

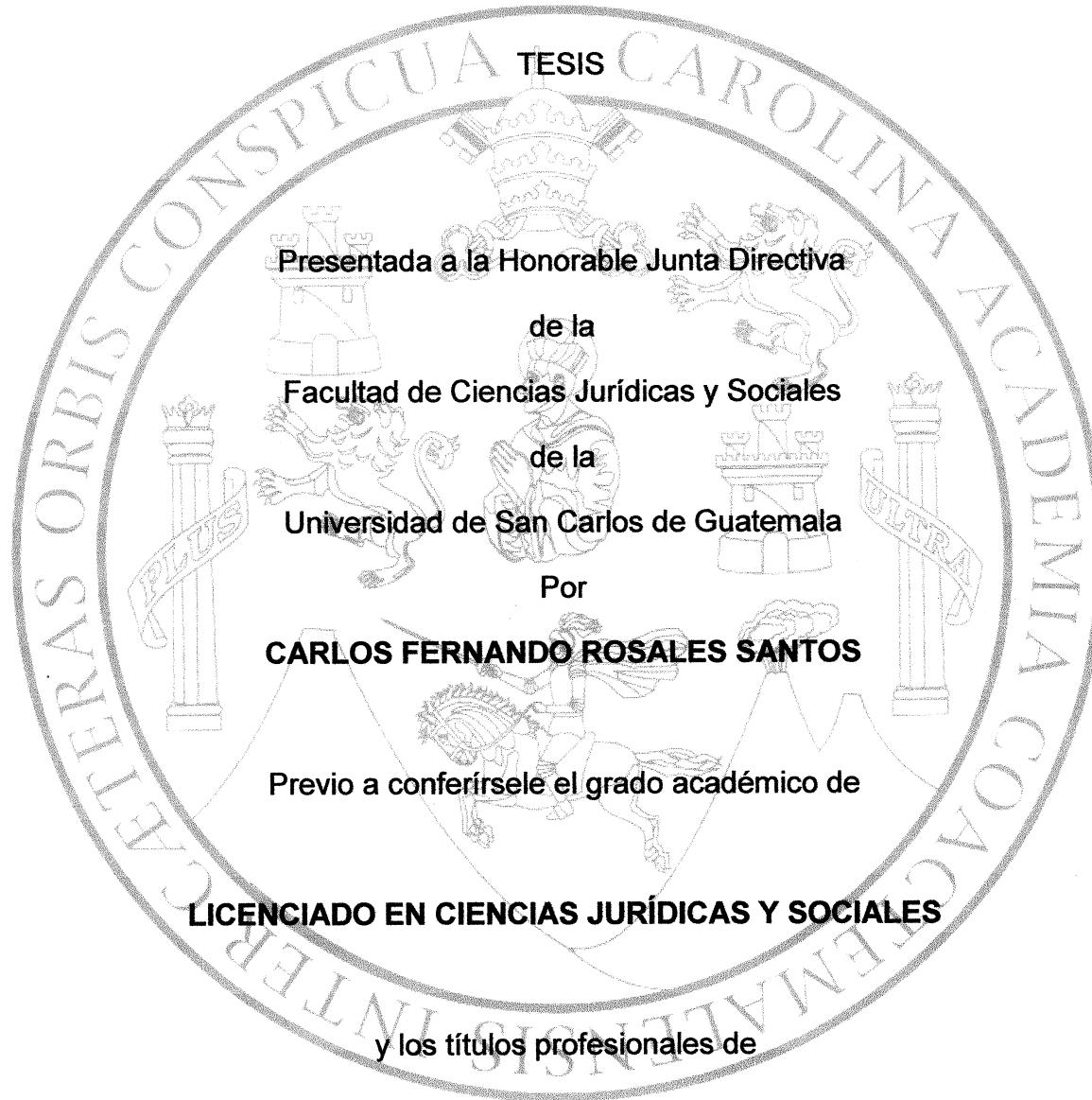
**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



GUATEMALA, JUNIO DE 2019

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

**VALORACIÓN DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO EN LA DOCTRINA LEGAL
CONSTITUCIONAL GUATEMALTECA**



ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2019

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V:	Br.	Abidán Carias Palencia
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urízar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Fredy Hernán Arrivillaga Morales
Vocal:	Licda.	Paula Estefani Osoy Chan
Secretaria:	Licda.	Roxana Elizabeth Alarcón Monzón

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Víctor Enrique Noj Vásquez
Vocal:	Licda.	Amalia Azucena García Ramírez
Secretario:	Lic.	Armin Cristóbal Crisóstomo López

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



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
29 de septiembre de 2017.

Atentamente pase al (a) Profesional, GLADYS ELIZABETH MONTERROSO VELASQUEZ,
para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
CARLOS FERNANDO ROSALES SANTOS, con carné 201313244,
intitulado VALORACIÓN DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO EN LA DOCTRINA LEGAL CONSTITUCIONAL
GUATEMALTECA.

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

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 29 / 10 / 2017.

f)

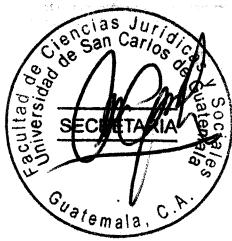
Gladys Elizabeth Monterroso
(Firma y Sello)
Velasquez de Morales
Abogada y Notaria

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

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



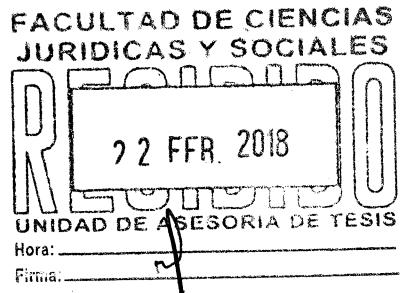
Licenciada Gladys Elizabeth Monterroso Velasquez
Abogada y Notaria
12 calle 1-25 zona 10 Edificio Géminis 10 3er. Nivel Of. 312
Tel. 23380330/31/50



Guatemala, 26 de enero de 2018

Licenciado

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



Respetable Licenciado Orellana:

En atención a la notificación de nombramiento de esa Unidad, de fecha 29 de septiembre de 2017, donde se me otorga el nombramiento como **ASESORA** del trabajo de tesis del bachiller **CARLOS FERNANDO ROSALES SANTOS**, intitulada: "**VALORACIÓN DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO EN LA DOCTRINA LEGAL CONSTITUCIONAL GUATEMALTECA**". Procedí a la asesoría de la investigación de tesis en referencia.

La investigación de tesis del bachiller Carlos Fernando Rosales Santos, ofrece un análisis documental, legal y jurisprudencial de importancia tanto para la teoría general del derecho, filosofía del derecho, derecho constitucional y derecho procesal constitucional, al entendido del estudio de la regla de reconocimiento en la doctrina legal constitucional guatemalteca.

El tema es abordado de forma sistemática dando resultado una tesis de fácil comprensión donde se relacionan instituciones y doctrinas jurídicas contemporáneas relacionadas al tema principal con sus definiciones y alcances; al mismo tiempo, se plantea lo referente a la valoración de la regla de reconocimiento y todos sus aspectos teóricos dentro de la doctrina legal guatemalteca, específicamente la procedente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y también aporta condiciones de otros sistemas legales que enriquecen la investigación. El contenido de la tesis refleja la correcta aplicación de las etapas del método científico. Es de mencionar que el material bibliográfico es abundante por la amplitud del tema pero a su vez atinente para la total comprensión del tema. Así mismo, el bachiller Carlos Fernando Rosales Santos, aportó a la investigación



Licenciada Gladys Elizabeth Monterroso Velasquez

Abogada y Notaria

12 calle 1-25 zona 10 Edificio Géminis 10 3er. Nivel Of. 312

Tel. 23380330/31/50

sus propias opiniones y criterios los cuales la enriquecen; sin embargo, pueden ser sometidas a discusión y aprobación definitiva.

La conclusión discursiva fue redactada en forma clara y sencilla para aclarar el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, la misma es objetiva, medida y bien delimitada. Es de resaltar que el estudiante atendió las sugerencias y observaciones señaladas, defendiendo con fundamento aquellas que consideró necesarias.

En cuanto a su estructura formal de la tesis, la misma fue realizada en un orden ideal para su adecuada comprensión. En la misma se aplicaron correctamente los métodos deductivo, inductivo, analítico, sintético, comparativo; la adecuada aplicación de técnicas de investigación bibliográfica y fichas de trabajo (paráfrasis, cita textual, resumen, por mencionar algunas) dio como resultado un correcto y valioso marco teórico. Lo anterior evidencia la utilización de bibliografía especializada y la consulta de citas jurisprudenciales actualizadas y acordes a la investigación. Por último declaro expresamente que, no tengo ningún grado de parentesco, establecido en la ley, con el bachiller Carlos Fernando Rosales Santos.

Por tanto, emito dictamen **FAVORABLE**, en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por el bachiller **CARLOS FERNANDO ROSALES SANTOS**, quien se identifica con número de carné 201313244, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, aprobando el trabajo asesorado.

Sin otro particular, me suscribo a usted, con muestras de mi consideración y estima.

Licenciada Gladys Elizabeth Monterroso Velasquez

Abogada y Notaria

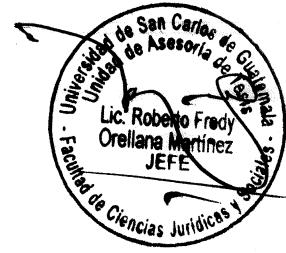
Colegiada 5956

Gladys Elizabeth Monterroso
Velasquez de Morales
Abogada y Notaria



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala

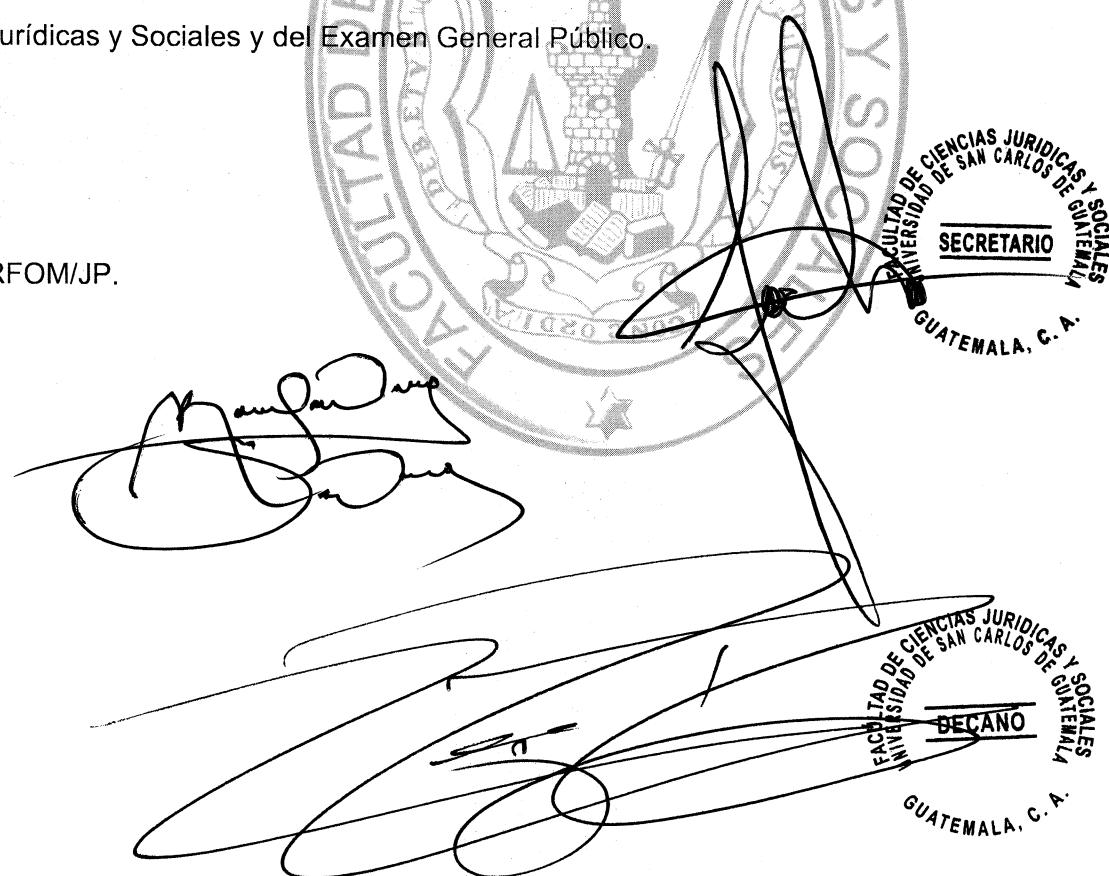


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 28 de marzo de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CARLOS FERNANDO ROSALES SANTOS, titulado VALORACIÓN DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO EN LA DOCTRINA LEGAL CONSTITUCIONAL GUATEMALTECA.

Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

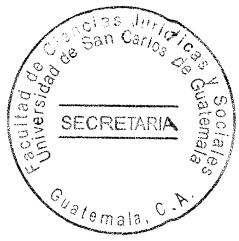
RFOM/JP.



acultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

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





DEDICATORIA

A MI MADRE:

Quien siempre ha luchado por hacerme mejor persona, un ser incondicional quien me ha dado su apoyo en todo momento.

A MI FAMILIA:

A toda mi familia por darme fuerzas aunque ha quedado fragmentada por la naturaleza siempre sigue el germen de nuestra unión, en especial a mi tío, quien me ha instruido con su ejemplo.

A MIS AMIGOS:

A todas esas personas que antes y durante la experiencia universitaria hicieron la ruta y la existencia agradable, gracias por su compañía y ayuda.

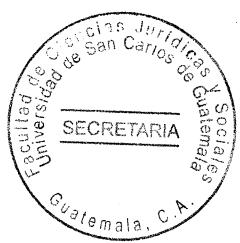
A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, gracias.

PRESENTACIÓN



La investigación se enfoca en la interpretación jurídica y en específico la interpretación constitucional, que realiza la Corte de Constitucionalidad de Guatemala al sentar doctrina legal, por lo cual se lleva a cabo una investigación cualitativa, a través de reflexiones teóricas sobre diversos puntos, en comparación con otros sistemas legales y la labor hermenéutica estructurada por los diversos fallos que desarrollan a la Constitución Política de la República de Guatemala y su sistema legal.

Se advierte que la implicación dogmática de la investigación propuesta se desenvuelve desde la teoría general del derecho y la filosofía del derecho hasta su aplicación concreta en el derecho constitucional y derecho procesal constitucional, recreándose la simbiosis del sistema legal que comprende la intelección de los postulados generales del derecho y teorías concretas de cada área específica del mismo. El contexto espacial desarrollado fue en la República de Guatemala, en específico en la Corte de Constitucionalidad y su integración como sujeto de investigación, cuya temporalidad abarcó los años 2016-2017. En cuanto al objeto de la investigación, se centró en las características hermenéuticas de los fallos en materia constitucional que han sentado doctrina legal y la valoración de la regla de reconocimiento.

La contribución académica que se brinda hace asequible la comparación con otras formas de pensamiento jurídico, para construir un mejor soporte teórico y práctico en la labor hermenéutica, cuya proyección no debe centrarse únicamente en materia constitucional sino que puede ser útil para otras áreas del derecho, de esa forma se tengan herramientas tanto argumentativas como lógicas en la conexión con las reglas del sistema y sobre todo que en dicha tarea se alcance la aspiración de una justicia de resultados comprobables y propicios para el desarrollo científico de la ciencia del derecho en Guatemala.



HIPÓTESIS

La interpretación constitucional es un tipo de interpretación distinta a la que se realiza en otras áreas del derecho por lo cual se debe valorar la regla de reconocimiento en la doctrina legal constitucional guatemalteca para que al llevarse a cabo la interpretación de la Constitución Política de la República de Guatemala, elaborada por los órganos jurisdiccionales, se cumpla con la tarea de brindar certeza y seguridad jurídicas a las decisiones judiciales y con ello se eviten fallos arbitrarios que vulneran la estabilidad y el equilibrio de las normas del sistema legal guatemalteco.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis se comprobó al cotejar doctrina legal emanada de la Corte de Constitucionalidad, para lo cual se utilizó el método comparativo y sintético, a su vez para el desarrollo de los temas incluidos en la investigación y la utilización de la doctrina jurídica aplicable se utilizó el método inductivo, deductivo, analítico e histórico, por lo anterior, la hipótesis resulta válida en el sentido de que es necesario el brindar de la mejor manera a las decisiones judiciales certeza y seguridad jurídica.



ÍNDICE

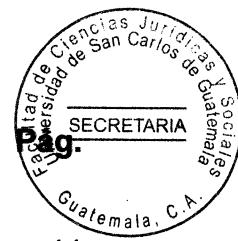
Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Doctrina legal.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.1.1. Jurisprudencia romana.....	3
1.1.2. Jurisprudencia medieval.....	5
1.1.3. Jurisprudencia en la edad moderna.....	6
1.2. Definición.....	7
1.3. Clasificación.....	9
1.3.1. Jurisprudencia vinculante.....	9
1.3.2. Jurisprudencia obligatoria.....	12
1.3.3. Jurisprudencia persuasiva.....	12
1.4. Diferencias entre jurisprudencia y doctrina legal.....	13
1.4.1. Conceptual.....	14
1.4.2. Histórica.....	15
1.5. La jurisprudencia como fuente de derecho en los sistemas jurídicos contemporáneos.....	16
1.5.1. Sistema de derecho anglosajón o <i>common law</i>	17
1.5.2. Sistema de derecho continental o derecho civil.....	21
1.5.3. Sistema jurídico guatemalteco.....	23

CAPÍTULO II

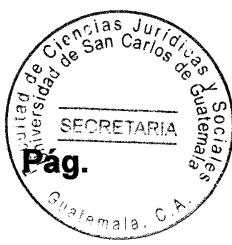
2. Interpretación constitucional.....	33
2.1. Principios de interpretación constitucional.....	43
2.1.1. Principio de la unidad de la constitución.....	43



2.1.2. Principio de concordancia práctica.....	44
2.1.3. Principio de la eficacia integradora de la Constitución.....	45
2.1.4. Principio de la fuerza normativa de la Constitución.....	46
2.1.5. Principio de la adaptación de las circunstancias.....	48
2.1.6. Principio de la continuidad interpretativa.....	49
2.1.7. Principio de la previsión de las consecuencias de las decisiones...	49
2.1.8. Principio de prevalencia de la finalidad de la Constitución.....	50
2.2. Métodos de interpretación constitucional.....	51
2.2.1. Interpretación gramática o literal.....	52
2.2.2. Interpretación sistemática.....	53
2.2.3. Interpretación histórica.....	53
2.2.4. Interpretación política.....	54
2.2.5. Interpretación analógica.....	55
2.2.6. Modelo de equilibrio integral.....	55
2.3. Argumentación en la interpretación constitucional.....	57
2.4. Tribunal constitucional.....	59
2.4.1. Generalidades.....	60
2.4.2. Derecho comparado.....	61
2.4.3. Tribunal constitucional guatemalteco.....	65
2.4.4. El legislador negativo.....	66

CAPÍTULO III

3. La regla de reconocimiento.....	69
3.1. Aspectos previos.....	69
3.2. Fundamentos jurídico-filosóficos.....	72
3.2.1. Positivismo jurídico.....	73
3.2.2. Jurisprudencia sociológica.....	78
3.2.3. Iusnaturalismo.....	81



3.3. La norma fundamental.....	83
3.4. Funcionalidad de la regla de reconocimiento.....	87
3.4.1. Sistema legal.....	87
3.4.2. La regla de reconocimiento como regla secundaria.....	90
3.4.3. Diferencias entre la norma fundamental y la regla de reconocimiento.....	97
3.4.4. Detractores.....	99
3.5. Corrientes jurídico-filosóficas posteriores.....	102
3.5.1. Positivismo incluyente.....	103
3.5.2. Positivismo excluyente.....	103
3.5.3. Normativismo realista.....	104
3.5.4. Concepción trialista del derecho.....	105
3.5.5. Teorías argumentativas del derecho.....	106
3.6. Neoconstitucionalismo.....	107

CAPÍTULO IV

4. Valoración de la regla de reconocimiento en la doctrina legal constitucional guatemalteca.....	109
4.1. Principios del precedente del <i>common law</i> aplicados en la doctrina legal constitucional guatemalteca.....	110
4.1.1. <i>Distinguish a case</i>	111
4.1.2. <i>Overrule</i>	114
4.1.3. <i>Binding precedent y leading case</i>	116
4.2. Criterios moralizantes en las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad	121
4.3. La armonización del sistema legal a través de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad.....	136
4.4. La norma última de validez del sistema legal de Guatemala.....	150



CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	159
ANEXOS.....	161
BIBLIOGRAFÍA.....	167



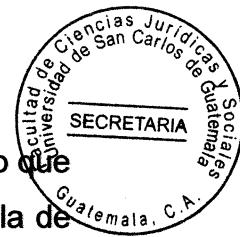
INTRODUCCIÓN

La interpretación constitucional es un tipo de interpretación distinta a la que se realiza en otras áreas del derecho, por el contenido axiológico y generalísimo que desarrolla a lo largo de su articulado, en consecuencia al sentarse doctrina legal en materia constitucional, debe responder a la estabilidad dentro del sistema legal para lograr las aspiraciones de justicia que el grupo posea.

La doctrina legal constitucional, por atribución del texto fundamental, ha de ser realizada por la Corte de Constitucionalidad, al existir tres fallos contestes en el mismo sentido y sobre la misma materia, es decir, el establecimiento de un precedente para su ulterior uso en fallos futuros. Entonces, en el proceso argumentativo de la misma se deben de valorar ciertos elementos en concatenación con todo el sistema legal, ya que así se lograrán los principios que la norma fundamental señala, no obstante, es muy frecuente que en la labor interpretativa no se respeten los precedentes y se tergiverse la interpretación de las normas constitucionales.

De esa cuenta se expone la utilización de la regla de reconocimiento como criterio de identificación y validez de las normas que pertenecen al sistema legal, proyectando el estudio del derecho en un sentido global, sin encasillarlo solamente a leyes, para lo cual se realizó la comparación con los principios de los precedentes judiciales en el sistema del derecho anglosajón.

Derivado de lo anterior, la meta de la investigación es comprobar que existe la necesidad de valorar la regla de reconocimiento en la doctrina legal constitucional guatemalteca a través de los ejes propuestos para lograr la certeza y seguridad jurídica en las decisiones judiciales que inciden en la dinámica social de Guatemala; de esa

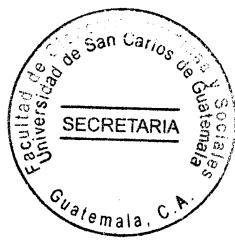


cuenta, al señalarse las características del sistema legal guatemalteco resulta obvio que los estudios sobre la jurisprudencia han sido muy escasos, lo mismo sobre la regla de reconocimiento, la cual por su complejidad ha sido confundida o tergiversada, lejos de su verdadera representación terminológica primaria.

La tesis propuesta está estructurada en cuatro capítulos: en el primero, comprende la descripción histórica, léxica y comparativa de la doctrina legal o jurisprudencia; en el segundo, desarrolla ideas acerca de la interpretación en general, la interpretación constitucional en específico y el tribunal constitucional; en el tercero, detalla el significado de regla de reconocimiento, posturas filosóficas y jurídicas que lo realizaron y posturas derivadas de la misma; por último el cuarto, dilucida la valoración de la regla de reconocimiento en la doctrina legal constitucional guatemalteca a través de cuatro ejes que la evidencian.

Los métodos utilizados en la investigación cualitativa realizada, son: el método deductivo, a través de la estructuración compleja que se brinda de la regla de reconocimiento y el sistema legal, a su vez el método analítico y comparativo, para ensamblar las características de los sistemas legales y la noción de jurisprudencia, también el método sintético al momento de desarrollarla ya que la bibliografía que se consultó ha sido extensa.

El trabajo propuesto encierra una exhortación sobre la valoración de la regla de reconocimiento y más a fondo sobre todas las reglas o normas del sistema legal, que se han relegado por las características del ordenamiento jurídico guatemalteco, es sin más un tipo de idealización, un incentivo para dinamizar el Derecho y que a su vez sea una propuesta científica para la posteridad.



CAPÍTULO I

1. Doctrina legal

La función jurisdiccional surge en la historia de la humanidad como manifestación de la necesidad humana de resolver los conflictos y lograr la paz con sus semejantes.

El derecho siempre se concibe como orden, criterio ordenador de conductas, de instituciones políticas y de recursos para su adecuada administración, originando atribuciones de cualquier tipo y entre ellas las jurisdiccionales. Para la creación de un buen Estado el poder judicial debería estar a cargo de los conocedores de las normas para que sus decisiones permitieran establecer cuál era el derecho verdadero para cada una de las partes en conflicto.

1.1. Antecedentes

La historia del derecho muestra que su evolución es un atributo necesario del mismo, por citar un ejemplo ciertas normas nacen de la dinámica de los tribunales porque se han establecido precisamente para resolver los hechos que se dan en la vida real. El derecho vivo es aquel que se desenvuelve en las cortes con gente real, con jueces quienes interactúan con herramientas jurídicas cuyo fruto más excelente es la jurisprudencia.

Los antecedentes de la jurisprudencia se encuentran en Roma y se podría mencionar que también en otras civilizaciones tales como la griega o babilónica, ya que al pronunciarse sobre asuntos de tipo jurídico o desde que existe la conexión entre las



normas sancionadas como ley y el interés contrapuesto entre partes resulta necesaria la figura de un tercero imparcial que decidirá a quien le corresponde la razón o le asiste el derecho; por ende, se revistió de autoridad y potestad a ciertas personas llamados jueces o magistrados para dictar sentencias.

En Grecia floreció el estudio de las cuestiones filosóficas desde el punto de vista moral y político siendo Sócrates, Platón y Aristóteles quienes en sus obras (de los dos últimos) dejaron teorías que abarcarían la mayor parte de los dilemas del pensamiento antiguo. Producto de ello es la construcción alegórica del Estado perfecto o de los tipos de gobierno, que sirvieron de base para ulteriores investigaciones filosóficas.

Por ello: "Aquel que toma por único estudio la contemplación de la verdad, no tiene tiempo de rebajar sus miradas y ponerlas en la conducta de los hombres para censurarlas y llenarse de odio y de acritud contra ellos, sino que, teniendo el espíritu incesantemente fijo en objetos que guardan entre sí un orden constante e inmutable, que, sin dañarse jamás unos a otros, conservan siempre la misma disposición y relaciones pone toda su aplicación en imitar y expresar en sí mismo ese orden invariable".¹

Significando entonces, que la práctica filosófica primaria fue la averiguación de la verdad, la comprensión de los fenómenos exteriores que rodean al ser humano y permitiendo que la mente a través de la razón o logos, pudiese entenderlos y lograra transmitir esas representaciones hacia los otros.

La influencia de la cultura helénica en la cultura romana concedió a estos últimos, a través de un estilo único, como observadores de la praxis social el rigor lógico heredado

¹ Platón. **Diálogos (La República o de lo justo).** Pág. 144-145.



de los griegos para formar magistralmente las obras de jurisprudencia que trascenderían los siglos, conocido como el derecho del pueblo de Roma.

1.1.1. La jurisprudencia romana

Sin duda, ningún pueblo como el romano ha desarrollado un sistema legal que perdure siglos, incluso, ciertas construcciones conceptuales, emanadas de dicha jurisprudencia, aun tiene un papel importantísimo en la práctica legal moderna.

El protagonismo de la jurisprudencia en la civilización romana surge con el aparecimiento de la organización estatal y la incorporación de métodos de abstracción conceptual de cada una de las circunstancias que llegaban a los juristas o jurisconsultos, quienes eran los encargados de darle solución al caso que se le presentaba: “Los jurisconsultos romanos se interesaban por encontrar y conservar las soluciones convenientes para los conflictos que surgen entre las personas acerca del aprovechamiento privado de las cosas. Sus soluciones debían ser aplicadas por los jueces al dar éstos sus sentencias en los litigios causados por tales conflictos”.²

La jurisprudencia era la construcción de circunstancias comunes, del diario vivir de los ciudadanos romanos quienes acudían a los jurisconsultos para que resolviera sus conflictos, los encaminaran de la mejor manera para así volver a la paz dentro de su comunidad. Al principio esta jurisprudencia era sacramental, solemne, solo tenían acceso al conocimiento de la misma los pontífices y se guardaban para si los secretos y las formulas adecuadas para decidir sobre el asunto.

² D'Ors, Álvaro. *Elementos de derecho privado romano*. Pág. 19.



En el trascurso de los siglos la profesión de jurisconsulto resultó pública gracias a la revelación de las formulas sacramentales que permitían a un sector mayor discernir sobre lo justo e injusto: "Ulpiano define la *iurisprudentia* o ciencia del Derecho en los siguientes términos: (...) la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto (...) El jurista romano es un intérprete de lo humano eterno, de la tradición fecunda e inderogable, silenciosa y honda, que es sustancia de la historia. Gracias a esta *interpretatio* –tan extraña al estatoidolatrismo (sic) de la técnica jurídica moderna-, fue posible llevar el Derecho romano al culmen de un raro y maravilloso perfeccionamiento".³

La dinámica de la sociedad exige la incorporación de los mecanismos necesarios para extraer de sí, los elementos pertinentes que ayuden a develar el sentido de las cosas: "El dictamen de los prudentes consiste principalmente en dictaminar sobre casos propuestos por los particulares, pero también por los jueces o los magistrados. Sus *responsa* se fundan en criterios objetivos, pero éstos no se declaran ordinariamente, pues lo que vale es la autoridad de quien los profiere".⁴

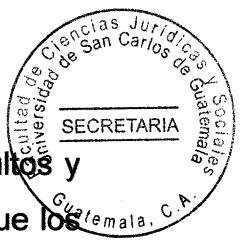
Tal fue el impacto del ejercicio de los jurisprudentes que: "el *ius civile* se cifra en un conjunto de normas consuetudinarias de carácter rígido, formalista y simple. Sobre estas normas y sobre la ley de las XII Tablas (...) labora la jurisprudencia pontifical, primero y laica, después. La actividad jurisprudencial llega a tal punto, que los mismos romanos identifican el *ius civile* con la *interpretatio*: (...) el derecho civil consiste en la sola interpretación de los juristas".⁵

Tradicionalmente la jurisprudencia romana se divide en tres etapas cada una de ellas es segmentada de acuerdo al nivel de tecnificación alcanzado por los jurisconsultos. La

³ Iglesias, Juan. **Derecho romano**. Pág. 59.

⁴ D'Ors, Álvaro. **Op. Cit.** Pág. 34-35.

⁵ Iglesias, Juan. **Op. Cit.** Pág. 29.



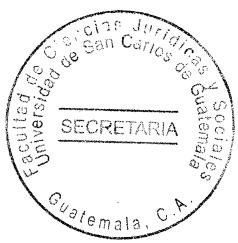
segunda etapa o de jurisprudencia clásica fue la cuna de los grandes jurisconsultos y pretores que con su especial penetración sobre los casos sentaron bases para que los posteriores conocedores de la ley, tomaran sus sentencias como fuente de autoridad para decidir un caso concreto.

La codificación de la jurisprudencia resultó de la preocupación de enseñar las sentencias de los clásicos a las nuevas generaciones, por ello la tercera etapa fue tan solo la repetición de sus opiniones. Únicamente los rescriptos imperiales de Justiniano y de los últimos emperadores romanos fueron lo innovador de la época y en conjunto, llevaron a compilar el *Corpus Iuris Civilis* o Cuerpo del Derecho Civil.

1.1.2. La jurisprudencia medieval

La convulsión al final del imperio romano, producto de guerras internas y el avance de las fuerzas bárbaras que penetraron en el corazón del imperio romano de occidente y la naciente religión cristiana propiciaron la aparición de un ordenamiento amorfo: "En la Edad Media no existía un orden jurídico, pero ello no significaba que no hubiera derecho, pues predominaba la costumbre (...) las instituciones jurídicas tenían carácter consuetudinario y local".⁶ El hallazgo del Cuerpo del Derecho Civil sirvió para redescubrir la antigua jurisprudencia romana y ser enseñada y explicada por las primeras universidades europeas por medio de los glosadores.

⁶ Torrés Zárate, Fermín. **La jurisprudencia. Su evolución.** <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/65/72-08.pdf> (Consulta: 20 de abril de 2017). Pág. 11.



1.1.3. La jurisprudencia en la Edad Moderna

Al trascurrir los siglos, las ideas de los seres humanos cambian y retroceden a lo mismo, por ello, los postulados del Renacimiento deseaban un despertar del letargo que la edad media había dejado, el volver la vista hacia los clásicos griegos en su filosofía y a encontrarle dinámica al viejo derecho romano, dejando atrás los estatutos de los reinos que dividían a Europa, aparece el racionalismo de Descartes que admite como únicamente verdadero aquello que la razón perciba como tal.

Las corrientes filosóficas vuelcan en los siglos siguientes hacia el derecho natural, gracias a los iluministas franceses: “Los juristas del derecho natural observan que el defecto del derecho romano era la ausencia de sistematicidad, de un orden, por lo que se dieron a la tarea de sistematizar las fuentes romanas, lo que trajo como efecto, la sistematización”.⁷

En este contexto histórico fue vital la codificación ya que por los postulados de los iluministas franceses e italianos el significado que tenía la jurisprudencia fue atenuado por la ley como fuente del derecho. Consecuencia de ello fue la Revolución Francesa que postuló la supremacía de la ley y la caída del Antiguo Régimen.

Nace en Francia el Tribunal de Casación: “creado casi como apéndice del Poder Legislativo y concebido, más que como órgano jurisdiccional, como instrumento de vigilancia de la legalidad. Estaba facultado para anular (*casser*) las sentencias que quebrantaran la ley”.⁸

⁷ *Ibíd.* Pág. 11.

⁸ Lozoya Varala, Rafael. *Jurisprudencia y creación del derecho.* <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/3/cnt/cnt7.pdf> (Consulta: 20 de abril de 2017) Pág. 4.



Como se observa la evolución de la jurisprudencia desde los albores de Roma hasta bien entrado el Siglo XIX se centró en la mezcla de diversos ordenamientos consuetudinarios que persisten entre los mismos generando ramificaciones del derecho romano.

1.2. Definición

Según el Diccionario de la Lengua Española, la palabra doctrina es: “Enseñanza que se da para instrucción de alguien. Norma científica, paradigma. Conjunto de ideas u opiniones religiosas, filosóficas, políticas, etc., sustentadas por una persona o grupo (...) legal, jurisprudencia conjunto de sentencias de los tribunales”.⁹

La delimitación en la definición ofrecida por la Real Academia Española describe elementos puestos tanto en su correlación al significado adquirido para quienes lo utilizan, como por la relación de doctrina con enseñanza pero lo que se trata de dilucidar es en sí la calificada como legal; se dirá entonces, que doctrina es la enseñanza, educación, explicación, interpretación cuya finalidad es aprender. Es implícito que cualquier enseñanza trae aparejado el aprendizaje, adoctrinar es, por ende, aprender por medio de la enseñanza que adoctrina desde la experiencia.

