fueros. Según uno de los constituyentes de Cádiz, Agustín Arguelles, uno de los diputados más influyentes de la respectiva asamblea, dicho documento actualiza las tradicionales libertades españolas. Como lo apunta Felipe-José de Vicente Algueró, “para no pocos liberales gaditanos, la libertad era ya una característica del ordenamiento jurídico español

⁵² Jorge Mario García Laguardia, *Breve historia constitucional de Guatemala*, Guatemala, Ministerio de Cultura y Deportes, 2002, p. 12.

anterior a la monarquía absoluta, y por tanto, solo cabe actualizar estas leyes, volver a su espíritu liberal mediante la Constitución de 1812”⁵³. La Constitución de Cádiz se perfila como una Constitución histórica, en contraposición a una Constitución racional-normativa.

La Constitución de Cádiz introduce las bases de la representación política nacional, instituyendo como núcleo de esta política al ciudadano, dotado de derechos y obligaciones. Esto, con una idea individualista de la persona como ente social. De esa cuenta, los diputados no representaban ya a una determinada circunscripción territorial, sino que su representación era de la nación como una noción abstracta. Esta perseguía lograr la percepción de unidad nacional que tanto se necesitaba en esa época.

En ese contexto, la Constitución de Cádiz introduce la soberanía nacional, la cual residía en las Cortes, y la división de poderes. Estos son dos principios del Estado en que se fundamenta el Derecho liberal y la democracia representativa de la burguesía. De este modo, esta Constitución representa un eje fundamental del cambio y revolución de los pilares sobre los que se sostiene el Antiguo Régimen; se da fin al régimen antiguo para dar paso a una era basada en nuevas instituciones que tratan de realizar las intuiciones de la modernidad ilustrada.

En ese momento, Guatemala todavía formaba parte del territorio español, según quedó establecido en el artículo 10 de dicho cuerpo legal; por tanto, le fueron aplicadas todas las normas relativas a cuestiones fundamentales, como el significado de ser

⁵³ Felipe-José de Vicente Alguero, *De la Pepa a Podemos: historia de las ideas políticas contemporáneas en España*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2016, pp. 37-38.

español en sentido lato, la religión, el Gobierno como monarquía moderada hereditaria, la organización institucional (Cortes conformadas por diputados), promulgación de las leyes, la sucesión de la Corona y la organización de la Administración de Justicia en lo Civil y Criminal⁵⁴. Debe apuntarse, además, que las vicisitudes del texto de Cádiz repercutirán en los acontecimientos políticos en América, como lo prueba el hecho de que el golpe de Estado llevado a cabo por Rafael de Riego haya precipitado la independencia mexicana, la cual tuvo lugar bajo una forma monárquica que favoreció a Agustín de Iturbide.

Las instituciones mencionadas constituyen una influencia directa de nuestro Derecho constitucional. Esta tesis se puede constatar en el hecho de que, después de Cádiz, la necesidad de una Constitución se hace evidente; empezará, entonces, la accidentada historia constitucional de Iberoamérica, aunque debe reconocerse que en 1811 Venezuela ya había promulgado su primer texto constitucional. En todo caso, se debe resaltar el hecho que esta Constitución sirvió como una plataforma para el establecimiento de una reforma política que implicaba la muerte definitiva del Antiguo Régimen en España y en los territorios sometidos a su dominio. En efecto, estos documentos contenían, entre otras, disposiciones cruciales como la abolición de la monarquía absoluta fundamentada en el derecho divino que ostentaban los reyes⁵⁵. Debe reconocerse que las tradiciones pactistas medievales aún tenían influencia en los

⁵⁴ *Digesto Constitucional. Revista del Colegio de Abogados de Guatemala*, Guatemala, Serviprensa Centroamericana, 1978.

⁵⁵ Jorge Mario García Laguardia, Edmundo Vásquez Martínez, *Constitución y orden democrático*, Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1984, pp. 5-12.

países iberoamericanos, los cuales nunca asimilaron con gusto las reformas borbónicas que alcanzaron su apogeo durante el reinado de Carlos III.

Es posible resumir las decisiones que resaltan en la Constitución de Cádiz. Inicialmente, se estableció el constitucionalismo que perseguía demarcar límites al poder de los gobernantes, por medio de instituciones que sirvieran de frenos y contrapesos en dos áreas, una, la limitante al poder absoluto que se mencionó anteriormente, y la otra, la distribución y regulación de un proceso político equilibrado, siempre basado en un ejercicio del poder sometido a restricciones relacionadas con la obediencia de los gobernantes y gobernados. Es importante resaltar que este cuerpo legal fue casi una obra perfecta, se consideraron todas las posibilidades legales, no quedó nada fuera del contexto constitucional. Hasta previeron en el título X la limitación de la posibilidad de modificarla; establecieron que no podía ser modificada sino hasta transcurridos ocho años de su entrada en vigencia, convirtiéndola así, en una Constitución cuasi pétrea⁵⁶.

2.5 El nacimiento del constitucionalismo latinoamericano

El primer constitucionalismo español se proyectará en una historia compleja en la América hispana que empieza a buscar su independencia a partir de la invasión napoleónica a la Península Ibérica. En esta situación, destaca no obstante la influencia del constitucionalismo norteamericano, el que en la opinión de Roberto Gargarella, el

⁵⁶ *Ibíd.*

cual “dejaba en claro que la Constitución podía representar un medio excepcional para hacer frente a una situación de grave crisis”⁵⁷. Según el autor argentino, los constitucionalistas latinoamericanos se percataron de los problemas más graves que enfrentaban y, siguiendo el ejemplo norteamericano, trataron de hacerles frente a través de textos constitucionales.

Gargarella destaca dos puntos que inciden en los inicios de la tradición constitucional americana. En primer lugar, nota el caso de Haití, cuya misión era la eliminación de la esclavitud; y el caso de Simón Bolívar, quien consideraba que el objetivo de las Constituciones era asegurar la independencia de las naciones recién emancipadas. Según Gargarella, para el gran general “la salida constitucional consistía en la concentración de la autoridad política en un Poder Ejecutivo dotado de facultades militares y políticas extraordinarias, políticamente irresponsable, y con capacidad para elegir a su sucesor”⁵⁸. El proyecto de Bolívar es contrastado por Gargarella con el propuesto por Juan Egaña, el cual luchaba por impedir la disolución del territorial, moral y política, a través de la defensa de la fe católica⁵⁹. Posteriormente, los objetivos podrían ser diferentes y, entonces, las propuestas constitucionales serían distintas. Así, por ejemplo, las ideas del argentino Juan Bautista Alberdi, quien, sin negar los fines del constitucionalismo original, proponía ideas para el engrandecimiento y progreso material de su Argentina⁶⁰. Son conocidas, sin embargo, las lamentables medidas políticas que llevaron en ese país a diezmar a la población gaucha y las consecuentes políticas de

⁵⁷ Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina*, Buenos Aires, 2014, p. 14.

⁵⁸ Gargarella, *op. Cit.*, p. 17.

⁵⁹ *Ibíd.*, pp, 17-18.

⁶⁰ *Ibíd.*, p.

inmigración que buscaron una especie de eugenesia que garantizara el progreso de la sociedad argentina.

En términos más generales, Gargarella recalca cómo los procesos constitucionales latinoamericanos culminaron en un “constitucionalismo de fusión” entre los liberales y los conservadores. Esto significó un descenso de las posibilidades democráticas en el subcontinente latinoamericano. El liberalismo, por lo tanto, no representó una mejora sustancial de las condiciones de vida de nuestras sociedades. En particular, el positivismo llevó a ver a las mayorías indígenas como obstáculos para el progreso. Ejemplos de este positivismo racista pueden verse en la Guatemala de Justo Rufino Barrios y el México de Porfirio Díaz.

Ahora bien, es innegable que el constitucionalismo iberoamericano no ha podido desarrollarse debido a las complejas condiciones sociales de la región, las cuales han llevado a la intervención de los Estados Unidos de América, como un poder que ha afectado los proyectos políticos de esta área geográfica. Asimismo, no debe desestimarse la continua presión ejercida por las oligarquías criollas. En este sentido, como un ejemplo representativo, puede mencionarse la progresiva erosión de la Constitución social mexicana de Querétaro, la cual recogió las aspiraciones de cambio de la Revolución mexicana y se proyectó en las conquistas populares institucionalizadas por el Gobierno del General Lázaro Cárdenas. Puede decirse que el neoliberalismo ha planteado regresiones ideológicas que ahora deben ser superadas, especialmente en vista de los problemas que plantea la desigualdad, el cambio climático y el agotamiento de los recursos naturales.

En todo caso, tampoco puede ignorarse el desarrollo de nuevas perspectivas constitucionales en América Latina. En ese respecto, los procesos constituyentes de Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia, exhiben muestras del vigoroso desarrollo constitucional en el ámbito latinoamericano. Este es un proceso en curso, del cual nuestro país, probablemente, derivará algunos cambios en el futuro a cercano y mediano plazo.

2.6. El constitucionalismo guatemalteco

Es necesario ahora dedicar algunas páginas al desarrollo del constitucionalismo guatemalteco. Como ya se ha visto, desde 1808, el constitucionalismo iberoamericano, en general, y guatemalteco, en particular, han recibido una serie de influencias, no siempre fáciles de conciliar. En todo caso, los documentos de Bayona y de Cádiz, juntos con el ejemplo constitucional norteamericano y el fervor constitucionalista latinoamericano, iban a abrir la senda del camino político en Guatemala. De este modo, la estructura del constitucionalismo que se conoce en América, está compuesta por instituciones que han prevalecido hasta la fecha, y cuya génesis puede ubicarse en el Derecho francés. Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vásquez Martínez, en su obra titulada *Constitución y orden democrático*, citan una serie de nociones que han sido fundamentales para la organización institucional, entre ellas, el Senado, El Consejo de Estado, la Regencia, la sucesión de la Corona, el principio de la reglamentación de los derechos individuales y el sistema de control.

Para comprender el constitucionalismo guatemalteco debe tomarse en cuenta de que en este país no acontecen eventos tan dramáticos como los que rodean las gestas independentistas en México y América del Sur. La historiadora Jordana Dym ha hecho hincapié en cómo el cabildo guatemalteco adoptó una actitud cautelosa ante los cambios que vivía España con la invasión napoleónica⁶¹. La impresión general que deja el trabajo de esta autora es que los sectores dominantes de la sociedad guatemalteca trataron de hacer avanzar sus agendas particulares. De este modo, nuestro país no vivió el espíritu juntista que dominó en América del Sur, y no tuvo que afrontar conflictos dramáticos como los que marcaron la década independentista en México.

La independencia guatemalteca se muestra como una maniobra de élites que calculan la preservación de sus intereses frente al surgimiento de un nuevo orden. De hecho, como lo apunta el investigador Mario Vázquez Olivera, las élites guatemaltecas, lideradas por la Casa de Aycinena, se acogen a las directrices que surgen del Plan de Iguala, el cual responde a los acontecimientos en la Península Ibérica y a través del cual se constituye la monarquía de corta duración encabezada por Agustín de Iturbide⁶². Por lo tanto, la situación guatemalteca dependerá, en gran medida, de lo que acontece en México.

Los antecedentes constitucionales de Guatemala, siguen su curso con el primer proyecto de este cuerpo normativo que fue preparado siguiendo directrices dadas al diputado por Centro América ante las Cortes de Cádiz, Antonio Larrazábal. Es

⁶¹ Jordana Dym, "Soberanía transitiva y adhesión condicional: lealtad e insurrección en el Reino de Guatemala, 1808-1811", en Manuel Chust, ed., *1808. La eclosión juntera en el mundo hispano*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

⁶² Mario Vázquez Olivera, *El Imperio mexicano y el Reino de Guatemala: proyecto político y campaña militar 1821-1823*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2009, pp. 39-41.

significativo resaltar la importancia de este personaje en la historia y en el resultado de los procesos de ordenamiento constitucional de la época alrededor de los años 1810 en adelante. Este proyecto de Constitución del año 1810, tuvo ideas enmarcadas dentro de la filosofía liberal inglesa y de la Ilustración francesa. Estas ideas o formas de pensamiento, fueron determinantes para la posterior organización dentro de una orientación republicana.

Ya en el año 1821, el 15 de Septiembre, Guatemala declaró su independencia de España, haciéndose imperativa la adopción de un cuerpo legal aplicable a la nueva república independiente. En el año de 1823 se preparó un documento denominado “Bases Constitucionales” que en 44 artículos recogía un conjunto de normas dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente. Estas normas contenían una serie de principios que desarrollaban la creación del nuevo orden social, el sistema de Gobierno adoptado a partir de entonces. Resulta interesante el artículo 1º de dicho corpus legislativo que establece como fin específico de la Constitución, asegurar la felicidad del pueblo otorgándole el mayor goce de sus facultades, así como el establecimiento de la independencia y soberanía nacional, la división de los poderes, los derechos del hombre y del ciudadano, fundamentados en los principios eternos de libertad, igualdad, seguridad y propiedad. Del artículo que se comenta resulta evidente la filosofía de la Ilustración francesa, con un alto componente del liberalismo inglés, de los que se habló previamente.

En las bases constitucionales aludidas, se establece como forma de Gobierno, la republicana representativa federal; la religión, católica, apostólica romana, excluyendo del ejercicio público a cualquier otra. Puede verse, entonces, cómo se establecieron

directrices o lineamientos que dirigirían el rumbo de los estados federados de Centro América. En esta dirección, los poderes del Estado quedaron enmarcados y sus funciones perfecta y claramente delimitadas. El poder legislativo se cimentó sobre un Congreso Federal; el Senado, estaba compuesto por un representante de cada Estado miembro, que habría de elegirse popularmente. El Poder Ejecutivo estaría presidido por un presidente y el poder “judiciario”, cuyos miembros lo eran los de una Suprema Corte de Justicia.

El espíritu de estas bases constitucionales fue el de servir de plataforma para un posterior texto constitucional definitivo que habría de contener los pactos a que se someterían los Estados miembros en el futuro. La Constitución de la República Federal del Centro de América de 1824, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente, quedó contenida en 211 artículos. Según los antecedentes que fueron asentados en las Bases Constitucionales que se mencionaron con anterioridad, se establecieron los fundamentos que debían regir a la nación. Entre los puntos torales de este cuerpo legal, se incluyó la adopción del sistema republicano, representativo y federal. Se hizo hincapié en la proclamación de la soberanía nacional.

Resulta importante mencionar la inclusión que se hizo de una lista amplia de derechos del individuo, a los que se les llamó “garantías de la libertad individual”. Se declaró como religión oficial, la católica apostólica romana y el territorio de la República se consideró como un asilo sagrado para todo extranjero; la esclavitud y el tráfico de esclavos quedaron prohibidos; se consignaron los principios y normas básicas de un

sistema electoral (sufragio censitario)⁶³, instituyendo para el efecto juntas populares, de distrito y departamentales. Las atribuciones y organización del poder legislativo quedaron perfectamente enmarcadas, implantando el funcionamiento de un Congreso compuesto de representantes popularmente electos⁶⁴.

Asimismo, se incorporó la figura del Senado como un órgano de control, presidido por el Vicepresidente, manteniendo la base de la división de poderes. Carlos Pereyra, citado por los autores García Laguardia y Vásquez Martínez, afirma sobre el contenido de esta Constitución de 1824, que su redacción y contenido había sido inspirado, en su parte orgánica, en la ley fundamental de Estados Unidos; y, en el constitucionalismo español, en lo aplicable al estilo e inspiración general⁶⁵.

La Constitución Federal de 1824 estuvo vigente hasta que tuvo lugar el fracaso del federalismo, en 1938, fenómeno motivado por factores relacionados con la inestabilidad de la economía y la todavía vigente, aunque decadente estructura social colonial. En ese sentido, el rompimiento de la Federación fue el cumplimiento de un anhelo conservador. No se deben desdeñar, desde luego, factores como las pobres estructuras de comunicación, las cuales facilitaron economías autosuficientes y cacicazgos locales⁶⁶.

⁶³ Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vásquez Martínez, *Constitución y Orden Democrático*, Guatemala, Editorial Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 1984, p. 32.

⁶⁴ *Digesto Constitucional. Revista del Colegio de Abogados de Guatemala*. Guatemala, Serviprensa Centroamericana, 1978.

⁶⁵ Jorge Mario García Laguardia, Edmundo Vásquez Martínez, *Constitución y Orden Democrático*, Guatemala, Editorial Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 1984, p. 32.

⁶⁶ Jorge Mario García Laguardia, *Breve historia constitucional de Guatemala*, p. 41.

Por su parte, la primera Constitución del Estado de Guatemala fue decretada en octubre de 1825. Esta ley fundamental estaba contenida en 268 artículos que regularon con amplitud los derechos y garantías inherentes a la persona humana, al Estado como ente unificador de los pueblos del Estado de Guatemala en un solo cuerpo. Los derechos particulares de los habitantes se fundamentan, como en la Constitución Federal, en los principios ampliamente conocidos de la Ilustración francesa: libertad e igualdad, adicionando los derechos de seguridad y propiedad que rigen hasta nuestros días. De forma medianamente clara, se prohíbe la esclavitud; se establece la libertad de pensamiento sin censura. Esta Constitución murió con la desintegración de la Centroamérica federada.

En este contexto, en 1839 se constituye una asamblea constitucional que, dominada por los conservadores, pospone largamente la elaboración de un nuevo texto constitucional⁶⁷. Bajo la presión autoritaria de Rafael Carrera, diversos proyectos constitucionales son abandonados. De este modo, la historia constitucional de Guatemala, se continúa desarrollando al emitirse en el año 1851 el Acta Constitutiva, que quedó contenida en 18 artículos muy generales, pero cuyo contenido abarcaba casi todos los aspectos de la organización social del Estado en ese momento histórico. El Doctor Jorge Mario García Laguardia, en su introducción al texto constitucional de la Constitución Política de la República de Guatemala decretada por la Asamblea Nacional

⁶⁷ *Ibíd*, p. 46.

Constituyente del año 1985, titulada “Sistema Constitucional de la República de Guatemala”⁶⁸, resume los logros de estas normas en los siguientes términos:

Fundación del pequeño nuevo país, antigua provincia de la federación, como Estado independiente; reconocimiento de mayorazgos; diezmos para la Iglesia católica, cuyo poder se fortalecía con la firma de un Concordato con la Santa Sede; fortalecimiento del Poder Ejecutivo a costa del Legislativo; y un tipo de representación de intereses en un régimen corporativo. Con base en ella, se designó presidente vitalicio al General Rafael Carrera, con derecho a elegir sucesor, privilegio que ejerció hasta su muerte.

Posteriormente, la vida constitucional de Guatemala continúa en la norma fundamental emitida en 1879, en cuyo texto de 104 artículos de corte liberal se fomentó la creación de una nueva ordenación política, que estructura y profesionaliza al Ejército nacional; se busca una administración pública eficiente y cada vez más amplia, de manera que con ella se incorporaran e implementaran nuevos servicios de orden público⁶⁹. Sigue manifestando el Doctor García Laguardia, al referirse a la Constitución de 1879, que los 104 artículos de este cuerpo normativo contienen en un nuevo contexto, entre otros,

un texto laico, centralista y sumario, que estableció la separación de Iglesia y Estado, enseñanza laica, libre testamentificación, reconocimiento del

⁶⁸ Jorge Mario García Laguardia. *Constitución Política de la República de Guatemala*, Guatemala, Editorial Piedra Santa, 2013, p. 10.

