

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



Neoconstitucionalismo y derechos humanos

M. A. Mario Eduardo Ochoa Crocker

Guatemala, mayo de 2020.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

Neoconstitucionalismo y derechos humanos

Tesis doctoral

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por el

Magister Artium Mario Eduardo Ochoa Crocker

Previo a optar al grado académico de

Doctor en Derecho Constitucional

Guatemala, mayo de 2020.

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

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

CONSEJO ACÁDEMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO
DIRECTOR
ASESOR DOCENTE
VOCAL
VOCAL
VOCAL

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

PRESIDENTE: Dr. René Arturo Villegas Lara
SECRETARIO: Dr. Aníbal Gonzáles Dubón
VOCAL: Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar

NOTA: “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).

Dictamen del consejero doctoral

Orden de impresión

DEDICATORIA

A Dios: Quien me ha permitido honrarlo con el conocimiento y la sabiduría, estando conmigo en cada momento, guardándome y teniendo misericordia siempre de mi vida.

A mis padres: Por su apoyo incondicional y por infundir en mi vida los principios morales y religiosos.

A mi familia: Principalmente a mi esposa e hija por todo su amor, comprensión y apoyo, recordándoles que las amo con todo mi corazón y que es por ellas, por quienes me esfuerzo día a día.

A mis catedráticos: Por su apoyo y por ser guías en la adquisición del conocimiento obtenido en el presente grado académico.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala: Por permitirme investigar en su nombre y darme oportunidad de ser parte de su selecto grupo de científicos del derecho.

ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

Los derechos humanos, acepciones, generalidades y consideraciones

1.1 Conceptualización de los derechos humanos.....	1
1.1.1 Enigma de la expresión derechos humanos.....	2
1.1.2 Inmediación axiomática de los derechos humanos.....	8
1.2 El camino a la positivación de los derechos humanos.....	13
1.2.1 Perspectivas doctrinales en el orden de la positivación.....	14
1.2.1.1 Tesis iusnaturalista.....	14
1.2.1.2 Tesis positivista.....	18
1.2.1.3 Tesis realista.....	22

CAPÍTULO II

El derecho constitucional, su desarrollo y devenir histórico

2.1 El derecho constitucional, una definición conceptual.....	29
2.2 Principales referencias históricas del derecho constitucional.....	39
2.3 El constitucionalismo liberal.....	43
2.3.1 La expansión del constitucionalismo liberal.....	47
2.4 El surgimiento del constitucionalismo social.....	50
2.5 El constitucionalismo contemporáneo.....	51
2.6 Principales aspectos históricos, en el desarrollo constitucional de Guatemala.....	53

CAPÍTULO III

El Estado y el derecho constitucional, enunciados para los derechos humanos

	63
3.1 El Estado y el derecho, la regulación de una legislación de derechos humanos.....	64
3.2 Los orígenes del término soberanía popular y relación con los derechos humanos.....	69
3.3 Los derechos humanos y el Estado de derecho.....	73
3.4 Exigencias para que exista un Estado liberal de derecho.....	75
3.5 La línea tomada hacia el Estado social de derecho.....	78

CAPÍTULO IV

El neoconstitucionalismo, una innovación del constitucionalismo tradicional

4.1 Referencias del neoconstitucionalismo.....	89
4.2 Aproximaciones conceptuales al neoconstitucionalismo.....	94
4.3 Características del neoconstitucionalismo.....	100
4.4 La incorporación de derechos humanos a las Constituciones neoconstitucionales.....	110
4.5 Teorías opuestas al neoconstitucionalismo	121

CAPÍTULO V

La ponderación y la subsunción, técnicas de la interpretación neoconstitucional

5.1 Teoría de la argumentación jurídica	139
5.2 La ponderación y la subsunción como principales instrumentos interpretativos del neoconstitucionalismo.....	146
5.3 El juicio de ponderación en el neoconstitucionalismo.....	150
5.4 El funcionario que imparte justicia y el neoconstitucionalismo.....	156

5.5 Supremacía y rigidez constitucional, su función con los derechos humanos	160
5.6 El sistema de justicia neoconstitucional y los derechos humanos.....	165
5.7 Las prácticas jurisprudenciales ante el neoconstitucionalismo.....	170
5.8 La interpretación constitucional extensiva y creación jurisprudencial en derechos humanos.....	174

CAPÍTULO VI

Neoconstitucionalismo y derechos humanos

	181
6.1 Los derechos subjetivos y los derechos humanos, una apreciación conceptual diferente, pero con un mismo fin.....	182
6.2 Los derechos humanos y su protección en el derecho internacional...	187
6.3 Las garantías supranacionales de los derechos humanos.....	191
6.4 La protección procesal efectiva y tutela de los Derechos Humanos...	195
6.5 La aplicación del bloque de constitucionalidad, como búsqueda de mejores estándares de protección a los derechos humanos.....	202
6.6 El control de convencionalidad como inspección a la constitucionalidad.....	212
6.7 Neoconstitucionalismo y derechos humanos, aspectos conclusivos.....	219
 CONCLUSIÓN	 227
REFERENCIAS	229

INTRODUCCIÓN

Con el interés de aportar nuevos conocimientos, el presente trabajo de investigación y análisis de la doctrina consultada se describe el neoconstitucionalismo y los derechos humanos. Cabe mencionar que una de las corrientes más novedosas que pretende mejorar la consolidación y expansión de la democracia constitucional y protección de los derechos humanos. Que esta, ha reforzado la vigencia del argumento de los principios en el derecho, sustentando el valor normativo de la Constitución y el efecto positivo con los derechos humanos. Esto hace que el neoconstitucionalismo, presente una nueva forma de tutelar los derechos humanos a través de la justicia constitucional y que igualmente presenta una concepción contemporánea de ellos para su goce y disfrute.

Es necesario reconocer que la evolución del constitucionalismo y sus corrientes de pensamiento o ideales de un Estado, el cual sitúa a la Constitución como cúspide de su sistema de gobierno, ha apostado, más que por buscar una forma de Estado, por situar a los derechos humanos como la cúspide de su organización. Como es sabido, todo Estado se encuentra fundamentado de corrientes filosóficas de pensamiento y estas, a su vez, crean el andamiaje que forma el derecho que los rige. El Estado, a su vez, está basado en principios jurídicos, valores y reglas, los cuales cada uno de ellos posee sus características esenciales.

En tal sentido, podemos decir que el Estado de legalidad ha sido progresivo, pues su modelo de constitucionalismo y postulados iniciales, han evolucionado,

encontrando nuevos fundamentos ideológicos denominados neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o el constitucionalismo del siglo XXI. Cada una de estas conceptualizaciones de un modelo de constitucionalidad particular, se define de la misma manera; es decir, un Constitucionalismo innovador que busca, no solo los que los gobernantes y los Organismos de Estado, realicen una sumisión a los postulados creados por el constituyente, sino que sitúen al ser humano y sus derechos fundamentales, como el principal objetivo para el ejercicio de las funciones en el sistema de gobierno y de justicia.

Importante es conocer que el modelo neoconstitucional, entre otros aspectos que favorecen al ciudadano, como sujeto titular de una Constitución, busca que las relaciones que poseen los Organismo Legislativo, Ejecutivo y Judicial, conlleven un moderación y armonización con los derechos humanos, más aún con las garantías que estos deban de dar para su reivindicación y no solo el sistema de justicia, como último actor de esta función. En tal sentido, podrá apreciarse en la investigación, la evolución que ha tenido el sistema de justicia, principalmente en la práctica constitucional, pues al funcionario encargado de la tutela de los derechos fundamentales, el neoconstitucionalismo, basado en sus postulados, le presenta una serie de herramientas, mecanismos y fuentes modernas de aplicación del derecho nacional e internacional, buscando una tutela de estándar más amplio e integral.

Estas herramientas descritas, como *control de convencionalidad*, buscan que los jueces encuentren nuevas fuentes de derecho en el ámbito constitucional, para con los de derechos humanos; esto a través de los instrumentos internacionales creados dentro

del sistema interamericano y universal de Derechos Humanos, pudiendo utilizar también, sentencias de tribunales supranacionales especializados en la materia, los cuales han sentado criterios sobre la protección de determinados derechos fundamentales. Este nuevo parámetro, se incluye en el denominado *bloque de constitucionalidad* que poseen para el efecto los jueces del orden constitucional en Guatemala; su aplicabilidad, busca que el juez constitucional, al momento de realizar su función para la tutela de los derechos humanos, busque dimensiones relacionadas con los valores morales, éticos, como primer plano y los jurídicos como subsiguientes; es decir, la naturaleza axiológica de los derechos humanos.

Utilizando los anteriores supuestos, la herramienta de la subsunción y la ponderación, son ejercicios los cuales buscan apreciar los principios que concurren a un caso de violación de determinado derecho humano; estos mecanismos se deben implementar como una forma para dar una tutela eficiente, sopesando la forma idónea en que se aplican los principios, valores y las posibilidades jurídicas y reales existentes del caso; los cuales a través de las reglas y consideraciones de hecho, sobresalen sobre los postulados cuando las normas son incompatibles o contravienen una protección integral de un derecho humano puesto en discordia.

Expuesto lo anterior, como una breve síntesis de que conlleva el neoconstitucionalismo y los derechos humanos, en el enfoque de una protección y forma de interpretación en el sistema de justicia constitucional novedoso e idóneo, la esencia de la presente investigación se desarrolla en una fuente eminente doctrinaria, con postulados, teorías. Asimismo, de mostrar las relación y vinculación íntima que

poseen los derechos humanos con los postulados del neoconstitucionalismo; dar a conocer los axiomas de esta metateoría y principalmente la herramienta útil que puede ser para la aplicación del sistema de justicia constitucional guatemalteco. Se mostrará que es necesario disminuir el excesivo subjetivismo jurisdiccional que muchos tribunales aún siguen aplicando para resolver garantías constitucionales, pues para la tutela de los derechos humanos, la función jurisdiccional debe ser innovadora y dinámica.

Por lo anterior, se planteó como problema principal de la presente investigación: "La necesidad de adquirir nuevos conocimientos sobre la protección de los derechos humanos y poder establecer si, el neoconstitucionalismo plantea o no un nuevo modelo de constitucionalidad a través de un conjunto de mecanismos normativos e institucionales; si esta corriente constitucional, busca sostener de mejor manera el resguardo y defensa de los derechos humanos".

Sobre ese problema surgió la siguiente interrogante: ¿Es el neoconstitucionalismo un vocablo conformado por un referente temporal de actualización constitucional o una concepción de esa materia, surgida de un fenómeno social-político y jurídico, originado como herramienta de protección a los derechos humanos, el cual posee principios y valores sobre un discurso moral de métodos, protección e interpretación especial, para los derechos fundamentales?

De lo anterior, se planteo la siguiente hipótesis: El neoconstitucionalismo, atendiendo sus características, principios y parámetros; si bien es cierto, puede poseer

rasgos del constitucionalismo clásico, este obtiene nuevas bases, dentro de los acontecimientos suscitados en el siglo XX y XXI, en Europa, relacionados con violaciones masivas a derechos humanos; por tal razón, estas circunstancias dieron origen a una nueva e idónea defensa de derechos fundamentales dentro del neoconstitucionalismo, que encontró, en el campo del constitucionalismo y justicia constitucional, posibilidades más jurídicas que políticas, a través herramientas que los jueces constitucionales pueden utilizar, por medio del bloque de constitucionalidad y herramientas de ponderación y la subsunción pudiendo con ello, discernir en una mejor tutela de los derechos humanos.

Para desarrollar la investigación y poder comprobar las anteriores hipótesis, la presente investigación teórica-científica se desarrolla en seis capítulos, mencionados de la siguiente manera: el capítulo primero denominado: Los derechos humanos, acepciones, generalidades y consideraciones, el cual se encuentra integrado por aspectos filosóficos e históricos sobre los derechos humanos, sus elementos y las relaciones íntimas y necesarias con el derecho constitucional y el constitucionalismo. El capítulo segundo identificado como El derecho constitucional, su desarrollo y devenir histórico, el cual se integra con postulados generales y axiomas del derecho constitucional; asimismo, la historia que el derecho constitucional ha mostrado a lo largo del tiempo tanto en el sistema occidental como en el anglosajón, mostrando una breve historia del constitucionalismo guatemalteco. El capítulo tercero titulado como El Estado y el derecho constitucional, enunciados para los derechos humanos; en este apartado, se describe la relación que guarda el Estado de derecho y con el Estado Constitucional de derecho, mostrando los distintos modelos de Estados constitucionales, acorde a su

filosofía de creación y su importe reconocimiento y protección, por medio de una disposición Constitucional. En capítulo cuarto, titulado: “El neoconstitucionalismo, una innovación del constitucionalismo tradicional” en este describe circunstancias generales, características y nociones entre otros aspectos propios e importantes de esta corriente del derecho constitucional y como a lo largo de distintos eventos mundiales y movientes sociales, han ido evolucionando sus principales instituciones. El capítulo quinto denominado La ponderación y la subsunción, herramientas de la interpretación neoconstitucional; en este, se describe conocimiento sobre elementos, herramientas y teorías sobre la aplicación de estas teorías a los mecanismos de protección constitucionales para el resguardo de los derechos humanos; el rol que los funcionarios de justicia, principalmente de la justicia constitucional pueden aplicar para el efecto. El capítulo sexto, que hace honor al tema de la investigación denominado Neoconstitucionalismo y derechos humanos, en donde se muestran aspectos conclusivos la presente investigación, los mecanismos de interpretación a los que apuesta el neoconstitucionalismo y sus herramientas a través del control de convencionalidad y bloque de constitucionalidad. En este, se realiza un análisis concluyente del neoconstitucionalismo ante los derechos humanos y las principales herramientas y mecanismos que permiten, su idónea aplicación. Finalmente, se muestra la conclusión general de la investigación y fuentes bibliográficas del presente compendio de doctrina constitucional.

Con la presente investigación, el suscrito espera el suscrito proporcionar una fuente de conocimiento en el ámbito científico y académico; que esta pueda aportar a la escuela de postgrado, pregrado, especialistas o apasionados de la ciencia del derecho

constitucional, nuevos conceptos, teorías, definiciones, valores y, sobre todo, un discernimiento sustancial de cómo se presenta el neoconstitucionalismo ante los derechos humanos.

CAPÍTULO I

Los derechos humanos, acepciones, generalidades y consideraciones

En el presente apartado de la investigación se ilustrará la temática de los derechos humanos, tomando en cuenta el contexto inicial y eje toral de la presente investigación; cómo estos han sido descritos y denominados y apreciar las distintas perspectivas, argumentaciones y consideraciones doctrinarias que esta materia conlleva a lo largo de su evolución histórica. Se conocerán también los distintos elementos, características y fundamentos filosóficos y científicos que se desarrollan y que obran en las distintas definiciones, en el marco de los axiomas existentes, partiendo de la evolución, contextos políticos y sociales, los cuales, durante el tiempo, han logrado la incorporación en textos constitucionales y la inspiración humanista de algunos Estados.

1.1 Conceptualización de los derechos humanos

Previo a ensayar una definición de los derechos humanos, es necesario conocer a que se refiere muchas veces, el término derechos humanos, sus contextos en el cual pudiera definirse y muchas veces como se ha confundido con otros términos, que se cree, se consideran tener el mismo significado, más sin embargo no poseen los mismos parámetros. En ese sentido se hace necesario ampliar el conocimiento para el lector sobre citado concepto.

1.1.1 Enigma de la expresión derechos humanos

Para analizar más detenidamente el concepto de derechos humanos y todas sus implicaciones en el sentido amplio y estricto de la palabra, el profesor Antonio Enrique Pérez Luño, describe en palabras de Horkehimer:

Que si se pregunta al hombre común que explique lo que entiende por el término razón, casi siempre reaccionará con vacilación y embarazo. Sería un error, creer que tal actitud surge del conocimiento muy profundo, o de un pensamiento demasiado abstruso para poder ser expresado en palabras.¹

En realidad, lo que revela Max Horkehimer “es la sensación de que no hay nada que indagar, que el concepto de razón se explica por sí mismo y que la propia pregunta es superflua”.²

En la mayoría de los casos que conlleve un tipo de apreciación ciudadana sobre este concepto, posiblemente se disputaría que es cuestión es superflua, por la pretendida evidencia que cada ser humano tiene sus propios derechos. Ahora bien, en cuanto se profundice en el alcance que cada persona otorga a esta expresión, o se intente pormenorizar el conjunto de atribuciones que se estime se derivan de tales derechos, las divergencias serán notables, sin que falten las respuestas contradictorias. Es más, algunas, experiencias realizadas sobre el particular ofrecen resultados tan desalentadores, por el grado de confusionismo y desorientación que revelan, como una

¹ A. E. Pérez Luño. (2010). *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*. 10ª Edición. Madrid, España: Tecnos. ISBN 978-84-309-5135-2.

² M. Horkheimer, citado por Pérez Luño. *Ibidem*. Pág. 23

reseña por Karel Vasak. Se trata de un sondeo realizado en Estados Unidos, donde se interrogó a unos viandantes, tras leerles algunos textos de derechos humanos sobre las ideas que estos les habían surgido. En la mayor parte de los casos, dichos textos les evocaron máximas extraídas de *El capital o del manifiesto de Karl Marx*.³

El dato tiene un valor principal, pero sería un error negarle todo alcance ideológico; podría explicarse este fenómeno por la existencia de ciertos términos cuyo uso alcanza tal difusión en un determinado momento o ámbito social, que incluso pueden llegar a constituir signos caracterizadores de las inquietudes de una época, o del entero modo de pensar de una cultura. Tales términos son patrimonio del lenguaje común y constituyen una especie de moneda ideal con la que se valoran las distintas concepciones y realidades sociales. Uno de estos términos es, sin duda, la expresión derechos humanos o derechos de hombre, que ya en el siglo XVIII se presentó como criterio inspirador y medida de todas las instituciones jurídico-políticas y que, tras la segunda posguerra mundial de nuestro siglo, se ha erigido en una idea de guía de la doctrina y praxis política. Hoy estamos acostumbrados a observar cómo, con referencia a determinadas obras artísticas, literarias e incluso cinematográficas, la crítica hace referencia a su valor desde el punto de vista de su postura frente a los derechos humanos. Observemos también que los comentaristas políticos de la prensa suelen servirse del modelo de *derechos humanos* para enjuiciar las alternativas de la realidad social y política. Es notorio que los derechos humanos han servido de motivación ideal para el funcionamiento de diversas organizaciones internacionales, de objeto de numerosas convenciones y reuniones, incluso de acicate para la actividad pastoral de

³ K. Vasak. *Discussion*. citado por Pérez Luño. *Ibíd.* Pág. 23

las iglesias. Los derechos humanos funcionan, en otra perspectiva, como bandera en la lucha reivindicatoria de las personas y los grupos que se consideran marginados de su disfrute. Los ejemplos podrían multiplicarse, ya que a todos les es dado advertir la importancia primaria que ha asumido la noción de los derechos humanos en el tratamiento de la argumentación más variados de carácter social, político o jurídico, por lo que, a medida que el ámbito y uso del término *derechos humanos*, se ha ido intensificando, su contexto se ha tornado más impreciso trayendo como resultado una pérdida gradual de su significación descriptiva en determinadas situaciones o exigencias jurídico-políticas, en la misma medida que en su dimensión emocional ha ido ganando terreno. Esta situación ha justificar o agudizar ciertas actitudes, desde posturas en las que el término *derechos humanos* se ha utilizado con significaciones muy diversas. Pudiera creerse que esta significación oscura y contradictoria de los derechos humanos, motivada por la hipertrofia de su empleo, era privativa del lenguaje vulgar y especialmente, en la praxis política; sin embargo, viene disipar cuanto antes esta presunción, ya que en el lenguaje de la teoría política, ética o jurídica la expresión derechos humanos ha sido empleada también con diversas significaciones (equivocaciones) y con indeterminación e imprecisión notable (vaguedad). Los teóricos no han podido eliminar el halo emotivo que circunda a la expresión “derechos humanos ni sustraerse a sus implicaciones ideológicas; es más, en muchas ocasiones sus tesis se han dirigido de forma expresa a potenciarlas”.⁴

Menciona Pérez Luño que, para algunos, los derechos humanos suponen una constante histórica cuyas raíces se remontan a las instituciones y el pensamiento del

⁴ A. E. Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 24

mundo clásico. Otros, por el contrario, sostienen que la idea de los derechos humanos nace con la afirmación cristiana de la dignidad moral del hombre en cuanto persona. Frente a estos últimos, a su vez, hay quien afirma que el cristianismo no supuso un mensaje de libertad, sino más bien una aceptación conformista del hecho de la esclavitud humana. Sin embargo, lo más frecuente es considerar que la primera aparición de la idea de derechos humanos del hombre tuvo lugar en la lucha de los pueblos contra el régimen feudal y la formación de las relaciones burguesas. Unas veces se considera que los derechos humanos son el fruto de la afirmación de los ideales iusnaturalista, en tanto que en otras se considera que los términos *derechos naturales* y *derechos humanos* son categorías que no se implican necesariamente, o incluso, entre las que antes de una continuidad, existe una alternativa. De otra parte, es muy corriente sostener que los derechos humanos son producto de la progresiva afirmación de la individualidad. Ahora bien, menciona el citado autor, mientras hay quien estima que tal afirmación solo se produce tras la disolución del orden iusnaturalista, en cuanto al orden universal, histórico y heterónimo, incompatible con la autonomía y el subjetivismo ético del mundo moderno en el que se edifican los derechos humanos, se sostiene, desde otra óptica, con idéntica *pathos* la tesis contraria, esto es que se fue el iusnaturalismo, en cuanto ética de la razón, el fundamento inspirador del clima liberal y democrático en el que surgieron los derechos del hombre. La ética individualista sobre la que se edifican las reivindicaciones de los derechos humanos en la edad moderna fue considerada, en un trabajo clásico sobre la cuestión, directamente encaminada a posibilitar el derecho a la libertad religiosa. Sin embargo, no es hoy menos clásica la teoría que explica que el nacimiento de los derechos humanos con base en un criterio económico: la necesidad de justificar y

defender el derecho de propiedad del hombre burgués, sin que haya faltado la clara demostración de las conexiones entre la nueva ética individualista y la génesis del capitalismo moderno. Las controversias no se agotan aquí; buena prueba de ello nos ofrece el esfuerzo doctrinal encaminado a poner en discusión la raíz individualista de los derechos humanos, en aras de la reafirmación de su significado social. A tenor de estas posturas:

No debe extrañar que cuando se ha pretendido llevar a cabo una fundamentación filosófica de los derechos humanos haya sido imposible llegar a un acuerdo general, e, incluso, que se haya contestado la misma posibilidad de buscar un fundamento absoluto para tales derechos. El desacuerdo no ha sido privativo de la especulación filosófica y el hecho de que se haya producido a escala internacional algunos documentos que parezcan reflejar un amplio consenso sobre la necesidad de reconocer los derechos humanos, no debe interpretarse como el reflejo de una concepción unánime de su significado.⁵

Lo anterior permite apreciar que el profesor Pérez Luño hace alusión a la expresión de los derechos humanos y que esta no puede ser simple, más bien es compleja; esto porque existen fuentes como la misma teoría y, a su vez, la práctica en la defensa de los derechos humanos, las que contribuyen a que este concepto pueda ser definido en una circunstancia muy compleja. Por esto, sería muy aventurado proponer un aserto que abarque la mayoría de los elementos o circunstancias que puedan dar un parámetro de lo que se debe entender por un derecho humano, de manera que es muy difícil un alcance o apreciación definitiva sobre estos.

⁵ *Ibíd.* Pág. 26

Por su parte, según el planteamiento de Norberto Bobbio, los derechos humanos tienen tres tipos de alcances, mencionando que:

Los derechos humanos pueden tener tres tipos de definiciones:

- a) Tautológicas, que no aportan ningún elemento nuevo que permita caracterizar tales derechos. Así, por ejemplo, “los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre”;
- b) Formales, que no especifican el contenido de estos derechos, limitándose a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto. Del tipo de “los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres y de los que ningún hombre puede ser privado”;
- c) Teleológicas, en las que se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones: “los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización.”⁶

Con lo anteriormente descrito, se aprecia que Norberto Bobbio, al mencionar que los derechos humanos se pueden concebir desde la idea de un perfeccionamiento de la persona humana, su progreso social o el desarrollo de la civilización, esto nada más permitirá crear controversias que dependen de la perspectiva ideológica desde las cuales se interprete. Por otra parte, tal acuerdo se desvanece en cuanto a compendiar el sentido de los valores a los que se remiten cada circunstancia del ser humano, pudiendo este estar en determinadas circunstancias que creen una nueva necesidad o

⁶ *Ibidem*. Pág. 27

incorporar un determinado elemento a lo que, para este, deba de ser un derecho humano.

1.1.2 Inmediación axiomática de los derechos humanos

Teniendo estos el anterior aspecto y partiendo de un análisis interesante y poco utilizado en el campo ideológico y social, continuaremos conociendo como el Profesor Pérez Luño presenta una propuesta o sus bases para poder definir los derechos humanos recordando un argumento fundamental para intentar definir los derechos humanos:

Quien negará que se elevó su corazón y que, en su pecho, más libre latió la sangre con más pureza cuando se elevó el primer fulgor del nuevo sol cuando se oyó hablar de los derechos del hombre, comunes para todos, de la libertad embriadora y de la hermosa igualdad; entonces cada cual esperó vivir por sí mismo, parecía romperse la cadena que aherrojaba a muchos países y que sostenía en su mano el ocio y el egoísmo.⁷

Por otra parte, el profesor Gregorio Peces-Barba definió a los derechos humanos como:

La facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres,

⁷ W. Goethe. *Hermann y Dorothea*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 50.

de los grupos sociales y del Estado y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.⁸

El profesor Peces-Barba incorpora elementos sustanciales basados en los principios fundamentales de los derechos humanos, vale la pena resaltar que al mencionar que el desarrollo de estos, en aspectos políticos y social resaltando cualquier otra circunstancia elemental del ser humano para el desenvolvimiento como persona, deja un campo abierto a cualquier otro contexto necesario en que sea indispensable el desenvolvimiento de los derechos fundamentales.

Se presenta también como importante la apreciación y definición de Pérez Luño que posteriormente se escudriñara en tres fundamentos indispensables y es la de ser un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional y los tres aspectos en referencia son los siguientes:

- a) Puede objetarse que al definir los derechos humanos como unas facultades que corresponden a las necesidades de los seres humanos se está incurriendo en una tautología. Ahora bien, la referencia inmediata a los valores de los que tales facultades constituyen una concreción y la insistencia en el carácter histórico con que esta se lleva a cabo, son datos que contribuyen a una determinación del significado de esos derechos. Es particularmente necesario recalcar el sentido histórico de los derechos

⁸ G. Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 53

humanos, ya que la propia experiencia se ha encargado de desvanecer, en menos de dos siglos, la ilusión iluminista de unos derechos humanos válidos *Semper et ubique*. Ya en el pasado siglo los *Grudzuge des Naturrechts oder der Rechetsphilosophie* (1804) de August Roder, en donde se trazaba un minucioso catálogo de derechos y deberes humanos, algunos de ellos tan insólitos como el de no hacer preguntas embarazosas, o el de no entrar en una estancia sin hacer anunciar, fueron objeto de la aguda ironía de Rudolf von Ihering. Del mismo modo existen, hoy derechos que juzgamos muy importantes, especialmente en el plano económico social, que ni tan siquiera fueron intuidos por autores de las declaraciones del XVIII.⁹

Al respecto, el autor hace énfasis en este primer aspecto al elemento histórico y su relación con las distintas circunstancias que se dieron durante la época y como estas influyeron en conocer o resaltar una necesidad de protección a ciertas circunstancias principalmente sociales, las cuales quedan fuera de su reconocimiento; es decir, que se ponía énfasis a los derechos individuales.

b) De otro lado, el apelar a los valores de la dignidad, la libertad y la igualdad pudiera entenderse como clara incidencia de estas propuestas definitiva en el ámbito de las llamadas “definiciones teleológicas” esto, es de remitirse a valores de contenido impreciso. Sin embargo, los valores reseñados pueden considerarse los tres ejes fundamentales en torno a los cuales se ha centrado siempre la reivindicación de los derechos humanos, revistiendo, eso sí, en

⁹ Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 53.

distintos momentos histórico su contenido diverso, el conjunto de facultades e instituciones destinadas a explicitarlos. La dignidad humana ha sido en la historia y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona. Su importancia en la génesis de la moderna teoría de los derechos humanos es innegable. Baste recordar que la idea de dignidad del hombre, como ser éticamente libre, parte todo el sistema de derechos humanos de Samuel Pufendorf, que, a su vez, fue fermento inspiración de las declaraciones americanas. La libertad constituye, desde siempre, el principio aglutinante de la lucha por los derechos humanos, hasta el punto de que, durante mucho tiempo, la idea de libertad, en diversas manifestaciones, se identificó con la propia noción de los derechos humanos. Es significativo que, incluso en nuestros días, en un interesante estudio sobre la existencia de derechos naturales desarrollado en el marco de uno de los más decididos movimientos de crítica radical de la tradición metafísica, se reconocía como único derecho natural la libertad. Se trata del análisis lógico llevado a cabo por Herbert Hart, quien ha limitado la posibilidad de existencia de derechos naturales a un solo derecho “the equal rith of all men to be free”. Respecto a la igualdad debe recordarse, en nuestro tiempo, al ser considerado como un postulado fundamentador de todas las modernas construcciones teóricas y jurídicas-positivas de los derechos sociales.¹⁰

¹⁰ Ídem.

Como segundo punto, el autor describe el fundamento que tienen los derechos humanos sobre los valores de dignidad, libertad e igualdad, a los cuales les consideró más que valores, los principios fundamentales e iniciadores de los derechos humanos. Estos pedestales se sostienen hoy en día en la teoría moderna de los derechos humanos, los cuales son indiscutibles, porque estos son inherentes a toda persona; es decir, a aquel ser humano que se considere como tal un ser humano, refiriéndome específicamente a la dignidad. En cuanto a la libertad, recordado como el primer derecho humano en reconocerse, este ha ido teniendo su propio significado y ámbitos; es decir, la posibilidad de manifestar y de hacer o desempeñar cualidades como persona y, finalmente, la igualdad, la cual se considera como una posibilidad más a la inclusión social que a los derechos individuales, aunque no debería tener limitación en ambos derechos para el estricto desenvolvimiento humano.

- c) Por último, menciona el autor, pudiera estimarse que aludir a la necesidad de la positivización de este conjunto de facultades se estaban incurriendo en un enfoque formalista al no hacerse mención expresa de la realización efectiva de los derechos humanos. debe, por eso, advertirse que el reconocimiento positivo de tales derechos se entiende a quien su sentido más amplio, que incluye lo mismo, los instrumentos normativos de positivación que las técnicas de protección y garantía.

Al referirse el consultado autor a la positivación de los derechos humanos con sus principios mencionados anteriormente, es querer reconocer la inclusión que estos han tenido en textos constitucionales principalmente o en otro documento de tal

característica y poder tener con esto un instrumento legal que permita su aplicación y reconocimiento. Finalmente, la definición que demuestra el autor en sus líneas incorpora dos grandes dimensiones que integran la noción general de los derechos humanos, esto es, la exigencia iusnaturalista respecto a su fundamentación y las técnicas de positivización y protección que dan la medida de su ejercicio. Es evidente que con esa propuesta de definición no se pretende haber dado una respuesta satisfactoria a toda la serie de problemas que, como se ha tenido ocasión de comprobar, comporta cualquier intento definitivo de los derechos humanos. Pero a través del análisis de los principales usos lingüísticos de la expresión, se ha pretendido ir aclarando el ámbito en el que esta puede ser empleada con sentido, al menos, ese propósito ha guiado las reflexiones que anteceden.

1.2 El camino a la positivación de los derechos humanos

Cuando se hace referencia al problema de la positivación de los derechos humanos, se puede estar aludiendo a dos cuestiones de distinta naturaleza y que, por tanto, revisten diversas implicaciones. Unas veces se requiere significar con esta expresión la postura de quienes se han ocupado de esta materia. Se trata entonces de una cuestión primordialmente doctrinaria que concreta en las distintas construcciones teóricas que han intentado explicar o incluso han servido de fondo ideológico de tal proceso. Desde esta perspectiva, la positivación de los derechos humanos es considerada como un aspecto del proceso general de formación de reglas jurídicas; la positivación de los derechos fundamentales viene entendida como su formulación normativa a través de unos preceptos emanados de aspectos formales.

1.2.1 Perspectivas doctrinales en orden de la positivación

Nuevamente el profesor Pérez Luño muestra las tres corrientes doctrinarias de la positivación de los derechos humanos, recordando que la lucha por el reconocimiento de la dignidad de la persona humana puede considerarse como una constante movimiento en la evolución de la filosofía jurídica y política humanista, la tendencia a la positivación de las facultades que tal dignidad entraña se pueden considerar como una inquietud estrechamente ligada a los planteamientos doctrinales de la hora presente. En todo caso, si se tiene siendo estas la tesis iusnaturalista, la tesis positivista y la tesis realista.

1.2.1.1. Tesis iusnaturalista

Con el nombre de iusnaturalismo se agrupan históricamente una serie de doctrinas muy heterogéneas e incluso contradictorias, que han servido para defender y fundamentar la existencia del derecho natural. La tantas veces aludida equivocidad del derecho natural, nace precisamente del carácter cambiante y contradictorio de lo que en cada época y ambiente se ha considerado como derecho correspondiente a la naturaleza y de la función jurídico-política que de ello se hacía derivar. Las distintas concepciones iusnaturalista si en algo han coincidido han sido en afirmar la existencia de unos postulados de juricidad anteriores y justificadores del derecho positivo. Por este motivo, nos recuerda Battaglia que:

La afirmación de que existen algunos derechos esenciales del hombre en cuanto tal, en su cualidad o esencia absolutamente humana, no se puede separar del

reconocimiento previo y necesario de un derecho natural; natural en cuanto distinto del positivo y, a su vez, preliminar y fundamental respecto a este.¹¹

Esta idea es un lugar común en el iusnaturalismo clásico y medieval, pero en lo que respecta a la teoría de los derechos naturales, halla su formulación más precisa y acabada en las construcciones de los siglos XVII y XVIII. Las teorías iusnaturalistas coinciden en “contemplar el proceso de positivación de los derechos humanos como la consagración normativa de unas exigencias previas, de unas facultades que le corresponden al hombre por el mero hecho de serlo; esto es, por su propia naturaleza”.¹²

Desde esta perspectiva, la positivación asume un carácter puramente declarativo y será considerada como la culminación de un proceso que tiene origen en las exigencias que la razón postula como imprescindibles para la convivencia social. Para el iusnaturalismo el término *derecho* no coincide con el de derecho positivo y, por tanto, defiende la existencia de unos derechos naturales del individuo originario e inalienable, en función de cuyo disfrute surge el Estado. De ahí que la positivación de los derechos humanos se presenta bajo esta óptica como el reconocimiento formal por parte del Estado de unas exigencias jurídicas previas que se encarnan en normas positivas para mejor garantía de su protección. La actitud iusnaturalista menciona el profesor Pérez Luño, ante el problema de la positivación ha hallado una certera síntesis en el pensamiento de Maritain, quien ha afirmado “la existencia de derechos naturalmente

¹¹ F. Battaglia. *Declaraciones de derechos, en su volumen Estudios de teoría del Estado*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 55

¹² Crf. A. Truyol y Serra. *Los derechos humanos*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 55

inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil el **otorgar**, sino el de **reconocer** y sancionar”.¹³ [El resaltado es propio]

En la misma idea del carácter declarativo del reconocimiento estatal de los Derechos Humano ha insistido, entre nosotros, el profesor Fernández-Galiano, para quien tal acto equivale a constatar la existencia de esos derechos como previa y anterior a toda ley positiva “en la misma noción de reconocimiento yace implícita la idea de que tales derechos no traen su origen del ordenamiento jurídico, el cual se limita a dar fe de que existen, proclamando su vigencia”.¹⁴

En las principales declaraciones del XVIII, fruto de la inspiración iusnaturalista, se advierte también el sentido declarativo que en ellas asumía la positivación de los derechos fundamentales. Así, en el párrafo primero de la declaración de los derechos del buen pueblo de Virginia de 1776 se lee que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún acuerdo, privar o despojar a su posteridad. En la misma línea proclamaba el artículo segundo de la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que la meta de toda asociación política residía en la *conservation des droits naturels et imprescriptibles del hombre*. En algunas de las más importantes declaraciones de nuestro tiempo se ven reafirmados estos principios, como ejemplo la afirmación

¹³. J. Maritain. *Acerca de la filosofía de los derechos del hombre*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 56

¹⁴. A. Fernández-Galiano. *Derecho natural. Introducción a la Filosofía al derecho*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 56

contenida en el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la organización de naciones unidas de 1948, que establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.¹⁵

También la retunda profesión de fe iusnaturalista que implican las palabras con que se inicia la encíclica *Pacem in terris*, de Juan XXIII. Se afirma en este texto de 1963 que:

En toda convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona; es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre y que, por tanto, de esa misma naturaleza y directamente, nacen al mismo tiempo derechos y deberes que, al ser universales e inviolables, son también absolutamente inalienables.¹⁶

El juicio anterior hace alusión a que el iusnaturalismo se ha identificado a lo largo de la historia con el derecho natural y el derecho natural, a su vez, derivado a los distintos ciclos en que el ser humano ha vivido, ha sido cambiante y, por ende, en un contexto político el derecho natural podría ser versátil. En cuanto a esta teoría, siempre propugna que la perspectiva para poder incorporar el derecho natural a una positivación o incorporación a algún texto ha sido únicamente un proceso de manera expresiva, aduciendo que el término ‘derechos humanos’ surge en su punto, cuando se dan condiciones necesarias para el ser humano, que posteriormente serán la base de un Estado. En ese contexto, siempre en el ámbito declarativo, se traen a colación las

¹⁵ Artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

¹⁶ Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 58

principales declaraciones que han tenido como fin dar el paso del derecho natural al derecho positivo en cuanto a los derechos humanos, tal es el caso de la Declaración del Buen Pueblo de Virginia en 1776 y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, instrumentos que incorporan una notable autodeterminación del pueblo, reconociendo como derecho natural la libertad y la independencia de quienes se consideraran parte de esos movimientos sociales; vale resaltar que este mismo cuerpo describe por intención de quienes lo crean, que por ser derecho natural inherente al ser humano, cualquier cuerpo posterior que pretenda restringir esos derechos, será nulo para el conglomerado social. Concluye el apartado consultado con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas reconocida por la mayoría de los países y Estados como inspiración de sus textos constitucionales y la cual reitera siglos posteriores que la libertad es un derecho natural, inherente por la misma naturaleza de serlo el cual es inviolable por los Estados.

1.2.1.2 Tesis positivista

Esencialmente distinta es, en este aspecto, la postura que sustentan los partidarios del positivismo jurídico. Desde su punto de vista, la juricidad se identifica con la noción del derecho positivo, con las normas jurídicas positivamente establecidas. Cualquier creencia en normas objetivamente válidas anteriores a tal derecho aparece como el producto de una posición metafísica e inaceptable. De ahí que el proceso de positivación sea entendido por los positivistas como un aspecto más de las reglas generales que presiden la creación del derecho en el ordenamiento estatal. Esta

dirección tiene uno de sus más representativos exponentes en Bentham, quien en su famoso opúsculo *anarchical fallacies: being and examination of the declaración of fights issued during the french revolution* había puesto de relieve la incongruencia jurídica que engañaba la exigencia de unos derechos anteriores al Estado. En su opinión donde no existen leyes positivistas no hay Estado ni hay y el afirmarlo entraña una peligrosa comparación cuya falacia se pone de manifiesto ante la propia necesidad de recurrir a la ley escrita para definir esos sedicentes: derechos naturales del hombre. Para Bentham resultaba inexplicable que de un órgano como la asamblea revolucionaria francesa, del que formaban parte prestigiosos juristas, pudiera surgir un texto tan absurdo desde el punto de vista del derecho como la declaración de 1789. Las razones por las que se desea que existan esos derechos no constituyen de por sí derechos, del mismo modo que el hambre no crea el pan. Por ello la expresión derechos naturales, “*es un sin sentido*”.¹⁷

Según Bentham, se trata de un sentido retórico que produce graves resultados en el plano jurídico y político. En efecto, quienes los defienden sostienen que tales pretendidos derechos poseen valor jurídico y que por ello el gobierno debe respetarlos en su integridad. Con ello se desemboca en una situación de anarquía jurídica y política, ya que en última instancia la teoría de los derechos naturales “*to excite and keep up a spirit of resistance to all laws – a spirit of insurrection against all governments*”.¹⁸

¹⁷. J. Bentham. *Anarchical fallacies; being and examination of the declaration of Rights issued during the french revolution*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 58

¹⁸ Ídem.