“La precisión del concepto de doctrina legal, ha dado lugar a un largo debate entre los tratadistas de derecho. Para algunos, esta expresión equivale a jurisprudencia. (...) La expresión doctrina legal significa, en realidad, doctrina aceptada por un tribunal superior o supremo de justicia para la motivación de sus fallos y contendía en los mismos, de

⁹ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 819.



manera reiterada y firme, así como la doctrina en que se ha inspirado el legislador para la formulación del derecho positivo nacional, en sus diferentes ramas".¹⁰

"En lenguaje forense se entiende por ello tanto como jurisprudencia, pero circunscrita a la del más alto tribunal del país, el que unifica la interpretación de las leyes por medio de la casación".¹¹

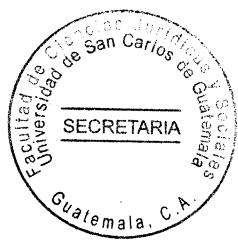
Las anteriores definiciones jurídicas restringen el concepto de doctrina legal como la decisión de los tribunales superiores cuya decisión ha sido constante y las circunstancias fácticas han sido equivalentes, por lo cual la reiteración del sentido del derecho ha sido establecida y se sitúa como invariable si otro caso similar es conocido por el tribunal.

Se definirá como doctrina legal al conjunto de decisiones judiciales con elementos homogéneos tanto en su fundamento jurídico como en su base fáctica cuyas características han sido reiteradas por un tribunal superior que falla en similar sentido y la legislación a la cual están supeditados les da la pauta para entender que esos fallos han alcanzado dicha caracterización.

La doctrina legal debe cumplir con los requisitos de ser pronunciada por un tribunal competente y que la misma reitere el sentido de casos anteriores.

¹⁰ De Pina, Rafael. **Diccionario de Derecho**. Pág. 239.

¹¹ Ossorio y Florit, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 340.



1.3. Clasificación

La clasificación de jurisprudencia a presentarse será atendiendo al carácter coercible de la misma, dependiendo del sistema legal que le da ese carácter. Ciertamente, la diferenciación sobre los asuntos de tipo material presentados a las cortes supremas dan premisas distintas pero ¿cuál es criterio determinante para sentar doctrina legal y que sea respetado por los otros tribunales? La verdadera esencia de la jurisprudencia, como se mencionó, es enseñar cómo se interpreta un pasaje de la ley para determinado caso.

1.3.1. Jurisprudencia vinculante

Se define como aquella revestida de coercibilidad que sujeta en el mismo sentido interpretativo tanto al mismo tribunal que la dicta como a tribunales inferiores hasta adquirir un carácter permanente. La jurisprudencia supone una fuente del ordenamiento jurídico, por ello, la dirección de enseñanza o la línea de acoplamiento sobre el asunto debe seguirse en esa vía, entonces, el vínculo se establece en la orientación de conocimiento sobre esa cuestión, es experiencia trazada dentro de los argumentos que forman parte del caso concreto, cuyas circunstancias se develan una y otra vez de forma constante y al existir el fenómeno en apariencia equivalente, la capacidad de adelantar la solución se hace palpable, contrario sería al ser desligado el sentido que se ha decidido, lo cual, quebrantaría esa experiencia.

Es vinculante por virtud de la ley en unos sistemas legales, es vinculante por virtud de la norma consuetudinaria en otros, pero la cuestión se dirige en el sentido que un juez o tribunal deba resolver; la decisión se basa en experiencia o en creación y ambas supeditadas a la plataforma fáctica. Es decir, la facultad de establecer si un sistema



legal acepta la obligatoriedad como vinculación de una sentencia judicial a todos aquellos casos en los cuales el cuadro contextual en cuestión es invariable.

Esta obligatoriedad delineada al momento de interpretar la ley se supone señalada de forma equivalente por la inclusión de los mismos hechos que la originaron, en cambio si existe alguna variación al momento de ser verificada en la hipótesis legal que se trata de subsumir, provocaría alternativas distintas las cuales se tratarían de solucionar buscando razones alternas, por ello la legislación crea otras fuentes normativas en las cuales el propio juzgador puede ayudarse para solucionar los casos concretos, variando el sentido y adaptándolo a las circunstancias en las cuales se deben de aplicar.

Si se analiza, entonces, la jurisprudencia se convierte en vinculante por virtud de una norma jurídica o consuetudinaria, que le da esa autoridad, pero, ¿Quiénes están vinculados, los tribunales inferiores, los funcionarios públicos, órganos estatales o administrativos, personas privadas, cortes o tribunales de la misma categoría jerárquica? La autoridad de una decisión se basa en la fuente de conocimiento que genera y la capacidad de coerción que pueda provocar, para ello, la legislación debe dotar de capacidad obligatoria a dicha decisión. Que otros órganos dotados de poder sigan esa misma orientación dependerá de la legitimidad de donde emane, por ello la cuestión de la obligatoriedad solamente la legitima la norma legislada.

En consecuencia, se menciona que las: “(...) normas que se producen de modo individualizado, pero que, al repetirse, vinculan a la generalidad de los destinatarios en casos similares”.¹² Se dice que de las decisiones la única parte que ha de ser obligatoria, incluso de forma abstracta y general es la *ratio decidendi*. En el contenido de toda sentencia es preciso determinar en cada una de sus diferentes partes a saber: “la *decisum*, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*. (...) La *decisum*, la resolución concreta

¹² Villegas Lara, René Arturo. **Temas de introducción al estudio del derecho y teoría general del derecho.** Pág. 107.

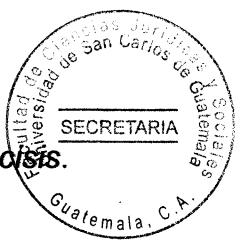


del caso (...) la *ratio decidendi*, la formulación general del principio, regla o razón general que constituye la base necesaria de la decisión judicial específica. Esta parte de la sentencia tiene fuerza vinculante y constituye el precedente judicial. (...) La (sic) *obiter dicta*, la define como una parte de la sentencia, que no tiene poder vinculante, sino una fuerza persuasiva que depende del prestigio y jerarquía del tribunal".¹³

En el derecho guatemalteco es común encontrar: la *decisum* como el por tanto o las resultas de las sentencias judiciales en los cuales se coloca la conclusión al caso concreto es decir, el producto de la interpretación normativa dando resultado la decisión de declarar o constituir el derecho; el *obiter dictum* es la parte persuasiva, la parte donde se invita a seguir el criterio sustentado en la decisión; suele incluirse en los últimos considerandos, tiene una naturaleza contingente, al momento de ser incorporada en las resoluciones exhorta tanto a los órganos administrativos como funcionarios públicos para realizar o dejar de realizar ciertas funciones que no le competen o actuar de acuerdo a lo normado por ejemplo en algunas sentencias de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala se incluye la falta de diligencia de algún tribunal ordinario o la falta de función legislativa al existir algún vacío legal, persuadiendo al Congreso de la República de Guatemala a realizar su potestad legislativa, entre otros casos.

La *ratio decidendi* es la parte medular de las sentencias, la que se utiliza para crear jurisprudencia ya que la misma desarrolla los principios, las doctrinas e intelección del juzgador conectadas armónicamente para servir de motivación a la respuesta decidida del caso en concreto; es la razón misma, el desenvolvimiento del raciocinio legal plasmado a través de los considerandos tanto de la tesis y de los hechos concretos que se construyen en el asunto ventilado.

¹³ Pérez Vásquez, Rodolfo. **La jurisprudencia vinculante como norma jurídica.** https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-4-no-7/art-1.pdf (Consulta: 05 de mayo de 2017). Pág. 5.



Este tipo de jurisprudencia es propia del sistema que sigue el sistema del *stare decisis*.

1.3.2. Jurisprudencia obligatoria

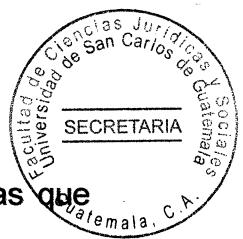
La jurisprudencia obligatoria es la emanada de un tribunal superior propia del sistema de derecho civil o continental, en el cual la jurisprudencia es una fuente complementaria del derecho.

El hecho de ser obligatoria está referido en cuanto a su calificación como forma de interpretación de normas jurídicas establecidas por el tribunal de casación o constitucional, previendo establecer una línea interpretativa sobre determinada cuestión ya sea por deficiencia, ambigüedad o laguna de ley.

La jurisprudencia obligatoria en determinado momento, según lo establezca la ley, es equivalente a decir doctrina legal, porque la misma se convierte como motivo de casación por infracción a las consideraciones anteriores o precedentes sobre un determinado asunto que se reproduzca en similares circunstancias al momento de citarse como tal.

1.3.3. Jurisprudencia persuasiva

La jurisprudencia persuasiva no sujeta a los demás órganos jurisdiccionales porque lo interpretado por estos solamente responde a su función decisoria, es fuente de derecho de forma atenuada ya que solo es una pronunciación sobre un caso concreto; no es



vinculante para los demás órganos jurisdiccionales pero lo es para las personas que buscan la tutela judicial.

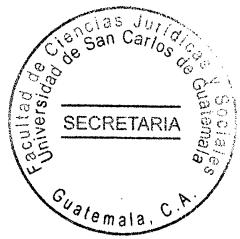
La función de la jurisprudencia persuasiva es la de ser un simple antecedente, con el fin de influir en la conciencia de los juzgadores que conozcan casos similares; este tipo de jurisprudencia es utilizada para orientar la resolución o el sentido de ciertos casos que contengan variables o hipótesis equivalentes y nace de pronunciamientos de jueces inferiores (en sistemas que lo aceptan) y de fallos segmentados que no siguen una línea interpretativa emanados de tribunales o cortes supremas.

Sobre las clases de jurisprudencia, se ha escrito que: "las tesis jurisprudenciales tienen la misma fuerza normativa de un texto legal. Dichas tesis son de dos especies: o interpretativas de las leyes que refieren, o integradoras de sus lagunas".¹⁴ Es interesante la explicación que brinda García Máynez en cuanto a la tesis contenida en sentencias judiciales cuyo soporte recae en la continuidad la cual es destruida o abrogada por la discrepancia en el criterio, sustentada en dicho razonamiento que resuelve el caso.

1.4. Diferencia entre doctrina legal y jurisprudencia

A lo largo del tiempo se ha tratado de establecer una diferencia evidente entre la doctrina legal y la jurisprudencia, dado que no existe uniformidad entre ambos conceptos toda vez que se asumen diversas posiciones en cuanto a los mismos, en ese entendido se tratará de establecer sus diferencias atendiendo a dos criterios:

¹⁴ García Máynez, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho.** Pág. 69.



1.4.1. Conceptual

La diferencia conceptual parte del hecho de que los términos tanto de doctrina legal y jurisprudencia representan dos momentos distintos en su apreciación objetiva.

En párrafos anteriores se estableció la definición de doctrina legal en cuanto a una interpretación autorizada con fuerza obligatoria realizada por tribunales supremos. En cambio el concepto jurisprudencia al ser un término polisémico le corresponden diversos significados.

Se ha entendido como jurisprudencia: “interpretación que la autoridad judicial da ordinariamente a una ley, y así como expresión de la ciencia”.¹⁵

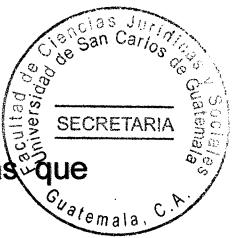
A su vez: “ciencia del derecho. En términos más concretos y corrientes se entiende por jurisprudencia la interpretación que la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. Así, pues, la jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada”.¹⁶

Para ciertos tratadistas el término precedente se identifica con jurisprudencia, cuya definición es la de ser: “Resolución similar de un caso planteado antes y que se invoca para la reiteración por aquel a quien favorece”.¹⁷ Pero dicho término es utilizado principalmente por la doctrina anglosajona para referirse (en el ámbito judicial) a las

¹⁵ De Pina, Rafael. **Op. Cit.** Pág. 320.

¹⁶ Ossorio y Florit, Manuel. **Op. Cit.** Pág. 525-526.

¹⁷ **Ibíd.** Pág. 749



resoluciones de cada uno de los tribunales de cualquier jerarquía ya sean las que revisten carácter persuasivo como obligatorio.

Por lo anterior se puede concluir que el término jurisprudencia se identifica con el término precedente, significando cada una de las sentencias que emita un tribunal de alta jerarquía. En cambio doctrina legal es consecuencia de un determinado número de precedentes que cumplen con los requisitos legales para que tenga dicha categoría, revistiéndola de obligatoriedad. Es decir que la doctrina legal es jurisprudencia cualificada de un tribunal superior. Aunque la ambigüedad del término de doctrina legal induce a confusión, siendo correcto denominarle como doctrina jurisprudencial.

1.4.2. Histórica

La diferencia histórica radica en que el término jurisprudencia es extremadamente antiguo en comparación con el término de doctrina legal toda vez que aquella surge con el derecho romano, adquiriendo a través del tiempo múltiples acepciones.

En cambio, la doctrina legal nace propiamente en la legislación española: “Calvo Vidal localiza la utilización del término doctrina legal en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, regulador del recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo (...)¹⁸”.

A su vez dependiendo del sistema jurídico que se pretenda analizar se notará que el término de doctrina legal pertenece con exclusividad al sistema del derecho continental (español y latinoamericano), toda vez que el sistema del *common law* utiliza el término

¹⁸ Rivero Ortega, Ricardo. **Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho.** <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/246389.pdf> (Consulta: 10 de diciembre de 2017). Pág. 20.



de precedente para establecer las resoluciones vinculantes pertinentes a un determinado caso.

1.5. La jurisprudencia como fuente de derecho en los sistemas jurídicos contemporáneos

La delimitación de las fuentes del derecho es un tema común y muy discutido en todo tiempo y lugar, dando pauta a grandes divisiones de las mismas, en este apartado se establece la dinámica de diversificar tanto los lineamientos generales de los sistemas jurídicos contemporáneos con la finalidad de establecer el grado de importancia que la jurisprudencia reviste en los mismos.

Es común la clasificación de distintos sistemas legales en el mundo ya sea por adopción a una norma fundamental que ordena las instituciones dentro de su Estado o Nación y la identificación cultural o religiosa construida en base a las prácticas de los pueblos. Se identifican cuatro sistemas legales: el sistema anglosajón o del *common law*, el sistema romano-germánico, continental o *civil law*, el sistema del derecho socialista y el sistema islámico o musulmán.

Para los efectos de la presente investigación se explicarán los sistemas de tradición romano-germánica-sajona, tanto el sistema de derecho anglosajón y el sistema del derecho continental.



1.5.1. Sistema de derecho anglosajón o *common law*

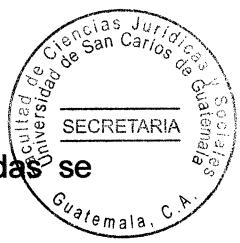
El término jurisprudencia o *jurisprudence* en el *common law* designa: “un conjunto de estudios generales acerca del derecho, que no se limitan a la mera exposición de las reglas vigentes en una comunidad determinada (...) incluye la filosofía del derecho (...) se estudian no sólo los conceptos jurídicos fundamentales, también a: 1) estudios destinados a investigar la interacción entre el derecho y las fuerzas sociales y económicas (*sociological jurisprudence*); 2) indagaciones enderezadas a determinar los patrones valorativos para guiar la faena de creación jurídica y apreciar los resultados de ella (*ethical jurisprudence*) y 3) los estudios dirigidos a investigar los orígenes y la línea de evolución de las principales instituciones del derecho (*historical jurisprudence*)”.¹⁹

Para caracterizar detenidamente cada punto mencionado, es necesario adelantar que la armazón del *common law* varía dependiendo el país donde se aplique, ya que no es del todo estandarizada, tanto en su composición interna como la aplicación de sus principios fundamentales y su valor normativo, por ello, para una mejor comprensión, se divide en derecho inglés y derecho norteamericano, ya que ambos presentan mecanismos distintos de acuerdo a su organización institucional.

-Derecho inglés

Se describe al derecho inglés como un: “(...) sistema abierto que supone un método que permite resolver cualquier cuestión que se plantea y carece de normas sustantivas para cualquier circunstancia. Así, la técnica propia del derecho inglés no es

¹⁹ Prefacio de Genaro R. Carrió en: Hart, H.L.A. **Derecho y moral contribución a su análisis**. Pág. X-XI.



interpretativa de las normas: sino que a partir de las *legal rules* ya formuladas se propone descubrir la *legal rule* aplicable al caso concreto".²⁰

El derecho inglés es muy complejo y segmentado en cuanto a las instituciones que lo forman. Estas instituciones poseen finalidades distintas por ejemplo la *equity* y el *common law* en sentido estricto, ambas suponen matizaciones interpretativas distintas de acuerdo al grado de validez incorporado a cada una.

El *common law* en sentido estricto se encarga de recoger todas las normas consuetudinarias plasmadas en los precedentes judiciales, que resuelven cuestiones comunes, tanto penales, civiles en la parte de contratación y la responsabilidad derivada por el incumplimiento de obligaciones y sobre cuestiones de personalidad y personería, de los cuales ya existe un referente dedicado a esa materia en especial, por ejemplo ciertos elementos que adecuen la estructura conceptual del derecho de daños y en concreto sobre el derecho a indemnización de determinados sujetos con tutela especial. Es decir, el precedente tiene diferentes grados de obligatoriedad; si es emanado de un tribunal inferior los demás actores del sector judicial deben conocer esos precedentes en determinada materia, pero solo son persuasivos, en cambio, si emanan de un tribunal superior obligan a seguir esa línea interpretativa.

La *equity* es la atenuación a la interpretación del *common law*, por lo regular los juicios de equidad constituyen la manera de acceder a la aplicación de justicia (en el sentido de la justicia equitativa) la que ha sido denegada por el juez inferior la cual es pronunciada por los Cancilleres en la Cámara de los Lores, hasta su reforma en la cual se instituyó una Corte Suprema en Inglaterra.

²⁰ Torres Zaráte, Fermín y Francisco García Martínez. **Op. Cit.** Pág. 9.



Como se vislumbra, ambos matices del *common law* inglés resultan de la doctrina del *stare decisis* (estarse a lo decidido) el cual cumple: “la costumbre de respetar la autoridad moral de las decisiones tomadas por los jueces en los asuntos anteriores, sobre todo de los juzgadores de alto rango”.²¹ Desde luego en Inglaterra “el Derecho estatuido se deja más de lado; las colecciones de sentencias (*reports*) forman la masa principal del Derecho (...) al lado de las reglas jurídicas que revisten la forma judicial o jurisprudencial (*common law* y *equity*) existe otra fuente del Derecho que la forma propiamente legal (*statute law*)”.²²

-Derecho norteamericano

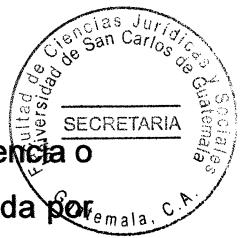
La construcción de una organización de fuentes legales en Estados Unidos es distinta a la establecida en Inglaterra. El *common law* norteamericano en cuanto a su sistema de fuentes varía por la distribución geográfica; a su vez, solamente existe una Corte Suprema de Justicia Federal para todo el país, por lo cual la admisión de casos es demasiado discrecional con respecto a otras cortes supremas en el mundo.

La práctica norteamericana del *common law* requirió que los jueces a través de los precedentes se dieran a la tarea de adecuarse a los mismos, a los estatutos y a la constitución, esta tripartita condición se desarrolló en forma paralela al *common law* de los ingleses: “hay una red de tribunales nacionales (*Federal Courts*), además de los tribunales de los estados miembros (*State Courts*)”.²³

²¹ Torres Zárate, Fermín. *Op. Cit.* Pág. 12.

²² Leonseguí Guillot, Rosa Adela. *El método en el derecho inglés.* <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1999-14-8F2D7D94/PDF> (Consulta: 30 de mayo de 2017) Pág. 9-10.

²³ Torres Zaráte, Fermín y Francisco García Martínez. *Op. Cit.* Pág. 12.



En las fuentes de derecho norteamericanos se incluyen normalmente la jurisprudencia o la fuerza del precedente, pero en la práctica, la fuerza del precedente es atenuada por la forma de organización estatal ya que cada uno cuenta con un sistema judicial distribuido por niveles desde los jueces menores, pasando por los tribunales de causas mayores, los tribunales de apelaciones y las cortes supremas federales, por lo cual hace casi imposible la accesibilidad de todos los casos conocidos, obviamente esto no es extensivo a las decisiones de la Corte Suprema Norteamericana, las cuales siempre son vinculantes.

El crecimiento del aparato administrativo y la proliferación de la legislación propiciaron que el derecho consuetudinario de origen inglés perdiera su importancia, aunque la doctrina del precedente o del estudio de la jurisprudencia es parte aún vital de la estructura educativa legal norteamericana: “*El Restatement of the law (...)* recopilaciones jurídicas (...) trata de exponer en forma tan exacta como sea posible, las soluciones que son más armónicas con el sistema del *Common Law* americano y que por tanto han sido sancionadas de forma general por los tribunales”.²⁴

En cuanto a la legislación como se apunto arriba, actualmente juega un papel importante en la producción de normas jurídicas a causa del aumento del trabajo legislativo del Congreso de los Estados Unidos. Las leyes en Estados Unidos se organizan así: “la Constitución (...) ocupa el lugar más alto de la jerarquía, después las leyes federales, emanadas del Congreso y al lado de ellas los tratados internacionales (...) reglas de procedimiento en la Corte y (...) los departamentos administrativos”.²⁵

En conclusión para este sistema jurídico (en sus dos variantes) la jurisprudencia o el precedente jurisprudencial, representa una fuente principalísima del derecho porque: “Los tribunales, en muchos casos, crean Derecho, en el sentido literal de la palabra,

²⁴ *Ibid.* Pág. 25.

²⁵ *Ibid.* Pág. 27.



porque son los únicos que interpretan las leyes. (...) Han confeccionado un cuerpo de doctrina de <<interpretación de leyes>>. Se trata de normas, o en términos más realistas, de pautas rayadas (sic) y normas de experiencia. Algunos de ellas vienen en forma de <<máximas>> o <<cánones de interpretación>>; brocados o aforismos que reúnen varias pautas de interpretación condensadas en una o dos frases".²⁶

1.5.2. Sistema de derecho continental o derecho civil.

El derecho continental es esencialmente legalista, es decir, parte del postulado en el cual la legislación define los límites de todo proceder dentro de un Estado determinado. Se cree que la sistemática como previsión del futuro fue lo que originó la codificación de las leyes: “(...) se caracteriza porque la norma de derecho se elabora inicialmente, y se aplica posteriormente a los problemas que la práctica presenta”.²⁷

Uno de los postulados del derecho continental lo establece el sistema de fuentes, la fuente primaria es la Ley. Montesquieu lo confirma: “(...) la ley, que es ciega y clarividente a la vez, fuera, en ciertos casos, demasiado rigurosa. Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.²⁸

Lo anterior dio origen a la codificación la cual tiene: “(...) como finalidad la simplificación de las leyes y su reducción, a un solo libro, llamado Código”.²⁹ Los productos monumentales fueron el Código Civil Francés de 1804 y el Código Civil

²⁶ Friedman, Lawrence M. **Introducción al derecho norteamericano**. Pág. 116-117.

²⁷ Bernal, Beatriz y José de Jesús Ledesma. **Historia del derecho romano y derechos neorrománticos**. Pág. 23.

²⁸ Montesquieu, Charles Louis de Secondat, barón de. **Del espíritu de las leyes**. Pág. 214.

²⁹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho civil, parte general**. Pág. 28.



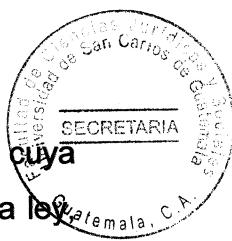
Alemán de 1900, ambos se convirtieron en el principio motor del movimiento codificador, no es por demás que: “(...) una norma jurídica puede ser hecha de antemano, con la finalidad expresa de regular los acontecimientos futuros, o declarada por los tribunales de justicia en el ejercicio de su jurisdicción”.³⁰

Para entender la forma en que funciona el sistema continental se debe encontrar en la metodología que se utiliza en la aplicación y creación de la ley, porque es propio de este sistema que las funciones tanto de creación, ejecución y reglamentación de lo que es el orden jurídico o norma jurídica propia, sea delegada a organismos distintos y no subordinados, cada cual con atribuciones delimitadas por una ley fundamental que es una Constitución.

En los tribunales de justicia la función jurisdiccional es atendida por el juez o tribunal dependiendo de la organización judicial propia de la organización del Estado; el juez a través de cada caso genera normas individualizadas en la sentencia a través de la aplicación de la ley y el artículo o parte diseñada para el asunto a tratar y de acuerdo a la premisa general que es el supuesto jurídico, la premisa menor es el caso concreto y al operarla se obtiene la conclusión constituida como la consecuencia jurídica prevista en la norma.

El silogismo es producto del método deductivo, propio del derecho continental, ello es, porque la ley es la premisa general a la cual se debe acceder por causa de su esencia abstracta, llevando el raciocinio del juez a la siguiente fase, es decir, la contrastación de los hechos y la subsunción o sea, que se produce la relación entre la letra de la ley y el acoplamiento con los hechos concretos que se plantean dando resultado la declaración del juzgador.

³⁰ Vinogradoff, Paul. **Introducción al derecho.** Pág. 85.



En el sistema de derecho continental la seguridad jurídica es importantísima, cuya salvaguarda es la existencia o la presunción de que la legislación y su producto la ley es promulgada y conocida por todos y nadie puede alegar su desconocimiento, haciéndola obligatoria de pleno derecho, por tanto, dicho sistema es hermético y la misma ley da las pautas en las cuales puede ser suplido o integrado en caso de lagunas que el ordenamiento pueda contener.

En consecuencia, la jurisprudencia es vista como fuente subsidiaria a la ley, lo cual significa una plena confianza al trabajo del Parlamento o Congreso para la elaboración del derecho. Aunque en la actualidad con la labor de los tribunales constitucionales la jurisprudencia ha alcanzado un grado de importancia a tal punto que gracias a ella se han incorporado figuras jurídicas que suplen la función de la ley al estilo del *common law*.

1.5.3. Sistema jurídico guatemalteco

Sin lugar a dudas, el sistema jurídico guatemalteco es propio del derecho continental por las siguientes características:

- La ley constituye la suprema de las fuentes
- La potestad legislativa
- Los principios de legalidad y reserva de ley con base constitucional
- La atenuación de las funciones jurisdiccionales
- La jurisprudencia como complemento de la ley
- Jurisprudencia cualificada o doctrina legal con efecto obligatorio

-La costumbre es delegada



De las características numeradas se puede entender que la jurisprudencia en el sistema jurídico guatemalteco esta relegada a una forma subsidiaria de la ley tal como se regula en Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala en la cual establece que la ley es la fuente del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia la complementará.

De ello se colige que el legislador guatemalteco postuló como primordial en primer sentido que la ley sea el estandarte que guie la organización política y social del Estado, a su vez recoge la jerarquía de las fuentes identificando a la Constitución Política de la República de Guatemala como la ley suprema o norma fundamental del ordenamiento jurídico y de ella derivan las normas ordinarias o leyes propiamente dichas, reglamentos y normas individualizadas.

La Constitución Política de la República de Guatemala de la Asamblea Nacional Constituyente de 1985 preceptúa:

“Artículo 157. Potestad legislativa e integración del Congreso de la República. La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República, compuesto por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto, por el sistema de distritos electorales y lista nacional (...).”

“Artículo 171. Otras atribuciones del Congreso. Corresponde también al Congreso:

a) Decretar, reformar y derogar las leyes (...)".



"Artículo 179. Primacía legislativa. Devuelto el decreto al Congreso, la Junta Directiva lo deberá poner en conocimiento del pleno en la siguiente sesión, y el Congreso en un plazo no mayor de treinta días, podrá reconsiderarlo o rechazarlo. Si no fueren aceptadas las razones del voto y el Congreso rechazare el voto por las dos terceras partes de total de sus miembros, el Ejecutivo deberá, obligadamente sancionar y promulgar el decreto (...)".

Por mandato constitucional solamente el Congreso de la República de Guatemala es el único facultado para emitir normas jurídicas con carácter de ley, porque se postula que los organismos del Estado democrático deben estar en adecuada coordinación; pero en la práctica el legislativo es el delegado del pueblo, el organismo que posee mayor representatividad a tal punto que es el encargado de la creación y formación de la ley.

En cuanto a la función jurisdiccional la norma constitucional establece:

"Artículo 203. Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes (...)



La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca (...)".

De la transcripción del artículo constitucional es claro que las funciones jurisdiccionales son atenuadas por la ley, en tanto a la forma de la selección de las magistraturas sea de la Corte de Constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia y Salas de Apelaciones, sometidas al control político del Congreso de la República, Consejo de Ministros y otros entes de derecho público.

El bosquejo anterior sirve de preámbulo para dilucidar la importancia de la jurisprudencia en el sistema jurídico guatemalteco. Únicamente por la vía del recurso de casación y de las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad se crea jurisprudencia o doctrina legal.

En cuanto al recurso extraordinario de casación se ha entendido como: "el proceso de impugnación de una resolución judicial, ante el grado supremo de jerarquía judicial, por razones inmanentes en que dicha resolución fue dictada".³¹

Y según la ley del Organismo Judicial la Corte Suprema de Justicia, en su respectiva cámara, es la encargada de conocerlo:

"Artículo 74. Jurisdicción. La Corte Suprema de Justicia tiene jurisdicción en toda la República para conocer de los asuntos judiciales que le competen de conformidad con la Ley. Es el tribunal de superior jerarquía de la República".

³¹ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil. Tomo II. Volumen 2º.** Pág. 465.



“Artículo 79. Atribuciones. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia o de la Cámara respectiva:

a) Conocer de los recursos de casación en los casos que procedan, según la ley (...).”

Se crea jurisprudencia del recurso de casación dado el carácter extraordinario del mismo, porque sirve para unificar la interpretación de las normas jurídicas y por medio del mismo reconocer la autoridad de la Corte Suprema de Justicia.

El recurso de casación tiene la virtud de ser una revisión extraordinaria a los jueces inferiores y en el mismo establece una línea de interpretación para el futuro y si fuera el caso crear doctrina legal o jurisprudencia cualificada, la cual reviste carácter obligatorio para los tribunales.

En ese sentido es pertinente citar el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala:

“Artículo 621. Casación de fondo. Habrá lugar a la casación de fondo:

1º. Cuando la sentencia o auto recurrido contenga violación, aplicación indebida o interpretación errónea de las leyes o doctrinas legales aplicables; y,

2º. Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos, que demuestren de modo evidente la equivocación del juzgador.



Se entiende por doctrina legal la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos”.

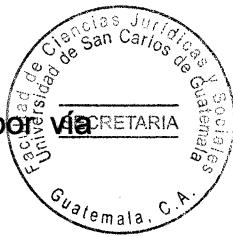
“Artículo 627. Cita de leyes y doctrinas legales. En el escrito en se interpone el recurso deben citarse los artículos violados y exponer las razones por las cuales se estiman infringidos.

No será necesaria la cita de leyes, en relación al motivo de casación que consiste en error de hecho en la apreciación de la prueba.

Si se alegare infracción de doctrina legal, deben citarse por lo menos cinco fallos uniformes del tribunal de Casación que enuncien un mismo criterio, en casos similares y no interrumpidos, por otro en contrario. El tribunal no tendrá en cuenta otras leyes y doctrinas legales que las citadas al interponerse el recurso o antes de señalar día para la vista del asunto”.

Entonces, la doctrina legal o jurisprudencia cualificada, necesita llenar los requisitos establecidos en los artículos anteriores para ser utilizada como motivo de casación o para citarse al momento de una resolución judicial, porque la misma se ha tenido como un criterio judicial estandarizado y avalado por el tribunal supremo del país.

Lo anterior rige solamente en cuanto a la materia civil y mercantil, también por vía supletoria la administrativa-tributaria.



En cuanto a la materia penal no existe jurisprudencia cualificada o doctrina legal: “En el anterior Código Procesal Penal de Guatemala, el artículo 750 también normaba la doctrina legal en esta materia con cinco fallos de casación emitidos con el voto unánime de los integrantes del tribunal y no interrumpidos por otro en contrario. Sin embargo, el actual Código Procesal Penal (...) no contiene ninguna (sic) norma relativa a la doctrina legal en materia penal, especialmente en cuanto a los fallos reiterados del Tribunal Supremo de Casación Penal, sobre hechos delictivos similares (...).”³²

En materia laboral no existe el recurso de casación por los principios procesales que lo informan, pero hace hincapié en los precedentes de dicha materia, regulado en el Código de Trabajo Decreto 330 del Congreso de la República de Guatemala:

“Artículo 431. Además de las atribuciones consignadas en otras leyes o en el presente Código, la Corte Suprema de Justicia como Tribunal jerárquico de superior categoría, en materia laboral tendrá las siguientes:

- (...) b) Procurar la unificación del criterio de dichos tribunales, para cuyo efecto, propugnará pláticas periódicas entre sus titulares;
- c) Recopilar los fallos de los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, a efecto de crear y unificar los precedentes de los mismos (...).

³² Villegas Lara, René Arturo. **Op. Cit.** Pág. 108.



Se puede interpretar que la intención de la norma transcrita se sustenta en la estabilidad de las decisiones en materia laboral, permitiendo la unificación de las mismas para brindar la seguridad jurídica a los sujetos procesales que se someten en este tipo de procesos.

Finalmente en materia constitucional la Corte de Constitucionalidad como tribunal privativo cuya función esencial es la defensa del orden constitucional se constituye como el tribunal de mayor jerarquía en materia constitucional.

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, Decreto número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente preceptúa:

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

Los efectos de la jurisprudencia constitucional como corresponden dan lugar al respeto de la decisión que se desprende derivado de la supremacía constitucional y del rango categórico que poseen las sentencias de la Corte de Constitucionalidad.

La materia constitucional desarrollada procesalmente por medio de las garantías constitucionales que conoce la Corte de Constitucionalidad tanto en alzada como de



forma directa, produce jurisprudencia cualificada, la misma se reviste como vinculante o coercible para la Administración Pública. La ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad lo regula de la siguiente manera:

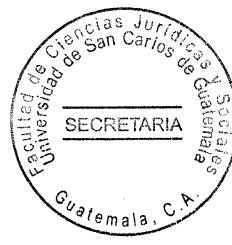
"Artículo 185. Vinculación de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad. Las decisiones de la Corte de Constitucionalidad vinculan al poder público y órganos del Estado y tienen plenos efectos frente a todos".

Y de las demás garantías constitucionales establece los efectos jurisprudenciales:

"Artículo 190. Cosa juzgada. Las resoluciones dictadas en proceso de amparo y exhibición personal son de efecto declarativo y no causan excepción de cosa juzgada, sin perjuicio de las disposiciones relativas a la jurisprudencia en materia de amparo.

Las resoluciones en casos que contengan planteamiento de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general solo causan efecto de cosa juzgada con respecto al caso concreto en que fueron dictadas, pero también tienen efectos jurisprudenciales".

En síntesis la actividad jurisprudencial actualmente reviste gran importancia en todo el sistema legal, ya que la misma se ha convertido en instrumento de interpretación de las normas constitucionales y a su vez de las normas ordinarias, las cuales se complementan con dichos preceptos dotándolos de coherencia y eficacia para el sistema legal.





CAPÍTULO II

2. Interpretación constitucional

La interpretación constitucional forma parte de la interpretación jurídica en general, delimitada en todo caso al texto constitucional y al bloque de constitucionalidad por ende, no está demás partir del significado de interpretación.

Interpretar es averiguar el sentido, extraer de un conjunto de fenómenos los elementos perceptibles los cuales servirán al cometido propio del intérprete-observador quien se sirve de la técnica propia del fenómeno observable, al cual, no le da la calidad de que lo observable sea la realidad tan solo una aproximación a su ser esencial.