⁶⁹ *Ibíd.*

matrimonio civil y el divorcio, cementerios civiles, prohibición de vinculaciones, abolición de órdenes religiosas, desarrollo amplio de los derechos de inspiración iusnaturalista, división de poderes con un legislativo unicameral y un Poder Ejecutivo fuerte que funcionaba asesorado por un Consejo de Estado de carácter consultivo y no representativo.

La Constitución de 1879 fue reformada ocho veces y estuvo vigente hasta el año 1944. En las modificaciones que se le hicieron en los años de 1921 y 1927, aparecen contempladas cuestiones relacionadas con la muy incipiente orientación o ideología socialdemócrata; es el tiempo del surgimiento del constitucionalismo social, del cual es pionero el vecino país de México. En efecto, como consecuencia de la Constitución mexicana de 1917 se puede mencionar, como un dato curioso, la promulgación de la Constitución centroamericanista que tuvo lugar en 1921, y la cual nunca llegó a alcanzar vigencia, pero puso en el radio ideológico de nuestro país una inédita vocación democrática aunada al espíritu unionista centroamericano.

Tras el largo período en que estuvo vigente la Constitución de 1879, ya en los años 40, nace un nuevo constitucionalismo con rasgos emancipadores e inspirados, básicamente, en el reconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano como individuo y como ciudadano. En esta nueva Constitución que nace luego del derrocamiento del último dictador liberal, general Jorge Ubico, en medio del movimiento social y político de la Revolución de 1944, se efectúa una serie de cambios notables.

Se incluyen, como es natural, normas constitucionales dirigidas a ordenar y organizar sistemáticamente el programa de Gobierno. Se les da prioridad a los principios de justicia social y los económico-sociales. Al derecho del trabajo se le dedica un capítulo especial y extenso, regulándose el sistema de seguridad social. La propiedad privada es reconocida, sin dejar de establecerse la limitación a que puede estar afectada en caso de función social. Prioriza la repartición de tierras, prohibiendo los latifundios. Le otorga importancia a la expropiación forzosa por causa de utilidad pública y defendiendo el interés social.

Asimismo, fue en esta norma fundamental en que se estableció la política indígena y la protección del patrimonio cultural. Es importante mencionar que a partir de este momento histórico se reconocieron diversas autonomías, por ejemplo, la universitaria y la municipal, en un primer intento de promover la descentralización administrativa. Se concedió por primera vez el voto a las mujeres y a los analfabetos, al y se reconoció, el derecho de organización de los partidos políticos⁷⁰. Dentro de este entramado constitucional, los Gobiernos de la Revolución llevarían a cabo una labor notable en la dignificación de la sociedad guatemalteca.

Sin embargo, a resultas de la Contrarrevolución, orquestada por la Agencia Central de Inteligencia de los Estados Unidos de América (CIA), Guatemala conoce una nueva Constitución en 1956, la cual recogía el plan Tegucigalpa, en el que se contenía el ideal contrarrevolucionario⁷¹. Se enfatizaron temas retóricos como Belice, el ideal centroamericanista, la invocación a Dios, y otros aspectos del pensamiento conservador.

⁷⁰ Jorge Mario García Laguardia, *Breve historia constitucional de Guatemala*, pp. 83-91.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 92.

Se protege de manera irrestricta la propiedad privada. Se dio una tendencia a limitar las garantías y derechos laborales. Es, claramente, un texto anticomunista⁷².

Más adelante, este último cuerpo normativo fue sustituido por la Constitución de 1965, “una Constitución del peor posible” en las ya famosas palabras de Jorge Mario García Laguardia⁷³. Este texto siguió en términos generales la línea de la anterior, únicamente profundizando en aspectos específicos. Entre estos, resalta el tratamiento de la propiedad, el régimen electoral y de partidos políticos. Se da un giro esencial dentro del aparato estatal al establecerse los parámetros de la justicia constitucional.

El 23 de marzo de 1982, la historia de Guatemala dio un giro importante al producirse un golpe de Estado en el que fue depuesto el general Romeo Lucas, lo que implicó de hecho la derogación de la Constitución de 1965. En este nuevo capítulo del desarrollo de nuestro país, destaca la transición de un Gobierno militar, responsable de múltiples violaciones de los derechos humanos, al inicio de una etapa democrática. Se inicia, pues, el surgimiento del orden constitucional contemporáneo.

La nueva Constitución del 31 de mayo de 1985 fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente. Entró en vigencia el 14 de enero de 1986 al instalarse el Congreso de la República y posteriormente, al tener efecto la toma de posesión del Presidente de la República. La Asamblea Nacional Constituyente fue electa con el fin de promulgar la nueva Constitución; y, justo antes de disolverse, emitió dos leyes de rango

⁷² *Ibíd.*, pp. 91-94.

⁷³ *Ibíd.*, p. 94.

constitucional. Estas son la Ley Electoral y de Partidos Políticos y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

El Doctor García Laguardia, al referirse a la Constitución de 1986 que nació en este convulso momento de la historia política de nuestro país, escribe:

Dictada en un momento de euforia democrática, al final de un largo y oscuro período de Gobiernos autoritarios, en su mayoría militares, es totalmente legítima, producto de un cuerpo constituyente libremente electo, en el que las distintas fuerzas, ninguna mayoritaria, tuvieron que realizar permanentes negociaciones para obtener consensos y definiciones; y su preocupación central es la de establecer la consagración y garantía de los derechos humanos, en un sistema democrático, presente la preocupación por el pasado autoritario⁷⁴.

En la actualidad, se discute si se debe continuar con la Constitución de 1985. Los acontecimientos que precipitaron la caída del Gobierno del general Otto Pérez Molina, han creado una coyuntura inédita en la historia constitucional guatemalteca. En ese sentido, puede decirse que Guatemala está en el umbral de nuevos cambios constitucionales. Esta situación torna imperativa la tarea de estudiar las nuevas

⁷⁴ Jorge Mario García Laguardia, *Constitución Política de la República de Guatemala*, Guatemala, Piedra Santa, 2011, p. 14.

tendencias constitucionales. Se trata de implementar aquellas observaciones que surgen de la reflexión contemporánea sobre nuestras constituciones.

No son pocas las propuestas de reforma e incluso de crear un nuevo texto constitucional. Al margen de tal debate, se debe reconocer que la problemática constitucional moderna va más allá del simple intento de formular un nuevo texto fundamental. En ese sentido, el reconocimiento del constitucionalismo dialógico, no solo abre nuevas oportunidades constitucionales, sino que también ofrece un cambio profundo del quehacer ciudadano en nuestro país.

Queda como tarea pendiente la inclusión de los sectores tradicionalmente excluidos de nuestra historia. Ya sea que se reforme, se desarrolle o se transforme, es necesario inventar procesos que permitan su participación en la vida social. En este sentido, de nuevo, el tema del constitucionalismo dialógico posee una importancia fundamental. En este trabajo se examinan las posibilidades de esta corriente; antes, sin embargo, debe hacerse una pequeña investigación sobre los caminos abiertos por el constitucionalismo contemporáneo, el cual exhibe una tendencia democrática notable. Este es el tema del siguiente capítulo.

Capítulo III

3. Vertientes del constitucionalismo moderno

Como se vio en el capítulo anterior, el constitucionalismo contemporáneo está precedido por una rica historia, precisamente relacionada con la variada formación de los diversos Estados. Las diferentes narrativas históricas explican por qué las estructuras jurídicas varían de un país a otro. En este contexto, se ha logrado distinguir, aunque de manera breve y sucinta, la forma en que la historia constitucional de nuestro país genera el cauce por el que actualmente atraviesa Guatemala.

Asimismo, se ha visto la manera en la que el constitucionalismo moderno enfrenta una serie de crisis en el contexto global que distingue la Época Contemporánea, especialmente a partir del ascenso del mercado mundial en el contexto de la globalización de signo neoliberal. Las fuerzas económicas de la globalización han marcado un retroceso institucional que se manifiesta en una notoria conflictividad que pone entre paréntesis la gobernabilidad global, debido a que los grandes intereses económicos superan a las expectativas normativas de la mayor parte de la población mundial.

De esta manera, en el primer capítulo se ha tenido la oportunidad de ver cómo el constitucionalismo enfrenta grandes desafíos, especialmente debido a la pérdida de las garantías destinadas a concretar los derechos que se encuentran reconocidos en las cartas constitucionales. Esta pérdida jurídica se ha verificado no solo en paralelo con la

tendencia a considerar al “libre mercado” como institución fundamental de las sociedades globalizadas, sino de la mano de enfoques promovidos por instituciones internacionales, que como en el caso de los acuerdos penales internacionales, van recortando incluso las garantías más consolidadas. No se puede dejar de mencionar, desde luego, la inmensa influencia que posee la cultura mundial que ha sido formada por la ideología del individualismo consumista.

Entre los procesos y cambios que han llevado a este debilitamiento y desestructuración del Estado constitucional de derecho, adquiere una importancia crucial la noción de gobernanza. Esta noción, que también hemos examinado en el primer capítulo de este trabajo, viene a reducir al Estado a un nodo en una red de agentes en la cual participan entes como los organismos económicos internacionales y las compañías transnacionales. Este proceso fragmenta al Estado y al Gobierno, proceso que despoja de su razón de ser a un texto constitucional. Al desplazar la gestión de los problemas sociales de una entidad representativa a una red de actores, muchos de los cuales son privados y defienden sus derechos sectoriales, las disposiciones constitucionales pierden su razón de ser. De ahí que se operen procesos *destituyentes*, para usar la expresión del destacado constitucionalista catalán Gerardo Pisarello.

Este fenómeno, desde luego, no puede desvincularse de la gradual pérdida de soberanía, dado que esta red de actores no representa a la sociedad en general, sino más bien los intereses de actores poderosos, que en la situación global contemporánea, son empresas multinacionales, las cuales, en numerosos casos, manejan un poderío económico superior al de muchos Estados. La denuncia de la pérdida de soberanía no debe interpretarse en el sentido de una defensa absoluta de esta: dicha postura no sería

compatible con la noción de derechos humanos universales. Lo que se debe recalcar, en esta dirección, es la pérdida de la autodeterminación que ha sido un ideal de la racionalidad. Hablamos de la soberanía como noción que traslada al campo político la noción kantiana de autonomía de la voluntad.

Por lo demás, el problema de la soberanía se vincula con las asimetrías de poder que se generan en el campo internacional. En este sentido, nunca se debe olvidar que los diferentes Estados responden a diversas lógicas formativas; los Estados más poderosos y sus contrapartes del llamado “tercer mundo” avanzan intereses mutuamente excluyentes. Por esta razón, los intereses económicos más poderosos suelen aprovecharse de las estructuras de dominio que distinguen a las oligarquías en el denominado “tercer mundo”. Por ejemplo, las grandes empresas confían en conseguir productos baratos a partir de las precarias condiciones de trabajo que distinguen a la industria manufacturera en países como el nuestro.

Los problemas del constitucionalismo demandan, sin embargo, prestar atención a otros fenómenos que se conjuntan con las dificultades de la gobernanza. Destaca entre estos, el famoso problema del “Gobierno de los jueces”, el cual ha sido, en particular, un problema que surgió primeramente en el contexto norteamericano, en donde el equilibrio de poderes parece estar amenazado por la excesiva importancia concedida al poder judicial. Este problema, como se verá, plantea el desafío fundamental al que se enfrenta el constitucionalismo dialógico.

Este capítulo se dedica a presentar algunas de las contribuciones más importantes en un constitucionalismo, que se ha propuesto la tarea de aclarar los

problemas políticos de nuestro tiempo. El objetivo es demostrar cómo estas corrientes desembocan en la necesidad del diálogo como medio para la realización de las decisiones constitucionales que se alinean con la genuina tarea de asegurar una sociedad de verdaderos ciudadanos.

Analizamos con mayor profundidad el problema de la objeción contramayoritaria, problema del que adolece el modelo dominante de control de constitucionalidad. Esta estrategia analítica permite entender mejor las dificultades que plantea el denominado “Gobierno de los jueces”, obstáculo que debe ser removido para identificar mejores estrategias de vigilancia constitucional. Dichos tópicos se relacionan de manera cercana, pero es posible plantear sus problemas de manera separada. Posteriormente, se analizan una serie de planteamientos filosóficos respecto a la naturaleza del ejercicio constitucional en una sociedad democrática. La presentación de dichos enfoques se organiza de tal manera que se vaya haciendo evidente la creciente relevancia del constitucionalismo dialógico.

3.1 El problema de la objeción contra mayoritaria

El control de constitucionalidad es un elemento casi ineludible dentro de la configuración de un Estado constitucional de derecho en el sentido moderno. La idea central, que admite diferentes formas de implementación es que la tarea de determinar la constitucionalidad de una norma legislativa o una decisión ejecutiva queda en manos de un órgano judicial superior. En este sentido, de acuerdo con el jurista argentino Néstor Pedro Sagües, la “primera garantía para la tutela de los derechos constitucionales es contar con un adecuado control de constitucionalidad, ejercitado por órganos imparciales

e idóneos”⁷⁵. Desde luego, como pasa con muchas expectativas normativas, la razón de ser de la institución suele situarse lejos de la realidad social.

En algún sentido, se puede decir que este control de constitucionalidad ha seguido el ascenso de los Estados Unidos de América, como mayor potencia mundial en la Segunda Posguerra; de este modo, muchas naciones siguen las tendencias del modelo norteamericano. En efecto, una de las presuposiciones de este ejercicio es la constatación de que el modelo de control constitucional basado en la *Judicial Review*, de origen claramente norteamericano, aunque desarrollado de manera diferente en las doctrinas constitucionalistas europeas (que además siguen las ideas de Hans Kelsen), está en crisis. Este es un dato significativo en virtud del hecho mismo de que el control de constitucionalidad es seguido en muchos países del mundo; este fenómeno apunta a una crisis general de los sistemas constitucionales⁷⁶.

Para comprender dicha crisis es adecuado examinar la problemática respectiva desde un punto de vista histórico. Generalmente, se acepta que la noción de “control de constitucionalidad” surge dentro de la historia jurídica norteamericana a partir de la famosa decisión *Madbury vs. Madison* (1803), en la cual la Corte Suprema de los EE.UU., liderada por el famoso juez John Marshall, determinó que el poder de revisión constitucional de la legislación queda en manos de dicho organismo. Es notable cómo

⁷⁵ Néstor Pedro Sagües, *El sistema de derechos, magistraturas y procesos constitucionales en América Latina*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2004, p. 27.

⁷⁶ Según el constitucionalista norteamericano Mark Tushnet, el único país del mundo que se basa en la supremacía del parlamento es Nueva Zelanda; según este autor, Inglaterra e Israel ya reconocen modalidades de control de constitucionalidad. Véase Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Elgar Advanced Introductions, Cheltenham, Glos, Reino Unido, 2014, p. 41. Este libro será usado frecuentemente en este capítulo debido a su riqueza informativa.

una decisión tan importante logra, con el transcurso del tiempo, consolidar una práctica que, de hecho, no está contenida taxativamente en la Constitución. Desde luego, este fenómeno refleja en sí mismo el peso de la jurisprudencia en la doctrina constitucional norteamericana.

¿En qué se distingue el modelo de control constitucional de factura norteamericana? En primer lugar, en el sistema norteamericano el control de constitucionalidad se encuentra difusamente distribuido en todas las cortes que componen el sistema de justicia. En este “todos los jueces pueden declarar la invalidez de las leyes, pero es la Corte Suprema la que cierra el orden jurídico y dice la ‘última palabra institucional’”⁷⁷. Por esto se le conoce como “sistema difuso de control de constitucionalidad”.

El otro modelo de control de constitucionalidad lo constituye el desarrollado por el jurista austriaco Hans Kelsen, destacado exponente del positivismo contemporáneo. Kelsen propuso esta modalidad inicialmente para su natal Austria, razón por la cual también se le denomina el “modelo austriaco” de control de constitucionalidad. En la opinión de Mark Tushnet, cuyas ideas nos orientan en este capítulo, la idea de control de constitucionalidad de este jurista emana de la creencia de que la Constitución debe concentrarse en asuntos relativos a la *forma* de Gobierno y no en la defensa de los derechos fundamentales⁷⁸. En esta visión, el órgano al que se le confía el control de constitucionalidad trata de resolver los problemas de competencia entre los diferentes organismos y componentes del Estado. En este modelo, además, “la función de control

⁷⁷ Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 17.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 49.

de constitucionalidad es ejercida por un órgano fuera de la órbita del poder judicial ordinario⁷⁹.

Es de notar que el modelo kelseniano es de naturaleza concentrada, a diferencia del sistema difuso que priva en el modelo norteamericano. No está de más hacer constar, a título personal, el notable paralelismo que guarda la noción austriaca con la idea de Aristóteles de la Constitución (*politeia*) como distribución de las magistraturas en la *polis*. Tampoco debe olvidarse la gigantesca importancia que juega el Estado en la cultura política y legal de los pueblos germanos, los cuales estiman de manera notable la institucionalidad del Estado. Filósofos tan importantes para dicha cultura, como Georg F. Hegel, llegaron a considerar al Estado como expresión concreta del desarrollo histórico de la suprema racionalidad. Ni de lejos esta idea se ha replicado en el mundo norteamericano.

Aunque en la época contemporánea también se ha extendido el modelo europeo, en la región latinoamericana se han ensayado una variedad de formas de control de constitucionalidad de naturaleza mixta. Las opciones “puras” son raras: Argentina, por ejemplo, sigue con mayor fidelidad el modelo norteamericano de *Judicial Review*. En el caso guatemalteco se da una versión mixta, que fusiona diferentes elementos de ambos sistemas, que como se verá en el siguiente capítulo, y como ya lo hace ver Néstor Pedro Sagües, es difuso, “con mayor concentrado en un órgano extra poder”⁸⁰. Un tribunal particular puede plantear una inconstitucionalidad solo en el caso concreto; los

⁷⁹ Sebastián Linares, *Op. Cit.*, p. 17.

⁸⁰ Néstor Pedro Sagües, *Op. Cit.*, p. 28.

problemas que se plantean al final de un proceso en cortes ordinarias pueden ser resueltos por el máximo tribunal.

Las corrientes constitucionalistas que se exponen en las páginas siguientes arrojan, desde luego, diferentes versiones del control de constitucionalidad. Antes de describirlas es necesario, sin embargo, plantear algunos de los problemas que esboza la democracia constitucional, en especial, las dificultades que traza el denominado “Gobierno de los jueces”, en particular lo que, respecto al ideal de la división de los poderes, principio que continúa siendo considerado fundamental en la organización de un sistema idóneo de Estado.