El autor anterior se formula la siguiente pregunta: ¿cuál es la naturaleza de los derechos del hombre para la concepción positivista?; según Austin, otro de los máximos representantes del positivismo jurídico en Inglaterra, desarrolla en este punto la doctrina de Bentham. A su juicio, los derechos naturales no son, sino un sector de las reglas que en su teoría integran la moralidad positivista; conjunto de normas sociales emanadas de las opiniones y sentimientos colectivos que influyen en el derecho, pero que no solo son derecho. Tan solo cuando esas reglas sean promulgadas a través de mandatos que impongan deberes e impliquen sanciones serán auténticos derechos. Para Austin es fundamentalmente el principio a tenor del cual “*The existence of law i son thing; its merito r demerit is another*”.¹⁹

Por tal motivo, quienes se remiten a valores morales y los presentan como jurídicos conducen a un enfrentamiento violento entre sus propias concepciones y los principios sostenidos por otros grupos. Proclamar como regla general que las leyes dañosas o contrarias a la voluntad de Dios son inválidas y no deben ser toleradas “*is to preach anarchy, hostile and perilous as much to wise and benign rule as tos stupid and galling tyranny*”.²⁰

Una actitud muy similar puede observarse en los planteamientos doctrinales de Bergbohm, uno de los más caracterizados exponentes del positivismo jurídico alemán. Así, en su obra *jurisprudenz and rechtsphilosophie* mantiene la tesis de que el único

¹⁹ J. Austin. *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. pág. 59

²⁰ Ídem.

derecho existente como tal es el positivismo que establece el fundamento de la convivencia entre los hombres “*bildet die grundlage alle ordnung unter den menschen*”.²¹

En tanto que los pretendidos derechos naturales y cualquier derecho distinto del positivo conducen a la disolución del orden jurídico y a la anarquía. El progresivo descrédito de la teoría de los derechos naturales en la ciencia jurídica alemana de finales del XIX y principios de nuestro siglo, motivado en gran parte por la crítica del positivismo jurídico “determinó la aparición de una nueva categoría los derechos públicos subjetivos”.²²

Este cambio de rótulo implica también una importante mutación en la naturaleza de estos derechos. En efecto, la nueva categoría se presentará como intento de ofrecer una configuración jurídico-positivista de la exigencia del individuo frente a la autoridad del Estado. Para ello, se precisaba ordenar las estructuras del poder de forma que fuere posible la instauración de reconocer la personalidad jurídica del Estado que de ese modo adquiriría la titularidad de derecho y obligaciones para con los ciudadanos estableciéndose también una consiguiente tutela jurisdiccional de las situaciones subjetivas así instruidas.

Agregado a lo anterior se aprecia que la tesis positivista concluye en la creación del derecho en un ordenamiento jurídico, establecido positivamente por el órgano que tiene a su cargo tal disposición. Bentham, como principal alentador de esta noción

²¹. K. Bergbohm. *Jurisprudenz and Rechtsphilosophie*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 59

²² Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 60

considera que el hecho de mencionar derechos naturales en un sentido abstracto y no sostenerlos o preestablecerlos con un valor jurídico positivo, es darle la posibilidad de que el mismo Estado o actores dentro de este, tengan la posibilidad por desconcierto jurídico o político, pretendan respetarlos.

1.2.1.3 Tesis realista

Finalmente, presenta el citado autor, de manera doctrinal la corriente realista, sin dejar atrás las dos anteriores y peculiares perspectivas. Indica que la tesis realista la integran, en este grupo, quienes no otorgan al proceso de positivación un significado declarativo de derechos anteriores o constitutivo por tener en cuenta para el efectivo y real disfrute de tales derechos. La positivación no se considera, por tanto, el final de un proceso, sino una condición para el desarrollo de las técnicas de protección de los derechos fundamentales, que son las que, en definitiva, defienden su contenido. Para quienes defienden este enfoque el problema de la positivación no debe situarse en aquellos ideales del derecho natural en los que los hombres se inspiran o dicen inspirarse para plasmarlos en normas positivas; ni tampoco en los preceptos positivamente establecidos en los que se consideran constituidos tales derechos fundamentales. Será la práctica concreta de los hombres y quienes con sus comportamientos contribuyen a formarlos en cada situación histórica, la pauta de iusnaturalismo (en especial de sus versiones racionalistas del siglo XVIII) por su concepción ideal de los derechos humanos y del positivismo jurídico por su consideración puramente formal de estos. Las corrientes realistas acusan de abstracción lo mismo a los iusnaturalistas iluministas por situar el problema concreto de

la positivación de los derechos fundamentales en el ámbito de los ideales eternos y metafísicos, que a los positivistas que lo consideran resuelto con su plasmación en normas formalmente válidas, pero que muchas veces son puras formas carentes de contenido. No es ahí, señalan los realistas:

Donde hay que situar el problema de la positivación, sino en el plano de las condiciones económico-sociales que permitan el efectivo disfrute de esos derechos, que no son ideales intemporales ni formulas retóricas, sino el producto de exigencias sociales del hombre histórico. Por ello, estiman los autores realistas que en la práctica de los derechos humanos no debe buscarse exclusivamente en la conclusión, sino en las relaciones de poder que le sirven de soporte y que obedecen a determinadas condiciones sociales, económicas y culturales.²³

La actitud realista puede considerarse estrechamente vinculada al movimiento socialista. Así, puede afirmarse que Carl Marx muestra desde sus escritos juveniles una preocupación constante por afrontar desde un plano real el problema de los derechos fundamentales, ya que en su célebre distinción contenida en el trabajo *Zur Judenfrage* cuando describe los derechos del hombre, él los aprecia como derechos del individuo egoísta, del burgués en cuanto miembro de la sociedad civil y los derechos del ciudadano de la comunidad política que los ejerce participando en la vida social con los demás miembros de esta, representa un esfuerzo por concebir los derechos humanos como derechos políticos en cuyo ejercicio el hombre no sea una monada aislada, sino

²³ Cfr. K. Kulcsar. *Social factors in the evolution of civic rights*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 62

un miembro que participa solidariamente con sus conciudadanos en las formas de la comunidad política. La realización de los derechos humanos exigía, según Marx:

Una emancipación humana que se produce cuando el hombre y el ciudadano se funden; esto implica el reconocimiento y organización de sus propias fuerzas como fuerzas sociales y, por tanto, no separar de sí mismo la fuerza social bajo la forma de la fuerza política. ²⁴

Este proceso de emancipación contribuye a que se afirme una libertad real, fundada en condiciones tangibles y materiales y distintas, por tanto, de la libertad abstracta producto de la emancipación de la pura teoría. Por eso Marx y Engels escribieron que la emancipación política y el reconocimiento de los derechos humanos son dos actos que se condicionan mutuamente. Con base en este planteamiento los autores marxistas consideran que el problema de la positivación de los derechos fundamentales no puede ser escindido de las condiciones reales que permiten su efectivo disfrute. La positivación es considerada desde este enfoque como:

Un instrumento que permite definir mejor y concretar el alcance de esos derechos; pero en todo caso, son las condiciones sociales las que determinan el sentido real de los derechos y libertades, pues de ellas depende su salvaguardia y protección. ²⁵

En otras perspectivas doctrinales de la ciencia actual han hallado también amplio eco diversos planteamientos de índole realista. Así, la tesis de Bobbio, a tenor de la

²⁴ Karl Marx. *Die heilige familie*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. pág. 62

²⁵ *Ibidem*. Pág. 63

cual el problema básico de los derechos humanos no es tanto el justificarlos como el de protegerlos, resume la actitud de buen número de juristas de la hora presente. En esta dirección pueden situarse, por ejemplo, la tesis que “conciben la protección procesal de los derechos fundamentales como el factor clave de su significación. Esta es la actitud asumida por Dran, para quien las libertades públicas valen, en la práctica, lo que valen sus garantías”.²⁶

En España, el doctor Gregorio Peces-Barba, afirma que:

Toda norma de derecho positivo realmente existente necesita de los tribunales de justicia para que su titular pueda acudir en demanda de protección en caso de desconocimiento por un tercero. Los derechos fundamentales no son una excepción a esta regla. Si un derecho fundamental no puede ser alegado, pretendiendo su protección, se puede decir que no existe.²⁷

Otras veces, la exigencia de la garantía de los derechos fundamentales se ha formulado desde actitudes sociológicas. Tal es el caso de Luhmann, para quien el proceso general de positivación supone una respuesta a la cuestión “*wie eine gesellschaft auf der ebene ihrer normen strukturelle variabilitat errichten und sicherstellen kann*”.²⁸

²⁶ N. Bobbio. *L'illusion du fondement absolu*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág 63

²⁷ Gregorio Peces-Barba. *Derechos Fundamentales. I teoría general*. Citado por Pérez Luño Ob. Cit. pág. 63

²⁸ N. Luhmann. *Positivitat des rechets als voraussetzung einer modernen gesellschaft*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág 63

De ahí que, desde el punto de vista sociológico, el problema de la positivación de los derechos fundamentales no se halle ligado, en opinión del consultado por Pérez Luño, a la consagración de derechos humanos eternos, sino que, en el desarrollo de la sociedad industrial y burocrática moderna, pues esto se realiza a través de su incorporación a las instituciones sociales. Los derechos humanos pierden, así, su dimensión reivindicativa, emancipadora e incluso legitimadora. Su función queda relegada al “papel de subsistemas sociales, que se interpretan como garantías de la diferenciación existente en el propio sistema”.²⁹

Sobre esta última tesis, apuesta más por una corriente práctica y procesal, la cual busca un desarrollo de metodologías técnicas para la protección de los derechos humanos y no necesariamente a la búsqueda de una incorporación en textos normativos. El realismo busca no aportar que debe entenderse por un derecho humano o cuáles son sus ideales correspondientes, pretender buscar una conclusión práctica y real para relacionar una posibilidad de reconocer determinados derechos principalmente en el contexto social y económico, el cual no descarto también puede aplicarse a una protección de un derecho individual.

Finalmente, las tesis mencionadas, iniciando por la noción *iusnatural*, sitúa el problema de la positivación de los derechos humanos en el plano filosófico y materialismo jurídico; por su parte para el realismo, se inserta en el terreno político y una importancia decisiva a las garantías jurídico-procesales de los derechos humanos, que posteriormente se analizaran en la presente investigación. En el plano práctico

²⁹ *Ibidem*. Pág. 64

estas tres nociones se condicionan mutuamente, siendo todas ellas necesarias para el desarrollo de los derechos humanos pues debe insistirse más en su significación jurídica que sobre esta no estén gravitando determinadas concepciones filosóficas. Finalmente, el realismo forma su soporte ideológico, el cual considera que el problema de la positivación pueda quedar totalmente desvinculado de los factores sociales y las técnicas jurídicas que determinan una garantía al derecho humano.

CAPÍTULO II

El derecho constitucional, su desarrollo y devenir histórico

La relación del derecho constitucional sin los derechos humanos, es una circunstancia casi absurda de concebir, es por eso que en el presente capítulo se mostrará cómo el derecho constitucional, aparte de sostener y diseñar un sistema de gobierno y una forma de Estado, ha buscado que estos dos ejes se enfoquen no solo en un diseño de Estado, sino que este posea un reconocimiento de los derechos fundamentales de los habitantes. Se analizará la evolución que ha tenido el derecho constitucional, sus elementos y funciones; los tipos de constitucionalismo, tomando como relación principal para la presente investigación, la función que posee el constitucionalismo social, concluyendo con una síntesis histórica del constitucionalismo en Guatemala. Este contenido permitirá relacionar y conocer la forma en que los derechos humanos han ido necesitando de esta posición y en el derecho constitucional no ha sido la excepción, principalmente que estos obtengan bajo ese contexto, la defensa necesaria para su respeto más allá de lo político, buscar protección jurídica.

2.1 El derecho constitucional, una definición conceptual

Para poder iniciar el desarrollo del presente capítulo, así como el marco conceptual de este, es necesario conocer distintos componentes del derecho constitucional y tratar la manera de poder concebir si el neoconstitucionalismo es una sustancia y reseña del constitucionalismo. Sería irresponsable empezar a ahondar

sobre este concepto, sin conocer una condición ilustrativa y conceptual del constitucionalismo, su antecedente histórico, así como el desarrollo que ha tenido este en Guatemala. El derecho constitucional se ha tomado como rama del derecho público, aunque con injerencia en el orden del derecho privado; busca crear un ordenamiento jurídico y regular las relaciones entre las personas, las instituciones públicas, las entidades privadas, a través de los distintos órganos que emanan del poder público. Para este objetivo, el derecho constitucional se agencia del poder político, que tiene como objetivo el estudio de los fenómenos y relaciones entre la sociedad y la dirección que el derecho pretende con los habitantes de un Estado, rigiendo todos estos referentes en una Constitución.

El tratadista Guillermo Cabanellas lo describe como:

Movimiento de organización política superior de los Estados, que encuentra su expresión primera en la Constitución (v.) De 1787 de los Estados Unidos; pero cuya definición se debe manera principal a la Revolución Francesa y cuyos textos sucesivos se aprobaron en la década del final del siglo XVIII. El constitucionalismo no se concreta únicamente con el logro de cartas magnas; porque exige que estén inspiradas por una serie de principios que aseguren los valores cívicos de dignidad y libertad personal y de respeto para un orden jurídico general, a más de las declaraciones de índole social, que en el siglo XX se consideran imprescindibles. Cuando el derecho político se suponía substanciado con el constitucionalismo, los regímenes totalitarios y las autocracias han venido a representar su decadencia aunque en lo internacional se propugne, nominalmente desde las Naciones Unidas, la vigencia de los

derechos humanos, una especie de constitucionalismo internacional, si se permite la expresión, sujeto como el otro a embates frontales y a los más taimados de los que se dicen servirlos y los proclaman, pero barrenan de fronteras para adentro.³⁰

El autor Adolfo Gabino, lo describe como:

El constitucionalismo es el proceso histórico en virtud del cual se van incorporando, a las leyes principales de los Estados, disposiciones que protegen la libertad y dignidad del hombre y limitan adecuadamente el ejercicio del poder público. Su estudio implica recorrer los diversos períodos de la historia, poniendo de resalto aquellos hitos fundamentales que jalonan la lucha del hombre en favor del reconocimiento de su libertad.³¹

Se puede apreciar que el constitucionalismo tiene tres características a saber: extenso, gradual e inconcluso. Es extenso, porque hay que recorrer la historia para la búsqueda de los acontecimientos más importantes en la lucha del hombre por obtener su libertad. Gradual, porque sus logros no se pueden ver inmediatamente, sino después de largas luchas del hombre por el reconocimiento de sus derechos y es inconcluso, debido a que el derecho evoluciona y cambia en el transcurso del tiempo y a la libertad, nunca se le termina de conquistar. En cuanto a las libertades, falta mucho por alcanzar

³⁰ L. Alcalá-Zamora y Castillo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. 12ª. Argentina: HELIASTA S.R.L.

³¹ A. Gabino Ziulu. (1997). *Derecho Constitucional*. Tomo I. principios y Derechos Constitucionales. Buenos Aires: Ediciones Depalma. Pág. 41.

y a medida que se obtengan algunas libertades, aparecen nuevas amenazas para limitarlas.

El constitucionalismo es una forma de gobierno que racionaliza el poder y busca garantizar las libertades y respeto a la dignidad humana. Como se mencionó anteriormente, la herramienta para este objetivo de gobierno debe existir un instrumento, una ley fundamental y suprema que posea estas y mejores protecciones y características de una ley; que en esta se consignen los derechos, obligaciones y garantías de los ciudadanos. El constitucionalismo tiene como principal función, inspirar a la Constitución o Ley Fundamental de un Estado con los principios y valores que la creen, considerar su forma de Estado y su sistema de gobierno y este último con los respectivos mecanismos u órganos de soberanía.

Vladimiro Naranjo Mesa recuerda que el constitucionalismo encuentra su pilar en la Constitución y que esta es el eje fundamental de toda normativa jurídico-política; este autor cita a Xifra Heras, quien define al constitucionalismo como:

El derecho es género, del cual el derecho constitucional es una de sus especies [...] El derecho constitucional, como modalidad jurídica, posee asimismo esta característica: rige las relaciones entre sujetos, con la particularidad de que, como parte del derecho público que es, uno de estos sujetos es necesariamente el Estado o alguno de sus órganos.³²

³² V. Naranjo Mesa. (2003). *Teoría constitucional e instituciones jurídicas*. 9ª Edición. Bogotá, Colombia: NOMOS. Pág. 22

Continuando con las funciones del derecho constitucional, podemos mencionar que si bien es cierto, como muchos autores mencionan, el derecho constitucional por ser derecho, posee una función de orden, se considera que esta, más que regular un orden jurídico, su interés es de orden político y social, toda vez que la incidencia que pueda recaer sobre un ordenamiento jurídico, este contendrá inmersos los valores políticos y sociales, los cuales tendrán que regir y organizar a una sociedad; aunado a esto, también los principios del orden político y social, tendrán que fundamentar el actuar y comportamiento de los gobernantes y los límites que deban tener de su actuación.

Naranjo Mesa, Vladimiro, propiamente ilustra al derecho constitucional como:

La rama del derecho público que estudia la estructura del Estado dentro del marco de la Constitución, la situación del 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.³³

Ilustrado qué comprende y describe el derecho constitucional, sus alcances y funciones, también es necesario advertir que la creación de una Constitución como pilar fundamental del constitucionalismo; esta siempre debe poseer aspectos ideológicos que emanen de quienes la crean. Las principales corrientes que se han mencionado a lo largo de la historia han sido las tesis positivas y las iusnaturalistas. La negación del positivismo o del iusnaturalismo o por su parte, la afirmación de estas dos corrientes en

³³ *Ibidem*. Pág. 24

una óptica pragmática del derecho es la base de un modelo de Constitución y por ende, una base de la realidad operativa del derecho positivo.

Mencionando el episodio que puede tener la ideología, como elemento y óptica al derecho constitucional, Luigi Ferrajoli, citado por Luis Prieto Sanchís, posee una postura sobre las corrientes del pensamiento en el constitucionalismo al mencionar que:

En la medida en que afirma la exigencia de dotar de superioridad y hacer inmodificables las normas superiores, no hace, sino retomar un motivo propio de la tradición isnaturalista. Es claro que el positivismo, en los tres sentidos de este vocablo, resulta del todo incompatible con el constitucionalismo; la supervivencia ideológica del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de la inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a casusa del cambio de las circunstancias que originariamente las habían justificado [Con el constitucionalismo] lo que deja de ser posible es el entendimiento positivista del derecho. [El constitucionalismo representa] un nuevo paradigma paleo-positivista.³⁴

Perpetuando el contenido y esbozando los elementos del derecho constitucional, a la luz de la perspectiva de Naranjo Mesa, esta rama del derecho posee un siguiente contenido material:

³⁴ L. Prieto Sanchís. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2ª Edición. Madrid, España: Trotta. Pág. 23

a) **La estructura del Estado en el marco de la Constitución.** Esta rama del derecho supone, para empezar, el que exista una Constitución, bajo cualquier de las modalidades que más adelante se explicarán. La estructura del Estado, en sus diversos componentes, cuales son, el humano –población-, el físico o material –el territorio- y el jurídico-político, -el poder público o poder soberano- debe estar en sus aspectos fundamentales, en la Constitución del Estado. es así como esta debe ocuparse de definir, por ejemplo, quiénes son nacionales y extranjeros, qué derechos y deberes tienen estos y aquellos, cómo se adquiere la nacionalidad, quiénes son ciudadanos etc. De igual manera, debe ella determinar lo relativo a la organización territorial, según se adopte la forma de Estado unitaria, o la federal, o una mixta; asimismo, lo relativo a la distribución de competencias entre los entes territoriales y la organización administrativa de estos. Es decir, la Constitución no solo debe ocuparse de la organización del tercero de los elementos mencionados; es decir, el poder público, sino que también debe hacerlo de los dos primeros, en sus aspectos esenciales.³⁵ [El resaltado es propio]

Al referirnos a una estructura del Estado, describimos a la posición en el cual se encuentran recíprocamente vinculados los elementos que lo integran y como se disponen estos; el tema de estructura del Estado nos dispone una relación entre el poder público y su forma de gobierno, de manera que, estructura del Estado, es pues la posición recíproca en que se encuentran los elementos constituyentes del Estado; es decir, cómo se sitúan estos. Para el derecho público, el tema de la estructura del

³⁵ V. Naranjo Mesa. Ob. Cit. Pág. 24

Estado alude a las relaciones que se crean entre Estados y las formas políticas a que dan nacimiento dichas relaciones. El siguiente elemento que menciona Naranjo Mesa lo describe como:

b) **La situación del individuo frente al poder del Estado.** De particular importancia para el estudio del derecho constitucional y el contenido de una Constitución, es lo atinente a la relación individuo-autoridad. Es por ello por lo que las constituciones consagran un catálogo de derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos y la forma de hacerlos efectivos; es decir, de garantizarlos y protegerlos por parte de los gobernantes. De ahí que, de la forma como esos derechos estén consagrados y garantizados en el marco de una Carta Política, dependerá la situación el individuo y en general de la sociedad civil, frente al poder que la rige.³⁶ [El resaltado es propio]

Al respecto, la creación de un marco constitucional de derecho debe tener como aspectos primordiales el reconocimiento de los derechos humanos, los procesos jurídicos, las instituciones y las normas necesarias para su protección. Es necesario establecer que no se puede considerar Estado de derecho a un Estado en donde no se protejan los derechos fundamentales de sus habitantes. El Estado de derecho es el mecanismo de aplicación de los derechos humanos, convirtiéndolos de un principio a una realidad. En Guatemala, esta función es imperante y reconocida por nuestra Constitución Política al establecer que: “Guatemala es un Estado libre, independiente y

³⁶ Ibídem. Pág. 25

soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades”.³⁷

El siguiente elemento de los mencionados es:

- c) **La organización y funcionamiento del poder en sus aspectos fundamentales.** La llamada parte orgánica de una Constitución; es decir, aquella que se ocupa de la organización y el funcionamiento del poder, es también tema sustancial de derecho constitucional, por cuanto de ella dependerá la clase de régimen político que impere en una sociedad. Esta parte se refiere, en concreto, al tercero de los elementos antes mencionados, al cual se le da particular relevancia por cuanto sistematiza lo correspondiente al ejercicio del poder por parte de los gobernantes. Esta parte se ocupa así del sistema de gobierno, de la organización y funcionamiento de las ramas del poder y del funcionamiento de los órganos titulares de ellas, de su modo de integración, atribuciones, períodos, limitaciones, etc.³⁸ [El resaltado es propio]

Resalto que la división de poderes constituye la base de la organización política de las sociedades, obteniendo siempre sus sistemas de control y fiscalización. Con la Revolución Francesa en el siglo XVIII, surgió la república democrática como una forma de gobierno del Estado moderno. En Guatemala se atiende a un sistema republicano en el cual los gobernantes son elegidos por el poder soberano del pueblo, encontrándose establecido la adopción de este régimen constitucionalmente consagrado, como pilar

³⁷ Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala

³⁸ V. Naranjo Mesa. Ob. Cit. Pág. 25

del sistema político y sistema de presentación. El artículo 140 de nuestra Ley Fundamental lo describe como “su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo”.³⁹

Finalmente, el consultado autor presenta a las instituciones políticas como parte de los elementos del derecho constitucional, al describirlas:

- a) **Las instituciones políticas que constituyen el soporte de la vida estatal.** El tema de las instituciones políticas, que son todas aquellas que dan vida e impulso al Estado y que sobrepasa el mero examen esquemático de los titulares del poder, es también objeto del moderno estudio del derecho constitucional. Por las instituciones políticas debe entenderse, pues, no solo los titulares de las ramas del poder y demás órganos autónomos que puedan estar previstos en las constituciones, sino también otras entidades u organismos que juegan papel protagónico en la vida del Estado. Es así, por ejemplo, como los sistemas electorales, las fuerzas armadas institucionales, en ciertos casos las iglesias y, como se ha admitido en muchas de las constituciones contemporáneas, los partidos tienen también el carácter de instituciones políticas y por ello deben ser estudiados por esta rama del derecho público.⁴⁰ [El resaltado es propio]

De esto podemos apreciar dos aspectos importantes, el poder político y el Estado; no existe sociedad donde no hay gobernante ni gobernados; el poder que ejercen los gobernados, debe estar legitimado y esta circunstancia se da a través de

³⁹ Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala

⁴⁰ V. Naranjo Mesa. Ob. Cit. Pág. 25

legalidad del poder que se está ejerciendo. La legitimidad es la cualidad del poder que lo hace igual a la imagen que tiene la sociedad; esta de las disposiciones emanadas de la Constitución Política. Entonces, podríamos concluir que el constitucionalismo es el esfuerzo por racionalizar el ejercicio del poder político, sometiéndolo a Constitución y a la ley, transformando la fuerza, la coerción, en una facultad regulada por normas jurídicas. Tiene también como propósito fundamental la legalidad del poder público, de manera que la ley informe todo su obrar, procura el máximo logro de la cultura política y la razón del Estado.⁴¹

2.2 Principales referencias históricas del derecho constitucional

Los movimientos sociales a lo largo de la historia han influenciado no solo en el reconocimiento de los derechos humanos, sino en la creación de sistemas de gobierno y formas de Estado; hoy en día, temas como la separación de poderes, el sistema republicano y democrático, son principios y modalidades del constitucionalismo contemporáneo. En la antigua Roma, la Ley de las XII Tablas, considerada por algunos como el primer código o ley, recoge por escrito y de alguna manera ordenada, una serie de costumbres y tradiciones creadas por el parlamento romano, que poseían un carácter de ley, fueron denominadas *decenviratos legislativos scribundis*. Esta en

⁴¹ Es necesario distinguir los términos legitimación y legitimidad. Suelen confundirse, sin embargo, en el contexto del derecho constitucional sustantivo, legitimación es un aspecto de índole procesal; en tanto legitimidad, la cual concepto *ad hoc* para el contexto del presente apartado, es la aceptación o referendo que la población le otorga a un funcionario que ostenta un poder público.

particular describía que, para interpretar las leyes anteriores, “debía de remontarse antes a los principios de Roma”.⁴²

El liberalismo fue un punto de partida de los movimientos que originaron las primeras constituciones y los regímenes democráticos y republicanos. En Suecia, sobre los años 1634 con el *Regeriargsorm* y en 1649, con el *Agreemen of the people* constituyeron el fortalecimiento de una ley superior para el surgimiento del “*Instrument of goverment de 1653*, considerada como la primera Constitución escrita en el sentido moderno. No estaría de más recordar lo acontecido en Inglaterra con el Rey Carlos I, al recordar:

El entorno de la ascensión de Carlos I al trono de Inglaterra; este monarca se vio envuelto en fricciones con los jefes de la oposición parlamentaria y con los puritanos, debidas a su pretensión de imponer nuevos tributos. Ocurrió que, ante la negativa del Parlamento de otorgarle fondos, acudió a los empréstitos forzosos y los súbditos que no los otorgaban eran obligados al alojamiento de soldados en sus casas, imponiendo sanciones severas, sin proceso previo, a quienes no acataban tan arbitraria disposición.⁴³

Como se mencionó, el absolutismo generado en los países escandinavos, principalmente en Suecia en los años mil seiscientos y el abuso del poder por imponer tributos, permitió que líderes parlamentarios obligaran a Carlos I a firmar la *Petition of*

⁴²http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/Antecedentes-historicos-constitucionalismo-gaceta_0_2372162868.html

⁴³ J. F. Flores Juárez. (2009). *Constitución y justicia constitucional/apuntamientos*. 2ª Edición. Guatemala: Talleres IMPRESOS. Pág. 57

rights de 1628, la cual declaró ilegales los impuestos que no fueran aprobadas por el parlamento entre otros derechos. En Estados Unidos, se suscitó un proceso sedicioso, la cual sostuvo las mismas intenciones que lo sucedido en Inglaterra, diciendo las “trece colonias norteamericanas”.⁴⁴

En esas épocas, se estableció una propia nación, con movimientos libertarios y fue por eso que en septiembre de 1774, se reunieron con los delegados de doce colonias e integraron el primer congreso continental, que no pudo desarrollarse, pero el 4 de julio de 1776 un segundo Congreso declaró la independencia y hacia 1787, en la Convención de Filadelfia, los delegados, redactaron una Constitución que estableció un gobierno federal poderoso y facultado entre otros aspectos para “cobrar impuestos, conducir la diplomacia, organizar las fuerzas armadas y normas la actividad comercial hacia el exterior entre sus propios Estados. Dicho Texto creó una Corte Suprema y tribunales federales, determinando que el poder ejecutivo lo ejercía un presidente”.⁴⁵

Como se conoce hoy, dicha Constitución presentó un equilibrio de poderes, pues las tres funciones que se necesitaban para una república fueron reguladas y establecidas con los controles necesarios y recíprocos, siendo estos el poder ejecutivo, legislativo y judicial. Se recuerda, además, que no fue, sino hasta en 1788 cuando se adicionaron 10 enmiendas, contenidas en la Declaración de Derechos; estas incorporaciones adicionaron garantías a la libertad de culto, prensa, de palabra, el

⁴⁴ Con el nombre de *Trece Colonias* se conoce a las 13 colonias del Reino Unido en América del Norte que firmaron la Declaración de la Independencia en 1776, lo que condujo a la Guerra de la Independencia. http://enciclopedia.us.es/index.php/Trece_colonias

⁴⁵ J. F. Flores Juárez. Ob. Cit. Pág. 59

derecho de los ciudadanos aportar armas, la protección contra cateos ilegales, el derecho a un juicio justo y por jurado; asimismo, a la protección contra castigos denigrantes.

Como se recordará, el documento fue resultado de los primeros movimientos constitucionalistas, pues logro establecer la separación de poderes y un sistema de gobierno con controles, el cual ha persistido y ha sido implementado principalmente en Latinoamérica.

Por otra parte, se hace necesario mencionar algunos otros acontecimientos que han surgido dentro de la historia del constitucionalismo. Mencionaré la influencia de la Revolución Francesa de 1789 la cual fue iniciada por una dificultad económica orquestada por la corrupción e incapacidad del rey, razón por la cual llevaron al resultado que, el 26 de agosto de 1789, fuera promulgada la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.⁴⁶

Este documento estableció la igualdad, libertad, propiedad y seguridad jurídica que corresponden al pueblo; asimismo, fundó el fin de la nobleza y estableció igualdad entre los protestantes católicos suprimiendo los diezmos, confiscando los bienes eclesiásticos. En 1791, tomando como antecedentes los movimientos iniciados en Estados Unidos, se promulgó una Constitución; sin embargo, esta poseía un carácter

⁴⁶ Dada la complejidad del proceso histórico de la Revolución Francesa, muchas veces es muy difícil de estudiar. Para facilitarlos hemos realizado un resumen o guía de los hechos históricos más relevantes. En esta ocasión nos hemos centrado en la primera etapa de la Revolución, abarcando los periodos de los Estados Generales, la Asamblea Nacional y la Asamblea Constituyente.
<http://sobrehistoria.com/revolucion-francesa-resumen/>

monárquico, pero con un contrapeso parlamentario que estableció “la separación de poderes y fijó, para el monarca, un salario determinado por la Asamblea, restringiendo, además, las potestades que tradicionalmente se le reconocieron”.⁴⁷

Finalmente, otras constituciones que también tuvieron su aporte histórico fueron las Constituciones de Bayona de 1812, la cual consideran algunos autores, es el primer antecedente de una Constitución en Guatemala. Más adelante se hará una breve reseña del constitucionalismo guatemalteco.

2.3 El constitucionalismo liberal

Continuando con el desarrollo histórico del constitucionalismo, nace el constitucionalismo liberal; este surgió por del deseo de racionalizar el poder y que tanto gobernados como gobernantes, se sometieran a lo dispuesto por el derecho, fijando límites para ese efecto, evitando de esta forma el poder absoluto en manos de unos cuantos y de forma arbitraria. Señala Vladimiro Naranjo Meza sobre el constitucionalismo liberal que:

El movimiento constitucionalista o constitucionalismo liberal, como se le suele denominar, es una corriente de pensamiento y de acción tanto política como filosófica, que surgió en Inglaterra a finales del siglo XVII y se propagó en Francia y otros países europeos en el siglo XVIII; sin embargo, cobró fuerza especial con la Constitución de los Estados Unidos de Norte América de 1787, extendiéndose luego a los países hispanoamericanos. Su objetivo primordial era

⁴⁷ J. F. Flores Juárez. Ob. Cit. Pág. 60

acabar con el régimen del absolutismo monárquico, reemplazándolo por uno en el que tanto gobernantes como gobernados estuvieran sometidos a un ordenamiento jurídico superior, que trazara límites al ejercicio del poder, sometiendo su organización, legitimando su origen y asignándole fines, según un ordenamiento normativo.⁴⁸

Denominado un movimiento constitucionalista, este se considera que cobró su fuerza a partir de la Constitución norteamericana de 1787, surgiendo allí la idea de plasmar en un documento escrito, las normas fundamentales de un Estado. Se advierte que, en Inglaterra, se encuentran antecedentes directos de los primeros esfuerzos por racionalizar jurídicamente el ejercicio del poder político, con la expedición de una serie de leyes fundamentales. Como lo refiere, Vladimiro Naranjo Mesa, al mencionar que: Este proceso inició con la Carta Magna del 15 de junio 1215, mediante la cual los barones lograron cercenar un poco del poder al Rey Juan Sin Tierra. En cuanto a la contribución doctrinaria al movimiento constitucionalista, se destaca la de John Locke, con su ensayo sobre el "Gobierno Civil", seguido de cerca por el barón de Montesquieu y luego por Juan Jacobo Rousseau, Denise Diderot, Thomas Paine y algunos otros de los llamados filósofos del enciclopedismo. Por su parte, en Estados Unidos de Norte América, durante el proceso de consolidación de la independencia y de la

⁴⁸ V. Naranjo Mesa. (2003). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá, Colombia: Temis, S.A. Pág. 42.

federalización, aparecieron, en este mismo sentido, escritos de autores como Thomas Jefferson, Benjamín Franklin, James Madison y John Jay, entre otros.⁴⁹

Se citan estos textos y referencias históricas en distintos lugares y épocas, en donde su principal función fue limitar a lo escrito, la función pública y los deberes civiles de casa sociedad, acorde al ciclo y contexto social en que se encontraban. Se aprecia, además, que muchos eventos de estos, mencionados por Naranjo, siguen influenciando parte del estudio del constitucionalismo como tal.

Adolfo Gabino describe que, para él, el constitucionalismo liberal, fue precisamente en la época, refiriéndose a 1215, cuando comenzaron a quedar establecidas las bases fundamentales del Estado Constitucional y agrega que:

Durante esta época surgieron las primeras grandes constituciones escritas, que posteriormente fueron generando un proceso de imitación en muchos países del mundo. La ubicamos, cronológicamente, en la segunda mitad del siglo XVIII. Los dos acontecimientos más importantes que originaron esta relevante consecuencia política fueron la Revolución norteamericana y la Revolución Francesa, manifestando ante la historia el criterio de que el pueblo debía darse una constitución y que esta debía tener la categoría de ley suprema, escrita, codificada y sistemática.⁵⁰

⁴⁹ V. Naranjo Mesa. Ob Cit. Pág. 42.

⁵⁰ A. Gabino Ziulu. Citado por Naranjo Mesa. Ob. Cit. Págs. 49 y 50.

Para este último autor, existieron tres nociones básicas sobre las cuales fue asentado el constitucionalismo liberal:

1. La superioridad de la ley sobre la costumbre;
2. La renovación del contrato social por la constitución;
3. La idea de que las constituciones escritas eran el medio de hacer saber a los ciudadanos sus derechos y obligaciones.

Sobre este aspecto, podemos figurar que estos tres elementos descritos, se consideran elementales en una *Constitución Tipo*; este tipo de texto constitucional debe poseer inmerso en su articulado, de manera expresa y con las garantías necesarias para el respeto de estas disposiciones, citadas disposiciones mínimas para un verdadero constitucionalismo.

Mencionado lo que aportó el constitucionalismo liberal a los posteriores modelos constitucionales, se hace necesario describir como principales antecedentes del constitucionalismo liberal, los siguientes documentos; algunos de ellos recordados y utilizados como referencia de para un modelo particular de derechos civiles y autodeterminación de un pueblo; otro por su parte, recordados y refrendados por la incorporación de derechos humanos de índole económico social. Estos son los siguientes documentos:

1. La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos
2. La Constitución de Virginia
3. La Constitución de los Estados Unidos
4. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

2.3.1 La expansión del constitucionalismo liberal

Fue tanta la difusión de la Constitución escrita y que esta limitará el ejercicio del poder a los gobernantes y gobernados; asimismo, que estableciera los derechos de toda persona, por lo que, con la idea de tener este tipo de texto de Estado, como un ideal perfecto, consideraron que la mayoría de los problemas sobre el uso poder, se iba a solucionar inmediatamente al aplicar esta; sin embargo, no sucedió así y empezó a surgir una crisis. El autor Adolfo Gabino Ziulu que describe que:

La idea de una ley fundamental escrita como garantía para el ejercicio de la libertad y como instrumento asegurador de las limitaciones al ejercicio del Poder se esparció rápidamente por el mundo a partir de los modelos de las constituciones de los Estados Unidos y Francia. Se produjo una notable sobrevaloración del concepto de constitución. El aporte del constitucionalismo liberal había sido fundamental, demostró que sin su garantía jamás se podrá asegurar la dignidad y libertad de la persona. Sin embargo, se llegó a pensar que las constituciones eran panaceas que instantáneamente iban a solucionar todos los problemas políticos, sociales y económicos. Ilusión apoyada en la imaginación de muchos como alejada de la realidad.⁵¹

En Francia, por ejemplo, después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se extendió la producción constitucional, surgiendo las constituciones de 1791, 1793, 1795 y 1799. En España, por su parte, se sancionó la Constitución de Cádiz en 1812. Como lo continúa describiendo Adolfo Ziulu:

⁵¹ Ibídem. Pág. 55.

Durante la etapa que transcurrió entre la primera y la segunda guerra mundial se generó en diversos países de Europa, un verdadero proceso regresivo respecto de los postuladores del constitucionalismo y surgieron los regímenes totalitarios que generaron un proceso de rechazo a las constituciones. Su primera manifestación relevante fue la Revolución Rusa de 1917, que terminó con la autocracia de los zares y llevó al poder al comunismo. En 1918 se dictó la Constitución rusa, que estructuró el Estado soviético sobre la base de las ideas comunistas. La instauración de la dictadura del proletariado y la abolición del derecho a la propiedad privada fueron algunas de sus manifestaciones más relevantes. El comunismo, en consecuencia, utilizó el concepto de constitución formal, pero con una clara concepción positiva, desprovista del conjunto de principios y valores que la habían inspirado y que representaban la esencia del constitucionalismo. Esta Constitución se convirtió, así, en una fachada formal.⁵²

Se aprecia con estas exposiciones que, bajo la conceptualización de un modelo constitucional y tener una Constitución escrita como esperanza para una limitación del poder, esto solo se podía lograr con el devenir de los dignatarios que la puedan suscribirla. El texto constitucional escrito, por ser considerada la máxima expresión de la voluntad política de un Estado, debe como tal, establecer fundamentalmente una forma de Estado y el sistema de gobierno que contendrá límites al ejercicio del poder, fijando principalmente los parámetros de la función pública sin olvidar el modelo de reconocimiento y tutela a los derechos humanos, los cuales deben estar relacionados con enfoque económico y social que adopte el Estado en particular. Las herramientas

⁵² *Ibíd.* Pág. 56 y 57.

de control son importantes, pues como se demostró en Rusia, un sistema de gobierno utilizó la fachada de un modelo comunista y de proyección social; sin embargo, sin los controles necesarios en el texto constitucional, se permitió una dictadura del régimen resultado un Estado fascista, situación que hoy en día puede apreciarse en algunos países de Latinoamérica.

Continuando con los hechos de remembranza, sobre un texto fascista, Adolfo Ziulu describe:

En Italia, el advenimiento del fascismo al poder, a partir del 1922. El Estado fascista se fundamentó en una concepción permanente y orgánica de la sociedad, que proclamaba la supremacía de esta en su organización estatal, incluso sobre el derecho y la persona. En este sistema fue esencial la figura de su líder, Benito Mussolini, quien en sus discursos repetía insistentemente: “Todo en el Estado, todo por el Estado, nada fuera del Estado, nada en contra del Estado”. El hombre pasaba a ser, así, un elemento transitorio e infinitamente pequeño dentro del todo orgánico del Estado. Otra variante incompatible con el constitucionalismo fue el nacional-socialismo, que se instaló en Alemania a partir de 1933, creado y organizado por Hitler. Se trataba de un rígido totalitarismo, asentado sobre la base del nacionalismo y el racismo. Hitler concentró en sus manos todo el poder del Estado, al cual consideraba el medio con que se cumplía el fin de la nación. En su persona estaban reunidos los atributos mismos

de la soberanía: era jefe supremo del gobierno, jefe del ejército, legislador soberano y representación suprema de la justicia.⁵³

Bajo la premisa del Constitucionalismo liberal se pretendían concentrar el poder en una sola persona, haciendo ver que la soberanía radicaba en esa persona como tal y no en el pueblo, siempre bajo la fachada del constitucionalismo, formando ya un régimen arbitrario del abuso del poder como de índole totalitario conocido como un Estado fascista.

2.4 El surgimiento del constitucionalismo social

En este constitucionalismo, se le da una denominación distinta al proceso constitucional que tuvo sus primeras expresiones normativas a comienzos del presente siglo y que se caracterizaba por enriquecer al constitucionalismo liberal con una visión más amplia del hombre y del Estado. Con esta clase de constitucionalismo, Adolfo Ziulu describe que:

Se le reconoce al Estado un papel activo y protagónico, para hacer posible el aseguramiento del goce de los derechos constitucionales, en especial por aquellas personas y grupos que aparecen socialmente como más disminuidos, reconocer que el Estado debe asegurarle al hombre lo que por justicia le corresponde. Los primeros ejemplos, en este último sentido, fueron la

⁵³ *Ibíd.* Pág. 63

Constitución de México de 1917 y la Constitución de Weimar, en Alemania, de 1919.⁵⁴

Con este tipo de regulación constitucional, se le otorga a la Constitución la facultad de regular, no solo los derechos de las personas, sino también garantías que, debe ser obligación de los gobiernos: cubrir ciertas necesidades de las personas, como vivienda, alimento, salud, bajo el argumento de que es función propia del gobierno. Es decir, derechos de índole económico, social y cultural.