La corriente fenomenológica elaborada por Husserl postula que: “una teoría fenomenológica formula enunciados observacionales y elabora conceptos que permiten hacer predicciones, los cuales se convierten oportunamente en enunciados observacionales. Se rechaza entonces toda inferencia a <<entidades>> que permitan explicar el mecanismo de la producción de los fenómenos describibles”.³³

La observación de los fenómenos hace posible el conocimiento, porque existe cierta conexión necesaria entre lo observable y las representaciones mentales, las cuales constituyen las premisas esenciales de todo el pensamiento humano, sin ellas no sería posible la realización del razonamiento propio del hombre, que obtiene del mundo las imágenes y a través de ese proceso mental construye conceptos y definiciones.

³³ Ferrater Mora, José. **Diccionario de filosofía**. Pág. 1243-1244.



Husserl indica que las entidades fuera de las representaciones que los sentidos pueden aprehender sensaciones y estos no pueden explicar por sí los fenómenos observados ya que son posteriores a ellos y no son causa del efecto que dichos fenómenos provocan.

El derecho siendo un fenómeno sintético, se refleja en la capacidad de aprehensión mental, porque se sujeta a la mente de las personas que interactúan con él, aunque no todos sean capaces de identificar a primera vista que esto o aquello es derecho. No hay que olvidar que las relaciones sociales construyen realidades artificiales, el derecho es una de ellas, entonces por medio de fenómenos manifiestos de la realidad, el derecho se ve incorporado por inferencias mentales hacia esos fenómenos. No es que el derecho tenga una realidad tangible si no que el ser humano designa a esto o aquello como derecho.

La capacidad de interpretación debe ir más allá de la mera representación del derecho como voluntad del Estado porque su realidad está encasillada a revestir diversos tipos de relaciones y de ello depende el tipo de interpretación que se quisiera realizar; porque se forma en la mente del intérprete del derecho un fenómeno ya no natural o humano sino jurídico.

Surge el debate sobre si el derecho tiende a la capacidad de amoldamiento tanto de los creadores del mismo como del intérprete, dado que la labor hermenéutica es fundamental para darle vida a la creación legislativa, se necesita entonces, que la función interpretativa lleve dentro de sí esa capacidad motora de poder establecer los límites del texto a interpretar. La limitación no está en el texto de la ley, está en la labor interpretativa ya que los alcances de la misma se diseñan paso a paso concordando artículo por artículo y explicando doctrinas pertinentes siempre tratando de ensamblarlas al asunto a decidir.



La filosofía escéptica de Hume explica que el ser humano no es capaz de entender lo que pasa realmente alrededor y este tan solo se limita a fabricar representaciones por medio de signos elaborados en el intelecto y de ello dependerá el sentido que nazca en los límites y aptitud de la mente: "Pero como la misma palabra ha sido aplicada frecuentemente a otras representaciones particulares, que son diferentes en muchos respectos de la idea que se halla inmediatamente presente al espíritu, y no siendo la palabra capaz de despertar la idea de otras representaciones particulares, toca tan sólo al alma (...) y despierta el hábito que hemos adquirido considerándolas".³⁴

La idea de hábito está impregnada en el derecho, la interpretación es fruto de esa correlación de las ideas que nacen en la mente del ser humano. Es esencial comprender la naturaleza de las cosas y la propia naturaleza humana la cual no es posible definirla o encasillarla en una sola definición o elementos que traten de comprenderla en totalidad, por ello, el derecho, producto de la razón humana, no es más que ideas en torno al orden y al control de esa misma naturaleza humana.

Las ideas son fuente del raciocinio del intérprete, la capacidad misma de la extracción de los elementos conexos depende de la agudeza interpretativa, todo esto es, para demostrar que siguiendo una simple enumeración y definiciones no acercan a la realidad ontológica del derecho; en cambio en sentido pragmático esa labor se relega hasta cuando no existen una conexión necesaria entre los hechos y la norma jurídica aplicable.

Hume menciona: "Todo lo que puede ser concebido por una idea clara y distinta implica necesariamente la posibilidad de existencia, y quien pretenda probar la imposibilidad de su existencia por un argumento derivador de la idea clara afirma en realidad que no tenemos idea clara de ello porque tenemos una idea clara. Es en vano buscar una

³⁴ Hume, David. **Tratado de la naturaleza humana**. Pág. 31.



contradicción en algo que se concibe distintamente por el espíritu. Si implica una contradicción, sería imposible que pudiese ser jamás concebido".³⁵

Entonces se comprende que las ideas son las representaciones de los sentidos y ellas tan solo acceden a una parte del conocimiento humano; el derecho nace producto de la razón, es artificio regulador de la conducta y de la conciencia hasta cierto punto.

Volviendo a la labor interpretativa de una Constitución, limitado ya en la mente, se entiende que, como todo derecho es un producto artificial de la razón humana y por ello, comprender que la mente maquina y elabora los conceptos dependiendo de los fenómenos que ve en el exterior y las representaciones que de ellas derivan lo elabora y le da la categoría del límite conductual. Una Constitución se enarbola como el límite máximo del orden jurídico.

Interpretar normas constitucionales apareja sentar los límites que de ella se desprenden, el propio articulado constitucional deja el margen libre para poder darle el sentido que se quiera o que se pueda, ello sonará escandaloso pero no está lejano de la realidad. Un artículo constitucional es tan abstracto que su contenido puede moldearse dependiendo de la situación a la cual se someta y lo mismo es permitido o ello lo permite la doctrina del derecho constitucional porque para que perdure en el tiempo una norma debe ser lo menos particularizada posible.

Una Constitución se materializa como documento, por ello: "tres son los elementos del acontecimiento y acto hermenéutico o acto de interpretación: el texto (con el significado que encierra o vehicula), el autor y el interprete".³⁶ Siendo un acto humano la subjetividad está al acecho dentro de cada texto interpretado; no es lo mismo decir que

³⁵ Ibíd. Pág. 49.

³⁶ Beuchot, Mauricio. **Hechos e interpretaciones. Hacia una hermenéutica analógica.** Pág. 14.



una persona que no haya conocido nunca una sala de tribunales, haya leído un libro de derecho o haya estudiado en una facultad de derecho tenga las mismas nociones que se presumen tengas los intérpretes de una Constitución.

Es decir, el papel del intérprete está sumamente inmerso en la capacidad intelectiva del mismo, porque de ello se desprenderá lo que quiso decir el legislador constitucional, lo que las futuras generaciones entenderán que quiso decir ese legislador o cómo entender ciertas palabras, la forma de llevarlas a la práctica, la razón de tomar esa decisión en cuanto al sentido, por ello mismo se convierte el intérprete en un guía de la razón, constructor de conceptos y definiciones que señalan el camino a seguir para delimitar el pensamiento y la forma de entender lo interpretado.

La interpretación constitucional es un tipo distinto de interpretación porque: “la Constitución asciende a objeto particular de interpretación contenido que expresa, es decir, por los principios que le confieren un particular valor normativo”.³⁷ En el valor del lenguaje, las palabras siempre encierran un sentido y el valor presunto blinda aún más los presupuestos cargados al momento de descubrir el sentido, la Constitución no es ajena a ello, es más, siguiendo con Pozzolo citando a Zagrebelsky indica que el estilo, el modo de argumentar en Derecho constitucional asemeja al estilo, al modo de argumentar en Derecho natural.

Lo mencionado es de gran trascendencia porque al tenor de la misma debe entenderse a la Constitución como norma invariable y de supremo valor, dotada en sí misma de dicha presunción, es más son los principios que tienen ampliamente difundida en toda la doctrina del derecho constitucional a título de supremos de un orden jurídico y que las demás leyes deben sujetarse a sus postulados.

³⁷ Pozzolo, Susanna. **Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico**. Pág. 127.



La interpretación jurídica es: “(...) la determinación, por medio de signos externos del mandato contenido en la norma (...) Según Betti, la interpretación que interesa al derecho es toda aquella actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que se ha de atribuir, en la órbita del ordenamiento jurídico, a formas representativas que son fuentes de valoraciones jurídicas o que constituyen el objeto de tales valoraciones”.³⁸

Según la transcrita cita, la interpretación se constituye en determinación o mejor dicho, en identificación de lo que la norma de derecho significa para delimitar su alcance al hecho puntual. Interpretar quiere decir la búsqueda de la identificación del significado de derecho para ya sea el caso o la hipótesis normativa le sirve de enlace para la realización de la consecuencia jurídica por medio de la ley de causalidad jurídica parafraseando a García Maynez, por lo mismo la interpretación jurídica no solamente es determinación, es a su vez identificación-aclaración y para que exista dicha aclaración debe existir argumentación para lograr equiparar o balancear los problemas del lenguaje que el caso concreto posea.

Es decir, el primer obstáculo es el problema del lenguaje; se forjó en la jerga anglosajona, el concepto de textura abierta del derecho significando: “(...) que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía caso a caso”.³⁹

El punto de vista de Hart está delimitado a las pautas judiciales propias de su sistema jurídico (inglés) pero se ve correspondida al momento de entender que el derecho no solo comprende las leyes y a una Constitución.

³⁸ Diez-Picazo, Luis. **Experiencias jurídicas y teoría del derecho**. Pág. 226-227.

³⁹ Hart, H. L. A. **El concepto de derecho**. Pág. 168.



Es obvio la interferencia de muchos factores al momento de interpretar una norma, no dejando atrás el problema del lenguaje, a menudo se utiliza la metáfora del agujón semántico para significar que: “Si el debate legal es principalmente o en parte sobre casos cruciales, entonces todos los abogados no pueden estar utilizando los mismos criterios objetivos para decidir cuándo las propuestas de ley son verdaderas o falsas. Sus debates serían principalmente o en parte sobre qué criterio deberían usar. De modo que el proyecto de teorías semánticas, el proyecto de extraer reglas compartidas de un cuidadoso estudio sobre qué dicen y hacen los abogados, estaría destinado al fracaso (...)”.⁴⁰

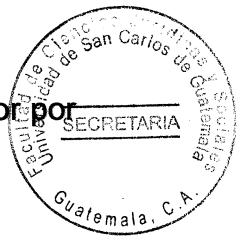
No es lejano entonces, la principal motivación de que los criterios que nazcan de las interpretaciones sean por lo menos, encauzadas a provocar el nacimiento de principios o doctrinas tendientes que sirvan (por ejemplo el sistema anglosajón) como pautas análogas en casos posteriores.

Las reglas del lenguaje como todo tipo de reglas técnicas sirve para dar una guía de realización o cumplir a cabalidad los pormenores que del mismo se desprende, la semántica es propia del lenguaje de las normas, al decir esto, no debe escapar que la norma proporcionada como hipótesis contingente de posible o no posible cumplimiento por los sujetos obligados no sea equiparable a la norma constitucional.

El lenguaje de una Constitución es un lenguaje distinto de cualquier otro tipo de norma, aunque no equidistante, por los valores que pretender realizar; por ello, el significado aproximado de la misma debe ser concorde tanto al texto y contexto y la continuidad de su sentido debe servir, además, para formar una caja hermética donde los postulados que emanen no sean alterados por la arbitrariedad del poder. En otras palabras lo que

⁴⁰ Dworkin, Ronald. **El imperio de la justicia**. Pág. 43.

significa una Constitución debe quedar solamente sometido a una revisión posterior por inaplicación social o porque la cultura jurídica ha superado dicho significado.



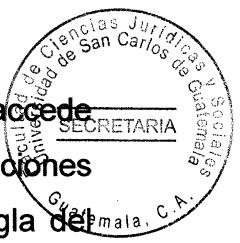
Problema grande resulta la cultura jurídica porque la norma debe ser producto de la cultura propia del lugar en donde sean implementadas.

Entonces el intérprete debe estar empapado de su cultura jurídica y debe responder a los valores imperantes en su sociedad, porque a esa sociedad será la que le responderá, a la que le entregará el discernimiento de la norma constitucional junto con los alcances y límites que pretende que su sociedad comprenda.

Se discrepará con la forma de entender en sociedad el derecho, ya que la profesión de abogado o jurista requiere un sistema o lenguaje más tecnificado que el lenguaje común o normal de los profanos, pero, para entender cuál es el grado de validez de la interpretación del derecho es solamente posible cuando hay un acercamiento al pensamiento normal sin la injerencia de la explicación teórica del derecho como ciencia.

Si la Constitución se basa específicamente en dos funciones que son la de brindar la carta de derechos y la organización del Estado entonces, los efectos de factibilidad de la misma se circunscriben a ello: no es lo mismo interpretar sobre derechos que sobre la organización o el funcionamiento de los órganos del Estado.

En los argumentos expuestos no hay nada que varíe de la concepción de que la Constitución es la norma límite de validez jurídica de un ordenamiento, por lo pronto la explicación de cómo interpretarla requiere un grado de intelección más allá del mero hecho del conocimiento de los conceptos jurídicos.



Hart menciona que el jurista maneja el paraíso de los conceptos al cual se accede cuando un término general recibe el mismo significado no sólo en todas las aplicaciones de una regla (gramatical o jurídica), sino dondequiera aparece en cualquier regla del sistema jurídico (un sentido polisémico de un término jurídico o del lenguaje común). El jurista en su labor interpretativa maneja conceptos, definiciones y categorías con adjetivo de jurídicas, conlleva, por tanto, la necesidad de sobrepasar el significado que el sentido común atribuye y se eleva al sentido propio del lenguaje de las normas.

La labor interpretativa en sí misma significa un gran peso para el interprete porque debe contemplar cada aspecto en donde converjan los puntos cruciales del texto a interpretar por eso, se debe tener suma cautela para comprender el sentido que encierra el precepto normativo.

Al intérprete le llegarán casos difíciles o fáciles, cabe preguntarse entonces ¿cuándo hay un caso difícil o fácil? ¿Cuál es la herramienta argumentativa a utilizar, ya que esa situación no había tenido cabida anteriormente?

En un caso fácil la aplicación lingüística es correlativa a las situaciones de hecho por lo cual la hipótesis normativa se presupone aplicable. En cambio, los casos difíciles: “(...) serían aquellas situaciones en las que las reglas semánticas, que presiden el uso de las palabras, no ayudan al intérprete en la identificación del significado de la disposición y la calificación jurídica del hecho, por lo que el intérprete resuelve el caso discrecionalmente”.⁴¹

La discrecionalidad de la interpretación es inevitable porque dependiendo de las variables disponibles para el intérprete, las condiciones del caso harán tomar tal o cual

⁴¹ Pozzolo, Susanna. Op. Cit. Pág. 124.

decisión, entonces suponer que en un caso fácil no existe discrecionalidad (aunque atenuada) resulta falso.

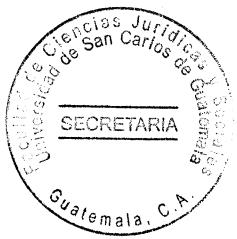


Lo que sucede en los casos difíciles es que llevan en sí ciertos componentes ya sea en su plataforma argumentativa, por los sujetos o del objeto donde recaen los intereses en conflicto, incluso representa cierto desequilibrio dentro del orden estatal, porque el intérprete tendrá que usar la discrecionalidad y al usarla ciertos sectores sociales no estarán de acuerdo y causará un gran impacto en la sociedad donde se lleve a cabo.

Es difícil porque se ve implicada la moralidad social o la ideología propia de uno o varios grupos sociales, por eso existen presiones de cualquier índole que merman la capacidad intelectiva del o los sujetos interpretes y estos deben asumir una posición que será conflictiva y generará ciertas divergencias en el sentido que dicha cultura jurídica tenía o tiene de determinado precepto interpretado, “un caso es difícil porque presenta problemas (en algún sentido) morales o políticos, problemas que no tienen que hacer solamente con el uso de las palabras”.⁴²

La construcción interpretativa se eleva a un tipo de discurso jurídico cuyo grado de valoración dependerá de quienes fueron los autores de dicha interpretación. El discurso jurídico es el contenido de una serie de argumentos que diseñan los alcances que debe entenderse o determinarse tal o cual precepto, el cual incluye todas las creencias, la forma de entender el derecho, la ideología del intérprete, sus creencias morales o religiosas que no deja fuera al momento de pronunciarla.

⁴² Ibíd. Pág. 125.



2.1. Principios de interpretación constitucional

Atendiendo al uso normal del significado de principio se tiene que tener en cuenta que es el inicio de algo, el punto de partida que tiende hacia alguna dirección. Principio en derecho como en cualquier otra ciencia es una directriz básica que diseña el camino a seguir sobre una cuestión. Se estatuye como criterio primario para establecer cuál debería ser la orientación a seguir en un determinado orden de cosas.

Los principios de la interpretación constitucional presumen eso: criterios ordenadores primarios que determinan los pasos a seguir o que limitan, el andar del intérprete.

Si se habla de interpretar una Constitución la misma conlleva una serie de diferenciaciones por el tipo de texto y las calidades que reviste, no será lo mismo interpretar un pasaje sobre los derechos humanos que otro sobre las prohibición para acceder a determinado cargo público.

Vladimiro Naranjo Mesa señala los siguientes principios:

2.1.1. Principio de unidad de la Constitución

Menciona que este principio propuesto por Konrad Hesse consiste en que la norma constitucional no se puede interpretar en forma aislada, sino que debe considerarse dentro del conjunto constitucional.



Un ejemplo de ello sería la sentencia de fecha 15 de enero de 1988 del expediente 82-87 en el cual la Corte de Constitucionalidad de Guatemala consideró lo siguiente:

"La interpretación literal de la norma no produce ningún problema, dada la forma expresa del enunciado (...) que opera en forma directa e inmediata desde la fecha de vigencia de la Constitución Política de la República de Guatemala. Este precepto debe interpretarse en coherencia con otras normas, tales como (...)".

De la anterior nota jurisprudencial se desprende que la interpretación debe conllevar una relación coherente con el resto de las normas que integran el documento constitucional.

2.1.2. Principio de concordancia práctica

Se basa en la conexidad existente entre los bienes constitucionalmente protegidos. Conlleva la complejidad de resolver, en ciertos casos, el problema que se plantea cuando entran en conflicto bienes o intereses constitucionalmente amparados, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales.

Siguiendo la misma temática el Tribunal Constitucional en el expediente 438-2000 con fecha de sentencia 27 de septiembre de 2000 en el cual arguyó las siguientes consideraciones:

"Existe un principio general de publicidad de los actos de la administración pública que permite que los habitantes del país puedan obtener información de esas actuaciones, bien sea por medio de su examen directo como por la facultad de obtener copias y



certificaciones. Esta premisa halla sustento en preceptos de la Constitución, como los citados artículos 30 y 31, en cuanto a la publicidad, y 28, en lo relativo al derecho de petición. Mandamientos como los anteriores deben ser aplicados siempre con las debidas reservas que impone el principio de que los derechos no pueden ser absolutos, en tanto que, para la organización social, sean necesarias las apreciaciones relativas o condicionales de hecho. De manera que el principio de publicidad invocado, podría oponérsele el del derecho a la intimidad o de la vida privada que también tiene rango constitucional (...)".

De manera evidente no se hace palpable la utilización de este principio de interpretación constitucional, pero se puede apreciar que se hizo la concordancia entre preceptos constitucionales que establecen derechos fundamentales y los medida; de tal manera dicho principio sirve para ponderar derechos fundamentales y darles el adecuado balance necesario según las circunstancias del caso en concreto.

2.1.3. Principio de eficacia integradora de la Constitución

Consiste en tener en cuenta que uno de los propósitos fundamentales de una Constitución es el de buscar la unidad política del Estado y de todos sus elementos constitutivos.

Resulta pertinente citar el expediente 185-2014 con fecha de sentencia 14 de agosto de 2014:

"De esa cuenta las facultades del Organismo Ejecutivo en la materia, siempre quedan sujetas a los mecanismos de control y fiscalización existentes en el orden constitucional, en particular, cuando, por el sistema de contrapesos, el Congreso de la



República, por medio de cualquiera de sus representantes, puede interpelar a los ministros de Estado o cuando el Pleno, las Comisiones o los Bloques legislativos pueden hacer comparecer a tales ministros o a los funcionarios y empleados públicos a informar. Igualmente tiene el Congreso de la República la función de aprobar o improbar anualmente, en todo o en parte, y previo informe de la Contraloría General de Cuentas, el detalle y justificación de todos los ingresos y egresos de las finanzas públicas, que le presente el Ejecutivo sobre el ejercicio fiscal anterior, (Artículo 171, inciso d., de la Constitución Política de la República). Estas funciones de control y fiscalización no solo corresponden a iniciativa del pleno o de los diputados que forman las comisiones o bloques legislativos, sino que es, a la vez, un mandato obligado al Organismo Ejecutivo de rendir cada cuatro meses un informe analítico de la ejecución presupuestaria para <<conocimiento y control>> del órgano legislador (...)".

Eficacia significa el correcto desempeño de las funciones atribuibles a determinado fin. En consecuencia, en lo conducente de la sentencia transcrita, el tribunal constitucional enlaza diversos órganos administrativos y organismos del Estado en la realización de sus atribuciones esenciales, evidenciando que la composición del Estado de Derecho debe existir con esa unidad política en cada uno de los órganos administrativos que desempeñan las funciones y atribuciones plasmadas en el texto supremo. La razón de este principio es lograr considerar en conjunto a dichos entes de interés público, armonizando cada una de sus funciones para lograr las finalidades para las cuales han sido creados.

2.1.4. Principio de fuerza normativa de la Constitución.

Parte de la base de que todos los textos constitucionales tienen valor normativo, sin embargo, las constituciones suelen contener preceptos de carácter programático, no vinculantes y que, por tanto, no tienen fuerza normativa, por lo cual su aplicación no



puede ser inmediata. Pero la tendencia moderna es a considerar que todas las normas constitucionales son vinculantes en su letra o en su espíritu.

La cita jurisprudencial procede el expediente 688-97. Con fecha de opinión consultiva del 23 de marzo de 1998:

"Este es un precepto de organización autoaplicativa, (sic) es decir, que no necesita regulación legal ordinaria para que cobre efectividad inmediata. Así, por mandato constitucional, la República se divide en Departamentos y Municipios. El segundo párrafo del indicado artículo dispone que la administración será descentralizada y se establecerán regiones de desarrollo con criterios económicos, sociales y culturales que podrán estar constituidos por uno o más Departamentos para dar un impulso racionalizado al desarrollo integral del país. (...) De manera que al utilizar el término <<Distrito>> en lugar de <<Región>> en el Proyecto no puede estimarse inconstitucional en este punto, puesto que la terminología técnica permite entender a aquél como demarcación o circunscripción geográficas".

El principio de fuerza normativa de la Constitución es inherente a cada uno de los preceptos constitucionales, pero, algunos de ellos solo son contenidos programáticos para llevar a cabo cierto tipo de ordenamiento cuando dicha constitución tenga vigencia plena, razón de ello es que cuando estos preceptos hayan alcanzado plenitud dentro del ordenamiento jurídico ya no podrían ser afectos a un control de constitucionalidad porque su fuerza normativa ya ha sido aplicada, no obstante, los otros preceptos constitucionales contienen dentro de sí esa fuerza normativa que los hace superiores dentro del sistema legal.

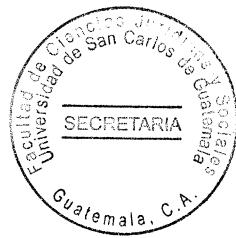


2.1.5. Principio de la adaptación a las circunstancias

Se basa en que el intérprete, al resolver un caso concreto, debe buscar la adaptación de las normas de la Constitución a las circunstancias sociales, políticas o económicas existentes en el momento de realizarse la interpretación. A continuación se cita el expediente 3372-2013 con sentencia de fecha 21 de agosto de 2014:

"Además, la realizarse el ejercicio de la interpretación constitucional, el intérprete constitucional debe tomar en cuenta tanto los aspectos de la naturaleza de las normas constitucionales, como del contexto económico, político, social y cultural del momento que se hallan insertas. En ese sentido, debe atenderse a una interpretación dinámica de las normas (reglas o principios) a aplicar, la cual se inspira en el valor de la adaptación continua del derecho a las exigencias de la vida social (política, económica, etcétera). No debe practicarse una interpretación fija, sino, por el contrario, mutar a la luz de las circunstancias actuales. En otras palabras, debe favorecerse una interpretación <<evolutiva>>, la cual tiende a remediar la falta de revisiones constitucionales y las normas que las desarrollan".

El tribunal constitucional en su labor hermenéutica esgrimió los citados argumentos en el sentido de la evolución sistemática de las disposiciones jurídicas cuando ellas han sido promulgadas hace mucho tiempo dándole validez a través del pronunciamiento en donde se puede apreciar la pertinencia de dichos preceptos que aun pertenecen al orden jurídico. Este principio tiende a que en la labor de la interpretación constitucional se tenga una visión amplia de cada uno de los elementos concatenados dentro del orden jurídico para que adoptándolo a la actualidad permita una adecuada adaptación a la vida y pensamiento moderno.



2.1.6. Principio de continuidad interpretativa

Es el que le concede especial importancia a la jurisprudencia sentada por los jueces de constitucionalidad.

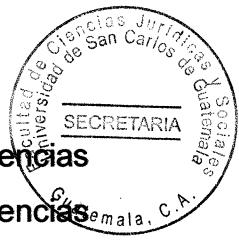
"Con aplicación de ese criterio, actualmente, en caso de que las Salas jurisdiccionales decidan acoger el recurso de apelación especial por motivo de forma y ordenar el reenvío del proceso, se ha considerado inviable el planteamiento del recurso de casación; en todo caso, tal decisión queda sujeta únicamente a control constitucional por medio de amparo (...). No obstante (...) esta Corte, con fundamento en el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, estima realizar nuevo análisis del asunto".

En el expediente 69-2016 de fecha 16 de agosto de 2016 el tribunal constitucional consideró apartarse de su jurisprudencia, gracias a la facultad otorgada en el artículo citado en el fragmento constitucional. Entonces, el principio de continuidad interpretativa se debe seguir una línea jurisprudencial para mantener la seguridad jurídica en las decisiones constitucionales.

2.1.7. Principio de previsión de las consecuencias de las decisiones

Según este principio el juez constitucional debe sopesar las consecuencias que para la sociedad puedan acarrear, en el terreno práctico, las decisiones que haya de tomar.

Para ejemplificar dicho principio se cita el expediente 230-96 con sentencia de fecha 31 de julio de 1996:



“(...) Estas disposiciones de política económica conciernen a las estrictas competencias del poder público, el que tiene encomendado discernir, de acuerdo con las tendencias legislativas y en interpretación de la opinión pública y de los agentes económicos, las medidas que tiendan a incentivar el flujo de capitales y la retención de los mismos dentro del sistema nacional, en lugar de buscar otros mercados más atractivos. Asimismo el de calcular que por efectos de la competencia la tasa promedio ponderado de intereses pasivos como activos tienda a encontrar el nivel apropiado a las condiciones económicas del país”.

Las decisiones del tribunal constitucional en ciertos casos, acarrean grandes responsabilidades para la administración pública haciendo necesario que se ciña a determinar las mejores condiciones en las que no se vea afectado el Estado o algún particular en el caso de derechos fundamentales, siendo necesaria la intelección del intérprete constitucional guiándose por este principio ya que debe velar por los altos intereses del Estado, persuadiendo a través de los considerandos las formas más adecuados para lograrlo.

2.1.8. Principio de la prevalencia de la finalidad de la Constitución

Toca la necesidad de asegurar los bienes esenciales que en ella se propongan. Expedientes acumulados 2133-2009 y 2157-2009. Fecha de sentencia 10 de febrero de 2011:

“Los artículos 1º y 2º, contienen un conjunto de valores de especial preponderancia, como son la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, la protección de la familia, el desarrollo integral de la persona y el bien común, los que indudablemente, trascienden más allá de las normas específicas en que se encuentran contenidos



pudiéndose apreciar que tales valores le dan sentido al conjunto de derechos que el resto de preceptos fundamentales reconoce y, por ende, justifican también los límites que el texto constitucional fija a quienes detentan el poder".

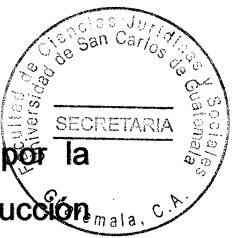
Toda Constitución está adscrita a un fin, cada una de las disposiciones que contiene lo están, por ello el intérprete constitucional debe velar para que en sus argumentos se vean cumplidos cada uno de los fines que el constituyente plasmo en el texto supremo para que se vean realizados en la sociedad a la cual se entregó dicho cuerpo normativo.

2.2. Métodos de interpretación constitucional

Método es el camino a recorrer en determinada cuestión, es la forma que se tendrá que utilizar para llegar al resultado deseado, la técnica son las herramientas que abrirán paso a través del camino (método) que se haya seguido.

En la interpretación constitucional el rigor metódico que acompaña la labor hermenéutica sirve de señalizador para conseguir que la norma constitucional despliegue su viveza a través de la construcción argumentativa que se pretenda realizar.

Tradicionalmente la ciencia jurídica ha utilizado diversos métodos para atender a su fin, pero en la interpretación constitucional: "se debe dominar las técnicas que proporciona la hermenéutica jurídica; sin embargo, estos métodos por sí solos, no son capaces de proporcionar ese <<resultado constitucionalmente correcto>> que el intérprete persigue. La razón está dada no sólo por las singularidades de la norma constitucional, de las que



se ha hecho alusión sino, como afirma Rubio Llorente, citado por Aragón, por la <<estructura propia de los preceptos materiales de la Constitución, cuya construcción requiere apelación frecuente a conceptos de valor>>⁴³.

Se asume que la interpretación constitucional lejos de ser una simple enunciación de palabras, estas deben ser coherentes tanto con los valores culturales y morales de una sociedad determinada.

La teoría jurídica ha enunciado los siguientes métodos de interpretación jurídica:

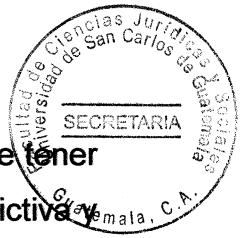
2.2.1. Interpretación gramatical o literal

Según la cual, el intérprete debe ceñirse al texto literal de la norma, ya que su sentido es de acuerdo al uso del lenguaje y al significado socialmente aceptado de las palabras. “Este método denominado por algunos como exegético, se propone encontrar el sentido de una norma o de una cláusula en el texto de las mismas. Es decir, a partir de su literalidad, se atribuye un significado a los términos empleados en la redacción por el legislador (...).”⁴⁴

Para atender la utilización de este método el intérprete debe de utilizar las fuentes más confiables para desentrañar el significado de los términos del bagaje jurídico y también no jurídico, los cuales se establecerán en el contenido de su pronunciamiento.

⁴³ Instituto de Justicia Constitucional, Corte de Constitucionalidad. **Opus Magna Constitucional Guatemalteco.** Pág. 95.

⁴⁴ Anchondo Paredes, Víctor Emilio. **Métodos de interpretación jurídica.** https://techiuhhua.org.mx/attachments/501_4%20Metodos%20de%20Interpretacion%20Juridica.pdf. (Consulta: 10 de abril de 2017) Pág. 5.



Menciona Anchondo Paredes que dada la multiplicidad de significados que puede tener un texto, su interpretación puede presentar como variantes la interpretación restrictiva y la interpretación extensiva.

2.2.2. Interpretación sistemática

Es el método por medio del cual se trata de concatenar cada una de las normas contenidas en el texto fundamental para darles un sentido armónico y eficaz. “Se parte de la base de que esta recoge los principios generales de la sociedad en la cual ese ordenamiento va a tener aplicación y a los cuales deben someterse las normas de inferior jerarquía, a fin de crear un sistema coherente de reglas que le permitan al intérprete determinar, de dicha comparación, el acatamiento de los preceptos de la Constitución (...)”.⁴⁵

El método sistemático es importante dado que, en el enlace de las normas se puede apreciar la verdadera intención del legislador al establecer cada una de las mismas de manera estratégica siendo complemento o desarrollo de cada una entre sí.

2.2.3. Interpretación histórica

La interpretación histórica se centra en brindarle al intérprete un panorama extenso del significado de la normativa constitucional, dado que procede de una cultura jurídica, la cual aunque ocultamente siempre responderá a los valores que ha conservado a lo largo del tiempo. La interpretación histórica responde al contenido de los textos

⁴⁵ Naranjo Mesa, Vladimiro. **Teoría constitucional e instituciones políticas**. Pág. 432.



anteriores para averiguar cuál fue el desarrollo del pensamiento de los legisladores y saber qué quisieron decir al momento de legislar en la forma en que lo hicieron.

El método histórico posee una utilidad innegable al momento de argumentar porque de ello podrá desprenderse la forma de decidir, ya sea por la influencia de ciertas costumbres y la forma de comportamiento habitual de la sociedad a la cual pertenezca el texto fundamental.

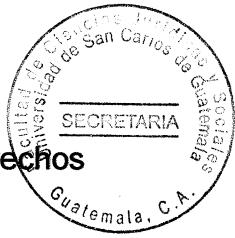
2.2.4. Interpretación política

La interpretación política consiste en que: “este método hace particular énfasis en los valores o sentido político de la Constitución, los cuales sirven de guía al intérprete para resolver los asuntos de índole constitucional que le han sido sometidos, aunque sin excluir los métodos de la hermenéutica jurídica”.⁴⁶

En este método salen a resaltar todos los tipos de presiones que sufra el intérprete al momento de realizar la exégesis del texto supremo dado que, cualquier interpretación tendiente a afectar intereses económicos o políticos se puede alterar de cualquier forma el orden público; el intérprete se suele cargar con bastante motivación ideológica en este tipo de método, que provoca la polarización de los grupos de presión y crear contiendas entre ellos.

El intérprete debe armonizar el texto constitucional para que dicha polarización no sea tan fuerte que altere el orden público y afecte la organización estatal, por ello se debe ser en extremo cuidadoso de cada una de las palabras y del sentido que se quiere

⁴⁶ Ibíd. Pág. 435.



atribuir al texto, buscando siempre no cometer arbitrariedades que vulneren derechos fundamentales y afecten la seguridad jurídica.

2.2.5. Interpretación analógica

Es la interpretación que trata de conectar casos ya examinados con ciertos matices para conocer la forma que en determinado momento se decidió para que sea aplicable a casos posteriores. “La hermenéutica analógica es el intento de mantenerse entre la interpretación unívoca, que es inalcanzable (si acaso, funciona como ideal regulativo), y la hermenéutica equívoca, que es inútil, ya que se hunde en la ambigüedad”.⁴⁷

La utilidad de la analogía se palpa al momento de la abundancia de casos a examinar porque la mayoría de ellos tienen causas similares, así la labor de interpretación puede ser minimizada ya que se ha conocido sobre esos casos tipo que no necesitan mayores esfuerzos de intelección.

2.2.6. Modelo de equilibrio integral

Este método es uno de los más actuales de la teoría jurídica parte de la idea de que el juez en sus decisiones debe ponderar cada uno de los fenómenos económicos que ayuden al adecuado balance de las utilidades dentro de un conglomerado social determinado. “El equilibrio integral (...) parte de entender que el juez produce sus decisiones desde una <<función de utilidad>> desde la cual asigna y distribuye los

⁴⁷ Beuchot, Mauricio. Op. Cit. Pág. 106-107.



derechos en disputa con el desarrollo y adopción de una particular teoría de la justicia de la cual emanan consecuencias tanto jurídicas como económicas".⁴⁸

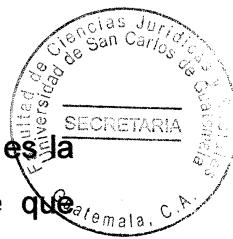
La justicia como balance permanente de las fuerzas motrices que desarrollan al ser humano, ha sido planteada por filósofos del derecho quienes han partido de propuestas económicas dependiendo del grado de beneficios que cierta sociedad pueda tener en las decisiones judiciales, ya que el movimiento de los mercados y el influjo de las finanzas en todo el aparato del Estado hacen posible la realización de las finalidades por las cuales se han creado las instituciones públicas.