Se debe mencionar, aunque ya se ha hecho en algunas partes de este trabajo, el problema del “Gobierno de los jueces”. Este, especialmente en su manifestación en los Estados Unidos de América, fue denunciado por el jurista francés Edouard Lambert, cuando diseñaba, en 1921, un modelo de control de constitucionalidad para Francia. Notaba este autor la necesidad de un enfoque de control que protegiera los derechos de las mayorías desfavorecidas, debido a que el tradicional modelo de *Judicial Review* era usado por los sectores poderosos para desechar las medidas que no les favorecían. Para Lambert, tal dificultad surge “de la asociación cada vez más estrecha entre los tribunales y la dirección de la marcha de la legislación”⁸¹. Este fenómeno lleva, a menudo, a una problemática judicialización de la política, debido a que los procesos de cambio social e institucional, que debieran ser producto de la correlación y de la oposición de las fuerzas políticas, suelen decidirse en sede jurisdiccional, lo cual determina prácticas de poder en

⁸¹ Edouard Lambert, *El Gobierno de los jueces*, traducción de Félix de la Fuente, Madrid, Editorial Tecnos, 2010, p. 13.

la que los sectores más influyentes tratan de cooptar el sistema constitucional de derecho. En nuestro país hemos sido testigos de este problema, el cual ha llevado a manipulaciones groseras de los procesos de postulación de los que ocupan magistraturas en el sistema judicial guatemalteco.

En general, detrás de la crítica al Gobierno de los jueces, o la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución, se encuentra la creencia de que el principio democrático se vulnera cuando las decisiones fundamentales de una colectividad se dejan en las manos de un cuerpo, que como el de una suprema corte, no está sujeto a un proceso de elección. En ese sentido, el ejercicio de las cortes superiores que eliminan piezas de legislación representa, en realidad, un ejercicio del poder contramayoritario que se opone al desarrollo de las políticas de aquellos entes que están sujetos a procesos electorarios.

En la escena contemporánea, la denuncia de este problema se le reconoce generalmente al jurista norteamericano Alexander Bickel, quien desde la década de los sesenta denunció este problema. En las palabras de este autor:

La dificultad fundamental consiste en que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo frustra la voluntad de los representantes de las personas aquí y ahora, ejerce el control, no en representación de la mayoría prevaleciente, sino en su contra. Eso, sin los matices místicos, es lo que realmente ocurre [...] es la

*razón por la que se puede acusar al control judicial de constitucionalidad como antidemocrático*⁸².

En esta dirección, la democracia constitucional corre el riesgo de inclinarse hacia el lado de lo puramente constitucional, violando así los principios de autodeterminación democráticos, el cual le concede a la colectividad el poder de decidir sobre las materias que le conciernen. De nuevo, la jurista argentina Claudina Orinesu ofrece pistas, al resumir la posición de Waldron, diciendo que este,

sostiene que, así como el establecer una carta de derechos atrincherada constituiría una limitación injustificada al legislador democrático, el permitir que los jueces tengan la última palabra acerca del contenido y alcances de los derechos implicaría privar a los ciudadanos de la prerrogativa de reflexionar libremente sobre las cuestiones que más les afectan⁸³.

Ahora bien, la candente cuestión del Gobierno de los jueces no puede entenderse al margen de las vicisitudes del Tribunal Supremo en los Estados Unidos de América. Como es de general conocimiento, los movimientos sociales detrás de los derechos civiles lograron conquistas históricas a través de las decisiones de la Corte Warren (llamada así porque fue encabezada por el jurista Earl Warren), la cual logró la abolición

82 Citado en Claudina Orinesu, "Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad, *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, No. 2, marzo-agosto 2012, disponible en <http://eunomia.tirant.com/?p=928> (último acceso el 3 de noviembre de 2016).

⁸³ *Ibíd.*

de las políticas separatistas de la administración norteamericana, como lo muestra la *decisión Brown vs. Board of Education*, la cual puso fin a la segregación en las escuelas públicas. El trabajo de esta corte ha sido seguido por tribunales conservadores, los cuales han tratado de recuperar el espacio perdido.

Resulta, pues, que el tribunal norteamericano presenta una tendencia a judicializar la política. Desde luego, esto no es incomprensible dado que de hecho el Derecho es un instrumento de dominio social. Lo que se puede lamentar es el hecho de que la cruda lucha política se revista del lenguaje moral que se suele emplear en los textos constitucionales. Se debe luchar, en la medida de lo posible, porque el ideal de las decisiones constitucionales posean un sentido moral genuino, y no un significado maleable desde un punto de vista político, especialmente en el sentido partidario.

En todo caso, es importante tener presente el papel positivo que pueden jugar los tribunales constitucionales, en la medida en que constituyen una ventana pública que hace que la ciudadanía pueda presenciar los procesos de deliberación en que se decide su futuro. En este sentido, lo que se debe hacer es incrementar el papel del diálogo en los procesos jurisdiccionales de naturaleza constitucional, de manera que estos incrementen su nivel de legitimidad. Desde luego, hay que recordar que los interlocutores del Poder Judicial, por ejemplo los parlamentos, también son poco profesionales en lo que se refiere a su misión por establecer directivas de beneficio general. Los cuerpos parlamentarios suelen ser modelos de corrupción e ineptitud, y sin duda, los movimientos sociales, las ONG's, y otros participantes en el diálogo constitucional, también tendrán sus facetas reprochables.

3.2 La necesidad de recuperar el Estado desde la perspectiva constitucional

No pocos se preguntan por qué la Constitución Política de la República, como norma fundamental de Guatemala, no se ha podido realizar, pese a que esta encierra en su contenido elementos positivos y una visión avanzada del constitucionalismo. En efecto, tanto en su parte orgánica como dogmática, este documento expresa corrientes de pensamiento e ideologías cuyo carácter progresivo es reconocido de manera amplia, y que para su tiempo (1985) revelaban un adelanto notable en el desarrollo del constitucionalismo.

¿Por qué ideas tan variadas y progresivas no han logrado implementarse y aún fallan? Después de más de un cuarto de siglo de vigencia de la actual Constitución, para dar un señalado ejemplo, no se ha desarrollado el mandato constitucional de desarrollar una ley específica para los pueblos indígenas. Para dar otro ejemplo, tampoco se ha diseñado la necesaria legislación de aguas. Estas carencias se van haciendo evidentes a medida que cada vez se hace más necesaria dicha normativa; en efecto, es cada vez más claro que un país no se puede desarrollar si se excluye de sus decisiones políticas casi a la mitad de su población, y no se pone atención a la amenaza de escasez o mal uso del vital líquido.

Existen una serie de problemas que parecen cuestionar, de manera definitiva, el modelo constitucional que se ha ido describiendo en este capítulo. Desde luego, no se pueden analizar todas las dificultades en este trabajo. Esta investigación se concentrará en los conflictos asociados con el problema del control de constitucionalidad, especialmente cuando los mecanismos de este prescinden de procesos de participación

y, por tanto, de legitimación. Desde luego, entre tales problemas se incluye el Gobierno de los jueces mencionado en la sección anterior.

Las dificultades políticas e institucionales remiten unas a otras. En nuestro país, como en otros países influenciados por el control constitucional de factura americana y el europeo, se cuestiona que la Corte de Constitucionalidad decide en función de intereses políticos, en particular los de los grupos económicos más poderosos. Son muchos los grupos que quisieran que sus legítimas perspectivas fuesen escuchadas, pero es indudable que se está generando un orden no democrático, condenado a producir mayor conflictividad. Este fenómeno exige nuevos planteamientos respecto a los procesos que debiera promover un auténtico Estado constitucional de derecho. En efecto, no se puede permitir que el control de constitucionalidad se convierta en el principal valladar para realizar el ideal de dicho tipo de Estado.

En esa línea de argumentación se puede afirmar que principios torales como el respeto o sometimiento del Estado al derecho, la permanencia del Estado jurídico o Estado de derecho, la continuidad de la soberanía popular en la toma de decisiones, el cumplimiento de la población de las normas de Derecho entendidas como voluntad popular, la limitación al poder público mediante dichas normas y la seguridad jurídica que de los puntos anteriores se deriva, siguen siendo la génesis del constitucionalismo en todas las etapas históricas de la sociedad. Representa una tarea teórica valiosa actualizar estos ideales para poder encuadrarlos en las posibilidades que abre un auténtico constitucionalismo dialógico. De ahí la importancia de estudiar esta vertiente para poder contribuir a proponer cambios estructurales para una refundación del Estado

y para que se logre un Estado constitucional de derecho en un sentido más profundo y extendido.

En esta dirección, uno de los hechos que resalta en una crisis de gobernabilidad es la pluralidad de voces que pugnan porque sus perspectivas sean escuchadas. En nuestro país, por ejemplo, los grupos empresariales, ecológicos, feministas, indígenas, etc., plantean la exigencia de que sus perspectivas sean atendidas, pero es muy difícil resolver todas las demandas de manera urgente. Un auténtico diálogo constitucional podría ayudar a identificar las prioridades que demanda el país.

En este contexto, el ideal de un constitucionalismo centrado en cortes que tienen la última palabra, está sujeto a críticas desde las posturas que no se ven favorecidas por sus decisiones. Los ciudadanos ganan progresivamente la conciencia de que las decisiones fundamentales de una sociedad no pueden dejarse al arbitrio de una corte selecta, cuyas decisiones son, al final, inexpugnables por la ciudadanía.

Es indiscutible que en las presentes circunstancias el Estado sigue siendo necesario, especialmente porque no se han ideado cambios en la teoría política que permitan al ciudadano del mundo el control de las instituciones bajo las cuales se está llevando a cabo el proyecto globalizador de las élites económicas mundiales. En particular, a estas alturas de la historia mundial, no existen todavía los elementos teóricos para poder construir una sociedad global constitucionalizada⁸⁴. Como expresión del bien común, el Estado constituye el único andamiaje institucional que puede ayudar a resolver

⁸⁴ Véase la opinión del jurista alemán Dieter Grimm, "The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changing World" en: Petra Dobner y Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

la crisis que actualmente enfrentan muchas sociedades contemporáneas, las cuales sufren niveles preocupantes de fragmentación.

En esta dirección, los cambios políticos y jurídicos modernos, aquellos que se necesitan para afrontar las apremiantes crisis del presente —la contaminación y el cambio climático, la inseguridad, la violencia, la desigualdad económica—, demandan la construcción de un Estado democrático fuerte. ¿Se puede prescindir, en este contexto, de la asunción explícita de valores que constituye el núcleo del constitucionalismo moderno?

Es claro, en este orden de ideas, que la humanidad actual se encuentra bastante lejos de construir un orden global que pueda controlar a las grandes empresas transnacionales, los verdaderos poderes del mundo, entes más poderosos que un buen número de Estados, los cuales son incapaces de contrarrestar la influencia social de dichos entes. Estos grupos, sin duda, se benefician del abandono de los valores constitucionales.

La reconfiguración del Estado constitucional de derecho, por lo tanto, se presenta como uno de los retos más urgentes de la política actual. Basta con recordar los cada vez más frecuentes llamados a reconstruir o “refundar” el Estado en Guatemala, llamados que, en esta época, aparecen con cierta frecuencia en las redes sociales del internet y en los medios periodísticos impresos y digitales. Cabe recordar que estas demandas se han profundizado en el contexto del escándalo de corrupción que llevó a la caída del Gobierno de Otto Pérez Molina en 2015. A la vista de estos problemas resulta

evidente que la refundación del Estado requiere de mecanismos democráticos en el control de constitucionalidad.

Esta tarea ya supone un cambio de rumbo con respecto a la idea reciente, pero ya en franco proceso de retroceso, según la cual el Estado debía reducirse para no afectar el desarrollo del libre mercado. Existe una común aceptación de que esta visión, constitutiva del neoliberalismo, ha contribuido a la generación de la debacle social que la sociedad guatemalteca, junto con otras sociedades, enfrenta en un presente crítico en el que no aparecen soluciones fáciles.

En este contexto, cabe recordar el carácter profundo del constitucionalismo. En su sentido más amplio, este paradigma de convivencia se concibe como la columna vertebral de un proceso en virtud del cual el Estado establece su estructura y límites dentro de los parámetros normativos y axiológicos del texto constitucional establecido por una sociedad que ha ejercido su poder constituyente. Por ello, el texto constitucional, en tanto que se ha ido imponiendo en el mundo contemporáneo, se considera como una serie de normas, principios y valores jurídico-morales legales que delinear los procesos políticos y jurídicos por los que una sociedad encauza sus conflictos y proyectos. Estas normas superan el ámbito legal para plantearse la visión moral que la sociedad respectiva tiene de sí misma. Esta visión se expresa actualmente en el ideal de los derechos humanos.

Es necesario, por lo tanto, reorganizar la funcionalidad del Estado en las presentes circunstancias. Como se verá, existen propuestas sólidas para lograr dicho objetivo fundamental. Ahora bien, para fundamentar este objetivo, y para mostrar la relevancia

de las propuestas, es conveniente identificar las tendencias del constitucionalismo histórico. Esta tarea, en efecto, ayuda a identificar el espíritu emancipador del constitucionalismo histórico, así como los elementos que deben considerarse a la hora de concebir la profundización del ideal constitucional en una época en la que el conflicto es tan agudo y amplio, que es necesario buscar consensos producto del diálogo más inclusivo y respetuoso. Cuando se postula un constitucionalismo conservador y antidemocrático se está yendo contra una venerable idea en la historia del Derecho.

3.3 La consolidación de las garantías

Como se ha visto en el capítulo precedente, uno de los grandes problemas del constitucionalismo contemporáneo es la progresiva pérdida de las garantías. Estas, en efecto, constituyen las técnicas jurídicas que garantizan el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en las cartas constitucionales. En ese sentido, las garantías atienden, no solo a los derechos individuales, que suelen caracterizar la tradición liberal, sino también a los colectivos.

El representante principal del garantismo lo constituye el filósofo del Derecho italiano Luigi Ferrajoli, quien inició su trabajo en el campo del Derecho penal. Este pensador, discípulo de Norberto Bobbio, ha desarrollado sus planteamientos de una manera bastante amplia, hasta el punto que sus ideas rebasan el ámbito jurídico para constituir las bases de un proyecto político: la democracia garantista. De hecho, como lo hace ver el jurista italiano Michelangelo Bovero, es probable que el mérito de hablar de

una expresión tan importante como “democracia constitucional” le corresponda en rigor a Ferrajoli⁸⁵.

En diálogo con el mismo Bovero, Ferrajoli caracteriza las garantías en los siguientes términos:

Propongo llamar *garantía* a toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por ‘derecho subjetivo’ toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones). Distinguiré, por tanto, entre garantías positivas y garantías negativas. Las *garantías positivas* consistirán en la obligación de la comisión, las garantías negativas, en la obligación de la omisión —es decir, en la prohibición— del comportamiento que es contenido de la expectativa⁸⁶.

Una de las grandes misiones del constitucionalismo de nuestros días es recuperar las funciones garantistas de la democracia constitucional. Somos de la opinión de que en este contexto se necesita construir un esquema garantista basado en un diálogo que permite la identificación de metas comunes. Solo un diálogo social profundo puede identificar la forma y la extensión de las garantías que aspiran a viabilizar los derechos humanos y constitucionales.

En efecto, la deliberación y el diálogo constituyen no solo medios para encontrar soluciones a los problemas crónicos de nuestra sociedad, sino también estrategias

⁸⁵ Véase el prólogo de Michelangelo Bovero al libro de Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

⁸⁶ Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, segunda edición, a cargo de Miguel Carbonell, Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 63.

políticas que consolidan la legitimidad de las decisiones que atañen a la vida constitucional de un país. Este punto es crucial, dado que la salida a la presente crisis de anarquía demanda la participación de una sociedad con metas comunes plenamente identificadas. El diálogo constitucional tiene la posibilidad de incentivar la participación de manera tal que los diversos grupos sociales se sientan reconocidos en los textos constitucionales. De otro modo, seguiremos padeciendo una suerte de anomia social que no permite la consolidación de las metas constitucionales, incluso aquellas que tratan de implementar los derechos humanos.

Ahora es momento de presentar algunas corrientes teóricas que se empeñan en darle sentido al movimiento constitucionalista contemporáneo. Estas corrientes, como se verá, preparan el terreno para enfoques que permitan un diálogo profundo a nivel constitucional, uno que alcance las profundidades de la conciencia ciudadana. Ofrecen perspectivas discursivas desde las cuales es factible la tarea de recuperar la democracia constitucional.

En este texto se insiste en la idea de que el constitucionalismo que se necesita para escapar de la crisis actual, es uno que supera las tendencias elitistas y contramayoritarias del control de constitucionalidad, al tiempo que devuelve la fuerza de las garantías. No se trata de ignorar el constitucionalismo moderno, sino fortalecerlo en el sentido de una mayor incorporación de elementos dialógicos en la implementación y control del ideal de la constitucionalidad. Para que esta posición sea evidente se puede explorar, aunque sea de manera breve, la actual situación teórica en el campo del constitucionalismo.

3.4 Neoconstitucionalismo

La corriente denominada “neoconstitucionalismo” constituye una de las grandes vertientes del constitucionalismo contemporáneo, con especial influencia en el ámbito italiano, portugués e iberoamericano, razón por la cual esta propuesta doctrinal ha ganado prestigio en el medio guatemalteco. En Iberoamérica representan a esta doctrina pensadores como el mexicano Miguel Carbonell y el colombiano Carlos Bernal Pulido. Entre los pensadores que han influenciado esta posición teórica destacan el norteamericano Ronald Dworkin, el alemán Robert Alexy y el argentino Carlos Santiago Nino.

Esta corriente doctrinal es importante para este trabajo puesto que muchos de los argumentos y autores que se ubican dentro de esta línea de pensamiento tienen elementos importantes que decir respecto al papel del juzgador como agente moral que tiene que actuar con equidad en casos concretos. El neoconstitucionalismo, término acuñado por la jurista italiana Susana Pozzolo, alude a un modelo de interpretación del Estado constitucional en el que se defiende de manera categórica la interpretación moral del Derecho, la opción por la ponderación en contra de la subsunción y la distinción entre reglas y principios⁸⁷.

Ahora bien, para no caer en equívocos con una noción de tan amplio uso en los contextos jurídicos latinoamericanos, es necesario distinguir dos vertientes de la noción

⁸⁷ Véase Susana Pozzolo, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima, Palestra, 2011.

de neoconstitucionalismo. Estos dos aspectos son clarificados por el jurista mexicano Miguel Carbonell en la siguiente cita:

Conviene tener presente, con todo, que cuando se habla de neoconstitucionalismo ya sea en singular o plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, como ya se ha mencionado, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional. Por otro lado, con el término 'neoconstitucionalismo' se hace referencia también a una determinada teoría del Derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos e incluso elogiosos⁸⁸.

El carácter definitorio del neoconstitucionalismo es la identificación entre Derecho y moral⁸⁹. Bajo la influencia del pensador norteamericano Ronald Dworkin, los neoconstitucionalistas consideran que la médula del Derecho radica en los principios morales. En virtud del carácter supranormativo de la Constitución, las consideraciones morales, asignadas al juzgador, vienen a constituirse en normas de aplicación directa, con el potencial incluso de superar a las normas o reglas jurídicas decididas por el legislador o emitidas por el poder ejecutivo.

⁸⁸ Véase Miguel Carbonell, "Nuevos tiempos para el constitucionalismo", en *Neoconstitucionalismo(s)*, edición a cargo de Miguel Carbonell, tercera edición, Madrid, Trotta, 2006, p. 10.