2.5 El constitucionalismo contemporáneo

En el constitucionalismo existente ya no se almacena únicamente en una norma escrita que contenga derechos fundamentales y organización del Estado, sino va más allá. Va encaminada a un verdadero desarrollo sostenible, cobrando relevancia derechos humanos. Estos últimos se han ido clasificando de primera, segunda y así sucesivamente se mencionan hoy en día, hasta quinta generación. Se menciona entonces que la sociedad y el derecho, van evolucionando, por lo que cambia constantemente el desafío del constitucionalismo actual. Este debe regular los nuevos derechos fundamentales y hacerlos efectivos, plasmándolos en la norma constitucional. En la actualidad, ya no resultan suficientes los derechos personales y los derechos sociales, sino que se deben reconocer los derechos colectivos y los intereses difusos, que permitan la protección de grupos sociales indeterminados y vulnerables; buscando, además, el reconocimiento de garantías supranacionales para la tutela efectiva de

⁵⁴ Ibídem. Pág. 64

estos. Con los antecedentes del constitucionalismo, era necesario mejorar los sistemas representativos, acentuando la participación efectiva del pueblo en las decisiones políticas, así como la división de poderes o funciones del Estado. Este sigue siendo necesario para la protección de la libertad; asimismo, para evitar que el control de poder recaiga en una sola persona; es decir, una anarquía o un totalitarismo.

El constitucionalismo contemporáneo ha demostrado, de cierta manera, algunas limitantes, si no se proporcionan mecanismos sistemáticos que permitan una concreta distribución del poder, de tal forma que se hace necesario crear los instrumentos de control para evitar el poder absoluto. La Constitución en la actualidad, para considerarse como tal, debe contener un preámbulo, en donde se plasme su razón de ser; es decir, la parte en la que se explica, cuál es su finalidad, sirviendo de Norma Suprema al Estado y, a la vez, garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como establecer la estructura de las instituciones básicas del Estado.

La razón de ser del preámbulo o exposición de motivos deriva de la necesidad de evitar la arbitrariedad en la sanción de las normas y en la obligación del legislador de exponer las razones que han llevado a su sanción y las finalidades de esta. Por su naturaleza, el preámbulo toma muchas veces la característica de un programa que debe ser realizado por la norma que le sigue; así como el catálogo de derechos fundamentales, encontrándonos en la actualidad en que la tendencia de los cuerpos constitucionales es incorporar cada vez más catálogos de derechos fundamentales en la parte dogmática.

En ella se recogen los grandes principios ordenadores de la sociedad y del Estado; asimismo, se reconocen una serie de derechos y libertades. Por último, pero no menos importante, se debe plasmar en la Constitución, la organización del Estado; es decir, el tema del funcionamiento gubernamental y estatal, el cual corresponde a la parte orgánica; es decir, que debe contener, como está determinado su territorio, la nacionalidad, ciudadanía e identidad de los nacidos en dicho territorio y como se encuentra estructurado el gobierno, diseño que tiene relación con el goce y garantía de los derechos humanos.

Este modelo debe establecer cuáles son las instituciones que cumplen las funciones estatales, formas de ejercerlas, competencias y sus límites, control del ejercicio de poder, jerarquía de la organización estatal, mecanismos de control, los tres poderes del Estado, con independencia y para evitar el abuso de poder entre alguno de ellos, se hace necesaria la creación de órganos de control y de defensa del orden constitucional.

2.6 Principales aspectos históricos, en el desarrollo constitucional de Guatemala

Describí anteriormente los primeros rasgos constitucionales de Guatemala que se relacionan con la Constitución de Bayona de 1812, la cual fue decretada por José Napoleón Bonaparte, quien fue rey de las Españas y de las Indias, identificado popularmente; fue conocido también por sus acciones bélicas hacia otros países, como Portugal. Vale la pena recordar que la Constitución de Bayona no estuvo estrictamente acoplada a las necesidades de un constitucionalismo americano; sin embargo, por los

efectos de la conquista en Guatemala y estar este último sujeto a la autoridad del imperio español, organizó política y jurídicamente al país conquistador, por ende, irradiaría en tierras guatemaltecas.

García Laguardia, menciona que:

El rechazo hacia los invasores propició la organización del pueblo, instalándose, en la ciudad de Aranjuez en septiembre de 1808 presidida por el Conde, que se declaró soberana; propendía a la emisión de un texto constitucional que no tuviese que ver con las huestes invasoras, aunque inicialmente, no se consideró para dicha labor la participación de las colonias, este criterio varió determinándose que frente a los 39 diputados españoles debían adicionarse seis americanos; para el efecto la Junta Central emitió el decreto del 22 de enero de 1809 que al ser conocido en Guatemala, el 30 de abril del mismo año, dio lugar a un proceso electoral.⁵⁵

El Consejo de Regencia asumió decisiones de pronta concreción y fue así como el 22 de mayo de 1809, se emitió el primer decreto de convocatoria a Cortes. Cumplido el procedimiento resultó electo Antonio Larrazábal Vicario Capitular y Gobernador de Arzobispado, a quien le brindaron el reconocimiento de la asamblea en 1811 y fue electo presidente de esta. Luego de varias sesiones, la nueva Constitución Política de la Monarquía Española, logró la sustitución de la vieja monarquía basada en la teoría del derecho divino de los reyes. Fue hasta en 1824, cuando Guatemala logró una etapa

⁵⁵ J. M. García Laguardia (1971). *La génesis del constitucionalismo guatemalteco*. Guatemala: Centro de Producción de Materiales Universidad de San Carlos de Guatemala. Pág. 22

independiente, por medio de su Constitución federal, pues la emancipación de la corona española propició, en rigor, el surgimiento de los primeros textos constitucionales guatemaltecos: el primero, de carácter federal, promulgado el 22 de noviembre de 1824 el cual creo:

La República Federal de Centro América, de la que Guatemala formó parte y el segundo promulgado el 11 de octubre de 1825, que fue la Constitución Política del Estado de Guatemala que lo organizó por el sistema de separación de poderes, ya que reguló una asamblea de representantes elegidos popularmente, un consejo representativo integrado por representantes de cada departamento del Estado; una Corte Superior de Justicia electa por los pueblos del Estado y un poder ejecutivo electo popularmente.⁵⁶

En 1834, apareció el presidente Rafael Carrera, un particular presidente, comandando inicialmente una patrulla para hacer cumplir la cuarentena y una banda guerrillera que llegó a controlar el oriente de Guatemala. En ese tiempo, surgieron una serie de hechos sangrientos, iniciados con el sangriento aplastamiento del Estado de los Altos en 1838, seguidos por el pronunciamiento de Mataquescuintla en 1839, en el que Carrera acusó a Francisco Morazán, presidente reelecto de la Federación Centroamericana, de realizar atrocidades en Guatemala. Fue entonces cuando en 1840 se dio la derrota de Morazán y surgió la República independiente de Guatemala, logrando así que, en 1847, esta situación diera lugar a convocar a una Asamblea Nacional Constituyente el 19 de octubre de 1851 que sancionó el Acta Constitutiva de la República de Guatemala. Al fallecer Rafael Carrera, fue nombrado su sucesor, el

⁵⁶ Ibídem Pág. 123

Mariscal Vicente Cerna, quien fungió como presidente, permaneciendo en el cargo dos periodos. Dentro de los caudillos se encontraban Francisco Cruz, Serapio Cruz y Justo Rufino Barrios.

Es necesario resaltar dentro de los primeros movimientos sociales a Francisco Cruz y su represión en la insurgencia necesaria para la época; García Laguardia describe que:

Francisco Cruz fue fusilado en San Marcos, Serapio Cruz fue fusilado en Palencia y Justo Rufino Barrios fue herido severamente. Con base en estos sucesos Cerna creyó que su gobierno estaba a punto de consolidarse, convicción que lo llevó a intentar la captura de don Miguel García Granados, hombre reconocido y respetado, miembro de la cámara de representantes, a quien deseaba enviar al exilio para terminar con la oposición tenaz que ejercía. García Granados logró escapar refugiándose en la Legislación de Gran Bretaña y para ponerse a salvo, escapó a México, donde asociado con Justo Rufino Barrios, compraron armas e invadieron Guatemala. En Patzicía, suscribieron la famosa acta mediante la cual se desconoció al Gobierno de Cerna y se nombró presidente a García Granados, iniciándose entonces una eficaz campaña bélica que concluyó con la derrota de Cerna, en San Lucas Sacatepéquez, el 29 de junio de 1871.⁵⁷

En el año de 1878 Justo Rufino Barrios, convocó a una Asamblea Nacional Constituyente y en diciembre del siguiente año se emitió una Ley Fundamental, la cual

⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 130

estuvo en vigencia hasta octubre de 1944. Como olvidar lo suscitado en la Revolución de octubre de 1944 y el precedente para una era democrática y constitucional, político y social en Guatemala, después de una extendida tiranía, principalmente de los gobernantes Estrada Cabrera y Jorge Úbico. Después de los movimientos sociales suscitados en esa época, las cuales culminaron con el procedo dictatorial, Guatemala formó su parlamento revolucionario en 1945, el cual posibilitó la inclusión de un Constitucionalismo Social; según García Laguardia la:

Tendencia que propendía a la ampliación de funciones estatales implicándolas en diversos campos de la actividad societaria. Esta posición sustenta que el ente estatal no debe limitarse a garantizar la libertad e igualdad de los individuos, sino debe concretar cierto control en la vida económica del país, a fin de evitar la marginalidad de los grupos ajenos al poder económico.⁵⁸

Aprecio, en segundo lugar, que la citada Constitución tenía como objetivo racionalizar la vida pública en los aspectos económicos y políticos, sin olvidar los esquemas apropiados en aspectos administrativos, legislativos, hacendarios, judiciales, en el marco de los derechos humanos, principalmente los derechos económicos, sociales y culturales, fortaleciendo aún más los derechos individuales. Esta también modernizó el aparato político y extendió la democracia mediante el reconocimiento de los partidos políticos, también prohibió los monopolios, limitando los grandes poderes económicos y concentrados que apoderaban a Guatemala en ese tiempo, los cuales poseían como garantía de su continuidad al imperio, al ejército de Guatemala.

⁵⁸ J. M. García Laguardia. Ob. Cit. Pág. 133

La denominada contra-revolución, después de lo acaecido por los gobiernos democráticos denominados socialistas, surge el movimiento militar que tenía como objetivo volver a retomar el poder político y el control social; buscar evitar las manifestaciones populares y controlar el poder económico que se había perdido dentro de la llamada dorada época democrática que Árbenz y Arévalo había instaurado. En 1956, fueron convocadas elecciones generales en donde Miguel Ydígoras Fuentes resultó triunfador de los comicios. Posterior a ese periodo, fue evidente la falta de gobernabilidad, corrupción administrativa e inseguridad ciudadana, prestándose la oportunidad para el restablecimiento de sindicatos y partidos políticos, los cuales permitieron movilizaciones populares. Se menciona que:

Ydígoras fue derrocado por su ministro de la Defensa, coronel Enrique Peralta Azurdia, quién inició un periodo de “**mano dura**” en el cual la reorganización administrativa y el saneamiento de las finanzas públicas fueron objetivos bien definidos. En esta época dio principio la lucha contrainsurgente y se dictó una Carta Fundamental de Gobierno que substituyó la Constitución de 1956; se emitieron innumerables decretos-leyes por medio de los cuales se gobernó la Nación, produciendo dispersión.⁵⁹ [El resaltado es propio]

Es necesario destacar que, durante el periodo de la promulgación de la Constitución de 1956, fue creada la primera Corte de Constitucionalidad, la cual fue inspirada bajo las medidas de la supremacía constitucional; instaurar un órgano jurisdiccional permanente y con autonomía funcional. Citado tribunal constitucional desapareció, al existir el golpe militar de 1982, el cual dejó sin efecto referida ley

⁵⁹ Ídem.

constitucional, por lo que el 27 de abril del mismo año, se dictó el estatuto fundamental de gobierno, el cual consideró el relevó de la Jefatura de Estado, designando al General Oscar Humberto Mejía Víctores. Cabe acentuar que, durante ese período constitucional, la asamblea que creó la actual Constitución Política fue representada por una pluralidad de posiciones políticas, ideológicas y económicas; es decir, tendencias conservadoras, izquierda y centros derechas. Menciona Flores Juárez, citando a García Laguardia que:

Debe señalarse que las constituciones del Siglo XX guardan homogeneidad en cuanto a la organización del Estado guatemalteco como una República democrática y representativa con inclinación presidencialista, persistiendo en todo el principio de la división de poderes y el relativo a que la soberanía radica originalmente en el pueblo. Las diferencias más notables se sitúan en el pluralismo político, inexistente en las Constituciones de 1956 –que proscribió las organizaciones políticas de ideología comunista- y la de 1965, ambas carentes de legitimidad, debido a los grandes niveles de abstención en la elección de los diputados constituyentes.⁶⁰

Actualmente, nos encontramos regidos bajo un sistema político-jurídico emanado de la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual entró en vigencia el 14 de enero de 1986, esta tiene sus orígenes en un Golpe de Estado, realizado el 23 de marzo de 1982, en el cual una Junta Militar de Gobierno, encabezada por los generales Efraín Ríos Montt, Horacio Maldonado Schaad y el Coronel Francisco Luis Gordillo Martínez, quienes derrocaron al quien en ese momento era presidente,

⁶⁰ J. F. Flores Juárez. Ob. Cit. Pág. 135

Fernando Romeo Lucas García. Se promulgó el 31 de mayo de 1986 y entró en vigor el 14 de enero de 1986. Esta Constitución se divide en 2 partes, la parte dogmática que regula los derechos individuales y sociales y la parte orgánica que regula El Estado de Guatemala como tal, con sus divisiones de poderes y las relaciones internacionales. Esta contiene una declaración de derechos inspirados en principios y valores que los constituyentes plasmaron, encontrándose estos consagrados en el preámbulo constitucional; si bien se caracteriza la actual ley suprema en la primacía de la persona humana, la Corte de Constitucionalidad consideró que:

Esto no significa que esté inspirada en los principios del individualismo y que, por consiguiente, tienda a vedar la intervención estatal, en lo que considere que protege a la comunidad social y desarrolle los principios de la seguridad y justicia.⁶¹

La Constitución actual se refiere a Guatemala como un Estado de derecho organizado para proteger a la persona y a la familia, cuyo fin supremo es la realización del bien común mediante un sistema de gobierno republicano, democrático y representativo. La soberanía reside en el pueblo que se encuentra conformado por diversos grupos étnicos entre los que figuran los ladinos, las distintas etnias de origen, principalmente maya, garífuna y xinca. La estructura del Estado es la tradicionalmente observada en la presente ley fundamental a través de tres organismos (ejecutivo, legislativo y judicial) entre los cuales la subordinación está prohibida. El territorio de la República se divide en departamentos, los cuales se subdividen, a su vez, en municipios; estos últimos poseen un gobierno elegido directamente por el pueblo.

⁶¹ Gaceta No. 1, expediente 12-86, página No. 3, sentencia: 17-09-86

Continuando con lo relevante, la Constitución otorga una significativa importancia a los municipios, a las cuales mantiene su autonomía, el porcentaje de los ingresos corrientes contemplados en el presupuesto de la República y la creación del Sistema de Consejos de Desarrollo, como instancias para el diálogo y la concertación entre el Estado y los ciudadanos, especialmente en lo relativo al destino de la inversión pública; rigiendo todos estos aspectos, en un marco constitucional de derecho. La Constitución de 1985 reconoce:

Tanto los derechos individuales como los derechos sociales al igual que los derechos civiles y políticos. Entre los primeros se encuentran el derecho a la vida, la integridad física, la seguridad, la igualdad y la libertad. Asimismo, consagra la libertad de pensamiento, de religión, de asociación y el libre desplazamiento. Entre las garantías procesales establece el principio de legalidad, el principio de presunción de inocencia, el derecho a un proceso justo, el recurso de exhibición personal y el proceso de amparo; también prevé el derecho de asilo, de petición, de reunión y manifestación y la inviolabilidad de correspondencia y de vivienda. Entre los derechos sociales reconoce el derecho a la educación, la cultura, la salud y el trabajo. Por último, se encuentra consagrado el derecho de elegir y ser electo. Hace una clara alusión a los derechos humanos individuales y a los sociales, así como a los derechos políticos; como efecto de una larga tradición de arbitrariedad, el texto también hace alusión a los casos excepcionales en que pueden limitarse estos últimos derechos.⁶²

⁶² Comisión Presidencial para la Reforma de Estado. <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/23515.pdf>.

Se llega a determinar que, desde la época de la revolución de octubre de 1944, cuando se inicia en Guatemala el cambio de una dictadura a la era democrática y social. Con la Constitución del 11 de marzo de 1945, donde se da una importancia a los derechos humanos, principalmente a los derechos económicos sociales y culturales y las garantías necesarias para su cumplimiento. A pesar de los fenómenos de la contra revolución y las Constituciones que surgieron con posterioridad, en la actual Constitución Política, que entró en vigor el 11 de enero de 1986, vale la pena resaltar que existe un efectivo desarrollo de garantías y derechos inherentes a la persona humana. Además, existe en el Texto Constitucional, un apartado que desarrolla los mecanismos para su protección.

Vale mencionar que la creación de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y la instauración de la figura del Procurador de los Derechos Humanos, siendo este último el comisionado del Organismo Legislativo para la defensa de los derechos que la Constitución Política reconoce para los guatemaltecos, proporciona a entender un modelo de diseño constitucional enfocado en dar garantías y mecanismos para la defensa de los derechos fundamentales, sin olvidar la función que la Corte de Constitucionalidad, como órgano tutelar de la justicia constitucional, debe realizar sobre la tutela jurídica de los derechos humanos.

CAPÍTULO III

El Estado y el derecho constitucional, enunciados para los derechos humanos

En el presente capítulo, en relación con la propuesta de investigación y búsqueda de la hipótesis planteada, se podrá conocer la función que posee un Estado para la formación de una legislación, la cual conlleva un orden de derecho e imperio de este sobre el ordenamiento que a él lo rige. En esa relación se puede observar como este imperio legal busca dar fundamentación del Estado y conocer el papel que juega la democracia y la soberanía, principalmente la participación ciudadana, en la creación de la legislación y en la incorporación de los derechos humanos en esta.

Obrará también que han existido ciertos modelos de Estado, los cuales han permitido reconocer y tolerar de mejor manera un reconocimiento de los derechos humanos como un Estado liberal y un Estado social de derecho; en cada uno de estos se conocerán sus principales postulados y afirmaciones que ponen en relieve las libertades por una parte como principal fundamento de un Estado y en cuanto al Estado social, las circunstancias de índole social y económico, los cuales han permitido arribar a distintos derechos difusos o de interés colectivo para la población sujeto al sistema de gobierno.

Se encontrará que, para el Estado social de derecho, los movimientos políticos y sociales que durante el transcurso de la historia se suscitaron, permitieron darles un

rango constitucional a los derechos humanos colectivos, de los cuales únicamente determinado sector poblacional tuvo acceso.

3.1 El Estado y el derecho, la regulación de una legislación en derechos humanos

La ley guarda una conexión de los principios del Estado de derecho y de la libertad ciudadana para que subsista este; en la antigüedad, si la ley era todo lo que manda determinado hombre o asamblea, sin distinguir, una monarquía absoluta, será también un Estado de derecho, pues en ella imperaba la ley o la voluntad del rey dependiendo de qué régimen de gobierno se poseía. En la república soviética y la dictadura del proletariado sería un Estado de derecho las disposiciones que se hagan en ese régimen, pues también hay allí un legislador y por consiguiente leyes; sobre esto menciona Carl Schmitt, que:

Para que el imperio de la ley conserve su conexión con el concepto de Estado de derecho, es necesario introducir el concepto de ley a ciertas cualidades que hagan posible la distinción entre una norma jurídica y un simple mandato de voluntad o medida.⁶³

La libertad ciudadana y el Estado de derecho admiten un concepto determinado de ley; hablar de imperio de la ley, sería una expresión vacía y no podría recibir sentido mediante una determinada contraposición. Esta concepción básica de Estado de derecho envuelve un punto de vista histórico y lógico.

⁶³ C. Schmitt. (2011). *Teoría de la constitución*. Madrid, España: Alianza S.A. Pág. 197

Para tener un panorama amplio, es de recordar lo que se menciona por imperio de la ley y este puede ser considerado como:

Que el legislador mismo queda vinculado a su propia ley y que su facultad de legislar no es del medio para una dominación arbitraria. La vinculación del legislador a la ley es posible; sin embargo, solo en tanto que la ley es una norma con ciertas propiedades: rectitud, razonabilidad, justicia, etc. Todas estas propiedades presuponen que la ley es una norma general. Un legislador cuyas medidas concretas, órdenes especiales, dispensas y quebrantamientos valgan también como leyes, al igual que sus normaciones generales, no está ligado a su ley en ninguna forma concebible, la vinculación a la ley es una expresión sin sentido para aquellos que pueden hacer leyes arbitrarias.⁶⁴

Sobre este apartado, vemos como un determinado poder o organismo tiene las facultades, en segundo lugar, de crear el conjunto de normas de determinada índole, las cuales vincula y obliga no solo para aquel a quien va destinada la ley, sino para el que la dicta, por tal sentido esta creación de cuerpos legislativos debe poseer principalmente los valores de razonabilidad, justicia y agregar un valor más y fundamental, es respecto a los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, la ciudadanía, en la lucha por su libertad y su Estado de derecho, adoptó un concepto de ley que descansa en una vieja tradición europea y que pasó desde la filosofía griega a la edad moderna a través de la escolástica, pues se referían que la ley no es la voluntad de uno o de muchos hombres, sino una cosa

⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 198

general-racional. No vale, sin distinción de formas de gobierno, para la monarquía, aristocracia y democracia, pues Aristóteles distinguía:

Una democracia en que impera la ley de otra clase de democracia en que imperan las resoluciones populares y no las leyes; en las democracias vinculadas a las leyes no aparecen ningún demagogo, sino que los ciudadanos más virtuosos tienen la precedencia, pero donde las leyes no tienen el poder sumo, aparecen demagogos, pues allí el pueblo se convierte en un monarca y, por cierto, de muchas cabezas.⁶⁵

Vemos, entonces, que el concepto de ley propio del Estado de derecho se encuentra dentro de una cierta tradición; las distintas propiedades de la ley que vienen al caso; es decir, justicia y razonabilidad, se han hecho problemáticas y por haber perdido su evidencia del derecho natural, como principio jurídico general, puede sustituir esas convicciones iusnaturalistas en situaciones políticas y económicas. Como ejemplo podría darse con los derechos individuales, por ejemplo, el derecho de propiedad; a esta no se podría renunciar sin que el Estado de derecho mismo desaparezca el carácter de derecho tutelar, pues en ella se encuentra la seguridad última por el cual se posee este. Para el concepto formal de la ley, Carl Schmitt menciona que:

Lo acordado por los órganos legislativos competentes, dentro del procedimiento legislativo prescrito, como trasladar y extender las competencias y procedimientos no es, en sí, cosa desusada ni una formalización del concepto, es en sí, nociva. Puede trasladarse, por el ejemplo, el procedimiento de examen

⁶⁵ Aristóteles. Citado por Schmitt. Ob. Cit. Pág. 199

de actas electorales, o la canonización. Entonces podrá hablarse de un litigio jurídico en sentido formal y decir que, en el examen de actas o canonización, son litigios jurídicos. Todavía con mayor generalidad podrían designarse como justicia, todos los asuntos oficiales que un juez resuelve al amparo de la independencia judicial. Tales determinaciones formalistas pueden producirse en diversos sectores de la práctica jurídica, definiciones semejantes, tienen en un marco muy estrecho, el valor práctico de medio auxiliar.⁶⁶

En estos argumentos, se menciona que las funciones legislativas pueden corresponder actividades en sentido formal y en sentido material dentro distintas actividades que los organismo de un Estado puedan desarrollar; es decir, desde la administración pública, función judicial y función constitucional; asimismo, no se puede de mencionar que toda esta serie de actividades reguladas, buscan brindar al ciudadano el derecho humano a la seguridad o seguridad jurídica, pues se encuentra regulado en la ley.

En cuanto al concepto político de la ley, se conoce la posibilidad de una posible confusión de este llamado concepto formal de la ley, ante todo, porque hay concepto político de la ley; la expresión concepto político de la ley, se piensa como contraposición de un concepto jurídico de la ley; para la ciencia jurídica, sobre todo para una teoría de la constitución, ambos conceptos de ley son objeto en igual medida de la consideración científica. Ambos términos corresponden a una constitución moderna, porque no hay ninguna ley suprema sin esos dos elementos; es decir, la parte política y

⁶⁶ *Ibidem*. Pág. 202

la jurídica, lo que se corresponde como el dualismo de los dos conceptos de ley. Cuando nos referimos al aspecto político, nos encontramos con el contraste a lo jurídico y al Estado de derecho, pues un concepto de ley resultante de la forma de existencia política del Estado y de la conformación concreta de la organización del dominio; para el concepto del Estado de derecho, la ley, es la esencia, la norma una norma con cualidades; es decir, una regulación jurídica, recta y razonable de carácter general.

Vale la pena recordar que, cuando en el siglo XIX, un Estado de derecho no podía contentarse con establecer principios y normas contra el absolutismo, tenía que reclamar, frente a las instituciones estatales concretas su principio democrático. Se luchaba por encontrar la representación popular y por una expresión y ampliación de facultades y competencias del parlamento. Como consecuencia de la conducta democrática, se pueden vincular distintas instituciones y garantías orgánicas del Estado de derecho, pero también ellas conducen conjuntamente a que se exija una cooperación lo más extensa posible de la representación popular y la búsqueda por la protección de sus derechos. El carácter político, dentro de un concepto de la ley, pasa por material debido a que no es formal, la ley pues “una norma jurídica; es decir, un precepto, en que el Estado se dirige a sus súbditos, para fijar entre ellos y este, los límites de lo permitido y lo que puede hacerse, y no puede hacerse”.⁶⁷

⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 208

3.2 Los orígenes del término soberanía popular y la relación con los derechos humanos

Un clásico pensamiento político se extrañaba hace ya algo más de un siglo del confusiónismo originado por el empleo inadecuado de término tan fundamental para la teoría y la práctica política, como los de la democracia y la soberanía del pueblo. Al depender la acción política del uso eficaz del lenguaje y de la comunicación, es muy necesario poseer una idea clara del papel del sistema y como juega con los conceptos y proposiciones más usuales. Para advertir que valor convencional se otorga a su satisfacción a tal cometido en la ciencia jurídico-política contemporánea, se entiende que puede venir facilitado por las técnicas de análisis del lenguaje y conocer el termino de democracia y soberanía.

El proceso democratizador de la idea de la soberanía, desempeño como es notorio, un papel relevante en Rousseau, quien configuró como voluntad general el concepto moderno del poder soberano. Dicha voluntad general de la noción absolutista de soberanía será superior y trascendente a las voluntades individuales, pero en lugar de recaer en un solo hombre, será patrimonio inalienable del pueblo, a quien corresponderá su titularidad y ejercicio. Se desprendió que la noción de soberanía popular es un aspecto que surge de un determinado contexto histórico, del que se puede recordar las ideas de Hans Kelsen; por otra parte, puede sostenerse la teoría de que la soberanía popular, más que un producto histórico, es la resultante de una determinada historia.

Pérez Luño menciona que el uso del término soberanía popular ha rebasado los límites históricos por mencionar que:

Existe una aparición para insertarse en el lenguaje político de este tiempo, sin que tampoco pueda olvidarse que antes de su consagración terminológica existieron ya fenómenos anticipadores de su significación. Se impone así la necesidad de llevar a cabo un análisis de un término que ha sido utilizado para designar realidades o momentos diversos de una realidad.⁶⁸

Por su parte J. Rousseau, citado por Pérez Luño, mencionada que “la soberanía no puede ser representada, por la misma razón porque no puede ser enajenada: consiste en la voluntad general y la voluntad no se representa, porque o es ella o es otra”.⁶⁹

Se puede apreciar que derivado a estas situaciones, la teoría que los constitucionalistas defendían, el cual era el principio de la representación parlamentaria para el ejercicio de la soberanía ya no era absoluta, como se aprecia Rousseau describía que creer ser libre puede ser engañoso, porque tan solo lo es durante la elección de los miembros del parlamento y luego que estos están elegidos ya es esclavo y ya no es nada; para él la única solución coherente al problema de hacer efectiva la soberanía popular, era la democracia directa que implicaba el reconocimiento en el pueblo de la titularidad y el ejercicio del poder, porque temía que,

⁶⁸ A. E. Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 192

⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 195

de admitirse la democracia representativa, se hiciera al parlamento y no al pueblo soberano.

Sobre esto se puede advertir una diferencia de soberanía, la soberanía popular puede ser ligado a las tesis constitucionales, la cuales ven en la soberanía popular la elección por el pueblo del cuerpo representativo como un elemento de estructuración del principio de la división de poderes y de las garantías individuales. El segundo ligado al pensamiento de Rousseau y de Marx, que concibe a la soberanía popular como permanencia del ejercicio del poder en manos del pueblo o de sus mandatarios. La concepción de soberanía popular como ejercicio del poder implica en estos autores también la existencia de unas condiciones económicas que hagan de ella un dato efectivo y no un mero postulado formal como suele entenderse con la democracia representativa. En la doctrina política contemporánea Burdeau, se ha considerado que “el alcance de la diferencia entre soberanía como titularidad o ejercicio del poder en el marco de las relaciones entre lo que él denomina democracia gobernante y democracia gobernada”.⁷⁰

Podemos apreciar la opinión de Burdeau, la cual crea una vía de democracia gobernada y de gobernante; esta toma instrumentos de poder por parte del pueblo, hasta el punto de que, a su juicio, en las actuales democracias, una voluntad popular soberana y omnipotente se impone al Estado. Se intuye que poner en relieve la diferencia entre el alcance del término soberanía popular es pues que se quiera dar una definición con ella de titularidad del poder o de su ejercicio, bajo formas de democracia

⁷⁰ Della Volpe, Rousseau e Marx. Citados por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 196

directa o representativa y se requiere bajo los términos acuñados, la democracia del gobernante. Es sabido que las democracias modernas se han orientado en los países occidentales hacia fórmulas de democracia representativa; dichos sistemas funcionan mediante mecanismos electorales, según la regla de la mayoría, que otorga el mando a quien obtiene más votos, ejercitándose el poder por el grupo que ostenta el mayor número de escaños en el Congreso.

Se ha tomado en consideración fundamentalmente que aquella porción de votante que se contribuye a formar las mayorías electorales victoriosas y que existen una serie de mecanismos complejos que modifican o alejan la formulación del mandato político de la voluntad del pueblo; de tal modo que en nuestros días, titularidad y ejercicio del poder, tiende a desunirse, pese a que a nivel retórico muchas constituciones impliquen en el principio de la soberanía popular, la titularidad y el ejercicio del poder. La noción de pueblo y de soberanía va gestándose en Marx, a través de su crítica del pensamiento de Hegel, para Hegel, la personalidad del Estado encarna en la persona del monarca, de allí que el pueblo independizado de su monarca sea solo una masa informe, puesto que la persona del monarca representa la unidad del pueblo y constituye el símbolo de la soberanía popular. Para recuperar el sentido y la funcionalidad de la soberanía popular es preciso concretarla con los principios inspiradores y el techo emancipatorio del Estado de derecho, orientado a la democracia. Al analizar el significado de la soberanía popular, se advierte que la atribución de la titular del ejercicio del poder al pueblo proclamado en los textos constitucionales democráticos no siempre ha tenido puntual traducción en la realidad constitucional, se podría analizar como:

Comprobar en qué medida se dé un equilibrio entre la consagración teórica del principio o si se requiere su dimensión prescriptiva y su eficacia práctica en términos descriptivos y a la vez, conviene enjuiciar el sistema normativo a través del que se realiza o puede realizarse la concreción del principio de la soberanía popular en el ordenamiento constitucional democrático.⁷¹

3.3 Los derechos humanos y el Estado de derecho

Como sabemos, es indispensable incluir, entre los requisitos del funcionamiento del Estado, la creación de un derecho que lo rija y este, a su vez, debe tener como principal objetivo, el orden social y contemporáneamente, su visión es la defensa de derechos fundamentales. No se debe olvidar lo importante que es conocer la teoría de los derechos humanos en la formación y definición del Estado de derecho; de ahí que parezca un tema obligado de una exposición general sobre derechos humanos, un condicionamiento mutuo existente entre ambas nociones; es decir, entre Estado de derechos y derechos humanos. Uno de los problemas más importantes, sino el principal, de la teoría jurídico-política, es la conciliación entre los derechos de los particulares y la soberanía del Estado.

La doctrina de los derechos fundamentales en el Estado de derecho, se ha presentado como un modelo articulador de las exigencias en principio antagónicas, que reflejan las ideas de libertad y de ley, en cuanto a lo exigente de la comunidad social; la superación de esta antinomia solo podría llegar a partir de una síntesis entre ambas

⁷¹ *Ibíd.* Pág. 206

nociones, para ello, era necesario concebir la ley no como un producto del arbitrio, sino de una voluntad general encaminada directamente a garantizar los derechos fundamentales de los individuos. Hacia esa síntesis se dirigió la idea guía del Estado de derecho, en el que los derechos fundamentales no aparecen como concesiones, sino como corolario de la soberanía popular, cuyo principio implica un deber y un derecho para el individuo. Al respecto Pérez Luño recuerda que: “se cumple así el axioma a tenor del cual el hombre solo puede ser libre en un Estado libre y el Estado solo es libre cuando se edifica sobre un conjunto de hombres libres”.⁷²

En su perspectiva histórica, la teoría de los derechos humanos precede de una formulación de noción de Estado de derecho; en las declaraciones de los derechos humanos del siglo XVIII se halla presente el origen de todos los principios que forman la base ideológica y moderna del régimen constitucional. En dichas declaraciones, se representan la síntesis de ideas y tendencias encaminadas a arrinconar los actos arbitrarios del absolutismo y llevar al Estado hacia una conquista, en ocasiones lenta y dura, para instaurar los principios de la libertad y la democracia; es indiscutible que ha existido una dependencia histórica del Estado de derecho, de las declaraciones de Derechos Humanos y que estas no pueden alcanzar su formulación positiva al margen del ordenamiento jurídico del Estado.

Por lo anterior, si bien los derechos fundamentales, encarnan, a su vez, los principios fundamentales e inspiradores de toda política estatal, también cumplen una misión de fundamento y límite de todas las normas que organizan el funcionamiento de

⁷² *Ibíd.* Pág. 218

los poderes públicos y de todas las expresiones jurídicas sugeridas en el seno de un ordenamiento jurídico.

3.4 Exigencias para la existencia de un Estado liberal de derecho

Es necesario advertir que el Estado de derecho surge como una nueva fórmula política que busca presentar una nueva forma de Estado, un tipo de Estado con existencias de contenido y materia, que se cifraban en la necesidad de una organización y regulación de la actividad estatal, guiada por principios racionales y que deben traducirse en un orden político justo. El Estado de derechos es convenido como un Estado racional, bajo la terminología de Estado de razón o Estado de racionalidad; el rechazo a cualquier tipo de los objetivos del poder debe saberse que el Estado no es una institución puesta al servicio de fines trascendentes de carácter dividido ni de los intereses de quienes gobiernan, sino que se halla en función del beneficio sobre el conglomerado social que lo integra, principio fundamental en la mayoría de Estados de derecho.

Este tipo de Estado busca limitar las tareas a tener garantía sobre la libertad, la seguridad y la propiedad de sus ciudadanos a través de la ley, concebida como norma general emanada de los representantes de la voluntad popular. En un inicio la definición de Estado de derecho, no era una categoría puramente formal e indiferente respecto a los objetivos y contenido de la legalidad, a la que debía someterse el bloque de la actividad política estatal; el Estado de derecho nació, por tanto, como una fórmula del compromiso que implicaba aunar diversas garantías formales y proclamadas por una

Constitución, que consagraba la división de poderes y el principio de legalidad, con una serie de garantías materiales, ya que el primado de la ley, reposaba en su carácter de expresión de voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Se ha llegado a afirmar que en estas formulaciones iniciales del Estado de derecho, la noción de legalidad suponía una síntesis de la idea liberal manifestada en la defensa de los derechos individuales y la idea de democracia concretada en la concepción de la ley como producto de la voluntad general. Junto a esta línea hermenéutica de desarrollo sobre el Estado de derecho y de la forma simultánea que fue tomando cuerpo en el seno de la doctrina alemana, se creó una tendencia dirigida y absolutista de la idea de racionalidad y formalismo, la cual sostuvo y fundamentó Estado de derecho, en un Estado ético. En la medida que lo que era racionalidad formal *a priori*, pasaba a identificarse con la concepción del Estado, a través de un enfrentamiento jerárquico, está producía la racionalidad universal la cual respondía a una supeditación de las libertades individuales. Hegel, citado por Luño, al respecto mencionó que:

Sobre premisas mucho más radicales que Kant, mencionó la necesidad de una legitimación absoluta y universal del Estado. Un Estado que es concebido como el paso de Dios por el mundo y que tiene su fundamento en la fuerza de la razón que se realiza como voluntad. Hegel parte de la idea que el Estado es un fin en sí mismo y la condición necesaria para la realización de la libertad, de lo que

infiere que el Estado tiene un derecho supremo frente a sus componentes cuyo deber básico es el de ser miembro del Estado.⁷³

Por otra parte, el positivismo formalista se convierte de este modo, en la teoría jurídico-política de la burguesía liberal, eliminando progresivamente el concepto de Estado de derecho y de las exigencias del contenido iusnaturalista. La teoría del Estado alcanza su pleno desarrollo en su orientación positivista-formalista en la obra de Hans Kelsen y constituye la expresión más acabada del Estado liberal de Derecho. Sus rasgos principales son:

- a) Una aparente despolitización del Estado, que lejos de proponerse la realización de fines políticos propios, aparece como un mero instrumento neutro y disponible para asegurar el libre juego de los intereses económicos; para ello se consuma la fractura entre sociedad y Estado al independizar la organización y reproducción del poder político de cualquier conexión con la sociedad. Estos presupuestos se traducen en la práctica en la cobertura ideológica de los intereses burgueses. El Estado liberal de derecho funciona como un Estado al servicio de la burguesía para lo que dificulta el ejercicio del derecho de asociación, abandona el mercado a los económicamente poderosos y reconoce una libertad e igualdad en el plano formal, que no tienen correspondencia en lo social y económico.
- b) Tendencia hacia la identificación del concepto de Estado de derecho con el principio de legalidad, lo que implica el sometimiento de la administración a la ley, así como la posibilidad del control jurisdiccional de sus actos de legalidad

⁷³ *Ibíd.* Pág. 227

y termina por conducir a una identificación absoluta entre legalidad y Estado de derecho.⁷⁴

El contenido sobre la despolitización supone un nivel medio de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos; esta situación podría aparecer dentro de esta misma lógica, como una situación de producto a la voluntad política de los gobernantes. Como menciona Kelsen, el no permitir la participación de la sociedad en general, dentro de la creación de un Estado democrático de derecho, únicamente permitiría la vía libre para que un interés particular, muchas veces apuntado al interés económico, lo cual podría vulnerar derechos sociales, los cuales por su propia naturaleza son difusos; es decir, que abarcan a todos los habitantes de un Estado. En cuanto a la limitación de la administración pública a la ley, se propone como un viable mecanismo de control para el ejercicio de la función pública, la cual abarcaría al sistema de justicia, proponiendo con ello una certeza al derecho de seguridad jurídica que es derecho humano y principio fundamental de un Estado.

3.5 La línea tomada hacia el Estado social de derecho

El individualismo y el Estado liberal de derecho no pudieron satisfacer la exigencia de la libertad e igualdad real de los sectores sociales y económicos más grandes y afectados; la libertad jurídica y la igualdad política de la clase más afectada en un Estado, constituyen los fundamentos del Estado social de derecho. La aparente

⁷⁴ Preuss U. K. *Proyecto de constitución del derecho público como ciencia en la doctrina alemana*. Citado por Perez Luño. Ob. Cit. Pág. 229

carencia de carácter político, que ante la transformación socioeconómica adoptó el Estado liberal de derecho, se tradujo en una serie de conflictos de clase que, a partir de la segunda mitad del siglo XX y desde los inicios del actual siglo XXI, descubrieron la insuficiencia del marco de las libertades burguesas, cuando se inhibe el reconocimiento de la justicia social.

Estas circunstancias unidas con las nuevas condiciones en las que se desarrolló el capitalismo avanzado determinaron la aparición de premisas de neutralidad e individualismo que, aunque se mantienen fieles al preponderante del derecho, lo realizan a partir de principios heterónomos frente a la autonomía caracterizadora del Estado liberal de derecho. Después de la segunda guerra mundial, el restablecimiento democrático en diversos países, contribuyó decisivamente a difundir la fórmula del Estado social de derecho; este tuvo un origen híbrido, fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares y su función principalmente en protección a los derechos humanos, que han gravitado sobre su evolución ulterior; de un lado, representó una conquista política del socialismo democrático, lo que se advierte con nitidez en la ideología inspiradora de una de las primeras manifestaciones.

