

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**IMPLEMENTACIÓN DE LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONALISTA FRENTE A LA
TEORÍA POSITIVISTA Y LOS OBSTÁCULOS QUE ENFRENTA
EN GUATEMALA**

MARHION ALEXANDRA VARGAS CERMEÑO

GUATEMALA, AGOSTO DE 2018

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**IMPLEMENTACIÓN DE LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONALISTA FRENTE A LA
TEORÍA POSITIVISTA Y LOS OBSTÁCULOS QUE ENFRENTA EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARHION ALEXANDRA VARGAS CERMEÑO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2018

**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:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Ovidio Antonio Flores Oliva
Vocal:	Lic.	Carlos Enrique Culajay Chacach
Secretario:	Lic.	Bonifacio Chicoj Raxón

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Jorge Mario López Chinchilla
Vocal:	Lic.	Leslie Mynor Paiz Lobos
Secretaria:	Licda.	Carmen Patricia Muñoz Flores

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



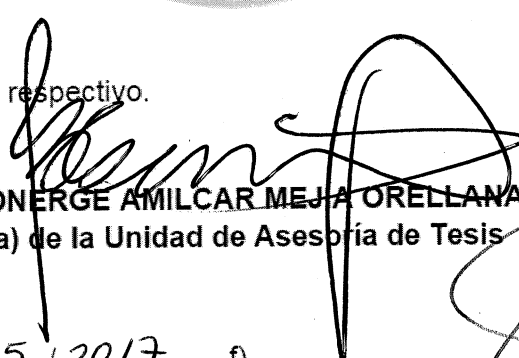
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
10 de marzo de 2016.

Atentamente pase al (a) Profesional, CARLOS ENRIQUE AGUIRRE RAMOS
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
MARHION ALEXANDRA VARGAS CERMEÑO, con carné 201014628,
intitulado IMPLEMENTACIÓN DE LA TEORÍA NEOCONTITUCIONALISTA FRENTE A LA TEORÍA POSITIVISTA Y
LOS OBSTÁCULOS QUE ENFRENTA EN GUATEMALA.

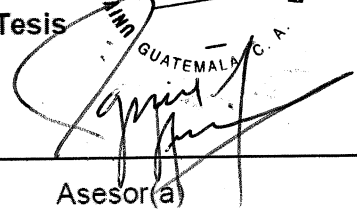
Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del
bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título
de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de
concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y
técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros
estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la
bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará
que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime
pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 03 / 05 / 2017.


Asesor(a)

(Firma y Sello)
Carlos Enrique Aguirre Ramos
ABOGADO Y NOTARIO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

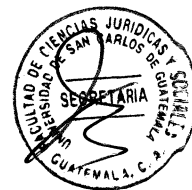
Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala



LIC. CARLOS ENRIQUE AGUIRRE RAMOS

ABOGADO Y NOTARIO

COLEGIADO 3426



Guatemala, 7 de julio de 2017.

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez.
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Apreciable licenciado:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo, en el que se me notifica nombramiento como asesor de tesis de la perito contador **MARHION ALEXANDRA VARGAS CERMEÑO**, la cual se intitula **"IMPLEMENTACIÓN DE LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONALISTA FRENTE A LA TEORÍA POSITIVISTA Y LOS OBSTÁCULOS QUE ENFRENTA EN GUATEMALA"**. Habiendo asesorado el trabajo confiado, me permito darle a conocer lo siguiente:

- a. El contenido de la tesis es científico y técnico, además de la ponente utilizó legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y por tanto se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo.
- b. Los métodos que se emplearon fueron: Método deductivo, sintético, analítico y analógico; mediante los cuales la sustentante no sólo logró comprobar la hipótesis sino que también analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes relacionados en la implementación de la teoría neoconstitucionalista en el sistema jurídico guatemalteco, mayormente en las sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad, sino también los obstáculos que enfrenta a la hora de aplicarse y los motivos por los cuales tiene poca utilización realmente.
- c. La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, habiendo utilizado un lenguaje técnico y comprensible para el lector; asimismo, hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.

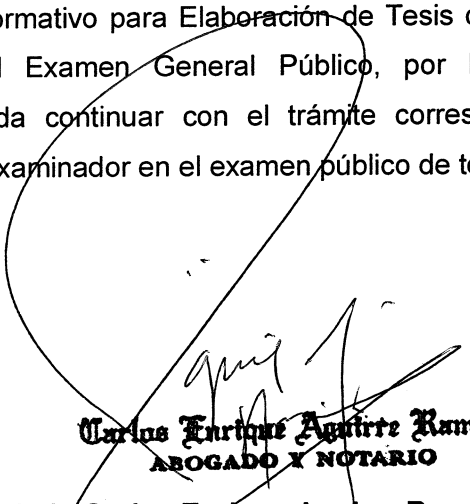
LIC. CARLOS ENRIQUE AGUIRRE RAMOS
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 3426



- d. El informe final de tesis es una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca; puesto que es un tema importante y novedoso que no ha sido investigado a profundidad. El cual puede servir como material de consulta para futuras investigaciones.
- e. En relación a la conclusión discursiva, la misma se redactó de manera sencilla y constituye supuestos certeros en donde la sustentante expone sus puntos de vista sobre la teoría neoconstitucionalista y la parcial incompatibilidad con la teoría positivista y los obstáculos a la hora de su aplicación en Guatemala. Se empleó la bibliografía adecuada al tema y de actualidad.
- f. A la sustentante le sugerí diversas enmiendas en su contenido capitular, encontrándose conforme en su realización, siempre bajo el respeto de su posición ideológica.
- g. Expresamente declaro que no tengo ningún parentesco con la estudiante dentro de los grados de ley, ni amistad, que puedan afectar la imparcialidad de este dictamen.

La tesis que se desarrolló por la sustentante efectivamente cumple con los requisitos que establece el Artículo 31 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el tribunal examinador en el examen público de tesis.

Atentamente.


Carlos Enrique Aguirre Ramos
ABOGADO Y NOTARIO

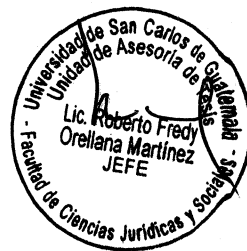
Licenciado Carlos Enrique Aguirre Ramos
Abogado y Notario
Colegiado 3426
Asesor de Tesis



USAC

TRICENTENARIA

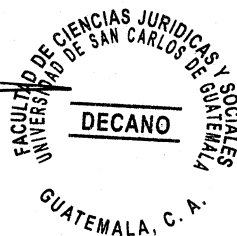
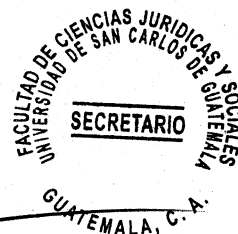
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 14 de noviembre de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARHION ALEXANDRA VARGAS CERMEÑO, titulado IMPLEMENTACIÓN DE LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONALISTA FRENTE A LA TEORÍA POSITIVISTA Y LOS OBSTÁCULOS QUE ENFRENTA EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser mi guía y la luz que ha estado en todos mis pasos tanto en mi vida personal como en mi carrera. Por todas las bendiciones que pude recibir a través de su mano.

A MI MADRE:

Hilma Eduvais Cermeño López, por todo ese amor incondicional, por el apoyo, ánimos que siempre me ha brindado y que nunca me dejó desistir a mis sueños. Por estar ahí siempre que la necesito, por desear siempre las mejores cosas para mí, por tenerme paciencia, por ser una buena consejera y brindarme en todo momento su sabiduría, por demostrarme el valor, fuerza, perseverancia y trabajo que se requiere tener en esta vida y el hecho de nunca rendirse, siendo un gran ejemplo para mí, por todos los grandes esfuerzos que has hecho por mi bienestar no siendo estos nunca fáciles, por ser a quien le debo todo lo que soy y todos los logros que he podido alcanzar, son todos gracias a ti, no me alcanzará la vida para poder agradecerte.

A MI ABUELO:

Miguel Cermeño Medrano, que aunque ya no esté en este mundo, vivirá en mi corazón, por ser quien siempre estuvo al pendiente de mi madre y de mí, brindándonos su amor y apoyo.

A MIS AMIGOS:

Quienes compartieron conmigo desde el inicio de mi vida universitaria hasta lo último de la misma y que gracias a eso formamos una fuerte amistad, así como amigos a quienes fui conociendo a lo largo de mi camino académico y quienes también son muy especiales para



mí, brindándome grandiosos recuerdos que vivirán siempre en mi memoria y en mi corazón, apoyándome y echándome ánimos siempre. Gracias por todo su cariño y la valiosa amistad que me brindan.

A: Erick de Jesús Morales Barrera, por acompañarme en las etapas de mi carrera universitaria.

A MI ASESOR: Licenciado Carlos Enrique Aguirre Ramos.

A MIS CATEDRÁTICOS: Por brindarme en estos años de carrera todos sus conocimientos, sabiduría y experiencia.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala.



PRESENTACIÓN

Esta investigación pertenece a la rama del derecho constitucional teniendo como objeto de estudio establecer sobre qué trata la teoría neoconstitucionalista en el ordenamiento jurídico guatemalteco así como encontrar los puntos que la diferencian de la teoría positivista y el por qué debido a estos se presenta una incompatibilidad parcial entre ambas, teniendo como sujeto de estudio las resoluciones emitidas por los magistrados de la Corte de Constitucionalidad así como los factores que influyen en su poca implementación.

La presente investigación es de tipo cualitativo utilizándose también el método analógico, en el municipio de Guatemala, departamento de Guatemala periodo comprendido durante los años 2010 a 2016, tomando todo esto para poder entender las diferencias entre ambas teorías tanto en forma doctrinaria como ante la opinión de expertos y resaltando la posible aplicación de la teoría neoconstitucionalista la cual se ha basado en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Se inició el presente tema definiendo en primer lugar de donde se originan estas teorías tanto del derecho constitucional como del movimiento del constitucionalismo, luego se abordan los derechos humanos, continuando con la explicación doctrinaria de las dos teorías estableciendo qué comprenden cada una, sus orígenes, sus características principales y principios fundamentales finalizando con aportes jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad respecto a la utilización de ambas en el país y con el aporte académico respectivo siendo este el análisis comparativo doctrinal de las mismas.



HIPÓTESIS

La teoría neoconstitucionalista es parcialmente incompatible con la teoría positivista a la hora de la toma de decisiones judiciales, además de que su poca aplicación depende de factores personales y jurídicos siendo estos obstáculos en su implementación dentro de la normativa jurídica, generando el pensamiento que esta teoría otorga una mayor complejidad al derecho, por ser una corriente nueva dentro de nuestro país.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Luego del análisis que se realizó en esta investigación, utilizando el método analítico y comparativo, además de la técnica de revisión bibliográfica, hemerográfica y documental, como la técnica de estudio comparativo, se comprobó que existen incompatibilidades entre la teoría neoconstitucionalista y la teoría positivista, tomando en cuenta tanto las diferencias doctrinarias, las opiniones de expertos y al hecho que los jueces al momento de resolver se basan con respecto a la interpretación de la ley, conforme a lo establecido en los Artículos 1 y 2 de la Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 siendo el mismo ordenamiento jurídico el que nos da a entender que la interpretación es demasiado rígida, no pudiendo resolver más allá de lo que la misma ley dicta, pero todo esto no quiere decir que sea imposible implementar la teoría neoconstitucionalista, ya que la incompatibilidad existente entre estas dos teorías es parcial ya que han habido sentencias de la Corte de Constitucionalidad que han utilizado en conjunto las dos teorías, resolviendo eficazmente los casos en concreto.

Es muy poca la implementación de la teoría neoconstitucionalista en Guatemala, tanto por desconocimiento por ser una teoría relativamente nueva, dudas de cómo debe aplicarse, desinterés por magistrados y jueces, así como la comodidad y arraigo que presenta la teoría positivista imponiendo varios límites que no se pueden sobrepasar si no están establecidos en la misma ley, siendo sus mayores obstáculos a la hora de tratar implementarla, incluyendo el hecho que no todos los casos pueden resolverse solamente en base a la Constitución Política de la República de Guatemala la cual el único medio que permite la poca participación de la teoría neoconstitucionalista.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional.....	1
1.1. Origen del derecho constitucional.....	3
1.2. Definición	6
1.2.1. Disciplinas jurídico-constitucionales.....	7
1.2.2. Función del derecho constitucional.....	10
1.2.3. Naturaleza jurídica	10
1.2.4. Características	13
1.3. Constitucionalismo	14
1.3.1. Antecedentes históricos	15
1.3.2. Definiciones.....	20
1.3.3. El constitucionalismo guatemalteco	22
1.4. La constitución	29
1.4.1. Definición	30
1.4.2. Interpretación de la constitución.....	33
1.4.3. Clasificaciones de la constitución.....	34
1.4.4. Constitución Política de la República de Guatemala.....	37
1.4.5. Supremacía constitucional	39
1.5. Derechos humanos	42
1.5.1. Antecedentes históricos	44
1.5.2. Definición	47
1.5.3. Naturaleza.....	48
1.5.4. Características de los derechos humanos	50
1.5.5. Clasificación de los derechos humanos	51
1.5.6. Los derechos humanos en el texto constitucional guatemalteco	54
1.5.7. Legislación internacional en materia de derechos humanos.....	56

CAPÍTULO II

2. Positismo.....	61
2.1. Antecedentes históricos.....	61
2.2. Definición.....	64
2.3. Escuelas iuspositivistas.....	65
2.4. Características.....	67
2.5. Clases de positivismo.....	69
2.5.1. Iuspositivismo ideológico.....	69
2.5.2. Iuspositivismo formal.....	69
2.5.3. Iuspositivismo imperativo.....	70
2.5.4. Iuspositivismo metodológico.....	70
2.5.5. Iuspositivismo lógico.....	70
2.6. Positismo en el ordenamiento jurídico guatemalteco.....	71

CAPÍTULO III

3. Neoconstitucionalismo.....	79
3.1. Antecedentes históricos.....	80
3.2. Definición.....	87
3.3. Características.....	91
3.4. Principios.....	95
3.5. El neoconstitucionalismo en las distintas clasificaciones del Estado.....	95
3.5.1. En el Estado de derecho.....	95
3.5.2. En el Estado social.....	97
3.5.3. En el Estado democrático.....	97
3.6. Ponderación e interpretación de la teoría neoconstitucionalista.....	98
3.6.1. Ponderación.....	98
3.6.2. Interpretación de la teoría neoconstitucionalista.....	100
3.6.3. Argumentación.....	105



Pág.

3.6.4. Proporcionalidad	106
3.7. Neoconstitucionalismo frente al positivismo.....	107

CAPÍTULO IV

4. Incompatibilidad parcial existente de la teoría neoconstitucionalista frente a la teoría positivista al momento de su aplicación en el ordenamiento jurídico guatemalteco	109
4.1. Antecedentes históricos jurisprudenciales	111
4.1.1. Caso del ex presidente Serrano Elías.....	112
4.2. Práctica judicial guatemalteca de la teoría neoconstitucionalista.....	116
4.2.1. Resoluciones de la Corte de Constitucionalidad que emplean en su argumentación la teoría neoconstitucionalista	117
4.2.2. Obstáculos que enfrenta la teoría neoconstitucionalista	119
4.2.3. Obstáculos que enfrenta la teoría neoconstitucionalista en Guatemala.....	122
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	127
BIBLIOGRAFÍA	129



INTRODUCCIÓN

La presente investigación se desarrolló sobre el estudio de la teoría neoconstitucionalista siendo esta una corriente ideológica que lleva a una nueva etapa del constitucionalismo siendo bastante nueva y controversial en ciertos aspectos, presentando beneficios de su aplicación en ordenamientos jurídicos como por ejemplo el interés que los textos constitucionales contengan una mayor amplitud en la materialización de derechos, estableciendo que no sea solo una simple lista de normas, sino que además se tomen en cuenta los principios y valores que rigen a la norma fundamental, adecuando la ley a la época actual, favoreciendo que las decisiones que se tomen sean más justas.

Otro punto de estudio en el desarrollo del presente estudio es la teoría positivista la cual existe como el pensamiento jurídico cuyo principal fin es la separación conceptual de moral y derecho no considerando lo justo o injusto de la aplicación de una norma, el jurista simplemente se limita a acatar lo dictado por ella misma. Actualmente en Guatemala no existe una guía del como poder aplicar la teoría neoconstitucionalista y debido a esto se da muy poca aplicación, en base a que dentro del país predomina la teoría positivista a través del ordenamiento jurídico rígido, que solo permite a los jueces y magistrados resolver conforme a la norma.

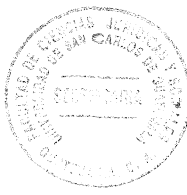
El objetivo general de la tesis es el averiguar realmente si la teoría neoconstitucionalista es parcialmente incompatible con la teoría positivista, además de que su poca aplicación depende de factores personales y jurídicos siendo estos obstáculos en su implementación dentro de la normativa jurídica generando el pensamiento que esta teoría otorga mayor complejidad al derecho, por ser una corriente nueva. Dentro de las posibles causas de la poca aplicación de esta teoría en las resoluciones judiciales, se debe tomar más en cuenta la realidad actual, integrando los valores morales y haciendo más flexible la ley además de averiguar si es posible que el sistema jurídico guatemalteco pueda adecuarse a los cambios constantes que se dan en la actualidad



El desarrollo de la tesis se plasmó en cuatro capítulos, tratando los siguientes temas: el primer capítulo trata sobre el derecho constitucional, constitucionalismo y sobre los derechos humanos, dándonos a conocer su origen, definiciones, principios y características propias de cada uno; el segundo capítulo se desarrolló acerca de la teoría positivista o mayormente conocido como positivismo y como está establecido en el ordenamiento jurídico guatemalteco; el tercer capítulo se enfatizó sobre el neoconstitucionalismo, definiciones, principios, características así como los medios para poder interpretarlo y utilizarlo de manera correcta según la doctrina, tocando también el enfrentamiento que tiene ante el positivismo; en el cuarto capítulo que es la esencia fundamental del tema principal de la tesis se desarrolló la incompatibilidad parcial existente entre la teoría neoconstitucionalista y la teoría positivista, mostrando ejemplos jurisprudenciales en que se aplicó en conjunto ambas teorías, a pesar de sus diferencias marcadas y se desarrollaron los obstáculos que se dan dentro del país al momento de su implementación y por qué se aplica tan poco.

Para la investigación se utilizó el método analítico, deductivo y analógico así como las técnicas cuantitativas, bibliográficas y documentales, con los cuales se logró comprender y explicar cómo se pudo implementar la teoría neoconstitucionalista en unas pocas sentencias de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala al lado de la teoría positivista dejando de lado las incompatibilidades en las mismas.

El aporte que brinda la presente investigación consiste en el análisis concreto que se presenta a las incompatibilidades existentes de estas dos teorías pero que a pesar de las mismas han podido aplicarse a través de la historia del país a partir de 1993, además que se detallan los obstáculos que no permiten su aplicación de lleno en las resoluciones en los órganos jurisdiccionales, las cuales podrían ser de beneficio si realmente existiera una guía específica o que dentro de las mismas leyes se dieran ciertos cambios para que surja una mejor aplicación que permita acoplarse a la realidad actual, así como un análisis jurisprudencial de la utilización de las dos teorías.



CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional

Se puede entender del derecho constitucional que en él se estipula tanto las normas y reglas que relacionan a los individuos, como a las autoridades del Estado al que se pertenece, promoviendo la coexistencia pacífica entre el poder representado por el Estado y la libertad que desea cada individuo en la sociedad.

Para entender de mejor manera esta rama fundamental del derecho se debe buscar el significado de los dos vocablos componentes del presente objeto de estudio, siendo en primer lugar el concepto de derecho definiéndolo como “un conjunto de normas jurídicas impero atributivas, impuestas por el Estado que regulan la conducta externa del hombre en sociedad y que de no cumplirse voluntariamente con sus mandatos puede hacerse efectivo su cumplimiento por la fuerza”.¹

En base a esta definición se entiende que el derecho consiste en un conjunto de normas que rigen la conducta y acciones del hombre en la sociedad, teniendo el Estado poder coercitivo, que en dado caso no llegaran a cumplirse correctamente estas acciones y conductas se pueda hacer uso de la fuerza. Así mismo, está también el segundo componente de nuestro objeto de estudio el término constitucional que significa en términos generales a la estructuración de alguna cosa o a la constitución

¹ López Mayorga, Leonel Armando. **Introducción al estudio del derecho I**. Pág. 27



de algo, pero ya analizando este término dentro del ámbito jurídico se entiende como, el enfoque de la constitución normativa en base al poder constituyente.

Derivado de esta definición, para poder llegar a comprenderla a cabalidad, se debe explicar en qué consiste el poder constituyente, siendo este la facultad inherente a todas las comunidades titulares de soberanía nacional en base a un ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una constitución y esta puede reformarse total o parcialmente cuando se considere necesario, siendo el pueblo el sujeto del poder constituyente quien lo puede delegar en una asamblea, congreso o corte constituyente para su ejercicio.

Ya definidos estos componentes que conforman el término derecho constitucional, relacionándolos al tema de estudio se puede decir que, el derecho constitucional procura la creación de una organización tanto política como individual en base a una constitución normativa creada por el mismo pueblo que conforma al Estado, a través del poder constituyente.

Por último, en la definición dada anteriormente se puede encontrar otro término derivado del término constitucional que es necesario explicarse, siendo este la constitución normativa, describiéndola brevemente como aquella que hace referencia a la creación de una comunidad política, sometida a un conjunto de normas de carácter fundamental, que denominamos constitución política, es decir, que para que este conjunto de normas de carácter jurídico pueda llamarse constitución, debe regir la vida de un Estado, organizar y delimitar sus poderes, determinar sus funciones así como,



establecer los derechos y la forma de protección de los mismos. A este tema se le dedicará más atención y detalle en un apartado específico adelante en la presente investigación.