⁸⁹ Véase, por ejemplo, la caracterización de esta corriente presentada por Mauro Barberis en "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismos*, tercera edición, Madrid, Trotta, 2006, p. 260.

Bajo la perspectiva neoconstitucionalista, como teoría del Derecho y no como movimiento evolutivo, la Constitución viene a constituirse como un pacto político o contrato social que, considerado en sí mismo, solo reconoce los derechos que les corresponden de manera intrínseca a los individuos que participan en dicho acuerdo constitutivo.

Aun en la actualidad consideramos, que las múltiples declaraciones internacionales de derechos, aunque positivizan las normas correspondientes, no derivan su validez de ningún acuerdo previo. Esto revela que los valores constitucionales, los cuales constituyen el núcleo de dichos documentos, descansan en valores morales, probablemente universales, que el ser humano reconoce en su conciencia, de manera universal⁹⁰.

Tomando en cuenta las consideraciones anteriores, la descripción del neoconstitucionalismo es más precisa si se la caracteriza como una familia de doctrinas que comparten ciertas perspectivas generales en cuanto al proceso de constitucionalización del Derecho contemporáneo. Esta corriente, según la jurista italiana Suzana Pozzolo, se realiza a través de varias oposiciones, entre las cuales destaca la distinción entre reglas y principios, subsunción y ponderación, legislación y Constitución,

⁹⁰ Esto puede llevar a algunos a pensar que con el neoconstitucionalismo se da, en cierto modo, un retorno del iusnaturalismo al campo de las discusiones jurídicas contemporáneas. Aquí se da una confusión que debe ser eliminada. En efecto, la vinculación necesaria entre neoconstitucionalismo e iusnaturalismo se puede refutar a partir de las teorías sostenidas por el pensador italiano Luigi Ferrajoli, quien piensa que las Constituciones modernas se limitan a positivizar los derechos humanos que, entonces, se convierten en “derechos fundamentales”. Desde luego, se puede discutir si Ferrajoli es neoconstitucionalista o no; en este caso, como en otros, se depende de las definiciones. Parece, sin embargo, que Ferrajoli se ubica dentro del denominado “positivismo incluyente”, corriente que acepta la positivación de principios morales o que acepta una presencia mínima de la moral en el Derecho.

etcétera⁹¹. Los neoconstitucionalistas piensan que existen principios, los cuales no pueden ser reducidos a reglas; de este modo, tales teóricos consideran que la ponderación, en tanto actividad que sopesa los principios en problema, en un contexto en el que estos entran en conflicto, es un método válido de adjudicación jurisdiccional. En tal sentido, los partidarios del neoconstitucionalismo piensan que la Constitución posee un valor superior al de la legislación.

Debe notarse que el neoconstitucionalismo exige una concepción moral de la Constitución, pero lamentablemente, sin buscar de esquemas participativos que permitan la inclusión del diálogo social. Las decisiones constitucionales, especialmente las constitucionales, dependen de la intuición de un grupo de jueces que, desde luego, pueden caer en arbitrariedades. Se puede pensar, por ejemplo, en los problemas que supone depender de las decisiones colegiadas de grupos reducidos de profesionales del Derecho.

Ahora bien, la necesidad de identificar las condiciones de aplicación de los valores supone la necesidad de actividades discursivas, como lo prueba el mismo hecho de la insuficiencia de la subsunción y la correspondiente necesidad de la ponderación. En esta dirección, los ciudadanos están capacitados —en tanto “criaturas de la moralidad”— para participar en las prácticas deliberativas y dialógicas de la democracia constitucional⁹². En este sentido, debe buscarse una manera por la cual la deliberación de la democracia constitucional encuentre su espacio en la sociedad en su conjunto. Así, el énfasis en el

⁹¹ Susanna Pozzolo, “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en Susanna Pozzolo, ed., *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011, p. 16.

⁹² Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

diálogo, un constitucionalismo dialógico, puede recoger los aspectos positivos del neoconstitucionalismo, eliminar sus defectos y subsanar sus carencias.

3.5 Constitucionalismo popular

El constitucionalismo popular es una corriente teórica que trata de recoger la intuición de que la Constitución expresa la voluntad popular y, como tal, su interpretación no puede limitarse a la función de un órgano especializado. De esta manera, esta corriente busca fomentar la participación general en los procesos constitucionales en la medida en que estos configuran las estructuras básicas de la sociedad. Lo que se busca evitar es la imposición de la voluntad de los jueces.

El constitucionalismo popular es una de las corrientes que se ha desarrollado en los Estados Unidos de América, reflejando la historia política y jurídica de un pueblo que se ve a sí mismo como producto de su propia tradición constitucional, que él mismo ha ayudado a crear. En efecto, a través de la historia, el sentimiento popular juega un papel fundamental dentro de la vigencia de la Constitución norteamericana. A grandes rasgos, esta corriente trata de recuperar el significado propio de un documento que fue elaborado con la participación decisiva del pueblo de los Estados Unidos de América, aunque no se pueda negar que también hubo imposiciones elitistas en la fundación de dicha nación. El sistema de pesos y contrapesos, por ejemplo, está penetrado por el temor de que el pueblo, a través del legislativo, tuviese un peso excesivo en la conformación de las decisiones que determinarían el rumbo de la ahora superpotencia.

Un aspecto que no debe olvidarse es que el constitucionalismo popular, al referirse al papel de la sociedad, de hecho, puede ser tanto de izquierda como de derecha. Las tendencias populistas, en efecto, se orientan a ambas posiciones, aun cuando el actual constitucionalismo popular se ubique en sectores críticos de la academia norteamericana. Este fenómeno brinda pautas para comprender la urgencia y necesidad de la educación ciudadana, debido a que los sectores populares no siempre se caracterizan por la profundidad y estabilidad de sus posiciones.

Roberto Niembro sitúa al constitucionalismo popular dentro del reciente contexto político y jurídico norteamericano. En sus palabras:

El constitucionalismo popular es una propuesta norteamericana que surgió a raíz del activismo conservador del Tribunal *Rehnquist* que, según los populares, vino a romper con el acomodo que existía entre el activismo constitucional del pueblo y la revisión judicial a partir del *New Deal*. Este reparto del trabajo había sobrevivido incluso a tribunales tan activistas como los de Warren y Burger, pues aun cuando el primero de estos había decidido un caso tan paradigmático de la supremacía judicial como *Cooper vs. Aaron*, en otras ocasiones como *Katezenbach vs. Morgan* había incentivado la participación y el diálogo con el Congreso para determinar el contenido de la Constitución⁹³.

⁹³ Roberto Niembro, "Una mirada al constitucionalismo popular", *Isonomía*, No. 38, abril de 2013, PP. 193-194.

En términos generales, el constitucionalismo popular es escéptico respecto a los planteamientos institucionales en los que el control de constitucionalidad recae sobre un organismo jurisdiccional que no es responsable frente a la ciudadanía. Es obvio, sin embargo, que el ejercicio constitucional popular no protege suficientemente del peligro de la tiranía de la mayoría. La necesidad de garantizar la democracia dentro del orden constitucional tampoco debe llevar a un enfoque que ponga en peligro las conquistas del constitucionalismo. Al final de cuentas, Gobiernos autoritarios han gozado de gran apoyo popular.

Los planteamientos del constitucionalismo popular varían en su intensidad según el autor que se considere. Esto puede verse en las conocidas posturas de los que, sin duda, son los dos exponentes más destacados de esta propuesta teórica: los jurisconsultos norteamericanos Mark Tushnet y Larry Kramer. Tushnet, profesor de Harvard, expresa un total rechazo de la idea de control de constitucionalidad, hasta el punto de considerar que este debiera ser eliminado. Por su parte, Kramer, quien ha sido profesor en la Universidad de Stanford, considera que la sociedad debe movilizarse para contrarrestar la exagerada importancia de los organismos encargados de controlar la constitucionalidad⁹⁴. Siguiendo la tradición de Thomas Jefferson, Kramer considera que el rol de interpretar la Constitución radica en el mismo pueblo⁹⁵.

El prestigioso jurista norteamericano Lawrence Tribe ha criticado, de manera acre, la posición de Kramer. Tribe no está de acuerdo en que la Constitución es un contenedor

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 199.

⁹⁵ Larry Kramer, "Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint", *California Law Review*, Vol. 100, No. 3, 2012, p. 621.

en el que el “pueblo” puede colocar cualquier cosa. De este modo, Tribe critica a Kramer por una serie de puntos débiles, como el de confundir el control de constitucionalidad (*Judicial Review*) con el monopolio sobre la verdad constitucional⁹⁶.

Desde nuestro punto de vista, no conviene erradicar el control de constitucionalidad, porque tarde o temprano se deben diseñar instituciones que cumplan una función similar. Desde luego, se debe reconocer que existe un nivel inconveniente de elitismo en la estructura de las cortes superiores, pero la misión es mejorar el sistema no erradicarlo. Uno de los grandes problemas es cómo impulsar la participación de la sociedad en las decisiones que atañen a la interpretación constitucional, aun cuando esta se encuentre en manos de un cuerpo colegiado. En el constitucionalismo dialógico este proceso es posible, puesto que asegura la participación de mayores actores sociales en las decisiones constitucionales.

No está de más señalar los logros del constitucionalismo popular en un ambiente político, que tiende a sobreestimar el peligro de la “tiranía de la mayoría”. En este sentido, el constitucionalismo popular se aleja del elitismo y busca, en realidad, un ejercicio político de las grandes mayorías, aquellas que han sido olvidadas por una tradición de defensa de los derechos individuales⁹⁷. En este sentido, consideramos que, en un tiempo de desigualdad como el nuestro, se debe buscar la promoción de las condiciones de vida de la mayoría.

⁹⁶ Véase Lawrence Tribe, *The People Themselves: Judicial Populism*, *New York Review of Books*, 24 de octubre de 2004, disponible en <http://www.nytimes.com/2004/10/24/books/review/the-people-themselves-judicial-populism.html> (última consulta el 2 de septiembre de 2016).

⁹⁷ Véase el artículo de Richard D. Parker, “Aquí el pueblo gobierna’: un manifiesto populista constitucional”, en Erwin Chemerinsky y Richard D. Parker, *Constitucionalismo popular*, estudio preliminar de Jorge González Jácome, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011.

3.6 Constitucionalismo democrático

Recientemente, los pensadores norteamericanos Robert Post y Reva Siegel han desarrollado el “constitucionalismo democrático”, el cual puede visualizarse como un intento de superación del constitucionalismo popular. En la opinión de estos autores, y en esto se acercan al enfoque popular descrito en la sección precedente, el constitucionalismo refleja una tradición arraigada en la conciencia estadounidense acerca del Derecho y la política, a partir de la cual se manifiesta un respeto profundo del trabajo adjudicativo de la Corte Suprema de dicha nación. Estos autores, siguiendo a Ronald Dworkin, promotor de la distinción entre reglas y principios, sostienen que hubo un tiempo, en particular el de la Corte Warren, en el cual los tribunales eran reconocidos como “foros de principios”⁹⁸.

En este planteamiento no se cuestiona la acostumbrada predominancia del poder judicial; lo que se trata de desarrollar, sin embargo, es una concepción del trabajo de esta corte que destaque el intercambio entre este órgano y una serie de instancias, como es el caso de las demandas de los movimientos sociales. En ese sentido, a decir de sus postuladores, el constitucionalismo democrático se propone establecer un diálogo entre el Derecho y la política⁹⁹, lo cual, en términos concretos, puede significar un diálogo entre los entes que ejercen el control de constitucionalidad y las diversas instancias políticas (cuerpos legislativos, partidos, movimientos sociales, etc.). Este punto confluye con la idea de que la misma Constitución, en el sentido moderno, incluye un pacto político,

⁹⁸ Robert Post y Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, traducción de Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 43.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 118.

como se hace evidente, por ejemplo, en la misma idea de “Constitución Política de la República de Guatemala”.

Es claro que los planteamientos de este enfoque ya son más sofisticados e insisten en la participación como elemento indispensable en la consecución de un pleno ejercicio constitucional. Roberto Niembro, en el artículo citado en la sección anterior opina que Post y Siegel,

se separan de Tushnet al otorgar un papel más significativo al poder judicial, no necesariamente excluyente del constitucionalismo popular. De hecho, para Post y Siegel alguna forma de autoridad final de los jueces es necesaria para el Estado de derecho, pues aunque reconocen que existe una tensión y conflicto entre la supremacía judicial y el constitucionalismo popular, la democracia requiere que ciertas condiciones sean garantizadas por los jueces con el fin de que los ciudadanos puedan participar en la deliberación. El punto es encontrar un equilibrio entre ambos... De cualquier modo, los ciudadanos no tienen por qué aceptar sin reparos las decisiones judiciales (es decir, ser sujetos pasivos), ya que el debate popular sobre la Constitución infunde las memorias y los principios de la tradición constitucional, que no serían desarrollados si la ciudadanía fuera pasiva ante las decisiones judiciales. Y es que se concibe al constitucionalismo popular (entiéndase a los movimientos sociales) como

un mecanismo mediador entre el Derecho constitucional generado por la judicatura y la cultura popular¹⁰⁰.

La posición de estos autores se acerca a la visión dialógica del ejercicio constitucional. Como se puede ver, la tarea consiste en encontrar medios institucionales que garanticen un diálogo a nivel constitucional, en el que participen, institucional o informalmente, la mayor parte posible de miembros de la comunidad política. La participación dialógica institucionalizada ofrece un antídoto contra los extremos mayoritarios, sin caer en el elitismo constitucional que ha llevado a la pérdida de confianza en el control de constitucionalidad en su sentido tradicional.

En este sentido, cuando se respeta cierto nivel básico de institucionalidad, se manifiestan posibilidades de mejoramiento del control de constitucionalidad. Puede decirse, por lo tanto, que el constitucionalismo democrático, en el sentido de Post y Siegel, constituye un paso firme en el reconocimiento del constitucionalismo dialógico que se defiende en este trabajo.

3.7 El originalismo

Quizás no esté de más señalar, a modo de contraste, un modelo de control de constitucionalidad que representa, a nuestro juicio, un intento por hacer retroceder los logros del constitucionalismo contemporáneo. Este planteamiento se ha generado a

¹⁰⁰ Niembro, *Op. Cit.*, p. 204.

partir de la lucha por el control de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., por parte de los sectores conservadores que giran alrededor de dicho órgano de control constitucional.

El enfoque teórico más difundido de este proyecto fue desarrollado por el recientemente fallecido juez Antonin Scalia. En este enfoque la interpretación constitucional debe atenerse a las significaciones originales de las palabras que se encuentran en el texto constitucional; no es válido incluso asomarse a las intenciones de los redactores del texto original. Si la intención original no está clara, entonces el órgano interpretativo debe restringirse y respetar lo que dice el legislativo.

Resalta el carácter reaccionario de este enfoque. Acudir a un texto escrito en otro momento histórico dificulta el progreso del pensamiento jurídico, el desarrollo de las intuiciones morales y políticas que guiaron a los redactores originales del texto en cuestión. De alguna manera se estimula lo que Thomas Jefferson denominó la “tiranía de los muertos”: se cree que la vida constitucional fue marcada de una vez para siempre por una generación pasada. Al evitar la necesaria tarea interpretativa, se olvida que los cambios constitucionales no solo se dan a través de reformas explícitas, sino también a través de la diversa forma en que leemos los textos constitucionales.

Las generaciones cambian sus perspectivas jurídicas, en función de cambiantes circunstancias. Por esta razón, como lo hace ver Miguel Carbonell, se ha asumido una visión de la Constitución viviente (*the Living Constitution*).’

Las tesis contrarias a la idea de la constitución viviente se agrupan bajo la etiqueta del ‘originalismo’, que propugna interpretar la Constitución de

forma estricta, según sus palabras o según la intención de los redactores del texto. Para los originalistas, no hay dilema alguno que resolver ya que la Constitución –a pesar de haber sido escrita hace más de doscientos años– sigue ofreciendo respuestas adecuadas a los problemas del presente¹⁰¹.

En resumen, el originalismo es una doctrina que no es compatible con una sociedad vibrante que busca resolver los problemas que plantean las nuevas circunstancias. Por ejemplo, los desarrollos de las sociedades contemporáneas ya no hacen aconsejable que los ciudadanos tengan libre acceso a las armas de fuego, como lo reconocía la enmienda que permitía la posesión de armas. En los tiempos actuales, tal acceso ha sido un factor que ha contribuido a innumerables masacres causadas por ciudadanos con diferentes tipos de problemas de personalidad. Como lo hace ver Miguel Carbonell,

Lo cierto es que una interpretación originalista estricta chocaría con varios de los criterios jurídicos más asentados que existen en los Estados Unidos. Strauss señala que si el originalismo fuera la doctrina imperante, la segregación racial en las escuelas estaría permitida, el Gobierno podría discriminar a las mujeres y a las minorías raciales, la declaración de derechos (*Bill of Rights*) no se les aplicaría a las entidades federativas, los

¹⁰¹ Miguel Carbonell “Sobre la constitución viviente”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 42, No. 117, 2012, disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/1639/1587> (último acceso el 3 de noviembre de 2016).

Gobiernos locales podrían violar el principio de ‘una persona, un voto’, gran parte de la legislación laboral, ambiental y de protección de consumidores sería declarada inconstitucional, etcétera. Nada de eso es aceptable hoy en día para la sociedad de los Estados Unidos; el originalismo no es, por tanto, una teoría de la interpretación constitucional que ofrezca resultados positivos o constructivos¹⁰².

Se sigue que el originalismo es una doctrina precaria para fundamentar una vida democrática adecuada. El objetivo de dicha doctrina es demasiado conservador como para constituirse en una opción viable ante los problemas del constitucionalismo contemporáneo. Más bien parece que estamos frente a una doctrina incapaz de aceptar el desarrollo democrático del Derecho constitucional.

3.8 Constitucionalismo deliberativo

Acerca de la democracia deliberativa el filósofo norteamericano James Bohmann nos dice que "propuesta como un ideal político reformista, e incluso algunas veces radical, la democracia deliberativa surge con la crítica a las prácticas establecidas por la democracia liberal"¹⁰³. Uno de los cambios más importantes que registra el pensamiento jurídico y político contemporáneo lo constituye la valoración filosófica de la comunicación.

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ James Bohmann, “La madurez de la democracia deliberativa”, en *Co-herencia*, Vol. 14, No. 24, junio de 2016, disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-58872016000100005 (última consulta el 29 de agosto de 2016).

Fenómenos tales como la conciencia de la diversidad de culturas ha impactado en la Filosofía del Derecho, haciendo conscientes a los iusfilósofos de que existen diferentes perspectivas de un tema. La presencia de los valores conlleva la introducción de cierto pluralismo, debido al hecho que en terreno axiológico se generan diferencias profundas entre los miembros de la sociedad. En este ambiente cultural, la necesidad de la deliberación racional se hace evidente.