La Constitución de Weimar, por otra parte, es el fruto del pensamiento liberal más progresista que lo concibe como un instrumento de adaptación del apartado político a las nuevas exigencias del capitalismo maduro; su componente socialista democrático se traduce en la superación del formalismo positivista al imponer al Estado, la realización de determinados fines materiales, que contribuyen a una reforma social y económica justa, en términos de justicia social y reconocimiento de los derechos

humanos. Herman Heller, citado por García-Pelayo mencionaba que “la concepción Kelseniana del Estado de derecho, debe suponer como respuesta a las demandas de democracia social del proletariado, la extensión del pensamiento del Estado de derecho material, al orden del trabajo y de los bienes”.⁷⁵

La impronta movilidad liberal, defendía la posibilidad de una transformación de la política estatal por vía democrática y respetando la economía de mercado capitalista, así como el derecho de propiedad sobre los bienes de producción. Se acepta; sin embargo, un abandono del dogma a favor de un intervencionismo de los poderes públicos en el proceso económico tendente a un incremento constante de producción que permita garantizar el pleno empleo y el aumento de las rentas del trabajo. La transición del Estado liberal al Estado social de derecho planea una importante serie de cuestiones teóricas y prácticas, por ejemplo, sigue mencionando García Pelayo:

Una de las más evidentes mutaciones operativas que comporta el estado social reside en atribuir a los poderes públicos la consecución de la procuración existencial; es decir, responsabiliza a la Administración de la tarea y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad reconocida no solo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural. Al propio tiempo, el Estado social de Derecho

⁷⁵ M. García-Pelayo. (1982). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 3ª Edición. Madrid: Alianza Madrid. Pág. 13

pretende asumir el contenido de reestructurar y equilibrar las rentas mediante el ejercicio de la política fiscal.⁷⁶

La transición al Estado social de derecho tuvo crisis con el individualismo y el apoliticismo, pues este no podía satisfacer la exigencia de la libertad e igualdad real de todos los sectores sociales en la historia, uno de ellos y más afectado, el sector económicamente más afectado. La libertad jurídica y la igualdad política de los proletariados, a la par de su desigualdad social y económica, constituyen los fundamentos del Estado de derecho burgués; el apoliticismo que ante la transformación sociales y económicas, adoptó el Estado liberal de derecho, el cual se tradujo en una serie de conflicto de clase, a partir de la segunda mitad del siglo y desde inicios del actual, estos desvelaron la insuficiencia del marco de libertades burguesas cuando se inhibe del reconocimiento de la justicia social. Estas circunstancias, incluidas con las nuevas condiciones en las que se desarrolla el capitalismo avanzado, determinan la aparición del Estado social, el cual desecha los postulados de la neutralidad e individualismo y recaba para sí la intervención directa en los procesos socioeconómicos y que, aunque se mantiene fiel, al primado del derecho, lo realiza partir de principios heterónomos frente a la autonomía del Estado liberal. Tras la segunda guerra mundial el restablecimiento democrático de diversos países en occidente, contribuyeron decisivamente a difundir la fórmula del Estado Social de Derecho.

Por su parte, Herman Heller, uno de los mejores teóricos del socialismo contemporáneo, describe que Estado Social de Derecho es:

⁷⁶ *Ibíd.* Pág. 35

Que frente a las dictaduras totalitarias y a la nomocracia en que desemboca la concepción formalista Kelseniana, el Estado de derecho debe suponer, como respuesta a las demandas de democracia social del proletariado, la extensión del pensamiento del Estado de derecho material al orden del trabajo y de los bienes. La importancia liberal tiene su manifestación más precisa y defiende la posibilidad de una transformación de la política estatal por vía democrática y respetando la económica de mercado capitalista, así como el derecho de propiedad sobre bienes de producción. Se acepta; sin embargo, un abandono del dogma de individualismo, a favor de un intervencionismo de los poderes públicos en el proceso económico tendente a un incremento constante de la producción, que permita garantizar el pleno empleo y el aumento de las rentas del trabajo.⁷⁷

El tránsito del Estado liberal al Estado social de derecho, plantea una importante serie de cuestiones teóricas y prácticas. Se ha señalado, por ejemplo, que una de las más evidentes mutaciones operativas que comporta el Estado social reside en atribuir a los poderes públicos la consecución de la responsabilidad a la administración pública, principalmente de proporcionar a los ciudadanos, las prestaciones necesarias y los servicios públicos; es decir, los derechos humanos difusos y sociales. Estos deben ser adecuados para el pleno desarrollo, no solo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración en la Constitución y leyes ordinarias con carácter de derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural.

⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 231

El Estado social de derecho, entonces podemos apreciar que pretende asumir el cometido de reestructurar y equilibrar las rentas mediante el ejercicio de la política fiscal. La trascendencia de los cambios operados en la naturaleza y fines tradicionales del Estado de derecho en su decantación hacia el Estado social ha suscitado una discusión que se ha desarrollado principalmente en la doctrina, tomando en cuenta las dos posturas:

La interpretación consagrada por Carl Schmitt respecto a la Constitución de Weimar, tendente a trazar una separación tajante entre la Constitución como forma jurídica del Estado y el funcionamiento político del poder, en su incidencia y condicionamiento por los conflictos sociales, praxis de los sindicatos y partidos políticos, etc., vació de contenido la pretendida dimensión social del *sozialer Rechtsstaat* a auspiciado en la Carta Constitucional weimariana.⁷⁸

Esta idea ha sido ampliamente desarrollada por su discípulo Ernest Forsthoff, quien ha impugnado la propia admisibilidad, desde una perspectiva técnico-jurídica, de la noción del Estado social de derecho. Forsthoff, en su pensamiento de evolución histórica, como elemento definitorio del Estado de derecho, aparece ligada a la Constitución; mientras que la función social del Estado es algo que se vincula a las tareas propias de la administración pública. Por ello, el Estado de derecho y el Estado social no son una misma cosa, pues es imposible concebir un Estado social de derecho pues uno tiende a garantizar, a través de cauces formales, la libertad de los ciudadanos ante la injerencia del gobierno, mediante la separación de poderes y el principio de la

⁷⁸ Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 231

legalidad y la independencia judicial y el otro, busca salvaguardar un *statu quo* económico-social y en su calidad de derechos.

En suma, el terreno de la realización de los programas socioeconómicos es el de la legislación y la administración, pero no el de las normas constitucionales, por ello, la inclusión de lo social en la definición del Estado de derecho no debe suponer una distorsión inadmisibles desde el punto de vista jurídico pues es necesario un cauce jurídico para reglamentar el intervencionismo estatal exigido por las nuevas necesidades sociales y económicas. Para ambas, el principio social contenido en la definición de Estado Social de derecho supone una distorsión; es decir, un programa de actuación para el legislador y los órganos del Estado; de ahí que, por su carácter programático y su propia indeterminación, el principio social no puede ser objeto de aplicación inmediata, sino solo de normas que no lo concreten.

Se considera que el paso del Estado liberal al Estado social de derecho ha supuesto una radical mutación en su propia significación jurídico-política, pero sin que ello implique que el Estado social haya dejado de ser Estado de derecho o que sus postulados se hayan traducido en fórmulas programáticas carentes de incidencia en la naturaleza jurídica y contenido institucional del Estado de derecho. Desde una óptica se insiste, que sin renunciar a las garantías jurídicas del Estado de derecho, el Estado social de derecho ha supuesto, además, las garantías materiales de los postulados y libertades formales proclamados por el Estado liberal de derecho, lo que ha exigido profundos cambios en las técnicas operativas, para esta corriente, el Estado social de

derecho ha entrañado una fórmula de compromiso entre la defensa de las libertades tradicionales de signo individual y las exigencias de la justicia social.

Existen posturas que sostienen la indiscutible condición de forma o modalidad de Estado de derecho respecto del Estado social, merecen especial atención, quienes han escrito y pretenden acentuar la dimensión democrática, recuperándola y actualizando, las orientaciones dirigidas a tal fin por Hermann Heller; para ello han propiciado una interpretación sistemática y evolutiva del principio social, desde esta perspectiva, cifran las siguientes afirmaciones:

- a) La afirmación de la necesaria continuidad entre los principios sociales y democráticos y el Estado de derecho; así, por ejemplo, Richar Baumlin ha aludido al mutuo condicionamiento existente entre los principios de democracia y de Estado de derecho señalando, de forma expresa que la lógica democrática encarnada en el principio de la soberanía popular, no se halla en oposición irreductible, antes al contrario con la lógica jurídico-constitucional que implica el concepto de Estado de derecho.⁷⁹

Por esto, podríamos sintetizar que el Estado social de derecho supone también el reconocimiento de la abolición fáctica de la separación entre el Estado y la sociedad. De ahí se infiere la posibilidad de la exigencia de que el Estado asuma la responsabilidad de la transformación del orden económico-social en el sentido de una realización material de la idea democrática de igualdad. El problema del poder económico es un problema básico para el Estado democrático, de forma que la

⁷⁹ E. Forsthoff. *Der staat der industriegesellschaft*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 231

estrategia del socialismo democrático, tendente a hacer plenamente operativo el principio de la estatalidad democrática sancionada constitucionalmente, debe tener como meta inmediata la transformación del orden económico-social vigente. El Estado social de derecho, implica tener también la superación del carácter negativo de los derechos fundamentales, de ser considerados como una:

Autolimitación del poder soberano del Estado para devenir los límites que el principio democrático de la soberanía popular impone a devenir límites que el principio democrático de la soberanía popular impone a los órganos que de ella dependen. Por tanto, el papel de los derechos fundamentales deja de ser el de meros límites de la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de actividad positiva, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder. Lo que trae como consecuencia la necesidad de incluir en el sistema de los derechos fundamentales no solo a las libertades clásicas, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales como categorías accionables, y no como meros postulados programáticos.⁸⁰

Dentro de la implementación de la aplicación del Estado social de derecho, también debe tomarse en cuenta la interpretación de la estructura estatal y para el respecto se considera dar esta lectura:

Comporta también la exigencia de que la estructura estatal no responda a un modelo centralista, rígido y monolítico, sino que funcione a través de formas pluralistas que posibiliten y articulen la participación de las personas y de los

⁸⁰ J. Pèrels. *Grundrechte als Fundament der Demokratie*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 234

grupos en el progreso político, económico, social y cultural. De ahí ha partido la tendencia a concebir, como un pluralismo de valores y opciones sociales.⁸¹

Es necesario advertir que se encuentra una dificultad sobre la ocasión de delimitar la raíz propia y características del Estado social de derecho; sin embargo, se ha mostrado las principales ideas de los tratadistas anteriormente descritos, quienes han enfatizado, las raíces propias y coordinadas históricas, doctrinarias y prácticas del concepto del Estado social de derecho desde su partida como el Estado liberal de derecho.

Se concluye, entonces, de este capítulo que el Estado constitucional de derecho, posee una intrínseca vinculación con los derechos humanos, pues la Constitución Política, donde se encuentra instaurado el modelo de Estado, tendrá que establecer el reconocimiento, desarrollo y garantía de los derechos fundamentales de la ciudadanía, sirviendo el texto constitucional, como un resguardo jurídica-políticamente.

También que la evolución de un Estado constitucional de derecho tradicional, derivado a los cambios en el sistema social y político, han dado origen a la evolución de este modelo de orden constitucional habitual, creando una nueva corriente denominada el neoconstitucionalismo, el cual muestra mejores mecanismos de protección para los derechos fundamentales, aspecto que se tratará subsiguientemente en el desarrollo de la presente investigación.

⁸¹ R. Hettlage. *Eirtschaftspolische mitbestimmung zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat*. Citado por Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 234

CAPÍTULO IV

El neoconstitucionalismo, una innovación del constitucionalismo tradicional

Después de mencionados varios aspectos relevantes sobre el Constitucionalismo, las distintas evoluciones que ha tenido a nivel general y la incidencia en determinados países occidentales; aludiendo a la importancia de la transformación del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social y actualmente en el constitucionalismo contemporáneo, elementos de ambos modelos; como estos efectos tuvieron acontecimiento en la historia constitucional de Guatemala, resaltando distintos eventos, desde una perspectiva histórica. Además, con el objetivo de poder desarrollando los objetivos de la presente investigación, en cuanto a la importancia de aplicar el neoconstitucionalismo y sus distintas características y elementos; asimismo, sin descartar la objetividad de la investigación, se analizaron tesis opuestas a esta corriente de pensamiento constitucional y las relaciones intrínsecas que tenga de un modelo constitucional tradicional. Finalmente, se estudiará si ha existido o no un descubrimiento o improvisación del sobre el derecho constitucional.

4.1 Referencias del neoconstitucionalismo

Para profundizar un poco más en los antecedentes del surgimiento del neoconstitucionalismo, se hace necesario mencionar los antecedentes e introducción que Alejandro Medici hace sobre esta teoría. Él indica que:

En los últimos años, el surgimiento del constitucionalismo contemporáneo, ha impuesto el uso de un término conceptualizado como neoconstitucionalismo que ha sido compartido por numerosos filósofos del derecho y doctrinarios de derecho constitucional, quienes comparten que las modificaciones producidas en las últimas décadas sobre el modelo paradigma del estado constitucional, son de tal entidad que ya puede hablarse de un estado neoconstitucional, o incluso no de uno, sino de varios neoconstitucionalismos, como por ejemplo, refleja el título de varios textos y compilación de artículos de autores importantes en la materia de derecho constitucional.⁸²

Conviene visualizar, sin embargo, dos caminos principales que nos acercan al neoconstitucionalismo; por una parte, una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos, a lo que se considera un Estado constitucional; por la otra, varios fenómenos progresivos que han tenido impacto en lo que se considera un moderno Estado constitucional y la teoría que describe esos cambios. En el ámbito de los derechos sobre la práctica constitucional de las últimas décadas, se ha tenido una reconexión entre el derecho y la moral, operada en torno a la crisis de la segunda guerra mundial y posteriormente por la consolidación del constitucionalismo europeo de postguerra. Como inmediatos fundamentales de ese vínculo y forma precursora, aparecen los tratadistas Hermann Heller y Gustavo Radbruch.

⁸² M. Carbonell. Prólogo: nuevos tiempos para el constitucionalismo. Citado por A. Medici. (2003). *Introducción al (Neo) constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo*. Madrid: Trotta.

Sobre Heller, su apreciación sobre los principios jurídicos, como integrantes de la Constitución, van tendiendo un enlace entre la normativa moral e histórica de una comunidad y la normativa jurídica desacatada de la Constitución positiva. Considera que la Constitución, como texto jurídico destacado, se podría ver vulnerada en reconocer aspectos sociales e históricos al mencionar que “establecer, de una vez para siempre, el contenido, históricamente cambiante en la mayoría de los casos, de las normas sociales que complementan a las jurídicas”.⁸³

Gustavo Radbruch, por su parte, menciona que después de las consternaciones del nacional socialismo en Alemania, atrocidades y grandes violaciones a los derechos humanos ocurridas en la segunda guerra mundial, cambió su credo relativista y positivista, para afirmar el derecho como ciencia de la cultura y valorativamente plena, al mencionar que: “el derecho es una realidad referida a valores, un fenómeno cultural”.⁸⁴

El carácter valorativo del derecho al que menciona Radbruch es incorporado en la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico. Desde la universidad de Heidelberg, él reflexiona sobre la experiencia del juicio de Nuremberg que condenó a los jefes nazis, usando la fórmula, según la cual *lex iniustissima non est lex* (la injusticia extrema no es derecho). No se trataba para Radbruch, de moralizar todo el derecho positivo prescribiendo que solo lo justo es derecho, sino que consideraba la existencia de normas que, por la gravedad o intensidad de su injusticia,

⁸³ Prieto Sanchís, Voz. *Neoconstitucionalismos*. En M. Carbonell, Miguel (Coord.) (2002). *Diccionario de Derecho Constitucional*. México: Porrúa. UNAM. Págs. 420-423

⁸⁴ *Ibidem*. Pág. 423

no pueden considerarse como derecho. Bajo esa premisa, considera en esos casos descalificada la pretensión imperativista Hobbesiana al describir: *auctoritas non veritas facit legem* (la autoridad y no la verdad hace la ley). Describe que luego de la caída del muro de Berlín, en las circunstancias conocidas, los tribunales de la república federal de alemana consideraron que:

Se vieron abocados al juzgamiento y condena de los jefes de la república democrática alemana que habían ordenado disparar sobre las personas que intentaban cruzar la frontera entre ambas repúblicas, -que tenía su punto más tristemente célebre en dicho muro-, así como los soldados que ejecutaron las órdenes.⁸⁵

Con el neoconstitucionalismo han surgido antecedentes dentro de una pretensión normativa del derecho constitucional. Novedoso por resurgir después de un lado oscuro de los siglos XX y XXI, derivado de paradigmáticas violaciones a los derechos humanos en el marco de delitos de lesa humanidad en países occidentales; donde los tribunales constitucionales contemporáneos, con una nueva base de democracia y respeto a los derechos fundamentales, fortalecieron el surgimiento de un Estado constitucional de derecho. Es necesario tener como un punto de partida, que el neoconstitucionalismo, en la presente investigación y con ayuda de los distintos postulados, puede ser entendido como axioma que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, pues parece contar cada día

⁸⁵ Fallo “Mauerschutzen” del Tribunal Constitucional Alemán, confirmó la sentencia penal de jefes políticos, militares y soldados que obedecieron las órdenes de disparar contra las personas que intentaban cruzar desde la RDA y la RFA, teniendo como punto más tristemente célebre el Muro de Berlín. Dicha sentencia condenatoria apelada fue confirmada por el tribunal europeo de los DDHH en marzo de 2001.

con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana, española, alemana, así como en focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia, México y en los últimos años en Guatemala, principalmente en las aulas universitarias y en algunos criterios del alto tribunal constitucional guatemalteco.

El desarrollo teórico de esta nueva forma de constitucionalismo, el cual parte de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial, suponen aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones, no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso crearlo. Luigi Ferrajoli señala que: "la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye en una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto".⁸⁶

La ciencia jurídica, según Ferrajoli, la concibe como "una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto".⁸⁷

No es difícil imaginar las muchas posibilidades e implicaciones que se derivan de este tipo de postulados. Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Roberto Barroso, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli, han servido, no solamente para

⁸⁶ L. Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Citado por M. Carbonell y L. García Jaramillo. (2010). *Canon Neoconstitucional*. Madrid: Trotta. Pág. 333

⁸⁷ Ídem.

comprender las nuevas constituciones y prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas. Dentro de los muchos modelos que se podría mencionar y de la enorme influencia sobre la teoría de los principios; además de la técnica de la ponderación que Robert Alexy, esta ha sido utilizada en distintas sentencias de la corte constitucional de Colombia, la cual estimo, como uno de los mejores criterios jurisprudenciales en materia de derechos fundamentales a nivel latinoamericano.

Por otra parte, existen sentencias de la Suprema Corte de México que se han basado de forma explícita o encubierta en los textos de Ferrajoli y lo mismo acontece en varias resoluciones de los jueces argentinos. Por su parte, Gustavo Zagrebelsky, ha tenido la oportunidad de hacer aportaciones teóricas de la mayor altura; además, ha podido ponerlas en práctica en su desempeño como magistrado de la corte constitucional de Italia y así sucesivamente. Actualmente en Guatemala, nuestra Corte Constitucional guatemalteca comienza a sentar precedentes con jurisprudencia de esos tribunales constitucionales.

4.2 Aproximaciones conceptuales al neoconstitucionalismo

Como primer aspecto, es necesario analizar determinadamente el concepto de neoconstitucionalismo. El término neo, proviene de la palabra griega *neos*, que, a su vez, tiene un significado de “*nuevo*” o “*reciente*”⁸⁸.

⁸⁸ <http://diccionario.babylon.com/neo/>

Por otra parte, al referirnos únicamente a constitucionalismo, desde la perspectiva clásica y mencionándolo superficialmente, podríamos describirlo como:

La forma de gobierno que racionaliza el poder y busca garantizar a todos los goces de las libertades y respeto a su dignidad. Su principal herramienta es la sanción de una Constitución como ley que establece, derechos, obligaciones y garantías a los ciudadanos; al mismo tiempo que estableció la Constitución como instrumento de la soberanía. Este establece principios para organizar el mejor funcionamiento del poder. Crea órganos que controlan al estado, establece de qué forma se realizaran las elecciones. El constitucionalismo distingue entre poder constituyente que es la capacidad del pueblo soberano de dictar su Constitución y los poderes constituidos que son actos de gobierno.⁸⁹

Esta última definición servirá de base para saber lo que se refiere el constitucionalismo y sus funciones dentro del Estado. Es sabido que existen muchas apreciaciones sobre el constitucionalismo, los distintos elementos que el concepto posee. Sin embargo, en la actualidad, el neo-constitucionalismo es mencionado en distintos campos académicos y en tribunales constitucionales como una doctrina, disciplina, cuestión ideológica o una teoría; por tal motivo es necesario conocer las distintas formas en como se ha definido; para eso, la explicación que el profesor Luis Prieto Sanchís describe, se estima oportuna, pues él da la reseña que “al mencionar

⁸⁹ <http://neetescola.com>

neoconstitucionalismo puede entenderse como constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas”.⁹⁰

El citado tratadista estima que deben conocerse ciertas acepciones; la primera, el constitucionalismo, la cual puede encarnar en un cierto tipo de Estado de derecho, designando, por tanto, un modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del derecho, más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo. Asimismo, por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada. Finalmente, el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato pudiéramos llamar filosófica jurídica y que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista. Esto es cuestiones tales como la conexión, necesaria o contingente, del derecho y de la moral, la obligación de obediencia, la neutralidad del jurista o la perspectiva adecuada para emprender una ciencia jurídica.

Sanchís concreta su análisis cuando dice que, si bien el constitucionalismo es el modelo óptimo del Estado de derecho, el neoconstitucionalismo se encuentra nutrido por los anteriores elementos y, preponderantemente, por el conjunto de valores o principios de tener una conexión necesaria entre el derecho y la moral, el cual es su base o pilar de ser, en pocas palabras:

⁹⁰ L. Prieto Sanchís. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2ª Edición. Madrid, España: Trotta. Pág. 101.

Un cierto tipo de Estado de derecho, [...] una teoría del derecho [...] y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada que representa la incorporación de postulados distintos y contradictorios e impone una profunda revisión de la teoría de las fuentes del derecho.⁹¹

El profesor en referencia también hace un interesante análisis sobre los términos constitucionalismo y neoconstitucionalismo y define a cada uno de ellos de la siguiente manera. En una primera acepción (constitucionalismo), una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. En una segunda acepción (neoconstitucionalismo), designan en cambio, algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo) constitucionalismo como teoría o que satisfacen los requisitos del neo-constitucionalismo como ideología. En esta segunda acepción, “constitucionalismo” y “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. También considera al neoconstitucionalismo, como una conceptualización de constitucionalismo moderno, presentándolo en tres aspectos: el primero lo muestra en dos modos diversos, desde un punto de vista, lo distingue entre constitucionalismo amplio y constitucionalismo en sentido restringido.

En sentido amplio, es la ideología que requiere la creación de una Constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. El constitucionalismo en sentido

⁹¹ Ibídem. Pág. 102

restringido es la ideología que requiere la creación de un específico tipo de Constitución a fin de limitar el poder y de prevenir el despotismo. Desde otro punto de vista, también hace la diferencia entre constitucionalismo débil y constitucionalismo fuerte. Al referirse débil es la ideología, que requiere una Constitución solamente para limitar el poder existente, sin prever una específica defensa de los derechos fundamentales. El constitucionalismo fuerte (o liberal) es la ideología que requiere una Constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal. Se centraliza en poder dar a entender que el neoconstitucionalismo, es aquel constitucionalismo de los contrapoderes, es la ideología, que a fin de limitar el poder y/o garantizar los derechos fundamentales, propone un sistema institucional de *checks and balances*.

La teoría de Montesquieu es, obviamente, la principal fuente doctrinaria de este tipo de constitucionalismo, el neoconstitucionalismo. El constitucionalismo de las reglas es la ideología, que a fin de limitar el poder y garantizar los derechos fundamentales, propone reconocer la prioridad cronológica y sobre todo axiológica de una esfera de libertades individuales respecto a la acción del Estado. Un conjunto de reglas fundamentales (una Constitución o una carta de los derechos) deben impedir la intrusión abusiva del Estado al interior de esa esfera; en pocas palabras concluye que "en el neoconstitucionalismo se esconden una teoría, una ideología y también una metodología".⁹²

⁹² P. Comanducci. (2002). *Ensayo sobre formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. Italia: ISONOMÍA. No. 16/abril.

Finalmente, una definición más entendible y adecuada, desde el punto de vista doctrinario, es la que maneja Zagrebelsky, expresidente de la Corte de Constitucionalidad italiana al manifestar que el neoconstitucionalismo puede definirse como cuando:

El derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del derecho [...]. La ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente de derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista.⁹³

Tomando como base los elementos y valores recogidos en las anteriores definiciones, me atrevería a definir al neoconstitucionalismo como aquel modelo de constitucionalismo moderno, enmarcado dentro de los principios de un Estado constitucional de derecho, que tiene como fin romper el paradigma del positivismo-jurídico y el dogmatismo intenso, permitiendo nuevos parámetros y principios que impactan, como la inclusión de estándares de derecho internacional, el derecho internacional de los derechos humanos, para obtener una forma renovadora de un nuevo modelo de Estado, el cual tendrá como fin dar una mejor protección de los derechos humanos.

⁹³ E. F. Gutarra. *Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional*. Revista electrónica. Recuperado de <http://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>

4.3 Características del neoconstitucionalismo

Hasta el momento, hemos conocido el surgimiento y antecedentes del neoconstitucionalismo, de qué manera distintos especialistas del derecho constitucional logran definirlo y los elementos que de él pueden desprenderse; en tal sentido, se hace indispensable conocer qué caracteres integran al neoconstitucionalismo, haciendo la salvedad que no se podría resumir de manera cuantitativa, cuales puedan ser las únicas características de este modelo de constitucionalismo, por lo que para el efecto, de primera fuente conoceremos como Luis Prieto Sanchís, describe como elementos caracterizadores fuertes del neoconstitucionalismo, los siguientes:

El carácter **normativo o fuerza vinculante** al indicar que la Constitución no es un catecismo político o una guía moral dirigida al legislador virtuosos, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe. Como segunda característica **la supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes** al indicar que la Constitución no es solo una norma, sino que es la norma suprema y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario. Como tercer carácter menciona **la eficacia o aplicación directa y** aquí indica que es una consecuencia de lo anterior, pues si la Constitución es una verdadera norma suprema, ello supone que no requiere la interposición de ningún otro acto jurídico –singularmente de una ley- para desplegar su fuerza vinculante; por eso, en medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligada. Como cuarta característica

encuentra **la garantía judicial** en dos esferas, el control concreto y abstracto, a priori o a posteriori, encomendado a órganos especiales o a los jueces ordinarios, etc. indica que con independencia de que resulten viables distintas fórmulas de articulación, estima que un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo (neoconstitucionalismo) es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan los litigios a la vista de todo el ordenamiento jurídico, por tanto, incluida la Constitución. Como quinta propiedad, considera que **la presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y también con las modulaciones que se quieran y que nacen de la propia Constitución, en sus relaciones sociales horizontales de derecho privado**, explicando que el contenido normativo que está formado por principios, derechos y directrices, más o menos precisos, pero que, siempre que resulten relevantes, están llamados a su aplicación en los casos concretos. Y finalmente, como último carácter la **rigidez constitucional** pues resulta tanto más fuerte cuanto más costosa sea la alteración del texto, cuanto más inaccesible se muestre frente a la mayoría legislativa. Las constituciones contemporáneas suelen presentar un cierto grado de rigidez, incluso algunas cuentan con cláusulas de intangibilidad.⁹⁴

[El resaltado es propio]

Estas propiedades desarrolladas desde un punto de vista técnico-jurídico son emanadas de los mismos principios del constitucionalismo; sin embargo, ampliadas o interpretadas para el doctrinario consultado, desde un punto de vista dogmático. Por

⁹⁴ L. Prieto Sanchís. Ob. Cit. Págs. 116 y 117

otra parte, el profesor Alejandro Medici aporta a las características del neoconstitucionalismo y toma como fuente la teoría del profesor Paolo Comanducci, del cual parte con dos aspectos fundamentales; el primero que es el neoconstitucionalismo como conocimiento (A) y el segundo como práctica constitucional (B). Al referirse el carácter A, menciona que el neoconstitucionalismo puede concebirse como una teoría metodológica con aspectos ideológicos. Presupone de forma normativa, como debe ser el modelo constitucional. Por su parte, el carácter B, indica que se refleja como el funcionamiento del sistema jurídico-político, que satisfacen en mayor o menor medida la forma relativa de las descripciones, adecuándolo a una teoría y sus requisitos de ideología.

Como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo aspira a describir los logros de la constitucionalización del orden jurídico. Para ello reconstruye un modelo de sistema jurídico resultado de la profundización de dicho proceso de constitucionalización; es decir, de regulación y renacionalización jurídica del poder político, social y la administración estatal. Medici describe las siguientes particularidades:

1. La Constitución dirigente e invasora. La Constitución es la fuerza de imperatividad normativa, el conjunto de normas supremas de conducta dirigidas a los órganos de poder del Estado (competencias) y a las personas (derechos y obligaciones). Se trata de acentuar lo que en materia de principios del derecho constitucional se llama supremacía constitucional.
2. La positivación de un catálogo de derechos fundamentales y garantías en el nivel constitucional y en conexión con el derecho internacional universal y regional de

los derechos humanos. Para el neoconstitucionalismo, la máxima jerarquía normativa de los derechos es una de sus mayores garantías a la hora de juzgar la validez de las normas inferiores.

3. La distinción entre principios y reglas. La Constitución contiene no solo reglas (normas jurídicas en una terminología tradicional), sino también principios y en las versiones del neoconstitucionalismo que enfatizan más la conexión entre derecho, moral y valores.
4. Las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto de la interpretación legal. Esa realidad en conexión histórico cultural, plena de principios y valores que es la Constitución, impacta sobre la actividad interpretativa del ordenamiento jurídico que no puede entenderse válido ni pretender ser completo, sino concreta en sus distintos niveles de creación-aplicación el mandato constitucional. De ahí que muchos autores neoconstitucionalistas comparten la idea de la legitimidad de la actividad de los jueces al interpretar y aplicar la Constitución, pese a ser un poder contra mayoritario.⁹⁵

Cabe resaltar que una de las características anteriormente descritas, específicamente la segunda, se encuentra enmarcado en la Constitución Política de Guatemala, pues sostengo que nuestra Constitución posee características neoconstitucionalistas por lo preceptuado en los artículos 44 y 46 al incorporar los instrumentos en materia de derechos humanos. Se estima que los tratados y convenios

⁹⁵ A. Medici. *Introducción al (Neo) constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo*. Derecho político. UNLPAM, Ficha de cátedra. Pág. 3 y 4

en referencia y tomados no desde un punto de vista reformativo o pragmático y únicamente para estandarizar valores o contenidos de derechos, son superiores a la Constitución Política de la República de Guatemala; sin embargo, y pueden ser susceptibles de análisis o examen a través del principio del control de inconvencionalidad cuando tengan características que atenten puntos medulares sobre la soberanía o principios de estructurales del Estado, siempre y cuando tutelen de una mejor manera derechos humanos que se consideren vulnerados, los cuales el derecho interno, con sus mecanismos, no pueda reivindicar.

Raymundo Gil Rendón, citando a Jaime Cárdenas, concretiza de una manera más resumidamente, lo que considera las características del neoconstitucionalismo, detallándolas de la siguiente manera:

1. Reconoce por algunos una conexión débil entre el derecho y la moral;
2. Se admite que el derecho no solo está formado por reglas, sino por principios y otros tipos de normas;
3. El derecho no solo consiste en la estructura normativa, sino también en la argumentativa, conceptual y argumental;
4. La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte;
5. Las normas que no son reglas no pueden interpretarse con los métodos tradicionales. Se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad entre otras;
6. Más que hablar de interpretación, destaca el papel de la argumentación, no solo en su faceta retórica, sino en sus ámbitos hermenéuticos, contextuales y procedimentales;

7. La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya, principalmente, en la calidad de la argumentación;
8. Las normas jurídicas se interpretan desde la Constitución;
9. El juez constitucional en ocasiones se coloca por encima del legislador (legislador negativo, según Kelsen) y lo desplaza, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática;
10. Se intenta poner fin con las técnicas de la argumentación a la discrecionalidad judicial en sentido en que había sido entendida por Kelsen o Hart.
11. No hay neutralidad ni valoratividad en el derecho.⁹⁶

De las anteriores características descritas por los citados tratadistas, puede concluirse cualitativamente que, el neoconstitucionalismo tiene condiciones muy particulares o especiales, que lo diferencian en gran medida del constitucionalismo clásico o conservador. Los distintos aspectos resaltados anteriormente, si se quisieran detallar cada uno de ellos, presentarían, muy probablemente, nuevas formas de interpretación, aplicación, sentido a la Constitución, protección al ser humano, entre otros aspectos. Sobre esta última relación con la persona y el texto constitucional, se esbozará continuamente en el siguiente subtema.

La teoría del neoconstitucionalismo presenta, como tesis características de su sustento, tres postulados, que son propias de esta corriente, estas son la relación entre el derecho y la moral, la distinción entre principios y reglas y su relación con los

⁹⁶ R. Gil Rendón. (2010). *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. México: Biblioteca jurídica virtual UNAM. Págs. 2 y 3

derechos fundamentales. Cuando se describe en esta teoría constitucional la relación entre el derecho y la moral, específicamente se aplica a la interpretación jurídica que es necesaria realizar de las normas; sin embargo, esta interpretación al ser aplicada a la Constitución, se ha de recordar que esta es un instrumento político el cual, al darle una fuerza normativa, debe tener una forma más particular, principalmente para quienes la aplicarán e interpretarán en un caso concreto; es decir, de los jueces constitucionales. Estos, se encuentran en un escenario en el cual un contexto formal, como la norma, presenta un hecho o circunstancia material, con efectos naturales e ideas morales, los cuales presentan un conflicto de contraposición; esta crisis, no solo se presenta en la realidad de integrar el hecho a la norma, la cual moralmente se contraponen. En la interpretación constitucional, la cual sostiene el neoconstitucionalismo, esta contribuye una forma de conformar las ideas consagradas en su texto. Esta forma de interpretar el derecho frente la moral en materia de derechos humanos desde la Constitución aplica nuevos parámetros los cuales Llorente Rubio, los expone como:

Creación y el mantenimiento de una sociedad abierta en la que se posibilite la alternativa, la cual es sumamente importante en las sociedades pluralistas a fin de genera una coexistencia entre la mayoría y los disidentes, pues ¿no acaso los derechos fundamentales son instrumentos de triunfo de las minorías y los tribunales constitucionales los protectores de la disidencia?⁹⁷

Debe preponderarse que la Constitución, como instrumento de interpretación, tiene una relación existente entre la argumentación jurídica y su aplicación textual normativa, en tal sentido, la relación entre el derecho y la moral que aplicar los jueces

⁹⁷ F. Rubio Llorente. *La Constitución como fuente de derecho*. En M. Carbonell. (2008). *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. 4ª Ed. México: Porrúa-UNAM. Págs. 175 y 176.

constitucionales y la carga valorativa que deben dar a la Constitución, se encuentra en un marco filosófico y, a su vez, metódico, principalmente el teleológico e históricos.

Estimo que estos son los principales métodos; sin embargo, no descarto algunos otros, toda vez que es por estos, por los cuales el juez constitucional podrá tener conocimiento y realizar un análisis más profundos contenidos de la Constitución Política, lo cual el neoconstitucionalismo apuesta, como uno de sus principios y características más fundamentales, cayendo entonces, en un contexto filosófico, que permite a esta corriente constitucional y específica, tener un vinculación con relación entre el derecho y la moral.

La teoría del neoconstitucionalismo centra sus postulados en otra particularidad y como se había descrito con anterioridad a la cual también se considera como una característica, que busca prestar distinción entre los principios y reglas en un método de interpretación. Esta se encuentra vinculada también en la aplicación de la Constitución, desde un enfoque material, para encontrar una conexión con los valores que esta incluye y poder aplicarlos en un método de interpretación, del cual mencionaremos aspectos preliminares, advirtiendo que en el apartado de la presente investigación en donde se desarrolla el tema de la Ponderación y Subsunción en relación con la tutela efectiva de los derechos humanos, analizándose más a detalle este.

En el tema de la Ponderación, es necesario describir que debe tomarse en referencia la distinción entre principios y reglas consagrados en el texto constitucional, como anteriormente se había mencionado, En el neoconstitucionalismo, se presenta

una forma de aplicar esta herramienta desde el enfoque teórico; este tiene por objeto describir e interpretar de manera generalizada la transformación de un sistema de derecho jurídico legalista, a un sistema no tan formalista, como el sistema constitucional de derecho. En palabras de Romero Martínez, citando a Paolo Comanducci, lo describe como:

Tratar de identificar en un modelo teórico los principales postulados de aquel sistema de derecho constitucionalizado o rematerializado en contenidos a fin de que pueda ser expuesto y organizado de forma general. Tal sistema de derecho ha sido concretizado por Paolo Comanducci con una Constitución invasora, por la positivación de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas y por algunas particularidades de la interpretación y aplicación de las normas constitucionales.⁹⁸

Lo anterior permite apreciar que el neoconstitucionalismo, presenta por medio de esta teoría y aplicación de herramientas, una presencia importante en la teoría general del derecho y principalmente del derecho constitucional. Vale la pena además describir que, sobre esta característica del neoconstitucionalismo, la aplicación de la Constitución como norma principal y descriptiva de un sistema jurídico; como aplicación sustantiva, al aplicar el modelo axiológico de interpretación, en tal sentido estas dos formas de interpretación constitucional deben realizarse de manera integral; es decir, aplicarla como norma jurídica, basada principalmente en sus contenidos valorativos. Se intuye entonces que el neoconstitucionalismo busca identificar nuevos funcionamientos para los sistemas jurídicos, sobre todo una manera de estudiar el fenómeno jurídico que se

⁹⁸ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3966/4.pdf>

plantea. Para Prieto Sanchís, nuevos planteamientos epistemológicos basados en nuevas corrientes de una teoría del derecho basadas en:

Más principios y ponderación que reglas y subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas y conflictos jurídicos; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador y coexistencia de una constelación plural de valores en vez de homogeneidad ideológica.⁹⁹

Sobre la ponderación de principios y su vinculación efectiva, desde el punto de vista de la teoría del neoconstitucionalismo, debo mencionar que en el capítulo V de la presente investigación, describo de manera más amplia como técnica puede ser efectiva en una aplicación para la tutela de los derechos humanos, bajo la perspectiva de Prieto Sanchís y Robert Alexy, entre otros; sin embargo, en el presente apartado, moderadamente, he de mencionar que la ponderación, como método, ha sido una destreza que los tribunales de justicia constitucional han utilizado para tutelar los derechos humanos.

La ponderación o juicio de ponderación como comúnmente se conoce, permite en primer término conocer la denuncia y posible afectación de un derecho fundamental y la necesidad de aplicar una proporcionalidad a la hora de sopesar derechos opuestos. Ronald Dworkin, fue uno de los primeros escritores que consideró que la mejor solución para pluralidad normativa y conflictos de valores, basado en las reglas y principios, la ponderación sería una técnica en la cual presentaría una solución para el

⁹⁹ L. Prieto Sanchís. (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores. Págs. 120 y 121.

conflicto de derechos de las personas que someten su conflicto o crisis ante un tribunal constitucional.

El juicio de ponderación no se cifra tanto en el control abstracto de la ley a partir de las valoraciones efectuadas por el tribunal, sino en un juicio de constitucionalidad; es decir, el control de racionalidad de las leyes, cualquiera que sea su jerarquía o aplicación procesal si fuere el caso y que sopesa la racionalidad que constituye la tutela de un derecho humano, de manera integral frente algún postulado jurídico de otra categoría.