1.1. Origen del derecho constitucional

“El derecho constitucional se considera como una ciencia autónoma y sistemática desde aquellos momentos en que se perfila claro y preciso el Estado constitucional, lo cual sucede cuando el Siglo XIX se encontraba en su pleno desarrollo, pero eso no significa que hubiere existido una absoluta ausencia de normas constitucionales dentro del ordenamiento jurídico y del ente político estatal.”²

Esto quiere decir que muchos expertos consideran que su origen proviene desde el Siglo XIX donde surge claramente el Estado constitucional, época en donde ya se le consideró como ciencia, pero para ampliar un poco más todo lo anterior de manera breve se explicará el paso que dio el derecho constitucional en las diferentes épocas históricas:

a) En el mundo antiguo

El derecho constitucional, como disciplina autónoma y sistemática nace entrado ya el Siglo XIX, ubicando la cuna de este derecho en el Mediterráneo, más concretamente en Grecia, desenvolviéndose posteriormente en Roma. En Grecia se presentaban dos

² García Pelayo, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Pág. 27

criterios acerca de la constitución, como la organización básica del Estado asimilándola al organismo del ser humano llamándose criterio material y como segundo criterio se presenta a la constitución como un orden superior al sostener que todo gobierno debe estar sujeto a la ley y toda ley a un principio superior, teniendo como mayores exponentes a Aristóteles y a Platón estableciendo este último, la forma política ideal la cual sería creada por personas capaces de gobernar con un arte y una fuerza superiores a la ley, pero este gobernante ideal no existe. Y si este no existe entonces se genera la necesidad de recurrir a la ley superior. En Roma desaparece el concepto de constitución como fue concebido por los griegos, como una realidad general, para convertirse en una ley titular emanada del emperador.

b) En la Edad Media

Partiendo de dos hechos históricos anteriores que influyeron en el aspecto político siendo estos el imperio romano y el nacimiento del cristianismo, se consideró a la constitución como una regla particular como un edicto u orden expedida en esta época particularmente por el Papa.

Pero durante el Siglo XII esto tuvo un cambio ya que no era una orden papal, volviéndose un acuerdo que regulaba las relaciones entre la iglesia y el Estado hasta en el Siglo XIII reapareció la constitución como edicto real y diversos autores de la época lo denominaron *constitutio* a las ordenes o decisiones reales que se daban tanto en Francia como Inglaterra.



c) Edad Moderna

El derecho constitucional moderno nace con la aparición de varios tratados sobre constituciones estatales publicados en Francia, Alemania, Inglaterra y Holanda principalmente. Pero el origen que debe señalarse es la Constitución inglesa del Siglo XVIII en donde de ella partió el Barón de Montesquieu.

Entre otros antecedentes importantes para llegar al derecho constitucional moderno podemos mencionar en Inglaterra el momento de la revolución puritana y las repercusiones ocasionadas en sus colonias en América, pasando en ese momento de monarquía absoluta a monarquía constitucional, haciendo por primera vez su aparición la primera constitución escrita en Inglaterra llamada *Instrument of government* de 1654 de Cromwell y la Declaración de Derechos de 1689 *Bill of rights* que posee el mismo carácter por su forma siendo un contrato entre el príncipe llamado al trono por el parlamento, teniendo en su fondo caracteres de la constitución moderna ya que aparece el parlamento en su lucha contra el poder del rey como el sujeto de la unidad política. En Estados Unidos debido a la revolución norteamericana siendo una revolución constitucional en sí, entendiéndola como un intento de fundar a través de una Constitución un nuevo orden político a través de normas escritas a la supremacía de la voluntad mayoritaria defendiendo al pueblo. Todo esto en la convención de Filadelfia el 17 de septiembre de 1787 aprobando el texto de la Constitución Norteamericana por Benjamín Franklin y varios hombres, que lograron redactar y llegar a consenso para esta constitución. Siendo esta la más importante de sus aportaciones para lograr la revolución constitucional.

Y por último se menciona a Francia con su primera constitución junto con la elaborada por la convención de 1793, la del Directorio de 1795 y la de la época consular en 1799 que han servido de modelo a las demás reconociendo principios demo-liberales luchando contra el absolutismo monárquico.

Se puede concluir al respecto que la evolución del derecho constitucional ha tendido progresivamente a garantizar los derechos públicos de los habitantes siendo estos libertad, reunión, asociación, religión o culto, etc, liberándolos de las monarquías absolutas logrando establecerse al final en Estados libres, basándose en una constitución normativa para poder establecer estas garantías y la división de funciones del estado mismo.

1.2. Definición

Son varias las definiciones que los expertos en la rama del derecho pueden brindarnos acerca del derecho constitucional mencionando las más importantes y las que se consideran que describen en su totalidad el objeto del presente estudio, estando entre ellas: “El derecho constitucional es la rama del derecho público, que tiene por objeto la organización del Estado y sus poderes, la declaración de los derechos y deberes individuales y colectivos, y las instituciones que las garantizan”³.

“El derecho constitucional puede definirse como la rama del derecho público que estudia la estructura del Estado dentro del marco de la Constitución, la situación del

³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 317

individuo frente al poder del Estado, la organización y funcionamiento de ese poder en sus aspectos fundamentales y las instituciones políticas que constituyen el soporte de la vida estatal”⁴.

“El derecho constitucional es la principal rama del derecho público. En cuánto tal, le corresponde primordialmente el estudio de la Constitución del Estado; y siendo así, en ella encuentran su fundamento todas las demás ramas del derecho. Su posición es pues, central, dentro de todo el ordenamiento jurídico-político de una sociedad organizada”⁵.

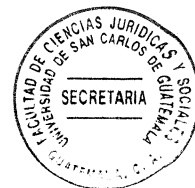
En base a las anteriores definiciones se puede concluir que en primer lugar el derecho constitucional es una rama del derecho público, que contiene normas jurídicas básicas que regulan la estructura del Estado y determinan sus principios, así también garantiza los derechos y libertades tanto jurídicas como políticas para cada individuo que integra a la población que conforman un Estado, plasmando todo esto en una constitución normativa.

1.2.1. Disciplinas jurídico-constitucionales

Se definen como las materias que desarrollan el estudio del derecho constitucional, desde tres perspectivas distintas tratando sobre diversos puntos del derecho constitucional y los sistemas que puede optar para una mejor comprensión y análisis

⁴ Orellana Donis, Eddy Giovanni, **Teoría general del proceso**. Pág. 27

⁵ Ramella, Pablo. **Derecho constitucional**. Pág. 1



del tema, siendo estos entonces:

a. Derecho constitucional particular

“Se ocupa de la organización jurídica política fundamental de un Estado determinado, su objeto alcanza la interpretación y sistematización y a veces la crítica de las normas jurídico constitucionales vigentes de ese Estado”⁶.

Se entiende partiendo de esta definición, que es una disciplina dedicada al estudio y análisis del ordenamiento constitucional de un Estado particular, mediante la exposición doctrinaria y legal de sus variadas modalidades de organización y de funcionamiento para llegar a conceptos y principios más amplios, llegando también en algún punto a brindar una crítica constructiva respectiva al tema del derecho constitucional del Estado particular.

b. Derecho constitucional general

“Que es una disciplina que define una serie de principios, de conceptos y de instituciones que se encuentran en los diversos derechos positivos o en grupos de ellos, para clasificarlos y sistematizarlos con una percepción unitaria. No se analizan los pormenores de las organizaciones jurídico políticas sino que las estudia en un contexto global, para explicar la evolución de las sociedades que buscan un ideal para la plena vigencia del Estado de derecho, su campo de acción es muy amplio y sirve para

⁶ Prado Gerardo, **Derecho constitucional**. Pág. 17

comprender mejor la esencia de las demás ramas del derecho, incluyendo al derecho privado.”⁷

Se puede entender de acuerdo a la anterior definición, que es la disciplina que toma como base de sus investigaciones a múltiples ordenamientos constitucionales, con el objeto de determinar en las normas que presenten características típicas, similitudes o diferencias, llegando el análisis de todo a conclusiones más amplias de las distintas concepciones, organizaciones y las causas que producen los distintos ordenamientos, pudiendo así establecer a qué tipo de éstos pertenece determinado ordenamiento constitucional.

c. Derecho constitucional comparado

“Que tiene por objeto analizar comparativamente las instituciones o los regímenes políticos de dos o más Estados y las normas constitucionales afines de esos Estados, con el propósito de destacar las particularidades o los contrastes que puedan existir entre ellas. Esta disciplina agrupa una pluralidad de órdenes jurídico-constitucionales que se consideran genuinos y ejemplares que al final que puede facilitar la posibilidad de centrar el estudio en el derecho constitucional de un país en particular para tomarlo como término de comparación”⁸.

En base a lo anterior se comprende que es la disciplina que estudia la comparación y

⁷ **Ibíd.**

⁸ **Ibíd.**

confrontación entre dos o más normas constitucionales de diversos sistemas que rigen en diferentes países, analizando las características similares o las diferencias de esos sistemas, así como de las instituciones que conforman el Estado.

1.2.2. Función del derecho constitucional

Ya habiendo dicho en que consiste el derecho constitucional, se puede decir cuál es su función principal siendo esta el asegurar el fin político, mediante la aplicación de normas jurídicas garantizando la existencia y bienestar de la población, entre otras funciones que se pueden mencionar que el derecho constitucional consiste en organizar y disponer las reglas sobre el ejercicio del poder público.

Se puede interpretar esto diciendo que la función primordial del derecho constitucional es garantizar el bienestar de la población a través del poder organizar de manera correcta y detallada las funciones del Estado mismo, incluyendo todos los órganos e instituciones que lo integran regidos obligatoriamente bajo la normativa jurídica de la constitución.

1.2.3 Naturaleza jurídica

Hay diversas teorías que han tratado de explicar la naturaleza del derecho constitucional tratándolo de encasillar ya sea dentro del derecho público o en el derecho privado. Algunos autores ven que dentro del derecho público su naturaleza derivaría de las normas de organización de la sociedad y en el segundo caso dentro del derecho

privado se derivaría de las normas de conducta de los individuos que la integran; otros especialistas en el tema señalan que la naturaleza depende de los sujetos a quienes se dirigen cada uno.

El derecho público es imperativo, mientras que el derecho privado se funda en el principio de la autonomía de la voluntad. La interpretación del derecho público es estricta, las facultades deben ser establecidas expresamente y en el derecho privado, los individuos están facultados para hacer todo aquello que la ley no les prohíbe.

En general, después de analizar las diferencias entre estas dos clasificaciones, se dice entonces que el derecho constitucional es una rama que pertenece al derecho público y para confirmarlo se cita lo siguiente “en rigor, todo derecho es público, tanto porque emana del Estado, que es una entidad esencialmente pública, como porque está destinada a regular relaciones públicas de las personas”⁹.

Se entiende de esto que el derecho público es aquel que rige las relaciones entre los Estados y la de los individuos, actuando el Estado como poder público o autoridad.

En propias palabras el derecho constitucional pertenece al derecho público debido a que el derecho constitucional rige la organización y funcionamiento del Estado siendo este enteramente una entidad pública cuya buena organización le otorga derechos y garantías a beneficio de la población buscando una buena relación entre sí.

⁹ Borja, Rodrigo. **Derecho político y constitucional**. Pág. 36.

Derivado de todo lo analizado surge también en el tema, la relación existente que se da entre el derecho constitucional con el derecho político, surgiendo en esta relación varios argumentos doctrinarios entre los cuales aducen la razón de ser de estas dos disciplinas, al acaecimiento de sucesos y hechos históricos que contribuyeron a la formación del derecho, especialmente el de derecho público, que trata de regular la conducta de sus funcionarios y habitantes.

Se dice entonces que “El derecho político se encarga de estudiar el Estado en su origen, evolución, organización y funcionamiento. Es la rama de la ciencia del derecho que estudia el origen, funcionamiento y fines del Estado. A partir del constitucionalismo escrito, el estudio del Estado se convierte en el estudio del derecho constitucional. El derecho político es el derecho constitucional anterior a las constituciones escritas”¹⁰.

El derecho constitucional como una rama del derecho se enfoca en el mundo del deber ser, mientras que el derecho político trata de estudiar la realidad política enfocándose en el mundo del ser, creando una relación entre estas dos disciplinas.

Siguiendo esta línea de ideas se menciona la siguiente definición que trata de diferenciarlas de una manera mucho más concreta y precisa diciendo: “Derecho constitucional es la rama del derecho político que comprende las leyes fundamentales del Estado que establecen la forma de gobierno, los derechos y deberes de los individuos y la organización de los poderes públicos, mientras que derecho político es el

¹⁰ Madrazo, Jorge. **Reflexiones constitucionales**. Pág. 45.

que determina la naturaleza y organización fundamental del Estado, las relaciones de este con los ciudadanos y los derechos y deberes de los mismos en la vida pública”¹¹.

De las definiciones anteriores se podría decir entonces que el derecho constitucional no podría existir sin el derecho político quienes en conjunto pueden regular tanto el mundo del deber ser, como el mundo del ser, complementándose íntegramente con lo que se quiere lograr y lo que es realmente, especialmente en el tema del funcionamiento y administración del Estado viendo nuevas formas para poder beneficiar a la población, además que el derecho político surgió mucho antes de que existieran las constituciones escritas y por lo cual se encargaba del estudio y organización del Estado mucho antes que el derecho constitucional que vino a surgir en base a las constituciones escritas.

1.2.4. Características

Tomando en consideración las definiciones de derecho constitucional citadas anteriormente en el presente estudio, es importante destacar importantes características que predominan en la mayoría de definiciones que han brindado tanto doctrinarios como profesionales del estudio del derecho, predominando y mencionando las de mayor importancia siendo estas:

a) Es una rama del derecho público;

¹¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 239

- b) Consiste en el conjunto de normas jurídicas que organizan el Estado;
- c) Su objeto es la organización del Estado, de los poderes del mismo y la declaración de los derechos individuales, colectivos y las instituciones que los garantizan.

Todas estas características que predominan en cada definición se complementan entre sí, para poder definir e identificar de una manera correcta al derecho constitucional diferenciándolo, ante otros derechos existentes, otorgándole singularidades propias para que se pueda entender y analizar de mejor manera lo que constituye el derecho constitucional, teniendo una mayor claridad al respecto.

1.3. Constitucionalismo

Para poder hablar de constitucionalismo se debe analizar este tema como "...palabra compuesta por el adjetivo constitucional o sea aquello que se relaciona con la constitución del latín *constitutio* de un Estado y por el sufijo *ismo* que se emplea generalmente para formar sustantivos abstractos sobre nombres propios o comunes, o para indicar alguna tendencia moderna vinculada con la práctica de principios religiosos (cristianismo), artísticos (cubismo) o filosóficos (existencialismo). En el caso particular del constitucionalismo, denota una doctrina o práctica de principios de derecho para adherirnos al sistema liberal constitucional, al que se llega mediante un proceso político y jurídico que finalmente permite a los habitantes de un país estar al abrigo de un ordenamiento o conjunto de normas de primer orden, que están incorporadas orgánicamente a un instrumento fundamental que conocemos con el nombre de

Constitución con características formales relacionadas con que se cuente con un documento escrito, organizado que tenga supremacía y que posea un contenido vinculado con la estructura del Estado delimite fines y fundamentalmente que declare los derechos de los individuos”¹².

Analizando lo anterior se dice entonces que es un ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una constitución escrita o como anteriormente se llamó una constitución normativa cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario y el Estado mismo, además que los gobernantes y funcionarios de las instituciones que integran al Estado se subordinan a sí mismas ante una constitución que regula de manera más específica las funciones y las responsabilidades de cada uno convirtiéndose esto en parte de la esencia del constitucionalismo moderno.

1.3.1. Antecedentes históricos

Un antecedente del antiguo constitucionalismo se constituye en Atenas, cuya estructura jurídico-institucional admitía la distinción entre el poder legislativo ordinario en manos de una asamblea o *ecclesia* y una suerte de poder constituyente que está sobre aquélla encarnado en ciertas leyes especiales.

Así mismo, en la Edad Media, periodo en el cual sobresalen los documentos surgidos en España e Inglaterra, que fueron en su época paradigmas con respecto a la

¹² Prado Gerardo. **Op. Cit.** Pág. 1

concepción posterior de otros, que han sido calificados como constitucionales por que establecían ciertas garantías individuales que impedían las extralimitaciones del poder real.

Entre los antecedentes medievales de notoria importancia tenemos las instituciones de Aragón y otras constituciones de tipo elemental, las Cartas, que contenían convenios entre el príncipe y sus vasallos o los estamentos existentes que en España estaban conformados por los diferentes órdenes sociales o estados que concurrían a las cortes que en la corona de Aragón eran el estado eclesiástico, el de la nobleza, el de los caballeros y el de las universidades.

La más conocida de estas constituciones es la *Magna Charta Libertatum* o también llamada Carta Magna obtenida por el rey inglés Juan sin Tierra en 1215 por los barones eclesiásticos y laicos en la que se establecían garantías relativas a la libertad de iglesia y la determinación de que los impuestos no podían ser recaudados sin el consentimiento del Consejo Común del Reino.

Se concedían perpetuamente todas las libertades para todos los hombres libres de Inglaterra así como las ciudades, distritos, aldeas y barones el goce de sus privilegios, fueros y costumbres. La *Magna Charta Libertatum* o Carta Magna era un instrumento jurídico político protector originario de las libertades públicas y civiles, consistiendo en un conjunto de provisiones contra los abusos de las prerrogativas reales, reclamadas por los condes y barones, la iglesia y los hombres libres categorías que formarían después el parlamento.

Según algunos la Carta Magna protegió derechos o libertades preexistentes reconocidas en la Carta de Enrique del año 1100, la de Esteban del año 1136, la de Enrique II del año 1154 y en las Constituciones de Clarendon del año 1164. Además encontramos otros antecedentes en el Estatuto de *Tallagio non concedendo* de 1306, la Petición de Derechos *Petition of rigths* de 1628, que no puede llamarse concesión de derechos sino una verdadera declaración y un triunfo del Parlamento integrado por los lores y los comunes, esta declaración es extensa, fundada en principios y en hechos protege la libertad y seguridad personal, la defensa de la propiedad frente al poder público, asimismo el *Bill of Rigths* o Declaración de derechos de 1689, *el act of habeas corpus* o Ley de exhibición personal de 1679 y el *Act of settlement* o Ley de establecimiento de 1700.

El derecho Inglés debido a estos antecedentes ha aportado instituciones que actualmente han formado parte para moldear el constitucionalismo moderno siendo estas: la teoría de la representación a través de una institución esencial para el ejercicio de la democracia siendo este el parlamento. La formación de las garantías para la seguridad individual la institucionalización del Hábeas Hábeas mediante ley constitucional y por último la implementación del sistema de gobierno parlamentario o de gabinete.

En Estados Unidos de América después de aprobarse la constitución norteamericana en la convención de Filadelfia de 1787 también ha aportado instituciones de gran importancia siendo estas, el haber dado la primera constitución escrita de carácter nacional en el mundo. Como segunda institución la adopción de la forma de Estado

federal para una vasta extensión territorial experimento realizado por primera vez con resultados positivos en el mundo. Y por último la implementación de un sistema de gobierno presidencial en esa misma constitución sometido al sistema de frenos y contrapesos por parte de los otros poderes públicos.

Francia también brindó aportes para el constitucionalismo y al derecho público moderno siendo estos el esfuerzo por racionalizar y sistematizar el ordenamiento político del Estado, plasmado en la obra del Barón de Montesquieu con su formulación de la teoría de la tridivisión de los poderes públicos y por último la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano siendo proclamada formalmente el 26 de agosto de 1789 al comienzo de la Revolución Francesa afirmación doctrinal de los derechos y libertades individuales.

Ya conociendo estos antecedentes históricos se mencionan las etapas en que fue evolucionando el constitucionalismo siendo estas: el constitucionalismo liberal y el constitucionalismo social.

a. El constitucionalismo liberal

Se constituye como la primera etapa del constitucionalismo, también conocido con el nombre de movimiento constitucionalista, surge en Inglaterra a finales del Siglo XVII, luego se extiende a Francia, y en el Siglo XVIII a otros países de Europa. El constitucionalismo liberal fue creado a imagen de las necesidades e intereses de la burguesía, con el fin de consolidarse como la clase social superior y tenía como objeto

ser un movimiento reaccionario en contra de los regímenes absolutistas e imperantes.

Dentro de sus bases ideológicas están:

- a) Crear una sociedad posesiva del mercado.
- b) La existencia de un orden natural económico y la intervención mínima del Estado.
- c) La representación política con base en la riqueza.
- d) División de los ciudadanos en categorías.

b. El constitucionalismo social

El constitucionalismo social marca la segunda etapa del constitucionalismo y busca ser la respuesta a las deficiencias que presentó el constitucionalismo liberal; en él la riqueza se concentró en pocas manos, con ello el socialismo se constituyó en una ideología que propugnaba la mejor distribución de la riqueza y la eliminación de las clases sociales.

Dentro de sus bases ideológicas están:

- a) Un concepto real de libertad.

- b) Un concepto real de igualdad.
- c) Clasificación del trabajo y de los trabajadores.
- d) Función social de la propiedad.
- e) Justicia social.
- f) Intervención estatal.

Así también, las constituciones inspiradas por el constitucionalismo social, regularon lo referente a los derechos sociales, la prevalencia del interés social sobre el particular, la protección al derecho del trabajo y la garantía de seguridad social.

1.3.2. Definiciones

Se encuentran muchas definiciones sobre el constitucionalismo, pero se toma en cuenta solamente algunas que a criterio personal explican de forma adecuada el presente tema de estudio.

La definición de constitucionalismo elaborada por Carlos Sanchez Viamonte citado por Manuel Ossorio quien dice: "Es el ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una Constitución escrita cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el

gobierno ordinario”¹³. De esta definición podemos explicar lo siguiente:

Es un ordenamiento jurídico, porque se ajusta a derecho además que impone una forma de conducta a la sociedad política, conformada por los individuos que viven en un Estado. Su carácter escrito deriva en que su realización estuvo sometida a varias formalidades para que tenga validez diferenciándola de la Constitución no escrita, la cual está basada en usos y costumbres.

En relación a la supremacía formando parte de sus características está relacionada con la jerarquía existente entre las leyes ordinarias y otras disposiciones que provengan de cualquiera otra autoridad del Estado.

Se establece también que los poderes constituidos terminan siendo aquellos que creó el órgano llamado poder constituyente, que ejercen las funciones legislativa, ejecutiva y judicial.

“El constitucionalismo es un movimiento social y político que tiende a lograr una finalidad personalista mediante la vigencia de una especie particular de constitución jurídica”¹⁴.

“Constitucionalismo es una tendencia socio-política cuyos objetivos principales son dotar a los Estados de una constitución escrita, hacer valer la supremacía de dicha

¹³ Ossorio, Manuel. **Op. Cit.** Pág. 162

¹⁴ Bielsa, Rafael. **Derecho constitucional.** Pág. 65

constitución, reconocer los derechos inherentes a la persona y someter el Estado al derecho”¹⁵.

Al final de todas estas definiciones, se puede en concreto definir al constitucionalismo como el ordenamiento jurídico que impone una forma de conducta político y social de los habitantes que integran al Estado a través de un medio escrito siendo este la constitución con carácter supremo que reconocen la subordinación del Estado al derecho.

1.3.3. El constitucionalismo guatemalteco

Para empezar a hablar de las etapas del constitucionalismo en Guatemala, se debe comenzar con el antecedente más antiguo del constitucionalismo guatemalteco y centroamericano encontrándose en el proyecto de constitución de 112 artículos y una Declaración de Derechos, que el diputado por el ayuntamiento de la capital, Antonio Larrazábal, llevó a las Cortes de Cádiz, elaborado en el seno de la corporación en 1810, siguió el destino de la mayoría de los documentos americanos y se perdió en el papeleo parlamentario constituyente español. El constitucionalismo guatemalteco para un mejor estudio se divide en dos períodos históricos siendo estos:

a. Período pre- independiente

En este periodo podemos mencionar:

¹⁵ Lowenstein, Kart. **Teoría de la constitución**. Pág. 50

a) Constitución de Bayona

Por la abdicación de Carlos IV, en 1808, en favor de Napoleón, nombró éste a su hermano José I Bonaparte como rey de España, este último decreto la Constitución de Bayona la cual tenía por mandato y ámbito espacial que regiría para España y todas las posesiones españolas, aquella carta fundamental contenía algunos mandatos de desarrollo orgánico constitucional y fue emitida con principios de rigidez.

Esta Constitución rigió lo que entonces era la Capitanía General de Guatemala, siendo promulgada con el objeto de darle el carácter de normas supremas a aquellos aspectos que el rey consideraba de absoluta importancia enumerando ya algunos de los derechos individuales como la inviolabilidad de la vivienda y la detención legal.

b) Constitución política de la monarquía española

Llamada también Constitución de Cádiz ya que ahí fue promulgada el 19 de marzo de 1812, decretada por las cortes generales y extraordinarias de la nación española, estableciendo el proceso de formación de las leyes y sanción real, destaca en el desarrollo orgánico-constitucional la organización del gobierno del interior de las provincias y los pueblos, entre sus características más importantes están en que detalla las atribuciones y funcionamiento de los tres poderes, siendo su objetivo organizar el poder público.

b. Período independiente

Este periodo surge debido a movimientos ciudadanos que culminaron con la Declaración de independencia de 1821 y Centroamérica se independiza de España y pasa a formar parte de México, formando la Federación de Provincias Centroamérica, lo que motiva la necesidad de promulgar otra Constitución.

A continuación se mencionaran las bases constitucionales y constituciones que se promulgaron en este periodo, siendo estas:

- a) Acta de independencia del 15 de septiembre de 1821
- b) Acta de independencia de 1 de julio 1823 por los diputados al Congreso de la unión centroamericana.
- c) Bases constitucionales de 1823

El decreto que contenía las bases constitucionales de 1823 fue dado por la Asamblea Nacional Constituyente el 17 de diciembre de 1823 y sancionado por el Supremo poder ejecutivo el 27 de diciembre de 1823.

- d) Constitución de la República Federal de Centroamérica

Decretada por la Asamblea Nacional Constituyente del 22 de noviembre de 1824.



Esta federación adoptó un sistema republicano y representativo instaurando la división de poderes.

e) Constitución Política del Estado de Guatemala

El Estado de Guatemala la promulgó el 11 de octubre de 1825 con el objetivo de complementar la constitución federal con el objetivo de complementar la constitución federal estableciendo que solo el ejecutivo y el legislativo tenían iniciativa de ley.

f) Decretos de la asamblea nacional constituyente de 1839

En 1838 empieza el proceso de desintegración de la federación por lo que se da un vacío jurídico, ante esta crisis el presidente convoca por medio de decreto a una Asamblea Nacional Constituyente el 25 de julio de 1839 promulgando tres decretos en siendo estos: la ley constitutiva del ejecutivo, la ley constitutiva del supremo o poder judicial del Estado de Guatemala y la declaración de los derechos del Estado y sus habitantes, este periodo fue uno donde rigió la ausencia del derecho constitucional por más de diez años.

g) Acta constitutiva de la República de Guatemala

Decretada por la Asamblea constituyente el 19 de octubre de 1851, ratificándose la disolución de la federación creándose un sistema presidencialista por un periodo de cuatro años con posibilidad de reelección, creándose una separación de poderes, límite

al estatuto de deberes y derechos de los guatemaltecos subordinando las leyes constitutivas a las disposiciones básicas del acta. Esta acta fue reformada el 29 de enero de 1955 por el presidente Rafael Carrera consistiendo en que el terminó nombrándose como presidente vitalicio.

h) Ley constitutiva de la República de Guatemala

Surgió debido a la revolución encabezada por Justo Rufino Barrios, esta nueva constitución fue decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 11 de diciembre de 1879.

i) Constitución Política de la República Federal de Centroamérica

Decretada el 9 de septiembre de 1921 por los representantes del pueblo de los Estados de Guatemala, el Salvador y Honduras, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, en cumplimiento del pacto de unión firmada en San José de Costa Rica el 19 de enero de 1921.

j) Decreto de la junta revolucionaria de gobierno y de la asamblea legislativa.

Por Decreto número 17 del 28 de noviembre de 1944 de la junta revolucionaria de gobierno aprobado el 15 de diciembre de 1944 por Decreto número 13 de la Asamblea Legislativa, se declararon los principios fundamentales del movimiento conocido como Revolución del 20 de octubre de 1944.

Por Decreto 18 del 28 de noviembre de 1944 de la junta revolucionaria de gobierno aprobado el 9 de diciembre de 1944 por Decreto número 5 de la Asamblea legislativa, se derogó totalmente la Constitución de la República.

k) Constitución de la República del 11 de marzo de 1945.

El 20 de octubre 1944 se gestó una revolución que derrocó al General Jorge Ubico, y el 11 de marzo de 1945 se decreta la nueva constitución.

En esta Constitución se le denomina a los derechos humanos como garantías individuales y sociales, los presidentes que gobernaron durante esta Constitución fueron Juan José Arévalo quien mejoro las condiciones de los trabajadores y Jacobo Arbenz Guzmán quien propuso la reforma agraria.

l) Constitución de la República del 2 de febrero de 1956

Esta constitución se dio durante el gobierno de Carlos Castillo Armas quien fue quien decretó a esta nueva constitución, analizándola se puede ver que se vio influenciada por dos tratados ratificados en Guatemala siendo estos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos siendo estos firmados en 1948.

Se dice entonces que se vio influenciada debido a que esta Constitución adoptó el término de derechos humanos.

m) Carta fundamental de gobierno

Emitida por el jefe de gobierno de la república por Decreto ley número ocho del 10 de abril de 1963, nos mencionaba que el jefe de gobierno sería el ministro de la defensa nacional y quien ejercería las funciones ejecutivas y legislativas, sustituyendo al titular del ejecutivo.

n) Constitución Política de la República de Guatemala de 1965

El jefe de gobierno convocó a Asamblea Nacional Constituyente, la que por derogatoria dictada sobre el Decreto Ley número 8 y reconociendo la validez jurídica de los decretos leyes emanados por la jefatura de gobierno decretó y sancionó la Constitución Política de la República de Guatemala del 15 de septiembre de 1965, esta misma Constitución encargaba al ministro de la defensa nacional ejercer las funciones que correspondían al presidente de la República.

o) Constitución Política de la República de Guatemala de 1985.

El 1 de julio de 1984 se llevaron a cabo las elecciones de la Asamblea Nacional Constituyente para que se emitiera la Constitución de 1985 que es la Constitución que nos rige actualmente, promulgada el 31 de mayo de 1985 y entró en vigencia el 14 de enero de 1986. Conteniendo 281 artículos principales y 27 disposiciones transitorias y finales, encontrándose dividida en tres partes siendo estas: parte dogmática, parte orgánica y parte práctica.

1.4. La constitución

El término constitución en un sentido simple significa: constituir, o bien, hace alusión a la esencia y calidad de una cosa; pero el sentido que interesa a efecto del presente estudio es aquel que hace referencia a la creación de una comunidad política, sometida a un conjunto de normas de carácter fundamental, que denominamos constitución política.

Es decir, que para que este conjunto de normas de carácter jurídico pueda llamarse constitución, debe regir la vida de un Estado, organizar y delimitar sus poderes, así como, establecer los derechos y la forma de protección de los mismos. Referente a la constitución se puede conocer también como la potestad que el pueblo tiene de darse un gobierno, por medio de la representación que se aplica en un régimen democrático y establecer normas de convivencia social y jurídica con las que se pretende asegurar varios principios fundamentales, mediante disposiciones que tiendan a proteger los derechos de la sociedad y a la vez imponiendo derechos y obligaciones.

Se puede decir que la constitución, se convierte entonces en la principal fuente del derecho y el principal punto de partida del ordenamiento legal de un país. El filósofo griego Aristóteles referente a la constitución dice “La Constitución no es sino la regla política de los habitantes de un pueblo”¹⁶.

En todo orden jurídico existen dos tipos de normas: Las que son fundamento del Estado

¹⁶ Aristóteles. **La política**. Pág. 83

y las leyes simples. Las primeras son llamadas constitucionales, base jurídica del Estado y por lo mismo, la de más alta jerarquía, o sea, la norma superior; las otras son llamadas normas ordinarias, que se originan de la norma superior; también existen las normas reglamentarias y las normas individuales, las cuales también se derivan de la norma superior, por lo tanto, no pueden contradecirla.

Se puede concluir de esto que la constitución tiene un categoría jurídica más elevada que alguna otra ley o precepto ya sea de orden moral, político o social no pudiendo estar sobre ella o contrariarla.

1.4.1. Definición

Podemos dividir la definición de la constitución en base a dos sentidos siendo estos:

a) En sentido material, contempla a la constitución como “el conjunto de principios, instituciones, formas de vida, etc, que los integrantes de una sociedad han adoptado como un medio para regular sus relaciones y lograr una superación colectiva que no necesariamente tiene que estar consignados en un documento pero que los han aceptado y con ellos han constituido ya un sistema particular de vida, ha creado su propia organización y han formado un Estado”¹⁷.

De acuerdo a lo que expone la definición del sentido material se puede concluir que los habitantes de un Estado han adoptado para regir su forma de gobierno y

¹⁷ Orellana Donis, Eddy Giovanni. **Derecho constitucional y procesal constitucional**. Pág. 98

estructuración del mismo en base a su forma de vida pudiendo esto estar en un documento escrito o no.

b) En sentido formal, contempla a la constitución como “el conjunto de normas jurídicas que integran los principios fundamentales y las instituciones básicas de un Estado que las ha adoptado como ley suprema con el objeto de establecer la forma de organización, regulación y limitación del ejercicio y funcionamiento de sus poderes y a la vez garantizar los derechos fundamentales de sus habitantes”¹⁸. Con respecto al sentido formal se puede decir en conclusión que se observa a la Constitución como ley suprema que ya tiende a estar en un documento, estableciendo de manera directa la organización y estructura del Estado garantizando fundamentalmente el bienestar de sus habitantes.

La constitución es una carta de contenido jurídico-político, que establece o reconoce derechos y garantías sobre todo los derechos fundamentales concernientes a la libertad individual. Las garantías sean expresas o implícitas protegen esos derechos tanto en la esfera política como en la judicial.

Entre otras definiciones podemos encontrar:

“Constitución es la ley de mayor jerarquía dentro del Estado en la que se establece, en primer lugar, el fin para el que se organiza el mismo; se reconocen los derechos y garantías de los habitantes (derechos humanos); se instaura la estructura y forma de

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 99

funcionamiento de sus organismos y diversas instituciones; y se instituyen las garantías y mecanismos para hacer valer los derechos establecidos y los medios de defensa del orden constitucional”¹⁹.

Se puede establecer en definitiva que la constitución es el conjunto de normas jurídicas con carácter de ley suprema que integra tanto las garantías de los habitantes que conforman un Estado así como la estructura, funcionamiento de los órganos e instituciones estatales para un buen cumplimiento de sus funciones por medio de métodos que pretenden defender la supremacía de esta norma suprema.

El sistema jurídico guatemalteco está regido por una constitución política, instrumento jurídico que protege la vida, la seguridad, la igualdad, el desarrollo integral de la persona, con un enfoque social que busca transformar la vida humana, bajo el ideal de suprimir la explotación del hombre por el hombre, protegiendo a los económicamente débiles, a fin de darles una vida digna como humanos que son.

Así pues, las constituciones modernas han tomado un sentido mucho más amplio que el de la simple organización política de un Estado y de sus grupos de poder, que claro está es de vital importancia, pues de lo contrario viviríamos en una total anarquía o bajo el control de un gobierno déspota. Sin embargo, existe una nueva visión y es la de elevar a categoría de norma fundamental, una serie de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que garanticen a los habitantes de la nación, una vida digna atendiendo a su condición de seres humanos.

¹⁹ Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo Ernesto Ritcher, **Derecho constitucional**. Pág. 132

Estos mismos derechos son los que la Organización de las Naciones Unidas ha denominado derechos humanos, y con el objeto de su protección, se han firmado declaraciones, convenios y pactos sobre la materia. Afortunadamente Guatemala no es ajena a este avance, pues la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, incorpora en su título segundo, a los derechos humanos, dividiéndolos en derechos individuales y derechos sociales.

1.4.2. Interpretación de la constitución

Se dice que interpretar es desentrañar el significado o sentido de una expresión o palabra. Interpretar la ley además de descubrir su sentido lo que debe interpretarse no es la materialidad de los signos sino su significación. Para que se entienda mejor, se dice que el sentido de la ley se da en función de la voluntad del legislador, pero lo que cuenta realmente es interpretar el texto de la ley aunque no es esto darle una interpretación puramente gramatical.

Hay tres clases de interpretación respecto a nuestro tema de estudio siendo estas:

- Auténtica, es la que realiza el mismo legislador.
- Judicial (usual o jurisprudencial), es la interpretación que lleva a cabo el juez para aplicar la norma para un caso concreto.
- Doctrinal o privada, es la que realiza un abogado o un particular cuyo valor es

simplemente doctrinal.

Aplicando todo esto a la constitución, la interpretación debe tomar en cuenta los antecedentes que logran acoplarse a la realidad de la nación.

1.4.3. Clasificaciones de la constitución

La constitución tiene distintas clasificaciones doctrinarias de las cuales se mencionaran algunas a continuación:

a) Por su formación

-Escritas son las que se encuentran en documentos sancionados y promulgado de acuerdo con un procedimiento valido y que por su precisión y fijeza constituyen una garantía para gobernantes y gobernados.

-No escritas son las que se forman por la evolución de las instituciones del Estado y de prácticas constantes consagradas por el uso y la tradición histórica, son consuetudinarias.

b) Por su naturaleza y contenido

-Materiales o reales son las que están integradas tanto por la normatividad legal como por la normatividad social.

-Formales son las elaboradas según los procedimientos previstos en la propia constitución.

c) Por el procedimiento de su reforma

-Rígidas son las que para ser reformadas necesitan ciertas determinadas formalidades que no son necesarias para la reforma de las demás leyes ordinarias con lo cual se está aumentando su fuerza moral y al mismo tiempo se está garantizando su estabilidad.

O sea que desde que nace la Constitución lo hace con ciertos caracteres formales que no tienen las demás leyes ordinarias. Se argumenta a favor de estas constituciones que con ellas se garantiza la estabilidad y permanencia de su contenido y se evitan los actos arbitrarios.

-Flexibles son las constituciones que se pueden modificar por el órgano legislativo ordinario en la misma forma que una ley ordinaria.

d) Por su extensión

-Desarrolladas son las constituciones que además de exponer los fundamentos de la organización política, introducen disposiciones relativas a otras materias con el objeto de afianzar el sistema y asegurar su funcionamiento. Surgen en aquellos países en que

no existe homogeneidad social, que tienen una sociedad cambiante y que por lo tanto no es suficiente fuerte.

-No desarrolladas son aquellas que se regulan materias en forma limitada para exponer los fundamentos de la organización política. Se dan únicamente en aquellos países que poseen una conciencia jurídica completa bien integrada lo cual hace que acepten un sistema político que unas cuantas pautas constitucionales señalan el camino y ruta para la entidad política. Siendo el caso de la constitución de Estados Unidos.

e) Por su origen

-Originarias son aquellas que contienen principios nuevos u originales para la regulación del proceso político y la formación del Estado.

-Derivadas son aquellas que no contienen principios originales en relación con la formación del Estado, sino adoptando y una o varias constituciones originarias.

f) Por su contenido ideológico

-Ideológicas-programáticas son las que establecen en su parte dogmática y/o preámbulo los principios ideológicos que la inspiran y que guiaran su accionar.

-Utilitarias son aquellas que son neutrales en materia ideológica no siendo más que estatutos que regulan la gestión de los negocios gubernamentales en los órganos estatales superiores, con ausencia de toda referencia a los derechos fundamentales.

g) Por su efectividad

-Normativas son aquellas que logran hacer coincidir sus postulados con la efectiva aplicación de sus normas.

-Nominales son aquellas que no logran ser aplicadas en forma efectiva.

-Semánticas son aquellas que si bien son aplicables, son insuficientes en lo relativo a la protección de los derechos individuales y a la división de los poderes del gobierno.

1.3.4 Constitución Política de la República de Guatemala

Decretada, sancionada y promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente, con fecha de promulgación el 31 de mayo de 1985, en la cual fue aprobada como ley fundamental y entró en vigencia el 14 de enero de 1986. Dentro de la clasificación de las constituciones que se desarrolló en el apartado anterior podemos decir que la Constitución Política de la República de Guatemala es una constitución desarrollada por su enorme extensión, conteniendo 281 artículos principales y 27 disposiciones transitorias y finales; influenciada por el constitucionalismo social, además por sus características formales y materiales es rígida y estricta. Además de eso es escrita y formal debido a que sus disposiciones constan en un documento único y orgánico,



determinado por el procedimiento legislativo a través de la Asamblea Nacional constituyente.

Se encuentra dividida en tres partes siendo estas:

a) Parte dogmática

Es aquella en donde se reconocen las garantías o principios constitucionales individuales y colectivos. En ellos se encuentran los derechos humanos en su aspecto individual y social que se le reconoce al pueblo como sector gobernado, frente al poder público como sector gobernante, para que éste último respete tales derechos.

La parte dogmática la encontramos contenida en el preámbulo y los títulos I y II de la Constitución Política de la República de Guatemala, desde el preámbulo siendo una forma solemne colocada a manera de introducción en el encabezamiento de la constitución dando a conocer los medios que inspiraron su promulgación y que deben de servir de guía a gobernantes y gobernados en todo lo que concierne al Estado y los Artículos del 1 al 139.

b) Parte orgánica

Es la parte que regula lo relativo a la estructura, organización y funcionamiento del Estado y sus distintas dependencias. Establece la organización de Guatemala en lo que respecta al poder, la estructura jurídico-política y las limitaciones del poder público



frente a la población. En la Constitución Política de la República de Guatemala se encuentra contenida en los títulos III, IV y V, y de los Artículos del 140 al 262.

c) Parte práctica

En ésta se establecen las garantías y los mecanismos para hacer valer los derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, con el objeto de defender el orden constitucional. La encontramos contenida en los títulos VI y VII y comprende los Artículos 263 al 281.

1.3.5 Supremacía constitucional

Analizando de una manera más profunda al respecto el carácter de norma superior que tiene la Constitución Política de la República de Guatemala, pues en esta supremacía se fundamenta la obligatoriedad del cumplimiento de los derechos en ella establecidos. Iniciando la explicación con la persona humana y sus derechos, los cuales como ya vimos se encuentran contemplados en la parte dogmática de la Constitución Política de la República de Guatemala, comenzando en su Artículo 1 que estipula “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”. Por su parte el Artículo 2 estipula “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”. De lo anterior entendemos que el Estado tiene como función proteger a cada uno de los habitantes de la República de Guatemala y atender cada una de sus necesidades sin ningún tipo de discriminación,



estableciendo que tiene como fin la realización del bien común, siendo su deber garantizar el desarrollo integral de la persona. El Estado debe ejecutar medidas para satisfacer las necesidades que se presenten por parte de los habitantes.

Nada de lo expuesto tendría sentido si esto queda solamente escrito en documentos, por ello, es importante el carácter de supremacía que tiene la constitución para que nadie pueda infringir sus disposiciones; para lo cual, la misma constitución ha regulado dentro de su normativa la superlegalidad constitucional, que tiene como función mantener aquel principio de supremacía constitucional, a efecto de lograr la consolidación del Estado constitucional de derecho.

Esa superlegalidad se reconoce en tres artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala, el Artículo 44 que dispone “serán nulas ipso jure las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”; el Artículo 175 que afirma “ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones y que las que violen o tergiversen sus mandatos serán nulas ipso jure”; y el Artículo 204 que establece “los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado”.

Se ha descrito de forma reiterada, que no hay Estado sin constitución. La supremacía de la constitución resulta del hecho de ser el primer fundamento del orden jurídico y del Estado; siendo la fuente o el principio del orden estatal entero y hace que todo dentro



del Estado se rija por una manera de ser y no de otra, siendo la constitución la ley de leyes.

La posición jerárquica que la Constitución ocupa, respecto del resto del ordenamiento jurídico de un Estado, es suprema y clara. No solo obedece esa ubicación en la cúspide al hecho de ser la norma fundamental o contener el conjunto de normas fundamentales, de la cual derivan su validez las demás normas positivas, sino, además por el hecho de llevar implícita toda una filosofía política que sirve de orientación no solamente a los agentes del poder los gobernantes, sino a la conducta gobernados en cuanto miembros activos del conglomerado social.

La fuerza que se otorga a las disposiciones constitucionales debe ser enfocada desde un doble punto de vista. Siendo estos:

a. Supremacía material y supremacía formal

La supremacía material significa que el orden jurídico del Estado depende por entero de la constitución siendo ella el origen de toda la actividad jurídica que se desarrolla dentro del Estado, necesariamente será superior a todas las formas de esta actividad, puesto que es de ella y tan solo de ella, que esas formas derivan validez. En este sentido decimos que la constitución es la norma o la ley fundamental.

Al final el sentido material considera a la constitución como el conjunto de reglas fundamentales relativas a la organización y a la actividad del Estado y a sus principios



rectores, o sea, el contenido o materia misma de la ley fundamental, haciendo entonces referencia a la forma del Estado a su sistema de gobierno, los órganos que lo dirigen.

La supremacía formal de la Constitución surge, fundamentalmente, del hecho de que sus normas han sido consagradas mediante procedimientos especiales, diferentes a los de la ley ordinaria y de que para modificar esas normas se requiere igualmente de procedimientos especiales. De ahí que cuando se trata de disposiciones cuyo contenido no sea propiamente de naturaleza constitucional, pero que por su particular importancia el constituyente ha considerado oportuno elevar a esa categoría introduciéndolas en el texto de una constitución esas disposiciones, al igual que las demás tendrán supremacías sobre cualquier otra norma que no sea constitucional.

Se dice entonces que en sentido formal, la Constitución es el documento que reglamenta el funcionamiento de las instituciones políticas, cuya elaboración o modificación no puede hacerse sino mediante el cumplimiento de ciertas formalidades especiales que debe cumplir solemnemente un órgano especial a través de un procedimiento diferente al establecido para las demás reglas ordinarias de derecho por consiguiente se coligue que lo importante es la forma y no el contenido de la norma jurídica.

1.5. Derechos humanos

En este apartado se tratará en aspectos generales lo más importante respectivamente de los derechos humanos, los cuales son la parte inicial y fundamental de los derechos

que queremos hacer valer en cada una de las materias jurídicas existentes, estando estos codificados tanto en el derecho interno en la Constitución Política de la República de Guatemala como en el derecho internacional en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como su clasificación y la importancia que tienen dentro de la teoría neoconstitucionalista.

Por su parte se afirma que los derechos humanos pretenden siempre alcanzar la idea de justicia y de bien común, vienen a arreglar lo que con la norma no se puede solucionar, pretenden llenar los vacíos que tiene el ordenamiento jurídico y lograr la igualdad de oportunidades.

A pesar de todo esto, no siempre se han conocido como derechos humanos, han tenido otras denominaciones como derechos innatos, derechos naturales, derechos fundamentales y derechos individuales entre otros.

No fue sino hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos que se aceptó universalmente el término.

Empero también se puede mencionar que en Guatemala existe un conjunto de mecanismos internos que tienen como único fin velar por el mantenimiento de los derechos fundamentales, que están establecidos como ya se ha dicho en la Constitución Política de la República de Guatemala, siendo estos: El amparo como una garantía contra la arbitrariedad, la exhibición personal como garantía a la libertad individual y la inconstitucionalidad de leyes una garantía a la supremacía constitucional.

1.5.1. Antecedentes históricos

El carácter positivo de los derechos humanos los sujeta a la evolución histórica de la humanidad, motivo por el cual estos también han ido cambiando con el tiempo. Los derechos humanos nacen con la humanidad misma, siempre han estado en la historia junto con el hombre y han evolucionado de acuerdo a cada época, buscando el ser humano un mundo más libre y justo.

En Egipto tres mil años antes de Cristo se dice que existía el libro de los muertos donde se estipulaban ciertas normas de conducta que motivaban el bien común. En Mesopotamia Siglo XVII antes de Cristo se encontró el Código de Hammurabi de donde se dice que surgió el principio de proporcionalidad el cual hizo cesar una venganza privada absoluta que se daba a través de la ley del talión.

Asimismo en los Siglos VIII y II antes de Cristo en China con Confucio se desarrolla el principio de igualdad entre todos los hombres, además del derecho de los gobernados para revelarse de los gobiernos autoritarios. Hace dos mil quinientos años los griegos gozaban de ciertos derechos protegidos por el Estado mientras que los esclavos por no ser considerados ciudadanos no tenían esos derechos, los romanos conquistaron a los griegos y heredaron su civilización por lo que tenían ciudadanos que gozaban de derechos y esclavos que no. En el Siglo V antes de Cristo en Roma se constituyó la Ley de las Doce Tablas que tenía una serie de postulados garantes para el pueblo romano en donde incluían aspectos relativos a la seguridad jurídica. Surgió también el



cristianismo dando un gran paso para la protección de los derechos humanos con su advenimiento se originó el derecho de asilo y el derecho de igualdad ya que el mismo cristianismo decía que todos eran iguales entre sí.

Muchos años después surgieron los primeros ordenamientos constitucionales donde se establecieron por primera vez algunos derechos fundamentales que hasta el día de hoy permanecen, ahora mencionaremos algunos de estos documentos ingleses como la llamada Carta Magna o la Gran Carta de la cual ya se habló en un apartado anterior de 1215 surgiendo como limitación al poder absoluto del rey a favor de comerciantes y artesanos.

El rey Juan Sin Tierra se obligó a la aceptación de dicha Carta que contenía el derecho de propiedad, respeto a la libertad y a la vida. Otro documento inglés es *Bill of petition* de 1628 la cual amplía los derechos contenidos en la Carta Magna de 1215 garantizando la libertad de las personas especialmente en el principio de legalidad penal.

También se habla de *Habeas Corpus* de 1679 garantizando la libertad corporal donde se contaba con un mecanismo de protección contra las detenciones arbitrarias además del principio *Non bis in ídem* el cual consiste en la imposibilidad de juzgar dos veces a una persona por un mismo hecho. *Bill of Rights* de 1689, en esta carta se establece otros derechos no contenidos con anterioridad como por ejemplo la libertad de culto, derecho de petición, libertad de expresión, libertad del juez, derecho de defensa del procesado y el derecho de elección.



Declaración del Buen pueblo de Virginia en 1776 formulada por los representantes del pueblo de Virginia siendo a la vez su declaración de independencia, estableciendo en sus primeros artículos la igualdad, derecho a la vida, la libertad, la propiedad privada, la felicidad, la resistencia, la libertad de prensa, el libre ejercicio de la religión, etc.

Y en Francia con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, trece años después de la Declaración de los derechos de Virginia nos sirve como otro antecedente, surgiendo debido a que la población francesa antes de la toma de la Bastilla era precaria y no poseían derechos humanos en sí, tanto en condición de hombres como de ciudadanos, incorporando los derechos de libertad, la propiedad, seguridad, resistencia y uno de los más importantes que implementó siendo este, que los hombres desde que nacen son y permanecen libres e iguales en derechos.

Posteriormente a esta declaración existe un gran vacío histórico en los derechos humanos, siendo hasta el 5 de febrero de 1917 que se emite la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos cuando se inicia una nueva etapa importante con la incorporación de ciertos derechos de carácter social que antes eran considerados como individuales.

El 12 de enero de 1918 se aprobó el III Congreso de los soviets de diputados obreros y soldados de Rusia, la Declaración de los derechos del pueblo trabajador explotado se marca un avance cualitativo en materia de derechos económicos sociales y culturales encontrando en ella la semilla del derecho a la libre determinación de los pueblos.



Y por último encontramos a la Constitución de Weimar 1919 en la que por primera vez aparece que los hombres y mujeres son iguales en derechos y obligaciones. Documentos de este tipo son de vital importancia, nos demuestran cómo fueron evolucionando los derechos humanos que en sus inicios sólo se refirieron a los derechos individuales y después evolucionaron a los colectivos y sociales llamados también derechos de los pueblos.

1.5.2. Definición

Entre las definiciones que se pueden encontrar se distinguen las siguientes:

“Derechos humanos consisten en todas aquellas facultades, derechos o prerrogativas que ostenta el hombre, por el mismo hecho de serlo”²⁰.

El maestro Antonio Truyol y Serra indica: “Decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico - espiritual - que es el nuestro -, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”²¹

Otra definición que se puede considerar apropiada citar es la expuesta por el jurista Antonio Pérez Luño, por tener una posición moderna en cuanto a la necesidad de que

²⁰ López Contreras, Rony Eulalio. **Derechos humanos**. Pág. 3

²¹ Sagastume Gemmell, Marco Antonio, **Qué son los derechos humanos. Evolución histórica**. Pág. 11

los derechos humanos sean reconocidos dentro del ordenamiento positivo de cada Estado, así como por la comunidad internacional; dicho autor define los derechos humanos como:

“Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”²².

Al final se puede concluir que los derechos humanos son facultades que el ser humano puede ostentar por el hecho de serlo siendo estos derechos que puedan brindarle igualdad y todas las garantías necesarias para tener una vida digna.

1.5.3. Naturaleza

En relación a su naturaleza los derechos humanos se estudian en función de dos corrientes o interpretaciones siendo estas:

a. La escuela del derecho natural o iusnaturalismo

La cual sostiene “Que son aquellas garantías que requiere el individuo para desarrollarse en la vida social como persona o ser dotado de racionalidad y de sentido. Asimismo, afirma que todo hombre para existir necesita de libertad, propiedad y

²² Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo Ernesto Ritcher. **Ob. Cit**; Pág. 198



condiciones económicas mínimas para la vida; por tales razones, los derechos del hombre son anteriores y superiores a cualquier actuación gubernamental que no requieren de una normativa propia para su vigencia y no pueden ser derogados por los gobernantes”.²³

Analizando esta definición en base a dos enfoques:

-Iusnaturalismo teológico; postura que se basa en que el hombre posee derechos naturales debido a la voluntad de Dios.

-Iusnaturalismo racional; postura que se basa en que los derechos humanos provienen directamente de la naturaleza diferenciándose el hombre de los demás animales debido a su razón y voluntad.

Agregando a todo esto se dice que son derechos otorgados al ser humano por el solo hecho de ser un ser pensante adquiriéndolos y utilizándolos de manera instantánea, sin la necesidad de una normativa propia que especifique los mismos, así como la prohibición de que no se le puedan quitar al ser humano ya sea por decisión de un gobernante en turno o por algún otro motivo jurídico.

b. Escuela del derecho positivo

Por el contrario dice que “Los derechos humanos son producto de la actividad

²³ Prado Gerardo. **Op Cit.** Pág. 38.



Normativa de los órganos del Estado y no pueden ser reclamados antes de la existencia de ese reconocimiento, lo cual significa que todo depende de la letra de la misma ley, o de las fuentes auxiliares del derecho como jurisprudencia, que resulta de la aplicación del ordenamiento jurídico”.²⁴

Establece entonces que el Estado es el único ente capaz de crear derechos y establecer limitaciones.

De lo anterior se concluye que para el iusnaturalismo los derechos humanos son valores, mientras que para el positivismo jurídico son normas legales. Hay algunos expertos que concilian ambas corrientes diciendo que los derechos humanos pueden ser observados tanto como normas o como valores, siendo en materia filosófica el valor el fin para ser alcanzado por la norma.

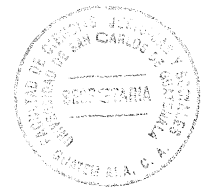
c. Historicismo cultural

Esta tercera teoría se fundamenta en la convivencia social del hombre a través de su evolución y superación conforme al transcurso del tiempo y transformación histórica.

1.5.4. Características de los derechos humanos

Para poder comprender de una mejor manera a los derechos humanos es importante mencionar las características de los mismos

²⁴ **Ibíd.**



- Universales, se aplican a todos los seres humanos.
- Indivisibles, no se puede dar preferencia exclusiva a ningún derecho.
- Interdependientes, se complementan entre sí, apoyándose y relacionándose.
- Imprescriptibles, no se pierden por el transcurso del tiempo.
- Irrenunciables, ningún ser humano puede renunciar a ellos.
- Inviolables, nadie puede violentar un derecho humano, por tener estos carácter absoluto.

1.5.5. Clasificación de los derechos humanos

Una característica propia de los derechos humanos es su indivisibilidad, pero para entenderlos de mejor manera, se han clasificado como derechos humanos de primera generación; derechos humanos de segunda generación y derechos humanos de tercera generación. Es importante dejar claro que esta clasificación es puramente doctrinal:

a) Derechos humanos de primera generación

Son también conocidos como derechos humanos individuales, civiles y políticos; tienen como cualidad que imponen al Estado la obligación de respetarlos; los titulares son los ciudadanos en general en el caso de los derechos civiles, y en el caso de los derechos políticos, los ciudadanos en ejercicio; además pueden ser reclamados en todo momento y lugar. Estos derechos tuvieron su aparición en la Declaración del buen pueblo de Virginia en 1776 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 son entre otros la vida, la libertad, la propiedad, la seguridad, la igualdad ante la



ley, la prohibición de la tortura, tratos crueles y degradantes, derecho a no ser detenido arbitrariamente, las garantías procesales, derecho a la imagen, derecho a la libre locomoción, derecho a la nacionalidad, derecho al matrimonio y a fundar una familia, derecho a la libertad de pensamiento, derecho a la libertad de religión, libertad de expresión, derecho al acceso a los cargos públicos, derecho a intervenir en la elaboración de las leyes, resistencia a la opresión, derecho al voto activo y pasivo, acceso a las funciones públicas, derecho a petición en materia política y derecho a la formación y participación en partidos políticos.

En la actualidad esta primera generación de derechos encuentra su pleno reconocimiento en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, sancionado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 1966.

b) Derechos humanos de segunda generación

Se les conoce también con el nombre de derechos colectivos, económicos, sociales y culturales, teniendo su origen en la Constitución de Querétaro en México en 1917, iniciadora de un constitucionalismo social, también en la de Weimar y la Unión Soviética, velan por el bienestar económico, educación, cultura y acceso al trabajo. Entre ellos tenemos el derecho al trabajo, derecho a la libre elección del trabajo, derecho a la protección contra el desempleo, derecho a la igualdad de salario, derecho a un salario suficiente y digno, derecho a la sindicalización, derecho al descanso,

derecho al disfrute del tiempo libre, derecho a vacaciones pagadas, derecho a la seguridad social, derecho a la maternidad, derecho de todos los niños a la protección social, derecho a la educación, derecho a participar en la vida cultural, derecho a participar en el progreso científico, derecho a la protección de los derechos de autor. Obviamente estos derechos imponen al Estado la obligación de adoptar los medios necesarios que garanticen su cumplimiento. Su pleno reconocimiento se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 1966.

c) Derechos humanos de tercera generación

También conocidos como derechos humanos transterritoriales, porque trascienden las fronteras de los Estados, también conocidos como derechos de los pueblos o de solidaridad, son derechos que se presentan como respuesta de las libertades tales como la calidad de vida y el medio ambiente.

Entre ellos tenemos derecho al desarrollo, derecho a un medio ambiente sano, derecho a la libre determinación de los pueblos, derecho a la paz y seguridad. Consideramos necesario recalcar que toda clasificación que se haga de los derechos humanos, constituirá únicamente un instrumento de estudio doctrinal y académico correspondiéndole a cada Estado crear los mecanismos necesarios para garantizarlos. Además, habrá tantas clasificaciones como autores se preocupen por estudiarlas. Así hay autores que han incluido una cuarta generación que ha sido plenamente discutible que aún no han terminado de definirla en su denominación nombrándose como



intergeneracionales, tecnológicas de grupos específicos o de generaciones futuras. Entre los derechos que se encuentra en ésta generación encontramos: la libre elección de identidad sexual y la unión marital entre personas del mismo sexo.

1.5.6. Los derechos humanos en el texto constitucional guatemalteco

Como mencionábamos en páginas anteriores, Guatemala ha sido parte de ese gran avance de incorporar dentro de su texto constitucional a aquellos derechos que son inherentes a las personas por su propia condición de seres humanos, a los cuales conocemos como derechos humanos, cuya inobservancia activa una serie de garantías que dentro de la misma constitución existen para obligar a su fiel cumplimiento.

Estos derechos se encuentran en el Título II de la Constitución Política de la República de Guatemala, bajo el acápite de derechos humanos; se encuentran divididos en derechos individuales y derechos sociales, los primeros los encontramos en el Capítulo I, conocidos doctrinariamente como derechos civiles y políticos, que como veíamos anteriormente forman parte de los derechos humanos de la primera generación, aunque en este Capítulo no se encuentran todos los derechos políticos, pues el Capítulo III de este mismo Título regula otros derechos políticos. En el Capítulo II, se encuentran regulados los derechos sociales, conocidos por la doctrina como derechos económicos, sociales y culturales, que como veíamos anteriormente forma parte de los derechos humanos de la segunda generación. No obstante, tal clasificación, los legisladores guatemaltecos no quisieron que se entendiera que estos eran los únicos derechos inherentes a las personas, pues en otros cuerpos normativos ya sea de carácter interno



como internacional, podrían regularse otros derechos que de igual manera forman parte importante para los seres humanos los seres humanos. Por ello, la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 44 establece que “los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”.

a. Derechos individuales

Los derechos humanos individuales se dice que son los que están unidos a todos los seres humanos y no se separan, siendo entonces aquellos a los que el pueblo tiene derecho ante cualquier gobierno del mundo por el solo hecho de haber nacido como seres humanos no importando su género, siendo estos hombres o mujeres. Tales derechos se encuentran regulados del Artículo 3 al 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

b. Derechos sociales

Se puede definir como aquellos derechos humanos que la Constitución reconoce a las personas por el solo hecho de ser seres humanos, pero ya no en forma individual sino como miembros de la sociedad de manera colectiva; y a la vez son el conjunto de obligaciones que la misma constitución impone al Estado, con el fin de que tanto esos derechos como estas obligaciones protejan efectivamente a los diferentes sectores de la población que pueden formar parte tanto del sector económico, empresarial, familiar, trabajador, etc. Estos derechos se encuentran regulados en la Constitución Política de



la República de Guatemala, del Artículo 47 al 134.

1.5.7. Legislación internacional en materia de derechos humanos

Por la importancia del presente estudio se hace mención de algunos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que han sido ratificados por Guatemala. Declaración Universal de Derechos Humanos, emitida y aprobada el 10 de diciembre de 1948, Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Decreto 6-78, de fecha 30 de marzo de 1978, del Congreso de la República y ratificado el 27 de abril de 1978, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Decreto número 9-92, de fecha 19 de febrero de 1992, del Congreso de la República y ratificado el 16 de marzo de 1992. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Decreto número 69-87, de fecha 30 de septiembre de 1987, del Congreso de la República; declarada su adhesión el 6 de abril de 1988, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial, aprobada por Decreto-Ley número 105-82, de fecha 30 de noviembre de 1982 y, ratificada el 30 de noviembre de 1982.

Convenio número 122 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la política del empleo, aprobado por el Decreto número 41-88, de fecha 4 de agosto de 1988 y, ratificado el 19 de agosto de 1988, Convenio número 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, aprobado por el Decreto número 1382, de fecha 31 de agosto de 1960 y ratificado el 20 de septiembre de 1960. La misma Constitución Política de la República de Guatemala



les ha dado un lugar dentro de nuestro ordenamiento jurídico, condición que regula en su Artículo 46 al establecer su preeminencia sobre el derecho interno; tal disposición establece literalmente “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”.

No obstante su importancia, esta disposición constitucional ha sido motivo de fuertes debates en la práctica, pues hay quienes sostienen que de tal disposición se interpreta que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entran a nuestro ordenamiento jurídico con superioridad jerárquica a la Constitución Política de la República de Guatemala; pero hay otros que sostienen que no es así, manteniendo superioridad sobre el derecho internacional, aun así se trate de derechos humanos.

Con ánimo de evitar que sigan dándose diversidad de interpretaciones respecto a éste Artículo constitucional, y cree inestabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado al respecto y ha dicho: “...esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto. Para ello parte del principio de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto.

En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que



en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía de su Artículo 46, sino -en consonancia con el Artículo 2 de la convención- por la del primer párrafo del 44 constitucional

El Artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución...”²⁵

Con esto se puede concluir, que en Guatemala hay varios ordenamientos jurídicos internacionales que han sido ratificados para beneficiar a la población y para complementar la regulación legal nacional que trata de regular los distintos derechos humanos fortaleciéndolos y procurando darles una mejor aplicación en el país.

²⁵ Gaceta No. 18, página No. 99, expediente No. 280-90, sentencia: 19-10-90.



Hay varios estudiosos que han considerado la posición de la preeminencia internacional respecto a los tratados internacionales relacionados con los derechos humanos sobre la Constitución Política de la República de Guatemala, algunos diciendo que es superior jerárquicamente y otros que no, pero al final la Corte de Constitucionalidad ha dado a conocer su opinión al respecto, habiendo transcrito anteriormente la sentencia entonces lo respectivo a los tratados internacionales serán considerados en la misma posición jerárquica que las leyes ordinarias, nunca teniendo supremacía sobre la constitución, buscando mayormente que se dé una armonía entre los mismos.



CAPÍTULO II

2. Positivismo

El positivismo centra su estudio sobre el derecho positivo que puede decir que rechaza en consecuencia, toda idea de un derecho natural, según esta doctrina menciona que los principios generales del derecho no surgen de la naturaleza, sino que están implícitos en la ciencia. El positivismo también denominado iuspositivismo, es tan antiguo como el derecho mismo, aunque alcanzó su mayor auge a partir de los escritos del filósofo inglés Thomas Hobbes, llevados estos escritos al mundo jurídico varios siglos después por Jeremy Bentham.

Estos dos filósofos definieron la validez del derecho por su disposición por una autoridad competente y negaron que las razones morales pudieran tener parte alguna en la decisión legal. Sin embargo, el mayor exponente del iuspositivismo es el jurista austríaco Hans Kelsen, autor de teoría pura del derecho, quien le dio la importancia necesaria a esta corriente de pensamiento jurídico.

2.1. Antecedentes históricos

Un antecedente sumamente primitivo del positivismo jurídico lo encontramos al inicio de la obra República de Platón, de esto se deriva en los estudios sobre la historia jurídica de la antigüedad en donde los romanos acotaron el objeto de estudio a las normas jurídicas por ellos establecidas y, muchos siglos después, en las universidades de



Europa medieval, un grupo de juristas volvió a estudiar el derecho romano con la misma actitud de aquellos que lo gestaron para definir si era ciencia o no. Estos eran llamados glosadores que tomaron como objeto de estudio el conjunto de las normas contenidas en la más importante de obra jurídica de los romanos el *Corpus Iuris Civilis*.

De lo expuesto, la excepción hecha de los romanos y de los glosadores, hasta el siglo XIX no hay ejemplos de ciencia del derecho, aunque si importantes meditaciones en torno a los temas de la filosofía del derecho desarrollados bajo el rótulo de derecho natural. “El paradigma científico del derecho debe su origen al positivismo que delimitó claramente su objeto de estudio, y, aunque luego haya resurgido el pensamiento filosófico en torno al derecho, la actitud positiva nunca más perdió su preeminencia entre los operadores jurídicos”²⁶.

Después de esto tenemos a través de la historia distintas variaciones, entre las cuales se encuentran cuando los alemanes en el siglo XIX que lo denominaban derecho positivo por posición hecha por los legisladores en oposición al derecho natural a la corriente iusnaturalista, profundizando en analizar las normas jurídicas en base a las relaciones lógicas.

En el sentido de la filosofía positiva siendo el principal exponente del movimiento filosófico Augusto Comte en el periodo de los años 1798-1857, reconociéndose como sucesor principalmente de Hume y secundariamente de Kant. Siendo en conclusión este movimiento filosófico, la actitud científica incompatible con las actividades

²⁶ Gines García, Ricardo. **Fundamentos del derecho**. Pág. 403.



metafísicas y aprioristas concretándose a la experiencia sensible. Se desarrolló durante el siglo XIX culminando a fines del mismo. Comnte en resumen elimina toda inquisición sobre lo absoluto, sosteniendo que todo es relativo y lo único que importa para él es la ciencia, todo debe ser perfectamente demostrable para que exista. Define personalmente al positivismo como el sentido común generalizado y sistematizado.

De esto derivó la Escuela de la Exégesis, siendo sus riesgos el respeto literal a las normas, predomina la voluntad del legislador a la hora de interpretar las leyes, el derecho estatal predomina sobre otras fuentes del derecho, respeto del principio de autoridad y del precedente.

Aunque algunos estudiosos sostienen que también este pensamiento filosófico surgió en Inglaterra gracias a John Stuart Mill en el periodo de los años 1806-1873, quien argumentaba que tanto la filosofía como la ciencia se deben llevar a cabo mediante el análisis de los hechos reales que fueron verificados por la experiencia. También se menciona a Herbert Spencer (1820-1903) en Inglaterra, a Jakob Moleschott (1822-1893) y Ernest Haeckel (1834-1919) en Alemania, y a Roberto Ardigó (1828-1920) en Italia. Por último alcanzó el positivismo su mayor desarrollo teórico a partir de los escritos del filósofo inglés Thomas Hobbes llevado al ámbito jurídico muchos años después por Jeremy Betham. Estos estudiosos definieron la validez del derecho por su disposición a una autoridad competente y negaron que las razones morales pudieran tener parte alguna en la decisión legal, pero el pilar más importante del positivismo o iuspositivismo es el austriaco Hans Kelsen.

El positivismo como conclusión es una actitud frente al problema del conocimiento y la expresión más clara del espíritu cientificista del siglo XIX, aparece al igual que la escuela histórica como una reacción en contra del derecho natural, por lo que algunos autores lo clasifican al igual que la mencionada escuela, dentro de lo que denominan crisis del derecho natural.

2.2. Definición

El iuspositivismo o también llamado positivismo jurídico, es una corriente de pensamiento jurídico, cuyo principal objetivo es la separación conceptual de moral y derecho, lo que supone un rechazo a una vinculación lógica o necesaria entre ambos.

Considera el conjunto de normas válidas evitando cualquier tipo de interpretación moral o de valores. La disciplina que lo estudia es la teoría general del derecho, la cual se puede definir como aquella teoría que se encarga de la dimensión normativa de la norma, hecho y valor. No existe una definición que sea aceptada totalmente en el mundo pero todas estas definiciones si tienen en común un planteamiento anti metafísico, analizando el derecho positivo como parte de la ciencia jurídica, en algunas de sus versiones también el positivismo jurídico plantea, que el derecho es un conjunto de normas dictadas por el poder soberano a través del Estado, mediante un procedimiento formalmente válido, siendo en el caso de Guatemala el órgano encargado del procedimiento formal el Congreso de la República, con la intención o



voluntad de someter la conducta humana al orden disciplinario nacido a través de las normas jurídicas.

Mencionando sus rasgos más relevantes el positivismo jurídico sostiene una distinción relativa entre moral y derecho, el monopolio por parte del Estado moderno en lo que se refiere a la producción jurídica, el conjunto de estas normas constituye la unidad y por último a la que el derecho proviene del Estado adquiriendo también su carácter coactivo. Recurriendo a obras de autores como Hans Kelsen, Alf Ross, Norberto Bobbio y Herbert Hart, quienes son considerados comúnmente positivistas. Se expone como positivismo jurídico el nombre que damos a la teoría jurídica que concibe únicamente como derecho al derecho positivo, esto es, al derecho producido por actos de voluntad del hombre.

2.3. Escuelas iuspositivistas

a) En Alemania

Durante la primera mitad del siglo XIX se desarrollan diferentes escuelas doctrinales, que se definen por estudiar el derecho como objeto propio y autónomo de conocimiento. La primera que se puede mencionar es la escuela histórica entre sus mayores representantes tenemos a Hugo y a Savigny, esta escuela resaltó el carácter histórico de los sistemas jurídicos positivos, no existiendo un derecho intemporal válido para todos, cada comunidad crea su propio derecho. El desarrollo dogmático de este enfoque, profundiza en analizar las normas jurídicas y sus relaciones lógicas,

conduciendo a la jurisprudencia conceptual cuyo objetivo es la construcción de un sistema completo y riguroso de conceptos jurídicos de carácter formal.

En la segunda mitad del siglo XIX nació una reacción contra los excesos del formalismo encabezada por Ihering, el autor más significativo de este periodo naciendo una nueva jurisprudencia de intereses (o jurisprudencia finalista) como nueva corriente, insistía en que el derecho existe para garantizar y proteger intereses humanos, expectativas vitales y para realizar determinados fines socialmente deseables así como la interpretación de las normas deberá hacerse siempre atendiendo a esos fines sociales.

b) En Francia

Cuando entró en vigor el Código Civil de Napoleón se definió como el primer código en sentido moderno, siendo un cuerpo de normas expresamente elaboradas y organizadas sistemáticamente, en un solo momento, que reemplaza a todas las anteriores teniendo gran influencia en el desarrollo del moderno pensamiento jurídico, surgiendo de todo esto la corriente metodológica llamada la escuela de la exégesis, que ejerce su influjo casi hasta final de siglo. Siendo sus rasgos principales los siguientes: respeto al texto literal de las normas; predominio de la intención del legislador a la hora de interpretar las leyes; prioridad del derecho estatal sobre otras fuentes; respeto del precedente y del principio de autoridad. Para la escuela de la exégesis, la tarea del juez es una labor casi mecánica de aplicación-repetición de la norma a casos concretos, por un procedimiento

lógico-deductivo. Los jueces no pueden crear derecho, ni siquiera pueden hacer una interpretación extensiva de la ley.

c) En Inglaterra

Jeremy Bentham y John Austin fueron los más importantes teóricos en el derecho del siglo XIX. Con ellos se inicia una corriente de pensamiento llamada jurisprudencia analítica que fue predominante en Gran Bretaña hasta mediados del siglo XX teniendo como base y objeto de estudio que el derecho es un instrumento creado por los seres humanos, para conseguir ciertos fines promulgados por la autoridad soberana,

2.4. Características

Kelsen, Cossio, Carrio, Hart, Bobbio, Ross y otros muchos juristas desarrollaron particulares características del positivismo jurídico. Todos ellos, sin embargo, coinciden al atribuirle ciertos rasgos básicos, entre los cuales se pueden mencionar como más importantes:

a) El rechazo del derecho natural en cualquiera de sus vertientes divina, natural o racional, en total correspondencia con la oposición terminante a toda fundamentación metafísica del derecho. Esta característica rechaza de manera absoluta el derecho natural en el mundo jurídico.

b) La valoración científica del derecho, que acentúa el dogma de la plenitud y coherencia del sistema jurídico, en total sincronía con la sobrevaloración de la ciencia en general.

Entre otras características que se tomaron en cuenta están:

a) La separación entre el derecho y la moral, encarada sistemáticamente por Tomasio y Kant, por la que propusieron dejar fuera del ámbito jurídico el fuero interno del hombre, actitud a partir de la cual la ciencia del derecho comienza a delimitar su exclusivo y fáctico objeto de estudio.

b) La eliminación del iusnaturalismo y la ontologización del derecho positivo, llevada a cabo directamente por Savigny, por la que la ciencia del derecho abandona toda fundamentación última del derecho.

Renegando del derecho natural y descartando todo objeto trascendente circunscribió su objeto de estudio a lo real dado en la experiencia.

Exponiendo entonces el rechazo de la metafísica y de toda proposición no vinculada con hechos constatados, el empirismo como único medio de llevar a cabo observaciones sistemáticas y ciertas, para deducir conclusiones válidas y por último el fenomenalismo, que sólo acepta la experiencia obtenida por la observación de los fenómenos.

2.5. Clases de Positivismo

En este apartado se contemplan las clasificaciones doctrinarias de la teoría positivista que le han otorgado varios expertos en la rama del derecho, a lo largo del tiempo, las cuales se tratarán de explicar de una manera clara y sencilla, abordando solamente lo principal para su mejor entendimiento mencionándose entonces, sus principales objetivos:

2.5.1. Iuspositivismo ideológico

Se rige en el pensamiento de que el derecho es el derecho y hay que cumplirlo, siendo este una acepción a la justicia, una ideología relativa a los valores que deben orientar nuestro comportamiento y a la supremacía del derecho ante todo, teniendo como base que el derecho debe ser obedecido. El derecho es razón suficiente para actuar con toda justificación moral.

2.5.2. Iuspositivismo formal

El derecho legislado es un sistema lógico, no teniendo lagunas dentro del ordenamiento jurídico, la única interpretación válida del texto legal será la literal y textualmente siendo un sistema cerrado, sin contradicciones. Basado en la ley específicamente, no teniendo otras interpretaciones, debe ser esta interpretación totalmente apegada al texto legal.

2.5.3. Iuspositivismo imperativo

La norma válida se identifica con un mandato del poder soberano del Estado respaldado por el hecho de una habitual obediencia siendo el derecho un sistema de normas que reglamentan el uso de la fuerza, y que están respaldadas por la coacción.

2.5.4. Iuspositivismo metodológico, conceptual o positivismo jurídico en sentido estricto

Defendido por los estudiosos H. L.A. Hart, posteriormente por Joseph Raz y por Carlos Santiago Nino en su obra *Introducción al análisis del Derecho*, la define como la tesis en que el derecho se encuentra conceptualmente separado de la moral, por lo que puede ser identificado, definido y analizado sin hacer referencia a valores morales.

Se le conoce también como una teoría del derecho positivo, que vincula la existencia del derecho a la formación del Estado y que entiende que todo derecho es producto de la actividad del Estado. Este tipo de iuspositivismo trata entonces en que el derecho debe estar separado de los valores morales, conociéndose de manera pura y separada.

2.5.5. Iuspositivismo lógico

Establecido por Hans Kelsen, uno de los máximos exponentes del positivismo jurídico, afirma esta clase de positivismo que la ciencia jurídica al ocuparse de lo mandado jurídicamente es también una ciencia normativa, la cual para mantenerse dentro de los



límites científicos aspira a librar a la ciencia jurídica de elementos extraños, de juicios que no sean normativos. Se basa fundamentalmente en evitar que la ciencia jurídica integre en si misma juicios que no son normativos, no siendo estos propios y representativos de la misma.

2.6. Positivismismo en el ordenamiento jurídico guatemalteco

El sistema jurídico guatemalteco tiene su base legal en el Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala en donde podemos concebir al Estado como republicano, democrático y representativo, siguiendo un modelo clásico de la división de poderes y en los que el pueblo delega su soberanía y poder, además de estar sujetos a las limitaciones impuestas por la Constitución Política de la República de Guatemala y la ley, todo esto en base al Artículo 152 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

En la Ley del Organismo Judicial podemos encontrar un apartado que relata sobre las fuentes de interpretación e integración del derecho, por lo que es necesario profundizar sobre esta parte de la ley guatemalteca, que es ley vigente y aplicable.

El Artículo 10 de este cuerpo normativo establece que las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una



ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente:

Según el Artículo 10 del cuerpo legal expuesto: “1. A la finalidad y al espíritu de la misma”, es decir que no pierda su objetivo o validez por el motivo que fue creada. “2. A la historia fidedigna de su institución;” que al momento de aclarar una ley no pierda el crédito que contiene desde que fue establecida. “3. A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas”; indica que existen fines de leyes que son semejantes a otras leyes; pero que se aplican en ámbitos distintos. “4. Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”, se interpretará al modo que sea conforme y conscientemente en base a los principios generales del derecho.

Se sugiere que en tan solo un artículo de la Ley del Organismo Judicial se logró incorporar de forma generalizada cómo debe de procederse al interpretar, realizando un proceso intelectual de razonamiento, teniendo como punto focal la finalidad y espíritu de la norma; si ante la ausencia o dificultad de acudir al primer punto focal no logra interpretarse, se acude entonces a sus antecedentes que le dieron origen, caso contrario podría acudir a situaciones análogas y por último y muy acertado se acude a la equidad y los principios generales del derecho, los cuales como bien se conoce, tienen como funciones la actividad interpretativa, informativa y normativa. “Desde el punto de vista del intérprete, es decir de quien realiza la interpretación puede ser auténtica por que la hace el propio legislador, ya sea esta en forma simultánea o posteriormente a la creación de la ley; doctrinaria es aquella interpretación que hacen



los juristas, los doctos, los expertos, los especialistas en sus tratados científicos o dictámenes científicos o técnicos que emiten, la interpretación judicial es la que diariamente aplica el juez cuando emite sus resoluciones en casos concretos. La interpretación doctrinal, no obstante que carece de fuerza obligatoria, ha tenido gran importancia y ha inspirado a legisladores y jueces²⁷. También se señala que “existe la interpretación gramatical que se hace analizando el verdadero sentido de las palabras en sus acepciones comunes. La interpretación lógica o teleológica es aquella para lo cual fue creada la ley, es decir, el fin que la ley se propone alcanzar lo cual es tarea del juzgador, además existe la interpretación restrictiva que se da cuando el texto legal dice mucho más de lo que el legislador realmente quiso decir, a contrario sensu la interpretación extensiva se da cuando el texto legal dice mucho menos de lo que el legislador realmente quiso decir²⁸”.

Lo afirmado en las citas anteriores, permite concebir como actualmente se da la interpretación del texto de la ley, es necesario complementar o esclarecer que la interpretación y creación inclusive de derecho a partir de la labor de los jueces al aplicar la norma en caso concreto, es el momento en el cual se da una de las formas de interpretación más frecuentes en la sociedad.

Dentro de los criterios de interpretación jurídica se encuentra a la hermenéutica jurídica de la cual se expone que “es aquella disciplina que analiza y selecciona los métodos de interpretación del derecho dependiendo del método utilizado, el juez en su labor

²⁷ Siches, Luís Recasens. **Filosofía del derecho**. Pág. 25.

²⁸ **Ibíd.** Pág. 33.

interpretadora podrá limitarse a una aplicación ciega del texto legal o podrá tener una actuación similar a la del legislador al escoger la solución que considere más justa al caso discutido, por encontrarse en contacto directo con las circunstancias reales que rodean al mismo”²⁹.

Los métodos de interpretación que han adquirido mayor importancia en la historia del derecho son: “1. Gramatical o literal: Consiste en interpretar la norma atendiendo al significado gramatical de sus palabras. 2. Histórico: Intenta buscar en los antecedentes legales el sentido de una norma determinada, de acuerdo con el derecho existente cuando aquélla fue formulada”³⁰.

Esta es una forma de interpretación que continuamente se utiliza, ya que constantemente la sociedad busca el antecedente y porque de determinada norma o institución jurídica. También como método de interpretación está el “lógico: Por medio de éste método se analizan los distintos aspectos de la ley así como las finalidades que se persiguieron al dictarla y los motivos que se tuvieron en cuenta en su elaboración”³¹.

Este método de interpretación presenta un desafío consistente en el hecho de entender o determinar lo que el legislador buscaba con determinada norma, por lo que a menos que se cuente con la fuente directa que es legislador, es un método impreciso y altamente subjetivo.

²⁹ Álvarez Gardiol, Ariel. **Lecciones de epistemología**. Pág. 7.

³⁰ **Ibíd.** Pág. 11

³¹ **Ibíd.**



Y finalmente está “el método sistemático: Los preceptos jurídicos no están aislados, forman parte de agrupaciones de normas cuyo conjunto puede ser utilizado al interpretar cada una de ellas. Por lo tanto, el método sistemático consiste en interpretar una norma de acuerdo con el contenido y significación de la institución a la cual pertenece”³². Este método se materializa con la integración del derecho, que busca la aplicación e interpretación del derecho a partir de la armonía de sistema jurídico.

Derivado de lo anterior, han surgido las escuelas de interpretación del derecho, dentro de las cuales se encuentran “la escuela de la exégesis, la escuela del método de la libre investigación científica, escuela histórica de Savigny y la escuela del derecho libre”³³.

En el Estado de Guatemala con base en la legislación vigente, que recoge los principios anteriormente indicados, se regula en la Ley del Organismo Judicial en los Artículos 9 al 13 los procedimientos de interpretación, estableciéndose los siguientes:

a) Método gramatical, en el Artículo 10 que establece que las normas se interpretarán conforme a su texto. Según el sentido propio de sus palabras, así como también en el Artículo 11 que establece que las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que no apareciera definida en tal diccionario, en cuyo caso se le dará su acepción usual en el país, lugar o región de que se trate.

³² **Ibíd.**

³³ Siches, Luís Recasens. **Op. cit.** Pág. 61.



b) Método sistemático: En el Artículo 10 que establece que las normas se entenderán según su contexto, siempre de acuerdo a las disposiciones contenidas en la Constitución. El conjunto de una ley servirá para ilustrar e interpretar el contenido de cada una de sus partes.

En cuanto método de interpretación auténtica: se contempla en el Artículo 11 en el sentido que establece la interpretación hecha por el legislador prevalecerá sobre la interpretación gramatical en los casos que aquél haya definido expresamente el sentido de las palabras. Para analizar los pasajes oscuros de la ley, el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial señala los siguientes procedimientos:

a. La finalidad y espíritu de la ley: Expone “que se debe considerar que el juez, al momento de interpretar la norma, debe buscar cuál es la finalidad perseguida por la misma, qué se pretende mediante su aplicación y tener claro qué es lo que se entiende por explicar”³⁴.

Con esto este procedimiento consiste en que primordialmente se debe buscar la el objetivo que persigue la norma, contando con la opinión que emite el juez y cómo la interpreta según el caso concreto.

b. La historia fidedigna de su institución: Explica a que es “cuando el legislador se refiere a este procedimiento de interpretación histórico, está haciendo alusión al origen de la institución en cuestión, el cual puede ser descubierto en los cuerpos legales

³⁴ **Ibíd.** Pág. 58.



precedentes constituciones y códigos anteriores que la regularon, en las exposiciones de motivos, discusiones parlamentarias, dentro de otras”³⁵.

Todo esto quiere decir que es un medio de interpretación que busca el origen de la institución que creo la norma e incluso tomar en cuenta las normativas anteriores referidas al mismo tema, para brindar una guía de la correcta interpretación.

Lo expresado en este apartado nos demuestra que el positivismo en nuestro ordenamiento jurídico regula tanto la interpretación y la forma en que debe interpretarse y como debe ser considerada la ley al momento de su aplicación.

³⁵ **Ibíd.**





CAPÍTULO III

3. Neoconstitucionalismo

Varios doctrinarios estudiosos del derecho dan a conocer que el neoconstitucionalismo deja atrás el constitucionalismo positivo, en el sentido que es la propia constitución el instrumento adecuado para dirimir los conflictos suscitados en el orden social, pues esta contiene las directrices necesarias que deben inspirar al resto de los ordenamientos jurídicos.

Surgiendo esta corriente como una nueva etapa del constitucionalismo con el afán de tratar de mejorar o superar a un sistema positivista, el cual en ciertos aspectos ha demostrado cierta ineficacia, siendo los principios, valores y derechos consagrados en los textos constitucionales los que imperen en el orden social actual.

La corriente positivista nos da a entender el sentido de que los postulados plasmados en la constitución son de observancia obligatoria y todos aquellos actos o preceptos que la vulneren debieran ser declarados nulos, apostando mayormente por una constitución formal, mientras que el neoconstitucionalismo reconoce la constitución material, no siendo esto solamente a lo establecido en el texto constitucional sino que su sentido se amplía de forma tal que no se limita al acatamiento de lo que expresamente se encuentra establecido en la norma, sino que establece otros derechos, principios y valores que, aunque formalmente no se encuentren escritos en el



texto, se encuentran consagrados en la constitución e impiden su quebrantamiento. Se dice entonces que esta nueva corriente neoconstitucionalista nos brinda una nueva manera de ver e interpretar a la constitución y una nueva etapa del constitucionalismo.

3.1. Antecedentes históricos

Nace como una nueva corriente filosófica doctrinaria a finales de la Segunda Guerra Mundial denominada como Neoconstitucionalismo o Constitucionalismo Contemporáneo a partir de esta se dan transformaciones que comienzan a desarrollarse en los tribunales del viejo mundo siendo perceptibles a través de las constituciones de países como Alemania, Italia y Francia; y tardíamente a partir de 1978 en España, siendo todo esto una nueva fase para el proceso histórico del constitucionalismo europeo que tuvo comienzos a fines del Siglo XVIII con características propias y diferenciales a las anteriores etapas constitucionales.

Algunos ejemplos que podemos mencionar de la aplicación del neoconstitucionalismo en los tribunales constitucionales europeos es la actuación del Tribunal Constitucional Federal Alemán al ordenar en la década de los cincuentas la disolución de los partidos neonazis. Siendo otro ejemplo el Tribunal Constitucional Italiano que trabajó para hacer exigibles los derechos constitucionales de este país. En España el tribunal constitucional español emitió una sentencia para ir delimitando el modelo de distribución territorial de poder entre Estado central y las comunidades autónomas. Pueden también considerarse como precedentes significativos del neoconstitucionalismo aunque aún se



sitúan bajo el nombre del constitucionalismo, las críticas al positivismo jurídico anticipadas por Giovanni Sartori y por Nicola Matteucci en los años sesenta. Teniendo en cuenta estos datos: Sartori anticipa su crítica en *Constitutionalism: A preliminary discussion* de 1962, refundida después en *Elementi di teoria política* en 1987, Matteucci al año siguiente en el largo ensayo *Positivism giuridico e costituzionalismo* en 1963 que solo recientemente ha aparecido como libro en 1996, siendo quizá su mejor obra teórica, Matteucci ataca el positivismo jurídico en la versión ofrecida por Norberto Bobbio en la segunda mitad de los años cincuenta sobre todo por su adhesión al ideal de la neutralidad de la ciencia jurídica que el mismo Matteucci considera una variante del legalismo ético, cuando Bobbio sostiene que la violación de normas constitucionales equivale a la producción de normas nuevas, en concreto se estaría solo tomando partido por el iuspositivista Hobbes frente al constitucionalista Coke.

Defendiendo la *judicial review*, Matteucci llega a afirmar incluso que el gobierno de los jueces representa propiamente el gobierno de la ley, afirmación que actualmente no sorprende pero que tampoco no disgusta a ninguno de los neoconstitucionalistas actuales.

Sartori y Matteucci, por lo tanto, no están atacando un positivismo en declive como ocurre en el caso de los actuales neoconstitucionalistas, sino un positivismo que se encuentra en su pleno esplendor teórico, basta con pensar que hacía poco habían aparecido *On law and justice* en 1958 de Alf Ross, la segunda *Reine Rechtslehre* en 1960 de Hans Kelsen y *The concept of law* en 1961 de Hart.



En la década de los noventa se expanden estas transformaciones estructurales hacia América Latina por ejemplo a Colombia con la constitución de 1990 y a veces su sorprendente Jurisprudencia de su tribunal constitucional teniendo como ejemplo al conocer de procesos de acción de tutela por medio de las cuales se mandaron a colocar drenajes en barrios marginales, otras que aseguraba una correcta aplicación de justicia dentro de las comunidades indígenas de este país. Siendo entonces el término neoconstitucionalismo, utilizado por primera vez en 1997 por la académica italiana Suzana Pozzolo, durante el dieciochoavo Congreso Mundial de Filosofía jurídica y social, celebrado en la ciudad de Buenos Aires, Argentina.

En Venezuela desde 1999 y también los ex países comunistas como por ejemplo Hungría y otros Estados como Sudáfrica, India y Turquía por la importancia que adquiere en ellos la constitución como norma jurídica y los tribunales constitucionales como órganos que velan por asegurar su soberanía y supremacía especialmente mediante la tutela y el desarrollo de los derechos humanos por parte de los jueces constitucionales. En Brasil los jueces constitucionales han logrado salvar vidas ordenando la entrega de medicamentos esenciales para personas de bajos recursos económicos.

Por último tenemos a Ecuador en 2008 en donde también los jueces constitucionales han demostrado su participación. Todo esto supone una transformación importante en el ordenamiento normativo en el sistema jurídico de todos estos países, por eso para algunos partidarios del neoconstitucionalismo es una corriente europea pero en proceso de expansión global.



Entre los antecedentes históricos en Guatemala podemos mencionar el 25 de mayo de 1993, el entonces presidente de la república, Jorge Serrano Elías, a través del Decreto que denominó normas temporales de gobierno, dispuso la suspensión de la vigencia de ciertos derechos humanos individuales; la disolución del Congreso de la República desapareciendo este órgano en su totalidad y recayendo las funciones del mismo en el presidente; la desintegración de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad, lo cual significaba que estos órganos en sí no desaparecerían, pero sí que sus magistrados serían removidos y sustituidos por otros nombrados directa o indirectamente por Serrano, a través de procedimientos totalmente contrarios a los establecidos en la Constitución. También dispuso la remoción de otros funcionarios del Estado, tales como el Procurador General de la Nación y el Procurador de los Derechos Humanos. Siendo todo esto indicativo de un típico golpe de Estado y, por tanto, de un rompimiento del orden constitucional.

Sin embargo, ese mismo 25 de mayo en horas de la tarde, la Corte de Constitucionalidad declaró la inconstitucionalidad del Decreto que contenía las Normas temporales de gobierno, por considerarlos *nulos ipso iure* siendo totalmente violatorios a la Constitución Política de la República de Guatemala, los actos realizados por Serrano Elías y las consecuencias que se derivarían de estos actos. Asimismo, la Corte de Constitucionalidad ordenó la publicación de dicha resolución en el Diario Oficial, así como su notificación. Al igual que la Corte de Constitucionalidad, se pronunciaron, otras instituciones como el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, el Procurador de los Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia.

No obstante la declaratoria de inconstitucionalidad, Serrano Elías continuaba en el poder. El 27 de mayo, el gobernante nombró y juramentó a los nuevos magistrados de la Corte Suprema de Justicia de facto, en presencia del vicepresidente y del ministro de la defensa.

Es conveniente señalar que la forma en que Serrano Elías pretendió dar legitimidad a sus acciones y lograr, según él, la normalización de la vida constitucional e institucional del país, fue a través de la reforma de la Constitución Política de la República de Guatemala. Para lograrlo, realizó una convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente y después, con la convocatoria de la consulta popular.

Sin embargo, el 29 de mayo, el Tribunal Supremo Electoral se negó a convocar a la consulta popular solicitada por Serrano. El 30 de mayo, representantes del CACIF, de las organizaciones sindicales y populares, así como de los partidos políticos, celebran reuniones con sectores del ejército y algunos funcionarios del gobierno de facto, con el objeto de encontrar una salida a la crisis.

El 31 de mayo, Serrano Elías, acompañado del vicepresidente Gustavo Espina Salguero, dirigió su último mensaje a la población, destinado a desvirtuar los rumores de que el ejército estaba empezando a tomar una postura de oposición al golpe de Estado. Al día siguiente, el ministro de defensa, a través de un comunicado oficial del ejército, manifestó que: al haber decidido el ejército de Guatemala, acatar la petición de la Corte de Constitucionalidad y el sentimiento popular para que se mantenga la plena



vigencia de la Constitución Política de la República de Guatemala, publicar y ejecutar la sentencia emitida por dicho tribunal el 25 de mayo de 1993, el presidente de la República Jorge Serrano Elías, optó entonces por abandonar el cargo.

Asimismo, el ministro de la defensa manifestó que el vicepresidente Espina Salguero había renunciado también por lo que debido a esta renuncia se convocó al organismo que corresponda debidamente depurado, a efecto que, de conformidad con el Art. 189 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se designara a la persona que completará el período para el que fue elegido el ingeniero Serrano Elías. En cuanto a la depuración del Congreso, el punto número sesenta de este comunicado del ejército señaló que para la reinstalación del Congreso de la República, los partidos políticos se comprometieron a la depuración de los integrantes de dicho organismo, atendiendo al clamor popular. Asimismo, se indicó que se había solicitado a la Corte de Constitucionalidad que dirigiera el proceso de retorno a la institucionalidad. Al publicarse la resolución de la Corte de Constitucionalidad, del 25 de mayo, los derechos humanos que habían sido suspendidos recobran su plena vigencia y el Organismo Legislativo y la Corte Suprema de Justicia podían reiniciar sus funciones.

Sin embargo, el 2 de junio, Espina Salguero se autoproclamó nuevo presidente de la República, argumentando que, de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, es a él a quien correspondía asumir el cargo. El ministro de la defensa públicamente le da su respaldo y lo apoya. Esa misma noche Espina se presentó al Congreso con el objeto de ser juramentado como nuevo presidente,



pronunció incluso un discurso; pero, por falta de quórum, no pudo tomar posesión del cargo. La Instancia Nacional de Consenso (INC), en ese momento ya integrada por importantes sectores empresariales, políticos, sociales, sindicales y populares, manifestó su total rechazo a las aspiraciones presidenciales de Espina Salguero. Al día siguiente, 3 de junio, continuó manifestándose el rechazo generalizado de diversos sectores a Espina Salguero.

El 4 de junio, la Corte de Constitucionalidad emitió una nueva resolución en la que, entre otras cosas, declaró a Espina Salguero corresponsable en las acciones constitutivas de golpe de Estado y, consecuentemente, inhabilitado para: a) continuar en el ejercicio de la vicepresidencia y b) optar al cargo de presidente de la república.

Encontrándose el país sin presidente y vicepresidente, la Corte de Constitucionalidad fijó al Congreso de la República un plazo de veinticuatro horas para que procediera a designar al nuevo presidente de la República y en su oportunidad, al nuevo vicepresidente, quienes ejercerían los cargos hasta completar el actual período constitucional.

El 6 de junio la INC propuso una terna y, en horas de la madrugada, el Congreso de la República eligió y dio posesión del cargo como nuevo presidente de la República a Ramiro de León Carpio. El 18 de junio, el Congreso de la República designó, de una terna propuesta por el nuevo presidente, a Arturo Herbuger Asturias como vicepresidente.



3.2. Definición

Término que alude a un nuevo constitucionalismo donde nos da a conocer un concepto distinto de derecho, formando una nueva teoría en cuyo significado prevalece la fuente del derecho primordial siendo esta por excelencia la constitución. Para explicar este tema existen distintas posturas y definiciones de lo que realmente es neoconstitucionalismo explicadas por diversos autores, entre los cuales podemos mencionar:

“El constitucionalismo así como el neoconstitucionalismo, designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales”³⁶.

“La Constitución deja de ser solo un sistema de garantías pretende ser también un sistema de valores, una norma fundamental”³⁷.

“El término alude a un nuevo constitucionalismo o bueno una opción diferente para el Estado de derecho donde impera un concepto distinto acerca de derecho, lo cual implica una novedosa y distinta teoría del derecho en cuyo significado prevalece ante la

³⁶ Comanducci, Paolo. **Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico**. Pág. 90

³⁷ Fioravanti, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. <http://edwinfigueroag.wordpress.com./9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>. Pág. 133. (Guatemala, 6 de septiembre de 2016)

primacía de la fuente del derecho que rige todas las normas jurídicas: La Constitución”³⁸.

Esta nueva concepción del Estado de Derecho o neoconstitucionalismo, nos propone que se ha superado la idea del estado legislativo. Al final se puede definir como una nueva corriente jurídica que constituye una novedosa forma de apreciar la prevalencia de la norma constitucional, que ante la evidente ineficacia de un sistema positivista surge una nueva manera de pensar, pero sobre todo en el modo de hacer valer los principios, reglas y valores establecidos en la constitución como norma suprema.

Otro aspecto sumamente importante que debe observarse del neoconstitucionalismo es el aspecto referente a que al ser los jueces y tribunales constitucionales los encargados del resguardo e interpretación judicial, los fallos emitidos por estos y los criterios que allí se plasman, deben desarrollar el espíritu de la constitución y la interpretación de los postulados allí establecidos. En ese sentido, los criterios jurisprudenciales e incluso los estudios doctrinarios han sido los responsables del desarrollo de esta etapa del constitucionalismo.

Parafraseando a Pereira- Orozco y Richter, algunas de las doctrinas jurídicas a las que más han acudido los jueces y autores partidarios del neoconstitucionalismo son las siguientes:

³⁸ Gil Rendón, Raymundo. **El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales.** <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>. Pág. 49. (Guatemala, 6 de septiembre de 2016)



- 1) Carácter operativo de los derechos constitucionales y los reconocidos en tratados internacionales;
- 2) Utilización del principio *pro homine* para escoger las normas que mayor tutela y protección otorguen a los derechos de las personas;
- 3) Análisis intensivo de razonabilidad por parte de los jueces, especialmente en materia de libertades preferidas;
- 4) Máxima protección del derecho de privacidad y a la autonomía personal;
- 5) Máxima tutela del derecho a la igualdad que se transforma en derecho a la no discriminación y surgimiento de las denominadas categorías sospechosas, con una clara presunción de inconstitucionalidad;
- 6) Surgimiento de los denominados derechos sexuales;
- 7) Efectivización de los derechos sociales;
- 8) Protección judicial de los derechos colectivos;
- 9) Vasto desarrollo de la doctrina de constitucionalidad por omisión;
- 10) Obligatoriedad de seguir las pautas de los tribunales internacionales;
- 11) Control de convencionalidad y no sólo de constitucionalidad de las normas internas;



12) Flexibilidad y distintas clases de sentencias que pueden dictar los tribunales constitucionales.

Sobre este tema, se ha planteado para su estudio su división en una trilogía, dejando claro tres objetos diferentes de cada tipo para su análisis siendo estos:

a) Neoconstitucionalismo teórico

Busca describir los logros de la constitucionalización de los sistemas jurídicos contemporáneos, centra su propio análisis en la estructura y en el papel que, en estos sistemas, asume el documento constitucional.

b) Neoconstitucionalismo ideológico

Coloca en un segundo lugar al poder estatal y le da un primer plano a la garantía de los derechos fundamentales, una jurisdicción fuerte e independiente, es fundamento necesario para la garantía de éstos derechos.

c) Neoconstitucionalismo metodológico

Comprende que puede existir una obligación moral de obedecer la constitución y las normas que sean acordes con el texto constitucional, además de considerar los principios constitucionales, así como los derechos reconocidos, como elementos que conforman el puente entre el derecho y la moral.



3.3. Características

Para entender el desarrollo posterior del neoconstitucionalismo y el tránsito que sufrió el constitucionalismo al neoconstitucionalismo, es necesario tener en cuenta un fenómeno que en los años sesenta no se había manifestado en toda su extensión el proceso cada vez más frecuente denominado constitucionalización del derecho.

Según la siguiente definición: "Por constitucionalización se entiende un proceso de desarrollo de las instituciones que satisface por lo menos siete condiciones, 1) rigidez de la constitución, 2) control de constitucionalidad de las leyes, 3) carácter políticamente vinculante de la constitución, 4) sobre interpretación de las disposiciones constitucionales, 5) aplicación directa de tales disposiciones por parte de los jueces llamada *drittwirkung*, 6) interpretación conforme la ley ordinaria, 7) influencia directa de la constitución en relaciones políticas"³⁹.

Las condiciones que se proporcionan en esta definición se puede entender que la constitucionalización debe cumplir con las mismas, para que llegue a transformar un sistema jurídico y completar al llamado Estado de derecho. Ahora para comprender a cada uno de estas condiciones se dará una breve explicación:

a) Sobre una constitución rígida, se debe entender que tanto ordenamientos y principios esenciales que conforman al Estado de derecho no puedan ser modificados por ningún tipo de procedimiento, que estén perpetuos en la misma para cumplir su respectiva función.

³⁹ Guastini Riccardo, **La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano**. Pág.185



b) Respecto a la condición control de constitucionalidad de las leyes, entra también la condición de rigidez pero ya no solo aplicada a la constitución misma sino que se amplía a las demás leyes y demás ordenamiento jurídico.

c) La condición que trata sobre el carácter políticamente vinculante, respecto a la constitución se refiere a la aplicación plena de las leyes constitucionales y obligan directamente a sus destinatarios.

d) La sobre interpretación de las disposiciones constitucionales, se refiere específicamente a la interpretación extensiva que utilizan los interpretes constitucionales, jueces ordinarios demás juristas y expertos en derecho, quienes no se limitan a una interpretación literal de la constitución.

e) La aplicación directa de tales disposiciones por parte de los jueces, trata esta condición respecto a que todos los jueces pueden aplicar la constitución, sus normas programáticas y principios.

f) La interpretación conforme ley ordinaria, respecto a esta condición se refiere ya al caso en concreto ya que los jueces tienen la posibilidad de aplicar ya sea una u otra ley que le sea más favorable al caso en específico, cumpliendo de mejor manera con los mandatos constitucionales.

g) Y por último teniendo la condición sobre la influencia de la constitución en relaciones políticas, esta se refiere a que la constitución prevea un sistema de solución de

diferencias políticas entre los órganos del Estado, resolviendo aplicando normas constitucionales, además que estas mismas normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno.

Para aclarar entonces el neoconstitucionalismo como tal no es un tipo de constitucionalismo, ni tampoco, propiamente, un modelo de Estado constitucional. El término designaría a una variedad de racionalizaciones a consecuencia de prácticas constitucionales del presente.

Lo que si debe quedar claro, es que en el neoconstitucionalismo las políticas públicas deben estar de acuerdo a los mandatos constitucionales eso si acompañado de la lógica de los derechos fundamentales, yendo estos dos aspectos en conjunto. Según algunos doctrinarios también se reconocen una conexión débil entre derecho y moral, además que el derecho no solo está conformado por reglas, sino por principios y normas.

Otros aspectos que podemos mencionar están más que hablar de interpretación se destaca el papel de argumentación buscando con ella una mayor certeza jurídica. El juez constitucional en ocasiones deberá colocarse por encima del legislador desplazándolo poniendo en cuestión su legitimidad democrática. Además que no hay neutralidad ni avaloratividad en el derecho.



Según el estudio también se mencionan ciertos criterios o elementos característicos que permiten identificar si un Estado está influenciado por postulados neoconstitucionalistas siendo estos:

1. Un nuevo ordenamiento jurídico constitucional dotado de rigidez y principios de supremacía, órganos de protección y defensa de esta así como un amplio espectro de protección o defensa de esta así como un amplio espectro de protección y regulación de los derechos humanos.

2. Una constitución fuertemente inspirada de principios valores y reglas morales que señalan un diseño de lo que debe ser un Estado, lo que debe proteger hacia donde va. Una constitución que no solo regula la estructura y organización del Estado sino que marca todo su actuar.

3. La interpretación y aplicación de la normativa constitucional como primer elemento a tomar en cuenta por jueces y magistrados incluidos los de orden constitucional al referirse al caso concreto; esto incluye la ponderación de principios y valores morales incluso al momento de resolver.

Entre otras características que se pueden mencionar que identifican al neoconstitucionalismo están: valor en vez de norma, ponderación en vez de subsunción, omnipresencia de la constitución en vez de independencia del derecho ordinario y finalmente omnipotencia judicial apoyada en la constitución en lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la constitución.

3.4. Principios

Muchos autores o la mayoría se adhieren a la tesis sostenida por Vezio Crisafulli, según la cual, parafraseando un poco nos indica que los principios son simplemente normas generales o normas extraídas a partir de sucesivas generalizaciones de normas particulares o si no se han extraído de esta forma, que tendrían en cualquier caso la misma función. La noción de principio usada por el neoconstitucionalismo parece aproximarse a la de principio ideológico, haciendo referencia a los principios fundamentales es decir a los valores éticos-políticos que por una parte abarcan al ordenamiento entero y por otro lado dan a estos, fundamento jurídico o justificación. Los principios expresan las creencias comunes de la población sobre el modo en que debe gobernarse la sociedad, así parece que se puede decir que los principios son valores positivizados.

3.5. El neoconstitucionalismo en las distintas clasificaciones de Estado

La teoría del neoconstitucionalismo puede presentarse en las distintas clasificaciones de estado, siendo estas el Estado de derecho, el Estado social y el Estado democrático, a continuación se da una explicación breve al respecto.

3.5.1. En el Estado de derecho

Se considera Estado de derecho como el resultado de la evolución política y jurídica del estado y la sociedad, fundamentándose en conciencia y en la decisión voluntaria del



pueblo y las autoridades públicas, de someterse a la ley y el derecho. Surgió tras las revoluciones de Inglaterra en 1688 y de Francia en 1789, así como la Independencia de los Estados Unidos en 1778. En Guatemala el Estado de Derecho se estableció durante

El Estado de Derecho implica la independencia de los poderes públicos que garantizan los derechos humanos, mediante lo cual se logran buenas leyes equilibradas y establecidas por un poder legislativo autónomo, la administración de justicia ejercida por jueces imparciales e independientes y la ejecución de las leyes efectuadas por un poder ejecutivo eficiente, transparente y moderno.