Esta tendencia teórica se ha afianzado gracias al trabajo del filósofo alemán Jürgen Habermas, uno de los exponentes contemporáneos de la famosa “Escuela de Frankfurt”. Según el enfoque de Habermas, la identificación de los presupuestos de las acciones orientadas a la comunicación y el entendimiento permiten evitar las carencias de la racionalidad instrumental, la cual se ha subordinado a la tarea de consolidar estructuras de dominación irracionales¹⁰⁴. De este modo, Habermas propone un modelo de racionalidad que pone en el centro de las preocupaciones políticas los intereses de los que se ven afectados por las medidas que adopta una sociedad determinada. Se propone, en consecuencia, un modelo de gestión comunicativa de integración de la sociedad, bajo la cual se puede lograr una verdadera legitimación de las estructuras sociales e institucionales.

Esta corriente estimula el desarrollo de una opinión pública vibrante. En este contexto, es bastante comprensible una de las ideas más extendidas de las cortes constitucionales: un lugar para la deliberación racional basada en principios. En este contexto, como lo apunta Conrado Hübner Mendes, las cortes se “benefician de las

¹⁰⁴ Esta idea constituye el punto de vista fundamental del libro de Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1981.

virtudes de la deliberación colegiada, y gracias a sus peculiares condiciones decisionales, están más inclinadas a alcanzar buenas respuestas acerca de la deliberación constitucional”¹⁰⁵. Este autor enfatiza cómo Ronald Dworkin consideraba a las cortes como “foros de principios”, y John Rawls como “ejemplares de la razón pública”¹⁰⁶.

Sin embargo, no se puede negar tampoco el hecho de que las decisiones de las cortes constitucionales muchas veces responden a los intereses políticos que predominan en la corte respectiva. La misma historia constitucional norteamericana proporciona ejemplos de este fenómeno. Franklin Delano Roosevelt ayudó a configurar una nueva Corte Suprema para evitar barreras a sus políticas sociales; asimismo, los Gobiernos republicanos recientes han nombrado jueces que han ayudado a consagrar sus agendas políticas.

Debe notarse, desde otra vertiente, que el constitucionalismo deliberativo requiere de una democracia deliberativa. En las palabras de Conrado Hübner:

La teoría democrática ha revivido, recientemente, la deliberación como un componente valioso de la toma colectiva de decisiones. La deliberación exhibe no menos que una práctica respetuosa e inclusiva de razonamiento en común, mientras se buscan soluciones por demandas decisionales, de formación de posiciones a través de la tarea de dar y recibir razones en la búsqueda, no necesariamente exitosa, de consenso acerca del bien

¹⁰⁵ Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 3.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

común. De este modo, los participantes en la deliberación, antes de contar los votos, están abiertos a transformar sus preferencias a la luz de argumentos bien articulados y persuasivos¹⁰⁷.

El anterior párrafo hace evidente la enormidad de las tareas que deben realizarse para poder alcanzar una sociedad dialógica regida por un constitucionalismo del diálogo. De lo que se trata es lograr que el diálogo constitucional alcance a llegar a todas las esferas de la sociedad. No se trata tan solo de lograr la discusión, que a veces se degrada en un “diálogo de sordos”: se trata de un proceso de intercambio en que las posiciones se modifican y enriquezcan a medida que se comprenden las perspectivas de los diversos actores que participan en el diálogo.

En este sentido, se tiene que investigar mucho más respecto a las formas institucionales en las que se debe llevar a cabo el control de constitucionalidad, de manera que exista mayor participación de la sociedad. Soy de la opinión de que es necesario y de que se puede concebir un marco institucional para que se lleve a cabo un auténtico modelo de diálogo constitucional. Esta actividad demanda la misión de implementar el diálogo constitucional a través de una red de instituciones y prácticas legislativas y judiciales. Esta tarea, de por sí, demanda cierto nivel de imaginación en la creación o en la reforma de nuevas instituciones que, por una razón u otra, no están cumpliendo con su misión. Estas son llevadas a cabo en el siguiente capítulo, en el cual se examinan propuestas de organización de la democracia constitucional dialógica.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 14

3.9 Conclusión

El objetivo de este capítulo ha sido asomarse a la problemática que se genera cuando se trata de analizar las diferentes versiones del constitucionalismo que han sido desarrolladas por destacados pensadores contemporáneos. Se ha visto que tal problemática se inscribe dentro del espacio que se abre entre el control de constitucionalidad, el cual, siendo necesario, adopta diferentes formas en distintas sociedades, y el problema del Gobierno de los jueces, el cual puede revelar las deficiencias democráticas que restringen la viabilidad y la misma legitimidad del constitucionalismo contemporáneo.

En este contexto, se han empezado a distinguir las características generales de la vida constitucional, que poco a poco revelan la necesidad de un enfoque dialógico. Se ha visto cómo estas diferentes corrientes van señalando una progresiva conciencia de la necesidad del diálogo, o por lo menos de mayor participación, en cuanto se refiere a la interpretación de los textos constitucionales y las decisiones atadas a dichas lecturas. En efecto, lo que estos enfoques buscan es una práctica constitucional democrática, que sea capaz de arrancar el significado profundo, positivo, del texto constitucional de la interpretación de cuerpos jurisdiccionales, que no deben responder a la sociedad en su conjunto. Esta tarea, sin embargo, no debe poner en peligro los logros del constitucionalismo democrático.

La tarea del siguiente capítulo consiste en encontrar las claves para la realización del constitucionalismo dialógico, especialmente en el contexto de la vida constitucional en Guatemala. Este ejercicio permitirá identificar las posibles contribuciones del constitucionalismo dialógico en nuestro país. No se puede permitir que los diálogos políticos sigan siendo usados por el Gobierno, o por otros sectores antidemocráticos, para ganar tiempo en la implementación de políticas excluyentes e injustas. Corresponde inventar formas institucionales a través de las cuales el Poder Judicial pueda garantizar un diálogo constitucional respetable, que realmente vincule a los diversos sectores en la consecución de un Estado justo y gobernable. Los desafíos que enfrenta nuestra sociedad hacen imprescindible la búsqueda de este objetivo.

Capítulo IV

4. Constitucionalismo dialógico

En los anteriores capítulos se ha mostrado que el desarrollo del Derecho constitucional exige, en la época contemporánea, un ejercicio dialógico del control de constitucionalidad. Ahora bien, por su naturaleza participativa, dicho ejercicio dialógico no se puede circunscribir a un órgano especializado y, en última instancia, distante de la sociedad que debe vivir según las normas constitucionales. En este sentido, se debe buscar que el control de constitucionalidad se acerque a los procesos deliberativos de una sociedad que se compromete a vivir bajo un texto constitucional que viene a ser una especie de contrato social.

En este sentido, el control dialógico de constitucionalidad se constituye en una necesidad y una exigencia para una ciudadanía responsable, informada, y comprometida con los valores fundamentales expresados en el texto constitucional. Un orden de este tipo es una condición de posibilidad para la existencia de una democracia constitucional digna de ese nombre.

Este giro del control constitucional debe consolidarse en una época de evidente retroceso de la democracia constitucional. En páginas anteriores, se ha demostrado que se vive una época en la cual las decisiones de muchas cortes constitucionales parecen desmentir los altos fines institucionales para cuya realización han sido organizadas. Los ciudadanos de nuestro país pueden dar testimonio de las múltiples ocasiones en las que el control constitucional, encargado a un ente colegiado cuyos miembros son electos por

comisiones de postulación, se han supeditado a los intereses de grupos poderosos, que están a salvo de los legítimos cuestionamientos de sectores vulnerables a los abusos de tales grupos¹⁰⁸. Los ejemplos, desgraciadamente, abundan¹⁰⁹.

La situación se complica porque estamos situados en un contexto que permite que muchas de las decisiones que afectan nuestras vidas sean tomadas por instancias que no están sujetas al control democrático. De hecho, esta situación cuestiona algunos de los presupuestos sobre los que se basa la democracia constitucional. En efecto, se suele hablar de que los controles constitucionales impiden la tiranía de la mayoría. Pero, como lo hace ver el constitucionalista norteamericano Richard Bellamy, los controles de la revisión constitucional, entre otros inconvenientes, consolidan “los privilegios de las minorías dominantes y la dominación de los no privilegiados”¹¹⁰.

Un fenómeno similar sucede con el ya mencionado problema de la gobernanza global, en el cual muchas políticas que impactan la vida de la sociedad respectiva no están sujetas a las decisiones de los miembros de esta, sino constituyen prerrogativas de una burocracia internacional que suele desconocer las condiciones de vida de las

¹⁰⁸ Puede notarse, por ejemplo, la manera en que los operadores financieros de tarjetas de crédito han presentado recursos para evitar modificaciones legislativas que limitan un irracional cobro de intereses. La ley, emitida en diciembre de 2015, y que entraría en vigencia en marzo de 2016, está detenida en la Corte de Constitucionalidad. Otro ejemplo lo constituye la anulación del juicio por genocidio contra el general Ríos Montt.

¹⁰⁹ En el contexto guatemalteco actual, la legislación destinada a frenar prácticas cuestionables de los emisores se encuentra detenida en la Corte de Constitucionalidad desde principios de 2016. Existe la percepción ciudadana de que los sectores dominantes usan a la Corte de Constitucionalidad para impedir la legislación que los afecta.

¹¹⁰ Richard Bellamy, *Constitucionalismo político: Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, traducción de Jorge Urdánaz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 13.

sociedades a las que imponen sus ideas. La experiencia política actual induce la percepción de que las decisiones económicas, políticas y jurídicas son tomadas por actores no-nacionales, lo cual vulnera las capacidades soberanas de la sociedad guatemalteca.

Esta afirmación no debe ser interpretada como una defensa del aislamiento internacional: la necesaria interconexión internacional no debe interpretarse como una renuncia total a las prerrogativas soberanas de una sociedad nacional. No se puede vivir, por ejemplo, con una actitud de oposición a la preocupación global con los derechos humanos, aun cuando haya grupos en nuestro país que desesperan de tal situación. Simplemente se busca preservar un espacio interno en el cual la sociedad guatemalteca se puede regir a sí misma, de acuerdo con sus perspectivas e intereses, como acontece, por ejemplo, en el terreno de las decisiones económicas de una sociedad. Desde hace tiempo, por ejemplo, las decisiones económicas de nuestras sociedades son tomadas por instituciones como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización para el Comercio, etc. Huelga decir que tales entes imponen ideas económicas, que no suelen ser compartidas por los miembros de las sociedades respectivas.

El propósito de este capítulo es realizar un análisis de una naciente visión del ejercicio constitucional que se enmarca dentro de lo que se denomina “constitucionalismo dialógico”. Esta postura en la filosofía constitucional apunta a mecanismos dialógicos capaces de fortalecer un ejercicio constitucional efectivo y sólido. Esta visión, desde la perspectiva de la autora de este trabajo, ofrece caminos interesantes para una sociedad que necesita establecer acuerdos sólidos para encontrar un futuro viable para todos sus

miembros, de cara a la responsabilidad que nos concierne respecto a las futuras generaciones, y una pluralidad de perspectivas e intereses que debe ser reconocida de manera adecuada, siempre dentro de los límites que demanda la ética política del diálogo.

Antes de abordar formas institucionales de reconocer el componente axiológico del control de constitucionalidad, presentamos visiones generales del lugar de la dialogicidad dentro del orden social. Esta estrategia permitirá entender de manera orgánica las nuevas propuestas institucionales de participación constitucional.

4.1. La racionalidad dialógica

Como ya se ha visto, la valoración de la comunicación y el diálogo parece ser uno de los rasgos distintivos de la filosofía jurídica y política contemporánea, la cual se ha hecho consciente de las limitaciones de la filosofía occidental tradicional, la cual privilegiaba las perspectivas de las culturas europeas. Esta manifiesta apertura se hace evidente en el actual desarrollo de la democracia deliberativa, la cual deviene del reconocimiento de la pluralidad de perspectivas culturales. De lo que se trata, por tanto, es de ahondar esta característica, haciendo posible el diálogo deliberativo en los diferentes niveles y espacios de la democracia constitucional, especialmente en lo que concierne al desarrollo del control constitucional.

En virtud de lo dicho en el párrafo anterior, se puede considerar que el profundo pluralismo de las sociedades modernas hace que cualquier decisión, política, jurídica o administrativa, tenga que ser justificada frente a diversas posiciones. Posturas que, como

es de esperar, no son fácilmente reconciliables, en la medida en que responden a visiones del mundo a menudo contrapuestas. La problemática es profunda en la medida en que este pluralismo se enraíza en visiones culturales que han colisionado a lo largo de la historia, especialmente en un contexto postcolonial como es el caso de nuestro país¹¹¹.

Este problema, sin embargo, no debe hacernos desconfiar de la pluralidad: cuando esta existe, una sociedad se enriquece, encontrando maneras de vivir que nos enriquecen a todos. Por lo tanto, conviene hacer una serie de reflexiones que enriquezcan el enfoque constitucionalista con una opción clara por el modelo deliberativo; no cualquiera, sino uno que realmente brinde una voz a los sectores tradicionalmente excluidos de la vida institucional de la sociedad. Situados en la óptica de este trabajo, lo que este último quiere hacer es alcanzar una perspectiva en la que se aprecian diferentes maneras de realizar el control de constitucionalidad, en particular para evitar el excesivo poder conferido a los tribunales que tienen a su cargo dicha tarea.

Puede decirse, en efecto, que el excesivo poder del que gozan los tribunales constitucionales suele llevar a situaciones de descontento social, como el que ha llegado a producir la famosa crítica, según la cual la Corte de Constitucionalidad guatemalteca es de hecho una Corte Celestial. Desde luego, similares críticas se pueden realizar en diferentes países, aun en los mismos Estados Unidos de América, que como se sabe, se suele tomar como referente para analizar y evaluar la historia constitucional de otros

¹¹¹ Se puede comparar, por ejemplo, los problemas que pueden surgir de la diferente visión de la tierra, como es el caso del abismo que media entre la visión indígena de esta, que la ve como madre nutricia, y la concepción capitalista, que la ve solo como objeto de ganancia. Otro ejemplo lo constituye el tema de los derechos de la mujer en culturas con prácticas patriarcales bastante pronunciadas, como en el caso del islamismo.

países. De hecho, en la presente coyuntura, con un presidente no respetuoso de los derechos humanos, los Estados Unidos de América, tendrán la necesidad de mostrar la solidez de sus instituciones, para asegurar su liderazgo a nivel mundial.

Este capítulo se dedica a establecer la posibilidad de fortalecer métodos e instituciones que promuevan la participación dialógica de la sociedad, no solo la nacional sino también la global. Este análisis permitirá evaluar la factibilidad de implementar institucionalmente el constitucionalismo dialógico en un país como Guatemala, el cual adolece de niveles pronunciados de exclusión y marginación social.

Para argumentar con mayor precisión, entenderemos por constitucionalismo dialógico el conjunto de esquemas institucionales que alimentan el control de constitucionalidad con mecanismos que promueven la circulación de argumentos en línea simultánea con la participación de los afectados. Se trata, en este sentido, de encontrar formas en que la sociedad participe en los procesos de consolidación de los valores y normas constitucionales. Este objetivo supone la tarea de crear una red de instituciones que puedan desembocar en organismos que fomenten la participación social.

4.2. La potencialidad dialógica del Derecho constitucional moderno

Para que un sistema jurídico gane legitimidad, especialmente si se compromete con el constitucionalismo contemporáneo, se necesita que la ciudadanía se reconozca de alguna manera dentro de las decisiones que competen al control constitucional. Dentro del espíritu liberal que anima al constitucionalismo contemporáneo, se destaca la idea de que los miembros de la sociedad deben vivir bajo las leyes que ellos mismos se

han impuesto de manera racional; precisamente la idea que alimenta el enfoque del control de constitucionalidad es que los procedimientos respectivos que implementa dicho objetivo común no deben violar los acuerdos bajo los cuales se han comprometido a vivir los miembros de una sociedad determinada. En ese sentido, una sociedad con un adecuado control de constitucionalidad no permite regresiones en lo que concierne al respeto de los derechos fundamentales, no solo los individuales, sino también los colectivos.

En efecto, cada vez es menos factible aceptar que las decisiones más cruciales de una sociedad sean tomadas por cuerpos colegiados que deciden al margen de la sociedad, cuando sus miembros no han sido objeto de procesos electorales (la objeción contramayoritaria). De este modo, cuando los órganos encargados del control constitucional no observan sus compromisos institucionales se genera un escepticismo ciudadano respecto a tales instituciones. La situación empeora, desde luego, cuando las decisiones centrales de una sociedad son tomadas por instituciones u organismos que se resisten a cualquier consideración de los sentimientos u opiniones mayoritarias.

En este sentido, debe reconocerse que aun cortes con bastante prestigio pueden ser sometidas a la misma crítica, a veces de manera injusta. Al final de cuentas, también la ciudadanía puede equivocarse, especialmente cuando se ve influenciada por los medios de comunicación u otras rutas de influencia.

Por esta razón, el enfoque dialógico que propugnamos busca promover la reflexión ciudadana, para que esta no caiga ante posturas dogmáticas y poco inteligentes. Precisamente, un aspecto positivo del diálogo constitucional es que obliga

a dar argumentos, y por tanto, hace que cada posición pueda dar lo mejor de sí. Crear esquemas formales e informales de participación en las grandes decisiones constitucionales es un factor que ayuda a la consolidación de un texto constitucional determinado.

Por otro lado, la comprensión de la realidad constitucional ha sido influenciada por los desarrollos del pensamiento moderno. En este sentido, y a partir del giro lingüístico de la Filosofía del Derecho contemporánea, se hace cada vez más evidente que el contenido de las normas jurídicas debe emanar de una deliberación continua o más bien de una discusión permanente entre los sujetos de las relaciones que constituyen el mundo social.

De esa cuenta, los contenidos del derecho dependen de una actividad comunicativa que se hace presente en todos los planos de la vida social. Somos seres comunicativos, y como tales, los grandes acuerdos que rigen nuestra vida solo se llenan de legitimidad a través de la deliberación democrática. En esta dirección, las feministas contemporáneas han puesto de relieve incluso la importancia de los contextos familiares, ambientes en los cuales se van generando actitudes sociales profundas, que como la violencia, después inciden en los contextos sociales en general.

Al respecto, no puede extrañar que la clásica teoría de la auto legislación democrática ciudadana, haya retomado ciertos aspectos del giro comunicativo que se ha descrito arriba. Esta influencia se integra con el elemento propiamente dicho de una deliberación que continúa alimentando los procesos políticos de una sociedad democrática. Al hablar de auto legislación democrática ciudadana, se da a entender que

la misma comunidad determina qué es lo que quiere o lo que no quiere que sea regulado por el Derecho y claro está que esta participación es solo propia de los ciudadanos de esa sociedad democrática. Esencialmente se consolida, mediante esta auto legislación democrática ciudadana, el carácter humano del Derecho y que esto se puede entender por diferentes formas, por una actividad democrática, por una comunicación continua o un reconocimiento de la moral de los ciudadanos o por las razones de la adopción del Derecho.

Sin un consenso social y jurídico capaz de encarar y resolver las situaciones más conflictivas de la sociedad, representadas en fenómenos como la convulsión social, el hambre, la inaplicabilidad de la ley, la debilidad del Estado y la falta de concientización del conglomerado social, es imposible que se logre un desarrollo sostenido que tienda al mejoramiento, o incluso a la mera existencia del Estado. La prueba de esta aseveración, desde nuestro punto de vista, puede verse, de nuevo, en los problemas de gobernabilidad que afronta la sociedad guatemalteca actual.