4.4 La incorporación de derechos humanos a las Constituciones neoconstitucionales

Para el presente tema, analizaremos los comentarios del profesor Francisco Javier Ansuátegui Roig, quien analiza los lineamientos y parámetros de los derechos humanos dentro del neoconstitucionalismo. Menciona sobre la incorporación de los derechos fundamentales a una Constitución, que esto posee dos circunstancias esenciales, principalmente en:

Cuando se centra la atención en la situación de los derechos humanos en el contexto contemporáneo, se tienen dos posibilidades; la primera es que se puede constatar la deficiente situación en la que aquellos se encuentran en buena parte del planeta; la segunda, se puede atender a los rasgos de los contextos en que los derechos humanos han logrado un nivel de reconocimiento y protección al menos aceptable, para analizar dichos rasgos y estudiar la

viabilidad de su operatividad en otros contextos de manera que se puedan superar las situaciones de déficit respecto a los derechos. Hace ver que esta segunda circunstancia, puede ser acusada de injustificado optimismo o si se prefiere de un inocente idealismo o irrealismo, ya que se ha reconocido que en realidad la constatación de las deficiencias nos permitirá disponer de una imagen más ajustada a la realidad, para lo cual se presenta dos argumentos de descargo de tal acusación.¹⁰⁰

En segundo lugar, se puede apreciar que la constatación en determinados contextos políticos sociales, si los derechos humanos están garantizados de manera razonable en un texto constitucional, no quiere decir que esas situaciones justifiquen una disminución en la reivindicación del potencial emancipador de estos y de su capacidad transformadora de la realidad. Los derechos humanos contienen un componente utópico que constituye en buena medida el motor de la evolución histórica de los derechos. El discurso que él propone de los derechos humanos constituye una perenne llamada al inconformismo respecto a las condiciones en las que los individuos ven reconocida su libertad e igualdad; las situaciones en las que se encuentran los derechos humanos nunca son perfectamente optimas; por el contrario, advierte que la historia de los derechos humanos sigue siendo continua y busca constantemente reivindicación de las exigencias de la dignidad humana. Como segundo aspecto, como se observa lo que puede ser reconocido como optimismo inicial, compatible con el

¹⁰⁰ D. Asís de Rafael y E. Maza. (2006). *Los desafíos de los derechos humanos hoy*. Madrid, España: DYKINSON S.L. Págs. 79-96.

reconocimiento de las dificultades de los sistemas de derechos y de los retos que nos plantea su pretensión universalizadora. Conviene recordar, según el citado autor:

Que los retos a los que se enfrentan hoy los derechos humanos no están situados solo en el cambio externo de los Estados; también en las estructuras constitucionalistas existentes (Estados) existen temas pendientes sin resolver. Hay que analizar, por ejemplo, en la necesidad de un constitucionalismo de los derechos sociales, al que ha aludido Ferrajoli, o en la reformulación de los ámbitos en los que se desarrolla la deliberación política. Es importante, en un contexto democrático, la existencia de una asamblea, en el que los demos adquieren el protagonismo de la deliberación.¹⁰¹

Describe Ansuátegui Roig, que la situación contemporánea de los derechos fundamentales, en los contextos en los que se respetan, viene determinada por el proceso de constitucionalización de estos. Los sistemas constitucionales de las democracias contemporáneas se caracterizan por albergar una compleja estructura normativa que incluye los diversos mecanismos de reconocimiento y protección de los derechos humanos. La constitucionalización de los derechos fundamentales adquiere sentido en el marco del constitucionalismo contemporáneo. El neoconstitucionalismo, entendido como una propuesta en relación con la limitación del poder mediante estrategias jurídicas, se basa en una determinada filosofía de los límites al ejercicio del poder que hunde sus raíces en la ilustración. Esa filosofía no se limita a constituir una propuesta de filosofía política, ya que, además, tiene directas manifestaciones en el marco del ordenamiento jurídico. Como se ha señalado, las limitaciones a las que el

¹⁰¹ *Ibíd.* Pág. 82

constitucionalismo pretende someter el poder son de naturaleza jurídica, en este sentido, la constitución se presenta como una pieza insustituible del entramado constitucionalista y de su vocación limitativa del abuso de poder. El constitucionalismo contemporáneo, o neoconstitucionalismo, es en realidad el resultado de un entramado de rectores jurídicos, políticos y morales o, si se prefiere, ideológicos. Estos últimos aspectos, es de recordar que en las constituciones se caracterizan por ser directa expresión del punto de vista moral asumido por el ordenamiento jurídico; en efecto, como posteriormente se observara, la constitución del constitucionalismo se caracteriza por un conjunto de rasgos formales y por incluir determinados contenidos.

Esos contenidos están referidos, por una parte, a la regulación de instituciones y procedimientos y, por otra, a valores, principios y derechos mediante los cuales se manifiesta en última instancia la concepción moral asumida por el sistema en su conjunto. No parece necesario subrayar que en este orden de cosas que los derechos humanos ocupan una posición determinante e insustituible; a través de ellos se expresa una concepción del individuo a partir de la cual el derecho y el Estado o, mejor dicho, cualquier organización política, adquieren una naturaleza instrumental y artificial, careciendo de bienes propios y autónomos que no sean los de aquel. Desde el punto de vista político, el contexto en el que hacemos referencia al constitucionalismo es el de los sistemas democráticos; indica el autor que este punto se puede subrayar la vinculación entre la constitución del constitucionalismo y la democracia.

El contexto natural del constitucionalismo es el democrático y eso, porque la constitución no se limita a condicionar la estructura de las fuentes a partir de su

posición de superioridad jerárquica respecto al resto de normas del Estado, sino que, por el contrario, presenta una caracterización cualificada por los contenidos sustantivos a los que se indicó. Esos contenidos, forman parte de:

Una determinada comprensión de la democracia, que es la que aquí se comparte, de acuerdo con la cual la democracia es un sistema de adopción de decisiones colectivas configurando a través de la regla de las mayorías en contextos que aseguran la participación; es decir, de la regla de las mayorías rectificada por el sufragio universal. Así, la democracia implica no solo procedimientos y mecanismo de adopción de decisiones, sino que también se vincula a determinadas opciones respecto a los contenidos de esas decisiones. En otras palabras, la democracia implica una determinada respuesta a las cuestiones de quien manda y cómo se manda, pero también a la cuestión de qué se manda.¹⁰²

Desde el punto de vista jurídico, el constitucionalismo implica un determinado modelo de Constitución que, en la senda marcada por el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 el cual establecía que, toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución. Este artículo se caracteriza por su vocación limitativa del poder; en este punto, es de subrayar que de la misma manera tenía razón Elías Díaz cuando afirmaba:

Que no todo Estado con derecho es un Estado de derecho, se puede afirmar también que no en todo Estado con constitución es un Estado constitucional. Por el contrario, la constitución del constitucionalismo no se caracteriza de manera

¹⁰² *Ibíd.* Pág. 83

exclusiva por situarse en un lugar de superioridad jerárquica respecto al resto de normas que configuran un ordenamiento jurídico, sino por presentar una serie de rasgos e incluir determinadas dimensiones que son expresión de su vocación limitativa.¹⁰³

Así las cosas, el constitucionalismo, en sus versiones más robustas y completas, caracterizan a la constitución de acuerdo con los siguientes rasgos, a la luz de los comentarios de Prieto Sanchís:

- 1) La constitución presenta un evidente carácter normativo. No estamos frente a un documento meramente programático, o a una declaración de principios o de buenas intenciones, por el contrario, estamos frente a una norma jurídica que comparte fuerza vinculante con el resto de los elementos normativos del sistema jurídico;
- 2) La constitución ocupa una posición privilegiada en el sistema de fuentes. En efecto, a ella le corresponde la superioridad jerárquica respecto al resto de normas jurídicas del sistema; superioridad de la que deriva consecuencias respecto a los criterios de validez a satisfacer por los elementos del sistema, desde el momento en que esos criterios se refieren en última instancia a lo establecido en la constitución y consecuencias en relación con los criterios, también últimos de interpretación;

¹⁰³ E. Díaz. *Estado democrático y sociedad democrática*. Citado por D. Asís de Rafael y E. Maza. Ob. Cit. Pág. 83

- 3) La Constitución es una norma directamente aplicable, cuya fuerza vinculante no depende de ulterior intervención de una autoridad cuyas decisiones pueden tener efectos normativos;
- 4) La constitución está protegida por diversos mecanismos de garantía judicial;
- 5) El contenido de la constitución se caracteriza por la inclusión de principios, valores o derechos que vinculan tanto en las relaciones entre los poderes públicos y los individuos (plano vertical), como en las relaciones respectivas entre los individuos (en plano horizontal); estos principios, valores o derechos son en realidad expresión de determinadas afirmaciones morales que son, por tanto, asumidas por el ordenamiento;
- 6) Las constituciones suelen estar protegidas mediante cláusulas más o menos estrictas de rigidez constitucional, que condicionan los comportamientos de las mayorías a la hora de emprender una reforma constitucional y que contribuyen a diferenciar la constitución del resto de normas del sistema.¹⁰⁴

Como se señaló anteriormente, el constitucionalismo constituye el escenario en el que se articulan los sistemas de reconocimiento y protección de los derechos humanos, propios de nuestros sistemas jurídicos. Ese escenario se determina, según Ansategui Roig, en determinados rasgos; el primero en una superación a la concepción canónica de los derechos, a través de la cual se expresa una comprensión de los derechos humanos vinculada a determinadas clasificaciones de estos (derechos individuales–libertades-, frente a derechos económicos, sociales y culturales, o

¹⁰⁴ L. Prieto Sanchís. *Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones*. Citado por D. Asís de Rafael y E. Maza. Ob. Cit. Pág. 84

derechos de autonomía frente a derechos de prestación) a partir de la cual se procede, entre otras cosas, a la diferencia entre derechos caros y derechos baratos, que permitiría justificar posteriormente una mayor o menor atención a la materialización efectiva de estos. Pero en realidad, estamos frente a las clasificaciones las cuales son distinciones que funcionan de acuerdo con criterio diferentes; por ejemplo, los referidos a las influencias o componentes ideológicos, de un lado o los requisitos estructurales que determinan la efectiva garantía y ejercicio de los derechos, de otro lado. En todo caso, la distinción entre derechos costosos y módicos se torna problemática difícilmente defendible, desde el momento en que todos los derechos se exigen, en su funcionamiento efectivo y necesitan una determinada acción por parte de los poderes públicos.

En primer lugar, se apuesta a una transformación del sujeto de los derechos fundamentales que derivada de la superación a la comprensión abstracta de este; al que se le identificaba con un tipo de individuo del que, genéricamente se presumían cualidades morales que lo hacían merecedor de garantías en forma de derechos. Por el contrario, concuro a una ampliación en los criterios sobre identificación de los sujetos titulares de derechos humanos, ya que no son los del individuo abstracto, sino los del individuo situado, en función de las posiciones sociales que ocupa. Y ello, como directa consecuencia de una mayor conciencia sobre las ocasiones en que el sujeto se encuentra en determinadas circunstancias que justifican un trato específico por parte del ordenamiento constitucional a través, precisamente del reconocimiento de derechos humanos.

Se debe acotar que los derechos fundamentales, se presentan como instituciones jurídicas encaminadas a defender determinadas pretensiones morales, valores o satisfacer necesidades cuya relevancia ha sido constatada como resultado de un discurso fundamentos; quiere decirse con ello que solo los contenidos o exigencias que aparezcan justificadas, el cual consiste en la identificación de su vinculación con los contenidos últimos de ese discurso (pensemos en el valor a la dignidad) puede considerarse susceptible de constituir el argumento moral sobre el que se apoyen determinados derechos. De lo anterior se puede deducir que no cualquier pretensión en relación con la cual concurren razones morales ha de disfrutar, de por sí, la protección específica que acompaña a los derechos, por el contrario, solo aquellas respaldadas por su estrecha vinculación con los valores y principios últimos vinculados a la dignidad humana continuaran en condiciones de merecer ese disfrute. Como cuarto aspecto, la presencia de normas de derechos humanos en las constituciones del neoconstitucionalismo es expresión de un proceso de materialización o sustancialización del derecho, caracterizado por la inclusión de contenidos morales específicos y determinados.

De este modo se evidencia el punto de vista sobre la moral asumido por las constituciones y en última instancia por los ordenamientos en su conjunto. Es precisamente en la opción moral asumida en donde radica la diferencia entre los ordenamientos comprometidos y respetuosos con los derechos humanos y aquellos otros que no lo son, desde el momento en que las diferencias formales y estructurales entre ambos no tiene por qué ser necesariamente relevantes.

Sobre lo anterior, Ansategui Roig, vinculado en el papel del neoconstitucionalismo ante los derechos humanos que:

El neoconstitucionalismo constituye el escenario de una tensión, que él considera consustancial al sistema mismo tal y como está configurado, como aquella que se produce entre constitución y democracia, o si se prefiere entre derechos y decisiones mayoritarias. La tensión que adquiere relevancia precisamente en el marco de los sistemas democráticos, ya que estos son los únicos en que los que las limitaciones a las decisiones de la mayoría se tornan problemáticas y exigen una justificación, derivada de la evidente barrera que los contenidos constitucionales vinculados a los derechos y los procedimientos relacionados con ellos oponen frente a las decisiones que de acuerdo con la regla de las mayorías y disfrutando de una legitimidad de origen pueden pretender adoptar los representantes de la soberanía popular. Nos encontramos frente al problema de la justificación de una determinada relectura de la constitución por parte del parlamento en su enfrentamiento con los dispositivos, en los que el juez asume un protagonismo relevante, encaminados a proteger a la constitución. Esto provoca una tensión que de una u otra manera aparece y reaparece tras las cuestiones básicas de la filosofía del derecho y de la filosofía política: aquella que se produce entre razón y voluntad.¹⁰⁵

Sobre el argumento presentado por el Roig, podría concluir que las constituciones, son instrumentos que contienen, tras de luchas políticas e ideológicas, marcos de protección, reconocimiento y tutela de derechos humanos y que, estos

¹⁰⁵ *Ibíd.* Pág. 83

necesitan de una protección especial, la cual encuentra sus sustento en la justicia constitucional, a través de los jueces del sistema, que son los encargados de hacer valer y respetar los principios y valores de cada uno de los derechos humanos consagrados en el texto supremo. Los derechos humanos, nacen con movimientos sociales, se logra su reconocimiento, pero no son reivindicables individualmente, deben poseer una garantía, que el mismo Estado a través de su constitución debe plasmar.

Al conocer los elementos, parámetros y características del neoconstitucionalismo, también debe conocerse como estas corrientes y teorías, realizan un acopio en los Textos Constitucionales. Este aspecto, trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado, por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales. Esto viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos y la incorporación de esta relación en los textos constitucionales. Al respecto Miguel Carbonell describe que:

Principalmente por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos. Ejemplos representativos de estas constituciones, en lo que respecta puntualmente a su texto, lo son la portuguesa de 1975, la española de 1978, la brasileña de 1988, la colombiana de 1991, la venezolana de 1999 y la ecuatoriana de 2008.¹⁰⁶

¹⁰⁶ M. Carbonell, Miguel. *El canon neoconstitucional*. Ob. Cit. Pág. 154

Se aprecia que Carbonell concretiza que, el neoconstitucionalismo pretende explicar como un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y, a su vez, comienzan a tener influencia sobre un determinado tipo de constitucionalismo considerado contemporáneo, en varios modelos constitucionales latinoamericanos. Guatemala no es una excepción pues posee preeminencia de la persona, dando un enfoque de derechos fundamentales nominados e innominados a través del derecho internacional, en materia de derechos humanos. Un modelo económico y político con enfoque social y entre otros aspectos novedosos, la figura de un procurador de Derechos Humanos y garantías procesales, de rango constitucional, reconocidas para la protección de esas disposiciones superiores.

4.5 Teorías opuestas al neoconstitucionalismo

En el presente apartado se analizará los puntos de vistas de determinados autores reconocidos en el ámbito del derecho constitucional, los cuales han realizado un planteamiento crítico sobre el neoconstitucionalismo. Se iniciará tomando en referencia al doctor Juan Antonio García Amado.¹⁰⁷

García amado, sobre el neoconstitucionalismo, parte sobre una descripción del neoconstitucionalismo con características difusas, la cual no ha encontrado una creación completa y coherente sobre sus principales postulados, considerando a esta teoría como una tendencia genérica dominante dentro del constitucionalismo. Sobre

¹⁰⁷ Nacido en Ruedes (Gijón) en 1958. Licenciado en Derecho y doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo, con premio extraordinario. Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León desde 1994. De 1996 a 2006.

este aspecto expone que parte esta corriente “en la teoría constitucional y iusfilosófica de hoy y, muy en particular, en la propia jurisprudencia de numerosos tribunales constitucionales, que como balance a partir de una obra canónica con perfiles bien precisos y delimitados”.¹⁰⁸

Describe que esta teoría ha sostenido una influencia en el sistema judicial, toda vez que subvierte la relación entre los poderes constitucionales y pone en jaque el principio democrático y la soberanía popular plasmadas en una Constitución, haciendo que ciertos derechos vinculados a los valores morales imperen absolutamente sobre los derechos constitucionales de un tipo político y procedimental. Describe que la anterior postura, la ha tomado con la base a los postulados de Jurgen Habermas, al mencionar que:

El equilibrio entre derechos humanos y soberanía popular, en el que tanto insiste, por ejemplo, la consecuencia de que acaba por promoverse un nuevo soberano que no es otro que la judicatura y en especial la jurisdicción constitucional, en alianza con la doctrina. Es lo que podríamos llamar el complejo académico-judicial, que, desde su afán de excelencia ética y de elitismo político, pretende suplantar los dictados de un pueblo que las constituciones dicen soberano, pero que es tenido por incapaz (por sí o por sus representantes en democracia) de calar en esos contenidos morales que formarían el cimiento de

¹⁰⁸ https://www.academia.edu/7599793/sobre_el_neoconstitucionalismo_y_sus_precursores

las constituciones y en los que solo logran penetrar con propiedad los profesores y los jueces de las más altas cortes.¹⁰⁹

De lo anterior mencionado García Amado, pone en un equilibrio de balanza la función de un soberano, dentro de una jurisdicción de categoría constitucional, poniendo de un lado de la balanza a los órganos jurisdiccionales encargados de la tutela de los derechos y defensa del texto constitucional y del otro lado, la función soberana de un constituyente que establece los preceptos, libertades y derechos, plasmados en una Constitución, llegando a considerar que los jueces, al aplicar esta doctrina podrían avasallar competencias al pretender tutelar derechos, toda vez que esta tendencia ha sido abarcada de más profundidad por la academia y altos tribunales de orden constitucional, toda vez que dejarían por un lado el positivismo jurídico, dándole más importancia a los atributos teóricos.

Al referirse a la crítica que hace el neoconstitucionalismo sobre el positivismo, parte de la acepción de este tipo de percepción y método de derecho, que parte del siglo XIX, toda vez que estima que tanto el positivismo como las corrientes del neoconstitucionalismo, combaten por una razón de semejanza estructural y de sus similares pretensiones, pues suelen mencionar la impugnación a la ciencia jurídica por una ciencia constitucional militante, moralmente comprometida con la verdad y las exigencia de los valores éticamente confesionales. Sobre esto sostienen que:

El positivismo del siglo XIX y al neoconstitucionalismo le son comunes una serie de notas: la confianza en el carácter en el fondo perfecto y completo de los

¹⁰⁹ Ídem.

sistemas jurídicos; el desdoblamiento del ordenamiento jurídico en una parte superficial, que es defectuosa por indeterminada y por estar llena de lagunas y antinomias y una parte profunda o esencial, que contiene solución predeterminada para cualquier caso difícil; la afirmación de un método que permite hacer de la actividad judicial una tarea más de conocimiento que propiamente decisoria (el método moralmente subsuntivo en el positivismo decimonónico, el método de la ponderación en el neoconstitucionalismo) y la consiguiente negación de la discrecionalidad judicial.¹¹⁰

Relata de lo anterior, que muchas veces al aplicar las corrientes neoconstitucionales en un fallo judicial sobre casos paradigmáticos, puede incurrirse en decisiones que más que decidir sobre un argumento con parámetros de legalidad, podría mencionarse aspectos de paralogismos y sofismos que pondrían en riesgo la legalidad que reviste el principio de positividad del derecho. Asimismo, que los patrones de una adscripción política, versus los patrones morales, podrían anticipar una falta de certeza, basada en la axiología constitucional o aplicación sustancial del texto constitucional, sobresaliendo en todo caso, valores ideológicos más que jurídicos.

En otro orden de ideas, Juan Antonio García Amado, presenta tres características para plantear un contraste del neoconstitucionalismo y el positivismo jurídico, los cuales sus principales predecesores como Hans Kelsen, Norberto Bobbio y Herbert Hart han promulgado. Describe que estas notas definitorias del modelo neoconstitucional, presentan una serie de elementos los cuales no presentan una

¹¹⁰ Ídem.

novedad del constitucionalismo clásico. Para el presente apartado, se resaltarán dos de ellas:

1. Dato histórico: la presencia en las constituciones contemporáneas de cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía, así como cláusulas de carácter valorativo cuya estructura y forma de obligar y aplicarse es distinta de las reglas. Se trataría del componente material-axiológico de las constituciones.
2. La muy relevante presencia de este tipo de normas, que conforman la constitución material o axiológica, implica que las constituciones tienen su parte central o su pilar básico en un determinado orden de valores, de carácter objetivo.

Al conocer los argumentos del primer postulado, específicamente sobre las cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía, así como cláusulas de carácter valorativo, manifiesta que la justificación del neoconstitucionalismo por la presencia de constituciones contemporáneas que desarrollen cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía, describe que no son elementos que surgen de modelos constitucionales nuevos, toda vez que los valores y la positivación directa que en el articulado de estas describen, surgen de la misma naturaleza de tener una constitución escrita. Por otra parte, los preceptos que obligan el grado de determinación precisa de sus contenidos y algún tipo de mecanismo de tutela ya van implícitas dentro de ellas, como la justicia constitucional. La presencia de la norma constitucional que determina una moral determinada no compromete un sistema de valores a la hora de precisar sus

enunciados determinados, toda vez que la garantía judicial que necesaria en algún momento establecido, no deben comprometer ninguno de los enunciados valorativos específicos, toda vez que, según el autor, la Constitución no debe materializarse. El describe que, a mayor indeterminación lingüística de enunciados constitucionales, mayor presencia del sistema moral y mayor discrecionalidad de sus intérpretes para configurar sus contenidos concretos.

Con respecto al aspecto de los textos constitucionales neoconstitucionales que tienen su parte central o su pilar básico en un determinado orden de valores, parte de la tesis que los valores se estructuran y conviven armónicamente en tal sistema, de manera que cada uno tiene su ámbito de aplicación y abarca los casos que le pertenecen. Manifiesta que los conflictos de valores jurídicos se resuelven mediante la prevalencia objetiva de uno u otro valor y de su solución, quedando destacados los conflictos entre ellos, que propugnen soluciones diversas para los casos. Considera que las constituciones contemporáneas pueden ciertamente verse como juridificadoras de valores, pero pluralmente establecidos y entran en conflicto en los casos difíciles, únicamente aquellos en los que cada parte entran argumenta un derecho constitucional; discurre en cuanto a que el juez constitucional no puede aportar soluciones con otra base, más que el positivismo claro y coherente, aplicando el método jurídico de su conocimiento para ese efecto. En ese último orden, describe que:

El juez interpreta y concreta esos valores o que interpreta y concreta los enunciados lingüísticos en que las normas jurídicas consisten, pues, a fin de

cuentas, las soluciones para los casos las pondrá el juez mediante sus preferencias y con sus personales argumentos, y no el sistema jurídico mismo.¹¹¹

Concluyentemente, dispone que el neoconstitucionalismo mantiene la corriente doctrinal denominada jurisprudencia de valores y constitucionalismo axiológico, la cual ha denominado a esa teoría; sin embargo, el sistema jurídico en el fondo se encuentra sustanciado en un sistema de valores que están en la sima y positivizados en una Constitución; por consiguiente, el texto constitucional es la norma suprema, cúspide del sistema jurídico y de la moral objetiva. El derecho se moraliza y la moral se vuelve jurídico; partiendo de esa línea los jueces deben suponer como técnicos del derecho e intérpretes del significado constitucional, de los enunciados constitucionales legales, deben tener una vigencia objetiva y efectiva de los principios constitucionales para obtener una autentica justicia.

Se continuará desarrollando el presente apartado con analizando el criterio sobre el neoconstitucionalismo de Manuel Atienza Rodríguez.¹¹²

Manuel Atienza, a pesar de que se considera iuspositivista, reconoce no poder entender lo que se refieren distintos autores sobre el neoconstitucionalismo; sin embargo, ha considerado que este término ha sido un gran predicamento en la teoría del derecho en los países latinos-europeos y americanos en los últimos años y que, los

¹¹¹ *Ibidem*. Pág. 24

¹¹² Manuel Atienza Rodríguez (Oviedo, 1951) es un jurista y filósofo del derecho español. Estudió su licenciatura en Derecho en la Universidad de Oviedo y posteriormente obtuvo el título de doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Se ha desempeñado en el ámbito académico y ha sido profesor y conferencista de numerosas universidades en todo el mundo, así como en tribunales y escuelas judiciales. Es catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, donde es además director de la revista *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho* y director del posgrado en argumentación jurídica.

precursores de esta corriente introdujeron un enfoque crítico y descalificador al positivismo jurídico principalmente, presentando dentro de esta corriente, una práctica de iuspositivismo metodológico y conceptual.

En lo que refiere a la existencia de constituciones con cierta característica que desempeñan un papel especialmente relevante en el ordenamiento jurídico, han sido el cambio que actualmente han dejado los últimos ordenamientos jurídicos; sin embargo, esta nueva tendencia ideológica, ha sido como un fenómeno político y doctrinario en sistemas constitucionales considerados neoconstitucionales. En cuanto al prefijo neo, que diferencia al constitucionalismo tradicional, considera:

Viene a aumentar la confusión: pues algunos de los anteriores significados pueden comprenderse que se use esa expresión “neoconstitucionalismo”, pero esta resulta desconcertante si a lo que queremos referirnos es a una teoría –a una concepción- general del Derecho: simplemente porque no ha habido ninguna anterior que pudiera llamarse (que se ha llamado) “constitucionalista. De manera que el “neo”, simplemente, está de más y uno está tentado a pensar que el éxito que ha conocido pudiera deberse a razones semejantes a las que hacen que se prefiera hablar de “influnciar” en lugar de “influir”, de “concretizar” en lugar de “concretar” o de “direccionar” en lugar de “dirigir”. O sea, una corrupción de la lengua basada en la falsa impresión de que alargar una palabra es una forma de agregarle sofisticación, profundidad a su significado.¹¹³

¹¹³ M. Atienza Rodríguez. *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo positivista*. Recuperado de <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>

Menciona que, partiendo de la descripción del término y de la noción de su integración, esta corriente se ha caracterizado por la aplicación de principios en contra de normas o de la ponderación versus la subsunción. Los que se consideran neoconstitucionalistas, advierte Atienza, son aquellos que animen a los jueces a recurrir en la mayor medida posible a los principios o que, no planteen la ponderación como un procedimiento casuístico que prescindan como criterio interpretativo de deferencia al legislador; también, aquellos que promuevan que los jueces lleven a cabo una interpretación moral de un caso. Estima que reducir lo normativo del derecho, es justamente, caer en la moral de lo legislado, por lo tanto, el sistema normativo es el contenido de la justicia; en tal sentido, reducir el derecho a la moral, es únicamente defender el derecho desde basado en un elemento valorativo que es la moral.

Siempre en sus apreciaciones sobre esta corriente, dispone que el neoconstitucionalismo afecta la distinción entre el positivismo jurídico y la teoría, en cuanto ideología y el enfoque o método de estas ideas, las cuales presentan al neoconstitucionalismo como una confrontación con el positivismo jurídico. Sobre este aspecto alude que:

Sobre esta teoría, se opondría a la tesis como la del estatalismo, el legicentrismo o el formalismo interpretativo, que fueron defendidas por los positivistas de épocas anteriores (del XIX) y que a Comanducci le parecen obsoletas. En ese sentido, él considera aceptable la teoría del neoconstitucionalismo, o sea, una teoría que trata de dar cuenta de las nuevas realidades de nuestros Derechos y, por tanto, del cambio que supone que las normas constitucionales se sitúen en el

vértice de nuestros ordenamientos jurídicos; piensa incluso que esa nueva teoría puede considerarse como el “positivismo jurídico de nuestros días.”¹¹⁴

Aprecia entonces que sostener la tesis de una obligación moral, para obedecer a la Constitución, únicamente solo de manera ideológica, sin un formalismo interpretativo, tal y como lo demuestra el neoconstitucionalismo, es una variante peligrosa, que podría inclusive denominarla positivismo ideológico, pues se estaría en la obligación moral de obedecer el derecho. Frente al positivismo metodológico o conceptual, sostiene que siempre es posible identificar al derecho y distinguirlo con los principios constitucionales; estos, vienen a ser un enlace entre la norma y la moral, en cualquier decisión jurídica, que sea justificada y que derive de una instancia descriptiva.

Describe que el neoconstitucionalismo, puede definirse como algo estipulativo, que dejaría muchas dudas y podría ser caracterizado de acuerdo a las notas que atribuyen los iuspositivistas; sin embargo, el derecho contemporáneo, debe hacer una división en quienes consideran que los cambios ocurridos en el fenómeno de la constitucionalización de derechos, no necesitan un nuevo paradigma teórico y los que consideran que esta situación se puede suscitar con las herramientas del positivismo que han permanecido en el positivismo tradicional; es decir, con acentos más realistas que normativistas. Atienza sostiene que no se identifica en ninguna de estos dos grupos, se inclina y defiende un tipo de teoría del derecho que sea:

1) constitucionalista, 2) no positivista, 3) basada en la unidad de la razón práctica, lo que supone negar que pueda trazarse una separación tajante (en el

¹¹⁴ Ibídem. Pág. 3

plano conceptual) entre el Derecho y la moral, 4) que defiende un objetivismo moral mínimo, 5) reconoce la importancia de los principios y 6) de la ponderación, así como 7) el papel activo de la jurisdicción y 8) subraya el carácter argumentativo del derecho.¹¹⁵

Vale la pena mencionar que a pesar que Atienza se considera opositor de la teoría del neoconstitucionalismo y considera que sus principales elementos se encuentran establecidos en el constitucionalismo con un rasgo equitativo del Estado de derecho, sostiene que debe existir una importancia entre el derecho y la moral; asimismo, el papel activo de la jurisdicción; es decir, el rol que debe tomar un juez frente a la tutela de derecho, defendiendo el objetivismo moral, aunque rasgos mínimos, pero no descarta el valor moral en la función judicial.

Volviendo al análisis de su postura ante el neoconstitucionalismo, considera que sostener un rasgo típico de esta corriente, puede traer en cuenta no tomar a las leyes generales, como fuentes para resolver un problema jurídico, pues automáticamente se pretende conducir su solución directamente a la Constitución; es decir, principios y valores, o incluso, prescindir de un tenor literal de un artículo de una ley de menor jerarquía, al cual él lo denomina una regla legal. Sobre este último aspecto, describe que algunas Constituciones suelen ser documentos típicamente ambiguos y que reflejan ideologías contrapuestas a las fuerzas políticas y sociales que las han impulsado; de acuerdo con las finalidades y valores que expresan estos textos fundamentales, suelen olvidar formular aspectos muy concretos sobre comportamientos

¹¹⁵ *Ibíd.* Pág. 4

sociales, dejando un resultado más abstracto. Por tal razón, considera que las Constituciones ofrecen menos posibilidad de llegar a una solución justa sin salirse del derecho, aunque advierte que no siempre en todos los textos constitucionales.

Advierte que el constitucionalismo no es una ideología idealista, ingenua, que considera que el derecho del Estado constitucional es el mejor de los derechos posibles y que, las constituciones contemporáneas basadas en el neoconstitucionalismo se identifican más con la moral justificada. Ese derecho es simplemente el mejor de los históricamente existentes y no lo es por consideraciones formales, sino por carácter sustantivo; es decir, por los valores a proteger. Advierte que el prototipo constitucional necesita una doble ampliación, un sentido extensional, lo que supone llevar el paradigma a todos los poderes; es decir, con la constitucionalización del derecho internacional como el derecho privado y comercial de la globalización, como en sentido intencional, reforzando la garantía de todos los derechos.

Con respecto a los autores que sostienen las principales ideas del neoconstitucionalismo, describe que:

La concepción neoconstitucionalista hay que entenderla también como una reacción contra el positivismo jurídico, contra una visión del derecho que pone el foco en las reglas, en la positividad, en las formas y se olvida por ello de la justicia. Pero también en este caso habría que decir que los autores neoconstitucionalistas llevan demasiado lejos esa actitud crítica y se olvida, por así decirlo, de los valores del legalismo. La suya es también una visión

unidimensional del derecho que incurre en la ingenuidad de pensar que los valores del Estado constitucional pueden alcanzarse sin necesidad de someterse a los límites, las constricciones que impone el sistema de derecho positivo. No se dan cuenta de que aquí ocurre como con la famosa paloma de Kant, que creía que podría volar aún mejor sin la resistencia del aire. Pues bien, la resistencia del derecho positivo es una condición de posibilidad para desarrollarse.¹¹⁶

Al respecto, considera entonces Atienza que el derecho debe verse desde una perspectiva dual; es decir, un solo sistema, un conjunto de normas, en el cual debe tomarse en cuenta la práctica social que trata de alcanzar ciertos fines y valores y desde el punto de vista del derecho o legal, que son las normas establecidas por la autoridad y aún más fundamental, una actividad de práctica que se va construyendo en lo que todos los habitantes de un Estado realizan. En cuanto a los que regula la Constitución; es decir, los fines abstractos, siempre buscan lograr un cierto orden social y asegurar la idea cierta de la justicia, pero con los cambios y condiciones históricas de las sociedades. El constitucionalismo no debe abrumar el positivismo jurídico, basándose en una postura de tener una fuente de derecho superior; es decir, una Constitución, pues la justicia no puede ser puramente moral, sino también existe la pureza formal e incorporar elementos sustantivos, basados en una teoría formal del derecho.

Finalmente, en cuanto a la moral y la función judicial, parte del principio de la unidad de la razón práctica supone en el razonamiento práctico, las razones últimas son

¹¹⁶ *Ibíd.* Pág. 15

las de carácter moral, de manera que el razonamiento justificativo de un juez tiene necesariamente una dimensión moral. Esto advierte, no debe confundirse ni mucho menos que el razonamiento jurídico sea especial y superior al razonamiento moral. No puede justificarse que todos los tipos de argumentación jurídica puedan justificarse con las reglas del discurso racional moral; el juez debe gozar de cierta autonomía con respecto al razonamiento moral y debe alcanzar las razones que legitiman esa práctica basada en la Constitución.

El tipo de positivismo jurídico, que acepta la tesis de la identificación del derecho y la argumentación jurídica, suponen la utilización de ciertos criterios morales en el neoconstitucionalismo; pero siguen considerándose iuspositivistas, porque piensan que esa conexión metodológica o conceptual entre el derecho y la moral es meramente contingente; sin embargo, no podría ser así, toda vez que no existen dos sistemas jurídicos distintos que funcionaran aisladamente. En la teoría del derecho practica, es necesario precisar entonces el sentido que tiene que seguir el positivismo jurídico.

Se continuará aportando en el presente apartado, el cual hemos hasta el momento, apreciado los distintos criterios, en temas específicos y de discusión sobre el neoconstitucionalismo. Se incorporará en el presente el criterio de Sussana Pozzolo.¹¹⁷

Dentro de las principales ideas presentadas por citada investigadora, vale la pena destacar un poco de la historia del término neoconstitucionalismo, el cual indica

¹¹⁷ J.D. por la Universidad de Genova, obtuvo su Ph.D en la misma universidad en 1998 con una disertación sobre el Neoconstitucionalismo y el Positivismo Jurídico. Desde 1996 ha pasado varios periodos de estudio en España, principalmente en la Universidad Pompeu Fabra y en la Universidad de Giorna y tiene varias membrecías de investigación en Italia por las Universidades de Genova, Cagliari, Brescia. Miembro del grupo de investigación genoves, ha participado en muchos proyectos de investigación.

que fue utilizado por primera vez en 1997, dentro del XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, en Buenos Aires, Argentina. Dicha palabra, fue introducida para indicar una serie de posiciones teóricas y enfocar la teoría del derecho desde una perspectiva iusfilosófica, que se contraponía al iuspositivismo, inclusive al iusnaturalismo tradicional.

Emplea el término neoconstitucionalismo, para referirse a las tesis de algunos iusfilósofos Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino que, comparten un peculiar modo de acercarse al derecho, ofreciendo un buen fundamento para proponer la autonomía hermenéutica de las Constituciones Políticas. Describe que la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, basados los principios versus normas, ponderación versus la subsunción, Constituciones Políticas versus independencia de los poderes Legislativos y Jueces versus libertad del Legislador. En esta doctrina en referencia, indica que se presenta una propuesta de alteración a las tendencias filosóficas tradicionalmente conocidas, la cual son las formalistas y antiformalistas, citando en su criterio que:

A menudo, una era la reacción a las exageraciones de la otra, -antes de incurrir en excesos teóricos- han realizado contribuciones al estudio y a la vida del derecho. Como señala críticamente Vittorio Villa, tanto la primera como la segunda tendencia (a partir de las doctrinas de la codificación) presentan una visión estática del significado; es decir, “el significado, “descubierto”, o “inventado” que sea y es en cualquier caso algo que no viene a existir “todo de

una vez”, “en una única solución”. No existe modo, frente a este tipo de aproximación, de salir de la alternativa dicotómica entre “descubrir” y crear.¹¹⁸

El citado autor aprecia, que la creación de nuevas teorías y el descubrimiento de la respuesta a cierto paradigma del derecho contemporáneo, trata de crear nuevas corrientes filosóficas del derecho y revelar aspectos más allá de una codificación de derechos fundamentales en el constitucionalismo. Asimismo, él considera que el neoconstitucionalismo ha tenido cierta decadencia, por una difusa tendencia moralista en la ciencia jurídica, frente al positivismo jurídico genérico. Los que han declinado sobre esta corriente, al partir que la positivización de los valores del derecho por parte de las Constituciones, pues el jurista debe verificar y señalar su aplicación, satisfacción y respeto, sin que se adopte un sistema normativo externo; es decir, hacer política del derecho. Por otra parte, agrega que existen valores inherentes al derecho positivo, como la verificación de su implementación de una manera cognitiva.

Menciona que, si las normas constitucionales versan sobre las legislativas, entonces al verificar la legislación, las normas constitucionales son epistemológicamente operables; en tal sentido, se encuentra ante un nuevo positivismo plasmado en el neoconstitucionalismo, que es interrogado sobre el papel que deben tener los principios y el derecho constitucional, pues no presenta un equilibrio interpretativo en las disposiciones legales ordinarias y o algunas más fundamentales.

¹¹⁸ J. L. Fabra Zamora y A. Núñez Vaquero. (2015). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen uno*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México.

Describe que el neoconstitucionalista, promueve directamente la aplicación directa de la constitución; sin embargo, puede encontrarse que lo dispuesto en el texto constitucional está dirigido valores abstractos, esto podría poner en conflicto su valor y aplicación en determinados aspectos concretizados. Describe que, para los nuevos positivistas, son interrogados los roles que deben jugar los principios y los derechos constitucionales, advirtiendo que puede suscitarse un arbitrio interpretativo de la propia Constitución; de esa cuenta puede ser incluso atractiva la forma de ser menos positivista y aplicar únicamente la constitución, basado en un enfoque moral, sin determinar en cierta manera el contenido textual de la norma. Esto traería como resultado un antiformalismo, que podría llevar una dirección a un riesgo de las herramientas de la interpretación, volviéndose un juez, un legislador liberal, sin encontrarse en condiciones de poder realizado, lo cual se le denominaría un legislador negativo. Sobre esto apunta que:

El soberano democrático se dirige a la jurisdicción transformando sus incapacidades políticas en cuestiones judiciales. Los aparatos jurisdiccionales se sienten llamados a intervenir y, para hacerlo, utilizan una constitución densa de principios, sustituyen a un legislador ineficiente e ineficaz, acentuando la crisis de las democracias.¹¹⁹

Describe entonces que el neoconstitucionalismo se posiciona más en una cuestión filosófica y política que teórica, pues el hecho que un derecho positivo que fue creado a la luz de una Constitución Política, no debería dejarse de aplicar por el poder correspondiente, toda vez que este se encuentra facultado para un ejercicio

¹¹⁹ *Ibíd.* Pág. 394

determinado conforme a su naturaleza soberana y democrática; además, los sistemas judiciales, fueron creadas en un Estado con la misma categoría y fin específico, los cuales no deberían intervenir en sus facultades o variar el sentido de la norma.

CAPÍTULO V

La ponderación y la subsunción, técnicas de la interpretación neoconstitucional

En el presente capítulo se incluirá una breve reseña de las principales ideas sobre la teoría de la argumentación jurídica; asimismo, se encuentra desarrollado la ponderación y la subsunción, su objetivo y herramientas prácticas para la tutela y protección de los derechos humanos, sirviendo como mecanismos necesarios para el pleno reconocimiento y respeto de estas facultades humanas. Se incorpora, además, la responsabilidad que posee un tribunal constitucional sobre la tutela efectiva de los derechos humanos, presentando determinadas herramientas y posibilidades, principalmente de interpretación al texto constitucional y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales el sistema neoconstitucional, permite su incorporación, aplicación y necesidad, para una efectiva defensa de los Derechos Fundamentales.

5.1 La teoría de la argumentación jurídica

Iniciaremos el presente tema, conociendo cómo puede definirse la argumentación jurídica. Manuel Atienza, al describir el primero de los elementos que configuran el concepto de argumentación, como “un uso del lenguaje que se caracteriza (frente a otros usos: descriptivo, prescriptivo, etc.) por la necesidad de dar razones: se argumenta cuando se defiende o se combate una determinada tesis y se dan razones para ello”.

Por su parte, Van Eemeren, Frans H. describe que la argumentación jurídica es: Una actividad de la razón de carácter verbal y social, que pretende aumentar (o disminuir) para el oyente o lector la aceptabilidad de una opinión controvertida, trayendo a colación un conjunto de proposiciones que tratan de justificar (o refutar) dicha opinión ante un juez racional.