El nivel de conveniencia de la realización de lo justo discutido desde la perspectiva económica, hace hincapié en que la proporcionalidad de las utilidades se vean reflejadas en el nivel de vida de dicha sociedad, en otra forma, la calidad de la racionalidad de los medios, de los cuales el Estado se sirve para expandir su voluntad hace necesaria la utilidad de las normas jurídicas para encauzar y asegurar la eficacia y protección de los mismos. "La <<función de utilidad>> para poder ser maximizada a través de la construcción de sus elementos (argumentaciones), debe obedecer a un equilibrio que permita articular criterios propios de la eficiencia y equidad, pero sin desestimar los factores endógenos y exógenos que fungen como limitantes en la construcción de la acción y decisión racional".⁴⁹

La tarea de interpretación debe acercar más a los resultados de justicia, el simple hecho de abstraer la norma no presenta en sí más que solo la expresión de palabras que en sí mismas no acercan o tienden a cambiar la realidad; es preciso que esa tarea cargue con la idea de transformación social y se logren humanizar los fines del Estado.

⁴⁸ Quiroga Natale, Edgar Andrés. **Interpretación constitucional. Modelo de equilibrio integral para la decisión judicial-constitucional.** Pág. 170-171.

⁴⁹ *Ibid.* Pág. 171.



Rawls menciona que el criterio fundamental para juzgar cualquier procedimiento es la justicia de sus resultados. Entonces, es preciso acercarse más a la idea de que cualquiera de los resultados posibles de una resolución judicial debe tender a que sirva de modelo para la obtención de beneficios.

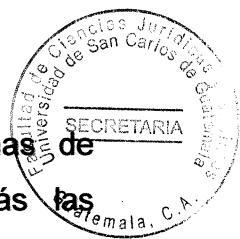
2.3. Argumentación en la interpretación constitucional

La argumentación constitucional es parte de la argumentación jurídica destinada a esquematizar el racionamiento jurídico en razones de índole constitucional. La argumentación jurídica forma parte del discurso jurídico, es decir aquello que los juristas y personas comunes entienden qué es derecho en una época y lugar determinados.

“Sustentar una hipótesis o analizar una disposición normativa es una labor que está estrechamente relacionada con su interpretación en primer lugar y con su justificación posteriormente. Es en esta segunda parte en donde entran en juego los argumentos. Argumentar es ofrecer razones y éstas se presentan también en un lenguaje. El proceso de argumentación es ante todo la explicitación de las razones que sustentan una opinión, una crítica o una conclusión respecto del sentido de un texto”.⁵⁰

Los estudios sobre argumentación jurídica en los últimos años han partido de que la argumentación se constituye como la parte central de la construcción del derecho o del discurso jurídico, sobre todo en la filosofía moderna que postula la reflexión filosófica a la reducción del estudio de los conceptos para la comprensión del mundo.

⁵⁰ Huerta Ochoa, Carla. **Interpretación y argumentación en el derecho.** <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/download/11078/13100>. (Consulta: 10 de junio de 2017). Pág. 4.



El paradigma del lenguaje se ha abierto más a las condiciones modernas de transformación de la materia en el menor tiempo posible. Dejando atrás las consideraciones filosóficas, en el derecho ha surgido que la conexión con las mutaciones de los conceptos en función del mismo se han ido acercando más al puro establecimiento del derecho como un discurso.

“El discurso jurídico es, en opinión de Alexy, un caso especial del discurso práctico general. Esto quiere decir, más concretamente, que 1) en el mismo se discuten cuestiones prácticas. 2) se erige también una pretensión de corrección (la pretensión de justicia que sería un caso de pretensión de corrección), pero ello 3) se hace (y de ahí que sea un caso especial) dentro de determinadas condiciones de limitación (...) El procedimiento del discurso jurídico se define, pues, por un lado, por las reglas y formas del discurso práctico general y, por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico que, sintéticamente, expresan sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática”.⁵¹

Se entiende que el discurso jurídico se sirve de una capacidad intelectual primaria de conocer las cosas y relacionarse con las mismas (o sea el lenguaje cotidiano) y de una capacidad intelectual secundaria que toma un carácter técnico en el uso del lenguaje legal para interiorizar lo que se asume por derecho y gracias a ello se sintetiza la exteriorización del discurso.

Se acepta que en la interpretación constitucional es necesaria la estructuración racional del discurso jurídico tendiente a la explicación de las normas constitucionales y las cuales se estructuren en la composición de los elementos tanto que influyen exteriormente como interiormente en el raciocinio del intérprete. A primera vista la interpretación constitucional toma mano de argumentos conexos con las normas

⁵¹ Atienza, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.** Pág. 164-165.



constitucionales, pero, para acercarle más a un grado de validez dentro de determinada sociedad se debe recurrir a otros argumentos de tipo psicológico y sociológico (*hasta* económico) para dotar de legitimación a dichas resoluciones judiciales.

2.4. Tribunal Constitucional

Es el momento de hacer relación con el intérprete de la Constitución, tal como se apunto *supra*, los elementos de la acción hermenéutica incluyen al autor, el texto y al intérprete, entonces, conocer cuál es la función del intérprete y porqué se considero necesario que existiera un intérprete, dirá, a todas luces que la comprensión del texto supremo ha de ser efectiva para su aplicación social.

2.4.1. Generalidades

El origen, no del tribunal constitucional propiamente dicho, sino del control constitucional o de la justicia constitucional o de que la Constitución se presume el límite de las normas, se encuentra en la famosa sentencia del juez norteamericano John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, en el cual se estableció el paradigma de que la Constitución es la norma suprema y no puede existir una ley de rango inferior que la contrarie.

Del otro lado, en la Europa continental, a través de la jerarquización del ordenamiento jurídico, Kelsen postuló la gradación de las normas jurídicas, entendido como un orden jerárquico tipo piramidal y que en la cúspide se encontraba la Constitución, siendo la



norma fundamental de un ordenamiento jurídico. En su famoso libro, la primera edición de la teoría pura del derecho, postuló la creación de un órgano jurisdiccional de control de la constitucionalidad:

“El que la constitución quiera también la validez de la llamada ley constitucional, surge del hecho de que ella prescribe, no solamente que las leyes deben ser producidas en una función determina y que deben tener o no tener un contenido determinado, sino también que, en caso de ser producida una ley en otra forma que la prescripta o tener otro contenido que le prescripto, de ningún modo ha de considerarse nula, sino que ha de valer hasta tanto sea anulada por una instancia destinada para ello, acaso por un tribunal constitucional, en un procedimiento regulado en la constitución”.⁵²

Se observa que la intención de Kelsen, al principio fue que en el desenvolvimiento formal de una Constitución, los demás órganos establecidos de acuerdo a ella desarrollaran sus funciones; estas funciones deberían limitarse a las establecidas, pero, en el caso de que las mismas sean contrarias sería necesario de un ente ajeno, cuya función esencial sea la tutela del sentido que la constitución haya establecido y declarar nulo cualquier acto que sea contrario a lo prescrito en la misma.

La dogmática del derecho constitucional se basó en dos modelos del control de constitucionalidad: el modelo difuso o norteamericano y el modelo concentrado, europeo, kelseniano o austriaco. Y dentro de la doctrina latinoamericana se desarrolló el sistema mixto, combinación del control de la justicia ordinaria y el control privativo de un tribunal constitucional.

⁵² Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho.** Pág. 58.



2.4.2. Derecho comparado

En el derecho comparado la existencia de tribunales constitucionales se debe partir del modelo seguido por las tendencias doctrinarias del derecho procesal constitucional.

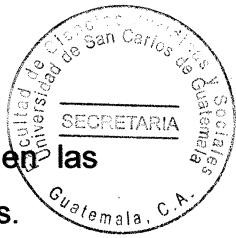
-Estados Unidos de América

Propiamente los Estados Unidos de América no poseen un tribunal constitucional de tipo concentrado ya que dicho sistema desde su establecimiento entregó al poder judicial las atribuciones de resolver las controversias de cualquier tipo, ya que dicha Constitución fue promulgada antes de que existiera un conflicto de dicha naturaleza.

La Constitución de Estados Unidos establece:

“Artículo III. Sección 1. El Poder Judicial de los Estados Unidos se confiará a un Tribunal Supremo y a aquellos Tribunales inferiores que el Congreso creare o estableciere en lo sucesivo (...) Sección 2. El Poder Judicial se extenderá a todos los casos de Derecho y de Equidad que dimanen de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos así como de los Tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad (...”).

En la sección dos del citado artículo constitucional de forma generalísima contempla las atribuciones de velar en el cumplimiento de la constitución a todos los tribunales que se establezcan y en especial a la Corte Suprema que se limita a partir del siglo XX a la



protección de derechos fundamentales tras las enmiendas constitucionales en las cuales se incorporaron derechos políticos de acuerdo a las demandas ciudadanas.

"La interpretación constitucional en el caso de los Estados Unidos, (...) ha sido un <<terreno en disputa>> sobre el cual luchan los grupos populares y las élites legales (...). Mucho tiempo antes de que la Corte Suprema dirigiera su mirada a las libertades y los derechos civiles, las demandas por los derechos de los disidentes obtuvieron sorpresivamente un amplio apoyo de los funcionarios públicos y del pueblo en general".⁵³

Por lo general la interpretación de la Constitución en casos tipo donde las disputas que contraríen garantías otorgadas son conocidas discrecionalmente por la Corte Suprema, "(...) los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos tienen mayor poder de fijar su agenda que el que poseen los magistrados de los máximos tribunales de la mayoría de los demás países (...) las decisiones referentes a la elaboración de la agenda están manifiestamente, influida por las preferencias políticas de los jueces".⁵⁴

En comparación con Guatemala, las atribuciones del modelo difuso se ven atendidas en las garantías constitucionales como el amparo, exhibición personal y la inconstitucionalidad en caso concreto (las dos primeras como un símil de protección a garantías fundamentales asumidas por la jurisprudencia norteamericana) salvo el control constitucional de leyes generales que en Guatemala sigue el modelo concentrado y entre otros matices.

⁵³ Epp, Charles R. **La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada.** Pág. 64.

⁵⁴ Ibíd. Pág. 68-69.



La Constitución española de 1978 incorporó el tribunal constitucional en el Título IX del Artículo 159 al 165, se trascibirá el Artículo 161 el cual, literalmente regula:

“Artículo 161. 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53. 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca. c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí. d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas (...).”

Las cuatro competencias diseñadas en la carta fundamental española siguen otros modelos: “El modelo de nuestros constituyentes adoptan, aquí como en tantos otros lugares del texto superior, es el modelo alemán”⁵⁵.

Esbozadas claramente las competencias que el constituyente guatemalteco incorporó a la Corte de Constitucionalidad como el conocimiento de las garantías constitucionales hasta la identificación del lenguaje, de manera obvia, del amparo y la inconstitucionalidad de leyes, existe conexión necesaria entre las cartas fundamentales tanto española como guatemalteca.

⁵⁵ García de Enterría, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional.** Pág. 135.

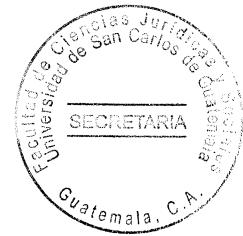


El Salvador sigue un sistema concentrado en el cual las competencias atribuidas a un tribunal específico son absorbidas por la Corte Suprema en la Sala de lo Constitucional, así lo dispone la Constitución Salvadoreña de 1983:

“Artículo 182. (...) 1. Conocer de los procesos de amparo. (...) Artículo 183. La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano. Artículo 184. Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos, contraria a los preceptos constitucionales”.

Hay entonces, atribuciones sobre las garantías constitucionales, en las cuales son competentes la Corte Suprema; existe similitud en la competencia de primer instancia de conocer el amparo de la Corte Suprema de Guatemala, como lo señala la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, a su vez del control constitucional en casos concretos, por lo que no hay un alejamiento en cuanto a lo sustancial, por el conocimiento de las materias constitucionales.

Tras el análisis comparativo de las competencias constitucionales de los tres países se ha visto un desarrollo paralelo a las atribuciones que la carta fundamental regula tal como el caso guatemalteco.



2.4.3. Tribunal constitucional guatemalteco

El origen de un tribunal constitucional guatemalteco se sitúa en la Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en 1965 en el gobierno de facto de Enrique Peralta Azurdia: “En una nueva experiencia, junto al sistema anterior, la Constitución en el Capítulo V, Título VII, artículos 262 y 265, recoge por primera vez en nuestra historia constitucional, un sistema, esta vez: concentrado, principal y de alcance general y efectos semi-constitutivos. La declaratoria de inconstitucionalidad se pide ante un órgano autónomo de examen constitucional: la Corte de Constitucionalidad”.⁵⁶ Aunque parece que estaba en boga su creación desde varios años antes.

En dicha Constitución se procuró que el control de constitucionalidad siguiera el modelo mixto, propio de Latinoamérica.

Las convulsiones sociales de las posteriores décadas hicieron ineffectivo el funcionamiento de la Corte de Constitucionalidad hasta la promulgación de la Constitución de 1985 en la cual se estableció estructuralmente las atribuciones de dicho tribunal.

De forma sencilla la función de la Corte de Constitucionalidad, tiene la atribución esencial de ser la defensora del orden constitucional; se integra por cinco magistrados titulares y cinco suplentes, designados por cinco órganos (Congreso de la República, Corte Suprema de Justicia, Presidente de la República en consejo de ministros, Universidad de San Carlos de Guatemala, Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala), para un periodo de cinco años; conoce de las garantías constitucionales

⁵⁶ García Laguardia, Jorge Mario. **La defensa de la constitución.** Pág. 60.



tanto del amparo bi-instancial (apelación del amparo), amparo directo en calidad de Tribunal Extraordinario, apelación de inconstitucionalidad en casos concreto y la inconstitucionalidad general o parcial de leyes de carácter general, emite dictámenes obligatorios en la reforma de leyes constitucionales, tiene iniciativa para reformar normas constitucionales y las resoluciones que emiten son vinculantes para el poder público.

2.4.4. El legislador negativo

El legislador negativo, es un tema espinoso para el constitucionalista guatemalteco, dicha propiedad nace de las competencias atribuibles al tribunal constitucional: “No es pues el Parlamento mismo con quien puede contarse para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente también de cualquier otra autoridad estatal (...) A este sistema se dirigen, habitualmente, ciertas objeciones. La primera es, naturalmente, que tal institución sería incompatible con la soberanía del Parlamento (...) La segunda objeción deriva de la separación de poderes (...) [porque] al órgano que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente una verdadera función jurisdiccional”.⁵⁷

En sí mismo, la función de legislador negativo está implícita en la decisión de sentencias de declaratoria de inconstitucionalidad de leyes generales porque: “(...) anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene carácter de generalidad en su confección”.⁵⁸

⁵⁷ Kelsen, Hans. **La garantía jurisdiccional de la constitución.** Pág. 52-53.

⁵⁸ **Ibid.** Pág. 54.

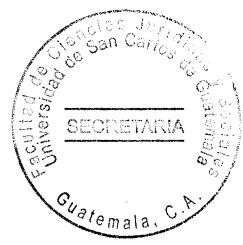


Resulta entonces, la ambivalencia entre las competencias tanto del órgano legislativo y del tribunal constitucional en los cuales existe la carga de atenuación de sus funciones.

“De este modo, la Corte constitucional entra a formar parte de la arquitectura del nuevo modelo estatal configurándose como una suerte de equilibrio entre los otros poderes, controlando el correcto movimiento político”.⁵⁹

Aunque la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sea renuente en la aceptación de esta función, y es común apreciar en los fallos de dicho tribunal haciendo énfasis en su no calidad de legislador negativo, lo cual es una falacia a todas luces, porque de manera práctica realiza las características de un freno a la legislación arbitraria a través de la declaratoria de inconstitucionalidad general.

⁵⁹ Pozzolo, Susanna. Op. Cit. Pág. 61.





CAPÍTULO III

3. La regla de reconocimiento

La regla de reconocimiento se concibe como un criterio mediante el cual se pretende darle validez última a un sistema jurídico determinado, emparentándose con las normas constitucionales o incluso, como la norma que le da fundamento a una norma constitucional, cuya manifestación es de una norma consuetudinaria o de tipo moral existente como noción jurídica pero no evidente mediante la simple interpretación normativa, sino que la misma se entendería como la aceptación de ciertas reglas como válidas, no simplemente por el hecho de ser emanadas de la autoridad legalmente establecida, sino que la misma se ha establecido como legítima en un Estado determinado por el hábito de obediencia, por lo tanto, la regla de reconocimiento estará dirigida a configurar la explicación teórica de la existencia de reglas vigentes que en cierta medida funcionan como criterios de interpretación.

La noción de la regla de reconocimiento nace como reacción contra el positivismo jurídico que se propagó como doctrina dominante desde finales del siglo XIX y sobre todo la formulación de la teoría pura del derecho.

3.1. Aspectos previos

La regla de reconocimiento surge producto de los postulados de Hart en su libro el concepto de derecho en el cual despliega la explicación de un modelo jurídico determinado para que funcione, sin embargo, el modelo puede adolecer de ciertas



situaciones que pudieran revestir algún tipo de defecto: "defecto de estructura social simple de reglas primarias, su falta de certeza. Un segundo defecto es el carácter estático de las reglas (...) Un tercer defecto de esta forma simple de vida comunitaria es la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas".⁶⁰

Entonces, postula que en el modelo jurídico no evolucionado de primer orden existen las reglas primarias de obligación, de dar, hacer o no hacer por un vínculo que constríñe a dos partes entre sí; es cierto que existen una reciprocidad en la relación pero que a simple vista solo es la atribución simple de cada uno de las funciones que debe cumplir, no obstante, en el mundo real, su efectivo cumplimiento adolece de los defectos referidos.

Según Hart, el remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma más simple de estructura social, consiste en complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias que son de un tipo diferente. La introducción del remedio para cada defecto podría, en sí, ser considerada un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico.

Partiendo de ello, Hart hace la estimación de la adecuada evolución de los postulados jurídicos que se internan dentro de la estructura de un sistema legal. De una estructura simple a una compleja por medio de reglas de un tipo aparte que limiten las reglas de obligación y que no sean a un modelo distante de la forma primaria porque derivarían de un tipo de deber en sentido muy distinto al deber de una obligación impuesta.

⁶⁰ Hart, H. L. A. Op. Cit. Pág. 115-116.

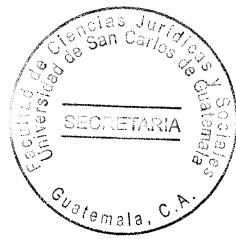


Primero estableció que la obligación nace de un hábito natural de obediencia de la relación de la autoridad como primera fuente legítima, quien es el único con la potestad de poder imponer obligaciones, la relación estimativa no es la imposición de un deber de tipo coactivo que genera la realización de las conductas tomadas por buenas o basadas en la moralidad social dominante, este tipo de normas son las llamadas primarias, son así porque prescriben conductas bilaterales, impero-atributivas y coactivas de general cumplimiento, elaboradas por procedimientos formales del Estado.

En cambio: “Se puede decir que ellas [las reglas secundarias] se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias porque son acerca de éstas; en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas y su violación determina de forma incontrovertible”.⁶¹

En otras palabras, lo que trata de realizar Hart es encontrar la manera de justificar la existencia de un sistema legal o lo que se le llama derecho, no en sí mismo como un cúmulo de órdenes respaldadas por amenazas, que a primera impresión se refleja así, sino en la forma esencial de delimitación de grados de efectividad en la modulación de conductas y la creación de competencias para la maquinaria estatal.

⁶¹ Ibíd. Pág. 117.



3.2. Fundamentos filosófico-jurídicos de la regla de reconocimiento

Todo pensamiento marcha de manera lenta a raíz de la evolución en las condiciones sociales, nada escapa a la transición de las reflexiones acerca de la condición humana. Resultado de dicha condición surge la manera de darle una razón y dotarla de justificación para hacerla creer y convencer a los otros de que la misma es la verdad del momento.

Cada doctrina jurídica parte de un marco metodológico propio de su época, no es el mismo utilizado por Aristóteles cuando definía lo justo, ni el utilizado por Savigny en lo que llamó espíritu del pueblo, porque el método es distinto. No hay que olvidar que el conocimiento humano es escalonado y cada generación toma de la anterior lo que le resulta útil y desprecia lo demás; por ello, cada corriente delimita un método por medio del cual se inquiere la doctrina modelo para determinado tiempo.

Se comprende que: “por método jurídico entendemos un proceso lógico que permite relacionar las dimensiones jurídicas y está orientado tanto a la adquisición, sistematización y transmisión de conocimientos jurídicos, como la solución de conflictos en el ámbito del derecho (...) Por metodología jurídica, entendemos una forma de abordar, desde los puntos de vista gnoseológico, lógico y axiológico, las realidades y dimensiones jurídicas”.⁶²

Preciso es, que la resolución de los problemas que implica la dilucidación de los fundamentos jurídicos que en determinado momento han existido partan de un método y establezcan una metodología para así lograr su desarrollo científico.

⁶² Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo. **Metodología jurídica.** Pág. 41 y 44.



Si se quiere averiguar cuál es la razón de la existencia de la regla de reconocimiento es menester dirigirse a los postulados generales que nutren dicha posición doctrinaria. En ese sentido hay que conocer las escuelas jurídico-filosóficas que se encargaron de modelar dicha noción, la cual en la actualidad es fuente de discusión acerca de las razones de la existencia de los órganos estatales, la efectividad del derecho y su campo de proyección y del conocimiento del mismo para quienes se haya dirigido.

3.2.1. Positivismo jurídico

No hay duda que el impacto del positivismo en todas las ciencias pervivió por mucho tiempo, haciendo irrefutable su postulado de que lo real es lo que únicamente se debe a la observación y la comprobación de los hechos. “El positivismo como actitud científica rechaza las especulaciones apriorísticas y metafísicas y se confina en los datos de la experiencia”.⁶³

La razón de dicha actitud deriva del hastío de la influencia religiosa y de la verdad teísta que contaminó todo el desarrollo científico, incluyendo el derecho con postulados naturalistas del ente supremo que dirige y gobierna todo, la reacción surgió por obra de los iluministas: “Me ha parecido que la mayor parte de los hombres han recibido de la naturaleza bastante sentido común para hacer leyes, pero no todo el mundo posee bastante justicia para hacer leyes buenas”.⁶⁴

El sentido de justicia era lo que se buscaba, pero dicha búsqueda se detuvo en la razón; si la razón dice cuál es la conducta esperada, se puede establecer cuál es la conducta que se espera de los otros. No se indagó más en la relación de una

⁶³ Bodenheimer, Edgar. **Teoría del derecho**. Pág. 311.

⁶⁴ Voltaire. **Diccionario filosófico**. Pág. 358.



naturaleza suprema que dirigiera los pensamiento; el ser humano se centro en la forma que su propia conciencia podía concebir los hechos y así dotarse de las herramientas de sus experiencias pasadas.

Esas herramientas se convierten en el método positivo el cual Comte asumía ser el garante de las observaciones empíricas que explican los fenómenos por su simple contemplación. Es decir hay una función de atribución de primera mano que se toma de los elementos de la realidad externa y se aprehenden por la experiencia.

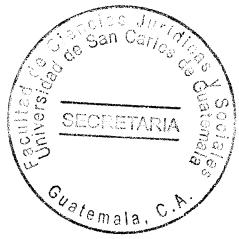
“El positivismo jurídico pretende explicar el derecho, sobre todo, a partir de bases inductivas. En este sentido, el concepto que se dé de él ha de precisarse mediante propiedades fácticas o descriptivas, sin alusión a ningún criterio valorativo”.⁶⁵ Dichas propiedades fácticas enroladas a la producción de los fenómenos jurídicos se buscó en la ley.

Ajeno a las concepciones subjetivas, el positivismo jurídico se enfocó en la elaboración material de las fuentes y gracias a él se estableció el sistema de fuentes jurídicas dentro de la actividad estatal, “para el positivismo jurídico lo importante es la voluntad del Estado, en lugar de la razón; lo que debe considerarse es la voluntad, la voluntad incondicionada”.⁶⁶

Las reacciones contra el positivismo jurídico se dejan sentir, provocando la ramificación de tendencias originarias del positivismo pero con matices distintos.

⁶⁵ Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo. **Op. Cit.** Pág. 152.

⁶⁶ **Ibid.** Pág. 152.



-La jurisprudencia analítica

La jurisprudencia analítica es la forma más radical del positivismo jurídico porque tiende a entender que es derecho solamente la voluntad emanada por el Estado. "La jurisprudencia analítica se ocupa de los análisis e interpretación de las reglas jurídicas efectivas, establecidas por los órganos del Estado".⁶⁷ Su precursor fue John Austin quien en su meditación, en la cual se resumen los postulados de esta corriente, alude que derecho es lo que la autoridad habitualmente obedecida declara como tal, respaldado por una amenaza de sanción.

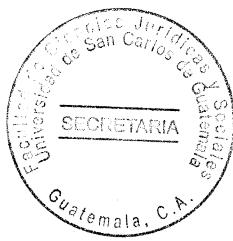
"Austin considera en primer término distinguir el derecho positivo de otros tipos de normas como los usos sociales u otros preceptos independientes de aquél, que es por supuesto el único Derecho verdadero".⁶⁸ Por lo tanto lejos de las consideraciones morales que tienen su origen en la naturaleza de las cosas, Austin postuló que: "la ciencia de la jurisprudencia se ocupa de leyes positivas, o simplemente de leyes en sentido estricto, sin considerar su bondad o maldad".⁶⁹

Otro representante de la escuela analítica fue Bentham, quien desarrolló una doctrina un poco más mesurada que Austin, dejando espacio para consideraciones éticas, de las cuales el ser humano no se puede desprender.

⁶⁷ Bodenheimer, Edgar. Op. Cit. Pág. 312.

⁶⁸ Latorre, Ángel. **Introducción al derecho**. Pág. 139.

⁶⁹ Bodenheimer, Edgar. Op. Cit. Pág. 321.



-La teoría pura del derecho

La teoría pura del derecho pretende dirigir sus miradas a que los juristas estudien el derecho como un conjunto de normas legalmente promulgadas. “La teoría pura del derecho es una teoría del Derecho positivo. Del derecho positivo, a secas, no de un orden jurídico especial. Es teoría general del Derecho, no interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Como teoría, quiere conocer única y exclusivamente su objeto”.⁷⁰

La tesis kelseniana causó gran impacto en la teoría general del derecho del siglo XX, numerosos estudios posteriores se adhirieron a esta corriente. “El propósito de Kelsen fue establecer las condiciones previas a todo análisis jurídico concreto y no la sistematización y el conocimiento de un derecho positivo determinado”.⁷¹

Como su nombre alude, la teoría pura del derecho está encaminada al hermético estudio de la norma jurídica ajeno de los juicios morales que pueda tener el científico del derecho, por ello, el objeto más elemental o el único objeto del derecho son las normas y a ellas se deben dirigir los estudios sobre el derecho. “Todo derecho es para Kelsen un sistema de normas, es decir, de enunciados de forma muy variada en los que se manifiesta ese derecho a través de las leyes, las sentencias de los tribunales, los actos de los particulares o de otras maneras que varían según los distintos sistemas”.⁷²

Para Kelsen la formulación de una doctrina dirigida solamente a su objeto de estudio que son las normas, las estructuró de tal manera que para crear coherencia entre las

⁷⁰ Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho.**

Pág. 1.

⁷¹ Latorre, Ángel. **Op. Cit.** Pág. 141.

⁷² **Ibid.** Pág. 141.



mismas sean graduables entre sí, la famosa pirámide normativa y la derivación de la norma fundamental; otros de los méritos de Kelsen fue la aportación de los estudios formales de lógica jurídica: "La tarea de elaborar una ontología propia y una lógica de esta esfera del debe ser, todavía misterioso e inexplorada, le corresponde a la Teoría Pura del Derecho, la cual, de esta manera se convertiría en una <<lógica del derecho>> (...)"⁷³.

En este punto, hay que hacer énfasis en lo que llamó Kelsen el supuesto hipotético y su relación con la consecuencia jurídica, ambos, como conexión necesaria de un imperativo que se dirige a establecer una conducta de obligatorio cumplimiento. En el pensamiento, las relaciones de la lógica formal y la lógica de los enunciados, que exige la asignación hipotética de la norma se debe atribuir de tal manera que sea concorde con cada uno de los supuestos propios del razonamiento lógico formal y de sus principios ontológicos.

-Positivismo sociológico

El positivismo sociológico parte del postulado de que para conseguir el poder y hacer funcionar a las instituciones del Estado, estaban bajo las condiciones sociológicas aprendidas por quienes lo pretendían ejercer. La ciencia social que nació gracias al positivismo fue la sociología, pero con las posiciones radicales tanto de Austin como de Kelsen, se desviaron las connotaciones que ejerce lo social en la formación del derecho.

⁷³ Bobbio, Norberto. **Derecho y lógica**. Pág. 19.



"Ludwig Gumplowicz (...) dio una base sociológica a la teoría positivista del derecho (...) afirmaba que el factor que mueve la historia humana es la lucha de las diferentes razas por la supremacía del poder".⁷⁴ Esta posición se desenfoca de lo propuesto por las corrientes anteriores, dotando de una pizca de subjetivismo al positivismo, ya que la regulación de las conductas iba dirigida a un cuerpo social, estas no están ajenas a que quienes ostenten el poder lo manipulen a su antojo.

Otras posiciones derivadas de las convulsiones sociales forjaron las ideas marxistas y su concepción de derecho. Se podría decir también que fue el antecedente de la reacción norteamericana conocida como jurisprudencia sociológica.

3.2.2. La jurisprudencia sociológica

La evolución científica de la sociología demostró que las condiciones sociales afectan en gran medida cada uno de los productos del pensamiento humano, es decir que, el amoldamiento social condiciona la efectividad de esos frutos. El derecho es un producto que nace en seno de la sociedad. "Esta escuela surge como reacción contra el conceptualismo de tipo racionalista, postula que la realidad social es el elemento fundamental para la comprensión del derecho".⁷⁵

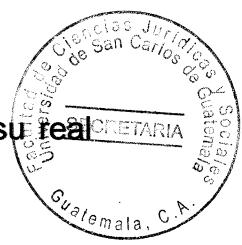
"El jurista Oliver Wendell Holmes, ex juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América y afamado maestro universitario, dijo que: la vida del derecho no ha sido lógica; sino experiencia".⁷⁶ Bajo la premisa anterior la posición sociológica del derecho

⁷⁴ Bodenheimer, Edgar. **Op. Cit.** Pág. 340.

⁷⁵ Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo. **Op. Cit.** Pág. 180.

⁷⁶ Villegas Lara, René Arturo. **Op. Cit.** Pág. 50.

iría encaminada a determinar los factores sociales que detentan al derecho y su real eficacia en la masa social.



Las reacciones más sentidas se encuentran en las posiciones norteamericana y escandinava que hicieron surgir el realismo jurídico.

-Realismo jurídico

El realismo es aquella corriente parte de la jurisprudencia sociológica en la cual se postula que el contenido del derecho debe referirse a su praxis social, si no hay contrastación con la realidad social no puede decirse que sea derecho realmente efectivo. Parte del postulado de que en las experiencias de la sociedad se debe encontrar la razón de ser del derecho, entonces, la estructura jurídica debe responder a lo que el derecho ha sido para determinado conglomerado social.

Las variantes del pensamiento realista se vertieron por los norteamericanos y por los escandinavos, cada uno de ellos con matices distintos:

-Realismo norteamericano

La tendencia norteamericana del realismo se centro en el rechazo a la penetración de las construcciones puramente lógicas del derecho, haciendo énfasis en la mera experiencia de los tribunales. "Los realistas seguirán este camino y, rechazarán todo intento de ordenar o concebir el Derecho como un sistema lógico, se dedicarán al



análisis del funcionamiento real de los tribunales, de los factores que influyen en sus decisiones, de la importancia que tienen en ellas factores extrajurídicos en el sentido tradicional, incluidos hechos tales como la educación de los jueces, su estado de salud, su origen social".⁷⁷

Es obvio una innegable tendencia a la mera experiencia judicial sin las intervenciones de las fórmulas escritas en forma de legislación, tendencia que impregna lo puro del *common law*. La virtud de los realistas está en la aseveración de la constante evolución del derecho que solamente puede ser constatada por la confrontación entre la experiencia, como fuente primaria del conocimiento.

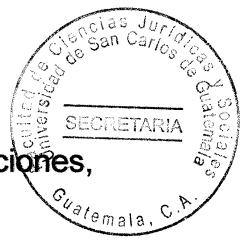
"El movimiento realista se desarrolla en la época de incertidumbre, discusión de los valores tradicionales y dislocamiento de estructuras sociales que sigue a la primera guerra europea y su momento de auge se sitúa en los años de la gran depresión que inicia en 1929 (...)."⁷⁸

-Realismo escandinavo

En la concepción escandinava del realismo que se puede citar a juristas procedentes de la región escandinava como Karl Olivecrona, Vilhelm Lundstedt, Axel Hägerström, Ingmar Hedenius y Alf Ross (algunos autores opinan que no lo consideran parte de este movimiento porque Ross rechaza toda interpretación reduccionista de las normas que pretende reducirlas a proposiciones descriptivas de ciertos hechos), cuya virtud fue la elaboración de una teoría jurídica alejada de los conceptos metafísicos o mágicos que

⁷⁷ Latorre, Ángel. **Op. Cit.** Pág. 170.

⁷⁸ **Ibid.** Pág. 171.



inundan el derecho, por ejemplo lo que se considera como subjetivo, atribuciones, facultades.

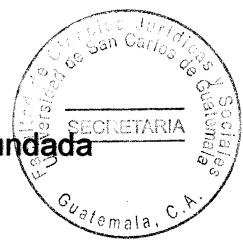
“A diferencia de los realistas americanos, los escandinavos se han concentrado más en el estudio del sistema jurídico, en su conjunto más que en la actuación concreta de los tribunales”.⁷⁹ Los realistas escandinavos se dirigen a la apreciación sincrónica del fenómeno jurídico para que, en cada aspecto sea apreciada la esencia social del mismo, es decir, el compendio de conductas que regula, y de ellas extraer las normas jurídicas que dirigirán a la organización social.

3.2.3. Iusnaturalismo

Exponer sobre el iusnaturalismo sería realizar un compendio de cientos de hojas, ya que dicha corriente posee miles de años de acuñación. En la concepción naturalista del derecho que se remonta a la filosofía griega (tanto presocrática como la socrática, estoica y epicúrea) que centró su atención en la naturaleza y la relación con el hombre, es decir, en el naturalismo antiguo se forjó la reflexión en base a los fenómenos externos en forma de acercamiento cotidiano; en un segundo estadio en base al dialogo y a la extracción de lo moral como lo justo, en el tercero y cuarto la manera de vivir y comportarse para tener una existencia feliz.

En San Agustín la avocación a la ley divina en su concepción de la naturaleza de lo justo en aquella época se resume en la siguiente frase: “Certo Señor que tu ley castiga el hurto, esa ley que está escrita en el corazón de los hombres y que ni la misma

⁷⁹ Latorre, Ángel. Op. Cit. Pág. 172.



iniquidad puede borrar".⁸⁰ Esta segunda época surge de la influencia cristiana fundada en la doctrina de los padres de la iglesia conocida como patrística.

Y la escolástica que se concibe como una reelaboración de la dogmática del cristianismo en base a los postulados de la lógica aristotélica, para matizarlos con la doctrina de la Iglesia, cuyo exponente fue Santo Tomás de Aquino, siguiéndole centenares de años hasta la recepción del materialismo inglés con Locke, Hobbes, Cook y Blackstone todos influidos por los cambios de la revolución gloriosa en la cual se instauró el Parlamento en Inglaterra y el racionamiento cartesiano.

Entre los postuladores del iusnaturalismo que influyeron con sus escritos están Pufendorf, Tomasius, Francisco de Vittoria, Tomás Moro, Hugo Grocio, Leibniz, Fichte y Kant, y la lista no se agota. El retorno a la metafísica del derecho natural después del influjo de Kant y su imperativo categórico el cual el ser humano es fin en sí mismo, después a la dialéctica de Hegel, hasta los postulados de la escuela histórica del derecho.

A principios del siglo pasado, otros autores han postulado las teorías del derecho natural un tanto antagónicas a las anteriores porque: "la objeción general que habría que formular a las teorías jusnaturalistas modernas es que más filosofías de derecho natural son teorías de poder disfrazadas".⁸¹

Ya en épocas recientes se ha establecido la diferencia entre ley natural y derecho natural siendo la primera continente y el segundo el contenido: "El derecho natural es aquella parte de la ley natural que se refiere a las relaciones de justicia; esto es, la ley

⁸⁰ San Agustín. **Confesiones**. Pág. 62.

⁸¹ Bodenheimer, Edgar. Op. Cit. Pág. 228.



natural se llama derecho natural en cuanto es regla de derecho y sólo bajo este aspecto (...) En otras palabras, el derecho natural es una regla natural de derecho, que regula relaciones de justicia legal, distributiva y conmutativa".⁸²

En todo aquello que se llame derecho natural siempre se tiene que tomar en cuenta que su característica elemental es su permanencia en el tiempo, están dotados de aquellos valores imprescriptibles de los cuales el ser humano aspira alcanzar.

3.3. Norma fundamental

Norma fundamental es aquella que sirve de base a un sistema jurídico determinado; modernamente equivale decir una Constitución. La pluralidad de normas que se sitúan de forma jerárquica, por el tipo de producción de las mismas, conlleva la determinación de cuál de ellas será la base para las demás, porque existen categorías y posicionamiento gradual entre ellas. Ese carácter, hace necesario desarrollar a cual de todas le corresponde el papel de fundamento de las otras.

"Una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez. En cuanto fuente común, esta norma fundamental constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que integran un orden, y el que una norma pertenezca a un orden determinado deriva sólo del hecho de que su validez pueda ser referida a la norma fundamental que constituye ese orden".⁸³

⁸² Hervada, Javier. **Introducción crítica al derecho natural**. Pág. 154.

⁸³ Kelsen, Hans. **Op. Cit.** Pág. 43.



La norma fundamental es un criterio ordenador de conductas que una sociedad pueda tener y de procedimientos e instituciones que se quieran instaurar. Para salvaguardar esas normas (consuetudinarias y costumbres), entonces, la razón ha primado de fundamental a una norma básica cuya existencia se ha derivado del germen social así determinado.

El sello de legitimidad de los actos futuros sea quizá parecido al presupuesto de una ley natural. “Kant no habla de una <<norma fundamental>> y –a diferencia de Kelsen- ella tampoco se encuentra en el centro de su filosofía del derecho. Sin embargo, formula claramente la idea de una norma fundamental: <<Puede, pues, pensarse una legislación externa que contuviese sólo muchas leyes positivas; pero luego debería preceder una ley natural que fundamentara la autoridad del legislador (es decir, la competencia para vincular a los demás a través de su propio arbitrio)>>. Con esto se han mencionado las propiedades esenciales de una norma fundamental. Se trata de una norma que precede a las leyes positivas y que, con ello, fundamenta la competencia del legislador para dictarlas, y, así, su validez”.⁸⁴

Los postulados de Kant hacen invariable la naturaleza del orden categórico que rige la conducta moral de los hombres. “Solo las leyes positivas obligan, puesto que una legislación positiva las ha estatuido y declarado obligatorias, en las leyes naturales, por el contrario, la obligación puede reconocerse inclusive sin legislación externa. Estas leyes, por así decirlo, se encuentran entre las leyes jurídico positivas y las leyes éticas en sentido estricto”.⁸⁵

En ambas consideraciones la relación ontológica de la ley natural como invariable detenta el presupuesto de que en la norma fundamental de un país no pueda ser

⁸⁴ Alexy, Robert. **El concepto y validez del derecho.** Pág. 116.

⁸⁵ Lisser, Kurt. **El concepto de derecho en Kant.** Pág. 48.



derogada. No obstante, si se identifica a una Constitución como ley natural, el hecho de que por virtud de una revolución o golpe de Estado esta deja de ser válida y se instaura un régimen que impone otra; no sigue, entonces las caracterización de ley natural porque no puede ser posible o no cabe en la conceptualización de ley natural, el hecho de que la misma siga un curso que sea destrozado por fuerzas políticas internas. Se pensará, siguiendo ese orden, que el derecho a la vida ha sido instaurado solo porque una Constitución lo regula, claramente es algo falso, porque existe la noción de moralidad en la conciencia social fundada en ley natural.

El presupuesto básico es encontrar la norma básica de la regulación normativa: “una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica propuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica propuesta”.⁸⁶

La reflexión saca a luz que la norma fundante es requisito formal a la existencia de un Estado, no existe algún tipo de producción normativa que pueda tener el grado de validez de la misma, por ende, la elaboración de normas se identifica con el derecho y es derecho porque pertenece al ámbito de una norma fundante básica que dirige la relación de ordenación y elaboración de todo el andamiaje legal.

“La norma fundante de un orden jurídico no es una norma material que, por considerarse inmediatamente evidente el contenido, sea propuesta como norma suprema, a partir de la cual, mediante una operación lógica, puedan derivarse normas del comportamiento humano, como lo particular se infiere de lo universal”.⁸⁷ La

⁸⁶ Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho**. Pág. 205.

⁸⁷ Ibíd. Pág. 205-206.



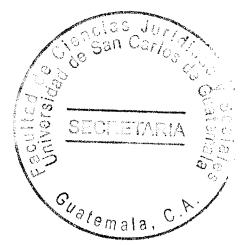
particularización de la universalidad material de la elaboración de las normas jurídicas es, sin lugar a dudas, el momento más importante del hecho de la existencia de un Estado que se instaló para ordenar todo a su alrededor, entonces, el hecho de la producción normativa debe estar encaminado a que la fuente de la cohesión social sea la directriz que disponga la forma de ordenarlo.

"La norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede ser designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico-positivo. No es ella misma una norma impuesta por la costumbre, o por el acto de un órgano de derecho; no es una norma impuesta, sino presupuesta, en tanto la instancia constituyente es vista como facultada para dictar la constitución por una norma establecida por una autoridad aun superior".⁸⁸

Lo presupuesto de la norma fundamental es que su nacimiento radica en la conciencia como noción de ordenación para la consecución de los fines para los cuales se quiere establecer orden. No el fin en sí mismo, de la derivación en la estabilidad de las condiciones de poder, sino, el fin de una estructuración de orden respaldada por la conciencia anterior de señalárselo así. En esto Kelsen hace énfasis al entorno de los derivados primarios del poder que hacen válida la emisión de la Constitución como la norma fundamental de un orden jurídico, porque ella, es la norma que le sirve de solución jurídica positiva al ser formalmente promulgada.

En sentido lógico jurídico se entiende en el sentido de la creación de una expectativa cuyo carácter sería la producción de estabilidad de las conductas condicionadas por la moral social.

⁸⁸ Ibíd. Pág. 206.



3.4. Funcionalidad de la regla de reconocimiento

Ha sido necesaria la relación de los puntos anteriores para enfocar la funcionalidad de la regla de reconocimiento, partiendo de que para entender en qué consiste, se debe comprender de dónde surge y el sistema jurídico para la que fue diseñada. La regla de reconocimiento es producto del pensamiento de las doctrinas positivistas que llegaban al *common law*, derivado de ellas, Hart desarrolló sus postulados haciendo comparación con el sistema de fuentes que conocía mejor que era el inglés.

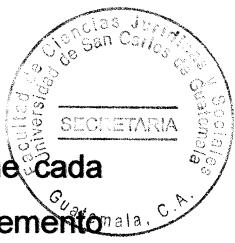
Se mencionó que la regla de reconocimiento forma parte de un sistema de normas secundarias que se coordinan con las normas primarias de obligación dentro de un sistema legal.

3.4.1. Sistema legal

Para comprender la funcionalidad de la regla de reconocimiento se debe partir del significado de sistema legal. Por sistema legal se entiende al orden jurídico superpuesto en coordinación para la estructuración de todas las reglas ya sean de obligación, de competencias y de atribuciones.

Un sistema es: “un conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”.⁸⁹ Sistema relaciona a un conjunto, un cúmulo de elementos de los cuales se predica un orden.

⁸⁹ Real Academia Española. Op. Cit. Pág. 2021.



“Un conjunto de elementos relacionados entre sí funcionalmente, de modo que cada elemento del sistema es función de algún otro elemento, no habiendo ningún elemento aislado. El término <<elemento>> está tomado en un sentido neutral; puede entenderse por él una entidad, una cosa, un proceso, etc. (en cuyo caso cabe hablar de <<sistema real>>) o puede entenderse por él algún concepto, término, enunciado, etc. (en cuyo caso cabe hablar de sistema conceptual>, <<sistema lingüístico>>, etc.). En algunos casos, el elemento de que se habla tiene un aspecto <<real>> y un aspecto <<conceptual>>; ello sucede cuando, (...) el sistema de que se habla está compuesto de reglas o normas”.⁹⁰

El sistema legal aglutina tanto un aspecto real y conceptual, porque reúne dentro de sí comportamientos reales que se espera y en efecto se realizan en la vida humana; conceptual al atribuirle las funciones del lenguaje la realización del derecho, siendo este la herramienta por la cual aquel se exterioriza. “El sistema jurídico aparece como un conjunto lógico-formal de reglas jurídicas, cuyas características básicas son la sistematicidad, la generalidad, la plenitud, la unidad y la coherencia (...) desde el punto de vista socio-jurídico, el sistema jurídico es considerado, por una parte, como un ámbito de interactuación, esto es, como un sistema de comunicación formado por símbolos normativos, que cumplen una función persuasiva; y, por otra parte, este sistema de símbolos normativos actúa como un elemento causal de los comportamientos sociales”.⁹¹

La manifestación conceptual de un sistema legal es la estructuración, tanto de un sistema de reglas como de la idiosincrasia social en la cual se desenvuelven. “Los sistemas jurídicos son siempre sistemas jurídicos de formas complejas de vida social, tales como religiones, estados, regímenes, tribus, etcétera (...).”⁹² En consecuencia, los

⁹⁰ Ferrater Mora, José. *Op. Cit.* Pág. 3305.

⁹¹ Arnaud, André-Jean y María José Fariñas Dulce. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Pág. 31.

⁹² Raz, Joseph. *El concepto de sistema jurídico*. Pág. 227.



modelos de sistemas legales responden a esa estructura compleja, entre lo reglado y el ingrediente subjetivo.

Siendo el entramado que ordena a un sistema legal, cada una de sus partes debe de ser agrupada como en un sistema de conexión serial, en el cual hay una fuente de energía que se distribuye en cada uno de los accesos de energía programados para esa funcionalidad. De forma negativa, existen ciertos caracteres que hacen no funcional a un sistema legal:

“El primero y más obvio consiste en dejar del todo de crear leyes, de manera que cada causa deba fallarse sobre bases ad hoc. Los otros caminos son: b) la falta de publicar, o al menos de poner a disposición de la parte afectada, las leyes que se espera que observe; c) el abuso de legislación retroactiva, la cual no sólo es incapaz de guiar la acción, sino que socava la integridad de las leyes de efecto presunto, puesto que las coloca bajo la amenaza de cambio retroactivo; d) el no hacer leyes comprensivas; e) la promulgación de leyes contradictorias o f) leyes que están fuera de la capacidad de conducta de la parte afectada; g) la introducción de cambios tan frecuentes en las leyes que el súbdito no pueda orientar sus actos por medio de las mismas y, finalmente, h) la falta de congruencia entre las reglas conforme se promulgaron y su verdadera administración”.⁹³

De cualquier forma, la efectividad de un sistema legal será gracias a que de la combinación de las normas, por asignación de dependencia o independencia una de otras, puedan ser certeras y congruentes entre sí. Para ello, resulta necesario comprender que la forma de producción de las normas de un sistema legal responda a cabalidad con el grado de pertenencia a ese sistema y ya se dijo que, un sistema legal no es solamente la norma jurídica en sentido formal sino que el cúmulo de

⁹³ Fuller, Lon L. **La moral del derecho**. Pág. 49.



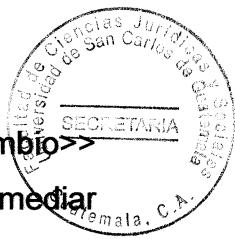
idiosincrasias que también forman parte de un tipo de norma moral o consuetudinaria práctica, que dinamiza ese sistema e influyen de manera indirecta en la creación de esas normas en sentido formal.

3.4.2. La regla de reconocimiento como regla secundaria de un sistema legal

Se menciono que la regla de reconocimiento parte del concepto de sistema legal, porque, según Hart, deriva de aquellas normas secundarias que le brindan soluciones a las normas primarias de obligación por los defectos que las mismas detentan. Un simple ejemplo: la ley penal tipifica un delito, el cual es, como se sabe, una conducta que está prohibida porque atenta contra los valores de una sociedad o los bienes jurídicos tutelados por ella, entonces, este modo de regla es de tipo obligacional (no hacer) o primario porque impone la abstención de la realización de una conducta; otro ejemplo sería una ley administrativa la cual dispone que se debe obtener un documento que identifique y le brinde su carácter de ciudadano a las personas.

En cambio, para hacer indiscutible la prohibición de matar se debe recurrir a la sanción que la misma norma impone y hacer efectiva la consecuencia hipotética de la misma. Pero esa efectividad se debe establecer por medio de normas procesales. Las normas procesales imponen un tipo de obligación distinta, de carácter formal, que no son efectivas de forma general en cualquier momento, sin que antes no existe un motivo sustantivo que las haga funcionar.

Hay tres tipos de reglas secundarias que tratan de atenuar los efectos nocivos de las reglas primarias de obligación: “La forma más simple de remedio para la falta de certeza del régimen de reglas primarias, es la introducción de lo que llamamos una <<regla de reconocimiento>> (...) El remedio para la cualidad estática del régimen de



reglas primarias, consiste en la introducción de lo que llamamos <<reglas de cambio>> (...) El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquél ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, si en una ocasión particular se ha trasgredido una regla primaria (...) y llamaremos a las reglas secundarias que confieren potestad de hacerlas <<reglas de adjudicación>>⁹⁴.

Las reglas de cambio son aquellas que determinan la posibilidad de transformación de reglas que ya no son útiles. Son reglas de tipo facultativo que disponen la atribución de poder derogar leyes de forma positiva y a su vez de la creación formal de las mismas, que sustituirán a las anteriores. Las reglas de adjudicación son las que fijan procedimientos para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en normas de obligación.

Y la regla de reconocimiento es la regla que: “(...) especificará alguna característica cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. La existencia de la regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas”⁹⁵.

La indicación afirmativa indiscutible es el consenso de la mayoría, como señal inequívoca de que una regla pertenece al sistema de esa mayoría, porque así lo entienden.

⁹⁴ Hart. H. L. A. **Op. Cit.** Pág. 117, 118 y 120.

⁹⁵ **Ibid.** Pág. 117.



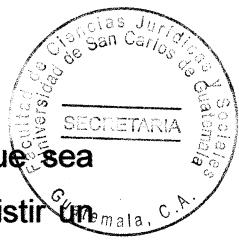
Hart deriva que de la existencia de un principio de representación inicial en el cual se señalan la pertenencia de cierta norma, de tal representación, nace una norma que en sí mismo es el criterio de orden de las demás, en este supuesto se puede pensar que derivado de un acuerdo de ordenación en el cual cada uno de los elementos que se utilizan para determinar su función (una función normativa ya sea imperativa o permisiva) se deben de ensamblar en concordancia con su finalidad esencial.

“En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de <<fuentes>> de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales”.⁹⁶ Entendido así, las fuentes pueden considerarse, el referente de los modelos complejos entonces esa es la instauración de regla o reglas de reconocimiento que tienen la validez para hacer efectivo dicho modelo legal.

Algunos autores han señalado diversos rasgos acerca del carácter real de la regla de reconocimiento. “La regla de reconocimiento de una comunidad dada puede ser relativamente simple (lo que el Rey promulga es derecho) o puede ser muy compleja (la Constitución de los Estados Unidos con todas sus dificultades de interpretación, puede ser considerada como una sola regla de reconocimiento). La demostración de que una regla particular es válida puede, por tanto, requerir que se trace una complicada cadena de validez desde dicha regla particular hasta la regla fundamental (...). La regla de reconocimiento es la única regla en un sistema jurídico cuya fuerza obligatoria depende de su aceptación”.⁹⁷

⁹⁶ Ibíd. Pág. 126.

⁹⁷ Dworkin, Ronald. ¿Es el derecho un sistema de reglas? Pág. 16.



Dworkin enfoca la regla de reconocimiento con fuerza de aceptación para que sea tomada en cuenta por todos, aunque, en realidad para que se acepte debe existir un sustento material, o moral si se quiere para que lo sea. Más adelante Dworkin señala: “Debemos observar cuáles son los argumentos últimos que ellos aceptan para mostrar la validez de una regla particular y qué argumentos últimos usan para criticar a otros funcionarios o instituciones. No podemos aplicar una prueba mecánica, pero no existe el peligro de confundir la regla de reconocimiento de una comunidad con sus reglas de moralidad”.⁹⁸

Es decir, la regla de reconocimiento según Dworkin es percibida como un hecho al momento que los funcionarios siguen las reglas e invitan o persuaden a los demás a seguirlos. “La regla de reconocimiento es identificada por el hecho de que su competencia es la operación del aparato gubernamental de sus legislaturas, tribunales, órganos, policías y demás”.⁹⁹

Hart, en forma ambigua, relaciona que: “(...) la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, los funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es cuestión de hecho”.¹⁰⁰ En este pasaje se quiere decir que en sí misma la regla de reconocimiento no se puede enfocar totalmente con una Constitución formal, porque existe como práctica compleja, es decir, no solamente en relación a un documento sino a una dinámica social (mutación constitucional en terminología moderna).

⁹⁸ Ibíd. Pág. 17.

⁹⁹ Ibíd. Pág. 17.

¹⁰⁰ Hart H. L. A. Op. Cit. Pág. 137.



“Así pues, según la opinión de Juan Ruiz Manero, respecto de la regla de reconocimiento las cuestiones de existencia, validez y pertenencia al sistema se plantean de manera diferente al resto de las reglas jurídicas. Para todas ellas –con excepción de la regla de reconocimiento- estas tres cuestiones son una y la misma; en cambio, en el caso de la regla de reconocimiento << 1) su existencia consiste en el hecho de la aceptación y uso concordante por parte de los jueces y tribunales de unos mismos criterios de validez jurídica; 2) no es jurídicamente válida ni inválida, pues la validez jurídica es una propiedad que las demás reglas tienen en relación con la regla de reconocimiento; 3) pertenece al sistema jurídico porque es señalada directamente por la definición de sistema jurídico>>”.¹⁰¹

Se sigue que la regla de reconocimiento es una meta-norma, de un carácter distinto a una norma jurídico positiva de relación concorde con las prácticas sociales ya sean de un sistema simple a uno complejo. De la cual se predica su validez última.

Pero para Bulygin la regla de reconocimiento expresa, no una norma positiva suprema, sino un criterio conceptual el cual permite, a través del lenguaje por el cual se exprese, validar las normas jurídicas positivas.

“Sin embargo, la teoría se mantiene como una explicación fidedigna de las reglas sociales convencionales, las cuales comprenden, además de costumbres sociales ordinarias (que pueden ser o pueden no ser reconocidas como teniendo fuerza jurídica), ciertas reglas jurídicas importantes, incluyendo la regla de reconocimiento, la cual es, en efecto, una forma de regla consuetudinaria judicial que existe únicamente si ésta es

¹⁰¹ Jiménez Cano, Roberto M. **Problemas abiertos de la regla de reconocimiento.** <http://universitas.idhbc.es/n10/10-06.pdf>. (Consulta: 10 de octubre de 2017). Pág. 11.



aceptada y practicada en las operaciones de identificación y de aplicación jurídicas de los tribunales”.¹⁰²

Hart no asume la posición de que la regla de reconocimiento ascienda a un criterio conceptual último, aunque pueda considerarse así en ulteriores formas, sino como regla consuetudinaria con movimiento propio en la dinámica judicial, una moralidad de los jueces que aplican el derecho concorde a la interacción de las reglas por medio de ese criterio último que permite diferenciarlas, “mientras que la validez jurídica de otras reglas del sistema puede ser demostrada por referencia a ella, su propia validez no puede ser demostrada, sino que <<se da por admitida>>, es <<postulada>> o es una <<hipótesis>>”.¹⁰³

La regla de reconocimiento se considera exclusiva para el derecho judicial o la aplicación concreta de las normas primarias de obligación siendo el virtual enlace entre las otras normas secundarias.

Existen ciertos aspectos sobre la regla de reconocimiento, los cuales, dentro de su concepción como norma consuetudinaria, implican la inclusión de dos elementos, el interno y externo. “Es menester recordar que la regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho”.¹⁰⁴

¹⁰² Hart, H. L. A. **Post scriptum al concepto de derecho**. Pág. 33.

¹⁰³ Hart, H. L. A. **Op. Cit.** Pág. 134.

¹⁰⁴ **Ibid.** Pág. 139.



La regla de reconocimiento tiende a la consideración de la moralidad, esto resulta de la identificación del derecho ya no solo como normas jurídicas formales sino como **Juicios** de valor que transmiten un cierto tipo de moralidad.

Sin duda la moral juega un papel principal en la elaboración de derecho porque, “si la razón o la virtud son las verdaderas causas de toda rectitud, sea en los pensamientos, sea en los actos, desde el momento que no es la razón será preciso que sea la virtud la que hace que el fin sea bueno”.¹⁰⁵

Es en este punto donde surge la ruptura con el positivismo jurídico, ya que se quiera o no siempre existe subjetivismo en la estructura de cualquier tipo de fuente de derecho. Porque es un acto humano que tiende a regular conductas humanas, no es posible que solamente se tienda a una vía del razonamiento lógico sino hay una justificación moral en todo lo que es el derecho.

Siendo el juez el operador de las fuentes tiende en sus argumentos a utilizar tal regla de reconocimiento como criterio referencial o indicador de selección de las reglas válidas del sistema: “(...) una regla válida es un enunciado interno que reconoce que la regla satisface los requisitos para identificar lo que será considerado como derecho en su tribunal y no constituye una profecía de su decisión, sino una parte de la razón misma”.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Aristóteles. **Moral. La gran moral. Moral a Eudemo.** Pág. 161.

¹⁰⁶ Hart, H. L. A. **Op cit.** Pág. 131.



Como se quiera la noción de regla de reconocimiento cumple la función de ser el criterio de validación de las otras normas del sistema. Y sobre todo porque: "la regla de reconocimiento pertenece exclusivamente a la jurisprudencia".¹⁰⁷

3.4.3. Diferencias entre la norma fundamental y la regla de reconocimiento

Explicadas las implicaciones tanto de la norma fundamental como de la regla de reconocimiento y habiéndose determinado que cada una tiene sus matices propios, en consecuencia no es dable que sean presupuesto entre sí, como si se tratases de la misma noción conceptual, ya que cada una implica un significado distinto pero que arriban a la finalidad de derivar cual es el fundamento o la base de un orden jurídico.

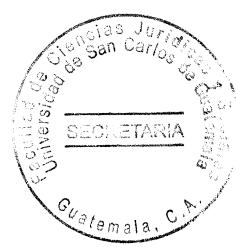
Primero hay que hacer notar los aspectos comunes:

"a) Ambas son normas no promulgadas por ninguna autoridad jurídica; b) ambas son normas ni válidas, ni inválidas (no tiene sentido hablar de validez en relación con normas <<últimas>>); c) ambas tienen la función de otorgar validez a la (primera) constitución, si por constitución (en sentido material) entendemos, como Kelsen sugiere, el conjunto de normas sobre las fuentes del derecho (reglas de cambio, en la terminología de Hart), es decir, las normas que regulan la creación de otras normas, otorgando competencias, reglando procedimientos, etc.; d) ambas, entonces, son normas no constitucionales, sino meta-constitucionales; e) ambas, por consiguiente, se refieren a las normas sobre las fuentes del derecho (...) pero son distintas a ellas".¹⁰⁸

¹⁰⁷ Jori, Mario. **Del derecho inexistente. El sentido común en la teoría del Derecho.** Pág. 66.

¹⁰⁸ Guastini, Riccardo. **Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento.** http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Bobbio_sobre_la_norma.pdf. (Consulta: 10 de noviembre de 2017). Pág. 1.

Los aspectos en los cuales difieren son:

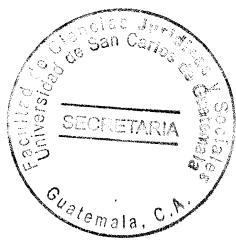


Kelsen describe a la norma fundamental como un criterio jurídico positivo es entonces que ella debe ser un documento posterior al procedimiento lógico jurídico en que conste con todos los requisitos de norma base y ser generalísima y que se remita a sí misma como suprema.

Es decir que para Kelsen debe existir un documento que se denomine Constitución en el cual se plasmen las normas básicas de un Estado.

En cambio Hart la traduce como un hecho, no del todo evidente pero que forma parte de una práctica compleja de los funcionarios judiciales, porque la regla de reconocimiento es un proceso de asimilación de las fuentes del derecho tanto escrito como no escrito que se plasma por vía jurisprudencial, es una regla empírica de la experiencia de los tribunales al plasmar el derecho en sus resoluciones.

Por ello se traduce como práctica compleja porque consiste en la incorporación de la norma escrita, de los precedentes jurisprudenciales, de normas consuetudinarias, de hechos descritos por las partes, de convencionalismos sociales, de la conciencia moral y política de los jueces, es decir es una forma de construcción conceptual la cual fundamenta el Derecho brindándole legitimidad y estabilidad.



3.4.4. Detractores

Las ideas de Hart fueron innovadoras para la literatura jurídica que hoy día siguen siendo fuente de debate en todos los estudios sobre filosofía del derecho y sobre los sistemas jurídicos, pero algunos no comparten sus ideas, no por innovadoras sino, porque carecen de sustento o siguen un proceso de fallo irreversible.

-Lon L. Fuller

El primero en realizar críticas fue Lon Fuller quien indica que la regla de reconocimiento no sigue un lineamiento directo en cuanto a su forma de establecerse: “Me [a] trevo (sic) a decir que un error básico de método impregna toda la forma de tratar de la regla de reconocimiento de Hart. Así trata de dar en todo, con la ayuda de esa regla, respuestas jurídicas claras a preguntas que son esencialmente hechos sociológicos. Esta mala aplicación de la regla se hace más evidente en su discusión de lo que él llama el problema de <<la persistencia del derecho>>”.¹⁰⁹

Fuller menciona que de la idea de que la estabilidad de la regla de reconocimiento, no puede depender de un carácter de la misma, porque si es última siempre ha sido así, no obstante, cómo explicar cuando hay convulsiones sociales que alteran un sistema jurídico, en esto, según él, se equivocó Hart: “En esto hay quizá una ironía, puesto que el golpe de Estado anticuado, militar, no ideológico, presenta el más claro ejemplo de un cambio en <<la regla de reconocimiento>>, no obstante que tal vez constituya la amenaza final a la persistencia del derecho”.¹¹⁰

¹⁰⁹ Fuller, Lon L. **Op. Cit.** Pág. 157.

¹¹⁰ **Ibíd.** Pág. 158.



Otro argumento de Fuller se arguye en la respuesta del funcionamiento de la regla de reconocimiento en un sistema complejo, porque no se especifica que en el primer estadio de la evolución de una sociedad humana el tipo de sistema jurídico que tenían haya respondido solamente a reglas de obligación, es más si que es posible que sean de tal modo reglas o solo impulsos de sobrevivencia organizada:

“Por una parte, es una sociedad [prejurídica] en la que abunda la creencia en la magia, y en la que la naturaleza es invocada por medio de una fórmula, es evidente que no puede hacer una distinción clara entre poderes <<naturales>> y <<legales>>”.¹¹¹

-Ronald Dworkin

Otro crítico fue Dworkin, quien postula que la regla de reconocimiento es un tipo de teoría semántica.

“Las teorías semánticas suponen que abogados y jueces utilicen principalmente los mismos criterios (...) Estas teorías disienten sobre cuál es el criterio que comparten los abogados y qué fundamentos estipulan estos criterios”.¹¹²

Dworkin asimila a la norma de reconocimiento como producto ordenador de los hechos del lenguaje, se mencionó que Dworkin interpreta la regla de reconocimiento como un hecho, pero un hecho del lenguaje.

¹¹¹ Ibíd. Pág. 158.

¹¹² Dworkin, Ronald. **El imperio de la justicia**. Pág. 37.



Dworkin parte de una consideración distinta en cuanto a los postulados de Hart, quien los denomina como un matiz del positivismo pero ablandado. También incluye la distinción de las reglas de acuerdo a su pedigree, es decir a la distinción entre cada una por la disparidad de funciones que desarrollan o de conductas que norman.

Pero en vez de hablar de regla de reconocimiento sería preferible, hablar de principios ya que parten del desarrollo y de la adaptación de los mismos a las condiciones tanto de las fuerzas políticas como del influjo social: “su origen como principios jurídicos no descansa en la decisión particular de una legislatura o tribunal, sino en un sentido de idoneidad desarrollado en los ejercicios profesional y público con el paso del tiempo”.¹¹³

-Robert Alexy

De forma radical Alexy niega la fiabilidad de la regla de reconocimiento, porque para que su supuesto sea realizable debe existir un consenso general de aceptación y prefiere la aceptación de la teoría de Kelsen sobre la norma fundamental, en cuanto esta encuentra una base efectiva en su paso material; en cuanto la regla de reconocimiento sigue siendo una regla empírica que necesita de constatación por medio de la experiencia.

“El problema reside en el concepto de aceptación. Aceptar una regla que encuentra su expresión en una práctica común significa pasar del hecho de que esta práctica existe al juicio de que está ordenado comportarse de acuerdo con esta práctica. La ventaja de la teoría kelseniana de la norma fundamental reside en que este paso del ser al deber ser no se esconde detrás de conceptos tales como los de aceptación y existencia de

¹¹³ Dworkin, Ronald. ¿Es el derecho un sistema de reglas? Pág. 46.



una práctica sino que es puesto de manifiesto y tematizado. En última instancia una teoría empírica de la norma fundamental tiene que fracasar porque no puede aprehender adecuadamente el problema propiamente dicho de toda teoría de una norma fundamental, es decir, el paso del ser al deber ser".¹¹⁴

-Riccardo Guastini y Norberto Bobbio

Igualmente Guastini quien siguiendo el pensamiento de Bobbio, de manera nihilista opina sobre lo superfluo que resulta buscar la validez del sistema jurídico y postula únicamente que sea la constitución la única norma suprema: "¿por qué no admitir que esta norma sea no una norma propuesta, sino, una norma simplemente puesta, promulgada? En otras palabras, ¿por qué no admitir que la norma suprema sea la propia constitución? ¿Por qué buscar un fundamento de validez para la constitución en otra norma, ni válida ni inválida, y no admitir, simplemente, siguiendo a Bobbio, que la propia constitución sea la norma fundamental, ni válida ni inválida, del sistema jurídico?".¹¹⁵

3.5. Corrientes jurídico-filosóficas posteriores

El quiebre de la influencia del positivismo provocó el nacimiento de nuevas corrientes que combinarían tanto el iusnaturalismo y el realismo creando nuevos paradigmas en el desarrollo del derecho, al tiempo que han influido también en el desarrollo de la dinámica social adaptándose a los cambios tecnológicos de los últimos cincuenta años.

¹¹⁴ Alexy, Robert. **Op. Cit.** Pág. 122.

¹¹⁵ Guastini, Riccardo. **Op. Cit.** Pág. 4-5.



En paralelo, cada una de las corrientes se enfoca en el desarrollo o continúan un trato similar a las tesis de Hart en cuanto a la regla de reconocimiento y a la validez de las normas jurídicas.

3.5.1. Positivismo incluyente

Es una forma de positivismo en la cual los juicios morales están inmersos en la práctica legal y a su vez en la formulación de la ley. Wilfrid Waluchow desarrolla su versión de positivismo como: “una característica distintiva del positivismo incluyente es sostener que las pautas de moral política, es decir, la moral que se utiliza para evaluar, justificar y criticar a las instituciones sociales y sus actividades y productos –por ejemplo, las leyes- pueden jugar un papel, y de hecho lo hacen de diversos modos, en la empresa de determinar la existencia, contenido y significado de las leyes válidas”.¹¹⁶

Esta versión está destinada, según Waluchow, a convertir el positivismo formal en iusnaturalismo positivo porque incluye la consideración a priori de las pautas morales sumidas en el raciocinio de los que detentan el poder y ordenan las conductas, pero deben adecuarse a la moralidad aceptada del grupo al que pertenecen.

3.5.2. Positivismo excluyente

Por su parte el positivismo excluyente es aquel que excluye la moral de los fundamentos lógicos o conceptualmente posibles para la determinación de la existencia o contenido del derecho válido. Postulado según Waluchow por Joseph Raz, para quien

¹¹⁶ Waluchow, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente**. Pág. 17.



los criterios de moralidad, en nada construyen la estructura de las normas sino que lo hacen los hechos sociales.

"Este otro tipo de positivismo jurídico se caracterizaría por la tesis según la cual la identificación del derecho y de su contenido estaría determinado exclusivamente por hechos sociales, sin recurrir a la moral (*strong social thesis*). Con ello no se sostendría que el derecho no pueda reenviar en casos particulares a criterios morales (...)"¹¹⁷.

Sostiene esta corriente el reenvío a criterios sociales sobre pautas de ordenación, es una conexión sobre comportamientos y decisión sobre cuales influyen en la formulación de las leyes o lo que sea derecho positivo válido.

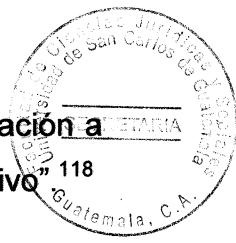
3.5.3. Normativismo realista

El normativismo realista es una postura que trata de conciliar tanto al positivismo como al realismo y también se incluye al positivismo desde la concepción de la efectividad del derecho en la realización de las normas y su validez en la práctica social.