Nos encontramos, pues, en un momento histórico que demanda de la presente generación la búsqueda de un futuro en que, dentro del respeto a los derechos humanos, podamos caber todos. Por lo mismo, insistimos, se precisa de un nuevo constitucionalismo dialógico para encontrar puntos de contacto que reconfiguren el Estado y que lo haga más democrático. En efecto, la desigualdad, la inseguridad, el problema ambiental, requieren medidas integrales que surjan de un verdadero diálogo capaz de vincular al nuevo Estado en las tareas que demanda un futuro bastante conflictivo.

Ahora bien, comprender las posibilidades dialógicas del constitucionalismo moderno demanda enfoques integrales que tomen en cuenta el marco general en el cual se desarrolla una sociedad. Por lo tanto, es necesario trascender el marco jurídico para internarse en el ámbito social y cultural, esfera en la cual se sientan las bases de un orden constitucional sólido.

4.3. La vida constitucional de la sociedad

La importancia que reviste el control dialógico de constitucionalidad se basa en la idea de que la vida constitucional de la sociedad es una dimensión ineludible de la existencia sociopolítica de la misma; por lo tanto, se debe preservar a cada momento el pacto jurídico-político que genera la ciudadanía. En virtud del giro deliberativo en el pensamiento contemporáneo se debe aceptar que una Constitución solo puede realizarse si aquellos sometidos a su dominio observan sus preceptos axiológicos en las interacciones cotidianas de la sociedad respectiva. Una Constitución está dotada de eficacia cuando los miembros de una colectividad se rigen bajo sus pautas más generales porque las reconocen como racionales y como expresión de sus expectativas normativas más importantes.

Uno de los constitucionalistas contemporáneos que insiste en esa idea es el jurista alemán Peter Häberle. Este pensador recuerda al poeta alemán Goethe para decir que la “Constitución es forma nacida de la vida”¹¹². En este sentido, el autor alemán afirma que “en los procesos de interpretación constitucional se insertan potencialmente todos

¹¹² Citado en Diego Valadés, “Estudio introductorio” a Peter Häberle, *El Estado constitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. XXXIII.

los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos”¹¹³.

El enfoque de Häberle se hace eco de las intuiciones más profundas del Estado constitucional. En uno de sus escritos, este autor afirma que:

Entendemos por Estado constitucional la comunidad política que encuentra su fundamento antropológico-cultural en la dignidad del hombre, como decía E. Kant, y que, en la democracia pluralista, encuentra su estructura organizativa. De la dignidad del hombre derivan una serie de derechos individuales de libertad, e igualdad (incluso el derecho al voto); los principios del «Estado social de Derecho» orientan los objetivos singulares o fines del Estado que, de manera un poco superada, se podrían resumir en «el bien común» (salud pública)¹¹⁴.

Resulta así que la participación de los miembros de la sociedad en los asuntos de pertinencia colectiva es un aspecto que está involucrado en la misma idea de la dignidad de cada miembro. Esta es una idea bastante compleja, que es concebida de diferentes maneras por distintos autores, pero que en todo caso apunta a una relación orgánica entre valor intrínseco de la persona humana y el pacto constitucional que adquiere su razón de ser del reconocimiento de la dignidad humana y los derechos fundamentales que de ella emanan. La dignidad humana es un valor que, como hemos visto, se relaciona con la noción de autonomía y, por tanto, con la capacidad de auto legislación

¹¹³ Citado en el texto de Diego Valadés de la nota anterior.

¹¹⁴ Véase de Peter Häberle, “La Constitución como cultura”, p. 178, disponible en file:///C:/Users/jorge/Downloads/Dialnet-LaConstitucionComoCultura-1975576.pdf (última consulta el 30 de octubre de 2016).

y autodeterminación del ser humano. Incluso, puede decirse sin mayor dificultad que una sociedad es digna en la medida en que es capaz de autodeterminarse a sí misma.

Existe, por tanto, una idea de autodeterminación que está contenida en la idea de la igual dignidad de las personas y que puede extenderse a una colectividad. Todos los miembros de la sociedad poseen el derecho a determinar su vida dentro de los acuerdos legítimos que constituyen el mundo social. En términos generales, la legitimidad de dichos acuerdos se vincula con el respeto mutuo entre los seres humanos; la dignidad de cada quien, como es de conocimiento común desde Kant, ordena considerar a cada ser humano como un ser en sí mismo, y nunca como un medio para un fin. De este modo, debe darse el intento por tomar en cuenta las distintas perspectivas que se encuentra en la sociedad en cada momento de su historia; los seres humanos realizan su vida a partir de una diversidad de opciones culturales. Una Constitución moderna es el producto de un consenso racional alcanzado por *personas* que poseen planes singulares de vida, pero que saben que estos solo pueden alcanzarse cuando se respeta el igual derecho de libertad de cada quien.

En ese sentido, debe recordarse que una de las estrategias más extendidas para negar la participación social en las decisiones políticas y jurídicas consiste en considerar que ciertas visiones culturales son irracionales, lo cual siempre conlleva el riesgo de declarar irracionales a las personas que sostienen tales visiones. Desde luego, como tendrá la oportunidad de examinarse páginas abajo, el reconocimiento de esta virtud no debe ignorar los peligros que supone fenómenos como el de la tiranía de la mayoría. Este es un riesgo notable en una época que, como la nuestra, se ve asediada por

posturas populistas, como las que han llevado a la presidencia de los Estados Unidos de América a Donald Trump.

Debe tomarse en cuenta, en este sentido, que las modalidades dialógicas de control constitucional ofrecen posibilidades interesantes para el avance de los derechos sociales. Esta posibilidad aumenta la importancia del Derecho dialógico, puesto que los derechos sociales han sido menospreciados por la cultura dominante del Derecho, especialmente la de corte positivista. El hecho de que los derechos y prestaciones sociales estén siendo recortados, ya dice mucho acerca del déficit constitucional de nuestras formas de vida políticas.

En esta dirección es válido mencionar el activismo judicial que se ha desarrollado en los países del denominado “Sur Global”, especialmente en las últimas décadas. En países como Colombia, Sudáfrica, e India, los tribunales constitucionales han tomado decisiones que promueven cambios sociales profundos¹¹⁵. La relación entre este activismo judicial, la deliberación y la participación social se ha hecho evidente en los últimos tiempos. Ante el peligro de que tales decisiones no alcancen a transformar la sociedad, se impone la tarea de lograr, a través de instituciones adecuadas, una consolidación dialógica del control de constitucionalidad. De este modo, se pueden interrumpir los procesos sociales e institucionales a través de los cuales los mecanismos democráticos-constitucionales se falsean o distorsionan.

¹¹⁵ Véase de César Rodríguez Garavito, “El activismo dialógico y el impacto de los fallos”, en Roberto Gargarella, ed., *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación dialógica*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

Debe reconocerse que las mencionadas reflexiones de Häberle se inscriben dentro de la cultura jurídica europea, una tradición cultural en la que el constitucionalismo se ha afianzado a lo largo de la historia, experiencia que se ha agudizado a partir de la experiencia negativa con el nazismo. En las últimas décadas, sin embargo, el constitucionalismo alemán se ha señalado por su innegable desarrollo, hasta el punto de convertirse en un referente del constitucionalismo en general. Puede decirse, en esta dirección, que dicho desarrollo surge de la conciencia de los abusos que trajo consigo la experiencia hitleriana.

En ese sentido, conviene notar que el Derecho en América Latina muestra todavía falencias bastante profundas, aun cuando se desarrollen modalidades prometedoras de la práctica jurídica, como es el caso del “Derecho alternativo”, movimiento que se empeña en crear un ejercicio jurídico que se coloca del lado de los sectores más vulnerables. Este movimiento asume la vinculación entre las esferas política, jurídica y económica, buscando criterios que reconozcan no solo la legalidad sino también la legitimidad de las decisiones judiciales¹¹⁶. Por esta razón, este tipo de ejercicio jurídico fomenta la consideración de los grupos sociales vulnerables dentro de una práctica sustantiva del Derecho, especialmente el constitucional. Este movimiento se ha fortalecido dentro de movimientos sociales tan importantes como lo es el “Movimientos de los Sin Tierra” en Brasil.

Con todo, y a pesar de los logros alcanzados, conviene seguir teniendo en cuenta “la fragilidad y el incumplimiento sistémico del Estado de derecho en América Latina”,

¹¹⁶ David Sánchez Rubio, *Filosofía, Derecho y liberación en América Latina*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 1999, p. 238.

como describe nuestra situación el teórico brasileño Oscar Vilhena Vieira¹¹⁷. Siguiendo al Derecho alternativo no se puede asumir, de manera ingenua, el carácter, neutral del Derecho. Precisamente, por su carácter fundamental, el Derecho determina en gran medida las relaciones sociales generales.

Se infiere de lo dicho, que es una tarea prioritaria de países como el nuestro generar un modo razonable (constitucional) de vida. Es una tarea ineludible, por tanto, construir nuestra vida en común asegurando la participación de todos los ciudadanos. Se trata de diseñar instituciones y modos de vida racionales, que eludan la exclusión histórica de nuestras sociedades. Se sigue de esto que los procesos participativos deben formar parte de nuestra realidad constitucional en la medida en que nuestra sociedad se propone superar sus carencias históricas y sociales. Estas observaciones son particularmente relevantes al momento de evaluar la exclusión histórica de las colectividades indígenas guatemaltecas.

4.4. La cultura global de los derechos humanos

Uno de los grandes fenómenos del mundo actual es el desarrollo de una cultura global de los derechos humanos. Esta expansión del discurso de los derechos humanos establece un piso mínimo para el constitucionalismo, en general, y el dialógico, en particular. Como tal, dicha influencia se hace presente en la vida constitucional de cada país del mundo. Ya no puede negarse que un récord negativo en derechos humanos

¹¹⁷ Oscar Vilhena Vieira, "Desigualdad estructural y Estado de derecho", en César Rodríguez Garavito, ed., *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 25.

afecta el prestigio de un país, y abre la puerta para sanciones que pueden afectar el desenvolvimiento de una nación. Desde luego, los países poderosos parecen estar al margen de este fenómeno, pero a la larga dicha impunidad termina por afectar a sus sociedades.

En este sentido, en Guatemala, el artículo 46 de la Constitución introduce un bloque de constitucionalidad al establecer lo siguiente: “Preeminencia del Derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho interno”. De este modo, se hace presente la influencia del Derecho universal en nuestro país.

Desde luego, este hecho ha sido negado por las fuerzas económicas que quieren imponer la visión neoliberal. El éxito de este discurso se hace ver en el retroceso de los derechos humanos. Este fenómeno es expresión del dominio de los poderes empresariales internacionales. Sin embargo, a medida que los problemas globales se hacen más evidentes, se impone la necesidad de fomentar el respeto de los derechos humanos en todas las sociedades.

Sin embargo, existen instancias que pueden evitar este proceso de deconstitucionalización que, como hemos visto, ha sido denunciado por autores como Ferrajoli y Pisarello. En esta dirección, no puede obviarse el peso de los organismos regionales en el caso de los derechos humanos; en el caso de Guatemala no se puede descartar, por ejemplo, la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, el avance del control de constitucionalidad es uno de los medios a través

de los cuales las decisiones de estos organismos se reflejan en el ejercicio de los tribunales nacionales. A través de los tratados internacionales de derechos humanos se consolida la presencia de la opinión casi universal respecto de que el respeto de tales derechos constituye la base de un sistema legítimo.

4.5. Posibilidades del constitucionalismo dialógico

Del hecho de que la Constitución sea una expresión de la vida social, tanto la local como la global, se infiere que una sociedad integrada requiere de una vida constitucional en la que haya géneros de participación sólidos. En un sentido relevante se puede decir que una sociedad poco integrada tiene una vida constitucional débil, por no decir inexistente. Si se toma en cuenta esta idea, se puede decir que la vida constitucional existe en tanto se promueve la genuina participación social, la cual debe adquirir un tinte dialógico.

En efecto, en virtud de la pluralidad de perspectivas que mantienen los ciudadanos, debe haber algún género de intercambio de posiciones para que pueda lograrse acuerdos legítimos respecto a las maneras de vivir y a la manera en que tales acuerdos son seguidos y respetados. Una sociedad excluyente no puede tener una vida constitucional sólida puesto que se viola, ante todo, el principio fundamental de la dignidad humana.

No es necesario, como se verá, que haya diálogos estrictos, en donde personas se sientan frente a frente en una mesa a discutir un punto en común; desde luego, tal proceso siempre debe ser bien visto y fomentado en la medida de lo posible, especialmente evitando la manipulación o estrategias sofisticadas de engaño, como

sucede con muchas de las experiencias de “diálogo” que han sido impulsadas por nuestros Gobiernos. Lo que se quiere enfatizar es que haya de hecho dinámicas sociales en las que se intercambian puntos de vista; esto puede suceder en las columnas de los periódicos, en interacciones institucionales, foros políticos y otra variedad de actividades abiertas a la participación ciudadana.

Uno de los grandes problemas que enfrenta el mundo contemporáneo es la crisis del diálogo, fenómeno que hace que no se tomen en cuenta las perspectivas de los sectores más afectados por un gran número de medidas de todo tipo. En tiempos de crisis, como el que se vive actualmente a nivel global, se generan prejuicios y sentimientos irracionales. Este problema se hace evidente en países que, como Guatemala, enfrentan el problema de la desigualdad y una histórica conflictividad. Un ejemplo de tal fenómeno lo proveen las recientes discusiones respecto a las reformas constitucionales que han sido propuestas en nuestro país por el Ministerio Público, la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) y la Procuraduría de los Derechos Humanos.

Se sigue de lo dicho, que gran parte de la tarea de fortalecer el diálogo constitucional no es estrictamente institucional, aunque este aspecto no debe obviarse, sino de cambio de actitudes ciudadanas. En última instancia, tales estrategias tienen a la educación como un eje transversal: nuestra sociedad debe aprender a dialogar en la escuela, la universidad, la familia, los sindicatos, las asociaciones, los diversos foros políticos, etc. Prácticamente, todos los ámbitos de la vida social proveen espacios para mejorar las actitudes de diálogo por parte de una ciudadanía que quiere vivir en democracia.

Procedemos ahora a plantear instancias de diálogo que deben ser fortalecidas para promover la democracia constitucional en Guatemala. Debe decirse, sin embargo, que tales medidas son relevantes también para otros contextos jurídicos, como se hace evidente por los ejemplos y autores que se seleccionan para la presentación de las respectivas ideas. Por esta razón, nuestras reflexiones adquieren un interés teórico general. Empezamos con las instancias puramente jurídico-institucionales para proceder a áreas más generales.

4.6. El Derecho alternativo

Como se verá adelante, existen una serie de modalidades de participación jurídica que pueden fomentar una práctica dialógica del Derecho. Debe mencionarse que algunas de estas se ubican dentro de lo que ha venido a ser conocido como Derecho alternativo. En una dirección concurrente con las ideas de Häberle, este movimiento se ha desarrollado en diferentes partes del mundo, especialmente en América Latina. Como lo hace ver uno de sus exponentes, el filósofo del Derecho David Sánchez Rubio, este “movimiento viene luchando por sacar de la soledad y el aislamiento” a los profesionales “comprometidos con las necesidades y aspiraciones sociales”¹¹⁸.

Este movimiento despliega una opción jurídica en favor de objetivos sociales de promoción de los colectivos vulnerables. Se esfuerza por crear una posibilidad por profundizar la práctica del Derecho para alcanzar el potencial de este como herramienta progresista de cambio social. En este sentido, el Derecho alternativo se enfoca en

¹¹⁸ David Sánchez Rubio, *Filosofía, Derecho y liberación en América Latina*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 1999, p. 237.

promover el acceso de las personas y colectivos marginados a las funciones positivas del Derecho.

Este movimiento ha impulsado a muchos abogados y juristas a defender los derechos de los sectores tradicionalmente vulnerables. Bajo la perspectiva de este movimiento, se trata de realizar, de hacer concretos, los derechos y los principios que informan un sistema constitucional. De este modo, el Derecho alternativo puede darle sustancia a la causa de los derechos sociales. El Derecho alternativo, pues, constituye un expediente dialógico, puesto que los juristas “toman en serio” el contenido del Derecho como instancia de cambio social, para litigar de manera estratégica y alcanzar objetivos a los que aspiran los movimientos sociales democráticos.

Corrientes como el Derecho alternativo, cumplen una función positiva en estos tiempos en los que la participación política ha disminuido debido a la percepción negativa de esta. Se habla, en efecto, de la muerte de la política: el ciudadano medio considera que la política es la actividad corrupta por excelencia. En consecuencia, muchos miembros de la sociedad se retiran a sus asuntos particulares, desdeñando la participación en actividades de las que se benefician únicamente los corruptos. El problema con esta visión, como puede observarse inmediatamente, es que los asuntos más importantes de la vida en común terminan en las peores manos. La consecuencia es clara: la corrupción, ingobernabilidad y la conflictividad aumentan, situación que no puede arreglarse si el ciudadano medio no decide participar en la gestión de los asuntos públicos. Se sigue de lo dicho que la participación en los asuntos jurídicos y constitucionales es una de las avenidas más prometedoras para erradicar la corrupción política.

En este sentido, también se debe enfatizar que la participación social ayuda a poner el Derecho al servicio de los intereses comunes. La ciudadanía no debe acostumbrarse a que el Derecho siga siendo instrumento ideológico útil para los que detentan el poder. Dicho esfuerzo repercutiría en un Derecho válido y eficaz, dotado de garantías para sus más nobles fines; un Derecho ejercitado por profesionales responsables, conscientes de su importante misión en la consecución de una sociedad bien ordenada.

El Derecho alternativo, además, hace posible concebir la posibilidad de agentes jurídicos que ayudan a los grupos vulnerables para alcanzar justicia. Conociendo las posibilidades del sistema jurídico y político, estos grupos pueden hacer que los sectores vulnerables puedan participar en los procesos jurídicos destinados a defender sus derechos. Estos grupos, compuestos en su mayoría de profesionales con una vocación de servicio, saben que pueden presionar para que se verifique una tutela judicial efectiva de los derechos que han sido impactados por todo tipo de medidas excluyentes y antidemocráticas.

Habiendo asumido la pluralidad de medios de diálogo, implícitos y explícitos, así, como habiendo puesto de relieve su importancia política, se procede ahora a examinar, de manera breve y concisa, una serie de propuestas institucionales que pretenden realizar el objetivo de la deliberación democrática en el campo jurídico y constitucional. Todas estas formas institucionales, de carácter global, regional y local, desarrollan la idea de que existe un contenido positivo, intrínseco al Derecho constitucional, cuya misma racionalidad permite la participación de sectores relevantes y numerosos del cuerpo social.