Luis Vigo, describe que la argumentación jurídica supone los siguientes aspectos:

1. Un problema o pregunta en torno a cual es la conducta jurídica prohibida, ordena, permitida o habilitada, que corresponde definir o determinar sobre la cual no existe una respuesta evidente o indiscutible; 2) Una confrontación dialógica en la que exponen discursivamente por medio del lenguaje de propuestas y respuestas jurídicas para un caso en cuestión y 3) La apelación a razones o argumentos a favor de alguna respuesta posible jurídicamente y contra-argumentos a favor de alguna respuesta posible jurídicamente y contra-argumentos que intentan restar justificación jurídica a otras alternativas.¹²⁰

Por su parte, Juan Antonio García Amado, citando a Chaim Perelman y Theodor Viehweg, los describe como aquellos estudiosos que indicaron que el sistema jurídico, no posee características de un sistema lógico-axiomático y que la decisión judicial, no es un simple silogismo o consecuencia, sin espacio para la discrecionalidad. Describe que a mediados del siglo XX se ha insistido en que las normas jurídicas fueron creadas lógicamente ni la clásica lógica silogística ha determinado la base de una decisión

¹²⁰ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2725/8.pdf> Pág. 1-44

judicial. Así también que el iusnaturalismo, es dogmático, la lógica engañosa y lo irracional decepcionante, lo cual da una resignación al normativismo positivista, al respecto dispone que:

La crítica de tanto iusnaturalista poco amigo de las lecturas y tanto antiguo nazi sibilino es excesivamente austero, pues se conforma con la radiografía analítica de los sistemas jurídicos y los conceptos operativos en derecho, pero no aporta pautas de corrección material de las decisiones legislativas o judiciales ni se aviene a ninguna rehabilitación de la razón práctica.¹²¹

La argumentación jurídica, entonces, emana de una variante de la argumentación en general. Estos autores descritos anteriormente, presentan una teoría jurídica, denominada como nuevo patrón de análisis del derecho y modelo de racionalidad jurídica. Parten de la idea de la lógica formal y se denomina una propia lógica jurídica, interesada ideológicamente en la alternativa jurídica.

Par este aspecto se describe que esta nueva teoría de la argumentación jurídica, parte de las siguientes características:

- i. El derecho es praxis y como praxis debe entenderse y analizarse. Ciertamente, hay unos materiales originarios o una materia prima con los que esta práctica opera, como enunciados normativos, esquemas de razonamientos, argumentos estandarizados, máximas que sintetizan viejos principios o pautas del sentido común jurídico.
- ii. Esa praxis en que lo jurídico consiste es una praxis

¹²¹ J. A. García Amado. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. Colección "Jueces y Argumentación Jurídica, Línea A de Investigación: Modelos Judiciales, Hacia un modelo judicial en México". México: Tirant Lo Blanch.

argumentativa. El derecho se constituye y opera a base de argumentar, de dar razones que compiten en pro de soluciones en pugna. iii. Si en el derecho, así contemplado como praxis argumentativa, hay alguna racionalidad, esa ha de ser la propia y específica del argumentar, del dar razones y elegir entre razones.¹²²

La primera característica describe que, en la práctica obtenida de casos concretos, se realiza un razonamiento intersubjetivamente y se argumenta constitutivamente la disposición legal establecida; se argumenta para lograr que sopesar una decisión para presentar una solución, conforme a derecho; esta decisión se tiene que hacer correcta y racional, pues es una decisión jurídica necesaria de tener elementos que la respalden. La segunda característica podríamos esbozar que las soluciones jurídicas deben indagarse mediante una investigación que desentrañe la esencia de la norma, de las instituciones, de los conceptos o principios de la justicia y que las soluciones jurídicas, se construyan mediante una serie de actividades a través de la argumentación que se realice. Sobre la última cualidad de la argumentación, sus elementos principales es sostener que se argumenta, para conseguir la adhesión a tesis que sustenten la razón de un criterio defendido.

Perelman, citado por García Amado, describe que recuperó el estilo de los viejos tratados de retórica, como prontuario para el eficaz argumentar y que, para el rector que quiera dominar los argumentos, debe conocer integralmente el tema y fundamento por los cuales propone su tesis, buscando con ello un modelo de argumentación racional, la

¹²² *Ibíd.* Pág. 38

cual se anticipa en muchas partes, a lo que Robert Alexy denominó la rehabilitación de la razón práctica.

Según Perelman, el que argumenta siempre busca la adhesión del que recibe la decisión, pero esto puede hacerse para persuadir. Describe que la persuasión es una adhesión que en todo o en parte está movida por factores emotivos hábilmente manejados por el orador. La convicción es una adhesión que se apoya nada más que en la ponderación o valoración objetiva e imparcial de las razones propuestas. Así pues, es principalmente, la actitud argumentativa que pone las condiciones del juego y determina que la racionalidad del resultado final.

Las filosofías constructivistas de la razón práctica y las teorías de la argumentación, según Robert Alexy, no pueden negar que hay de todo en proporción dudosa, pero mantienen que sí existe un criterio, un parámetro, una base para medir cuándo los resultados de una argumentación son irracionales, porque fue irracional el argumentar y cuándo son racionales.

Cuando refiere, a la manera racional es aquel resultado que cualquier sujeto aprobaría si las razones en pugna para el caso las sopesara no siendo él, quien es y no estando donde está, en la vida real, condicionado por sus creencias, ideologías, vivencias y preferencias personales, sino si fuera un ser capaz de razonar con absoluta imparcialidad, no sensible ni a la manipulación ni ante las emociones que deforman la objetividad del juicio particular. Es saber dar, con lo justo y objetivamente verdadero, entre los argumentos enfrentados en cada debate moral o jurídico; es como el ser

humano puro anterior al pecado original, volviéndose y determinándose un verificador; al respecto cita al describir:

“Auditor” universal o ese juez Hércules, por puros, por “inhumanos” más humanos que nadie, por incontaminados de vida e intereses elementales, sabrían siempre dónde está la verdad, la solución más justa y acorde con las normas más verdaderas. Más aun, no es que ellos sean capaces de dar con la solución justa a ellos preestablecida en algún orden”.¹²³

En otro orden de ideas, al referirnos a la teoría de la argumentación jurídica, no nos referimos a una sola corriente que sostiene un fin determinado, sino varias orientaciones que pueden acogerse a este concepto y que tienen en común nada más que una buena parte de aquellos planteamientos que aparecieron casi simultáneamente en autores como Viehweg y Perelman, como lo habíamos mencionado anteriormente. En la teoría jurídica, se aplican ese conjunto de preposiciones científicas, principalmente para poder determinar si en el derecho o en los campos todos de la razón práctica, se justifica la acción u otro tipo de práctica; esta última se vuelve una destreza deductiva, por ser de uso y lógicamente practica.

Dentro de estas principales teorías, se encuentran las de tipo empírico y descriptivo; asimismo, las de carácter normativo. Las primeras de ellas tratan de sistematizar los argumentos, sean comunes, sean técnico-jurídicos y poner en relieve cuáles son sus estructuras internas o partes, sus funciones y sus condiciones de uso más eficaz. Esos análisis pueden hacerse en abstracto y con la utilidad adicional;

¹²³ Ibídem. Pág. 48

principalmente la utilizan los jueces; sin embargo, pueden sostenerse puntos débiles en sus razonamientos, por ser imprecisos.

En cuanto a las teorías normativas, estas no solo se proponen describir cómo son los argumentos y las argumentaciones que empíricamente acontecen, sino que quieren también proponer pautas del correcto argüir; se considera a esta como la herramienta instrumental para la función judicial y que plantea una corrección objetiva del resultado a presentar.

Sobre la argumentación jurídica constitucional, esta estriba principalmente en la apelación, argumento o razones tomados de la Constitución, asumida en un sentido mucho más amplio que el mero texto constitucional, según Luis Vigo, describe que este tipo de argumentación:

Puede ser esgrimida por distintos operadores y también por distintos jueces, aunque corresponde destacar que en los modernos Estados de derecho se ha instituido jueces específicos a los que se les encomienda pronunciar autoritativamente la última palabra en esa materia de la argumentación constitucional.¹²⁴

Describe Vigo, entonces, que la argumentación constitucional para los jueces debe constituir la matriz de toda argumentación jurídica respecto al derecho en general, debiendo defender estos funcionarios y tomar en consideración que, de la misma Constitución emana el ordenamiento jurídico ordinario, el cual al ser invocado o

¹²⁴ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2725/8.pdf>

presentado como sustento de un razonamiento debe prevalecer las disposiciones y valores constitucionales.

Habiendo mencionado lo anterior, vinculando la función que el juez constitucional, debe tomarse en cuenta que, a la hora de argumentar sobre la Constitución, es necesario mencionar que la argumentación jurídica, parte entonces de circunscribe a la manera en que hemos de entender el fenómeno cultural y social, debiendo incorporar como estos se incorporan al texto constitucional en el ámbito filosófico y político, característico del derecho constitucional. Este modo de argumentación incide de modo preponderante en el desarrollo axiológico de las diversas interpretaciones argumentativas y brinda un material de gran valor para entender la etiología o razón de ser e importancia de la argumentación jurídica en el derecho constitucional contemporáneo, pues su especial función es la reivindicación o reconocimiento de los derechos humanos señalados de vulneración, sirviendo la ponderación y la subsunción, como base para una argumentación jurídica.

5.2 La ponderación y subsunción, como principales instrumentos interpretativos del neoconstitucionalismo

Hasta el momento se ha ilustrado con los anteriores temas lo necesario del razonamiento judicial y cómo el juez debe cambiar su función de ser simple transmisor de la ley y fomentar más el trabajo lógico de la subsunción en casos concretos a través de la abstracción de la norma. El debate del neoconstitucionalismo no se centra, necesariamente en las funciones ideológicas y políticas de una forma de Estado, su eje

principal es la expansión de la función jurisdiccional en cuanto a ser esta función, quien complementa y perfecciona el Estado de derecho; es decir, la norma, sin olvidar el arbitrio de los razonamientos y resoluciones judiciales para dar certeza en la tutela de los derechos humanos.

Es importante conocer el argumento de José Juan Moreso, en torno a las ideas de Guastini, específicamente a su escepticismo interpretativo; él indica que la aplicación del derecho suele concebirse como la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Así entendida, la aplicación del derecho resulta ser un proceso de subsunción. Pero cuando se trata de observancia y materialización de los valores constitucionales, este proceso resulta rebasado, al igual que sucede con la aplicación de los principios constitucionales que establecen derechos. Entonces la subsunción debe ser sustituida por la ponderación; ello debido a que los valores resultan ser infinitamente más amplios en su contenido y ámbito que la abstracción de la misma ley, pues “el quid de la discusión resulta de que, si la ponderación implica un total abandono de la subsunción, o pueden estas convivir en torno del neoconstitucionalismo”.¹²⁵

El doctor Guastini, por su parte, postula dos tesis respecto de cómo concibe la ponderación jurídica, la distinción entre disposición y norma y el escepticismo interpretativo, detallándolas de la siguiente manera:

¹²⁵ J.J. Moreso. (2003). *Conflictos entre principios constitucionales*. En Carbonell, Neoconstitucionalismo(s). Colección: Estructuras y procesos, serie: Derecho. 3ª Edición. Madrid: Trotta. Pág. 99

- a) La tesis de la distinción entre disposición y norma. Aunque la expresión norma se usa con muchos sentidos en la literatura jurídica, es importante distinguir el texto de los documentos legislativos, que son objeto de la actividad interpretativa y que Guastini denomina disposición, del contenido del significado de dichos textos que el referido autor denomina norma. Entonces conforme a este, la norma es el resultado de la actividad interpretativa. Además, la relación disposición-norma no resulta ser biunívoca, pues una disposición puede expresar una pluralidad de normas y una sola norma puede ser expresada por varias disposiciones.¹²⁶
- b) El profesor Guastini, siguiendo las ideas de Giovanni Tarello, postula que las normas, en cuanto contenidos significativos, no son previas a la interpretación, sino al resultado de la actividad interpretativa. La interpretación jurídica no ha de ser comprendida como una actividad consistente en descubrir el contenido de los textos o documentos normativos, sino como una actividad consistente en la propuesta o estipulación de determinados significados a determinados textos. A esta tesis Guastini la denomina el escepticismo interpretativo.¹²⁷

El citado autor menciona que el significado no es algo preconstituido respecto a la actividad interpretativa, ya que es una variable de las valoraciones y las decisiones del intérprete. La elección de atribuir un cierto significado a un enunciado y no a otro, es fruto de la voluntad y no del conocimiento. Conforme a esta postura "los enunciados

¹²⁶ *Ibidem*. Pág. 101

¹²⁷ *Ídem*.

interpretativos no son aptos para la verdad ni para la falsedad, porque son producto, no solo del conocimiento, sino de la voluntad".¹²⁸

En aplicación a la ponderación en el caso de conflictos de principios constitucionales, que también ayuda a estudiar los conflictos de valores, Guastini distingue tres características:

- a) La ponderación se realiza entre dos principios en conflicto, P1 y P2, cuyos supuestos de hecho se superponen parcialmente, entre los que hay una antinomia de carácter parcial-parcial. Siendo así, no vale para resolver esta antinomia ninguno de los tres criterios generales para la resolución de antinomias, no vale la *lex superior derogat inferiori*, porque por hipótesis se trata de principios del mismo rango jerárquico, principios constitucionales. No vale la *lex posterior derogat priori*, porque por hipótesis se trata de principios coetáneos; no vale tampoco la *lex specialis derogat generali* dado que la antinomia es parcial-parcial no hay relaciones de especialidad entre dichos principios.
- b) La ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida por el intérprete, mediante un juicio de valor. Como resultado de la valoración, un principio (considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza a otro u otros y resulta aplicable.
- c) La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que es establecida en su aplicación al caso concreto. Ello establece una jerarquía a la que Guastini

¹²⁸ R. Guastini. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Traducido al castellano por J. Ferrer. Barcelona, España: Gedisa. Pág. 169

denomina de una forma muy adecuada, jerarquía móvil. Es decir, que, aunque en un caso concreto P1 desplace a P2, bien puede ser que en otro caso P2 desplace a P1.¹²⁹

Conforme a las ideas de Guastini, no es posible decantar, de las diferentes resoluciones en casos concretos, criterios que permitan subsumir, en un proceso posterior, otros casos en los que principio o valores semejantes se ven en conflicto también en situaciones parecidas. La respuesta de por qué ello no es posible la evidencia al indicar que el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios y/o valores sobre el otro, pues la solución del conflicto val solo para el caso concreto y en consecuencia es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros. Estos ejemplos y análisis de los anteriores autores permiten extraer que el juez constitucional debe dinamizar el contenido de la norma sin que su participación en el perfeccionamiento del acto legislativo o en la Constitución sea arbitraria. Así, ponderación y certeza pueden coexistir para la consolidación y tutelaridad de los derechos humanos, cuando estos estén en manos de magistrados constitucionales que se encuentren en esa circunstancia dentro de sus facultades.

5.3 El juicio de ponderación en el neoconstitucionalismo

Como se menciona en el primer capítulo de la presente investigación, referirnos al neoconstitucionalismo, es hacer referencia a los modelos de organización política,

¹²⁹ *Ibíd.* Pág. 101

que, a partir del período de posguerra de la segunda guerra mundial, hizo evolucionar el concepto de Estado de derecho (es decir Estado de legalidad) a Estado constitucional de derecho. En el presente tema, pretendo cerrar el capítulo indicando que el neoconstitucionalismo abre la puerta a la ponderación judicial y analizaré los argumentos de Luis Prieto Sanchís, quien escribe en su apartado el Juicio de Ponderación, considerando en optar por denominarle neoconstitucionalismo, al Estado constitucional de derecho o constitucionalismo contemporáneo, indica que el mismo concepto reúne elementos de las tradiciones norteamericana y europea occidental; es decir, fuerte contenido normativo y garantía constitucional. De la primera de estas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; cabe decir que la noción de poder constituyente propia del neoconstitucionalismo es más liberal que democrática, de manera que se traduce en la existencia del apoderamiento de esa mayoría, a fin de que quede siempre abierto al ejercicio de la soberanía popular a través del legislador. De la segunda tradición se hereda; sin embargo, un ambicioso programa normativo que va más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas del juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: "una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces".¹³⁰

Así las cosas, el Estado constitucional representa la máxima o la mejor realización del Estado de derecho. Desde el nacimiento del constitucionalismo clásico

¹³⁰ L. Prieto Sanchís. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 108.

se busco limitar el poder y someter a gobernantes y gobernados a la ley; de ahí la preponderancia de la función del legislador. En esta nueva etapa del neoconstitucionalismo, según Prieto Sanchís, deben tener una balanza entre la función del juez y la función del legislador. Ahora el juzgador posee y realiza una verdadera y fundamental función en la aplicación del derecho; ya no es un instrumento técnico cuya función es realizar operaciones de subsunción conforme a la voluntad del legislador plasmada en la ley, sino que este tiene la función de fundamentar sus resoluciones conforme a la legislación vigente, armonizar dicha normativa conforme a los valores jurídicos y legitimar esta para la convivencia social y dignidad humana. El citado autor menciona que el Estado constitucional "representa la fórmula del Estado de derecho, acaso su más cabal realización, pues si la esencia del Estado de derecho es el sometimiento del poder al derecho, solo cuando existe una verdadera Constitución, ese sometimiento comprende también al legislativo".¹³¹

Uno de los presupuestos de la ponderación, para Sanchís, es la existencia de razones en pugna, intereses, bienes en conflicto o tutela de derechos humanos. Existen entonces, principios, normas y valores que suministran justificaciones al momento de buscar resolver un caso concreto. El autor comentado evidencia que, en el mundo del derecho, el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. Si bien las razones que evalúa el juez constitucional en un caso concreto son contradictorias, este no

¹³¹ L. Prieto Sanchís. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. En Carbonell. *Neoconstitucionalismo (s)*. Ob. Cit. Págs. 126 y 127.

resuelve declarando la invalidez de alguna de estas razones, que son nada más que razones constitucionales. Tampoco afirma que alguno de los valores en conflicto ha de ceder siempre cuando se halle en conflicto con otro valor; por ello se habla de la jerarquía móvil de los valores. La ponderación, menciona Sanchís:

Conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino que se logra una sola preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de esa 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 ambas, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía de uno u otro.¹³²

El referido literato aporta razones a la relación entre la subsunción y ponderación, al exponer que la ponderación no es una simple alternativa a la subsunción y que el juez no debe decidir un camino u otro para resolver o fallar. Para él, se trata de fases distintas de la aplicación del derecho, si bien, al no existir un problema de principios o valores, el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la ley, sin que se requiera ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios o valores y es preciso ponderar, no por ello se abandona la subsunción. La subsunción en el razonamiento judicial no es desterrada en los conflictos de valores que se dan en un Estado constitucional de

¹³² *Ibíd.* Pág. 144

derecho, es simplemente que, ante dos contextos diferentes, el primero es la mera adecuación de un caso concreto al supuesto de la norma abstracta y el otro es la adecuación de un conflicto de valores, que, por su reiterado conocimiento, ya ha producido un precedente.

Afirma Prieto Sanchís que la ponderación se configura como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos valores en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular, en definitiva, ese caso; regla que, por cierto, merced al precedente, puede generalizarse y terminar por hacer innecesaria la ponderación de los casos centrales o reiterados. Esto es así, porque hay casos en los que las circunstancias relevantes se repiten y que deberían dar lugar a la construcción de una regla susceptible de universalización y subsunción, aunque no se debe abandonar la posibilidad de concurrencia de otras propiedades justificadoras. Según el autor consultado, la ponderación no implica un subjetivismo a ultranza ni un método vacío que conduzca a consecuencias aberrantes. Si bien la ponderación no garantiza una y solo una respuesta para todo caso práctico, sí nos indica que hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional; es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación. Según esta idea, el razonamiento del juez o magistrado constitucional debe orientarse:

“A la justificación de un enunciado de preferencia (a favor de un valor u otro, de un principio u otro o de un derecho y una limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien en pugna. Dentro del aspecto de la ponderación, Sanchís menciona esta forma de

resolver y su relación con la democracia, no tanto con la democracia liberal, sino con la democracia de mayorías".¹³³

Finalmente, podría resumirse que el juicio de ponderación puede verse como una pieza esencial del neoconstitucionalismo, de un modelo de organización política que quiere representar un perfeccionamiento del Estado de derecho, dado que si es un postulado de este último el sometimiento de todo el poder al derecho, el tipo de Constitución que reclama un control como el que se ha examinado pretende que ese sometimiento alcance también al legislador y no solo por la vía del recurso abstracto contra las leyes, sino, sobre todo, convirtiendo los principios y derechos constitucionales en parámetros de enjuiciamiento independientes para resolver cualquier tipo o género de conflicto. Cabe mencionar que, en este modo de resolver, la ponderación implica también una apertura o invitación al judicialismo, al menos desde la perspectiva de la tradición europea, de modo que si lo que gana el Estado de derecho por un lado no lo quiere perder, por el otro, esta fórmula reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales. Por tal razón la ponderación ciertamente entendida tiene ese sentido, inclinarse en favor del legalismo y tal vez encierre una opción ideológica, de ideología jurídica, pero el intento de hallar un equilibrio entre ambos, nunca del todo estable por otra parte, requiere la búsqueda de aquella racionalidad no solo para las decisiones judiciales, sino también para las legislativas, aspecto este último que a veces se olvida. Por otra parte, no puedo dejar de mencionar que, la ponderación conlleva un riesgo para la supremacía del legislador (la cual debe

¹³³ L. Prieto Sanchís. Ob. Cit. Pág. 157.

tener límites, ser cuidadosa y tener controles) y con ello, su fundamento lo encuentro en los órganos de control judicial; asimismo, dentro de los límites al principio de legalidad, debe saber el juez o magistrado, que su función se encuentra enmarcada dentro de este principio; es decir, no poder ir más de donde su parámetro legal lo permita (interpretése el bloque de constitucionalidad) para poder aplicar o tutelar los derechos. Por tal sentido, es menester que, en la presente tesis, se conozcan aspectos importantes de los derechos humanos y su vinculación con el neoconstitucionalismo, comenzando por las definiciones más importantes que se puedan desarrollar para determinado concepto.

5.4 El funcionario que imparte justicia ante el neoconstitucionalismo

El contexto filosófico, jurídico e ideológico es necesario para el neoconstitucionalismo o Estado constitucional de derecho, necesitan para que el sistema de justicia tutele los derechos humanos; de igual manera que los poderes del Estado se encuentren en una forma horizontal y que la sociedad los controle mutuamente, bajo el imperio del mandato contenido en la Constitución. La diferencia de denominación señalada entre el Estado constitucional de derecho, como una etapa superior del Estado de derecho de legalidad, son importantes en la nueva función que asume, o más bien rescata el poder judicial, pues ahora se encuentra en paridad con los otros dos poderes y no supeditado al poder legislativo como lo ha evidenciado la evolución judicial de los Estados, cuyos sistemas jurídicos emergen del Common Law. Según Puy Muñoz y Portela, señalan que el juez rescata sus funciones, en el Estado constitucional de derecho, al abordar el tema de la pérdida de la función judicial y su

posible recuperación; recapitulan respecto de las palabras de Tomás de Aquino, quien indicaba que se debe juzgar, según las leyes escritas. Los autores evidencian que dicha sentencia fue emitida en otro contexto cultural al mencionar que:

El mundo medieval y antiguo gozaban de fuentes de derecho amplias y las leyes no emanaban de parlamentos –fabricas-de-leyes, sino de la costumbre, la tradición y las necesidades concretas de la sociedad. Aristóteles tiene palabras similares en. El common law anglosajón ha conservado en parte de esta realidad.¹³⁴

Mencionados literatos muestran que estas sociedades, a las que Aristóteles y De Aquino hacen referencia, estaban estructuradas sobre la institución de la familia, los grupos intra políticos, el verdadero pluralismo y un hombre político y participativo. Situación que en nada aparece a la sociedad occidental actual. Emerge de estos comentarios una variable: a cada sociedad, históricamente, le ha correspondido un tipo de derecho y un tipo particular de jueces. Lo anterior resulta innegable pues la actual sociedad occidental evidenció el paso del juez como justicia viviente a que hace referencia Aristóteles, a los jueces como seres inanimados de Montesquieu "los jueces de la nación no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma".¹³⁵

¹³⁴ F. Puy Muñoz y J. Portela. (2005). *La argumentación de los operadores jurídicos*. Buenos Aires, Argentina: Universidad Católica de Argentina. EDUCA. Pág. 373

¹³⁵ Ch. –L. de S. Barón de Montesquieu. (2002). *Del espíritu de las leyes*. El Salvador: Ed. Jurídica Salvadoreña. Pág. 224.

Este aspecto lo reafirma Pereira-Menaut al indicar que desde Montesquieu y la Revolución Francesa en adelante acontece este fenómeno, siendo que Montesquieu tenía un mal concepto de los jueces y pensaba que debían de actuar como simple boca muerta que pronuncia las palabras de la ley. "La revolución, con el recurso de casación, quiso reducirlos a la mera aplicación de la ley".¹³⁶

Por su parte, Puy Muñoz y Portela anotan que el cambio en la Revolución Francesa, respecto de las competencias de los jueces, tuvo como fondo motivos políticos espurios y no la búsqueda de la honestidad de la justicia. A este le siguió como ya se expuso, la exégesis y la deducción silogista de los jueces a partir del Código de Napoleón. En América latina es heredera del mundo clásico y medieval del que fue protagonista, pero es también tributaria de estas nuevas ideas del siglo decimonónico toda vez que "luego, al descubrir la insuficiencia de ese normativismo exacerbado, sobrevinieron la confusión, los intentos múltiples de explicar lo inexplicable que el juez debe razonar de otra manera si se trata de resolver los problemas de las personas".¹³⁷

El tema del perfil del juez constitucional ha sido reiterativo en América Latina desde la década de los ochentas, cuando se empiezan a establecer los tribunales constitucionales en esta región. El factor humano ha sido por un largo periodo el talón de Aquiles de los tribunales constitucionales latinoamericanos, llegado el siglo XXI, aún se sigue discutiendo sobre el tema. Las propuestas son claras y reiterativas pero los entes encargados de nominar a los magistrados constitucionales parecen hacer caso

¹³⁶ A. Pereira Menaut. Ob Cit. Pág. 429.

¹³⁷ Ídem.

omiso a dicho lineamiento. Landa en las vísperas de la elección del tribunal constitucional peruano, realiza su aporte referido al perfil de este y condensa las propuestas y reclamos históricos sobre este extremo de la siguiente manera:

Desde la perspectiva positivista, la garantía de la independencia del juez ha estado basada en la observancia de la ley, como ahora desde el neopositivismo, la independencia del juez se halla también en la sumisión de la Constitución. Pero, desde la teoría institucional constitucional, la fuente de la independencia judicial se encuentra tanto en la Constitución como en la sociedad civil, en tanto generadoras del sistema normativo-valorativo, no se requiere de jueces amanuenses (transcriptores) de las normas, sino de verdaderos ciudadanos con toga, que ciertamente se encuentren obligados primero por la Constitución y luego por la ley, pero no solo en un sentido formal, sino también en un sentido material, en tanto norma de principios sociales.¹³⁸

La función del juez, lo que provee de su naturaleza como institución, es hacer justicia entre las personas que conforman la sociedad que en él ha depositado tan alta función. Al resolver debe fundar sus fallos en la realidad de los casos que se le someten y en las exigencias de esa misma realidad. La función del juez constitucional que se niega a ponderar, sometiéndose únicamente al mandato normativo ignorando los principios y valores que fundan y orientan el ordenamiento jurídico, resulta una farsa, una parodia de la función que ha de cumplir en toda sociedad el derecho. Determinada la función del juez constitucional en un Estado constitucional de derecho, resulta

¹³⁸ C. Landa. (1996). *Constitutional Justice in Perú*. En *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge/Band 44* (Herausgeben von Peter Haberle), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

evidente que el perfil del juez-magistrado constitucional guatemalteco debe reunir tanto calidades académicas como cualidades éticas. Entre el ser de la norma y su eficacia se encuentra el juez; por ello, además de poseer amplio acervo jurídico y cultural, el juzgador debe estar plenamente consciente de su función ante la sociedad, a mi criterio, conocer el amplio cambio de la protección de los derechos humanos. Finalmente, como aspecto relevante entre un juez constitucional y un juez utilizando los parámetros del neoconstitucionalismo, es que el juez neoconstitucional debe tener una visión más amplia de los recursos, fuentes de razonamiento y sobre todo un discernimiento más estandarizado de nuevas herramientas que puedan servir, como herramienta de interpretación, garantías más efectivas, permitir una interpretación más extensiva de la norma, no solo constitucional interna, sino de jurisprudencia internacional que le puedan dar luces para emitir fallos que tutelen los derechos humanos. Por otra parte, estimo que el magistrado o juez, entiéndase a manera general y cómo un término para poder identificar a un funcionario que imparta justicia constitucional, cuando se le presenten externalidades políticas, sistemáticas y normativas en su función de tutela jurídica, deben ser obviadas en el sentido de buscar siempre que en los fallos o sentencia se encuentre inmerso el pleno goce y disfrute de los derechos fundamentales basados en el principio de la dignidad que busca poseer el agente de estos.

5.5 Supremacía y rigidez constitucional, su función con los derechos humanos

El punto de partida de las teorías instrumentales es la visión de la tabla constitucional de derechos como reflejo de los valores fundamentales ampliamente

compartidos por los ciudadanos que integran la comunidad política. A través de la constitución, los ciudadanos y sus representantes quieren asegurar que determinados principios de justicia serán representados en el futuro, cualquiera que sea la situación o las circunstancias personales en las que se hallen. Dado que los miembros de la comunidad no pueden saber con seguridad cuáles serán sus circunstancias individuales en el futuro y menos aún las de sus descendientes, tienen buenas razones para elegir los principios que sinceramente estiman justos y para dificultar su modificación en el futuro. Sigue manifestando el profesor Ferreres C. que Rawls explica que los miembros de una “convención constitucional”¹³⁹ actuarían con “el velo de la ignorancia relativamente grande, pues desconocerían su posición social, su lugar en la distribución de atributos naturales y su concepción de lo bueno”.¹⁴⁰

Esta ignorancia aseguraría el necesario nivel de imparcialidad a la hora de elegir los principios y reglas que deben ser incorporados en una constitución. En la práctica real, naturalmente, quienes elaboran una constitución si conocen esos datos. Aún así, tendrán hacia la imparcialidad si son conscientes de que están regulando situaciones futuras. Indica el autor citado que Sager, argumenta que:

Si los constituyentes actúan bajo el presupuesto de que los preceptos constitucionales que aprueban duraran mucho tiempo, tratarán de elevar la mirada más allá de sus intereses egoístas, como es difícil conocer las condiciones en que sus hijos y nietos desarrollarán sus vidas, el día de mañana,

¹³⁹ Estimo oportuno detenerme un momento a hacer una pequeña reflexión sobre este concepto de “convención constitucional”, cuando se menciona en el presente texto convención constitucional, se menciona al acuerdo o pacto constitucional; es decir, las personas por las que está realizada una constitución; es decir, la sociedad o el pueblo de un Estado.

¹⁴⁰ J. Rawls. *A theory of justice (revised edition)*. Ob. Cit. Pág. 374

los constituyentes se ven forzados a adoptar una perspectiva general, más allá de sus intereses inmediatos, con vistas a elegir reglas básicas que sean razonables para todos.¹⁴¹

Por otro lado, indica que Jon Elster defiende una tesis similar, aunque cree que “el incentivo a favor de la imparcialidad se debilita en la medida en que los individuos tienden a descontar el futuro de manera hiperbólica”.¹⁴²

Los principios elaborados desde esta perspectiva general suelen ser relativamente abstractos, lo que contribuye a proteger la constitución frente al paso del tiempo. Gracias a la abstracción, el texto constitucional puede ser objeto de renovadas interpretaciones a lo largo del tiempo, obteniendo de ese modo el apoyo de las sucesivas generaciones. Si los principios constitucionales afectan cuestiones fundamentales de la vida social y política y si están formulados en términos relativamente abstractos, es inevitable que surjan discrepancias interpretativas a la hora de hacerlos valer en distintos contextos prácticos. No siempre será fácil especificar la finalidad, el alcance y el modo de interacción de los diversos principios. Habrá desacuerdo en un número significativo de casos. Además, el respeto de los principios constitucionales en forma de derechos exige costes y resulta tentador para la comunidad política, en un determinado momento, en conexión con cierto problema, optar por no pagar esos costos. Por falta de imaginación moral, por debilidad de la voluntad, por ciertas pasiones impulsivas, en circunstancias extraordinarias, o por una

¹⁴¹ L. Sager. *Justices in plainclothes*. Ob. Cit. Pág. 374

¹⁴² J. Elster. *Ulysses unbound, studies in rationality, precommitment an constraints*. Ob. Cit. pág. 374

mezcla de estas deficiencias, la comunidad política puede dejar de honrar los principios de justicia, que, en el plano abstracto, acepta. Como dice Sager “es más fácil comprometerse con principios morales en un nivel relativamente abstracto, que practicar esos compromisos en nuestras vidas diarias, cuando tenemos que pagar los costes asociados a tales compromisos”.¹⁴³

Incluir estos principios fundamentales en el texto constitucional, en forma de derechos fundamentales, es una buena estrategia para forzar a los órganos estatales a tomarlos en cuenta cuando adoptan sus decisiones. Los derechos adquieren mayor visibilidad en las discusiones públicas y la asamblea parlamentaria experimenta una mayor presión para sopesarlos con cuidado cuando discurre y aprueba las leyes ordinarias. Esta justificación de la supremacía constitucional sobre la legislación ordinaria está inspirada en la teoría del precompromiso, según la cual las sociedades salen a veces beneficiadas si se imponen restricciones a sí mismas, del mismo modo que también los individuos actúan racionalmente cuando se atan las manos para evitar tomar decisiones irracionales en el futuro. Menciona el autor citado que hay que hacer dos aclaraciones, en primer lugar, es indudable que la analogía entre individuo y sociedad no es perfecta. Una sociedad está formada por una multiplicidad de individuos, con creencias e intereses contrapuestos. Aunque la constitución refleje valores ampliamente compartidos, no expresa una voluntad unánime. Además, la constitución no solo limita a la generación constituyente, sino también a las sucesivas. Los padres de la constitución no se atan únicamente a sí mismos, sino también a otros; aún así, la ideal del precompromiso se puede mantener, aunque de forma flexible; la

¹⁴³ L. Sager. *Justice in Plainclothes*. Ob. Cit. Pág. 375

idea es que la gran mayoría de los ciudadanos que pertenecen a distintas generaciones encuentran razonable mantener una constitución que pone límites a la política ordinaria. Creen que la estructura básica es instrumentalmente buena, pues permite sujetas las decisiones actuales y futuras a un conjunto de principios básicos que resaltan frágiles en determinadas circunstancias. En segundo lugar, lo que se espera de la constitución no es que imponga a la política ordinaria un conjunto de reglas específicas que contrarresten los perjuicios existentes en la sociedad. Indica el profesor Ferreres C. que como indica Elster “en las sociedades democráticas, al menos, no hay ninguna razón para esperar que los padres de la constitución estén exentos del conjunto de perjuicios que afectan a la población en general”.¹⁴⁴

La función de la constitución es otra; enuncia principios básicos de justicia que son objeto de un amplio consenso social y establece un sistema de restricciones con el objeto de elevar el grado de responsabilidad y sensibilidad con que se interpretan esos principios cuando se discute y se aprueba la legislación ordinaria en el parlamento. La esperanza es que la comunidad actuará de modo más autocritico cuando toma en consideración esos principios. No es que los padres de la Constitución frenen de manera directa los perjuicios arraigados en la sociedad “sino que la constitución establece un conjunto de restricciones institucionales cuya finalidad es lograr que la sociedad y el proceso político se vaya corrigiendo a sí mismos desde el punto de la justicia fundamental”.¹⁴⁵

¹⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 376

¹⁴⁵ *Ídem*.

5.6 El sistema de justicia neoconstitucional y los derechos humanos

Una pieza crucial dentro de este conjunto de restricciones es un control judicial de la ley; un control externo sobre el legislador puede ser necesario para empujar a la comunidad política hacia una apreciación más profunda de los principios constitucionales, así como a una mayor disposición a respetarlos; en esta materia, los tribunales presentan ciertas ventajas potenciales, en comparación con los legisladores. En primer lugar, está la cuestión del tiempo disponible para reflexionar acerca de determinados asuntos. Del mismo modo que la democracia representativa se justifica por los beneficios que aporta la división del trabajo, el control de constitucionalidad supone atribuir una especial responsabilidad en materia de derechos humanos a una institución (un tribunal) que puede reflexionar acerca de estos en una atmósfera de mayor tranquilidad intelectual. Menciona el profesor Ferreres C. que “ya lo decía Bickel, los jueces constitucionales gozan del tiempo y asilamiento propios del estudioso para reflexionar acerca de los valores y finalidades del Estado, en mayor grado que los representantes políticos”.¹⁴⁶

En segundo lugar, los tribunales tienen una mayor predisposición institucional a tomarse en serio los valores constitucionales; conforme a Sager:

Los jueces constitucionales desempeñan un papel especializado con respecto a las decisiones políticas. Los jueces están inmersos en la tradición del discurso constitucional y su tarea apunta a la evaluación de la conducta gubernamental bajo las normas constitucionales. La judicatura está más o menos en la posición

¹⁴⁶ A. Bickel. *The least dangerous branch*. Citado por V. Ferreres C. *El canon neoconstitucional*. Pág. 376

del inspector de calidad, encargado de examinar productos para descubrir posibles defectos. Su trabajo es especializado.¹⁴⁷

En tercer lugar, los tribunales, en una cultura jurídica desarrollada, tienen que decidir con arreglo a principios; tienen que ofrecer razones para justificar sus decisiones y estas razones tienen que ser de orden general, deben valer, no solo para el caso concreto, sino también para casos futuros. Como los jueces no pueden saber con precisión quiénes resultarán beneficiados o perjudicados por las reglas jurisprudenciales que hoy formulan “tienen un fuerte incentivo para actuar de manera objetiva”.¹⁴⁸

Así pues, el mayor tiempo y aislamiento de que disponen los jueces para reflexión, el carácter especializado de su función y la cultura de los principios que está asociada a sus decisiones, constituyen elementos claves dentro del paquete normativo que puede justificar el establecimiento de un sistema de control judicial de constitucionalidad en materia de derechos humanos. Lo que la comunidad puede esperar de la justicia constitucional no es que los jueces vayan a acertar siempre en sus decisiones frente al legislador ni siquiera que vayan a acertar muy a menudo; tanto el legislador, como los jueces constitucionales son instituciones falibles y pueden errar en muchas ocasiones en que están en juego derechos humanos.

¹⁴⁷ L. Sager. *Justice in Plainclothes*. Ob. Cit. Pág. 376

¹⁴⁸ Ídem.

La experiencia histórica enseña que no debemos ser demasiado optimistas; lo que importa es que, a pesar de sus limitaciones, la justicia constitucional es menos imperfecta que los legisladores en ese campo. Indica el citado profesor que recuerda que Dworkin indicó que los tribunales pueden ser:

Ese foro de los principios donde los valores constitucionales se interpretan y elaboran a lo largo del tiempo con un mayor rigor que el que cabe esperar de una asamblea legislativa. Si este argumento instrumental es plausible, la siguiente tarea es de diseñar mejor el modelo para organizar el control de constitucionalidad, dado el sistema político y la cultura jurídica de cada país. Así, por ejemplo, un modelo centralizado de justicia constitucional puede ser muy recomendable en naciones que pertenezcan a la familia del civil law. Como la cultura del precedente, es más débil en estos países que en la tradición del common law la centralización del control en manos de un único tribunal constitucional puede ser una buena técnica para evitar la inseguridad jurídica, según defensa Hans Kelsen.¹⁴⁹

El sistema centralizado puede, además, presentar otras ventajas, especialmente en los países del *civil law*, las características del neoconstitucionalismo podrían tener mejor inclusión. Se puede ejemplificar de la siguiente manera:

a) En comparación con los jueces ordinarios, un tribunal constitucional especializado puede disponer de más tiempo para analizar con profundidad los problemas que plantea la interpretación y aplicación de los derechos

¹⁴⁹ H. Kelsen. *La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle)*. *Revue de Droit Public et de la science politique en France et al.*

fundamentales frente a la ley; además, la especialización puede llevarlo a un mayor conocimiento en este campo. b) Los miembros del tribunal constitucional pueden ser seleccionados a partir de un grupo más amplio y plural de expertos, en comparación con lo que normalmente sucede cuando se reclutan los jueces ordinarios. La presencia en un tribunal constitucional, no solo de abogados y jueces que cuenten con experiencia procesal, sino también de profesores universitarios, antiguos políticos y cargos públicos, puede contribuir a la generación de un discurso constitucional menos “legalista”, más sensible a los problemas de filosofía política que suscita la interpretación de los principios abstractos en la constitución. c) El tribunal constitucional puede ejercer el control de la ley, no solo en el contexto de casos concretos, sino también de modo abstracto. La ventaja potencial del control abstracto es que la discusión acerca de las cuestiones constitucionales queda mejor focalizada, sin verse perturbada por otras cuestiones fácticas y jurídicas que la decisión de todo caso concreto exige examinar. Además, al no ser necesario el surgimiento de un litigio concreto, se amplían las posibilidades de intervención del tribunal, reforzando su protagonismo como intérprete de la constitución. d) La legitimación activa para impugnar las leyes se puede atribuir no solo a los individuos, sino también a instituciones públicas. En concreto, si se reconoce legitimación activa de una minoría calificada de la asamblea legislativa, la mayoría tiende a ser más cuidadosa al responder a las objeciones de constitucionalidad formuladas por la minoría durante el debate parlamentario. La mayoría pagará un coste político si el tribunal, finalmente, estima el recurso interpuesto por la oposición. e) Un tribunal constitucional no puede mostrarse excesivamente pasivo a la hora de

enjuiciar la constitucionalidad de las leyes. Su razón de ser como órgano especializado es el control de la ley, por lo que sería extraño que se abstuviera de entrar en los problemas de constitucionalidad, o si casi nunca declara inconstitucionales las leyes. Este incentivo a favor de un cierto grado de activismo es especialmente intenso en el caso de tribunales constitucionales “puros” cuya única tarea es el control de la ley. En muchos países del civil law existe una fuerte inercia histórica a favor de un poder judicial pasivo ante la ley, por lo que la introducción de un tribunal constitucional (especialmente si es relativamente puro) es recomendable si se desea contar con una institución que actué como contrapeso relativamente enérgico frente al legislado.¹⁵⁰

Se aprecia que los medios de control de constitucionalidad de las normas, de un ordenamiento jurídico, definido en dos perspectivas, en función del órgano que lo realiza, como difuso o concentrado; en función de la forma en que realiza el juicio de constitucionalidad, como abstracto o concreto. Por otra parte, en el sistema *civil law*, resulta de la contraposición del régimen jurídico propio de la Europa continental, respecto del sistema jurídico angloamericano conocido como *common law*. En este último sistema, los tribunales constitucionales tienen un papel importante en el control de constitucionalidad; aplicando cualidades del neoconstitucionalismo, pueden encontrar mejor posibilidad de tutelar los derechos fundamentales establecidos no solo en la Constitución, sino en otras leyes que los reconozcan.