Gregorio Peces-Barba postuló esta corriente como un tipo de corrección "(...) en este paradigma coexisten una concesión sistemática del derecho sobre el cual la creación jurídica es vinculada a criterios formales establecidos en la norma suprema y una

¹¹⁷ Pozzolo, Susanna. Op. Cit. Pág. 244.

concesión teleológica exigente del Estado constitucional de derecho; una orientación a favor de la neutralidad ética y el acceso a una argumentación de carácter normativo¹¹⁸



A su vez concibe que el poder se da por legitimado por dos cuestiones importantes: “la consideración del poder político como un poder institucionalizado, que fundamenta a los sistemas jurídicos y que llamo desde esa perspectiva el hecho fundante básico, la idea de la constitución como norma básica <> y la consideración de ésta como el sistema que establece los criterios de producción normativa (...)”.¹¹⁹

En general Peces-Barba adopta una concepción ecléctica en cuanto a los sucesos determinantes para la existencia de un sistema legal, por ello menciona al pensamiento lógico o sea la razón y a las experiencias pasadas en la construcción histórica: “la historia y la razón son, para Peces-Barba, dos dimensiones necesarias para entender el <> y el <> de los derechos. La utilización de criterios racionales para entender a los derechos como pretensiones morales justificada se hace sobre una base histórica, esto es, desde una razón situada en la historia”.¹²⁰

3.5.4. Concepción trialista del derecho

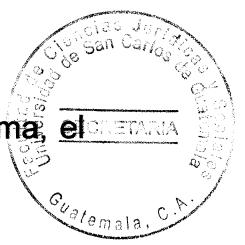
La concepción trialista sugiere que el derecho es la concepción de tres entramados sea norma, valor o hecho que coordinados se enlazan para darle sentido al mismo. “Esta corriente del pensamiento jurídico propugna por una visión integral del derecho, en la

¹¹⁸ https://www.francoangeli.it/riviste/Scheda_Rivista.aspx?IDArticolo=50936&idRivista=51 (Consulta: 10 de noviembre de 2017)

¹¹⁹ <http://universitas.idhbc.es/n10/10-02.pdf>. (Consulta: 10 de noviembre 2017)

¹²⁰ https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9396/concepcion_asis_2008.pdf%3Bjsessionid=91311CBBDB95DAEFD5F6716B5EF03F7?sequence=1. (Consulta: 10 de noviembre 2017)

que se consideren los tres aspectos que conforman el fenómeno jurídico: la norma, el hecho y el valor".¹²¹



Quienes integran esta corriente son Miguel Reale, Luis Recanséns Siches, Luis Legaz y Lacambra y Eduardo García Maynez. Cada uno desde su perspectiva quiere lograr la integración del contenido del derecho vinculando tanto las normas jurídicas con la realidad en la cual serán funcionales.

3.5.5. Teorías argumentativas del derecho

Por último se hace una acotación de lo que se entiende por teorías argumentativas del derecho, las cuales postulan que el derecho pertenece no a una entidad distinta de las ciencias sociales sino que pertenece al discurso o lo que antiguamente se llamó retórica, por la funcionalidad que se le da al hecho de que utiliza el lenguaje para exteriorizarse y es un lenguaje que puede tener muchas connotaciones, utilizando los niveles de la lengua de forma distinta para lograr su fin.

Derivados de la teoría de la acción comunicativa de Jünger Habermas, el derecho, explica Atienza, utiliza los argumentos ya sea en la producción de las normas jurídicas, en la resolución de casos y en la dogmática jurídica haciéndolo precisamente en forma de discurso distinto, con la finalidad de normar la conducta a través del lenguaje por el cual se expresan las normas, las resoluciones y la dogmática.

¹²¹ Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo. Op Cit. Pág. 187.

3.6. Neoconstitucionalismo



La síntesis de las posturas anteriores se encuentra en el acuño del concepto neoconstitucionalismo, que ha tenido auge en los últimos veinte años vertiéndose en una concepción de vanguardia para la interpretación de los textos constitucionales.

En el neoconstitucionalismo hay una síntesis en la consideración del derecho, porque toma tanto los postulados positivistas pero no niega la carga axiológica en los textos constitucionales. Se piensa que el término surgió a finales de la década de los sesenta pero Susanna Pozzolo se atribuye el acuño del vocablo que la jurista italiana desarrolló en su libro *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*.

Sostiene Pozzolo, que neoconstitucionalismo es una forma de conciliación de las corrientes post-positivistas que trata de conciliar con el viejo positivismo sin dejar a un lado la larga tradición iusnaturalista. “El neoconstitucionalismo, (...) no resulta del todo homogéneo al positivismo jurídico (metodológico). Ello en cuanto no se presenta en absoluto como una forma descriptiva, sino, como mínimo, como una reconstrucción racional y, como máximo, como una justificación del sistema”.¹²²

“El autor Miguel Carbonell señala que el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial”.¹²³ Se identifica que estos textos constitucionales muestran matizaciones distintas a las anteriores a dicho periodo bélico, porque tras la declaratoria de los derechos humanos y la instauración de las Naciones Unidas surge el cambio en la incorporación de garantías y derechos fundamentales en los textos supremos.

¹²² Pozzolo, Susanna. **Op. Cit.** Pág. 27.

¹²³ Pereira-Orozco, Alberto. Y Marcelo Pablo E. Richter. **Derecho constitucional**. Pág. 59.

Para Pozzolo asumir la posición que la justificación del intérprete constitucional conlleva tanto un aspecto interno como externo contemplado en la tesis de Hart, por lo cual, lleva implícita la revisión de valores morales en cuanto una aproximación práctica de la Constitución.

“La regla de reconocimiento es aquella que fija los criterios de validez para todas las normas del sistema jurídico (...) consiste en una práctica social y es válida en cuanto existe de hecho, es decir, que produce efectos en el ámbito del grupo social (...).”¹²⁴ En este punto Pozzolo se adhiere a la idea de una norma última de remisión porque, sostiene, dentro de la regla de reconocimiento puede existir una anexión al derecho natural.

“La moral universal no puede ser reducida a hechos, no puede ser positivizada, es algo meramente normativo que no tiene relación con el mundo empírico. Entonces, una regla de reconocimiento que incluyese el reenvío a la moral universal, sería una suerte de reenvío al derecho natural”.¹²⁵ Ese reenvío a la moral universal procede como forma de justificación de una Constitución, y se dijo antes, que su contenido normativo se asemeja al derecho natural.

Un punto importante en la teoría de Pozzolo es la tendencia del neoconstitucionalismo a promover el activismo judicial ya que por medio del discurso argumentativo utiliza principios como medio de justificación en el entramado discursivo de las resoluciones judiciales y siguiendo a Uberto Scarpelli sostiene: “(...) cómo al insertar principios abiertos en los niveles jerárquicamente elevados de un ordenamiento se tiende a aproximar los sistemas de *Civil Law* a los de *Common Law*”.¹²⁶

¹²⁴ Pozzolo, Susanna. *Op. Cit.* Pág. 250.

¹²⁵ *Ibid.* Pág. 256-257.

¹²⁶ *Ibid.* Pág. 111.

CAPÍTULO IV



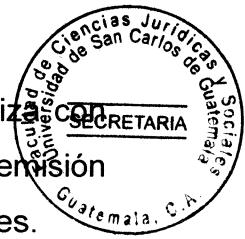
4. Valoración de la regla de reconocimiento en la doctrina legal constitucional

guatemalteca

Antes de iniciar, hay que tener presente el análisis teórico de los anteriores capítulos, sin los cuales sería un tanto incomprendible lo que se desarrollará en el presente. En este capítulo se tratará de proponer un modelo de la decisión jurisdiccional con el fin de brindar al desempeño judicial y en especial de la justicia constitucional, las herramientas necesarias para que los pronunciamientos sean concordes con la realidad y en armonía con las normas del sistema legal guatemalteco para lo cual se procederá al análisis de casos concretos por medios de cuatro ejes.

Estos ejes brindan la comprensión de lo que la regla de reconocimiento trata de realizar en sus postulados, por ser Guatemala un país con un sistema jurídico complejo, para conocerlo será necesario estratificarlo así. En cada eje se citarán sentencias de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y se reflexionará sobre los mismos; en el primer eje si la Corte de Constitucionalidad aplica ciertos principios similares a los del *common law*, al momento de si los precedentes tienen un carácter persuasivo u obligatorio.

El segundo eje, si la Corte de Constitucionalidad, al interpretar la norma constitucional, inmiscuye tanto el aspecto interno como el externo, es decir el aspecto moral, el aspecto legal y el aspecto político (o de grupos de presión) para resolver los casos que le presentan.



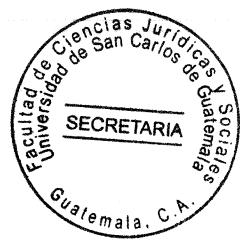
El tercer eje, si en las decisiones de la Corte de Constitucionalidad se armoniza con todo el sistema legal, para ello será necesario saber cuáles de las normas de remisión utiliza y cuáles son las fuentes de las que toma para fundamentar sus resoluciones.

El cuarto eje si la Corte de Constitucionalidad, la forma de cómo posiciona a la Constitución Política de la República de Guatemala y si existe un tipo de norma diferente que fundamenta la validez de los actos ya sea que se encuentren en una Constitución o en otra norma jurídica positiva o consuetudinaria.

En conjunto, los cuatro ejes anteriores permitirán dilucidar si se valora la regla de reconocimiento en la doctrina legal constitucional guatemalteca.

4.1. Principios del precedente del *common law* aplicados en la doctrina legal constitucional guatemalteca

Se mencionó que los precedentes en el *common law* tanto en la versión inglesa como norteamericana poseen fuerza suficiente para servir de fundamento a los jueces para resolver litigios. En ese entendido en este eje se trata de averiguar si en la actividad judicial del tribunal constitucional guatemalteco se aplican ciertos principios generales del *common law* en la construcción de doctrina legal constitucional, no de investigar si dicho tribunal sigue el sistema difuso de control constitucional que es una cuestión muy desarrollada por la doctrina jurídica moderna.



4.1.1. *Distinguish a case*

“<<*Distinguish a case*>> es una expresión la cual significa matizar un precedente, introducir distingos explicando en qué la causa que se enjuicia se diferencia del precedente, sentando nueva jurisprudencia mediante esta distinción pormenorizada; plantear una distinción”.¹²⁷

Tal principio se utiliza cuando el precedente a emplear no es del todo congruente con los hechos porque existen diferencias notables que no lo hacen razonablemente aplicable.

Incluso se regula en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad en el Artículo 43, al normar que la Corte de Constitucionalidad puede apartarse de su jurisprudencia anterior por innovación.

Como ejemplo se cita el siguiente caso tomado de los expedientes acumulados 3938-2016 y 3942-2016 con fecha de sentencia seis de noviembre 2017:

“De la citas transcritas se puede concluir que una resolución o un acto, no se consideran definitivos solamente por el hecho que, contra él, no quiepa la posibilidad de plantear recursos (*strictu sensu*) dentro del proceso judicial o procedimiento administrativo que corresponda.

¹²⁷ Alcaraz, Enrique; B. Hughes y M. A. Campos. **Diccionario de términos jurídicos**. Pág. 220.



Si bien es cierto, esta Corte, en reiteradas ocasiones ha accedido a conocer solicitudes de amparo cuando han sido promovidas para cuestionar el auto de procesamiento dictado contra una persona o bien lo decidido en torno a su reforma, estimándolas como decisiones definitivas, en la jurisprudencia reciente se hizo reestudio (sic) del tema, del cual se concluyó que esas decisiones carecen del carácter de definitivas, en tanto existen en la jurisdicción ordinarias diferentes mecanismos para provocar su revisión en el proceso penal.

Al respecto esta Corte aseveró que si bien en anteriores oportunidades se había pronunciado en cuanto a que: <<...la ley procesal, al permitir que el auto de procesamiento pueda ser reformado de oficio o a instancia de parte (...) si el juez considera que nuevas diligencias hacen variar su concepción original del hecho, (...) está facultado para reformar el auto de procesamiento...>> [Sentencia de doce de noviembre dos mil quince, expedientes acumulados 1629-2015 y 1636-2016. En similar sentido (...) expedientes acumulados 1224-2015 y 1234-2015, y 5604-2915, respectivamente] en nuevo análisis sobre el tema, se separaba del criterio aludido, tomando en consideración que el texto del Artículo 320 citado no prevé expresamente el requisito de que, para acceder a la reforma del auto de procesamiento, deban haber <<variado las circunstancias>>.

A partir de aquella innovación jurisprudencial se delineó que con relación a la reforma del auto de procesamiento de una persona, debe tenerse en cuenta que (...)".

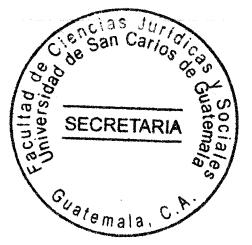
La doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad en aplicación del principio de fuerza normativa, puede interpretar el sentido de normas de categoría ordinaria para armonizarlas con el texto constitucional. En la presente sentencia se sostiene que surgió una revisión del tema anterior para lo cual se hizo necesaria la innovación a la



interpretación de un texto legal ordinario para que pueda ser motivo de apreciación de la garantía constitucional accionada.

Se aprecia que de los expedientes que sustentan las tesis contrarias las cuales sirven de motivación (para exponer de manera argumentativa la interpretación del reclamo sustentado) son recientes y no tienen en sí un motivo concorde para el cambio del sentido jurisprudencial. En este punto hay un cierto sesgo ya sea ideológico o técnico porque de la evaluación de los anteriores fallos se desprende que no puede variar en un corto periodo de tiempo (dos años) las circunstancias de una norma procesal penal, esto evidencia, a grandes rasgos, la falta de técnica en la interpretación de las normas ordinarias para concordar las circunstancias de los casos, porque se alude más adelante que se recurrió a apreciar otra norma del citado Código Procesal Penal de Guatemala y cabe preguntarse ¿por qué no se realizó en los expedientes anteriores que sustentaban la misma tesis?

Como se aprecia puede existir un error en la doctrina de la innovación porque innovar significa asimilar que las circunstancias por las cuales una norma se interpretó han evolucionado, ya sea porque no corresponda con la realidad, por su desuso o en cambio, porque la circunstancia por la cual ha sido aplicada sustente analógicamente variables distintas, es necesario, siguiendo un proceso de congruencia con sentido cronológico, llegar a un consenso científico en la interpretación normativa, suponiendo que la misma brinda muchas herramientas que hacen posible el enlace armónico entre los hechos y la forma interpretada, resultando deficiente apelar por la innovación si las propuestas carecen de sustento argumentativo.



4.1.2. Overrule

La *overrule* es: “anular, invalidar, revocar; dejar sin efecto [un precedente]; denegar, rechazar, desestimar; se suele emplear para indicar que un tribunal superior no acepta –refuses to endorse- la justificación jurídica –*statement of law*- dada en un proceso por un tribunal inferior”.¹²⁸

El uso de este principio es muy común en la actividad jurisdiccional de la Corte de Constitucionalidad porque conoce en apelación tanto de las acciones de amparo como de inconstitucionalidad en caso concreto. Por lo cual tiene la atribución de anular y revisar las actuaciones de los tribunales inferiores que conocieron de las garantías constitucionales en primera instancia.

Expediente 5609-2014 con fecha de sentencia ocho de octubre de 2015:

“Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior, se estima que la autoridad cuestionada al revocar la orden de reinstalación del postulante (...) debido a que el caso concreto no encaja en los supuestos en que procede la figura jurídica referida (...) por lo que tampoco puede aplicarse la tesis de presumirse la existencia de una relación continua por tiempo indefinido, al no estar establecida la intención expresa del empleador de renovar la relación en cuestión (...).

Finalmente, en cuanto al argumento del Tribunal de Amparo de primer grado, relativo a que la falta de contrato escrito es imputable al patrono, se considera necesario señalar que el artículo 30 del Código de Trabajo indica que en caso de falta del documento

¹²⁸ Ibíd. Pág. 418.

escrito, debe tenerse por ciertas las estipulaciones de trabajo afirmadas por el trabajador (...) por lo que sus afirmaciones no hacen más que confirmar la tesis sostenida en el presente fallo.



Lo anteriormente señalado evidencia la existencia de agravio que haya lesionado derechos y garantías constitucionales del postulante (...) el amparo deviene improcedente y, siendo que el tribunal a quo resolvió en sentido contrario, debe revocarse la sentencia apelada y emitir la que en derecho corresponde (...)".

En el caso citado se puede evidenciar la correcta aplicación de este principio ya que la Corte de Constitucionalidad hace uso de su facultad revisora en cuanto fundamenta incluso su resolución con jurisprudencia anterior para lo cual hace palpable que la interpretación jurídica del juez inferior fue errónea al momento de conceder el amparo y en la sentencia citada la Corte lo deniega revisando el fondo del asunto y dado que el a quo modificó el sentido de la norma ordinaria citada, la corte hizo énfasis de un sentido anterior y así lo mantiene.

En este caso resulta laudable que la Corte de Constitucionalidad mantenga la concordancia con la jurisprudencia anterior y además al momento de ser revisora de las actuaciones de primera instancia utilice los mismos argumentos para interpretar una norma ordinaria, no dejando que el sentido que el juez inferior le quería dar segmente o tergiverse las actuaciones jurisprudenciales, por lo cual se evidencia que el a quo no tiene conocimiento de los fallos sobre este tema y no aplica la jurisprudencia sobre el caso, aumentando la carga en la administración de justicia al no rechazar de pleno el trámite del amparo.



El uso correctivo de las actuaciones deviene de la mayor amplitud del conocimiento técnico, doctrinario y jurisprudencial de los encargados de revisarlas en una instancia superior por lo cual la *overrule* debe ser congruente con lo anterior, al momento de desarrollar la fase argumentativa o considerativa de las sentencias.

4.1.3. *Binding precedent* y *leading case*

Binding precedent es un precedente vinculante. Ha emanado de una autoridad superior judicial que es vinculante para los demás pero no para sí. Y *leading case* es “caso considerado como precedente, causa o proceso que sienta precedente, proceso creador de un precedente, llamado en inglés americano *landmark case*”.¹²⁹

Ambos términos son complementarios por lo cual tanto tener un caso base como que tal caso se convierta en un precedente son condiciones necesarias para que cada uno recíprocamente exista.

Para analizar este apartado se dividirán en dos secciones, en la primera se atenderá la explicación de qué es un caso base y la segunda cuando derivado del caso base se convierte en precedente obligatorio. A continuación el expediente 1822-2011 con fecha de sentencia diecisiete de julio de 2012:

“(...) Para dar respuesta a la problemática acerca de la recepción en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos, otros ordenamientos han acudido a la figura del bloque de constitucionalidad, el que ha sido parte de anteriores pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad (verbigracia, los expediente 90-90,

¹²⁹ Ibíd. Pág. 353.



159-97, 3004-2007, 3878-2007, auto de 4 de octubre de 2009, expediente 3690-2009, 1940-2010 y 3086-2010, entre otros), aunque en ninguno de estos se ha definido su contenido y alcances.

(...) El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. La conceptualización del <<bloc de constitucionalité>> surgió en Francia, gracias a la intervención consultiva del Consejo Constitucional francés en la década de los setenta y la labor investigativa doctrinal acerca de la justicia constitucional desarrollada (...).

Su función esencial es la de valerse como herramienta 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 en el país (...).

Es por ello que por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpore la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano.

El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y, esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes



a los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquél (...)".

Los casos bases se convierten en precedente porque de acuerdo a los alcances que las sentencias pretenden lograr en el futuro y de acuerdo al criterio que se maneje dentro de los considerandos así también la forma en cómo se amolda para el caso en concreto cada una de las variables servirá para fundarse en la misma justificación del caso base.

Para asumir que sea un *leading case*, este debe contener a simple vista, de acuerdo a la sentencia citada la definición de la institución jurídica que se tratará en el asunto ventilado ya que a partir de la diferencia específica y el género próximo, los siguientes intérpretes de las disposiciones constitucionales tendrán en cuenta los elementos que identifiquen plenamente a la institución y su relación cultural seguido el enfoque semántico que se le dio al vocablo.

En el extracto de la sentencia, se evidencia que la materia ha sido tratada en muchas ocasiones en sentido diverso al que se le da en la citada, a su vez se aprecia que la institución que se pretende incorporar, se conoció someramente pero no se le había dado el realce que merecía. En cambio, en la cita jurisprudencial se abarcan aspectos que servirán para la intelección del texto fundamental ya que a través de la referencia normativa se citan artículos constitucionales que por vía de interpretación corresponden a la figura jurídica incorporada.

Otra característica es la proyección que se pretende dar para que al momento de surgir un caso similar se pueda justificar con la misma argumentación vertida en el caso base y en otros precedentes, ya que esa es su finalidad, servir de motivación en las decisiones. Y así se convierte en un principio para el cual se brinda funcionalidad,



porque dirige la intelección del intérprete en el mismo sentido, a su vez quienes lo establecieron consideraban lo adecuado para el caso en cuestión y de igual manera se pretendió la misma finalidad con las normas legisladas: el regular hechos futuros.

Un precedente es obligatorio cuando el mismo es mencionado reiteradamente para justificar el sentido de una resolución judicial. Por ejemplo el expediente 3438-2016 con fecha de sentencia de ocho de noviembre de 2016:

“El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, determina que los instrumentos internacionales en materia de Derecho Humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. El artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos. El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes para los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquél.

En la sentencia dictada el seis de agosto de dos mil trece, dentro del expediente 143-2013, esta Corte explicó que la sentencia 1822-2011 varió el criterio anterior de que los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos no eran parámetro de constitucionalidad (...).

En el fallo de veintidós de noviembre de dos mil trece, emitido en el expediente 1094-2013, este Tribunal Constitucional afirmó que, por vía del bloque de constitucionalidad, es dable esgrimir lo preceptuado por la Convención Americana sobre Derechos

Humanos como parámetro para establecer legitimidad constitucional de una disposición infraconstitucional (sic).



Asimismo, en el expediente 3340-2013, (...) este Tribunal indicó que, dada la figura del bloque de constitucionalidad, es obligada observancia lo preceptuado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por estar sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) ya que en ellas se establece la forma de interpretar el contenido de las normas de la Convención y su alcance.

En similar sentido se pronunció esta Corte en la sentencia de veintiséis de noviembre de dos mil quince, dictada dentro del expediente 1006-2014".

Se evidencia al confrontar la cita jurisprudencial que el tribunal constitucional de Guatemala ha realizado la labor interpretativa vinculando los precedentes y como se apuntó arriba el caso base sirvió de diseño para las ulteriores resoluciones para que tuvieran un mismo sentido.

En este caso sobre la figura del bloque de constitucionalidad, el cual se incorporó por vía interpretativa la evolución conforme las variables de las circunstancias que casos posteriores sumaron al bagaje de la cuestión por ello, resulta del todo importante que el desarrollo de la línea argumentativa no se desvíe ya que, la evolución de la misma permite darle completa plenitud al momento de ser aplicada.

La creación de alguna figura jurídica obedece a su estabilidad en el tiempo para que en casos análogos pueda recurrirse a ella y así, a través de la motivación se pueda dar plena seguridad y certeza jurídicas a los fallos que se emitan; entonces el desarrollo de



los lineamientos de una figura jurídica que se trate de incorporar vía de la interpretación de textos es para que la misma configure un criterio estable sobre el asunto, a su vez por haber sido pronunciado por un tribunal superior y en materia constitucional el mismo debe ser respetado por los tribunales inferiores y unificarlo con la Corte Suprema de Justicia para así concordar las prácticas jurisprudenciales y agilizar el sistema de justicia.

Se constata que la experiencia anglosajona de los principios del precedente sirve para delimitar el poder discrecional (aunque se piense que los jueces del *common law* tengan demasiado) así la fuerza de un precedente puede ser tal que provoque la revisión de los fallos por un tribunal superior el cual decidirá si es pertinente al caso o necesita una revisión de motivación o razones jurídicas.

El *common law* sigue la doctrina del *stare decisis* forjado del aforismo romano: *stare decisis et non quieta movere* (estarse a lo decidido y que no cambie), según la cual los precedentes de los tribunales superiores obligan a los inferiores y solo si varían las circunstancias fácticas el mismo tribunal justificadamente puede variar el sentido al hallar un caso cuyas variables no se concatenen con el precedente para lo cual debe existir un caso base (*leading case*) que delimite sus alcances y casos posteriores que desarrollen otros aspectos admitidos para ampliar su campo de aplicación.

4.2. Criterios moralizantes en las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad

Se ha teorizado que la moral no puede involucrarse con los aspectos jurídicos, pero esta tan interiorizada en la psique, que lejos de determinar una completa independencia, siempre existe el criterio moralizante dentro de las decisiones judiciales ya que quienes las realizan son seres humanos y su condición humana lleva

impregnada toda la idiosincrasia que, incluso, se fusiona con el lenguaje; para ello será necesario que el análisis siguiente tenga que ser lo más objetivo posible porque nadie escapa del criterio subjetivo.

Además el nuevo paradigma constitucional lleva implícito el reenvío a criterios axiológicos que se combinan en la cultura jurídica de un país, como condición social inherente, así que la tendencia a la valoración de criterios morales fuertemente arraigados no sea del todo un descubrimiento extraordinario.

Para realizar una justificación en la medida de lo racional debe ser provocada tanto por una justificación externa que es aquella producto de la dinámica social y de los parámetros conductuales que se imponen, en cambio, la justificación interna atiende al propio entendimiento de la persona por lo cual es una mezcla de los sentimientos que tenga, los niveles de lenguaje que posea, la individualización de los elementos que le servirán para justificar y la identificación de los mismos como pertenecientes a la motivación que desea brindar.

El tipo de casos en los cuales se trate de involucrar criterios morales son casos extremos que lejos de poder solamente incluir el apego al léxico jurídico se recurre al léxico moral para atender a la conciencia social imperante y que mediante la aceptación de esa conciencia pueda ser percibido como pertinente para determinada situación en la cual se envuelva.

A continuación el extracto del expediente 2583-2016 con fecha de sentencia dieciséis de enero de 2017:



"La interpretación sostenida en esta innovación jurisprudencial hace viable la interposición del recurso de casación contra las sentencias de apelación especial que ordenan el reenvío del proceso, con lo cual se permite que el máximo tribunal en la materia en la jurisdicción ordinaria sea el que verifique si las Salas jurisdiccionales, al asumir esa decisión, incurrieron en alguna deficiencia (verbigracia falta de motivación o violación al principio de intangibilidad de la prueba), lo que, a su vez, garantiza la seguridad y certeza jurídicas en el proceso, en virtud de que asegura que la ejecución del reenvío, que en determinados casos conlleva, incluso, la anulación y renovación del juicio se efectúe hasta que tal decisión se encuentre firme y, en su caso, haya sido debidamente verificada por el tribunal de casación, cumpliendo así con la administración de justicia pronta, cumplida y eficiente que exige la sociedad actual, evitando el desgaste innecesario que eventualmente acontece en el sistema de justicia cuando, de acuerdo a la doctrina legal vigente, los tribunales constitucionales otorgan amparo dejando en suspenso las sentencias que ordenan el reenvío, debido a que en determinados casos ello ocurre cuando ya se ha materializado la renovación del trámite o, incluso, la celebración del nuevo juicio, provocando incertidumbre en el desarrollo de los procesos penales".

Del extracto citado pueden considerarse varias situaciones, la primera es que de la justificación externa en las decisiones se encamina a delinejar la aproximación al lenguaje legal para quienes esta dirigida, porque dirige la lectura hacia la asimilación de los conceptos que los juristas manejan con palabras como jurisprudencia, jurisdicción ordinaria, intangibilidad de la prueba.

En este nivel se toma pauta de que el conocedor del derecho trata de tomar los conceptos aceptables y pertinentes y los logra concatenar de tal manera que resulte la vinculación al caso que se ventila para que al realizar la confrontación crítica para quienes va dirigida (verbigracia: otros jueces, las partes, los estudiosos) comprendan



que se trata de un lenguaje técnico que deben de asumir por tal y que la misma representación conceptual sea tomada por válida.

Lo que motiva la justificación externa es que cada una de las palabras que se quieren comunicar sean tanto exclusivas para los juristas quienes conocen los alcances del léxico jurídico, entienden el nivel conceptual que se transmite y las consecuencias que al mismo se le quieran dar, por lo tanto el contenido de una sentencia judicial utiliza el lenguaje técnico jurídico para hacer las validaciones de su contenido y los pares de los jueces, puedan aceptar por validas según el código que se ha utilizado.

No obstante, cuando el vocablo que se alude pueda ser polisémico, los niveles de comprensión de vuelven ambiguos ya sea dentro de las leyes o en el contenido considerativo de las resoluciones porque si se quiere asumir una posición distinta y existe un vocablo que asimila la carga conceptual que se quiera brindar, pero este vocablo no es del todo conocido por los demás operadores, no responderá a que efectivamente haya cumplido su función de extender la motivación ofrecida.

Por otro lado, al momento que se tenga por aceptado un criterio, este mismo tendrá ulteriores modificaciones ya que el significado que tenía ha evolucionado por la praxis social y todos los elementos que involucra han variado de significado.

En cuanto al aspecto interno, la justificación se encuentra con todos los aspectos que forman parte de la mente del intérprete, en la cita transcrita menciona la administración pronta, cumplida y eficiente que exige la sociedad actual, es decir, que el intérprete no solo hará uso de los elementos técnicos que pueda brindar el léxico jurídico, sino que a través de un lenguaje disuasorio, recurrirá a ciertos valores que impregnan a la sociedad de la cual forma parte.



Por lo regular se recurre a la justicia como el valor máximo que tiende a realizar el derecho y este valor se traza más como aspiración que trata el ser humano de alcanzar mediante las instituciones y todo el aparato estatal que pone en funcionamiento al reclamar las pretensiones que ha querido hacer valer.

Hacia eso apunta el valor de justicia como demostración de la eficiencia de las instituciones siendo valorable por todo el grupo social y de esto se desprende la importancia de la coherencia entre lo interpretado y la aspiración axiológica que se trata de alcanzar, ya que, siendo aspiración máxima, debe examinarse por sus resultados: "Parece que, si bien el individuo conoce los principios de justicia, su estímulo para cumplir con ellos, al menos durante algún tiempo, surge principalmente de sus lazos de amistad y simpatía hacia los demás, y de su interés por la aprobación de la sociedad".¹³⁰

Esos resultados tienden a ser aprobados por la sociedad, la aceptación de la misma hace que el trabajo realizado sea eficiente, aunque no entiendan a cabalidad todos los conceptos jurídicos por los cuales se expresan, existe una noción primaria en la que se adjudicó una labor para hacer cumplir los sentimientos morales que dicha sociedad se ha trazado, para unir más la asociación que han permitido establecer.

Es una aspiración de convivencia que se trata de mantener para que dependiendo de los niveles de vida, estos sean elevados cada vez para la satisfacción de todos; no puede ser posible que, mediante la administración de justicia se incumpla con esa máxima de convivencia alterando los principios que se creen están inmersos en cada uno de los operadores de la misma.

¹³⁰ Rawls, John. **Teoría de la justicia**. Pág. 427.



"La estabilidad de una concepción depende de un equilibrio de motivos: el sentido de la justicia que cultiva y los propósitos que estimulan deben triunfar, normalmente, contra las tendencias a la injusticia. Para valorar la estabilidad de una concepción de la justicia (y la sociedad bien ordenada que define), debemos examinar la fuerza relativa de estas tendencias opuestas".¹³¹

Es una balanza de la conciencia la que virtualmente se evalúa para medir las consecuencias de las decisiones, de ello depende el aspecto interno porque las delimita a la realidad que se plasma fuera de los libros y de los legajos de expedientes que se manejan, es decir, el equilibrio entre las disposiciones legales y la conciencia colectiva sobre los valores que se han mantenido dentro.

Sin embargo, la aplicación objetiva del derecho demanda relegar las apreciaciones morales, para que sea realizable la función de la norma, "(...) la moral interna del derecho está condenada a permanecer principalmente como una moral de aspiración y no de deber".¹³² Es una moral de aspiración que trata de lograr los valores, pero las apreciaciones subjetivas solo deben apuntar a superar los estadios de desarrollo dentro del conglomerado para que no se tergiverse con apreciaciones muy subjetivas que incurran en arbitrariedad.

El problema moral está inmerso en las apreciaciones que tratan de estandarizar valores que no todos comparten. Por ser de orden interno, hay ciertos filtros que persiguen no hacer admisibles ciertas posiciones que tiendan a crear disparidades entre la praxis y una aspiración ideologizada por creencias políticas y religiosas que se convierten en moral de grupo y de los cuales hay que tratar de ser esquivos. Únicamente una moral admisible es la que trata de hacer a los hombres justos con sus semejantes y que permita el mayor beneficio del grupo.

¹³¹ Ibíd. Pág. 411.

¹³² Fuller, Lon L. Op. Cit. Pág. 53.

En esa sintonía se cita el expediente 1577-2017 con fecha de sentencia siete de junio de dos mil diecisiete:



"De lo anterior, esta Corte considera oportuno mencionar que la Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente en su preámbulo contiene los valores que deben regir el ordenamiento jurídico guatemalteco, entre los cuales se encuentra la primacía de la persona humana, como sujeto, es decir, que los derechos de estos son fundamentales, y, por ende, las normas que rigen la sociedad deben ir encaminadas a la protección y al desarrollo de los mismos, por ello, la Carta Magna en su artículo 1º establece: '...el estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común...', lo que evidencia que el fin de dicha organización es el bien común, el cual puede definirse como la satisfacción de las necesidades de la población a través de los servicios públicos que prestan los entes estatales.

En concordancia con lo anterior, la Ley Suprema, además de protege a la persona, indica los deberes del Estado, los cuales se encuentran regulados en el artículo 2º del mismo cuerpo legal, en el cual se expresa 'es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona...', (sic) situación que permite advertir que la Carta Magna resguarda a la persona ante cualquier acto o decisión del Estado, a través de una norma de carácter superior delimitando el actuar del mismo para evitar cualquier clase de arbitrariedad o la mala administración y que el bien común exista de manera tanto eficiente como eficaz y así alcanzar el desarrollo integral de la persona.

Tal aseveración deviene de un hecho notorio, es decir, es que de conocimiento público, tanto nacional como internacionalmente, ello, por las denuncias de violaciones realizadas tanto físicas, psicológicas y sexuales que han ocurrido en contra de los niños



que fueron divulgadas por medios de comunicación masivos, en las cuales pudo evidenciarse que dichas vulneraciones han sido ejecutadas entre ellos mismos, cuidadores y responsables del centro, así como personas externas al mismo, lo que permite advertir la deficiencia de los órganos administrativos encargados de la ejecución de las políticas públicas en esta materia, pues a pesar de los percances ocurridos no se han tomado las medidas necesarias que garanticen el interés superior del niño, salvaguardando tanto sus vidas como su integridad, sino lo contrario (...) que aunque la propia autoridad denunciada y ahora apelante argumentó que aquellos niños abandonaron el lugar en forma voluntaria, razonamiento que no puede ser permisible a una institución cuyo deber era, precisamente, resguardarlos, protegerlos y garantizarles su derechos a una vida digna, incumplimiento que a la postre incidió en la tragedia acaecida el ocho de marzo de dos mil dieciséis (sic) y que aunque el presente amparo no había sido iniciado antes de esos acontecimientos, este Tribunal no puede ignorarlos y emitir pronunciamiento, resulta ilógico que los agravios del apelante se centren en la falta de recursos y logística para el traslado de los niños, cuando ni siquiera han mostrado un interés cierto en protegerlos y garantizar sus derechos (...)".

De la cita jurisprudencial transcrita, se evidencia un incontable número de elementos que se homogenizan para adecuar a los hechos de una sociedad moralmente trastornada. Es sin duda, que la labor del intérprete del texto fundamental de dicha sociedad deba recurrir a los valores y a la moral para enderezar prácticas dentro de la misma administración pública.

La exhortación a los valores fundamentales hace hincapié en la asimilación de comprender el camino a seguir dentro de las prácticas sociales porque se espera que tanto dentro de la administración como fuera de ella, se alcance la paz social y el beneficio para todos sus habitantes.



No obstante, el peligro que encierra una sociedad cuya calidad de vida es sumamente baja contribuye a que el desarrollo sicosocial de la población no permita que esta misma progrese y recurra a la violencia y a otras formas de desviación, por ello, es menester que a través de una conciencia moral superior que detente alcanzar los beneficios del grupo sean baluartes para que esa sociedad mejore.

El constituyente plasmo valores los cuales al momento de redactar la norma suprema serían interiorizados por todos para que solidariamente se construyera una mejor organización social y a su vez se comprendiera que a las instituciones públicas se les daría el encargo de hacer corresponder esos valores por medio de los funcionarios quienes estarían a cargo de dicha función. No es de extrañar que la tergiversación de las pautas morales se mueve en diversos niveles, en los cuales cada uno exigirá una demostración más evidente de principios internos que se han inculcado en la conducta de los seres humanos gracias a la presión de grupo que los estandariza para hacerlos adecuados y hacer posible la convivencia.

La intención de crear la norma hace más verosímil la idea de que se quiere convivir con el mayor beneficio posible, aparte del hecho de control sobre las acciones que dominan la naturaleza humana, de ello la idea de una justificación de la moral impuesta para hacer posible dicha interrelación. Sin embargo, esa moral también ha sido producto de toda la historia mundial que ha visto los horrores a los cuales puede llegar la insolencia del hombre y las consecuencias atroces de su vil残酷.

Pero más allá de la ponderación de la idealidad del derecho como remedio de las conductas de los hombres, esa interiorización moral, que pigmenta el derecho, ha de ser necesaria para valorar las situaciones en los cuales se quisiera recurrir a ella y esta sea totalmente injusta, no solamente cuando siendo evidente lo deshumanizante del caso, como el citado, que se permitió llegar a tan profunda iniquidad, sino también en

todas las actuaciones hasta la más mínima que no corresponda con el modelo ideal de un Estado de derecho.



Se dijo antes, que la moral que se pretende realizar es una moral que le interesa más que nada la determinación de lo justo, pero dicha determinación debe ir más apegada a considerar que lejos de existir la idealización de todo el orden jurídico se trate de llegar más a una idealización en armonía con el orden existente, es decir hay que buscarle una salida por lo menos justa que logre compensar las desigualdades que se muestran en las normas jurídico positivas que existen: “(...) las demandas de la moral interna del derecho, aunque se refieran a una relación con las personas en general, requieren algo más que abstenciones, son, como diríamos, vagamente afirmativas por naturaleza: dan a conocer la ley, y la hacen coherente y clara, velan por que sus decisiones como parte oficial se guíen por estas cualidades, etc.”.¹³³

Se supone que existe un orden pero al cual no se le quiere atender. Hay una simulación de perfección que se pretende alcanzar pero no es realizable socialmente, es ahí, entonces cuando la labor de una interpretación ajustada a los estándares morales hace viable la consideración de que se han ido superando etapas de desarrollo social, tanto psicológica como científicamente.

No es cierto, que la moral y el derecho sean inconexos porque en la idiosincrasia y en la mentalidad personal simplemente se atiende a la idealidad de la vida y al beneficio máximo que la misma pueda alcanzar: “La conexión entre el derecho por un lado, y los standars morales y los principios de justicia por otro, es tan poco arbitraria y tan <<necesaria>>; como la conexión entre el derecho y las sanciones”.¹³⁴ Se menciona tanto, la necesaria transparencia de las instituciones, su mejoramiento técnico, la presteza para realizar sus funciones, su eficacia, pero todos estos requerimientos

¹³³ Ibíd. Pág. 53.

¹³⁴ Hart, H. L. A. **Derecho y moral. Contribuciones a su análisis.** Pág. 52



sociales basados en la asimilación de que las instituciones deben tender a la realización de los valores que cimientan la sociedad a la cual sirven, por lo tanto no se desliga que esos requerimientos sociales son exigibles para el mismo grupo de quienes provienen los servidores públicos.

La construcción teórica de las normas se ha realizado sobre cimientos morales que se formaron con base en los anhelos del grupo por una convivencia pacífica, libre de necesidades mortales, sin embargo no puede posicionarse que el resultado puramente lógico de la elaboración gramatical de la misma sea la vara de medir de todo la estructura jurídica de un Estado, no cabe pensar que la misma sea solamente en el sentido de hacer concorde los grados del pensamiento al modo antiguo entre la razón, la intelección y la representación como estadios de la mente al formular los juicios.

En la época actual, los juicios son valorativos en función a la dinámica de la sociedad tanto interna como global, es una moral internacional que hace evidente la incorporación de esos elementos valorativos cuyo centro es el ser humano. Una Constitución se convierte en la herramienta más importante para hacer destacar los valores inherentes al ser humano, como resultado político de asegurar la convivencia pacífica, siendo el cúmulo de convenciones que tratan de armonizarse entre sí: “Idealmente, una constitución justa será un procedimiento justo dispuesto de manera que asegure un resultado justo”.¹³⁵

La sociedad humana como cualquier otro tipo de sociedad entre especies, se une para la persecución de un fin, pero no solo de la idea de una forma de sobrevivencia compartida, el ser humano adaptó otro tipo de sociedad un tanto más compleja que necesita las reglas para limitar su modo de actuar porque en sí mismo, se vuelve

¹³⁵ Rawls, John. **Op. Cit.** Pág. 189.



peligroso para los otros, quienes son presas y cazadores de manera análoga. Por esa razón se busca trazar la línea ideal de aquello que sea esencialmente valioso.

Se propugna, en consecuencia, una axiología del deber, al internarse las valoraciones morales como corolario intrínseco de los fenómenos jurídicos: "la vivencia del deber no sólo es dada incondicionalmente, sino también ineludiblemente, con absoluta necesidad. Cierto es que puedo obrar contra la llamado voz de mi conciencia o contra el sentimiento jurídico, pero no negarla cuando está presente. Menos aún puedo suplirla cuando está ausente".¹³⁶

La actitud del deber ser, es la participación adecuada para la mejor forma de administración de la justicia; a través del deber se plasman los anhelos para una mejor forma de vida y también para que no se vean alteradas por fuerzas extrañas que atenten contra esas condiciones logradas. Es, en fin la aspiración para que las actitudes de todos sean de tal modo concretas, a través de una persuasión bien fundada se logre adquirir la mayor de las certezas posibles y así, lograr esos fines que se ha trazado el grupo.

Se podría especular que el derecho funge un papel de moral artificial para la interiorización del mismo: "(...) su efecto es crear en los individuos una igualdad moral, en cierto sentido artificial, para contrarrestar las desigualdades de la naturaleza".¹³⁷ De ahí que sea tan importante su concepción no como mera creación lógica de enunciados, aunque a primera vista responde a eso, sino que trascienda a la mera adquisición de resultados.

¹³⁶ Laun, Rudolf. **Derecho y moral**. Pág. 15.

¹³⁷ Hart, H.L.A. **El concepto de derecho**. Pág. 205.



Es importante establecer ciertos parámetros sobre la estabilidad, es sabido que para que algo sea tomado como una costumbre debe sufrir su permanencia en el tiempo, ya que así, se demuestra la eficacia y su funcionamiento, también su adaptación a las condiciones a las cuales fuera expuesto por ejemplo influencias externas que podrían inmiscuirse en la pureza de su nacimiento y en el fondo de su habitualidad.

El derecho se adhiere a ese carácter de estabilidad, se dijo que las decisiones judiciales no deben perder esa vinculación unas con otras por ello es tan indispensable conocer la jurisprudencia y el sentido de cómo resolver en determinado caso sin olvidar que cuando las variables sean distintas o las circunstancia e incluso el lenguaje en el que se circumscribe cambie, ese sentido en consecuencia variará.

El ser de la moral, deriva de una actitud aprendida e inculcada a lo largo de los años, por medio del ambiente ya sea familiar o laboral, pero siempre sujeta a una cierta clase de convención a la cual se recurre como una sucesión de actitudes que hacen o se encaminan a un buen fin.

En eso consiste la estabilidad en la moral y si se tiene en cuenta que el derecho ha de ser concebido como una moral artificial, aunque un poco distinta porque se suele atribuir coercibilidad y exigibilidad en su sentido externo, debe tender a su permanencia en el tiempo y entre más perfectible se haga con la evolución del pensamiento o de la dinámica social se hará más evidente que su perfeccionamiento se encuentra en la mente de los seres humanos para lograr sus fines, pero esto debe estar presupuestado en la mente con proyección, caso contrario es aquel en la cual no existen proyecciones, idealizaciones o cualquier otras aspiraciones humanas solamente el pasar el tiempo, con lo que hay, eso es una característica enfermiza que se conforma con lo poco o con nada, muy notorio de sociedades muy trastornadas por fuerzas exógenas y endógenas



que han construido o impuesto una moral corruptible por el deseo de una vida individualista para su propio beneficio y no para el beneficio de todo el grupo.

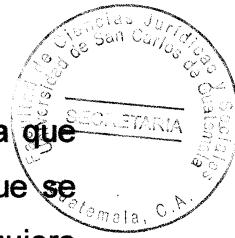
"La estabilidad de una concepción de la justicia no implica que no cambien las instituciones y las costumbres de la sociedad bien ordenada. En realidad, esa sociedad contendrá, probablemente, una gran diversidad y adoptará distintos ordenamientos de cuando en cuando. En ese contexto, estabilidad significa que, por mucho que cambien las instituciones, siguen siendo exacta o aproximadamente las mismas, a medida que se van haciendo ajustes de acuerdo con las nuevas circunstancias sociales".¹³⁸

Si al existir una estabilidad en las concepciones tanto del pensamiento y de las conductas, no sin la imposición de una forma de pensar, lo cual es muy peligroso, sino de entender de agudizar la vista hacia los objetivos que se pretenden alcanzar, de seguro contribuirá a una mejor calidad de vida para todo el grupo, por ello hay que entender que la cuestión de la justicia es el medio entre la moral y el derecho positivo es una condición a la cual hay que aspirar llegar, no es el absurdo de considerar el conocimiento de las leyes como la actuación más justa si no que sean vivas y atiendan a ordenar la conducta de todos y por medio de su interpretación lograr esos fines tan anhelados de bienestar total.

Viene al caso un pasaje de las confesiones de San Agustín: "Me complacía oír lo que tu siervo Ambrosio repetía en sus sermones al pueblo: que la ley escrita mata y que el espíritu vivifica, como si fuera una regla que le gustaba inculcar siempre".¹³⁹ Esa virtud enderezada a darle a cabalidad el pleno soporte a la moral de las normas, para que a través de un discurso adecuado, legítimo y real sean desarrolladas por la interpretación de las mismas.

¹³⁸ Rawls, John. **Op. Cit.** Pág. 414.

¹³⁹ San Agustín. **Op. Cit.** Pág. 145.



Cabe cuestionarse si hay entre la moral y política alguna reciprocidad necesaria que involucren al derecho; en estos aspectos aunque no fuera del margen de lo que se viene tratando, la moral es usada por la política por medio del derecho cuando quiere exteriorizar su poder de manipulación al grupo, es decir, en función de la retórica política se ha perdido el verdadero sentido de la moral como sancionadora de la conciencia y el derecho se ha convertido en la mejor arma de manipulación para mantener el poder o hacerse de él.

La moral se ve retorcida por medio de argumentos fútiles, motivados por el mantenimiento de *statu quo* que buscan beneficiar o corromper con cargos públicos quienes continúen con la manipulación de las normas y del sistema. La percepción de este malestar ha sido muy frecuente en las resoluciones del tribunal constitucional; es obvio que cuestiones de tal índole son recurrentes ya que para eso ha sido establecido como un contralor del poder y del buen funcionamiento de la estructura estatal.

Es bien sabido que los movimientos políticos tienen injerencia en las decisiones de los tribunales constitucionales, por eso es pertinente mencionarlo ya que, si el intérprete de la constitución no se atiene a los postulados de un Estado de derecho que exige el respeto a la ley y a las otras fuentes del mismo, no puede hablarse de congruencia en cuanto a la idealización de una democracia como tal, un ejemplo típico de despotismo es querer ignorar las verdaderas necesidades de la sociedad, de la cual estos intérpretes deben estar conscientes en cada momento.



4.3. La armonización del sistema legal a través de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad

En este eje se determinará la forma en la que las sentencias del tribunal constitucional evidencian la concordancia entre las fuentes del sistema legal guatemalteco, en el entendido de que si se quiere conocer a cabalidad el funcionamiento del mismo, es menester recurrir a su origen.

El sistema legal es un cúmulo de reglas que se armonizan para lograr la finalidad de regir la conducta de los seres humanos, para ello es necesario ubicar diversos estadios en los cuales esta asimilación se lleva a cabo. Es común en la teoría general del derecho que se traten los temas de las fuentes del derecho, siendo el sistema guatemalteco de derecho continental cuya fuente por excelencia es la ley, pero el sentido de este apartado será un tanto distinto porque no se tratará de debatir sobre cuáles son las fuentes primarias o secundarias según una famosa separación que está en boga en la educación universitaria del país.

La temática se enfoca en la reflexión que conlleva el texto constitucional en cuanto a la determinación de las fuentes externas o materiales que dan coherencia al sistema legal y su conexión con las normas positivas, entonces, en este punto se tratará la justificación externa del derecho, como contenido programático del Estado (justificación formal) para acreditar su existencia.

Se mencionó que la regla de reconocimiento posee el criterio que da coherencia a un sistema de reglas, pero ¿cómo reconocerlo? También se mencionó que la regla de reconocimiento es un hecho o hipótesis que se da por evidente, en este apartado el contenido de la especulación irá en sentido de la aceptación de las fuentes del derecho



no ya del contenido moral que se hablo anteriormente, sino los elementos exógenos que evidencian o hacen palpable la existencia del derecho.

"La jurisprudencia, como estudio de los concretos Derechos vigentes, no puede permitirse dar por descontada ninguna de estas dos cosas [de qué cosa debe contar como efectividad y cuánto debe contar la efectividad en la jurisprudencia]. La labor específica del jurista y de la jurisprudencia no es describir todo aquello que sucede en el área social de lo jurídico, ni siquiera todas las normas que de hecho influyen en los operadores jurídicos, sino en identificar las normas que deben dirigir las decisiones: ¿qué debe hacer entonces el jurista, cuando describe el Derecho vigente, con las normas reconocidas de algún modo y, por lo tanto, efectivas en la práctica jurídica, pero que no forman parte del elenco de las fuentes del Derecho?".¹⁴⁰

En la insuperable forma de tratar el tema Jori, es del criterio que la justificación hace énfasis crítico de cómo ha de ser posible la individualización de las fuentes del derecho, si a través de las decisiones de los operadores de las mismas se hace posible que las mismas tengan dinámica pero esto, a través de dotarlos de herramientas tales como la ley, la jurisprudencia y la dogmática todas estas fuentes emanadas por la autoridad y solamente reconocidas por esa autoridad que es el Estado a través de los procesos de creación- formulación hacen posible que sean efectivas al momento de ser aplicadas en la sociedad.

Sin duda es un acercamiento a la descripción de las condiciones para las cuales ha nacido la norma en cuestión, la facultad de poder comprender los alcances de la misma y así lograr su efectividad a través de los medios que se emplean para hacerla exterior.

¹⁴⁰ Jori, Mario. **Op. Cit.** Pág. 178.



No es de por sí que la existencia de la normativa sea la plena validez de los hechos que los mismos realizan. No es sustancia misma del derecho, sino que han de seguirse otros procesos de asimilación a la par de lo que se representa como derecho dentro de una sociedad, porque sin duda la experiencia primaria es un acercamiento de dónde este se ha producido, y supone en consecuencia su pleno ejercicio, pero su materialización tiene una apariencia estática, por ende, no es virtualmente realizable suponiendo su existencia sea plena en la vida real, es un dispositivo que necesita su operatividad, no solamente de los que lo estudian y tratan en la profesión, sino de todo el grupo porque ha de ser englobado como una forma de vida, porque es parte de la vida de las personas, esa efectividad está, sin vacilaciones, a cargo del lenguaje que lo hace palpable y se transmite por medio del sentido común al cual tengan acceso todas las personas concluyendo que: “(...) la efectividad se encuentra en el nivel del sentido común”.¹⁴¹

En un medio como Guatemala, la ley impone su pleno conocimiento y nadie puede ignorar su contenido porque se presume conocida y de aplicación general, entonces, cómo se explica su real efectividad, si a través del acceso del lenguaje escrito se transmite el imperativo de no ignorarla cuando el alto porcentaje de la población no sabe ni siquiera leer o escribir, por lo tanto dicha efectividad se ve truncada, esto es muestra de un síntoma patológico de una sociedad que se tapa los ojos a su realidad, que solo le preocupa que las instituciones funcionen en vista de los intereses clasistas de los cuales está impregnada y que logre alcanzar las metas de desarrollo, no del país, sino de bolsillos individuales e incluso extranjeros.

Explica Jori, que el ser humano es capaz de individualizar el derecho a través signos externos, se ven instituciones, policías, jueces y otros funcionarios que representan ese contenido de lo que es el derecho, porque a través de esos signos se comunica su existencia. Esos signos externos son indicios de que el derecho funciona dentro de la

¹⁴¹ *Ibid.* Pág. 195.



sociedad para ordenar un cierto tipo de conductas y ese mensaje se transmite también por la reiteración de los hábitos de obediencia, los cuales permiten discernir que el ordenamiento jurídico es realmente efectivo.

El lenguaje que la jurisprudencia adopta suele conjugar diversos elementos exógenos, para hacer posible la conexión entre el sistema legal y su efectividad en la sociedad. Su preámbulo es la existencia de derecho configurado a través de normas positivas que lo materializan y se desarrolla a través del léxico jurídico y no deja por un lado el lenguaje común que lo hace asequible a otros.

Según Jori hay que realizar una distinción tripartita: “La regla de reconocimiento, usada por técnicos del Derecho para determinar el Derecho; por otra parte, el concepto de Derecho que es usado para identificar el área de lo jurídico; y por último, los indicios del Derecho, usados por todos, técnicos y no, en una operación de sentido común para individuar el Derecho vigente”.¹⁴² Estas operaciones se consiguen a través de la relación común entre los postulados teóricos acerca de qué es el derecho tanto para quien lo estudia, lo aplica y lo vive, convirtiéndose en un acercamiento a diferentes tipos de experiencias con lo jurídico.

A nivel empírico, la experiencia con lo jurídico es la prueba de su existencia siendo objeto artificial comunicado para crear estímulos en las personas sobre las acciones que son correctas para seguirse en determinado grupo. Así se permite individuar y determinar el derecho, por medio de este procedimiento tripartito, el cual se realiza sin intervalos ya que son causas y efectos circulantes que acceden a una comprensión macro del derecho.

¹⁴² Ibíd. Pág. 74.



A continuación se cita un fragmento jurisprudencial de los expedientes acumulados 3695-2014 y 3738-2014 con fecha de sentencia ocho de junio de 2016:

"El cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Guatemala y el reconocimiento de la consulta como parte del catálogo de derechos justiciables ante las jurisdicciones constitucionales e interamericana de derechos humanos, implican el deber estatal de velar por su protección, con independencia o procedimientos ad hoc [Entre otras, sentencias de catorce de septiembre de dos mil quince, veintitrés de noviembre de dos mil quince y doce de enero de dos mil dieciséis, emitidas en los expedientes (...)]. Así lo impone la observancia de lo preceptuado en los Artículo 46, 149, 152 y 154 de la Constitución (...), so pena de incurrir en alguno(s) de los supuestos previstos en el Artículo 155 ibídem. En lo concerniente a iniciativas de aprovechamiento de recursos naturales en territorios ocupados por pueblos indígenas, el adecuado cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Minería, La Ley General de Electricidad u otras leyes administrativas, civiles o de cualquier ramo, así como sus respectivos reglamentos, no excluye la responsabilidad de tomar las medidas necesarias a efecto de respetar y poner en práctica la consulta establecida en el citado Convenio y demás estándares internacionales de derechos humanos aplicables –estos incluso con prevalencia, por imperativo contenido en el citado Artículo 46 constitucional– de conformidad con el principio de unidad del ordenamiento jurídico [Sentencias de doce de enero de dos mil dieciséis, emitidas en los expedientes 411-2014 y 3753-2014]".

De la citada jurisprudencia resulta de interés acotar la primera apreciación de un sistema de normas, el cual conecta o pone en contacto cada una de sus partes para hacerlo funcionar no solamente con las normas positivas que se encuentran vigentes en determinado espacio y tiempo sino también con la concordancia de fuentes jurisprudenciales y doctrinales (incluso extranjeras) que sustentan las tesis necesarias para influir en la decisión judicial.

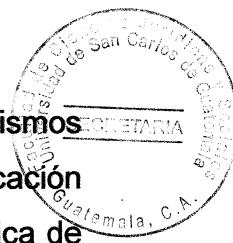


La reflexión sobre la sentencia citada, circula en relación a la forma en la cual se plasma la individualización del derecho porque así se examinarán las consecuencias de su pertinencia dentro del sistema legal; la primera cuestión es determinar quiénes son los productores de las fuentes (verbigracia un Parlamento o Congreso, un organismo internacional) es decir las instituciones que se reconocen como legítimas para darle el primer grado de validez, es común atribuirle a una Constitución el carácter de norma base, por lo tanto se debe recurrir a ella para saber a cuáles instituciones se les atribuye dicha competencia.

A nivel inicial para reconocer el derecho hay que apuntar a su representación primaria, siendo un cúmulo de normas y para reconocer a un sistema de derecho hay que recurrir al elenco de normas, costumbres, precedentes, doctrina y cualquiera de las formas en las cuales se materializa.

Se observa en la cita jurisprudencial la referencia hacia precedentes, leyes positivas y tratados internacionales, de esto se desprende la primera noción del derecho por referencia a las fuentes de donde se puede probar su existencia, en este punto es donde la labor interpretativa da comienzo, en la identificación de las fuentes. Reconocer el objeto de conocimiento por medio de su representación, es decir las normas, a través de su presentación materializada por medio de libros o folletos que contienen el conjunto de signos por medio de los cuales se representan esas normas, es decir por medio de letras y quienes a su vez asumen su significado al conocer el idioma en el cual están expresadas.

La segunda apreciación es establecer una adecuada ordenación de cada una de las fuentes porque así estarán concordes con su entero significado y el sentido que se les quiera dar.



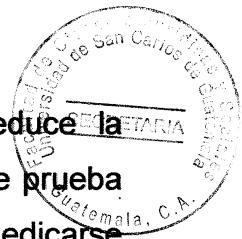
Para eso dentro del sistema se debe hacer referencia a las instituciones u organismos que producen normas ya sean de carácter general o degradado a una aplicación especial. Por ejemplo la referencia primaria se encuentra en la Constitución Política de la República de Guatemala, donde establece la atribución del Congreso de la República de Guatemala encargado del procedimiento legislativo.

"Artículo 171. Otras atribuciones del Congreso. Corresponde también al Congreso: a) Decretar, reformar y derogar leyes; (...) I) Aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando: 1) Afecten a las leyes vigentes para las que esta Constitución requiera la misma mayoría de votos. 2) afecten el dominio de la Nación, establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito centroamericano (...)".

El ente productor del derecho es el primer soporte de las fuentes del sistema legal por virtud de la norma límite o sea una Constitución y que se le reconozca como tal a través de la dinámica jurisprudencial, en esa sintonía se cita el Expediente 1048-99 con fecha de sentencia dos de agosto de 2000:

"Es potestad legislativa decretar, reformar y derogar leyes. Emitida la ley por el órgano legislador y sancionada, promulgada y publicada entra en vigor, en el tiempo previsto o legal, siendo su texto el de obligado acatamiento. Por consiguiente, su eventual reforma queda sujeta a similar procedimiento de emisión. Es principio constitucional, en materia de emisión de leyes, el respeto a la jerarquía, normativa o material, que cada una de ellas tiene respecto de otras, que no puede alterarse sin riesgo de caer en causa de nulidad mediante el control de su Constitucionalidad".

Justificada este primer acercamiento hacia el sistema de fuentes, se deduce la instauración de un ordenamiento dedicado a la elaboración de la ley y que se prueba que únicamente la facultada del Congreso de la República de Guatemala es dedicarse a la emisión de la ley por su potestad legislativa.



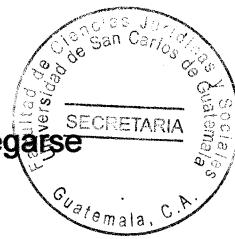
Y en correlación con la cita transcrita, está sujeta al control de nulidad del procedimiento legislativo de creación de la ley por medio de la constitucionalidad de las leyes, aquí se evidencia otro presupuesto de asimilación entre la vinculación de las normas existentes y su proyección límite, tanto para el creador como el demarcador de su funcionalidad.

En los sistemas modernos la ley ocupa el espacio privilegiado de ser la suprema de las fuentes, como se ha explicado anteriormente, pero se debe tener claro lo asequible que son otras fuentes las cuales son contempladas en el ordenamiento y se establecen por medio de la regla de reconocimiento y en el caso guatemalteco en la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala:

“Artículo 1. Normas generales. Los preceptos fundamentales de esta ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco.

Artículo 2. Fuentes del derecho. La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará.

La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.



Artículo 3. Primacía de la ley. Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario".

Del primer artículo se desprende el objetivo general de la elaboración de la ley del organismo judicial, pero ¿Por qué en una ley para el organismo judicial de un Estado se establecen cuales son las fuentes del mismo y las formas de cómo debe aplicarlo, interpretarlo e integrarlo? Porque a través de la jurisprudencia o de la labor intelectiva de los jueces se lleva a cabo el desarrollo tanto de la individuación y delimitación del derecho (donde establece la atribución del Congreso de la República de Guatemala encargado del procedimiento legislativo) por lo cual el legislador mantuvo la idea de que la primacía de la ley no está en si se cumplen los requisitos formales de la misma sino que si se atiende su efectiva aplicación en la sociedad.

"Un sistema jurídico es un orden coercitivo de normas públicas dirigidas a personas racionales con el propósito de regular su conducta y asegurar el marco para la cooperación social (...) Estos preceptos [de justicia] son aquellos que sería seguidos por cualquier sistema de normas que incorporasen perfectamente la idea de un sistema legal".¹⁴³

Nótese también la forma de la redacción normativa que únicamente atiende a que la ley es la fuente del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia es complemento de aquella no del ordenamiento jurídico, a primera vista pero cuando la jurisprudencia ha alcanzado un grado de estabilidad es otra fuente del ordenamiento jurídico porque se presume que conlleva el sentido de la ley; por ello se asume la repetida viveza de la ley por vía jurisprudencial porque el sentido de la ley al no ser estable carece de efectividad: "El

¹⁴³ Rawls, John. Op. Cit. Pág. 222 y 223.

papel de la interpretación pública de las leyes basada en sanciones colectivas **está** dirigido, precisamente a superar esta inestabilidad [en la cooperación social]”.¹⁴⁴



Del tercer artículo citado solamente hay que acotar su utilidad de manera endógena no sin los elementos externos que justifican dicho mandamiento.

De lo anterior existe una aceptación muy arraigada en la mentalidad de los profesionales de lo jurídico, sin embargo, en cuanto a la individualización del derecho parece que existen ciertas divergencias por el grado de potestad que cada institución encargada de hacerlo valer lo elabore de forma distinta.

Es posible que la interpretación solo se atenga a la conexión de las normas positivas con carácter de ley, tratado, convención internacional o reglamento independiente de su gradación, este es un criterio muy aceptado; sin embargo, parece que no existe coordinación de los pronunciamientos entre los órganos jurisdiccionales con autoridad para realizarlo (en la doctrina el choque de trenes es la situación en la cual las decisiones de cortes supremas se contrarían y no quieren asumir la obligatoriedad de una u otra, por ejemplo si la Corte Suprema de Justicia no sigue la doctrina legal derivada de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad o caso contrario, cuando la Corte de Constitucionalidad en ciertas sentencias ordena a la Corte Suprema de Justicia adecuar ciertos fallos en los recursos de casación que resuelve) lo cual afecta la codependencia de las fuentes y pierde su grado de validez y certeza.

El conocimiento de casos de alto impacto por los personajes que se ven involucrados, ya sea que tengan una imagen política o religiosa muy arraigada resultan escandalosos

¹⁴⁴ Ibíd. Pág. 226.



para el público, en este punto se citara el expediente 2330-2012 con fecha de sentencia veinticuatro de abril de 2013:

“Norma que se impugna de inconstitucional: apartado relativo al Genocidio, Tomo romano tres (III), numeral romano veintiuno (XXI), páginas de las trescientos catorce a la cuatrocientos veintitrés (314 a la 423), párrafos del tres mil ciento noventa y ocho al tres mil seiscientos seis (3198-3606) del documento de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, que se sustenta como jurisprudencia internacional, de aplicación obligatoria, con base en la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, casos IT –noventa y cinco-cinco-R sesenta y uno/ IT – noventa y cinco-dieciocho-R sesenta y uno Karadzic y Mladic, (...) once de julio de mil novecientos noventa y seis, párrafo noventa y cuatro (94) (...) el fundamento de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, descansa en acoger jurisprudencia internacional, con base en la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, en los casos ya relacionados (...) esa jurisprudencia aunque no tiene su origen en una norma jurídica dictada por el Legislador cuya observancia es obligatoria tanto para los ciudadanos como para los Tribunales, en forma análoga a la emanada del más alto Tribunal, una vez se produzca pasa a formar parte del ordenamiento jurídico. La Ley del Organismo Judicial, establece al referirse a las fuentes del derecho, en el artículo 2, <<la ley es la fuente del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia la complementará>> (...) lo que induce a establecer de manera equívoca que la jurisprudencia por complementar el ordenamiento jurídico, es de obligatorio cumplimiento para los Tribunales”.

En la primera parte, se citaron los antecedentes del caso porque intentaban por medio de la inconstitucionalidad al caso concreto dejar sin aplicación jurisprudencia internacional ya que se consideraba como fundamento para iniciar el juicio penal por las circunstancias y el móvil del delito, esto es interesante porque en primera instancia el juez resolvió sin lugar ya que solamente por doctrina reiterada la aplicación de



normas jurídicas positivas o de artículos de ley pueden ser impugnados de inconstitucionales para aplicación al caso concreto.

En la parte considerativa, la Corte de Constitucionalidad argumento:

“(...) Se advierte que está dirigido contra la aplicación del apartado relativo al delito de Genocidio contenido en el documento que se cuestiona de inconstitucional en caso concreto, pero no se impugna el contenido de ninguna norma, por lo que, no se hace un análisis confrontativo (sic) de norma de tipo ordinaria alguna disposición constitucional, es decir que no se cuestiona la constitucionalidad de un precepto legal, que el objeto de estudio en una acción, incidente o excepción de inconstitucionalidad en caso concreto.

A ese respecto cabe señalar que el doctor Luis Felipe Sáenz Juárez en su texto <<Inconstitucionalidad de Leyes en Casos Concretos en Guatemala>>, explica que: <<Se infiere así que la Inconstitucionalidad Indirecta puede plantearse cuestionando la ilegitimidad constitucional-de aplicarse al caso concreto- de leyes o disposiciones de leyes sustantivas, reglamentaria y adjetivas o procesales vigentes. Pero en cualquiera de los casos debe citarse e individualizarse las disposiciones de la ley o de reglamento, si así fuere- que, a juicio de interponente, no deban ser aplicadas en el proceso de que se trate, o la procesal ya aplicada>>.

(...) Este Tribunal Constitucional, en el presente caso, reitera que en la inconstitucionalidad se enjuician normas específicas no actos procesales, doctrina ni opiniones, por lo que, dado que lo atacado no es una ley, un reglamento o una disposición de carácter general, es inviable un análisis comparativo con normas de rango constitucional. Por ello, resultando inviable el análisis de fondo del planteamiento



realizado, es obligado desestimar el incidente de inconstitucionalidad, como lo hizo el Tribunal Constitucional a quo, confirmando la parte decisoria (...)".

En la parte considerativa la Corte de Constitucionalidad hace énfasis a los requisitos de admisibilidad de la garantía constitucional, los cuales se han reiterado en su jurisprudencia y en la dogmática del país, pero esta exemplificación es útil porque se puede representar con facilidad lo que se ha venido diciendo acerca de la coherencia y la estabilidad del sistema legal y su representación, por lo cual se asume la posición que se conoce como derecho únicamente las normas emanadas por el legislador y lo demás se relega a una simple opinión los cuales sirven de suplemento o de sentido orientador.

Lo que no se vislumbra es lo omnicomprensivo del derecho; una consideración más adecuada hubiera sido el desarrollo en forma expositiva de que el sistema de derecho no solamente es la ley sino que comprende cada uno de los criterios de juristas, la jurisprudencia (y no se dieron cuenta qué por medio de jurisprudencia y dogmática se fundamento el fallo) es decir que no exclusivamente el texto de la ley es suficiente para justificar de forma externa el derecho y por lo tanto no solamente la conexión con las leyes es lo que estructura un sistema legal sino que todo el producto jurisprudencial y doctrinario que se asuman de un rango oficial o reconocido por la influencia que ejerce (por el contenido argumentativo que lleva en sí), "el Derecho está compuesto de creencias y de acciones regidas por tales creencias, el caso es que, generalmente, se trata de creencias y de acciones colectivas".¹⁴⁵

Las creencias sobre lo que es el derecho son más evidentes con el intérprete de la ley y el que tiene un papel oficial de intérprete es el juez por lo que el papel de un juez debe ser decididamente más importante, ya que en el caso de Guatemala, se relega a un

¹⁴⁵ Jori, Mario. **Op. Cit.** Pág. 222.



simple pronunciador de la ley, pero, esta concepción no permite el desarrollo tanto de la educación legal como de la administración de justicia, aunque no sea el mayor de los desafíos de un Estado como el guatemalteco, también suma carga a la iniquidad que se vive, por ende, atiéndase la frase de Montesquieu que el papel del juez es más delicado a medida que abarca más y que debe fallar sobre intereses mayores.

Rawls brinda una reflexión muy atinada en cuanto a la forma de resolver casos y el respeto al imperio de la ley:

"El imperio de la ley implica también el precepto de que casos similares han de tratarse de modo similar (...) el precepto de que se den decisiones iguales en casos iguales limitan en gran parte la discrecionalidad de jueces y autoridades. El precepto los obliga a justificar las distinciones que hacen entre las personas, por referencia a las normas y a los principios jurídicos procedentes. En cualquier caso particular, si las normas son complejas y necesitan interpretación, puede ser fácil justificar una decisión arbitraria. Pero como el número de casos aumenta, se hace más fácil justificar los juicios tendenciosos. La exigencia de estabilidad se mantiene por la interpretación de todas las normas y para las justificaciones a todos niveles".¹⁴⁶

La estabilidad de la creencia la hace más fuerte, ya que si no se cree que el derecho es lo que es, el mismo no es funcional en la sociedad, no alcanza su fin de ordenación y armonía social, para lo cual se debe abrir la extensión del concepto de derecho para hacer posible su dinámica y admitir que no solo la ley es la fuente del derecho sino que a nivel pragmático se involucran más fuentes que lo hacen viable y posible, por ello, se reitera la importancia de la jurisprudencia, como fuente del derecho que brinda la posibilidad de penetrar en los límites de la norma, para lo cual se hace necesario la utilización de una regla de reconocimiento que defina los límites del derecho en forma

¹⁴⁶ Rawls, John. **Op. Cit.** Pág. 224.



estructural, como la unión tanto de los elementos internos como externos que lo realizan.

4.4. La norma última de validez del sistema legal de Guatemala

El título de este último eje se enmarca al grado de valor normativo de la Constitución de un Estado, como el de Guatemala, por lo cual se evaluará a través de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad la demarcación de la norma límite de este sistema legal y la forma en que se exterioriza.

Se mencionó que la norma fundamental y la regla de reconocimiento son consecuencias de la misma interrogante o complementos de una misma inferencia. Al referirse a norma fundamental o *grundnorm* (vocablo alemán derivada de *grund* que significa suelo, base, razón, fundamento, argumento, presupuesto, la causa, el motivo, el principio, el por qué) procede de la inferencia kelseniana de la norma que sustenta la validez del sistema jurídico, dicha terminología (norma fundamental) es muy recurrente en la jurisprudencia constitucional guatemalteca verbigracia el expediente 267-89 con fecha de sentencia cinco de septiembre de 1990:

“La Constitución Política de la República, instituyó la Corte de Constitucionalidad como un Tribunal de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Ello es porque la Constitución como fuente unitaria del derecho de una nación es la génesis del ordenamiento jurídico, ya que algunas veces regula en forma directa ciertas materias y, en otras oportunidades, al establecer los órganos y procedimientos que determinan la creación de la norma jurídica, se constituye como norma reguladora de las demás fuentes de derecho. De lo anterior deviene que formalmente la razón de validez del orden jurídico se deriva de una sola norma



fundamental, esto es, la Constitución Política de la República, cuya supremacía ha sido reconocida en la propia Constitución (artículos 175 y 204) y como corolario de esto, ninguna autoridad del Estado tiene poderes o facultades superiores a las que le otorga la carta fundamental (...)".

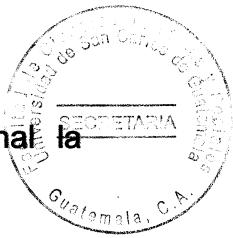
En el mismo sentido los expedientes acumulados 46-2004 y 61-2004 de fecha de sentencia veinte de julio de 2004:

"El examen de inconstitucionalidad de las normas puede ser incoado por vicios materiales o por vicios formales. Los poderes públicos, por supuesto, están sometidos a la norma fundamental y fundamentadora de todo orden jurídico y, consecuentemente, quedan sometidos al control de constitucionalidad, no solamente normas de rango legal objetivadas externamente, sino también los procesos legislativos <<interna corporis>>, que deben ajustarse a las normas que la Constitución prescribe".

Por último la sentencia de 18 de septiembre de 2007, del expediente 1024-2007:

"Esta Corte considera oportuno señalar que del examen de inconstitucionalidad de las normas, puede ser incoada por vicios materiales o por vicios formales, pero en ambos casos debe existir una exposición jurídica razonada de los motivos de inconstitucionalidad por parte del accionante, ya que, si bien, los poderes públicos están sometidos a la norma fundamental y fundamentadora de todo orden jurídico y, consecuentemente, quedan sometidos al control de constitucionalidad, no solamente normas de rango legal objetivadas externamente, sino también los procedimientos legislativos (...) debe tenerse siempre presente que los actos y las normas que tienen su origen en decisiones de los poderes legítimos, tiene una presunción de

constitucionalidad, lo que tiene como consecuencia el considerar excepcional la posibilidad de invalidarlos".



Pero parece que Kelsen nunca habló de solo una norma fundamental sino de dos normas fundamentales, en lenguaje llano, una material y la otra abstracta o lógica: "la norma fundamental no es una norma positiva sino un principio del pensamiento, el principio de fundación del pensamiento jurídico. Su función es la de individuar el Derecho vigente en cada situación, es decir, que desarrolla algunas de las funciones que he descrito como individuación (¿identificación?) del derecho".¹⁴⁷ Es compleja la situación descrita si se parte que la concepción de derecho no solamente se circumscribe a normas positivas y esa barrera se trató de eliminar en el anterior apartado. Kelsen hace referencia a su norma fundamental en los siguientes aspectos:

"La derivación de las normas de un orden jurídico de la norma fundamental del propio orden, se realiza mostrando cómo las normas particulares han sido creadas de acuerdo con la norma básica (...) Si inquirimos por qué la Constitución es válida, tal vez encontraremos su fundamento de validez en otra Constitución más antigua. Llegaremos finalmente a una Constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por algún usurpador o por alguna especie de asamblea. La validez de esta primera Constitución es el supuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico. Se prescribe que debe conducirse en la forma en que lo ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera Constitución. Esta es la norma fundamental del orden jurídico en cuestión. El documento que encierra la primera Constitución es una Constitución verdadera, una norma obligatoria sólo a condición de que la norma básica la suponga válida".¹⁴⁸

¹⁴⁷ Jori, Mario. **Op. Cit.** Pág. 273.

¹⁴⁸ Kelsen, Hans. **Teoría general del derecho y del estado.** Pág. 135 y 136.



Esta terminología fue transmutando en artículos constitucionales en los cuales se establece su fuerza normativa y jerarquía, en el caso de Guatemala el Artículo 44, 175¹⁴⁹ y 204 que la elevan a la cúspide de las normas positivas, de aplicación dentro del ámbito temporal y espacial de validez del Estado.

Pero el criterio limitador debe estar circunscrito a una determinación más allá de brindarle a la Constitución su supremacía lo cual hace a primera vista normado por ella, por eso Hart en un intento de redefinición a la norma fundamental de Kelsen postuló su regla de reconocimiento la cual puede estar valorada en otro tipo de artículo constitucional porque su terminología es un tanto distinta a la de Kelsen, no en sí mismo como una norma positiva jurídica o lógico jurídica producto del pensamiento sino en su plataforma empírica, “la regla de reconocimiento hartiana es, en cambio, una norma positiva, normalmente implícita y, en estricto, resume varias normas positivas (implícitas y no); se trata de una norma social producida por la convergencia de las prácticas jurídicas (sobre todo aquellas que ha denominado clericales)”.¹⁴⁹

En este parangón el trasfondo de cada una de las posiciones hace variar el sentido que se quiera tomar tanto de la *grundnorm* de Kelsen como de la *rule of recognise* de Hart en ambas suponen una norma última válida para activar las demás normas del sistema y se habla no de leyes sino de todo tipo de norma que contemple un sistema, es inadecuada la reducción del derecho a un sistema legal solamente de leyes y se hizo la acotación de que se debe recurrir a una actitud omnicomprensiva del derecho para poder entender su dimensión.

Se persigue que a través de la regla de reconocimiento o la incorporación correcta del término para que las decisiones judiciales sean válidas en conexión con las reglas del sistema porque así se logrará que sea más legítimo su actuar.

¹⁴⁹ Jori, Mario. Op. Cit. Pág. 273.



La regla de reconocimiento brinda un criterio límite a las estructuras legales para que así, a través de la labor jurisprudencial donde más importa sea correctamente aplicado y la Constitución, como es evidente, permite esta terminología, porque se hace asequible la justificación interna y externa del derecho en su práctica.

Las herramientas teóricas brindan mejor estructura argumentativa, por ello, la existencia de la justificación de normas intrínsecas como la regla de reconocimiento son base para postular el acercamiento a la esencia del derecho y así poder proyectar su intensión y extensión al momento de resolver o de litigar, incluso, en las funciones administrativas del Estado, aunque no todos sean conscientes de esta idea de concebir al derecho como universal, pero esa universalidad necesita delimitarse para demostrar el mundo de lo jurídico.

“Esto es más patente respecto de la regla de reconocimiento última en términos de la cual se determina la validez de las otras reglas. Para que ella exista de alguna manera tiene que ser considerada desde el punto de vista interno como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas, y no como algo que cada juez obedece por su cuenta”.¹⁵⁰

Es la estabilidad, la que forma la regla de reconocimiento porque un sistema jurídico se configura para ello, dotando de permanencia a las instituciones y a las leyes para que sean útiles y no alteren la seguridad para con los súbditos del imperio legal; un último criterio sirve de medida para limitar los alcances del poder y de la arbitrariedad; siempre que se permita la discrecionalidad podrá inmiscuirse la arbitrariedad y ello contribuye al quiebre de la seguridad jurídica que se quiera brindar, no obstante las normas de cualquier tipo siempre permiten la discrecionalidad, podría decirse que la regla de reconocimiento también es un límite a la discrecionalidad:

¹⁵⁰ Hart, H.L.A. Op. Cit. Pág. 144.



“El individuo al que se le pida una justificación de su seguimiento de una determinada regla de reconocimiento no podrá esgrimir como razón de ello ni el hecho de la existencia de una convención al respecto ni el hecho de la existencia de una prescripción por parte de la autoridad a la que la propia regla de reconocimiento remite como suprema, sino que habrá de esgrimir razones autónomas, esto es, razones que valgan por sus méritos intrínsecos (y que, en todo caso, puedan dar un determinado valor a convenciones o a actos de autoridad que exhiban ciertas características). Tales razones (...) habrán de ser imparciales; pues las normas a las que remite la regla de reconocimiento (las normas jurídicas) imponen deberes (...) Y las razones que son a la vez autónomas e imparciales son aquellas a las que solemos llamar razones morales”.¹⁵¹

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha seguido la línea de establecer a la Constitución Política de la República de Guatemala como la regla suprema de validez de todo el ordenamiento jurídico, siguiendo la terminología de Kelsen al llamarla norma fundamental. Sin embargo, véase la siguiente consideración dentro del expediente 931-98 con fecha de sentencia ocho de agosto de 1999:

“La Soberanía del Pueblo. Tal expresión que evoca la idea de un gobierno del pueblo, de acuerdo a la teoría democrática, es el poder supremo del Estado, poder del que provienen todos los demás poderes, lo detentan o pertenece indivisamente a todos los ciudadanos de una Nación. La soberanía es la colectividad de ciudadanos, estimada como un ser real distinto de las individualidades que la componen. Como Nación, o ente soberano puede instituir el poder constituyente originario, con potestades para crear la norma fundante y fundamental, cuya estructura sólo podría ser variada conforme el procedimiento y límites fijados en la misma norma fundante. De manera especial,

¹⁵¹ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. **La regla de reconocimiento y el valor normativo de la constitución.** <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79552.pdf>. (Consulta: 10 de mayo de 2017). Pág. 19.

Sello del Congreso de la República de Guatemala

corresponde a esa colectividad ciudadana dar o negar su respaldo a la propuesta de variar la estructura de tal norma fundante, para cuya realización se precisa de instrumentos que garanticen y tutelen la efectiva participación de la población que reúna los requisitos necesarios para poder expresarse políticamente”.

El sentido de la transcrita cita jurisprudencial se dirige a la soberanía del poder de la autoridad primaria que es el pueblo, siguiendo la terminología de Hart según la cual el derecho era lo que la Reina del Parlamento sancionaba como tal, en este caso, derecho es lo que el ente representativo de ese pueblo es el que sanciona por tal, lo cual se queda corto porque como se advirtió el derecho recurre a infinidad de elementos para ser íntegro en su representación, por tanto se hace imperioso conocer la regla de reconocimiento y a través de las tesis que se sustenten en las resoluciones judiciales no se haga inclusión a primera persona de que el pueblo soberano detenta ese derecho porque hay representantes que ejercen dicha soberanía por medio del procedimiento legislativo.

La regla de reconocimiento es un criterio útil de interpretación del sistema legal para dotarle de integridad, concatenarlo y se logre la estabilidad en el Estado de derecho, “los criterios últimos de interpretación de la Constitución no pueden ser más que criterios aceptados, no criterios ordenados por la Constitución”.¹⁵²

La regla de reconocimiento se convierte en el criterio de aceptación para ordenar los criterios de prescripción, es decir es el racionamiento para ordenar y decidir los límites de la justificación que se quiera dar sobre el derecho: “La juridificación de las fuentes refuerza la separación mas no la autonomía del momento técnico e implica siempre, por lo menos, un esbozo de ordenamiento normativo y una jerarquía entre las normas; implica una metaregla jurídica para reconocer y coordinar las propias normas sobre las

¹⁵² Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. Op. Cit. Pág. 22.


fuentes, generalmente, un conjunto de reglas que hacen referencia a una autoridad soberana y también a un texto normativo de valor supremo, una Constitución. Como he repetido muchas veces, la regla de reconocimiento no está en capacidad de resolver el problema de la individuación del Derecho; requiere que ello ya haya sido resuelto".¹⁵³

Finalmente la funcionalidad de la regla de reconocimiento tal como lo aduce Jori es puramente jurisprudencial porque a través del lenguaje argumentativo de las sentencias se llega a la esencia del sistema legal y este se muestra tal y como se representa ya sean órdenes, atributos o derechos subjetivos que se quieren demostrar por las personas quienes solicitan la intervención jurisdiccional, en especial los pronunciamientos de un tribunal constitucional, el cual tiene como competencia la interpretación de la norma fundamental del Estado por lo tanto es imperativo que la argumentación de cada una de las decisiones del tribunal sean de tal índole que armonicen una concepción omnicomprensiva del derecho.

Así las cosas, se puede tomar como una posición crítica del derecho porque no se debe detener en la contemplación y repetición de textos antiguos al modo aristotélico, la actualidad exige la dinámica de las relaciones sociales y la rapidez del mundo globalizado por lo cual a través de la jurisprudencia y la aceptación de criterios que lo amolden concorde a las necesidades sociales hace imperioso conocer estos aportes teóricos, tal vez no extraños sino mal comprendidos o comprendidos a medias.

El lenguaje que utiliza la jurisprudencia es el más adecuado para comprender el derecho, porque usa niveles de la lengua distintos tanto un léxico para los juristas como un lenguaje coloquial para ser comprensiva y por supuesto que la ley para que sea acatada debe recurrir más a un lenguaje comprensible para la mayoría y así atienda su máxima efectividad, "la jurisprudencia se sirve necesariamente de criterios externos al

¹⁵³ Jori, Mario. Op. Cit. Pág. 208.



Derecho vigente, porque no podría individuar el Derecho vigente si fuesen parte de él".¹⁵⁴

Y así como de criterios externos, también de los internos los cuales acercan más la idealidad del derecho como moral de inspiración y lo hacen efectivo y válido dentro del grupo social.

¹⁵⁴ **Ibid.** Pág. 134.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA



A través de esta investigación se determinó que existen discrepancias en cuanto a definir tanto el término jurisprudencia como doctrina legal, llegándose incluso a designarles a uno como antecedente y al otro como consecuente, se demostró que ambos vocablos aluden a la misma representación conceptual; a su vez la existencia de sistemas legales que interpretan las normas en forma distinta, tanto el *common law* como el derecho continental, derivado de su sistema de fuentes, y también se trató de brindar una aproximación del sistema legal de Guatemala, aseverando a todas luces que pertenece al sistema del derecho continental o derecho civil, tanto por la supremacía de la ley y la complementación de la jurisprudencia.

La interpretación constitucional es lógico-valorativa porque refleja la mayor certeza en los resultados que la justicia trata de postular. Para que dicha labor interpretativa sea más eficiente y se alcancen los resultados de justicia, se debe valorar la regla de reconocimiento en la doctrina legal constitucional, siendo necesario que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala logre la seguridad y certeza jurídica características de un Estado de Derecho lo cual se debe realizar por medio de un acercamiento a los postulados del *common law*, en cuanto a las reglas del precedente para que se alcancen los deberes estatales y la aspiración moral de una justicia que se mida por sus resultados, además que mantengan una interpretación armónica con el sistema legal y se comprenda al derecho como un todo concatenado y concordante con la variedad de normas del sistema.

En conclusión, la regla de reconocimiento a través de los ejes propuestos, sea un postulado teórico-práctico para que la labor hermenéutica sea aplicada con el mayor grado de fiabilidad y en especial a la interpretación constitucional.





ANEXOS





Clasificación clásica: argumentos teóricos, prácticos (procedimentales o sustanciales) y técnicos.

Habermas: morales, éticos y pragmáticos.

Kalinowski: argumentos de coacción o lógicos, argumentos de persuasión o retóricos y propiamente jurídicos.

Atienza: clasificación en esquemas argumentativos que pueden ser subjuntivo, finalista y ponderativo.

Argumentos propiamente jurídicos que apelan a cuestiones propiamente vinculadas a conductas obligatorias, prohibidas o permitidas, jurídicos por accidente en tanto se generan fuera del derecho pero se lo usa con propósito jurídico o por un jurista.

Summers: de autoridad, materiales, críticas, interpretativas y fácticas.

Argumentos vinculados a las premisas regulatorias y premisas fácticas.

Argumentos perentorios y no perentorios o prima facie.

Argumentos derrotables o no derrotables.

Argumentos principales o imposibles.

Argumentos completos o incompletos.

Argumentos prima facie o definitivos.

Argumentos necesarios, posibles o imposibles.

Argumentos formales o sustanciales.

Argumentos sinceros o hipócritas.

Argumentos evidentes o no evidentes.

Argumentos originarios o derivados.

Argumentos consensuados o no consensuados.

Argumentos decisivos o irrelevantes.

Argumentos consolidados o inéditos.

Argumentos sectoriales, sistémicos o metafísicos o universales.

Argumentos obligatorios o disponibles.

Argumentos correctos o incorrectos.

Argumentos deductivos o no deductivos.

Argumento valioso o disvalioso.

Argumentos válidos o vigentes.

**CLASES DE
ARGUMENTOS
según RODOLFO
VIGO**



ARGUMENTOS según EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ*

Argumento a simili ad simile

Es empleado por el juez para colmar lagunas de la ley, derivado de un razonamiento analógico, en el cual existe correspondencia entre dos objetos evidentes que convergen en el pensamiento, pero el cual carece de absoluta seguridad.

Argumento a maiore ad minus

Consiste en tener por ordenado o permitido, de manera implícita, que se haga algo 'menor' de lo que está ordenado o permitido *expressis verbis*; hace posible una interpretación extensiva, es decir, a las que permite aplicar la ley a materias o a casos que no había previsto.

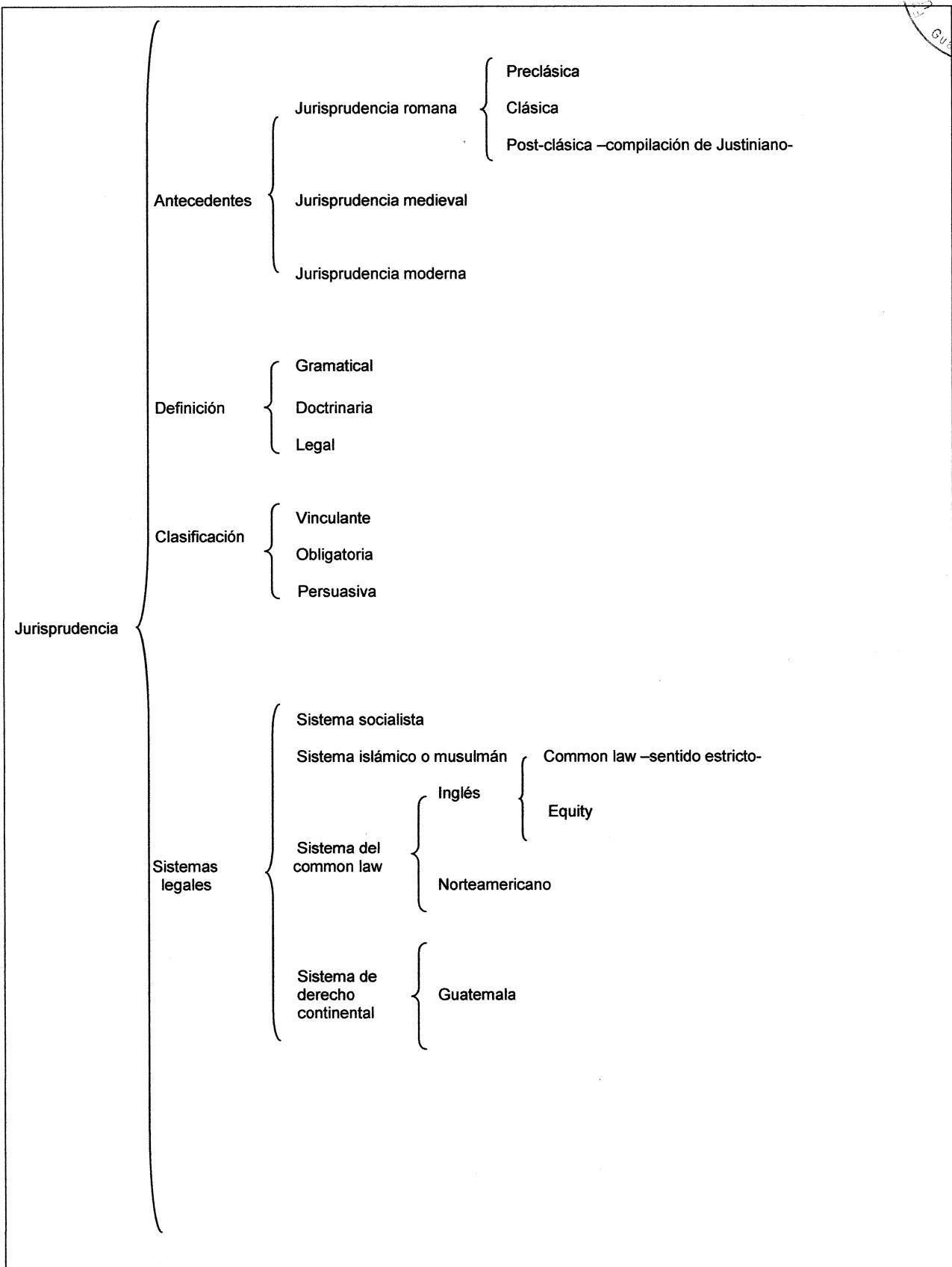
Argumento a minore ad maius

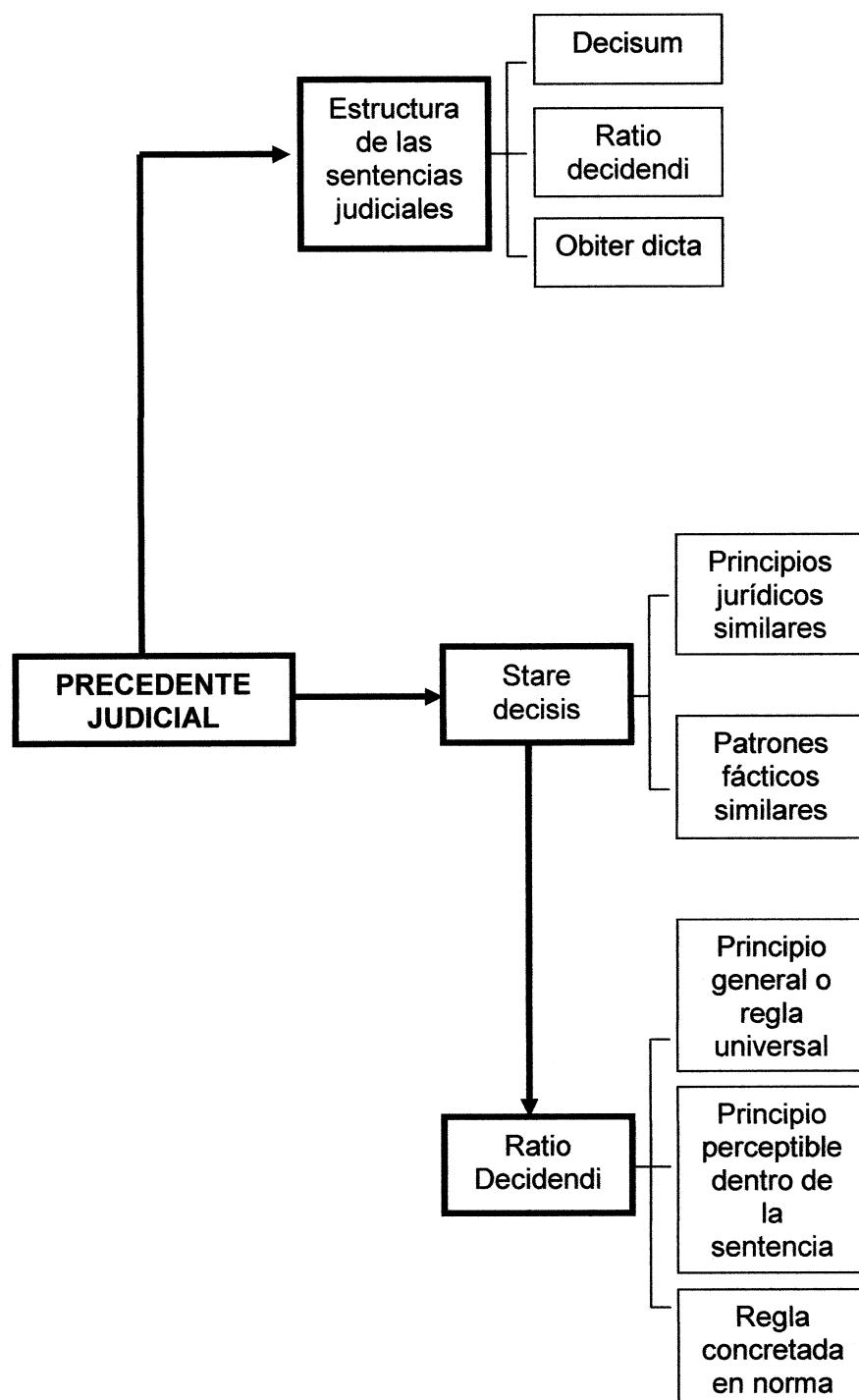
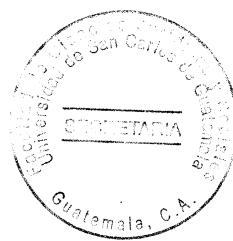
Consiste en concluir, de la invalidez del juicio particular, la del correspondiente universal. La premisa, tratándose de proposiciones afirmativas.

Argumento a contrario

Cuando de modo expreso o tácito, una norma limita la aplicabilidad de su disposición, solamente a determinada clase de personas, de ella puede inferirse, interpretándola a contrario, la existencia de otra cuya disposición se opone contradictoriamente a la de la primera y cuyo *ámbito personal* de validez está formado por os no comprendidos en el del otro precepto.

* García Maynez utiliza esta serie de argumentos de razonamiento analógico siguiendo a Ulrich Klug y Kalinowski en cuanto a la formulación de los argumentos usando lógica de los enunciados.





* Hay pertinencia de un precedente cuando existen hechos relevantes que contengan identidad de patrones fácticos, el problema normativo es semejante y la regla anterior (ratio decidendi) repite variables con el caso a resolver.

Fuente: <http://www.precedentejudicial.co/> (Adaptación)



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho civil, parte general.** 3^a. Ed. Guatemala: Litografía Orión, 2007.
- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil. Tomo II. Volumen 2º.** (s. e.) Guatemala: Facultad de ciencias jurídicas y sociales, 1989.
- ALCAZAR, Enrique. B. Hughes y M. A. Campos. **Diccionario de términos jurídicos.** 11^a. Ed. Barcelona, España: Editorial Planeta S. A., 2016.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho.** 2^a. Ed. Trad. Jorge M. Seña. España: Editorial Gedisa S. A., 2004.
- ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio. **Métodos de interpretación jurídica.** https://techihuahua.org.mx/attachments/501_4%20Metodos%20de%20Interpretacion%20Juridica.pdf. (Consulta: 10 de mayo de 2017).
- ARISTÓTELES. **Ética Nicomaquea.** 1^a. Ed. Trad. Pedro Simón Abril. San Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2007.
- ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz Manero. **La regla de reconocimiento y el valor normativo de la constitución.** <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79552.pdf>. (Consulta: 10 de mayo de 2017).
- ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.** 2^a. Reimpresión. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- BERNAL Beatriz y José de Jesús Ledesma. **Historia del derecho romano y de los derechos neorrománistas.** 1^a. Ed. Distrito Federal, México: Editorial Porrúa S. A., 1981.
- BEUCHOT, Mauricio. **Hechos e interpretaciones. Hacia una hermenéutica analógica.** 1^a. Ed. México: Fondo de Cultura Económica S. A., 2016.
- BOBBIO, Norberto. **Derecho y lógica.** 1^a. Ed. Trad. Alejandro Rossi. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.
- BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho.** 3^a. Reimpresión. Trad. Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica S. A., 2004.
- D'ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano.** 1^a. Reimpresión. España: Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 2011.
- DE PINA, Rafael. **Diccionario de derecho.** 13^a. Ed. Distrito Federal, México: Editorial Porrúa S. A., 1985.



DIEZ-PICAZO, Luis. **Experiencias jurídicas y teoría del derecho.** 2^a. Reimpresión. España: Editorial Ariel S. A., 1982.

DWORKIN, Ronald. **¿Es el derecho un sistema de reglas?** (s. e.) Trad. Javier Esquivel y Juan Rebolledo. G. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

DWORKIN, Ronald. **El imperio de la justicia.** 1^a. Ed. Trad. Claudia Ferrari. Barcelona, España: Editorial Gedisa S. A., 1988.

EPP, Charles R. **La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada.** 1^a. Ed. Trad. Alcira Bixio. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores., 2013.

FERRATER MORA, José. **Diccionario de filosofía. IV Tomos.** 2^a. Reimpresión. Barcelona, España: Editorial Ariel S. A., 2001.

FRIEDMAN, Lawrence M. **Introducción al derecho norteamericano.** (s. e.) Trad. Joan Vergé i Grau. España: Librería Bosch, (s. f.).

FULLER, Lon L. **La moral del derecho.** 1^a. Ed. Trad. Francisco Navarro. México: Editorial Trillas S. A., 1967.

FUNDACIÓN TOMÁS MORO. **Diccionario jurídico Espasa.** (s. e.) Madrid, España: Editorial Espasa Calpe, S. A., 2005.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional.** 3^a. Edición. 2^a. Reimpresión. Madrid, España: Editorial Civitas S. A., 1991.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **La defensa de la constitución.** (s. e.) Guatemala: Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1983.

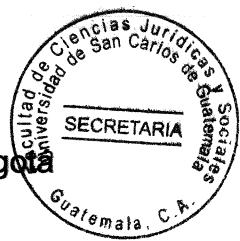
GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho.** 4^a. Reimpresión. Distrito Federal, México: Editorial Porrúa S. A., 2016.

GUASTINI, Riccardo. **Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento.** http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Bobbio_sobre_la_norma.pdf. (Consulta: 10 de noviembre de 2017).

HART H. L. A. **Derecho y moral. Contribuciones a su análisis.** 1^a. Ed. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1962.

HART H. L. A. **El concepto de derecho.** 2^a. Ed. Trad. Genaro R. Carrió. México: Editora Nacional, 1978.

HART, H. L. A. **Post scriptum al concepto de derecho.** (s. e.) Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.



HERVADA, Javier. **Introducción crítica al derecho natural.** 1^a. Reimpresión. Bogotá Colombia: Editorial Temis S. A., 2014.

<http://universitas.idhbc.es/n10/10-02.pdf>. (Consulta: 10 de noviembre de 2017).

https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9396/concepcion_asis_2008.pdf%3Bjsessionid=91311CBBDB95DAEFD5F6716B5EF03F7?sequence=1. (Consulta: 10 de noviembre de 2017).

https://www.francoangeli.it/riviste/Scheda_Rivista.aspx?IDArticolo=50936&idRivista=51 (Consulta: 10 de noviembre de 2017).

HUERTA OCHOA, Carla. **Interpretación y argumentación en el derecho.** <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofiaderecho/article/download/11078/13100>. (Consulta: 10 de junio de 2017).

HUME, David. **Tratado de la naturaleza humana.** 1^a. Reimpresión. Trad. Vicente Viqueira. Distrito Federal, México: Editorial Porrúa S. A., 2012.

IGLESIAS, Juan. **Derecho romano.** 15^a. Ed. España: Editorial Ariel S. A., 2004.

Instituto de Justicia Constitucional, Corte de Constitucionalidad. **Opus Magna Constitucional Guatemalteco. Tomo I.** (s. e.) Guatemala: Ideart Estudio, 2010.

JORI, Mario. **Del derecho inexistente. El sentido común en la teoría del derecho.** 1^a. Ed. Trad. Félix Morales. Lima, Perú: Palestra Editores S. A. C., 2014.

KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la constitución.** 1^a. Reimpresión. Trad. Rolando Tamayo Salmorán. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del estado.** 5^a. Reimpresión. Trad. Eduardo García Mázquez. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho.** 2^a. Ed. Trad. (de la segunda edición en alemán) Roberto J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho.** 1^a. Ed. Trad. Jorge G. Tejerina. Guatemala: Editorial Estudiantil Fenix, 2013.

LATORRE, Ángel. **Introducción al derecho.** 5^a. Ed. Barcelona, España: Editorial Ariel S. A., 1972.

LAUN, Rudolf. **Derecho y moral.** 1^a. Ed. Trad. Juan José Bremer. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1959.



LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela. **El método en el derecho inglés.**
<http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1999-14-8F2D7D94/PDF>
(Consulta: 30 de mayo de 2017).

LISSER, Kurt. **El concepto de derecho en Kant.** 1^a. Ed. Trad. Alejandro Rossi.
México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1959.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, barón de. **Del espíritu de las leyes.**
3^a. Ed. Trad. Mercedes Blázquez y Pedro Vega. Madrid: Alianza Editorial S. A., 2015.

NARANJO MESA, Vladimiro. **Teoría constitucional e instituciones políticas.** 11^a.
Ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A., 2012.

OSSORIO Y FLORIT, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 38^a. Ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta S. A., 2013.

PEREIRA-OROZCO, Alberto y Marcero Pablo E. Richter. **Derecho constitucional.**
8^a. Ed. Guatemala: Ediciones De Pereira, 2013

PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo. **La jurisprudencia vinculante como norma jurídica.**
https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-4-no-7/art-1.pdf (Consulta: 05 de mayo de 2017).

PLATÓN. **Diálogos (La república o de lo justo).** 32^a. Ed. Trad. C.M.B. Distrito Federal,
México: Editorial Porrúa S. A., 2012.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico.** (s. e.) Trad.
Renzo E. Saavedra Velasco, Mar Fernández Pérez y Félix Morales Luna.
Lima, Perú: Palestra Editores S. A. C., 2011.

QUIROGA NATALE, Edgar Andres. **Interpretación constitucional. El modelo de equilibrio integral para la decisión judicial-constitucional.** 1^a. Reimpresión.
Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2017.

RAWLS, John. **Teoría de la justicia.** 9^a. Reimpresión. Trad. María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica S. A., 2012.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española. II Tomos.** 23^a. Edición.
Madrid, España: Safekat S. L., 2014.

RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. **Metodología jurídica.** 6^a. Reimpresión.
México: Oxford University Press México S. A., 2006.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. **Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho.**
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/246389.pdf> (Consulta: 10 de diciembre de 2017).



SAN AGUSTÍN. Confesiones. 2^a. Reimpresión. Trad. Pedro Rodríguez de Santidrán
Madrid: Alianza Editorial S. A., 2015.

TORRÉS ZÁRATE, Fermín. La jurisprudencia. Su evolución.
http://www_azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/65/72-08.pdf
(Consulta: 20 de mayo de 2017).

VARALA, Rafael. Jurisprudencia y creación del derecho.
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/3/cnt/cnt7.pdf>
(Consulta: 20 de abril de 2017).

VILLEGAS LARA, René Arturo. Temas de introducción al estudio del derecho y de teoría general del derecho. 5^a. Ed. Guatemala: Editorial Universitaria, 2011.

VINOGRADOFF, Paul. Introducción al derecho. 6^a. Reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica S. A., 1997.

VOLTAIRE. Diccionario filosófico. 2^a. Reimpresión. Trad. José Arean Fernández y Luis Martínez Drake. Madrid, España: Ediciones Akal S. A., 2009.

WALUCHOW, Wilfrid J. Positivismo jurídico incluyente. (s. e.) Trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone. España: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2007.

ZARÁTE, Fermín y Francisco García Martínez. Common law: una reflexión comparativa entre el sistema inglés y el sistema estadounidense.
<https://diplojus.files.wordpress.com/2015/03/68-05-3.pdf> (Consulta: 21 de abril 2017).

Legislación:

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

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto-Ley 107 del Jefe de Gobierno, Guatemala, 1964.

Código de Trabajo. Decreto 330 del Congreso de la República de Guatemala, 1947.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1990.

Constitución de los Estados Unidos. Delegados de la Convención de Filadelfia, 1788.

Constitución Española. Aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978.

Constitución de la República de El Salvador. Asamblea Constituyente, 1983.