El Estado de Derecho se basa en tres principios: 1) principio de derechos humanos, el cual fija límites y autolimitación a los funcionarios y empleados públicos, reconociendo las libertades y derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala 2) principio de diferenciación de funciones públicas y 3) principio de libertad de los particulares.

La necesidad de adaptar las leyes de manera que los estados garantizaran mejores condiciones de vida a sus ciudadanos y una aplicación legal más justa llevan a la creación del Estado social y democrático de derecho.

El bienestar social y la realización de justicia aparecen como funciones prioritarias del estado, manteniendo el principio de legalidad establecido en el estado de derecho.

3.5.2. En el Estado social

El estado social Introducido por el economista sociólogo y analista político alemán Lorenz Von Stein como una manera de evitar la revolución francesa. Se considera entonces que el estado social, es un sistema socio-político- económico definido por un conjunto de condiciones jurídicas, políticas y económicas, propone fortalecer servicios y garantizar derechos considerados esenciales para mantener el nivel de vida necesario para participar como miembro pleno en la sociedad, entre esas condiciones tenemos: asistencia sanitaria, salud, educación pública, trabajo, asistencia social, defensa jurídica y asistencia legal.

El estado social garantiza los denominados derechos sociales mediante su reconocimiento en la legislación. Provee la integración de las clases sociales menos favorecidas evitando la exclusión y la marginación, a través de la compensación de las desigualdades y de la redistribución de la renta por medio de los impuestos y el gasto público.

3.5.3. En el Estado Democrático

El Estado democrático es un concepto que se refiere a cualquier estado que se aplica para garantizar el respeto de las libertades civiles, es decir, el respeto de los derechos humanos y garantías fundamentales a través de la ley.

Proveniente de los antiguos pueblos griegos y sus pensadores como Sócrates, Platón y Aristóteles. Este sistema permite la participación del pueblo en la esfera del gobierno, generalmente por medio del sufragio y el control sobre la toma de decisiones de sus representantes.

3.6. Ponderación e interpretación de la teoría neoconstitucionalista

A continuación se dan explicaciones consistentes en los métodos para resolución de antinomias o contradicciones normativas que no se resuelven de manera común dentro de la rama del derecho teniendo entre estos la ponderación dentro de la teoría neoconstitucionalista además de las posibles interpretaciones que tiene la ley para resolver, adecuando todo esto a la teoría neoconstitucionalista.

3.6.1. Ponderación

Se considera ponderación como la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o equilibrio entre el peso de dos cosas. Siendo entonces el método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas, excluyendo aquellas que puedan resolverse mediante las reglas jerárquicas, cronológicas o respecto a la especialidad. En el caso de un conflicto constitucional que no se puede resolver mediante las reglas anteriormente mencionadas, el juez en estos casos que encuentra razones de sentido contradictorio, no puede resolverlo declarando la invalidez de alguna de esas razones, que son precisamente razones constitucionales

ni tampoco afirmando que alguna de ellas han de ceder en presencia de su opuesta pues ello implicaría establecer una jerarquía que no está establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, la ponderación intenta ser un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, conduciendo a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto, se trata entonces de un especie de jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos.

La ponderación requiere para cumplirse de distintas fases siendo estas: primero, que la medida examinada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la inferencia en la esfera de otro principio o derecho, pues si no existe tal fin y la actuación pública es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la perspectiva constitucional entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación.

Segundo la ponderación requiere acreditar la adecuación o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; esto es la actuación que afecte a un derecho o principio constitucional ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece.

Este requisito consiste en la prolongación del primer requisito, si la intromisión en la esfera de un bien constitucional no persigue finalidad alguna o si se muestra del todo ineficaz para alcanzarla, ello es una razón para considerarla injustificada.



Tercero la intervención lesiva para un principio o derecho constitucional esto se acredita cuando no existe otra medida que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva.

Cuarto la ponderación se completa con el llamado juicio de proporcionalidad que consiste en acreditar que existe cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños y lesiones que de dicha medida o conducta se deriven para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor, rigiendo aquí la ley de ponderación consistiendo en el sentido de cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna.

3.6.2. Interpretación de la teoría neoconstitucionalista

La interpretación jurídica consiste en desentrañar el sentido de la ley siendo de este modo, que el intérprete debe descubrir el verdadero significado de la misma. El derecho está compuesto esencialmente por normas que se constituyen en enunciados a interpretar, cuando los ciudadanos nos enfrentamos a las normas lo que hacemos es interpretar sus enunciados para dotar a estos de sentido, cuando el legislador crea normas lo hace en base a la interpretación que realiza de la norma constitucional, mientras que los jueces a la hora de emitir una resolución a un caso concreto lo hace utilizando distintas normas que anteriormente ha interpretado.



La función del jurista, es la verdadera creación del derecho que se ejerce mediante la interpretación jurídica siendo esta la interpretación de la constitución. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo, entrando en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales como la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales. Los jueces deben trabajar con valores que están constitucionalizados y que requieren una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos en forma justificada y razonable, dotándolos de una manera concreta de contenidos normativos concretos.

Para interpretar la teoría neoconstitucionalista es necesario que a profundidad se busque la compatibilidad entre los principios y valores que emanan de la constitución y los conflictos que surgen de las demás personas, este tipo de interpretación es contraria a la que realiza la teoría positivista en la cual se busca en primer lugar la observancia de los principios de legalidad, congruencia y prevalencia de la ley. Para la teoría neoconstitucionalista es importante la interpretación ya que la misma ley es demasiado rígida teniendo solo principios y normas generales donde se omite poner en balance tanto la ley como los valores morales.

Se hace referencia en este apartado el papel que juega la jurisprudencia, pues la Corte Suprema de Justicia, las Salas de Apelaciones y otros tribunales ordinarios, como también la Corte de Constitucionalidad, en su calidad de tribunal permanente de jurisdicción privativa tienen a su cargo la interpretación de las normas o preceptos



constitucionales como parte fundamental del ordenamiento positivo que rige el país.

Entre otros principios que rigen a la interpretación constitucional se pueden mencionar:

a. Unidad de la constitución, las normas constitucionales no deben ser analizadas de manera aislada sino en el conjunto en el que se encuentran situadas como parte de un todo, como un solo cuerpo normativo.

Principio utilizado en el expediente 1994- 2009 de la Corte de Constitucionalidad de fecha 8 de febrero de 2011, en donde su parte conducente nos indica: “vale aquí indicar que al emprender la tarea de interpretar la constitución se hace necesario que el intérprete tome en cuenta, como principio básico que informa su labor, que el orden fundamental que la norma suprema establece deriva del conjunto de sus disposiciones, las que habrán de ser entendidas en su contexto, como unidad armónica, atendiendo siempre a la interrelación existente entre ellas”.

b. Concordancia práctica, los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de manera que al solucionar el problema, todos ellos conserven su entidad. Realizando entre ellos un juicio de ponderación.

Principio utilizado en los expedientes 2123-2009 y 2157-2009 de la corte de constitucionalidad, de fecha 10 de febrero de 2011, en donde en sus partes conducentes nos indica: “...Determinados derechos reconocidos y garantizados por la constitución responden, directamente, al afianzamiento de aquellos valores superiores ... De ahí que será a partir de la ponderación particular que el texto constitucional



efectúe al respecto de los valores que inspiran a la organización social... que el derecho positivo regulará determinadas instituciones o contendrá específicas disposiciones coherentes con aquellos valores, sin cuya sustentación podrían, incluso entenderse excepcionales o ajenos para el logro del fin último del Estado, es decir la realización del bien común o para la consolidación de un orden democrático que garantice a los habitantes de la República el goce de sus derechos y libertades”.

c. Corrección funcional, si la constitución regula de determinada manera el cometido de los órganos y agentes estatales, el intérprete debe mantenerse en el marco de las funciones que a él se han sido encomendadas, no estando autorizado para modificar aquel sistema de distribución de competencias.

Principio utilizado en el expediente 4274-2009 de la corte de constitucionalidad de fecha 4 de febrero de 2011 que en su parte conducente dice: “... mediante el control instado, en observancia de la función específica que corresponde al Congreso de la República en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, no puede pretenderse que sea este tribunal el que determine la pertinencia, oportunidad y conveniencia, en términos político-criminales, de la tipificación de determinado delito o como pareciera sugerir el postulante, la existencia de alternativas posibles al ámbito penal”.

d. Eficacia integradora, si la constitución se propone la creación y mantenimiento de la unidad política del Estado, la interpretación debe velar por que se promueva y mantenga dicha unidad para solucionar los problemas constitucionales.



Este principio es utilizado en el expediente 3003-2010 de la Corte de Constitucionalidad, de fecha 21 de diciembre de 2010 que en su parte conducente dice: “Cuando se da el veto con sustentación en infracción de preceptiva constitucional, el Congreso de la República facultativamente puede acudir, conforme a la norma del citado artículo 272, inciso h), del texto fundamental, a solicitar la opinión de este tribunal...”

Una vez emitida la respuesta de la opinión solicitada el Congreso de la República, teniendo presente las razones del veto y la sustentación de éste de acuerdo con la opinión expresada por este tribunal que no es vinculante estará en posición de decidir, conforme a razones de ética política, si es viable o no ejercitar la potestad a que se refiere el Artículo 179 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

e. Fuerza normativa de la constitución, en la solución de problemas de preferirse aquella interpretación que conduzca a obtener la máxima eficacia de las normas constitucionales, adecuando la norma al momento que se aplica.

Principio utilizado en el expediente 248-98 de la Corte de Constitucionalidad, de fecha 19 de enero de 1999 que en su parte conducente dice: “el enunciado del Artículo 35 de la Constitución no puede aplicarse prevalentemente sobre derechos fundamentales de la intimidad personal y de orden público interno, preservado en otras disposiciones de igual jerarquía.

En efecto la persona física tiene derecho inalienable e imprescriptible a su dignidad, condición que no pierde ni siquiera por una condena capital,... Siendo un valor fundamental la estimativa de la persona humana y aún cuando no esté constitucionalizado expresamente el derecho a morir con dignidad, éste corresponde a la categoría de los derechos implícitos a que se refiere el primer párrafo del Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala”.

3.6.3. Argumentación de la teoría neoconstitucionalista

La argumentación consiste en estructurar un pensamiento y para ello es necesario emplear una serie de reglas razonables que sirven para persuadir al destinatario de la verdad y validez de su tesis. Conociendo actualmente a la sentencia como la suma de argumentos.

La argumentación jurídica según algunos doctrinarios y expertos en el tema consiste en aclarar los procesos de interpretación y aplicación del derecho, otorgando una guía de todo el proceso llevado a cabo para poder estructurar la fundamentación por la cual los juristas llegaron a la conclusión o resolución establecida. Permite al jurista entonces la oportunidad de decir el por qué tomo la decisión de resolver de tal manera y también que ley normativa tomó en cuenta.

En la teoría neoconstitucionalista se debe realizar un argumento extenso apoyado tanto en valores de juridicidad como morales, oponiéndose de lleno esta teoría a la total



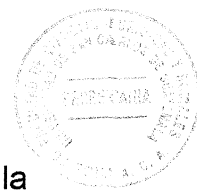
aplicación de la ley como parámetro absoluto para resolver las controversias de las personas.

La debida argumentación de las resoluciones judiciales al momento de utilizar la teoría neoconstitucionalista garantiza la justicia y que las resoluciones serán tomadas en conciencia y no por intereses propios o simples deseos de los que se dedican a ejecutar la ley.

Teniendo como base el Artículo 32 de la Convención Americana de derechos humanos “Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”. Este Artículo nos da a entender que un límite primordial es el respeto que se le deben dar a los derechos de las demás personas velando por el bien común y dándole prioridad a los valores morales, base fundamental en la teoría neoconstitucionalista.

3.6.4. La proporcionalidad de la teoría neoconstitucionalista

También llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto el cual consiste en acreditar que existe equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de



dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor. En referencia a la proporcionalidad o ponderación en sentido estricto, implica que debe existir proporcionalidad entre dos intensidades, de un lado aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida examinada que limita un derecho fundamental y el otro que radica en el daño del derecho fundamental del que se trate.

A través de la proporcionalidad se pretende dar solución al caso concreto responder a los intereses que están en juego buscando la finalidad de cada uno de los derechos que entran a discusión, buscando la norma más adecuada al caso.

3.7. Neoconstitucionalismo frente al positivismo

Ya habiendo conocido un poco de lo que trata el neoconstitucionalismo se puede decir que el positivismo y el neoconstitucionalismo tienen notas en común desde el Siglo XIX siendo estas: “la confianza en el fondo perfecto y complejo de los sistemas jurídicos; el desdoblamiento del ordenamiento jurídico en una parte superficial, que es defectuosa por indeterminada y por estar llena de lagunas y antinomias, una parte profunda o esencial, que contiene soluciones predeterminadas para cualquier caso difícil; la afirmación de un método que permite hacer de la actividad judicial una tarea más de conocimiento que propiamente decisoria y la consiguiente negación de la discrecionalidad judicial”⁴⁰.

⁴⁰ García Amado, Juan Antonio. **Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores**. Pág. 2



Analizando la implementación de la teoría positivista por parte de los jueces, ellos a la hora de resolver los procesos asumen varios criterios siendo estos morales, políticos y jurídicos para fundamentar sus decisiones, presentándose entonces diversos obstáculos para ellos al momento de querer utilizar estos criterios en donde deben inclinarse en base al derecho estrictamente o a la moral del asunto, dándose entonces el positivismo en el momento que el juzgador debe interpretar la ley basándose en los principios de legalidad, principio de congruencia y a la prevalencia de la ley.

Diferenciándose de la teoría neoconstitucionalista que en el momento de la interpretación utiliza parte del positivismo basándose tanto en la ley pero agregando una ponderación de principios fundamentales y los valores morales para darle una mayor argumentación a sus resoluciones. Analizando y teniendo en cuenta todo lo anterior, se puede decir al final que el neoconstitucionalismo no pretende contradecir al positivismo sino que busca realmente fortalecerlo, hacerlo más flexible y tratar de complementarlo a los cambios que se dan por la evolución del derecho mismo, también a la situación de cada uno de los interesados dentro de los procesos que tienda a resolver el juzgador.



CAPÍTULO IV

4. Incompatibilidad parcial existente de la teoría neoconstitucionalista frente a la teoría positivista al momento de su aplicación en el ordenamiento jurídico guatemalteco

Este capítulo pretendió dar a conocer que entre la teoría neoconstitucionalista y la teoría positivista existe una incompatibilidad parcial a la hora de su aplicación en el ordenamiento jurídico guatemalteco, mencionando en primer lugar algunos aspectos que indican que aunque hay ciertas incompatibilidades no son del todo absolutas, entre los aspectos que se tomaron en cuenta para llegar a esta conclusión tenemos en primer lugar que algunos autores opinan que el neoconstitucionalismo tiende a caracterizarse por un regreso al iusnaturalismo o derecho natural, derecho que puede ser definido como: “El conjunto de dogmas y principios ideales que rigen la sociedad en la búsqueda del bien común y fundamentalmente de la justicia”⁴¹.

En concordancia con dicha definición se dice entonces que el derecho natural o iusnaturalismo es el conjunto de principios universales supremos y justos de los cuales los seres humanos son titulares, por el hecho de su humanidad. Nace con la conciencia de la humanidad, cobrando actualmente mayor auge en el campo de los derechos humanos. Es tal la evidente influencia del iusnaturalismo en el neoconstitucionalismo que Comanducci se valió de la conocida distinción formulada por Bobbio entre los tipos

⁴¹ López Mayorga. *Op. Cit.* Pág. 124.



de positivismo jurídico, teórico, mitológico e ideológico, los cuales se trataron a detalle en el capítulo dos del presente trabajo, para realizar su crítica creando un paralelismo con los tres tipos de neoconstitucionalismo.

El movimiento neoconstitucionalista trata de postular la necesidad de una ciencia jurídica normativa, una ciencia jurídica que no sólo describa los derechos y deberes de los ciudadanos de acuerdo con lo que establece determinado ordenamiento jurídico como propugna la teoría decimonónica, la cual afirma que el jurista no necesita para cumplir su oficio de la moral, la economía o la política sino que tiene como cometido valorar dichos contenidos desde el entramado, axiológico de la constitución.

Entre algunas de las opiniones que se toma en cuenta sobre que el neoconstitucionalismo no es incompatible totalmente con el positivismo al comentar el trabajo de Comanducci, para quien son perfectamente concurrentes.

El iuspositivismo y sus autores Kelsen, Ross y Hart, afirman, solo se despojaron de las decimonónicas de positivismo jurídico: primacía de la ley entre las fuentes del derecho, formalismo interpretativo, etc. El objeto ha cambiado parcialmente, más no lo suficiente como para cambiar radicalmente de metodología, siendo en todo caso una continuación del método positivista, se puede decir entonces que el iuspositivismo no se aleja de lo que es el método positivista. Toma de referencia la idea de Ferrajoli de que la validez de las normas infraconstitucionales está condicionada a su conformidad con las normas constitucionales, lo cual en sentido estricto no es la verdad muy novedoso.

Se concluye en resumen “el neoconstitucionalismo puede contemplarse como una teoría del derecho, compatible con la del positivismo jurídico, especialmente atenta a los rasgos que caracterizan la evolución de muchos de los ordenamientos jurídicos de las democracias contemporáneas”⁴².

El neoconstitucionalismo en otros análisis tiende a negar una de las clases del positivismo, siendo esta el iuspositivismo metodológico defendiendo entonces la relación que debe existir entre derecho y moral y dando entender que debe tener un estrecho vínculo, implementándolos conjuntamente tanto los principios del derecho como los derechos fundamentales del ser humano, como se está dando actualmente en algunas constituciones alrededor del mundo. Hablando en términos generales respecto a la teoría positivista la cual se empeña en que el derecho y la moral deben tener un límite preciso, pero todo esto va en contra de lo que es la realidad actual de los sistemas jurídicos en el mundo en especial lo contenido en las constituciones referentes a los derechos humanos dándoles una mayor relevancia, por lo cual basado en estos aspectos se puede decir que existe una incompatibilidad parcial entre estas dos teorías.

4.1. Antecedentes históricos jurisprudenciales

En la historia guatemalteca, podemos encontrar un caso en particular en donde se manifestó la teoría neoconstitucionalista y dio comienzo a su utilización en el país,

⁴² Moreso, José Juan, **Comanducci sobre neoconstitucionalismo**. http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/moreso-comanducci-sobre.pdf. Pág. 3. (Guatemala, 30 de julio de 2016).



aunque parte de este tema, las circunstancias en que sucedió el caso del ex presidente Serrano Elías ya fueron tocadas en el capítulo anterior, en este apartado se tratará de explicar las bases jurídicas que lo fundamentan en base a la resolución emitida por la Corte de Constitucionalidad.

4.1.1. Caso del ex presidente Serrano Elías

A continuación se transcribirá la parte conducente de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 25 de mayo de 1993 en donde se expone la aplicación de la teoría neoconstitucionalista.

“CONSIDERANDO:

-I- ...Esta corte ha declarado que conforme al artículo 267 de la Constitución, el control de la constitucionalidad no se limita a la ley *strictu sensu*, como producto de la potestad legislativa en el Congreso de la república, sino que también comprende las disposiciones de carácter general que dicte el organismo ejecutivo, así como las demás reglas que emitan las instituciones públicas, lo que trae aparejada, como consecuencia la invalidez de las normas y disposiciones emitidas por el poder público que contraríen lo dispuesto en la ley fundamental (sentencia del 24 de marzo de 1992). Para hacer efectiva esa garantía, la Constitución, en el artículo 268 otorga a esta corte la función esencial de la defensa del orden constitucional. Cuando los actos del poder público se realizan fuera de la competencia prevista en la Constitución, es procedente poner en



funcionamiento la actividad de la justicia constitucional a fin de asegurar el régimen de derecho. El Artículo 272 inciso i) de la Constitución asigna a esta Corte la función de “actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la constitución” y la actividad principal de este tribunal es la defensa de la Constitución”.

“... -IV- Los actos realizados por el presidente de la República, antes referidos y los actos que de ellos deriven, no solo se transgreden determinados artículos constitucionales, sino que representan el rompimiento del orden constitucional, situación que no puede pasar inadvertida para esta Corte cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Consecuentemente, procede declara que los actos realizados por el presidente de la República adolecen de nulidad ipso jure y por lo tanto carecen de toda validez jurídica, por lo que es imperativo para este tribunal hacer la declaratoria correspondiente y dejar sin efecto aquellas disposiciones, restableciendo el orden jurídico quebrantado”.

Entonces se puede decir al respecto de esta sentencia que consideró inconstitucional el decreto que contenía las llamadas normas temporales de gobierno emitido por el entonces presidente de la república y en consecuencia, dichas disposiciones quedaron sin validez ni vigencia.

Y el 31 de mayo de 1993 se dictó auto por el que se requirió a los ministros de gobernación y de la defensa que prestaran el auxilio necesario para que la sentencia



fuera publicada en el diario oficial, resolución que implicaba la orden de que el fallo fuera debidamente cumplido.

Partiendo de esto se creó el expediente no. 225-93 de inconstitucionalidad directa con fecha del 4 de junio de 1993 en la cual en su parte conducente y de mayor relevancia se transcribirá.

“...-III- Esta Corte advierte que el objetivo del fallo emitido es restablecer el orden constitucional transgredido, lo que implica que todos los organismos del Estado vuelvan a funcionar de conformidad con las prescripciones de la Constitución Política de la República. A la fecha, se han reiniciado las actividades propias de la Corte Suprema de Justicia. El Congreso de la República está en posibilidad jurídica de reiniciar su labor parlamentaria.