¹⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 377

5.7 Las prácticas jurisprudenciales ante el neoconstitucionalismo

En parte, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de este modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales, la cual ha tenido que ser innovada y tal como indica Carbonell, deben poseer nuevas formas de intelección axiológica; menciona al respecto que “han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo”.¹⁵¹

Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *Drittwirkung*), el principio propersona, etcétera. Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con valores “que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos”.¹⁵²

Todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad

¹⁵¹ En su cita que un buen panorama de la tarea que actualmente debe desempeñar el juez se encuentra en A. Barak. *The judge in a democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006. También es interesante para el mismo propósito, aunque lo abordo con una perspectiva más amplia, M. Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Madrid, Civistas, 2005.

¹⁵² Cita Carbonell a G. Zagrebelsky (2009). Que dice que él se ha encargado de ilustrar esta dificultad en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta. Págs. 93 ss.

es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se genera y recrea "una serie de equilibrios nada fáciles de mantener".¹⁵³

En el paradigma neoconstitucional, los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales. Del mismo modo que la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución "invasora o entrometida".¹⁵⁴

La tarea judicial tiene, que ver con muchos aspectos de la vida social. El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida, superior al que se había observado anteriormente. La mayor presencia de los jueces se ha correspondido históricamente, en muchos países que han llevado a cabo transiciones a la democracia, con periodos en los que se ha privilegiado el imperio de la ley por encima de los arreglos político-partidistas. En un número importante de países que han logrado avanzar en proceso de consolidación democrática, se han creado tribunales constitucionales que han actuado sirviendo de árbitros en las partes, teniendo una responsabilidad sobre los derechos humanos que se ponen a su conocimiento; al respecto se menciona que Zagrelesky, citado por Carbonell que "a la vez que dejaban claro para todos que los derechos de los ciudadanos no podrían ser objeto de ninguna

¹⁵³ *Ibidem*. Pág. 151

¹⁵⁴ L. Ferrajoli. (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta. Págs. 60 y ss. Citado por M. Carbonell Ob. Cit.

clase de regateo político ni estaban a la libre disposición de los partidos con representación parlamentaria”.¹⁵⁵

Es muy importante la actuación del tribunal constitucional federal alemán al ordenar temporalmente en la década de los cincuenta del siglo pasado la disolución de los partidos neonazis, el trabajo de la Corte de Constitucionalidad italiana para hacer exigibles los derechos sociales previstos en la Constitución de ese país; la sentencia del tribunal constitucional español para ir delimitando el modelo de distribución territorial de poder entre el Estado central y las comunidades autónomas, son casos que nos ilustran sobre el papel central que tienen los jueces constitucionales dentro de la consolidación democrática. También en América Latina tenemos ejemplos de jurisdicciones que han estado a la altura de los tiempos que les ha tocado vivir, tomando como ejemplo los distintos delitos de lesa humanidad cometidos en Argentina y que el tribunal constitucional ha sostenido que los ejecutores de tales hechos deben estar sujetos a la justicia penal.

Por otro lado, son celebres las resoluciones de la corte constitucional colombiana al conocer de procesos de acción de tutela por medio de las cuales se aseguraba una correcta impartición de justicia dentro de las comunidades indígenas de ese país o la que recientemente consagro el derecho a la salud como derecho fundamental, ya que como derecho social que era conforme a su consagración constitucional, solo podría ser protegido mediante tutela si estaba en conexión con uno fundamental, la vida. La

¹⁵⁵ G. Zagrebelsky. *Jueces constitucionales*. En M. Carbonell (ed), *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ob. Cit. Págs. 91-104.

Sala constitucional de Costa Rica tiene en su haber varios precedentes que han demostrado la pertinencia de los jueces constitucionales. Los jueces brasileños han logrado salvar vidas ordenando la entrega de medicamentos esenciales para personas sin recursos económicos, aspectos que también han sido realizados por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, sobre todo en casos de enfermedades congénitas o terminales; sin embargo, el primer paso que realizó Guatemala y que fue función relevante del tribunal constitucional fue el evitar un golpe de Estado que pretendió dar el entonces presidente Jorge Serrano Elías.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer; sin embargo, que en América Latina se ha tomado conciencia de forma tardía de la importancia de contar con un sistema judicial que tenga las condiciones necesarias para poder procesar de forma competente y oportuna los conflictos sociales. Solamente a partir de la década de los noventa, dentro de lo que se ha llamado "la segunda generación de reformas del Estado, en muchos de los países del subcontinente se han emprendido profundos cambios en la función judicial y los propios jueces han comenzado a entender su papel dentro del paradigma constitucional".¹⁵⁶

Estimo que los medios de control que puedan existir para estos fallos y que estos sean de manera estandarizada con jurisprudencia internacional y que sean presentadas por los litigantes que buscan la tutela de los derechos humanos de sus representantes, servirán día a día para poder tener una mejor eficiente justicia constitucional.

¹⁵⁶ *Ibíd.* Págs. 154, 155 y 156.

5.8 La interpretación constitucional extensiva y creación jurisprudencial en derechos humanos

Una de las concepciones marcadamente influyentes desde los mismos inicios del neoconstitucionalismo, con la derrota del fascismo y la posterior caída de las dictaduras en Europa, es la interpretación extensiva de las provisiones constitucionales. No solo es primordial que las constituciones consagren derechos, sino también que los jueces puedan interpretarlos de una manera tal que el contenido del derecho, o de varios derechos, pueda ser ligado a un caso no originalmente previsto. Aquí se revela la discusión neoconstitucional entre las teorías externa e interna de los derechos fundamentales, mencionando García Jaramillo que:

Ya que se trata de la manera de fijar el contenido mínimo de los derechos por lo que explícitamente prescriben las disposiciones que lo establecen o los que puedan determinar en el caso concreto, al contraponer ponderativamente el derecho afectado y el contrario, por lo que resulta justificado imponer una restricción.¹⁵⁷

A partir de dicha figura, se ha fortalecido la forma de determinar derechos fundamentales innominados. En Colombia el artículo que cierra el capítulo sobre protección y aplicación de derechos preceptúa Jaramillo que "la enunciación de los

¹⁵⁷ Menciona Leonardo García Jaramillo, en *El canon neoconstitucional*. Pág. 231 que frente a la teoría interna que, en breve sustenta que el contenido mínimo de los derechos fundamentales está determinado por lo que prescriben explícitamente las disposiciones que los establecen, por lo que los únicos límites de los derechos son aquellos que demarcan los contornos de la sustancia a la que alude la disposición que los tipifica. para una rigurosa exposición de la teoría interna de los derechos fundamentales y sus críticas, indica Carbonell que puede consultarse C. Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Págs. 444 y ss.

derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".¹⁵⁸

Se entiende que ha sido incorporada en el máximo texto la cláusula de los derechos innominados, a partir de lo cual se ha derivado la existencia de los derechos puntuales conforme a una interpretación extensiva y a la vez sistemática de la constitución. Un derecho fundamental innominado se crea mediante una sentencia fundadora de línea que constituye la génesis de una subregla, la cual en lo sucesivo debe precisar los alcances y limitaciones del derecho; por ejemplo, indica García Jaramillo, una vez reconocido el derecho fundamental innominado a la dignidad humana, la corte de Colombia determinó que su titularidad solo puede ser reclamada por personas naturales. Los derechos fundamentales implícitos que la citada corte encontró dentro de la esfera de la protección de diversas disposiciones fundamentales son: la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios y la estabilidad laboral reforzada de sujetos considerados de especial protección. A partir de la noción de "derecho mínimo existencial", propia de la Corte Suprema Administrativa de Alemania se fundamentó en Colombia al mencionar que:

La Constitución protege un derecho a las personas desfavorecidas y sin otro medio posible de subsistencia, a que el Estado les asegure una vida digna a partir del cumplimiento de las condiciones materiales esenciales para garantizarles un grado material mínimo vital y lograr una igualdad material, cuando se comprueba un atentado grave contra su dignidad humana

¹⁵⁸ Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Colombia.

pertenecientes a los sectores vulnerables de la población y siempre que el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia.¹⁵⁹

El contenido del derecho ha sido determinado por la Corte colombiana, como "los requerimientos básicos indispensables para asegurar la dignidad subsistencia de la persona y su familia" no solamente en lo relativo a la alimentación y vestuario, sino en lo referente a la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto a factores insustituibles para la preservación de la calidad de vida que, no obstante, su modestia corresponde a las necesidades más elementales del ser humano. Aunque en Colombia no se consagra un derecho a la subsistencia, este derecho, conforme referida corte, según Jaramillo:

Se entiende como subyacente en la Constitución a partir de los principios de la dignidad humana y de Estado social de derecho y de los derechos a la vida, salud, trabajo y asistencia o seguridad social. En otros, la Corte ha protegido el mínimo vital de sujetos de especial protección como pensionados, trabajadores, mujeres embarazadas y personas en situación de debilidad manifiesta, tal como por ejemplo, en situaciones de demora en el pago y reconocimiento de prestaciones de la seguridad social y salarios, en caso de omitir el pago de la licencia de servicios de salud al trabajador por negligencia de la entidad prestadora del servicio y por no proporcionar medicamentos o cubrir tratamientos médicos del

¹⁵⁹ Sentencia T-881 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre. L. Corte Suprema de Justicia Colombiana.

plan obligatorio de salud, cuando se considera que amenaza el derecho a la vida.¹⁶⁰

La idea central relacionada con el derecho fundamental innominado a la dignidad es su triple objeto de protección, el cual, además del derecho a la autonomía, se relaciona con la idea de protección al ser humano. Al respecto, vale la pena incorporar lo siguiente:

Tal derecho protege el que cada persona pueda vivir como quiera, vivir bien y vivir sin humillaciones. La tutela judicial de este derecho se realiza de forma simultánea con otros derechos que se relacionan en su ámbito esencial de protección, tales como la vida, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la salud y el propio mínimo vital. El derecho a la seguridad personal, por aparte, se reconocía previamente en la medida en que se conectara con un fundamental, casi siempre el derecho a la vida y a la integridad de las personas o grupos amenazados.¹⁶¹

Desde la sentencia se considera un derecho autónomo a partir de que la Corte precisó su contenido y alcance al señalar que está consagrado en tratados internacionales ratificados por Colombia. Este derecho fundamental, como todos, no es absoluto, sino que su protección tiene que partir por observar las circunstancias del caso concreto: el contexto sociopolítico de la persona amenazada. Como expresión al principio de igualdad frente a las cargas públicas, la protección consagrada en este

¹⁶⁰ L. García Jaramillo. Ob. Cit. Págs. 231 y 232

¹⁶¹ R. Arango. *El mínimo vital como índice de justicia entre particulares*. Citado por L. García Jaramillo en *El canon neoconstitucional*. Ob. Cit. Pág. 234

derecho fue precisada por la Corte respecto de su protección mediante tutela, siguiendo una escala de riesgo potencial que se graduó en: mínimo, por enfermedad y muerte natural; ordinario, soportado por la convivencia social; extraordinario, que las personas no están obligadas a soportar; extremo, que amenaza la vida y la integridad, que da lugar a la protección directa e inmediata de estos derechos; y consumado, solo susceptible de reparación posterior. La ponderación neoconstitucional es un mecanismo necesario, en este caso, porque el juez, en caso de encontrar amenazado el derecho a la seguridad personal, debe considerar, por un lado, el riesgo que se procura evitar y el principio de solidaridad y por otro, la medida de protección en una situación particular, así como la capacidad de las autoridades responsables de evitar que se consume el riesgo.

Además del sujeto, el tipo de riesgo tiene que cumplir una característica relativa a que sea específico, individualizado, concreto, presente, importante, serio, claro, discernible, excepcional y desproporcionado. Es interesante conocer cómo la característica de la creación innominada de derechos, a través de la ponderación y función de los jueces y magistrados en Colombia y su semejanza con casos en que el sistema de protección constitucional de derechos humanos difuso, en Guatemala, busca y ha logrado tutelar. Por otra parte, es interesante conocer como el tribunal constitucional colombiana ha creado de derechos fundamentales por la vía de la interpretación, y es importante hacer notar que las interpretaciones extensivas de la Constitución implican que no deben quedar espacios vacíos o indiferentes al derecho constitucional y así los derechos fundamentales por su efecto de irradiación. La concepción axiológica de la Constitución es la que precede y respalda su interpretación

extensiva. Los objetivos sociales que se consagran en el texto ya no solo son preceptos programáticos, sino principios con fuerza normativa que califican la conformidad constitucional de la aplicación de los casos y la resolución de los litigios de toda la estructura legal del ordenamiento jurídico; por otra parte, también es menester reconocer como se recurrió en el fundamento por parte del tribunal constitucional alemán, en el famoso en particular, se erigen en un orden axiológico objetivo que vale como decisión fundamental constitución para todos los ámbitos del derecho que reciben sus directrices.

CAPÍTULO VI

Neoconstitucionalismo y derechos humanos

En esta última sección, se concluirá la incorporación y comprobación de la hipótesis planteada, principalmente en evidenciar como el neoconstitucionalismo, consolida y expande la libertad constitucional y protección de los derechos humanos a otras esferas tradicionales del derecho constitucional; esto, a través de sus distintas herramientas, características, principios, valores y reglas sin desligar lo contenido en los capítulos anteriores. Se mostrará la aplicación de distintos mecanismos, principalmente en el ámbito de la justicia constitucional al analizar, cómo la incorporación y reconocimientos de derechos constitucionales subjetivos y derechos humanos, necesitan una misma protección, la cual muchas veces, el derecho interno no permite.

De manera que, el derecho internacional, también juega un papel preponderante en la protección y defensa de los derechos humanos, tomando en cuenta que las corrientes neoconstitucionales, consideran a esta fuente, como un derecho supranacional de acceso a la justicia, principalmente, para la tutela de los derechos humanos, al ser incorporado como parámetro de constitucionalidad, aportando una nueva forma de tutelar los derechos humanos.

Se concentra, además, las principales reseñas de los métodos e instrumentos, como el control de convencionalidad y bloque de constitucionalidad, aplicados a los sistemas de protección internacionales de derechos humanos y cómo estas

herramientas permiten ejercer, en determinadas circunstancias, posibilidades para permitir una protección más específica e integral derechos humanos dentro del enfoque y aplicación de la justicia constitucional. Se muestran también, agregados a ciertos antecedentes históricos de los temas, como pueden ser estas nuevas medidas de interpretación constitucional para la función judicial en materia constitucional.

Finalmente, partiendo de las hipótesis planteadas, se mostrará como las herramientas y métodos del neoconstitucionalismo, ante la crisis que algún momento presenta el constitucionalismo clásico o conservador no encuentra o proporciona una fuente o la norma idónea, para la protección efectiva e integral y los demás supuestos que se arribaron de la investigación realizada.

6.1 Los derechos subjetivos y los derechos humanos, una apreciación conceptual diferente, pero con un mismo fin

Una aproximación de teoría naturalista de los derechos humanos se basa en la manera de identificarlos y definirlos; estos, serían aquellos que surgen, se crean y se exigen por parte de una persona, con el simple hecho de serla y de poseer una dignidad, por otra parte. Los derechos subjetivos, por su parte, se caracterizan en ser facultades que tienen las personas, a efecto de ejercer ciertas prerrogativas otorgadas por el poder público. Los Estados recogen en sus textos jurídicos, principalmente en la Constitución Política, los principales derechos que deben ser reconocidos a la sociedad, los cuales se identifican en gran medida con los derechos humanos; por lo que, estos

pueden ser ejercitados a través de los mecanismos existentes para el disfrute de los derechos subjetivos y reclamados ante las autoridades correspondientes.

Los derechos subjetivos están vinculados al derecho positivo, dependen de la vigencia de este para su existencia, además del requisito de ser creados formalmente mediante los órganos de gobierno facultados para ello. Ser titular de un derecho subjetivo implica un poder de actuación a efecto de ejercerlo.

En este sentido, se pronuncian Gaspar Escalona Martínez, Luigi Ferrajoli, Rolando Tamayo y Salmorán y Rafael Preciado Hernández Gaspar Escalona Martínez consideran que los derechos subjetivos:

Son, en definitiva, derechos creados por el Estado, lo que implica el abandono de la idea de la existencia de unos “derechos” preestatales oponibles al propio Estado. Los derechos públicos subjetivos se presentan como ámbitos de libertad individual, que gozan de una regulación explícita en el ordenamiento jurídico y que disponen de mecanismos jurídicos de defensa”. Luigi Ferrajoli, por su parte, considera al derecho subjetivo como: “Cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”. Para Rolando Tamayo y Salmorán: “[...] el derecho subjetivo contiene la autorización conferida al derechohabiente -al titular del derecho (o a quien actúe en su nombre) de dirigirse al órgano de aplicación (i.e. el tribunal)

requiriendo, mediante la interposición de una demanda o acción, la ejecución de su derecho.¹⁶²

Los derechos humanos, en tanto, tienen un objetivo, ser tutelares de la persona en sus distintas calidades. Es necesario conocer cual relación guarda los derechos humanos con otro tipo de derechos y cuales pueden estar reconocidos en el ordenamiento jurídico, desde la misma Constitución, hasta algún otro ordenamiento legal de distinta categoría. Es necesario conocer lo que regula Correas, Óscar, al mencionar sobre este aspecto que:

Nos parece haber duda de que lo que conocemos como derechos “humanos” son similares a los que tradicionalmente han sido conocidos por los juristas como derechos “subjetivos”. Puede discutirse si son anteriores al derecho positivo, pero no parece sensato negar que los derechos humanos, como los derechos subjetivos, constituyan un discurso cuyo uso tiene por objeto, o bien exigir algo a alguien, o bien justificar; es decir, darle sentido de “lo bueno” a una conducta. En ambos casos se trata de lo que los juristas llaman una facultad. Actuar en nombre de un derecho, acuerda a la conducta, un halo de santidad del que no dispondría en el caso de no existir tal previsión normativa.¹⁶³

La promulgación de los derechos subjetivos y el reconocimiento de derechos humanos, son aspectos distintos; sabemos que los derechos subjetivos son creados

¹⁶² http://www.liceoupg.edu.mx/cndh/descargables/pdf_seccion/concepto_3_2_1.pdf

¹⁶³ O. Correas, Óscar. (2003). *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*. México: Ediciones Coyoacán. S.A. de C.V. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades. Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 12

por facultad del Estado, a través del organismo correspondiente; empero, los derechos humanos, positivamente se encuentran establecidos en la Ley Fundamental, sin descartar el derecho internacional, el cual también puede crear, reconocer e inclusive garantizar derechos humanos. El criterio que sostiene el suscrito, en el marco contextual guatemalteco, es que, los derechos humanos no necesitan estar escritos o ser expresamente reconocidos; por el contrario, pueden ser creados por interpretación constitucional del Alto Tribunal de esa materia, o simplemente pueden ser creados por la simple necesidad a través de las mismas funciones de autoridades en la función pública, sin ser necesario un reconocimiento judicial, el cual debería ser la última vía.

También se debe advertir que, los derechos humanos necesitan una garantía para su reconocimiento y es allí, donde los roles de los organismos de Estado pueden actuar acorde a sus distintas facultades, sin olvidar principalmente la función del Poder Judicial o del juez Constitucional como lo describí anteriormente, la cual es de vital importancia y necesidad en algunos casos. Los derechos subjetivos, como anteriormente describimos, son creados por el Estado y deberían atender a las realidades sociales o los ciclos en que un Estado se encuentre. Algunos autores tienen una concepción distinta a la presentada, consideran que los derechos humanos, conceptualmente hablando, pueden considerarse de igual manera como Derechos Subjetivos, presentando una diatriba a su origen; tal es el caso de Villey Michel, considera que:

Los derechos subjetivos –o humanos-, son una ideología que se inicia con el comienzo de la historia del capitalismo. Muy concretamente, Villey encontró en Occam la primera manifestación de una ideología semejante. De allí en más

cualquiera que desee encontrar ese origen más atrás, tendrá que probarlo con textos en la mano.¹⁶⁴

Siempre en la diferenciación y relación de los conceptos anteriormente descritos, De Occam, Guillermo, quien, a su vez, tenía vínculos estrechos con el emperador Luis de Baviera y dentro de la perspectiva escolástica, tenía una posición de defensa franciscana que en ese tiempo se les denominada espirituales, la cual defendía minorías perseguidos por sus ideales en conciencia pública, presentaba una postura sobre los derechos subjetivos de la siguiente manera:

Por consiguiente, su problema era una esencia el de los derechos de los súbditos frente a sus gobernantes, la limitación de la autoridad papal soberana en materia de fe y el derecho en una minoría a resistir a la coacción. Para Guillermo de Occam la soberanía papal, es desde el punto de vista del cristianismo, una herejía y desde el punto de vista político, una desastrosa innovación que ha llenado a toda Europa de discordias ha destruido la libertad cristiana y ha conducido a una invasión de los derechos de los gobernantes seculares.¹⁶⁵

Se aprecia, la diferencia en el derecho subjetivo y el derecho objetivo y como puede tornar una ambigüedad conceptual en cuanto a los dos términos. El derecho objetivo, se considera como un conjunto de normas que forman parte de un sistema jurídico, las cuales se establecen por determinados sujetos, que, con base en la

¹⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 18

¹⁶⁵ Skinner, Quentín. (1993). *Los fundamentos del pensamiento político moderno I. El renacimiento*. México: Fondo de cultura Económica. Pág. 86-87

autorización de otras normas, tienen la facultad para producirlas. En cuanto al derecho subjetivo, se mencionan las facultades que las leyes establecen.

El derecho objetivo, sugiere la materialización de ese conjunto de normas que forman parte del ordenamiento jurídico vigente para un determinado momento de ese sistema; las normas que forman parte del derecho subjetivo son las que establecen las facultades que son otorgadas por el Estado, específicamente a sus habitantes. La característica de una norma facultativa es que permite una determinada conducta, pero ese derecho, necesita tener una garantía y esta garantía tiene que ser otorgada por uno o varios *entes*, refiriéndonos al Estado-gobierno.

6.2 Los derechos humanos y su protección en el derecho internacional

Como se mencionó anteriormente, los derechos humanos poseen sus propios postulados conceptuales, características y evolución histórica. Dentro de esta evolución y desenvolvimiento tutela o reivindicación, estos han necesitado garantías, no solo nacionales, sino supranacionales, relacionadas directamente con el derecho internacional, existiendo actualmente dentro del campo del derecho internacional, una rama que se desarrolla de esta, aunque con específicas características, denominada el derecho internacional de los derechos humanos. Para la Oficina de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, ha considerado al derecho internacional de los derechos humanos de gran importancia y lo considera como aquel que:

Establece las obligaciones que los Estados deben respetar. Al pasar a ser partes en los tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones y los

deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.¹⁶⁶

Al respecto, es necesario mencionar que, dentro de las teorías del origen y naturaleza del derecho internacional, se encuentra la que describe al derecho internacional como surgimiento de un desenvolvimiento y creación para el desarrollo de la persona dentro de los Estados. En ese orden, si la persona o población, como un elemento principal para la formación de un Estado, el ser humano, por su propia naturaleza, posee determinados derechos; algunos de estos han sido creados a lo largo de su historia, por medio de la incorporación de estos en las Constituciones de los Estados, los cual han necesitado garantías para su desenvolvimiento. El derecho internacional, partiendo de las obligaciones que puede crear para un Estado y que muchas de estas, tienen como fin proteger los derechos de sus habitantes, tiene como propósito fundamental el reconocimiento de derechos, garantías, mecanismos y en cierta manera hasta medidas para que, en ausencia de estas características en el derecho interno, sea el derecho internacional, quien permita lograr esa función.

¹⁶⁶ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

En otro orden de ideas, recordemos que los derechos humanos, parten del principio de la dignidad humana; este principio, para un pleno desenvolvimiento como tal, ha necesitado que las Constituciones Políticas los reconozcan expresamente y clasifiquen. En el caso de Guatemala, los derechos humanos se encuentran desarrollados a través de la Constitución Política en Derechos Individuales, Derechos Económicos- Sociales y Culturales; así también, se describen determinados Derechos Específicos que le asisten a grupos de personas que poseen características similares y circunstancias de vulnerabilidad mayor que los demás miembros de una población. Finalmente, y para conocer la relación que estos atributos humanos poseen con el derecho internacional, parten de sus características, las cuales son de ser “universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados”.¹⁶⁷

Los derechos humanos deben ser respetados, protegidos, promocionados y principalmente garantizados por los Estados. Estas garantías no deben ser simples políticas gubernamentales o disposiciones temporales, sino, que deben tener una protección legal y de ser posible constitucional tal el caso como el Estado de Guatemala. Al analizar las distintas teorías que existen, sobre estos derechos fundamentales, algunos estiman que deben tener una positivación expresa; es decir, que estén plasmados en la legislación que rige a cada Estado; sin embargo, existen Estados, que presentan un sistema de protección bastante garantista o protector para con estos derechos como el Estado de Guatemala; claro ejemplo de mi apreciación es

¹⁶⁷ Se ha descrito y tomo referencia de distintos autores en materia de derechos humanos, en cuanto a que estos no poseen ninguna superioridad ni especialidad de protección. La clasificación de cada uno de ellos y dicho de otra manera, su esencia de ser, buscan de alguna u otra manera, dignificación integral de la persona, por lo tanto, no pueden ser tomados unos mejores que otros.

el artículo 44 Constitucional, el cual regula que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros derechos que aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

Por otra parte, el artículo 46 siempre la Constitución Política, dispone como principio general, que el derecho internacional tiene preeminencia sobre el derecho interno, en materia de derechos humanos. Sobre este aspecto, vale la pena resaltar que, a mi apreciación, el constituyente, desde 1982, inició la discusión de la parte dogmática de la actual Constitución Política de la República de Guatemala y ya tenía contemplado la capacidad de crear y garantizar de una manera más integral y fuera de los parámetros nacionales, los derechos humanos de los guatemaltecos. En ese sentido vemos que los derechos humanos, no solo deben contener su fundamento y garantías en el derecho interno, sino también, pueden invocar y fundamentar su protección y reconocimiento en el derecho internacional.

Finalmente, mencionar al derecho internacional de los derechos humanos a simple evaluación, algunos organismos internacionales legislan, desde su ámbito de competencia, instrumentos que contienen nuevos derechos considerados humanos y en algunas oportunidades, los mecanismos de protección que conlleva por parte de los Estados otorgarles.

6.3 Las garantías supranacionales de los derechos humanos

La protección de los derechos humanos muchas veces encuentra dificultades inclusive rechazo de protección por parte del sistema de justicia interno. Para el efecto la protección de los derechos ha trascendido de un territorio nacional, buscando garantías internacionales para el efecto y esta, a su vez, se ha obtenido por jurisdicciones supra nacionales y especializadas para que sirvan como mecanismos de tutela efectiva. Esta protección, muchas veces ha encontrado dificultades u obstáculos, siendo estos la soberanía nacional y la posición de la persona frente al derecho internacional.

Cuando se dice que la soberanía es un obstáculo difícil de superación, se refiere a que los sistemas de justicia internos e inclusive las políticas y por qué no mencionarlo, el mismo sistema jurídico, presentan un rechazo o dificultad a un sistema de justicia superior o extra estatal, que las decisiones tomadas por estos órganos, puedan favorecer de los particulares que han sido víctima de violaciones a sus derechos humanos, mencionando al sistema universal y regional de protección de derechos humanos.

En relación con los tribunales, los órganos cuasi-jurisdiccionales tienen algunos elementos en común, tal como su competencia, la cual está definida por un tratado o por un estatuto, previamente aprobado por una organización internacional, así como que son permanentes, autónomos y dotados de garantías de independencia y sus decisiones deben versar sobre el derecho internacional y deben ser debidamente

fundadas, siendo una característica que las distingue, la obligatoriedad de sus decisiones, la cual no está consagrada por un instrumento. Es decir, que mientras algunos órganos al emitir un pronunciamiento pueden hacer comentarios generales basados en el análisis de los informes, otros tienen competencia para sugerir y recomendar de manera general; es decir, llevan implícito un propósito general, mientras que un comentario tiende a recordar las obligaciones de los Estados parte. Por último, puedo destacar de este tema de jerarquía de las fuentes de doctrina y jurisprudencia, que su contenido es susceptible de modificación, según la evolución de los derechos humanos, el cual es cambiante de acuerdo con los valores de la sociedad, razón por la cual no es uniforme sobre todo en el sistema universal.

Para hablar del derecho internacional de los derechos humanos y su relación con el neoconstitucionalismo, es necesario partir de la premisa que este, dentro de sus teorías, presenta una posibilidad, por medio de la herramienta de interpretación que realizan los jueces constitucionales, a incluir nuevos parámetros de aplicación e integración en sus fallos. Esta integración de los parámetros de constitucionalidad contemporáneos, se muestran en una de sus facetas, con los mismos instrumentos internacionales y las sentencias de sistemas cuasi-jurisdiccionales dentro del sistema internacional. En tal sentido, es necesario conocer como a lo largo de la historia distintos instrumentos creados en diferentes países marcaron un precedente histórico de una protección a determinados derechos humanos y como estos surgieron.

Partiremos de la Carta Magna de 1215, en el cual por primera vez se mencionan en tal instrumento algunos derechos y garantías individuales como el derecho de

propiedad, el debido proceso, las detenciones legales, entre otros. Seguidamente en 1776, se dicta la declaración de los derechos del Buen Pueblo de Virginia, resultado de un movimiento social creado por los ingleses que venían de una persecución religiosa y monárquica principalmente; en esta última declaración se mencionan ya derechos de igualdad natural, de libertad, de vida entre otros, con el transcurso del tiempo y el paso de los años en 1789 en Francia, al otro lado del mundo, se da un movimiento social, del cual trae como resultado la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dicha declaración es necesario traerla a colación, porque reitera al igual que los anteriores instrumentos la igualdad y la circunstancia de derechos libres y garantizados por el Estado.

Regresando al continente americano, en nuestro país vecino, México, precisamente en 1917 se incorpora a la Constitución, por primera vez derechos sociales, siendo este punto de partida, como lo mencionan algunos autores, el inicio de la Edad Moderna de los derechos humanos. En 1918 en Rusia, se crea por el movimiento de la clase trabajadora la declaración de derechos que incorpora garantías a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, seguidamente en 1919 con la Constitución Alemana denominada Weimar, se crea una determinada protección a un grupo de personas por su razón de sexo; es decir, la mujer, que tiene una función importante en la formación de los derechos humanos. Tal como lo relaciona el documento a analizar, los textos e instrumentos anteriormente descritos han surgido por grandes procesos para movimientos sociales, que tuvieron como resultado, en sus distintas épocas la creación y protección de derechos humanos, los cuales hoy en día

continúan siendo base, modelo y para algunas constituciones, fundamento de su carta de derechos.

Es necesario también puntualizar que en el presente análisis estamos hablando de Derecho Internacional de los derechos humanos sin embargo no hubiese sido prudente mencionar estos instrumentos internacionales pues estos sirvieron como fundamento y antecedentes para la Declaración Universal de los derechos humanos promulgada en 1948, es de aludir que después de terminada la segunda guerra mundial, los Estados que en un inicio conformaron una sociedad de naciones, decidieron incluir una promoción y protección de los derechos humanos dentro del marco de las Naciones Unidas, a lo que hoy conocemos como el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Los derechos humanos y obviamente las garantías y protecciones a los individuos de cada Estado fueron evolucionando rápidamente por tal razón, la atribución subjetiva jurídica que se daba en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, muchas veces no abarcaba o no obtenía los efectos que se pretendían obtener, toda vez que los Estados continuaban siendo responsables de las violaciones y su derecho interno o mecanismos no tenían las capacidad de brindar una verdadera tutela efectiva, por tal sentido los Estados, atendiendo a su circunscripción continental o espacial fueron organizándose, tal el caso de la Organización de Estados Americanos o de la Unión Europea, que, a su vez, fueron creando mecanismos denominados, Sistema Europeo de Derechos Humanos y Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sin olvidar la protección o los mecanismos que el Sistema Universal brindaba

por medio de las Naciones Unidas. Este desarrollo de protección en materia de Derecho Internacional fue dando como resultado que se especializará este ámbito de derecho en los derechos humanos, en tal sentido el derecho internacional de los derechos humanos, hoy en día y para el Estado guatemalteco posee dos grandes mecanismos, como el Sistema Universal y el Sistema Interamericano al cual todos los guatemaltecos podemos acudir.

Cuando hablamos de Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, entiéndase que este nace de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que posteriormente existen instrumentos más vinculantes para los Estados como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, sin olvidar que posteriormente existen convenciones y tratados que buscan reconocer y proteger determinadas materias, derechos y grupos vulnerables. Por otra parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos tienen como principales instrumentos la Convención Americana de los Derechos Humanos y sus reglamentos; asimismo, otras convenciones que se radican en el seno de la Organización de los Estados Americanos.

6.4 La protección procesal efectiva y tutela de los derechos humanos

Una de las teorías procedimentalistas más influyentes, como mecanismo de tutela para los derechos humanos en las últimas décadas es la elaborada por John Ely. Según este jurista de origen estadounidense, la respuesta democrática frente al control judicial es suficientemente poderosa en la mayoría de los supuestos; sin embargo, en

que el control judicial está justificado cuando el legislador restringe los derechos gracias a los cuales el proceso político mantiene su calidad democrática. Así, Ely, defiende:

Que los tribunales deben encargarse de salvaguardar los derechos que permiten a los ciudadanos participar en el proceso político con su voz y con su voto. Si los derechos de libertad de expresión y de sufragio y otros derechos conexos, no son objeto de la adecuada protección, se menoscaba el correcto funcionamiento del proceso político. Ely también pide a los tribunales que intervengan en garantía de un segundo tipo de derecho, el derecho de los distintos grupos sociales a no sufrir discriminación en el reparto de beneficios y cargas. En una sociedad compleja, los múltiples intereses individuales entran inevitablemente en conflicto y el legislador tendrá que proteger ciertos intereses en detrimento de otros. Esta distribución de beneficios y cargas debe ser el resultado de un proceso equitativo. Según Ely, el proceso es defectuoso cuando los intereses de determinados grupos no se tienen en cuenta en absoluto, o cuando se les atribuye un valor negativo en el cálculo utilitario. Tal cosa ocurre cuando ciertos grupos sufren las consecuencias de los perjuicios que la mayoría alberga respecto de ellos. Los jueces deben entonces intervenir.¹⁶⁸

Se aprecia, según las ideas de este autor, que los tribunales no deben tratar de proteger valores sustantivos frente al legislador, sino que su función está más ajustada en mantener abiertos los canales del cambio político y de corregir cierto tipo de discriminación en contra de las minorías. Ely, dentro del planteamiento

¹⁶⁸ J. Ely. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge (Mass) Harvard University Press. 1980 citado por Ferrer Comelia en el Canon Neoconstitucional. Pág. 368

procedimentalista en el sistema norteamericano, describe lo importante que es examinar las principales razones que aduce en apoyo a su teoría general y comprobar si esta puede aplicarse de manera coherente. Para el efecto, los siguientes argumentos:

El primero es de menor importancia relativa, afirma que la Constitución de los Estados Unidos se ocupa fundamentalmente de procedimientos, no de valores y que la Constitución desea proteger la libertad, pero la estrategia que ha seguido no ha consistido en enunciar ciertos derechos sustantivos, sino en articular los procesos adecuados para la toma de decisiones. Indica que lo que caracteriza a Estados Unidos es "un proceso de gobierno" no una ideología dominante.¹⁶⁹

La lectura que hace a la Constitución estadounidense ha sido cuestionada por muchos autores que entienden que el texto constitucional está colmado de referencias a valores sustantivos. En todo caso, con independencia de si, la lectura que hace Ely es correcta, es claro que este argumento no se puede extender a las Constituciones de muchos otros países, que incluye un rico catálogo de derechos sustantivos.

Ely desarrolla se refiere a la democracia y su relación con la justicia constitucional; razona que atribuir a los jueces el poder de controlar la legislación con el fin de preservar las precondiciones que hacen que un sistema político se pueda calificar de democrático. La objeción en contra de este argumento, es similar a la que ha planteado Dworkin, aunque los tribunales intervengan para proteger la democracia, existe todavía un coste democrático que hay que considerar que se produce por un

¹⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 373

hecho de que los jueces anulen una ley que ha sido adoptada a través de un proceso político que se considera que está operando razonablemente bien desde el punto de vista democrático, para que haya una mejora democrática, los tribunales tendrán que generar un beneficio que compense tal coste y eso solo es posible si acierta; es decir, si adoptan la decisión correcta cuando tratan de especificar cuáles son las exigencias que deben cumplir un proceso para ser democrático.

La pregunta entonces es, ¿qué razones tenemos para creer que los tribunales van a acertar más veces que el legislador en este terreno? La respuesta la presenta Ely es que los jueces están en mejor posición que las asambleas legislativas para identificar y corregir los defectos procesales del sistema democrático. Este no funciona adecuadamente cuando los que están en el poder limitan los canales del cambio político, asegurando que los que *están dentro* del sistema no se vean sustituidos por los que *están fuera*; menciona también que los representantes perjudican de manera sistemática a alguna minoría, por simple hostilidad o por prejuicios que les impiden reconocer la existencia de intereses comunes. Indica que "naturalmente nuestros representantes son las últimas personas en las que podemos confiar para identificar cualquiera de estas dos situaciones. Los jueces, en cambio, ocupan una posición comparativa externa dentro del sistema de gobierno".¹⁷⁰

Sobre este contexto, se trae a colación el profesor Ferreres C. que, sobre el argumento de Ely, distingue entre sustancia y proceso las situaciones de una búsqueda de tutela sobre derechos por razones institucionales. Los tribunales no están en mejor

¹⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 370

posición que las asambleas legislativas para especificar los valores fundamentales de carácter sustantivo, dado que la identificación y elaboración de valores sustantivos es asunto controvertido y que los tribunales, no están en mejor posición que los legisladores para afrontar esta tarea.

Lo tribunales, en cambio, son mejores que los legisladores a la hora de identificar supuestos en que el proceso político no opera correctamente desde una perspectiva democrática. Quienes constituyen una mayoría gobernante no tienen incentivos para corregir el defectuoso funcionamiento del sistema. Instituciones externas como los tribunales de justicia están mejor situadas para detectar el problema y buscar una solución, pues no tienen tanto interés en mantener el *statu quo*. El profesor Ferreres argumenta que el problema; sin embargo, es que el argumento instrumental no se puede mantener de manera coherente.

Por su parte, Ely sostiene que los tribunales están mejor equipados que las asambleas legislativas para interpretar valores sustantivos. Pero si esto es así, los tribunales difícilmente pueden justificar entonces sus decisiones acerca de si son razonablemente las restricciones que el legislador impone a los derechos procesales. Hay que tener en cuenta que los derechos cuya garantía Ely encomienda:

A los jueces no son absolutos -pueden ser objeto de restricciones, con el objeto de salvaguardar otros intereses o valores sustantivos. - Así, si el legislador limita la libertad de expresión en determinados supuestos para proteger la privacidad de las personas ¿cómo van los jueces a decidir si la ley es constitucional, por lesiva de la libertad de expresión? Los jueces tendrían que determinar si la

privacidad es un valor sustantivo legítimo, cual es su alcance para poder determinar acerca de la constitucionalidad de la ley. Pero, si los tribunales de justicia no están en menor posición institucional que los legisladores a la hora de definir y apreciar los intereses y valores ¿cómo justificar que las opiniones de los jueces se impongan a las del legislador, cuando este ha ponderado unos y otros. En definitiva, difícilmente encontraremos casos "puros" en los que los derechos de participación no entren en conflicto con los valores o intereses sustantivos.¹⁷¹

Es interesante conocer el análisis que hace el autor entorno a la teoría y estudio de Jhon Ely, refiriéndonos a Ferrer C.; sin embargo, debe considerarse que los tribunales constitucionales deben proteger el control de constitucionalidad, y no solo salvaguardar los derechos procesales, sino los derechos humanos que integran el círculo de la ciudadanía que accione la justicia constitucional, consagrados en la Constitución; por consiguiente, los principios políticos como emanan de una democracia del cual surge un organismo de Estado que es el que crea normas.