4.7. Las sentencias como instancias de diálogo

Podemos empezar en el campo estrictamente jurisdiccional. En este campo, estrictamente jurídico, la promulgación de sentencias constituye un camino para avanzar en el diálogo social y constitucional. En esta dirección, por ejemplo, César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco apuntan que las “sentencias estructurales” (esto es, aquellas que promueven cambios sociales e institucionales profundos) fomentan lo que ellos denominan “el efecto participativo”. En sus palabras, las sentencias estructurales:

Puede fomentar en lugar de inhibir la deliberación democrática y la responsabilidad pública de las autoridades, al estimular mecanismos participativos posteriores a la sentencia que faciliten un involucramiento continuado de los actores y allanen la rendición de cuentas pública efectiva¹¹⁹.

Estos autores muestran los distintos medios usados para seguir la implementación de las sentencias. Mencionan tres modalidades de técnicas de seguimiento de naturaleza participativa: autos de seguimiento, audiencias públicas y sentencias técnicas¹²⁰. A través de estos medios, diferentes grupos sociales pueden participar en los procesos judiciales.

¹¹⁹ César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 143.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 144.

4.7.1. Las audiencias públicas

Como se ha visto, la experiencia jurídica reciente ha mostrado la importancia de los tribunales como contexto en el cual se han marcado los avances en la defensa de los derechos humanos. En este sentido, la experiencia de la lucha por los derechos civiles en los Estados Unidos de América, es fundamental, debido a que las demandas de los movimientos sociales fueron reconocidas, parcialmente, por la Corte Suprema de Justicia de dicho país. De hecho, como lo hacen ver Miguel Ángel Benedetti y María Jimena Sáenz, la tradición de dichas audiencias “se inscribe en la larga tradición desplegada por la influyente Suprema Corte norteamericana de celebrar debates públicos sobre asuntos constitucionales”¹²¹.

Estos logros, sin embargo, no deben ocultar el hecho de que los sectores conservadores desean imponer sus agendas en los Estados Unidos de América. La esperanza es que las prácticas constitucionales de dicho país superen el autoritarismo que puede ser impuesto por Donald Trump.

En los últimos tiempos, los tribunales constitucionales de diferentes países han puesto en funcionamiento las audiencias públicas, a las cuales ya se ha hecho referencia en la sección anterior. Se puede decir que el objetivo de tales medidas es garantizar la participación y publicidad del proceso, exponiendo, por decirlo así, las bases argumentativas de las posiciones en pugna. Se efectúa, entonces, un ejercicio dialógico cuya transparencia está garantizada, al menos hasta cierto punto, por su publicidad. Según el Centro de Estudios Legales y Sociales (Argentina):

¹²¹ Miguel Ángel Benedetti y María Jiménez Sáenz, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 12.

Como en el caso de las *amicis curiae*, la utilización de este mecanismo permite un debate más amplio, transparente y participativo en aquellas causas en las que se plantean conflictos que no conciernen solamente a las partes involucradas en el proceso, sino que afectan un interés público. Esta posibilidad impacta además en el control y acceso igualitario a la consideración del tribunal¹²².

Desde luego, también estas audiencias tienen problemas notables. En el libro citado de Miguel Ángel Benedetti y María Jimena Sáenz han examinado la reciente historia argentina de las audiencias públicas. En este contexto se ha puesto de manifiesto la dificultad de afrontar problemas como el de la discrecionalidad de los jueces; por otro lado, estos procesos no son accesibles en todos los casos. El formalismo ha hecho mella en tales procesos, como resulta del hecho de que las decisiones siguen estando en manos de un órgano que se reserva la última palabra¹²³.

En Guatemala, las audiencias públicas han sido usadas por los pueblos indígenas para defender sus derechos. Generalmente, estas audiencias públicas permiten que los líderes indígenas presenten sus argumentos, en temas tan importantes como el de la explotación minera de sus territorios. Se puede ver, sin embargo, que estos procedimientos tampoco han llevado a una consideración sólida de los derechos indígenas, aun cuando es de reconocer que en algunos casos sí ha habido un género de efectividad en la defensa de estos.

¹²² CELS, *La lucha por el derecho*, p. 39.

¹²³ *Ibíd.*, especialmente las reflexiones finales.

Desde luego, es posible ver cómo estos procedimientos pueden ser negados por la maquinaria ideológica de aquellos que detentan el poder, especialmente el económico. De esta manera, por ejemplo, tales procedimientos podrían ser acusados de impedir la independencia judicial; se aduce, en efecto, que tales procedimientos podrían ejercer presión sobre los juzgadores. Y, desde luego, dado el nivel de politización negativa de una sociedad como la nuestra, este fenómeno podría darse, especialmente a partir del poder que manejan ciertos líderes, que usan su poder para satisfacer objetivos personales o sectoriales.

Estos argumentos, y otros similares, se responderán recordando que el formalismo suele ser esgrimido para evitar el desarrollo democrático del Derecho. Siempre será más fácil controlar procesos desde instancias que, como las cortes constitucionales, adolecen de limitaciones que se profundizan cuando no se busca una mayor participación de la sociedad. En todo caso, la organización de audiencias públicas, en consonancia con otros procedimientos y reguladas de manera inteligente, aumentan el nivel de participación y legitimación del control social y democrático de la vida constitucional de una comunidad determinada.

Por otro lado, tampoco debe ignorarse que dichas audiencias, aun las que se dan en sede constitucional, podrían ser manipuladas por personas inescrupulosas. Esta observación remite de nuevo a la tesis de que el incremento de la calidad dialógica del Derecho requiere de una sociedad responsable e imbuida de valores democráticos y humanistas.

4.7.2. Los tribunales constitucionales dialógicos

Los tribunales constitucionales proveen una respuesta reciente en lo que concierne al control constitucional. Como ya ha sido mencionado, se suele considerar que dichas cortes especializadas fueron concebidas por el jurista austriaco Hans Kelsen. Ahora bien, a decir del constitucionalista norteamericano Mark Tushnet, la revisión dialógica es introducida en 1982 con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades¹²⁴. En su dimensión procedimental, esta cláusula faculta al Poder Legislativo para sostener una pieza de legislación por cinco años, con independencia de que esta sea incompatible con disposiciones constitucionales.

En la opinión de Tushnet, esta revisión dialógica evita los problemas de una versión fuerte de la revisión constitucional, esto es, aquellas que son susceptibles de la llamada “dificultad contramayoritaria”¹²⁵. La razón es evidente: se permite un diálogo y se evita una imposición de un poder sobre los otros. En ese sentido, por lo tanto, las diferencias entre la rama judicial y la legislativa pueden decidirse paulatinamente durante ese tiempo; la legislatura puede examinar de nuevo su pieza de legislación, o puede plantearse un diálogo entre ambos poderes. Lo cierto es que se pierde ese carácter de imposición que parece adherirse al control de constitucionalidad en su sentido fuerte, esa modalidad de control que caracteriza al modelo constitucional norteamericano.

Tushnet nos hace ver otros medios a través de los cuales se ha dado el diálogo constitucional. Tushnet menciona el caso del nombramiento de jueces, fenómeno que a

¹²⁴ Mark Tushnet, “Revisión judicial dialógica”, traducción de Michelle Sterzovsky y Gonzalo Lessi, con revisión de Victoria Olivera, en Roberto Gargarella, ed., *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación dialógica*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 106.

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 109.

menudo lleva a un cambio de la doctrina que se aplica en las decisiones constitucionales. Un caso notable de este fenómeno se puede observar en el cambio de la política constitucional norteamericana, cuando el nombramiento de jueces conservadores, proceso que se genera durante el Gobierno de Ronald Reagan, interrumpe el proceso de activismo judicial que se había iniciado con la Corte Warren. Considerando que tales expedientes no pueden acomodarse a la noción de un diálogo constitucional o institucional; en estos casos, lo que se suele ver son negociaciones en las que los sectores mayoritarios suelen ser ignorados.

Desde luego, un diálogo institucional o político de este tipo no es conveniente en un país como el nuestro debido a la corrupción que penetra al Organismo Legislativo y la existencia de funcionarios judiciales que no han tomado conciencia de la importancia de su labor. En todo caso, debe notarse que la existencia de mecanismos públicos y participativos de diálogo interinstitucional hace que la corrupción pueda dificultarse, debido a que los funcionarios y representantes se encuentran bajo un escrutinio público inmediato.

Por otro lado, un diálogo interinstitucional, e incluso interpartidario de este tipo, tampoco se puede eludir, si lo que se desea es profundizar la democracia. De este modo, la tarea política de este tiempo no solo es la recuperación de la ética en la vida pública, sino también un diseño óptimo que permite una democracia funcional, con instituciones sólidas y con la existencia de las virtudes sociales y políticas, sin las cuales ningún sistema normativo puede funcionar. En realidad, se debe reconocer que ningún esquema institucional puede funcionar de manera adecuada si no se trasciende la degradación política que actualmente nos envuelve.

4.7.3. Los jurados constitucionales

Las irrupciones de las ideas dialógicas en el constitucionalismo moderno dirigen la atención hacia nuevas formas de ejercicio jurisdiccional. ¿Es posible que los ciudadanos participen en las decisiones del control de constitucionalidad? El problema es, simplemente, cómo lograr este objetivo, organizando nuestra vida institucional de una manera inteligente.

En efecto, en la medida en que la Constitución supone un pacto de ciudadanía, vale la pena preguntarse por qué se debe dejar de lado la interpretación de los ciudadanos, los cuales deben organizar su vida a la luz de las disposiciones constitucionales. En rigor, el núcleo constitucional está formado de valores, los cuales apelan a la conciencia de los miembros de la sociedad. Se sigue de esto que una forma idónea de control constitucional debe buscar reflejar las opiniones racionales que, en un momento dado, se imponen en una determinada sociedad.

Una atractiva posibilidad institucional de control judicial democrático de las leyes ha sido propuesta por el jurista argentino Horacio Spector. En su opinión, aunque “en la visión tradicional, el jurado solo establece cuestiones de hechos, y no de Derecho, una concepción democrática de los jurados los concibe como organismos que pueden decidir también sobre cuestiones de Derecho”¹²⁶. Este autor hace referencia a una idea, ya sostenida por Hobbes, según la cual la conciencia de la sociedad se incorpora a la idea

¹²⁶ Horacio Spector, “Un sistema democrático de control constitucional”, en Roberto Gargarella, ed., *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación dialógica*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, p. 200.

del juicio por jurados¹²⁷. Es esta conciencia social, expresada en la Constitución, la que hace factible concebir jurados constitucionales.

Desde mi punto de vista, el objetivo de crear estos tribunales es válido, aunque no deben ignorarse los peligros que dicha propuesta implica en sociedades con niveles de corrupción considerables. A menudo, la corrupción distorsiona las mejores propuestas. Basta recordar, en esta dirección, las comisiones de postulación, las cuales fueron distorsionadas en nuestro país, debido a que los poderes fácticos se empeñaron en controlar estas, en detrimento de otros objetivos valiosos. Particular mención merece la manipulación de las universidades, proceso que ha repercutido en una politización negativa de la academia.

En términos generales, debe reconocerse que ninguna propuesta institucional puede funcionar de manera perfecta, si no se atiende a la cultura institucional de la sociedad en cuestión. Esto evidencia, de nuevo, la urgente necesidad de fomentar una cultura sana del diálogo, especialmente en sociedades como la nuestra. Se debe buscar que los valores constitucionales se conviertan en auténticos referentes sociales, y no simplemente objeto de declaraciones altisonantes que se realizan al margen de las dinámicas nacionales.

4.7.4. Los procedimientos consultivos

Los procedimientos consultivos en Guatemala se han desarrollado alrededor del gran problema de la explotación minera, el cual ha afectado sobre todo a poblaciones en las que predomina la población indígena. En la valoración de estas ha tendido a

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 200.

predominar los intereses y prejuicios de los sectores dominantes, especialmente los empresariales, de la población guatemalteca. Las industrias extractivistas, en efecto, impactan derechos como los ambientales así como las formas de vida asumidas por los pueblos indígenas.

Soy de la opinión, sin embargo, de que su naturaleza no ha sido debidamente identificada. En ese sentido, uno de los grandes problemas es que no se reconoce su fuerza vinculante. Este es un problema, en la medida en que deja de lado la naturaleza dialógica del pensamiento político contemporáneo. Se puede observar, por ejemplo, la forma en que ignora el principio de consenso de Habermas, el cual sugiere tomar en cuenta la opinión de los afectados.

Estos procesos consultivos han sido elaborados a partir del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual reconoce “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”. En el artículo 7 se especifica que:

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y

evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Es de esperar que, a medida que progresen los instrumentos internacionales de los derechos indígenas, se atienda con mayor atención a los procesos consultivos. El desarrollo democrático del control de convencionalidad puede alcanzar mucho en esta dirección.

Uno de los grandes temas que se hace evidente en este momento de la argumentación es la cuestión del pluralismo jurídico. Debe decirse que, a medida que se desarrolla este aspecto, después de su reconocimiento constitucional, las comunidades indígenas, que son las que exigen este derecho, pueden sentirse más representadas, puesto que el sector indígena tiene la oportunidad de experimentar una vida jurídica diferenciada, acorde con sus modos de vida y cosmovisiones. En ese sentido, debe apuntarse que el Estado como expresión unificada de la sociedad es una creación histórica. Hubo Derecho antes que hubiese Estado.

Desde luego, hay que tener cuidado con los derechos de las minorías que existen dentro de las minorías; como adelante se verá, también una sociedad democrática, en la que priva el derecho de la mayoría, puede resultar opresiva para una minoría. En ese sentido, es necesario considerar las virtudes democráticas del pluralismo jurídico siempre que se tome en cuenta la protección de los grupos vulnerables dentro de las respectivas comunidades.

4.7.5. *Amicus curiae*

Se debe enfatizar que el enfoque dialógico del control constitucional debe privilegiar la discusión informada de ideas; no todo intercambio verbal o institucional se dirige a la búsqueda honesta de un acuerdo entre posiciones diferentes, incluso opuestas. En esta dirección, se hace necesario reconocer la conveniencia de contar con instancias que eleven el nivel de la discusión respecto a los aspectos constitucionales, trayendo a consideración una serie de aspectos que son pertinentes para los actores que se encuentran en el contexto social que envuelve un proceso judicial determinado.

Aquí se hace evidente la importancia de la figura del *amicus curiae*. Esta expresión latina significa literalmente “amigo de la corte” y remite a una tercera parte que no tiene involucramiento formal en el caso que se decide. Dicha figura se origina en el tiempo del Derecho romano, aunque ha alcanzado mayor desarrollo en los sistemas legales americano y británico. La idea es que un amigo de la corte es una tercera parte desinteresada que participa en un proceso para ayudar al tribunal a considerar ciertas cosas¹²⁸. Esta figura fue usada para fomentar la lucha por los derechos civiles, especialmente por la disgregación racial en los Estados Unidos de América. Esta técnica permitió introducir el resultado de investigaciones sociales, lo cual trascendía la referencia a los puros precedentes legales¹²⁹.

En la opinión del Centro de Estudios Legales y Sociales (institución argentina), este recurso provee “aportes de trascendencia para la sustentación del proceso

¹²⁸ Véase History, Purpose and Philosophy of Amicus Advocacy: The AELE Amicus Brief Program. <http://www.aele.org/history.html> (última consulta el 7 de noviembre de 2016).

¹²⁹ *Ibíd.*

judicial”¹³⁰. En la práctica de dicho centro, la aplicación de esta figura jurídica se relacionaba, primero, con el deseo de introducir en el proceso elementos del Derecho internacional de los derechos humanos; posteriormente, esta figura se vio como una forma de participación¹³¹. En este sentido, los “*amici* permiten aportar nuevos argumentos jurídicos y representan un mecanismo de participación ciudadana que vuelve la búsqueda de justicia una actividad colectiva —o cuando menos más participativa—, no circunscrita a la decisión del juez y a los argumentos de las partes”¹³².

En Guatemala, esta figura ha entrado recientemente dentro del quehacer constitucional. Desde luego, esta posición no es favorecida por el positivismo imperante en nuestro país, pero debe hacerse énfasis en que los cambios legales también traen transformaciones culturales. En este orden de ideas, se puede considerar que el uso de este constituye un factor que incidirá en prácticas judiciales con un mayor nivel de democracia.

Como lo apuntan los autores argentinos, el hecho de que dicho instituto no esté regulado no constituye un argumento para que no se acepte su uso¹³³. Esta tesis apunta, de hecho, al sentido de racionalidad que debe guiar los procesos constitucionales, en donde debe privar un sentido de razonabilidad política y moral que no suele estar presente en la mentalidad estrictamente positivista.

¹³⁰ Centro de Estudios Legales y Sociales, *La lucha por el derecho: Litigio estratégico y derechos humanos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2008, p. 36.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 39.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*

Puede decirse, por lo tanto, que esta figura es importante para fomentar la cultura del diálogo, puesto que enriquece sus perspectivas, especialmente desde la postura de los académicos y otros colectivos con respecto a los problemas que se ventilan en un proceso jurídico. En cierto modo, el *amicus curiae* ubica el proceso en un esfuerzo de objetividad, el cual se suele perder en un sistema adversarial. En ese sentido, este concepto legal puede ayudar a un diálogo constitucional más centrado en buscar una solución justa que una simple imposición de una de las dos partes.

4.8. Aspectos negativos de la participación jurídica dialógica

Es necesario responder a las objeciones que se le pueda presentar a la participación dialógica de la sociedad en el entramado institucional del control de constitucionalidad. Estas objeciones suelen estar basadas en consideraciones sólidas, históricamente apoyadas, razón por la cual deben ser respondidas reconociendo plenamente su racionalidad.

En primer lugar, no debe desestimarse el argumento que remite a la volubilidad de las grandes mayorías. Para mencionar un aspecto relevante, cada vez más evidente, los medios de comunicación pueden manipular los sentimientos de grandes sectores de la sociedad. En efecto, los canales masivos de comunicación bombardean a la sociedad con sus mensajes, resaltan o ignoran ciertos hechos, manipulan el lenguaje para difundir ciertas actitudes. generan uniformidad ideológica y alienación en el pensamiento de los sectores mayoritarios de esta.

En segundo lugar, debe reconocerse que muchos problemas requieren una formación que, lamentablemente, no está al alcance de la mayoría de los ciudadanos.

En una época como la nuestra, la plena comprensión de los problemas sociales, políticos, culturales, tecnológicos y religiosos demanda una claridad conceptual que no pueden proporcionar los medios de comunicación de masas. En ese sentido, el jurista Häberle reconoce que una sociedad de intérpretes de la Constitución requiere una sociedad informada, inclusiva e integrada¹³⁴. Esta opinión impone, desde luego, nuevos retos para una sociedad como la nuestra, especialmente en lo que respecta a la necesidad de formación constitucional de los ciudadanos. Asimismo, también debe reconocerse que los problemas jurídicos involucran nuevos aspectos que no habían sido contemplados, como lo relacionado con las tecnologías de la información, los nuevos procedimientos tecnológicos en el campo de la medicina, etc.

En tercer lugar, no puede dejar de mencionarse en este momento el progresivo individualismo que ha penetrado la vida humana contemporánea. En el individualismo se pierde la posibilidad de identificar metas comunes; cada quien se siente responsable de su propia vida, atribuyendo el fracaso vital a las malas opciones personales. Esta idea debe ser erradicada porque la vida humana es un proyecto colectivo que se genera de manera histórica. En todo caso, este fenómeno afecta a la participación ciudadana en procesos jurídicos largos y complejos.

En cuarto lugar, tampoco puede dejar de referirse el fenómeno del miedo. En la actualidad el miedo se ha convertido en una forma de “gobierno”; las sociedades viven situaciones de precariedad, inseguridad generalizada, lo cual crea dinámicas negativas, como lo prueba la elección de Donald Trump como presidente de los Estados Unidos de

¹³⁴ Peter Häberle, *Op. Cit.*, p. XXXV.

América. Muchas medidas políticas son consideradas “medidas de emergencia”. El empleo es escaso: se acude a leyes de emergencia para el fomento del empleo. La sociedad experimenta cuotas intolerables de violencia: se proponen leyes que disminuyen la edad de imputabilidad. Este fenómeno lleva a la progresiva pérdida de garantías, con lo cual se pierde la misma esencia del Estado constitucional.

Se debe evitar ese clima de miedo que ofrece una cubierta idónea para aquellos que buscan la satisfacción de sus intereses, aun a costa del declive progresivo de la democracia constitucional. Bajo este imperativo, países como Guatemala han aceptado Gobiernos de “mano dura”, los cuales se han caracterizado por su corrupción y desdén por las instituciones y procesos democráticos. El resultado de estas políticas, como se ha hecho evidente en nuestro país, ha sido el fortalecimiento de las redes clientelares y las mafias políticas.

4.9. El problema de los recursos

Como se ha visto en páginas anteriores, la escena jurídica contemporánea ha presenciado el desarrollo del activismo judicial en defensa de los derechos humanos de corte social. Prácticamente, nadie se opondría a brindar a todos los miembros de la sociedad con un conjunto de bienes que impidieran el hambre, la falta de oportunidades, la falta de educación y otros factores que inciden en la vida concreta de los seres humanos.

En este sentido, existe una serie de problemas a los que debe darse respuesta, a no ser que se quiera caer en una utopía constitucional. Uno de estos problemas radica en la dificultad de conseguir los recursos que puedan implementar un verdadero sistema

democrático constitucional. Desde una perspectiva cercana, también se plantea la cuestión de la distribución de los bienes sociales, los cuales no surgen de manera espontánea sino presuponen la organización social de la producción de bienes y servicios.

Este es un tema que adquiere mayor actualidad en la presente época en donde se ha establecido la cultura de la transparencia, la cual no ha repercutido necesariamente en una mayor democratización. En efecto, bajo una perspectiva draconiana se imponen criterios tecnocráticos, no democráticos, que se oponen a todo gasto que no sea “absolutamente necesario”. Se ha visto, por ejemplo, cómo los grupos conservadores suelen demandar la restricción del presupuesto, especialmente en lo atinente a los recursos que se destinan para los gastos sociales, sin poner en cuestión su propia falta de compromiso con una tributación justa y progresiva, como corresponde a una sociedad justa y funcional.

Por la razón aludida, el rescate de la democracia constitucional precisa la superación de los modelos economicistas que colocan al mercado, y en realidad a los poderes económicos más grandes, encima de todas las expectativas que plantea la dignidad humana. Un pacto constitucional racional debería reconocer la necesidad de una economía que permita un nivel conveniente de vida, razón por la cual esta no puede adecuarse a las recetas que han sido concebidas por una economía neoliberal, que coloca la ganancia como objetivo último de la actividad humana. Dentro de este esquema, se debe luchar por conseguir formas de redistribución que descansen en impuestos justos y progresivos. Una sociedad de miembros responsables es capaz de

encontrar los medios de apoyar financiera y materialmente las prácticas institucionales capaces de profundizar la participación social en los procesos jurídicos.

No hay que temer a una pérdida de inversión debido a esquemas distributivos a través de los impuestos. En ese sentido, el ser social de la humanidad no solo se rige por el deseo de ganancia, sino también por valores morales compartidos, precisamente aquellos que les dan su inspiración a los textos constitucionales contemporáneos. Ha sido el neoliberalismo el que ha inducido la idea de un sujeto solo ocupado en su inmediato interés y ganancia.

Estas consideraciones apuntan a los cambios profundos, sociales e institucionales, incluso educativos que demanda un verdadero constitucionalismo, uno capaz de realizar las expectativas axiológicas que despierta un paradigma de verdadero espíritu democrático, y por tanto, participativo. En este sentido, debe volver a insistirse en que la Constitución contemporánea es un pacto de ciudadanía, el cual tiene la potestad de diseñar las instituciones básicas de la sociedad con el fin de proteger los derechos humanos. Tal vez los recursos no surgen de manera espontánea, pero de seguro se puede hacer mucho más para garantizar una distribución más equitativa de estos.

4.10. Conclusión

En este capítulo se ha presentado reflexiones generales acerca de las condiciones sociales y culturales que promueve el constitucionalismo dialógico, así como formas institucionales de implementación de este tipo de constitucionalismo. Del mismo modo, hemos anticipado, aunque de manera abreviada, algunos de los potenciales problemas

que enfrenta el esfuerzo de volver participativo el control constitucional. Se ha tratado de mostrar que este tipo de constitucionalismo está al alcance de prácticas que se han consolidado en los últimos tiempos.

Asimismo, se han identificado algunas objeciones importantes y se ha tratado de responder a estas potenciales críticas. Se ha enfatizado la necesidad de promover la participación ciudadana a través de diferentes estrategias y esquemas institucionales. Se ha analizado, de manera breve, el *amicus curiae*, el diálogo interinstitucional, los jurados constitucionales, las vistas públicas, los procesos consultivos. En general, estas estrategias institucionales incrementan el nivel de legitimidad de una democracia constitucional, y aunque todavía en ciernes en el ambiente nacional, son institutos que ayudarán a transformar la tradicional rigidez de estructuras judiciales que adoptan medidas con claros déficits democráticos.

Detrás de esta respuesta vemos que el ser humano es racional en la medida en que puede controlar áreas importantes de su propia vida; este objetivo, no obstante, supone la posibilidad de organizar la vida en común. Este punto, sin embargo, no puede ensombrecer la verdad que las grandes mayorías muchas veces pueden atacar a los que consideran como enemigos e incluso traicionarse a sí mismas, adoptando medidas que terminarán por afectarlas de manera negativa¹³⁵.

¹³⁵ Un ejemplo podría ser aquellos grupos que defienden intereses inmediatos, como la generación de empleo barato. Piénsese, por ejemplo, en el apoyo que poblaciones empobrecidas pueden brindar a las políticas de “creación” de empleo a través de salarios diferenciados, medidas que a la larga podrían generar mayor precariedad. Puede verse, para dar otro ejemplo, el caso del apoyo popular a la pena de muerte, a la destrucción de garantías procesales, y otro tipo de medidas que han ganado el apoyo de poblaciones cansadas del clima de inseguridad, cuya raíz, sin embargo, se encuentra en el empeoramiento de las condiciones generales de vida.

Conviene enfatizar la importancia de las múltiples estrategias usadas por el “Derecho alternativo”, vigoroso movimiento jurídico-social que asume los principios del sistema constitucional para luchar a favor de las perspectivas de los sectores que han sido tradicionalmente excluidos de la protección del Derecho. Este tipo de ejercicio jurídico concibe a los tribunales como un campo de lucha por la justicia. Como tal, dicho espíritu crítico se ha evidenciado en el desarrollo del litigio estratégico, el cual moviliza todos los recursos que puedan ayudar a alcanzar los objetivos genuinos del Derecho democrático.

Uno de los aspectos positivos de este movimiento es que no lucha contra el Derecho vigente, sino que solo confronta la práctica parcial de este, con el objeto de desarrollar los aspectos positivos de dicho Derecho. Vale decir, en este sentido, que sus aspectos rescatables cuales suelen ser omitidos por aquellos juristas y abogados que nunca acuden al sentido pleno del Derecho, sino al uso estratégico de este para sus propios fines. El Derecho alternativo busca, pues, realizar las promesas fundamentales del constitucionalismo contemporáneo.

Al finalizar, conviene poner de relieve la importancia de la cultura jurídica. No solo se trata de consolidar una vida constitucional vibrante, en la cual la Constitución pueda vivirse como expresión de las convicciones profundas de la ciudadanía, sino también se trata de formar al jurista y practicante del Derecho. El constitucionalismo dialógico, como instancia de control de la vida ciudadana, precisa de una formación jurídica que, lamentablemente, no se practica en la actualidad, sobre todo en un país como el nuestro. Por tanto, debe comprenderse la misión importante que cae en manos de las autoridades y docentes involucrados en la formación de los nuevos practicantes de la ciencia jurídica.

En particular, ha llegado el tiempo de abandonar el paradigma mecanicista del Derecho (debe hacerse lo que la ley dice), para reconocer que la práctica jurídica es una actividad argumentativa que requiere conocimiento y respeto hacia la ciudadanía.

Corresponde ahora plantear las conclusiones generales de este trabajo, así como esbozar los caminos investigativos y sugerencias de cambios constitucionales específicos sugeridos por este. Asimismo, conviene señalar los caminos que quedan abiertos para futuras investigaciones. Estas observaciones señalan las aportaciones de este trabajo al desarrollo del constitucionalismo guatemalteco y a la academia jurídica de nuestro país.

CONCLUSIÓN

En el campo del Derecho constitucional existen numerosas ideologías, vertientes, formas de pensamiento e interpretaciones que tratan de identificar las bases de legitimidad del mundo social. En este trabajo, hemos realizado una aproximación a las potencialidades del enfoque que relaciona el diálogo con el espíritu constitucional, lo que hemos denominado “constitucionalismo dialógico”.

El trabajo de investigación realizado demostró que, con base en un análisis profundo de las nuevas vertientes ideológicas del constitucionalismo, y tomando como punto de partida la hipótesis planteada, es posible articular en la sociedad guatemalteca, un modelo de interpretación de constitucionalismo dialógico enmarcado dentro de una democracia incluyente. Este, como parte de la hermenéutica filosófica contemporánea, es capaz de resolver la profunda conflictividad que vive nuestra sociedad en el mundo globalizado.

La factibilidad de la implementación del modelo citado se podrá realizar tomando en cuenta, que se cumpla con la creación de instituciones que incluyan a grupos sociales que, con sus aportes revestidos de valores y derechos, coadyuven al fortalecimiento del ideal constitucional. Dicho ideal establece un puente sólido para introducir los valores en la vida pública, siempre y cuando la sociedad sea capaz de adaptarse a los vertiginosos cambios que tienen lugar a todo nivel.

La pluralidad de perspectivas culturales en nuestra sociedad, lejos de constituir un problema en la adopción de un constitucionalismo dialógico, lo favorece y lo

enriquece. De esa cuenta es posible afirmar que, al incluir a los sectores que han sido tradicionalmente excluidos del diálogo deliberativo, la vida institucional de la sociedad se enriquecerá al lograr una amplitud de ideas y una descentralización del sistema de justicia. En este sentido, en el presente trabajo de tesis se comprueba la manera en que se pueden articular modalidades prácticas como los procedimientos consultivos y los jurados constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Villanueva, Luis F. *Gobernanza y gestión pública*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Barberis, Mauro. *Ética para juristas*, traducción de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

Barberis; Mauro. *Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral*, en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismos*, tercera edición, Madrid, Trotta, 2006.

Bellamy, Richard. *Constitucionalismo político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, traducción de Jorge Urdániz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Benedetti, Miguel Ángel y Jiménez Sáenz, María. *Las audiencias públicas de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.

Blanco Valdés, Roberto L. *La construcción de la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2010.

Bodin, Jean. *Los seis libros de la República*, cuarta edición a cargo de Pedro Bravo Gala, Madrid, Tecnos, 2006.

Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la política*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

Bovero, Michelangelo. *Nuevas reflexiones sobre democracia y Constitución*, prefacio al libro de Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Bovero, Michelangelo. Prólogo al libro de Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Calveiro, Pilar. *Violencias de Estado: la guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen como medios de control global*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012.

Carbonell, Miguel. *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*, en *Neoconstitucionalismo(s)*, edición a cargo de Miguel Carbonell, tercera edición, Madrid, Trotta, 2006.

Centro de Estudios Legales y Sociales, *La lucha por el derecho: Litigio estratégico y derechos humanos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2008.

Colegio de Abogados de Guatemala. *Digesto Constitucional. Revista del Colegio de Abogados de Guatemala*, Guatemala, Serviprensa Centroamericana, 1978.

Contreras, Francisco José. *La Filosofía del Derecho en la historia*, Madrid, Tecnos, 2014.

De Rivero, Oswaldo. *El mito del desarrollo y la crisis de la civilización*, cuarta edición, Lima, Fondo de Cultura Económica del Perú, 2014.

De Sousa dos Santos, Boaventura. *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao, De Brouwer, Desclee, 2003 y “*El milenio huérfano*”, Madrid, Trotta, 2005.

De Vicente Algueró, Felipe-José. *De la Pepa a Podemos: Historia de las ideas políticas contemporáneas en España*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2016.

Dobner, Petra y Loughlin, Martin. (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

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

Dym, Jordana. *Soberanía transitiva y adhesión condicional: lealtad e insurrección en el Reino de Guatemala, 1808-1811*, en Manuel Chust, ed., *1808. La eclosión juntera en el mundo hispano*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*, segunda edición a cargo de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2010.

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

Fioravanti, Mauricio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.

Fioravanti, Mauricio. *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Trotta, 2014.

García Cataldo, Héctor Eduardo. *Historia y política en Aristóteles: Constitución de Atenas y Política, Byzantion Nea Hellás*, No. 28, 2009.

García Figueroa, Alfonso. *Criaturas de la moralidad: Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2009

García Laguardia, Jorge Mario, Vásquez Martínez, Edmundo. *Constitución y orden democrático*, Guatemala, Editorial Universitaria Usac, 1984.

García Laguardia, Jorge Mario. *Constitución Política de la República de Guatemala*, Guatemala, Editorial Piedra Santa, 2013.

Gargarella, *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores de Argentina, 2014.

Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación dialógica*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

Gargarella, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz editores, 2014.

Gill, Stephen and Cutler, A. Claire. *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014

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

Grimm, Dieter. *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changing World en: Petra Dobner y Martin Loughlin (eds.), The Twilight of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2010

Guastini, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, tercera edición, Madrid, Editorial Trotta, 2006.

Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1999.

Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2007.

Hübner Mendes, Conrado. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Kramer, Larry. *Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint*, *California Law Review*, Vol. 100, No. 3, 2012.

Lambert, Edouard. *El Gobierno de los jueces*, traducción y adaptación de Félix de la Fuente, Madrid, Tecnos, 2010.

Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

Messina, Giovanni. *De la gobernabilidad a la gobernanza: los caminos del vaciamiento de la democracia*, en: José A. Estévez y Giovanni Messina (eds.), *La democracia en bancarrota*, Madrid, Editorial Trotta, 2015.

Monsalvo Antón, José María. *Historia de la España medieval*, (Recurso Electrónico), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2014, última consulta el 5 de noviembre de 2014.

Niembro, Roberto. *Una mirada al constitucionalismo popular*, *Isonomía*, No. 38, abril de 2013.

Orunesu, Claudina. *Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad*, *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, No. 2, marzo-agosto 2012.

Parker, Richard D. *Aquí el pueblo gobierna: un manifiesto populista constitucional*, en Erwin Chemerinsky y Richard D. Parker, *Constitucionalismo popular*, estudio preliminar de Jorge González Jácome, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011

Pisarello, Gerardo. *Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014.

Platón, *La República o el Estado*, traducción de Patricio Azcárate, trigésima novena edición, Madrid, Espasa-Calpe, 2006.

Porras Nadales, Antonio. *La acción de Gobierno: gobernabilidad, gobernanza y gobermedia*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.

Post, Robert y Siegel, Reva. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, traducción de Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013.

Pozzolo, Susana. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima, Palestra, 2011.

Rodotá, Stefano. *El derecho a tener derechos*, traducción de José Manuel Revuelta, Madrid, Editorial Trotta, 2014.

Rodríguez Garavito, César. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos*, en Roberto Gargarella, ed., *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación dialógica*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

Sagües, Néstor Pedro. *El sistema de derechos, magistraturas y procesos constitucionales en América Latina*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2004.

Sánchez Rubio, David. *Filosofía, Derecho y liberación en América Latina*, Bilbao, De Brouwer, Desclée. 1999.

Torres Aguilar, Manuel. *Manual de historia del Derecho*, Madrid, Editorial Tecnos, 2015.

Tushnet, Mark. *Comparative Constitutional Law*, Elgar Advanced Introductions, Cheltenham, Glos, Reino Unido, 2014.

Valadés, Diego. Estudio introductorio a Peter Häberle, *El Estado constitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro. Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

Valenga Vega, Alipio. *Desarrollo del constitucionalismo*, Librería Editorial Juventud, La Paz, Bolivia, 1988.

Vázquez Olivera, Mario. *El Imperio mexicano y el Reino de Guatemala: Proyecto político y campaña militar 1821-1823*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

Verdross, Alfred. *La Filosofía del Derecho en el mundo occidental: visión panorámica e sus fundamentos y principales problemas*, traducción de Mario de la Cueva, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

Vigo, Rodolfo. *Constitucionalización y judicialización del Derecho: del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, Ciudad de México, Porrúa, 2013.

Vilhena Vieira, Oscar. *Desigualdad estructural y Estado de derecho*, en César Rodríguez Garavito, ed., *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.

Ziegler, Jean. *Destrucción masiva: geopolítica del hambre*, traducción de Jordi Terré, Barcelona Ediciones Península, 2012.

Fuentes de internet

1. Hermosa Andújar, Antonio. *El concepto de nación en Sieyès, Fragmentos de filosofía*, No. 2, 1992, p. 116, disponible en <http://institucional.us.es/revistas/fragmentos/2/ART%207.pdf> (último acceso el 2 de septiembre de 2016).
2. Véase, http://www.mineco.gob.gt/sites/default/files/pdfs/acciones_estrategicas.pdf (última consulta el 21 de junio de 2016).
3. Tribe, Lawrence. *The People Themselves: Judicial Populism*, *New York Review of Books*, 24 de octubre de 2004, disponible en <http://www.nytimes.com/2004/10/24/books/review/the-people-themselves-judicial-populism.html> (última consulta el 2 de septiembre de 2016).
4. Bohmann, James. *La madurez de la democracia deliberativa*, en *Co-herencia*, Vol. 14, No. 24, junio de 2016, disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-58872016000100005 (última consulta el 29 de agosto de 2016)
5. Citado en Claudina Orinesu, *Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad*, *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, no. 2, marzo-agosto 2012, disponible en <http://eunomia.tirant.com/?p=928> (último acceso el 3 de noviembre de 2016).
6. Carbonell, Miguel. *Sobre la constitución viviente*, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 42, No. 117, 2012, disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/1639/1587> (último acceso el 3 de noviembre de 2016).
7. Véase de Peter Häberle, *La Constitución como cultura*, p. 178, disponible en <file:///C:/Users/jorge/Downloads/Dialnet-LaConstitucionComoCultura-1975576.pdf> (última consulta el 30 de octubre de 2016).