POR TANTO:

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas en ejecución de la sentencia dictada por esta corte el veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y tres, resuelve:

- I) El Organismo Ejecutivo debe estructurarse y funcionar de conformidad con lo previsto en la Constitución Política de la República.
- II) Ante la falta absoluta de presidente y vicepresidente de la República, el Congreso de la República debe proceder: a) a designar a la persona que desempeñe el cargo de

presidente de la República. Para el efecto se fija el plazo de veinticuatro horas a fin de que dicho Organismo cumpla con esta resolución; b) en su oportunidad designe al vicepresidente conforme lo que dispone la Constitución Política.

III) Las personas que se designen como presidente y vicepresidente ejercerán los cargos hasta completar el actual periodo constitucional.

IV) Notifíquese al Congreso de la República, al Ministerio Público y al Ministerio de la Defensa”.

Como se puede apreciar con todo lo acontecido en este caso el presidente en ese momento Serrano Elías no solo disolvió al Congreso y pretendió ejercer funciones legislativas, sino también pretendió desintegrar a la cúpula del Organismo Judicial, tanto ordinaria como constitucional, así pues pueden tipificarse a estos acontecimientos precipitados por Serrano como un auténtico golpe de Estado.

Se puede analizar que en esta resolución la teoría neoconstitucionalista tomó forma gracias a que la Corte de Constitucionalidad veló por la supremacía constitucional yendo más allá de la interpretación restrictiva de un sistema positivista arraigado en ese momento en el país, todo esto para cumplir y proteger con lo que está establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, se le dio mayor importancia a los derechos fundamentales de los ciudadanos, a la organización y estructura del Estado, buscando el bien común para todos los habitantes de la república.

Todo esto lo colocó ante una balanza tomando todo lo anterior en mayor importancia, sobre el poder que ejercía en ese momento el presidente Serrano Elías quien en su



beneficio estaba tomando decisiones el principio republicano de gobierno, arraigando la mayoría del poder en sí mismo para tener el total control del país en los ámbitos legislativo y ejecutivo.

La Corte de Constitucionalidad al ver estas decisiones que iban en contra de todo lo establecido en la ley suprema, decidió retomar el control del país y desconocer al entonces presidente, retomando lo establecido en la constitución. Volviendo al país a la normalidad, quitando del puesto de presidente al señor Serrano Elías y el puesto de vicepresidente al señor Espina Salguero, solicitando que se propusiera una terna para la elección del nuevo presidente y vicepresidente que respetaran de lleno a la ley suprema. Y con todo esto dio comienzo a la teoría neoconstitucionalista en nuestro país teniendo esta sentencia como un medio y antecedente importante de la utilización de esta teoría y de lo fundamental que fue para poder resolver de mejor manera a favor de los ciudadanos guatemaltecos.

4.2. Práctica judicial guatemalteca de la teoría neoconstitucionalista

En Guatemala la práctica de la teoría neoconstitucionalista ha sido muy contada realmente y no se ha utilizado mayormente debido a varios factores externos tanto jurídicos referentes al ordenamiento jurídico del país así tanto como factores personales de quienes interpretan la ley, que se trataran a detalle más adelante en este apartado, pero a pesar de todo lo mencionado, existen algunas resoluciones que han utilizado esta teoría tanto para su interpretación como para su argumentación, para dar una solución justa al caso en concreto las cuales se explicaran a continuación.



4.2.1. Resoluciones de la corte de constitucionalidad que emplean en su argumentación la teoría neoconstitucionalista

Inconstitucionalidad General Parcial, expediente 1312-2012 con fecha 13 de mayo de 2013, la cual consiste en la inconstitucionalidad general de los Artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo Decreto 63-94 del Congreso de la República, promovido por Oliverio García Rodas y Juan José Porras Castillo.

En esta sentencia se utilizó el método de la ponderación como medio de resolución para este conflicto en específico, para que pudieran acaecer entre principios, derechos, valores y atribuciones constitucionales, para poder llegar a su resolución respectiva, además de usar la proporcionalidad como tal, que al privilegiar el ejercicio de una facultad respecto de otra, se logre la consecución de un fin legítimo y necesario.

Además que la norma debió ser entendida de acuerdo a los métodos de interpretación de la constitución, siendo este método armónico o sistemático, desentrañando el espíritu del precepto constitucional desde el principio de unidad de la constitución, que propugna que debe entenderse que en aquella están comprendidos, además de los mandatos normativos, los principios, valores y reglas en las cuales el texto supremo encuentra su fundamento. Como se puede establecer en la resolución que emitió la Corte de Constitucionalidad en este caso se utilizó parte de la teoría positivista al momento de interpretar y argumentar, junto a la teoría neoconstitucionalista al momento de utilizar al medio de resolución de conflictos como lo es la ponderación en cuanto los



valores morales y principios.

Otro ejemplo de que podemos mencionar es la Opinión consultiva del expediente 3174-2010 de fecha 17 de septiembre del 2010 en donde el entonces presidente Álvaro Colom solicitó ante la Corte de Constitucionalidad una opinión consultiva respecto a poder intervenir administrativamente, sin violar las normas constitucionales el Registro Nacional de las Personas, con el objeto de normalizar y garantizar la prestación de los servicios de registro de personas naturales e inscripción de los hechos y actos relativos al estado civil, capacidad civil y demás actos de identificación, incluyendo hacer posible la eficiencia de la emisión del Documento Personal de Identificación.

En esta opinión la interpretación que se utilizó fue en base al Artículo 268 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en defensa del orden constitucional, tomando en cuenta lo contenido en su ordenamiento jurídico no solo los preceptos normativos sino también el conjunto de valores, principios y reglas permitiendo una dimensión jurídica y axiológica.

También se tomó en cuenta el juicio de ponderación o también llamado en esta opinión como *mutatis mutandis*, la cual significa haciendo los cambios necesarios, teniendo la preferencia entre la aplicación de lo contenido en un precepto constitucional respecto de lo establecido en otro, utilizando también los principios de razonabilidad y proporcionalidad propios del juicio de la ponderación y en la misma claramente se menciona que al momento de aplicar estos principios utilizaron para la interpretación en



este caso concreto, la teoría del neoconstitucionalismo, tomando en cuenta lo establecido en la norma constitucional pero además para una correcta y debida interpretación constitucional se utilizó la ponderación interpretando a sí mismo el conjunto de principios, valores y reglas constitucionales.

Analizando estos dos casos se puede concluir que la teoría neoconstitucionalista fue aplicada al mismo tiempo que la teoría positivista como un complemento de la misma, buscando una mejor interpretación integrando valores y principios fundamentales a la norma jurídica, se puede observar que estas dos teorías al contrario de lo que se pensaría no se repelen completamente a pesar de sus incompatibilidades doctrinarias, y diferencias concisas, se puede ver que se complementaron parcialmente y buscaron la mejor manera de resolver estos casos concretos conforme a derecho y al mismo tiempo velando por los principios fundamentales y el bien común de todos los interesados.

4.2.2. Obstáculos que enfrenta la teoría neoconstitucionalista

Es importante establecer que a nivel mundial la teoría neoconstitucionalista tiene muchos obstáculos a resolver para poder desarrollarse y aplicarse, como la misma teoría espera. Este apartado mencionara algunos de los obstáculos más importantes a los cuales se enfrenta a nivel general en el mundo siendo uno de los principales, el pasar de un constitucionalismo conservador a un constitucionalismo moralmente reflexivo, esta teoría se enfrenta al hecho que debe de romper con paradigmas tradicionales que quedaron plasmados en constituciones y ordenamientos jurídicos que fueron creados desde ya hace varias décadas y en los cuales no se ve una evolución a



la realidad actual a la modernidad de este mundo en que se vive día con día, sino que se encuentra regido específicamente por el autoritarismo en sí y no buscando el bienestar común. Mientras que lo que se pretende con el constitucionalismo moralmente reflexivo es construir un sistema constitucional que garantice los derechos y las libertades fundamentales a sus habitantes, la construcción de una nueva teoría de justicia que structure a la sociedad moderna para que sea más equitativa y buscando un verdadero Estado social.

Miguel Carbonell nos presenta un estudio en donde da a conocer los cuatro desafíos que enfrenta actualmente el neoconstitucionalismo los cuales me permitiré citar así como brindar mi respectivo análisis de cada uno.

a. Conocer la Constitución

“Conocer la constitución y desenciptarla del pequeño círculo de especialistas que se dedican de manera profesional a su estudio, es el primer objetivo del neoconstitucionalismo. Democratizar la constitución y que sea conocida por todos los habitantes de un país, contribuirá de alguna manera a fortalecer la precaria cultura jurídica que tenemos en el continente”.⁴³

Con esto quiere decirse que es fundamental que la población en general de un Estado conozca su constitución y los derechos humanos fundamentales que contenga, que la pueda entender así como utilizar no dejar solamente su estudio a los expertos

⁴³ Carbonell, Miguel. **Los derechos fundamentales en el paradigma neoconstitucional**. Pág. 34



doctrinarios en materia jurídica volviendo esta clase de estudios complicados para los demás que no lo conocen.

b. Aplicarla bien

La textura abierta de nuestros textos constitucionales implica un mayor grado de complejidad al momento de aplicar cada una de sus disposiciones, estas cláusulas indeterminadas y abiertas presentan mayor dificultad al momento de su interpretación.

El conocer de qué trata el texto constitucional, permite una correcta aplicación.

c. Educar para el neoconstitucionalismo

Romper de primera mano con los sistemas tradicionales de educación en el estudio de las ciencias jurídicas para poder crear nuevos profesionales con ideas transformadoras del sistema jurídico, empezando a estructurar todo esto desde los centros universitarios que den a conocer a los doctrinarios actuales del derecho moderno.

Dar a conocer esta teoría a los estudiantes, poner en claro de qué trata y como puede utilizarse en el mundo jurídico, así como capacitar a las personas que ya ejercen la profesión para que conozcan de qué trata y como puede mejorar la aplicación del derecho que conocen con esta teoría.

d. Contar con la sociedad

Es necesario contar con la sociedad para poder lograr que se aplique a cabalidad el neoconstitucionalismo, empezando con una cultura de respeto hacia los derechos humanos que todos los que conforman la sociedad lleguen a conocer los derechos que poseen y están establecidos en los ordenamientos jurídicos tanto nacionales como internacionales.

4.2.3. Obstáculos que enfrenta la teoría neoconstitucionalista en Guatemala

Se establece que en base a todo lo explicado en los anteriores capítulos y tomando en cuenta a expertos que han brindado sus opiniones del respectivo tema, en Guatemala el sistema jurídico es totalmente positivista ya que los jueces al momento de resolver se basan estrictamente en lo establecido en la ley y no evalúan más allá de la misma basándose específicamente en los Artículos 1 y 2 de la Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89, siguiendo específicamente estos lineamientos de interpretación de la ley.

Ante otros criterios expresados, también mencionan que los especialistas y estudiosos del tema sí lo conocen a fondo, pero entre los jueces y magistrados son pocos los que se preocupan por conocer a fondo al respectivo tema ya que están acostumbrados a un sistema jurídico específico del cual es muy fácil el acostumbrarse y muy difícil acoplarse a otro, consideran esta teoría nueva y de poca aplicación ya que en nuestro país empezó a utilizarse en pocos rasgos desde la sentencia del caso del ex presidente Serrano Elías en el año de 1993 hasta la fecha, siendo en total veinticuatro años de



haber iniciado en nuestro país y sin regulación propia en la cual se den pautas de cómo puede utilizarse de mejor manera, por lo mismo es muy difícil utilizarla, ya que la misma ley no permite apartarse de la misma.

Además que es un poco confuso establecer los límites de la moral, ya que a la hora de resolver es demasiado subjetivo y en lugar de ser beneficioso puede perjudicar. Respecto a la teoría neoconstitucionalista los jueces tienen la dificultad de trabajar solo con principios que están establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala requiriendo una tarea ardua interpretativa aplicándolo a casos concretos utilizando el juicio de ponderación que sea justificado y razonable.

Para la correcta aplicación de la teoría neoconstitucionalista se debe realizar muchos cambios a nuestra legislación, haciendo reformas a la mayoría de leyes de todos los ámbitos, permitiendo y otorgándoles a los jueces esas opciones para resolver, además de que deben estar más actualizados al respecto del tema tanto en el derecho internacional que incluye tratados y convenios sobre los derechos humanos, siendo esto una actividad complicada y tediosa para los juzgadores a la hora de hacer una integración total de todo esto al derecho interno, el cual no permite y no tiene tanta flexibilidad para hacerlo. Otro obstáculo manifiesto es la confusión que genera esta teoría en el sentido que son muy pocos los autores que se califican así mismos de neoconstitucionalistas y desde luego no parecen haberlo hecho ninguno de los que con mayor frecuencia aparecen en la lista Dworkin, Alexy, Nino y Zagrebelsky, mientras que un autor que ha sido considerado por muchos como neoconstitucionalista, Luigi Ferrajoli, ha rechazado explícitamente esta denominación en su libro llamado

Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista, en un debate sobre el constitucionalismo, realmente no se han manifestado como tales.

Esta teoría surgió en contraposición a la rigidez de la teoría positivista pero realmente no hay mucho en claro de la misma ni como debe ser una implementación adecuada, le falta bastante desarrollarla. Doctrinariamente hay grandes diferencias entre la teoría neoconstitucionalista y la teoría positivista, los cuales no permiten una compatibilidad expresa y total entre ambas, ya que la teoría neoconstitucionalista es de alguna manera de implementación moral, de acuerdo al caso concreto basándose únicamente en la norma suprema en donde están los derechos humanos fundamentales, pero la misma legislación no lo acepta del todo, ya que predomina la teoría positivista y como en algunos capítulos anteriores se explicó esta estipula el modo en el cual deben ser interpretadas las normas en Guatemala, en la cual el juzgador no puede extralimitarse de lo que realmente diga la misma, teniendo variedad de leyes especiales que regulan y prevean de gran manera varios de los casos que podrían suceder, pero viendo esto de manera rígida y no adecuada al tiempo moderno, sino al tiempo en que fueron estas leyes especiales creadas, el juzgador debe seguir estos lineamientos al pie de la letra, porque en realidad solo eso conoce y solo en la ley se puede fundamentar al momento de tomar una decisión.

Empero como se puede observar realmente no se excluyen una a la otra, su incompatibilidad es parcial ya que ha habido ocasiones en que ambas teorías han podido ser utilizadas de manera conjunta, no podemos decir que en los ejemplos que



se mencionaron anteriormente de las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad se utilizó la teoría neoconstitucionalista únicamente por que no es así, se utilizó en conjunto a la teoría positivista fundamentándose en el derecho positivo mismo, usando el juicio de ponderación y lo estrictamente estipulado tanto en la ley suprema como en las leyes especiales.

Concluyendo, se tiene tanto obstáculos jurídicos como personales en la implementación de la teoría neoconstitucionalista, entre lo jurídicos que en nuestras normas predomina la teoría positivista siendo esta una gran limitación al momento de intentar la aplicación de la teoría neoconstitucionalista, aunque ha habido casos de excepción como ya los dimos a conocer, así como obstáculos personales propios de los jueces y magistrados que podrían implementar la teoría neoconstitucionalista en sus resoluciones, no conociendo esta teoría a fondo, les genera confusión al momento de no conocer bien sus objetivos y lo que trata de lograr, no encontrando una guía o base segura para implementarla de manera adecuada a todos los casos y ámbitos del derecho.

La comodidad que les representa basarse estrictamente en la ley y no darle una interpretación superior a lo que esta estipula.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Del desarrollo de la presente investigación, se logró profundizar en temas puntuales que permiten un entendimiento más integral del tema aquí desarrollado, de esa cuenta apoyándome a la bibliografía empleada y para entender el tema de la teoría neoconstitucionalista en comparación a la teoría positivista y el empleo de la misma en el ordenamiento jurídico guatemalteco, enfrentando distintos obstáculos tanto jurídicos como personales.

De esta manera pude establecer que la teoría neoconstitucionalista es una teoría de transformación constitucional, de poca aplicación en Guatemala encontrando pocas resoluciones que lograron complementar esta teoría con la teoría positivista siendo estos los expedientes de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala 225-93 de fecha 25 de mayo de 1993, 3174-2010 de fecha 17 de septiembre de 2010 y 1312-2012 de fecha 13 de mayo de 2013 en donde velaron por la supremacía constitucional y utilizaron el juicio de ponderación como medio para resolver en beneficio de los ciudadanos guatemaltecos. De esta cuenta también puntualizó que para solucionar la incompatibilidad que existe entre la teoría neoconstitucionalista y la teoría positivista, así como los obstáculos que enfrenta en Guatemala, es que existan reformas a las normas que permitan darle flexibilidad a los jueces y magistrados para que puedan resolver a favor del respeto de la dignidad del ser humano y una mejor aplicación de los derechos humanos fundamentales, así como los órganos jurisdiccionales puedan capacitarse para poder lograr una mejor interpretación, ponderación y argumentación a la hora de resolver casos concretos en que permitan la utilización de esta teoría, estando al día con la evolución y transformación del derecho.



BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. **Lecciones de epistemología**. Santa Fe, Argentina: Ed. Universidad Nacional del Litoral. 2004.

BIELSA, Rafael. **Derecho constitucional**. 3ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma. 1959.

BORJA, Rodrigo. **Derecho político y constitucional**. México Distrito Federal: Ed. Fondo de Cultura Económica. 1992.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 6ª ed.; Buenos Aires Argentina: Ed. Bibliográfica Omeba. 1968.

CARBONELL, Miguel. **Los derechos fundamentales en el paradigma neoconstitucional**. México: Ed. Oxford university press México S.A. 2010.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. 2ª ed.; Madrid, España: Ed. Trotta. 2005.

CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos**. Madrid, España: Ed. Trotta UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas. 2007.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico**. Compilador Miguel Carbonell en Neoconstitucionalismo, 2ª ed.; Madrid, España: Ed. Trotta. 2005.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. **Gaceta jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad** número 18. Expediente 280-90. Sentencia de fecha 19 de octubre de 1990.

DE LEÓN CARPIO, Ramiro. **Catecismo constitucional**. 7ª ed.; Guatemala: (s.d.), 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. España: Ed. Trotta. 2001.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores**. Bogotá, Colombia: Ed. F. Mantilla Espinosa. 2008.

GARCIA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. México Distrito Federal: Ed. Porrúa. 1971.

GARCÍA PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Manuales de la revista de occidente. 3ª ed.; (s.l.i). (s.d). 1953.

GINES GARCÍA, Ricardo. **Fundamentos del derecho**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Lectio. 2008.

GUASTINI, Riccardi. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano**. En Miguel Carbonell, "Neoconstitucionalismo". 2ª ed.; Madrid, España: Ed. Trotta. 2005.

GUASTINI, Ricardo. **Estudios de teoría constitucional**. 3ª ed.; México Distrito Federal: Ed. IIJ- UNAM- Fontamara. 2007.

<http://www.books.google.com.gt/books?id=c5lhK5RKY8MC&printsec=frontcover&dq=Pol%C3%ADtica+Arist%C3%B3teles&hl=en&sa=X&ei=GgyDUoWmNYnokAecj4DQBA&ved=0CCsQ6AEwAA#v=onepage&q=Tiran%C3%ADa&f=false>
(Consultado: 20 de mayo de 2017)

<http://www.cc.gob.gt>. (Consultado: 20 de mayo de 2017)

<http://edwinfigueroaag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/> (Guatemala, 6 de septiembre de 2016)

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>.
(Consultado: 6 de septiembre de 2017)

<http://www.upf.edu/filosofiadeldret/pdf/moreso-comanducci-sobre.pdf>.
(Consultado: 30 de julio de 2016)

<http://studylib.es/doc/6659031/expediente-225-93---corte-de-constitucionalidad>.
(Consultado: 20 de mayo de 2017)

<http://old.congreso.gob.gt/archivos/acuerdos/2010/CCXC0310900293174201023092010.pdf>. (Consultado: 21 de mayo de 2017)

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Ed. Porrúa. 1990.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **Derechos humanos**. 3ª ed.; Guatemala: Ed. Servitag. 2008.

LÓPEZ MAYORGA, Leonel Armando. **Introducción al estudio del derecho I**. 7ª ed.; Guatemala: Ed. Lovi. 2010.

LOWENSTEIN, Kart. **Teoría de la constitución**. Barcelona España: Ed. Ariel. 1986.

MADRAZO, Jorge. **Reflexiones constitucionales**. México Distrito Federal: Ed. Porrúa, S.A. 1994.

ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni. **Derecho constitucional y procesal constitucional**. 2ª ed.; Guatemala. (s.e.) .2012.

ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni. **Teoría general del proceso**. 2ª ed. Guatemala. (s.d.) 2011.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 1ª ed; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1982.

PEREIRA OROZCO, Alberto. **Dinámica constitucional la ruta andina para una constitución democrática**. Edición conmemorativa 1985-2015 30 años de Constitución. Guatemala: Ed. De Pereira. 2015.

PEREIRA OROZCO, Alberto y Marcelo Pablo, Ernesto Ritcher. **Derecho constitucional**. Guatemala: Ed. De Pereira. 2012.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico**. Lima, Perú. Ed. Palestra Editores S.A.C. 2011.

PRADO, Gerardo. **Derecho constitucional**. 3ª ed.; Guatemala: Ed. Renacer. 2012.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 2ª ed.; España: Ed. Trotta. 2009.

RAMELLA, Pablo. **Derecho constitucional**. 3ª ed.; Argentina: Ed. Depalma. 1986.

SAGASTUME GEMMELL, Marco Antonio. **Curso básico de derechos humanos**. Guatemala: (s.d.) 1987.

SAGASTUME GEMMELL, Marco Antonio. **Qué son los derechos humanos. Evolución histórica**. Guatemala: (s.d.) 1991.

SICHES, Luís Recasens. **Filosofía del derecho**. México: Ed. Porrúa. 1997.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas, 1948.

Convención Americana sobre derechos humanos. Pacto de San José, San José Costa Rica, 1969.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Decreto número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República. Decreto 2-89, 1989.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdía. Decreto Ley número 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdía. Decreto Ley 107, 1964.