Algunos constitucionalistas han ofrecido argumentos instrumentales para justificar la expectativa de que los tribunales de justicia, mediante el control de constitucionalidad, pueden contribuir al mantenimiento de una cultura pública en la que los derechos fundamentales (tanto los procesales como los sustantivos) de acuerdo con los principios que se elaboran y aplican de manera consistente. Estos argumentos se muestran concretos para dar respuesta a la objeción democrática, pues la prioridad,

¹⁷¹ Ibídem. Pág. 376.

como miembro de una comunidad política, debe ser la de acertar en materia de justicia sustantiva para el respeto a los derechos humanos; en tal sentido, las virtudes intrínsecas de la democracia deben ceder a favor de las ventajas instrumentales que puedan derivarse de un determinado arreglo institucional. Indica Víctor Ferreres Comelia que John Rawls, al referirse a las restricciones constitucionales:

Limitan el espacio en el que, para justificar estas restricciones, uno debe mantener que, desde la perspectiva del ciudadano representativo en una convención constitucional, la libertad de participación menos extensiva se ve compensada por una mayor seguridad y extensión de las demás libertades.¹⁷²

Además, Ferreres C. menciona que Jeremy Waldron, a pesar de ser un gran crítico del control judicial “acepta que los argumentos instrumentales vinculados a la justicia sustantiva tienen un peso especial y prevalecen sobre argumentos de signo contrario que apelan a las virtudes intrínsecas de los procedimientos.”¹⁷³

En conclusión, el control judicial de constitucionalidad aporta ventajas instrumentales en el terreno de los derechos humanos, en su búsqueda por la reivindicación, que muchas veces el poder político y democrático, plasmado en una Constitución o ley sustantiva no establece. Los argumentos instrumentales en favor del control de constitucionalidad tienen dos partes, la primera, apela a los efectos beneficiosos de la supremacía y rigidez de la Constitución, mientras que la segunda, se

¹⁷² J. Rawls. *A theory of justice (Revised Edition)*. Cambridge, Harvard University Press. 1999. Pág. 201 citado por Ferreres Comelia, en *Canon neoconstitucional*. Pág. 373

¹⁷³ J. Waldron. *The core of the case against judicial review*. Cit. Pág. 193. Ob. Cit. Ferreres. C. Pág. 373

refiere más específicamente al mecanismo de control judicial en búsqueda del respeto a la supremacía y respeto a los derechos humanos.

6.5 La aplicación del bloque de constitucionalidad como búsqueda mejores estándares de protección a los derechos humanos

La expresión -bloque de constitucionalidad- se ha incorporado a nuestro lenguaje y sistema jurídico constitucional, siendo hoy de uso frecuente en el discurso jurídico y político. Van existiendo nuevos mecanismos con la pretensión de incorporarlos a ese bloque, cuya transgresión como tal, sirve en otros casos, de argumento para sostener la inconstitucionalidad de una ley o una disposición de carácter general. Su función fundamental es:

La de servir como instrumento de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el país.¹⁷⁴

En el plano de la interpretación constitucional, aplicada para los derechos humanos, el engranaje de instrumentos internacionales en esta materia, normas ordinarias, jurisprudencia e incluso la doctrina, ofrece un marco más amplio de referencia en la aplicación de la Constitución. En ese contexto, no debe perderse de vista que, en todos los procesos, ya sea en la justicia ordinaria, como en la justicia

¹⁷⁴ C. Cossio. (1994). *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Pág. 38

constitucional pues los jueces, deben procurar “la protección de los derechos fundamentales de las partes, con la finalidad de dirimir la controversia en la forma, modo y tiempo, garantizando que prevalezca el respeto irrestricto a los derechos constitucionales”.¹⁷⁵

Lo anterior permite fundamentar la razón de ser de un orden jurídico nacional con características de un Estado constitucional de derecho, quien produce en consecuencia una estrecha relación entre la petición de las partes dentro del proceso y la forma democrática de gobierno, de la cual se desprende la debida aplicación de la justicia. La justicia constitucional, está íntegramente ligada al derecho constitucional, lo que en palabras del tratadista Jellinek “es la rama del derecho público relativa a la Constitución del Estado”.¹⁷⁶

En esa línea de pensamiento Lassalle, establece que “el derecho constitucional tiene por objeto la Constitución política y social del Estado”.¹⁷⁷

El concepto de Constitución, conllevan a múltiples acepciones; se habla de el derecho como ciencia, como norma, como ideal ético, incluso como justicia. Todos estos significados son válidos y no excluyentes entre sí, pero quizá la definición que engloba los elementos que interesan a la presente investigación y encaminarnos hacia la aplicabilidad del bloque de constitucionalidad, es que la justicia constitucional, es todo el conjunto de normas jurídicas, nacionales e internacionales, instituciones que

¹⁷⁵ R. Vásquez. (2009). *Las fronteras morales del derecho*. México: Fontarama. Pág. 29

¹⁷⁶ G. Jellinek. (1954). *Teoría general del Estado*. Argentina: Albatros. Pág. 36

¹⁷⁷ F. Lassalle. (1931). *¿Qué es la Constitución?* España: Ediciones Astrea. Pág. 38

fundamentan la organización de los pueblos, ya sea que se encuentren escritos o no escritos, pero es aquella regla que la sociedad tiene como verdadero, real y sustancial para la correcta convivencia social. La idea de Constitución, según Samuel Ekmekdjian, aplicada a esta última idea “es aquella norma de la que dependen las estructuras supremas, jurídicamente hablando, del Estado”.¹⁷⁸

En relación con los fines del derecho y su relación con la propia Constitución, se puede mencionar, que ambos institutos jurídicos pretenden crear instituciones que fundamentan el rol del hombre individualmente considerado, el juego que desempeña el hombre en su entorno social, los fines para los cuales se consagra la sociedad y la fundación del Estado, para lo cual nace el derecho constitucional. En esa línea de pensamiento, el tratadista Serra Rojas, también manifiesta que:

El derecho político es el conjunto de normas que se refieren al Estado. Como se trata de un derecho referido a una organización tan importante y decisiva en la vida moderna, este va cobrando un ímpetu singular al impulsivo de las grandes necesidades colectivas y los crecientes problemas contradictorios de los sistemas actuales. Como mayor precisión, el derecho constitucional es el derecho de las instituciones públicas.¹⁷⁹

En el derecho constitucional sustantivo, es donde la teoría del bloque de constitucionalidad tiene su génesis, pero es en el derecho procesal constitucional o en la aplicabilidad de la justicia constitucional, donde germinará y en el cual, mediante una

¹⁷⁸ M. A. Ekmekdjian. (1991). *Manual de la Constitución argentina*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. Pág. 38

¹⁷⁹ A. Serra Rojas. (1980). *Ciencia Política*. México: Universidad Autónoma de México. Pág. 287

adecuada interpretación de la Constitución, normas de ese rango e instrumentos internacionales, es donde el bloque de constitucionalidad se desarrolla en todo su esplendor, dado que esta disciplina se concibe como:

El conjunto de normas que regulan el proceso y este como el medio o el instrumento tendiente a realizar la jurisdicción y a esta mediante la cual el Estado, a través de sus órganos judiciales asegura el cumplimiento de las normas generales de conducta cuando, sea por inobservancia de sus disposiciones o por mediante un estado de incertidumbre acerca de los intereses que tutelan, la actuación espontánea de tales normas no resulta posible.¹⁸⁰

En ese sentido, la justicia constitucional, al ser la rama del derecho público, que integra las normas procesales de carácter constitucional, las cuales constituyen el vehículo para realizar el procedimiento constitucional, mediante el cual los tribunales constitucionales, aplican la justicia constitucional y para aplicar esta materia podrán hacer uso de, por un lado, la Constitución, pero también de la serie de normas, principios e instituciones que la fortalecen. Por lo anterior, importante resulta mencionar, que el derecho procesal constitucional comprende la organización y atribuciones de los Tribunales Constitucionales y la forma en que estos ejercen su jurisdicción al resolver conflictos constitucionales por medio del proceso, que son, finalmente, los que aplicarán el bloque de constitucionalidad. Es importante recordar en qué consiste el principio de supremacía constitucional, el cual fundamenta la aplicación de la teoría del bloque de constitucionalidad, dada la particular relación de subordinación en que se hallan las normas dentro del ordenamiento jurídico, de forma tal que se logre asegurar la primacía

¹⁸⁰ L. E. Palacio. (1991). *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 2ª Edición. Argentina: Talleres Gráficos. Pág. 14

de la ley fundamental del Estado. El principio fundamental sobre que descansa nuestro régimen constitucional es la supremacía de la Constitución; a decir de Miguelo Lanz “solo la Constitución es suprema en la República. Así pues, el Estado, como forma organizativa de la sociedad, solo puede tener competencia para los actos y funciones que delimitó nuestro código político”.¹⁸¹

Por su lado, Ricardo Haro, citado por Flores, escribe que la supremacía constitucional es:

La adecuación de las normas jurídicas a la constitución es siempre prenda de de seguridad y paz social, porque la Constitución es el límite a la voluntad humana en el gobierno y garantía de los gobernados. En ese carácter radica la importancia superlativa de la Constitución, porque sobre todas las cosas, según la vieja definición, es una ley de garantías; garantía de la nación contra las usurpaciones de los poderes a los cuales ha debido confiar el ejercicio de su soberanía y garantía también de la minoría contra la omnipotencia de la mayoría”.¹⁸²

Para la correcta aplicación de la normativa que conlleva a un juicio de valor a una norma y al contrastarla con la Constitución y al realizar el examen de constitucionalidad de la norma, estamos frente al debate de constitucionalidad de la norma, es ahí donde la aplicación del bloque de constitucionalidad tiene fundamento, dado que tal examen, puede ser realizado solo entre la norma con aparente vicio de

¹⁸¹ M. Lanz Duret. (1959). *Derecho Constitucional Mexicano*. 5ª Edición. México: Compañía Continental, S.A. Pág. 1

¹⁸² J. J. Flores Juárez. Ob. Cit. Pág. 85

inconstitucionalidad contra la norma suprema (Constitución), pero también puede realizarse tal diligencia confrontativa entre la norma impugnada y toda la gama de normas que regulan los derechos aparentemente vulnerados.

A este conjunto de normas que regulan los derechos que no necesariamente figuran en la Constitución, pero que contienen derechos fundamentales o bien que establecen la forma en que debe reconocerse los derechos se denomina bloque de constitucionalidad, cuyos elementos y conceptos se desarrollan en el siguiente apartado, por lo que de momento, basta con tener claridad, por un lado que la razón de ser del bloque de constitucionalidad radica en que su aplicación necesariamente se hace a través de los órganos revestidos de competencia para conocer del examen de constitucionalidad de normas o de actos emanados de autoridad que puedan llevar una amenaza cierta e inminente de vulneración de los derechos constitucionales, que no necesariamente figuran en la Constitución.

El término de bloque de constitucionalidad fue incorporado en el derecho constitucional en la década de los setentas del siglo pasado por parte del Consejo Constitucional Francés que, en palabras del jurista francés Louis Favoreu, estableció:

El Consejo Constitucional se ha declarado competente para censurar leyes contrarias a los derechos y libertades fundamentales. Su primera decisión en ese sentido se produjo el 16 de julio de 1971 cuando, con base en una demanda del presidente del Senado, el Consejo se opuso a una ley que no reconocía la libertad de asociación. Dos años más tarde, el 27 de diciembre de 1973, de nuevo con base en una petición del presidente del Senado, el Consejo se opuso

a una ley que consideró contraria a la Declaración de 1789, en la medida en que esta significaba un atentado a la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la justicia.¹⁸³

Por su parte, en Francia, cuando el Consejo Constitucional estaba integrado por el tratadista Louis Favoreau a través de su sentencia del 16 de julio de 1971, aplicó, para el control de las actividades de la administración pública, leyes y principios generales del derecho, que, según Dolores Ruega Aguilar, se denominó: “*bloc de legalité*—reglas superiores a las leyes que se imponen a la Administración en virtud del principio de legalidad, las cuales, por lo general eran creaciones jurisprudenciales. De igual manera se pronuncia Edgar Carpio Marcos, al indicar que la expresión bloque de constitucionalidad:

Fue acuñada a mediados de la década de los 70' por Louis Favoreu, quien la utilizó en un trabajo dedicado a explicar la Decisión D-44, de 16 de julio de 1971, emitida por el Consejo Constitucional francés (...). En dicho trabajo Favoreu daba cuenta de una decisión innovadora del Consejo Constitucional, mediante la cual declaró la inconstitucionalidad de una ley, que modificaba, a su vez, una disposición legislativa de 1901, que limitaba el régimen de las asociaciones. Para declarar su invalidez, el Consejo consideró que la ley cuestionada debía ser analizada no solo a partir de la Constitución francesa de 1958, sino también tomando como norma paramétrica a la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Con el fin de justificar esa ampliación

¹⁸³ L. Favoreu (1984). *Tribunales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Pág. 59.

del parámetro, el Consejo sostendría que, si bien formalmente la Declaración de 1789 constituía un documento distinto a la Constitución de 1958, esta era aludida directamente por su preámbulo: ‘Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789...’. Por cierto, no era la primera vez que el Consejo apelaba a la Declaración de 1789. Ya un año antes, mediante la Decisión D-39, de 19 de junio de 1970, el Consejo había declarado que tal Declaración formaba parte de las normas con *valeur constitutionnelle*.¹⁸⁴

En Colombia, un país con bastante estandarización y protección de derechos humanos a través de la innovación jurisprudencial de su Corte Constitucional arribó a definir al bloque de constitucionalidad como:

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.¹⁸⁵

En otros sistemas constitucionales, desarrollado en su mayoría por doctrina, aunque la Constitución guatemalteca posee esta circunstancia en el artículo 44 constitucional, se ha denominado “Cláusula Martens o cláusula de derechos innominados”, la cual se busca que, en los casos no previstos por la legislación vigente

¹⁸⁴ E. Carpio Marcos. (2005). *Bloque de Constitucionalidad y Proceso de Inconstitucionalidad de las Leyes*. México: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.

¹⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

y en la misma Constitución, la persona sea tratada bajo los parámetros y principios que rigen la aplicación universal de los derechos humanos. Esto comprende partir del principio que los derechos fundamentales pueden o no ser taxativos, porque permite reconocer derechos que no están enunciados en la Constitución y no implica la negación de otros derechos inherentes a la persona humana.

En ese sentido, puede citarse la resolución de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en un proceso de Apelación de Sentencia de Amparo, dentro del expediente 1356-2006, examinó el derecho a la autodeterminación informativa, el cual si bien no forma parte del articulado que contiene el catálogo de derechos humanos, fue reconocido e incorporado al sistema nacional de derechos humanos a través de la resolución de la Corte. Citada sentencia, en su parte conducente regula que:

Del derecho al reconocimiento de la dignidad humana, implícitamente garantizado, entre otros, en los primeros cinco artículos de la Constitución Política de la República, dimanar, por el contenido esencial de este derecho, aquellos relacionados a la intimidad, al honor y a la privacidad, los cuales, en su conjunto, también garantizan la existencia y goce de otro derecho: el referido a la autodeterminación informativa.¹⁸⁶

Como se pudo apreciar a lo largo de los capítulos desarrollados en la presente investigación, el desarrollo constitucional ha cobrado una significativa importancia en los Estados y el bloque de constitucionalidad es un ejemplo de dicho

¹⁸⁶ Sentencia de fecha 11 de octubre de 2006, dentro del expediente de Apelación de Sentencia de Amparo 1356-2006

perfeccionamiento, aunque se trate de una nueva teoría, va a demostrar su necesidad en cuanto a cómo coadyuva a la protección de los Derechos Humanos que buscan una tutela efectiva e integral. El bloque de constitucionalidad como una herramienta para la aplicación de parámetros del neoconstitucionalismo, posee una función primordial de parámetros nuevos para la protección de derechos humanos, buscando como fuente de derecho, no solo la norma nacional, sino que otras disposiciones y principios pueden tener relación y sobre todo lo establecido por la Constitución Política de la República de Guatemala como la ley suprema de este Estado. Esta teoría también busca ajustarse a las necesidades y exigencias de los guatemaltecos y si es un apoyo a la justicia en la búsqueda de una protección a los derechos humanos en el marco de la justicia constitucional.

Podría sintetizarse de una manera más práctica como el conjunto de textos que, si bien no componen la constitución formal, son parámetros para establecer la constitucionalidad de actos y leyes, a través del equiparamiento de determinadas normas al rango constitucional; el bloque de constitucionalidad conlleva una relación con la doctrina de la Constitución Política de la República de Guatemala y su percepción en sentido material pues las normas constitucionales que se encuentran en la Constitución y otras normas de rango constitucional, que aunque no se encuentren en el texto físico de la Constitución, se adhieren a esta, en el caso guatemalteco, como son y pueden ser los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, que por

mandato del mismo constituyente a través de los artículos 44 y 46, le dan plena validez para ser parámetros de interpretación.¹⁸⁷

6.6 El control de convencionalidad como inspección a la constitucionalidad

El control de convencionalidad es otro mecanismo utilizado también como un parámetro dentro del bloque de constitucionalidad, el cual ha innovado el criterio en que los jueces constitucionales, busquen no solo como fuente del derecho para la tutela de estos, la Constitución Política de la República de Guatemala y las normas constitucionales, sino también los instrumentos y tratados internacionales; principalmente que den nuevos estándares de protección a los derechos humanos.

El primer avance en la aplicación fue en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, con la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales específicos aplicados en ese sistema regional. La aplicación de esta estandarización y aplicabilidad ha buscado ampliar la fuente de aplicabilidad de normas. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos menciona que el control de convencionalidad:

Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados

¹⁸⁷ Artículo 44. **Derechos inherentes a la persona humana.** Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular.

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

Art. 46. **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.

interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.¹⁸⁸

El control de convencionalidad como se ha mencionado es la aplicación de parámetros más amplios sobre las funciones y responsabilidades que tienen los jueces o magistrados a la en un sistema de justicia constitucional donde el Estado posee un sistema concentrado o difuso, como el caso de Guatemala. Para el efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también ha descrito en su jurisprudencia que:

Es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la

¹⁸⁸ <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de este ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁸⁹

Hay dos maneras en las que se puede realizar el control de convencionalidad, el primero denominado concreto de convencionalidad; el segundo control abstracto de convencionalidad. Estas dos formas de control se dirigen a dos tipos de disposiciones: el control concreto se realiza sobre normas o leyes que ya han sido aplicadas a casos particulares y en los que se considera existe una violación de derechos por la aplicación de la norma; el control abstracto se realiza sobre normas o leyes que aun no han sido aplicadas a un caso concreto, pero que se considera violan derechos por su simple existencia.

Es importante subrayar que tanto el control concentrado (solo la Corte Interamericana) como el control difuso (el poder judicial de los Estados) pueden realizar el control de convencionalidad de estas dos maneras. En el control difuso con la forma de control “concreto”, los jueces deben revisar las leyes, reglamentos y conductas de sus autoridades al momento en que son utilizados con los individuos de un Estado, para

¹⁸⁹ La obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010

asegurarse de que estos cumplan con los parámetros convencionales de derechos humanos. Esto lo hace de la misma manera la Corte Interamericana al realizar esta forma de control “concreto”, desde la perspectiva del control “concentrado” de convencionalidad. En lo que respecta al control “abstracto”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido esta forma de control desde 1996, primero a través de un voto disidente en un caso en contra de Venezuela, en el que la Corte decidió no conocer, porque los artículos de la ley que se impugnaba no habían sido aplicados a ningún caso en concreto. Menciona Bustillo Marin al respecto de este punto que:

El argumento que sostiene la idea del control abstracto es que no debe ser necesario esperar a que la norma se aplique para determinar que es contraria a los derechos humanos de una persona, ya que, si tuvieran que esperar a que se lesionaran los derechos, el “deber de prevención” se estaría dejando de lado. Una ley puede entonces ser contraria a la convención “por su propia existencia”.¹⁹⁰

Las principales diferencias entre estos dos modelos distintos de control fueron establecidas por el juez Ferrer Mac-Gregor en el voto razonado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*. En este voto, se hizo una comparación entre los dos modelos. El primer punto por subrayar es que el control difuso de convencionalidad es un modelo que proviene del de control difuso de constitucionalidad. El control difuso de constitucionalidad, que realizan todos los jueces en un Estado para determinar la constitucionalidad de los actos de los distintos órganos, se encuentra en contraposición con el control concentrado de constitucionalidad que se realiza en los Estados

¹⁹⁰ http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control_de_Convencionalidad.pdf

constitucionales en donde la última interpretación constitucional la tienen los Tribunales Constitucionales o las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. De manera distinta, el control difuso de convencionalidad se realiza por todos los jueces del poder judicial dentro de un Estado; mientras que el “control concentrado” lo realiza únicamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su calidad de intérprete último de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando no se logra la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.

Los jueces nacionales pueden realizar el control difuso de convencionalidad al caso concreto que están resolviendo en ese momento con efectos interpartes, pero, también de manera abstracta las altas jurisdicciones constitucionales que normalmente tienen la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos *erga omnes*; es decir, en este caso, también la norma inconvencional tiene los mismos efectos. Pues se trata de una declaración de invalidez por la inconvencionalidad de la norma nacional; por su parte en el control difuso de convencionalidad; es decir, aplicado por los jueces, no existe una limitación por el hecho de que esos jueces no tengan facultades de control de constitucionalidad en sus jurisdicciones locales.

Esto sucede porque al aplicar el control difuso de convencionalidad no solo implica la inaplicación de una norma, sino aplicar el principio de interpretación conforme, a través de la armonización de las normas internas con las internacionales. Esto significa que, al realizar el control difuso de convencionalidad, el juez nacional no tiene que inaplicar una ley de primera instancia, sino que puede hacer la interpretación conforme de esta. Para esto, debe buscar la aplicación de la norma que sea más

favorable para la persona. Por el contrario, la inaplicación de la ley se debe hacer solo si en esa interpretación conforme no encuentra una norma más favorable, tanto de la normatividad nacional como de la Convención Americana de los Derechos Humanos y su jurisprudencia; además, observa que una de las normas referidas al caso es inconvencional. Para realizar de manera correcta el control difuso de convencionalidad, los jueces o magistrados deben llevar a cabo los siguientes pasos, según Roselina Bustillo:

1. Partir del principio de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma nacional;
2. Realizar la “interpretación” de la norma nacional conforme a la Constitución y a los parámetros convencionales;
3. Optar por la interpretación de la norma más favorable y de mayor efectividad en la tutela de los derechos y libertades en aplicación del principio pro homine o favor libertatis previsto en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos;
4. Desechar las interpretaciones incompatibles o de menor alcance protector;
5. Solo cuando no pudiera lograrse interpretación constitucional y convencional conforme, debería desaplicar la norma nacional o declarar su invalidez, según la competencia asignada por la Constitución y las leyes nacionales.¹⁹¹

Los principios anteriores buscan que los jueces que no tengan asignada la posibilidad de inaplicar una norma por sus facultades de control de constitucionalidad tendrían que realizar una interpretación conforme. Estos parámetros claros, es

¹⁹¹ http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control_de_Convencionalidad.pdf

entonces necesario comprender los principios aplicables en el control de convencionalidad para entender la manera en que los jueces deben llevarlos a cabo. En el caso de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 3334-2014 considero que:

Por otra parte, [...] debe realizarse, además, un adecuado control de convencionalidad de aquella disposición, pues por regularse en estas situaciones que restringen el derecho de acceso a la información pública, debe determinarse si aquella regulación guarda coherencia con el respeto al derecho internacional de los derechos humanos. Esta labor de control ya fue realizada por esta corte – solo que respecto de una resolución judicial— en la sentencia de veintitrés de agosto de dos mil once (Expediente 2151-2011) y en congruencia con ella, se afirma que al realizar esta labor de control de normativa jurídica de derecho interno guatemalteco, deben tenerse en cuenta instrumentos internacionales que tengan relación con dicha normativa y la exégesis que respecto de estos últimos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁹²

Por lo anterior se puede arribar que el control de convencionalidad, otra herramienta de interpretación y aplicación en el sistema de justicia guatemalteco, principalmente en el ámbito de justicia constitucional, busca crear nuevas formas de buscar protección a los derechos humanos sobre criterios supranacionales, principalmente del sistema interamericano de Derechos Humanos, quien a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de distintas sentencias, han

¹⁹² Sentencia dentro del Expediente de Apelación de Sentencia de Amparo tramitado en la Corte de Constitucionalidad 3334-2014 de fecha 01/10/2015

logrado ir estableciendo y ampliando criterios, característica y elementos del Control de Convencionalidad, que como puede conocerse en un inicio, la Constitución Política de la República de Guatemala, basado en el principio de supremacía constitucional, busca que las disposiciones judiciales no contravengan sus principios, de manera que a la luz del artículo 44 y 46 de nuestra Ley Suprema y basado en los principios y características del neoconstitucionalismo, este sistema de convencionalidad, tendría plena vigencia y aplicación utilizando también como un parámetro más dentro del bloque de constitucionalidad, mencionado con anterioridad.

6.7 Neoconstitucionalismo y derechos humanos, aspectos conclusivos

Se puede concluir como primera reflexión que, partiendo desde la perspectiva que el Estado constitucional de derecho, funda sus cimientos sobre los principios a) de la limitación a la actividad del poder derivado a los fundamentos de la legalidad, b) la existencia de garantías sobre los derechos humanos y una forma de control sobre cualquier actividad que quiera en algún momento corromper el sistema de gobierno creado en la Constitución; en tal sentido, desde el ámbito jurídico y formal; asimismo, la conexión sistemática y jerarquizada de las normas y el sistema de gobierno tomado por el Estado de Guatemala, los valores y la moral, deben tomar parte fundamental en la tónica, no solo de la gobernabilidad, sino también del sistema de justicia.

Lo anterior se relaciona desde los primeros aspectos históricos sobre un modelo de Estado, en donde el sistema de funcionamiento fuera encaminado al respeto de la dignidad humana; sobre estas ideas, Hans Kelsen mencionaba que el Estado de

derecho, para buscar los objetivos, debía de crear una estructura acorde a una la separación de poderes y existencia de derechos de manera material y formal. Este modelo buscaba desarrollar una característica de modelo, en donde sus principales fundamentos se basarán en un texto supremo, denominado Constitución y, por ende, se reconociera una modelo de protección para esta con sus características y principios, lo cual hoy conocemos como Constitucionalismo.

Con el transcurso del tiempo y los distintos eventos históricos que fueron ocasionándose dentro países con un Estado de derecho constitucional, el cual los sus principios básicos y fundamentos buscaban más un sentido positivo estricto y dogmatico, olvidando la sensibilidad humana y los valores con los cuales se construida los modelos de gobiernos inspirados por la Constitución; de esa cuenta surge el neoconstitucionalismo, el cual vino a dar una nueva forma de percepción, interpretación y aplicación de la Constitución, poniendo y apostando dejar a un lado el texto semántico y resolver las controversias desde una visión renovada, fundamentada en el principio pro persona basándose en la dignidad como fundamento de sus derechos humanos.

Descrito lo anterior y retrotrayendo los orígenes que motivaron la presente investigación, bajo la hipótesis de que:

“El neoconstitucionalismo, atendiendo sus características, principios y parámetros; si bien es cierto, puede poseer rasgos del constitucionalismo clásico, este obtiene nuevas bases, dentro de los acontecimientos suscitados en el siglo XX y XXI en Europa relacionados a violaciones masivas a derechos

humanos; por tal razón, estas circunstancias dieron origen a una nueva e idónea defensa de derechos fundamentales dentro del neoconstitucionalismo, que encontró, en el campo del constitucionalismo y justicia constitucional, posibilidades más jurídicas que políticas, a través herramientas que los jueces constitucionales pueden utilizar, por medio del bloque de constitucionalidad y herramientas de ponderación y subsunción y con ello, discernir de una mejor tutela jurídica-constitucional para defensa de los derechos humanos.” .

Se demostró en la presente investigación, a través de los antecedentes del neoconstitucionalismo, su historia, desarrollo y parámetros de interpretación; asimismo, sus características y elementos que el razonamiento judicial y sus etapas en la historia han tenido una forma y tradición muy formalista, comenzando desde la época bíblica de la exégesis.

Que, si bien es cierto, la ponderación como ejercicio de aplicación y tutela de derecho ha existido, lo es que este método en la aplicación de la justicia constitucional posee una posibilidad de aplicabilidad, bajo responsabilidad el juez para implementar los parámetros a que apuesta el neoconstitucionalismo, como principalmente la extensión del bloque de constitucionalidad al derecho internacional.

Hemos conocido que la vinculación e interdependencia entre los derechos humanos y el control de constitucionalidad en el Estado constitucional de derecho, tiene como prioridad, el bienestar del ser humano, atendiendo a la dignidad de la persona. Recordemos que, al mencionar dignidad, estamos mencionando el principio de los

derechos humanos, consagrado como un principio fundamental de la declaración universal de los derechos humanos de 1948. En ese orden de ideas, bajo la concepción del neoconstitucionalismo y la más importante para la presente investigación que es buscar el vínculo conceptual, contextual e histórico entre los derechos humanos, su protección y defensa a través de su reivindicación por medio del Estado constitucional de derecho.

Como se describió, la herramienta del control de constitucionalidad de las leyes, tratados y convenios en materia de derechos humanos, para el caso de Guatemala, debe partir en materia de protección de derechos humanos, que toda interpretación, aplicación y resolución dictada dentro de la justicia constitucional, debe ser dictada, tomando en cuenta en principio *pro homine*.

Se hizo referencia, en el ámbito de la justicia dentro del modelo constitucional, que el juzgador, en su ámbito de competencia, principalmente de juez constitucional, tiene la obligación de garantizar la protección más amplia de sus derechos, sin importar si se encuentra en la Constitución, en instrumento internacional o en una ley ordinaria una fuente idónea para realizar esta función.

Está demostrado que, cada Estado a través de sus constituyentes ha deseado para sus ciudadanos y con la convicción de que su aplicación sea a través de la autoridad como un actor crítico y activo con su sistema jurídico por encima de la legalidad, quedando una relación entre el derecho y la moral. En ese sentido, el neoconstitucionalismo, como se describió, entre otros aspectos, es una nueva forma de

interpretación de la Constitución, que busca romper el canon de dogmatismo y legalidad extrema, creando una relación cercana a los principios que de ella emanan, siendo los derechos humanos uno de los principales ejes rectores de esta nueva forma de interpretación.

Se pudo apreciar, que distintos autores en la presente investigación coinciden en el cambio que ha sufrido la concepción del Estado de derecho y el derecho constitucional clásico. Se apunta, además, una visión de legalidad del derecho y de la propia Constitución abriéndose una nueva etapa, que encuentra sustento en la protección de los derechos humanos, denominado el período neoconstitucional.

Esta, como quedó establecido, marcó un cambio a determinadas características del constitucionalismo, principalmente el europeo; sin embargo, se cuestiona acerca de la utilidad de poseer derechos consagrados que posiblemente no es aplicable sin embargo ha tenido auge en el derecho procesal constitucional, principalmente con sus reglas de ponderación y bloque de constitucionalidad que presente para una nueva aplicación en pro de los derechos humanos.

Vale la pena concluir que el neoconstitucionalismo ante los derechos humanos, está dirigido a los tres Organismo del Estado, sin embargo, en esta investigación, se hace énfasis al Organismo Judicial y Corte de Constitucionalidad, ambas competencias dentro del sistema mixto de constitucionalidad y en donde, el rol de los jueces y magistrados, cobran especial relevancia debido a que hay un mandato directo desde la Constitución de hacer cumplirla, aun cuando no existan respuestas por parte de los

otros dos poderes ya que se está en juego nada más ni nada menos que los derechos humanos. En ese orden, vemos que la inclusión que ha tenido el derecho internacional con el constitucionalismo y este, a su vez, como ampliación a un parámetro de protección de los derechos humanos, logran un proceso en el cual el Estado de Guatemala debe reconocer un proceso en el orden internacional de los derechos humanos, tomando en cuenta derechos supra estatales a los cuales está vinculado y muchas veces subordinado al mismo para beneficio de sus habitantes.

No se descartaría que el fenómeno de la globalización en su vertiente legal buscara el reconocimiento de los derechos humanos y en su vertiente económica y social, para eso el reconocimiento de los derechos fundamentales representó una insuficiencia de que el mismo Estado guatemalteco garantizará de manera más integral los derechos humanos, de modo que el constitucionalismo representó esa teoría que promovía la declaración de estos Derechos en las Constituciones, limitando así el poder del Estado frente a los ciudadanos.

Pero, con el avance de las necesidades sociales la búsqueda cambió su norte, porque ya no era suficiente hablar de Derechos consagrados, sino que lo que urgía era la positivización de aquellos mecanismos que pudieran dar respuestas efectivas al acceso real a la justicia. Es así como comienza a hacerse resonancia el neoconstitucionalismo, como aquella corriente de pensamiento y teoría, que busca no solo determinar cuáles son los derechos fundamentales y fijar su alcance, sino que también de modo activo propone soluciones que cristalicen la posibilidad de realización de estos Derechos.

En definitiva, el neoconstitucionalismo ante los derechos humanos presenta una legítima y novedosa posibilidad de protección y tutela, a la cual la Constitución Política de la República de Guatemala proporciona las condiciones necesarias para que se legitime y ese tipo de función por parte los Jueces y Magistrados encargos de la protección judicial de estos por medio de la supremacía constitucional y la supremacía de los derechos humanos.

CONCLUSIÓN

Con el desarrollo de la investigación, se logró comprobar preposición científica planteada, al evidenciar que el neoconstitucionalismo, es un nuevo impulso para la protección y defensa de los derechos humanos y que esta función, se puede realizar desde un diseño de Estado que adopte las características de esta teoría. En el campo de la justicia constitucional, a través de los nuevos parámetros y mecanismos, el neoconstitucionalismo presenta un nuevo modelo de justicia constitucional, que lo caracteriza idóneo ante los derechos fundamentales, siendo facultad de los jueces que ejercen la tutela de esta protección, la aplicación e implementación de este contemporáneo modelo constitucional.

REFERENCIAS

- Alcalá-Zamora, Luis. *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (12.^a ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta, SRL.
- Asís, R., Bondía, D., y Maza, E. (coordinadores). *Los desafíos de los derechos humanos hoy*. Valladolid, España: Dykinson, S. L.
- Atienza, M. (2017). *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo positivista*, Revista del Departamento de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante. Vol. 2 Núm. 3 (2017): CAP Jurídica España. Recuperado de <https://doi.org/10.29166/cap.v2i3.1945>
- Carbonell, M. (2005). *Teoría de la constitución: Ensayos escogidos* (3.^a ed.). Universidad Nacional Autónoma de México. México: Porrúa.
- Carbonell, M. (2009). *Neoconstitucionalismo (s)* (4.^a ed.). Universidad Nacional Autónoma de México. Madrid, España: Trotta, S.A.
- Carbonell, M., y García, L. (2010). *El canon neoconstitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid, España: Trotta, S.A.
- Carpio, E. (2005). Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. ISSN: 1870-8390. Editorial Porrúa. 2007, México
- Ch. –L. de S. Barón de Montesquieu. (2002). *Del espíritu de las leyes*. El Salvador: Jurídica Salvadoreña.
- Comanducci, P. (2002). Ensayo sobre formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico. *Isonomía* No. 16. Italia. 2002

file:///C:/Users/meochoa/Downloads/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0.pdf. *versión impresa* ISSN 1405-0218

Correas, O. (2003). *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*. S. A. de C.V. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Ediciones Coyoacán.

Cossio, C. (1994). *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Ekmekdjian, M. (1991). *Manual de la constitución argentina*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Ely, J. (1980). *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge (Mass) Harvard University Press.

Fabra, J., y Núñez, Á. (coordinadores.). (2015). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. (vol. 1). ISBN: Electrónico 978 607 02 6675. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.

Favoreu, L. (1984). *Tribunales europeos y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (4ª ed.). Madrid, España: Trotta, S. A.

Flores, J. (2009). *Constitución y justicia constitucional/apuntamientos* (2ª ed.). Guatemala.

Gabino, A. (1997). *Derecho constitucional. Principios y derechos constitucionales*. (Tomo I). Buenos Aires: Ediciones Depalma.

García, J. (1971). *La génesis del constitucionalismo guatemalteco*. Universidad de San Carlos de Guatemala. Centro de Producción de Materiales

- García, J. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. México: Tirant Lo Blanch.
- García-Pelayo, M. (1982). *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (3ª ed.). Madrid: Alianza.
- Gil, R. (2010). *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Biblioteca Jurídica Virtual.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. (J. Ferrer, trad.). Barcelona, España: Gedisa.
- Jellinek, G. (1954). *Teoría general del Estado*. Argentina: Albatros.
- Landa, C. (1996). Constitutional justice in Perú. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge/Band 44* (Herausgeben von Peter Haberle), JCB. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- Lanz, M. (1959). *Derecho constitucional mexicano*, (5ª ed.). México: Compañía Continental, S.A.
- Lassalle, F. (1931). *¿Qué es la constitución?* España: Ediciones Astrea.
- Medici, A. (s.f.). Introducción al (neo) constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo. *Derecho político*. Universidad Nacional de la Pampa. 2018. Argentina.
- Naranjo, V. (2003). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá-Colombia: Temis, S. A.
- Palacio, L. (1991). *Derecho procesal civil* (2ª ed.). (Tomo I). Argentina.
- Peces-Barba, G. (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid, España: Dykinson, S. L.

- Peces-Barba, G., Ramiro, M. (s.f.). *La constitución a examen*. Universidad Carlos III. Instituto de Derechos Humanos. ISBN: 9788497681865. Editorial Marcial Pons. 2004. Madrid, España.
- Peces-Barba, G.; De Asís, R., Fernández, C., y Llamas, Á. (colaboradores). (1999). *Curso de derechos fundamentales, teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid.
- Pereira-Orozco, A., y Ritcher, M. (2009). *La constitución, su definición y aspectos generales relacionados al tema*. Guatemala: De Pereira.
- Pérez, A. (2010). *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución* (10ª ed.). Madrid, España: Tecno.
- Prieto, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (2ª ed.). Madrid, España: Trotta S. A.
- Puy, F., y Portela, J. (2005). *La argumentación de los operadores jurídicos*. Universidad Católica de Argentina. Buenos Aires, Argentina.
- Rawls, J. (1999). *A theory of justice*. Cambridge, Harvard University Press.
- Rubio, F. (2008). La Constitución como fuente de derecho. En *Ensayos escogidos. Teoría de la Constitución* (4ª ed.). Miguel Carbonell (comp.). México: Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Salguero, G. (2010). *El control de constitucionalidad de las normas jurídicas*. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
- Schmitt, C. (2011). *Teoría de la constitución*. Editorial Alianza Universidad. Madrid, España:
- Serra, A. (1980). *Ciencia política*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

Sierra, J. (2006). *Derecho constitucional guatemalteco*. Editorial Fenix. 2006.

Guatemala: Editorial. Fénix. Universidad de San Carlos de Guatemala.

Skinner, Q. (1993). *Los fundamentos del pensamiento político moderno I. El renacimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.

Vásquez, R. (2009). *Las fronteras morales del derecho*. México: Fontarama.

Cuerpo normativo

Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la asamblea general de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

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

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

Diccionarios

Cabanellas, G. (1979). Definición de “El derecho constitucional” *Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta, SRL.

Otras fuentes

Gaceta No. 1, expediente 12-86, página No. 3, sentencia: 17-09-86. Gaceta Jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Recuperado de www.cc.gob.gt/

Gaceta No. 1, expediente 12-86, página No. 3, sentencia: 17-09-86. Gaceta Jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Recuperado de www.cc.gob.gt/

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

https://www.academia.edu/7599793/SOBRE_EL_NEOCONSTITUCIONALISMO_Y_SUS_PRECURSORES

http://www.liceoupn.edu.mx/cndh/descargables/pdf_seccion/concepto_3_2_1.pdf<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

<http://diccionario.babylon.com/neo>

<http://edwinfigueroa.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>

http://enciclopedia.us.es/index.php/Trece_colonias

<http://neetesuela.com>

http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control_de_Convencionalidad.pdf

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3966/4.pdf> Pág. 18

<https://www.rae.es/>

Perelman, C. (2010). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Recuperado de <http://www.pucpr.edu/facultad/emitanda/Seminario%Derecho/Lecturas/Perelman.pdf>

Revista de la Corte de Constitucionalidad denominada “INFOCC”. Corte de Constitucionalidad. (2012). *Bloque de constitucionalidad e inconstitucionalidad por omisión*. Guatemala.

Sentencia dentro del Expediente de Apelación de Sentencia de Amparo tramitado en la Corte de Constitucionalidad 3334-2014 de fecha 01/10/2015.

Sentencia de fecha 11 de octubre de 2006, dentro del expediente de Apelación de Sentencia de Amparo 1356-2006.

Sentencia T-881 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre. L. Corte Suprema de Justicia Colombiana. Página <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm>