

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



**LA FUNCIÓN DEL MAGISTRADO CONSTITUCIONAL
Y SUS EFECTOS POLÍTICOS**

LICENCIADO

CARLOS ENRIQUE BARRIOS OROZCO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2019

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

**LA FUNCIÓN DEL MAGISTRADO CONSTITUCIONAL
Y SUS EFECTOS POLÍTICOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por el Licenciado

CARLOS ENRIQUE BARRIOS OROZCO

previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL
(Magister Scientiae)**

Guatemala, noviembre 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: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE: Dr. Aníbal González Dubón
VOCAL: Dr. Alejandro José Gutiérrez Dávila
SECRETARIO: M. Sc. Nery Neftalí Aldana Moscoso

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Escuela de Estudios de Posgrado).

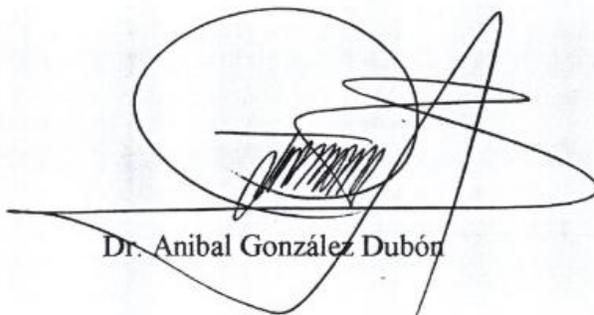
Guatemala, 30 de agosto del año 2019

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Dr. Cáceres Rodríguez:

Respetuosamente me permito manifestarle que he revisado la realización de las recomendaciones manifestadas por el Tribunal examinador de la Tesis de Maestría en Derecho Constitucional del Licenciado **CARLOS ENRIQUE BARRIOS OROZCO**, titulada **“LA FUNCIÓN DEL MAGISTRADO CONSTITUCIONAL Y SUS EFECTOS POLÍTICOS”**, y después de dicha revisión, a mi juicio, satisface las recomendaciones realizadas por el Tribunal examinador y llena los requisitos que establece el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi **dictamen favorable** a la misma para que continúe el trámite correspondiente a la revisión de estilo y acto de graduación.

Me suscribo de usted respetuosamente,



Dr. Anibal González Dubón

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

SECRETARÍA

10 Set. 2019

RECIBIDO

Horas: 13 Minutos: 54
OFICIAL: 

*Foto copia
Para que servir de recibido*

Guatemala, 22 de octubre de 2019

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor director:

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

LA FUNCIÓN DEL MAGISTRADO CONSTITUCIONAL Y SUS EFECTOS POLÍTICOS

Esta tesis fue presentada por el Lic. **Carlos Enrique Barrios Orozco**, estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizada la corrección indicada, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar
Revisora

Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Dra. Gladys Tobar Aguilar
Doctorado en Educación y Licenciatura
en Letras.
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada. 1450



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 29 de octubre del dos mil diecinueve.-----

En vista de que el Lic. Carlos Enrique Barrios Orozco aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 85-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA FUNCIÓN DEL MAGISTRADO CONSTITUCIONAL Y SUS EFECTOS POLÍTICOS”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409



CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	i
CAPÍTULO I.....	11
Justicia y el poder del juez.....	1
1.1. Aproximación al concepto de justicia	1
1.2. Definición de justicia	14
1.3. Función del sistema de justicia en un Estado democrático de derecho..	16
1.4. El poder del juez en una sociedad democrática	26
1.4.1. Evolución histórica del poder de los jueces en una democracia representativa	26
1.4.2. El modelo norteamericano: un modelo de confianza hacia los jueces	30
1.4.3. El modelo europeo: la desconfianza hacia los jueces y el sometimiento a la ley.....	35
CAPÍTULO II	47
La política.....	47
2.1. ¿Qué es la política?.....	48
2.2. Poder, derecho y política	52
2.3. Sistema de gobierno.....	67
2.3.1. Sistema de gobierno presidencial	70
2.4. La posibilidad del control jurisdiccional de los actos del Organismo Ejecutivo y Legislativo	71
CAPÍTULO III	79
Poder del juez o magistrado, sus límites, sistema de control constitucional de Guatemala.....	79
3.1. El poder del juez o magistrado constitucional	79
3.1.1. Legitimación político constitucional.....	79



3.2.	Los límites al poder del juez o magistrado.....	85
3.2.1.	El juez. Creador o aplicador del derecho.....	88
3.2.2.	El proceso	94
3.2.3.	El lenguaje y la argumentación	97
3.2.4.	La motivación.....	102
3.2.5.	La independencia del juez en relación con la jurisprudencia	105
3.3.	Sistema de control constitucional en Guatemala.....	108
CAPÍTULO IV.....		119
Función jurisdiccional del magistrado constitucional de Guatemala y sus efectos políticos.....		119
4.1.	Tensión entre poder judicial y democracia	120
4.2.	El juez y/o el magistrado, protector de los derechos fundamentales en una sociedad democrática.....	123
4.3.	La justicia constitucional y la estabilidad política del Estado	127
4.4.	La configuración política y jurídica del Tribunal Constitucional de Guatemala.....	131
4.5.	El control de la Corte de Constitucionalidad sobre los actos de los organismos Ejecutivo y Legislativo en Guatemala.....	138
4.6.	Análisis de sentencias en el derecho comparado	150
4.6.1.	España.....	150
4.6.2.	Chile	153
4.6.3.	Colombia	155
4.6.4.	Perú.....	158
4.6.5.	Costa Rica.....	160
4.7.	Análisis de sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.....	165
4.7.1.	Sentencia de inconstitucionalidad general	165
4.7.2.	Sentencia de amparo bi-instancial.....	166
4.7.3.	Sentencia de amparo en única instancia	168
4.7.4.	Sentencia de amparo en única instancia	170
4.7.5.	Inconstitucionalidad general.....	171

4.7.6. Inconstitucionalidad general.....	175
4.7.7. Opinión consultiva.....	177
4.8. Análisis/ aporte	180
CONCLUSIÓN	187
REFERENCIAS	189





INTRODUCCIÓN

La actual Constitución Política de la República de Guatemala entró en vigencia el 14 de enero de 1986, en la cual fue incorporada, como una novedad, la Corte de Constitucionalidad con el carácter de un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional, independiente de los otros organismos del Estado, configurándose desde entonces un nuevo sistema de justicia constitucional, que tomó elementos del sistema llamado difuso o norteamericano, porque jueces ordinarios ubicados a lo ancho y largo del Organismo Judicial se constituyen en ocasiones como jueces Constitucionales.

Reguló también la Constitución Política de República de Guatemala, elementos del llamado sistema concentrado, en el que, a un Tribunal Constitucional especializado se le concede, entre otras facultades, la competencia para conocer los planteamientos de inconstitucionalidad de una ley de manera general en única instancia, pudiendo dejarla sin efecto y expulsarla total o parcialmente del ordenamiento jurídico del país. Por ello, al tomar elementos de ambos sistemas, el sistema instalado en Guatemala se considera "Mixto", siendo los magistrados de la Corte de Constitucionalidad interpretes finales del contenido sustantivo de la Constitución, facultados para conocer y resolver juicios de Amparo en segunda instancia, Juicios de Amparo en única instancia interpuestos en contra del Congreso de la República, presidente y vicepresidente de la República, apelaciones planteadas en cualquier juicio de amparo conocido por cualquier tribunal ordinario del Organismo Judicial en primera Instancia, apelaciones por acciones en contra de leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos y, planteamientos de inconstitucionalidad general o abstracta de una ley, ya sea total o parcial, en única instancia, además de otras facultades reguladas en la Constitución.

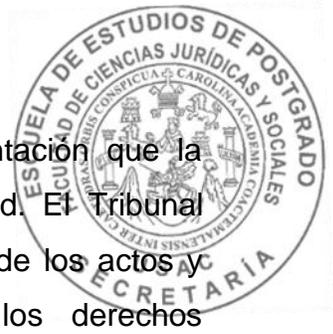
Con estas amplias facultades de control para limitar el poder de órganos del Estado y autoridades en las que se incluyen autoridades políticas electas popularmente, desde su creación hasta nuestros días, la Corte de Constitucionalidad, por medio de sus



magistrados, le ha tocado conocer casos de vital trascendencia y que han marcado la historia jurídica y política del país. Varias decisiones del Tribunal Constitucional, han provocado tensiones entre ella y el poder público, instalándose el debate en Guatemala sobre los límites de su competencia, especialmente cuando juzga decisiones emanadas por órganos políticos.

Por ello, la pregunta de la presente investigación es la siguiente: ¿En las funciones jurisdiccionales que desempeña el magistrado Constitucional, puede tomar decisiones que produzcan efectos políticos? La hipótesis que se formula en la investigación es que: la justicia constitucional es un instrumento de control del poder, porque en la mayoría de las ocasiones es difícil el autocontrol de la democracia representativa. La Constitución de la República de Guatemala se llama “política”, por lo que el magistrado constitucional al interpretarla, judicializa la Constitución. El magistrado constitucional debe estar inicialmente comprometido con la democracia constitucional y con la estabilidad política del Estado. Por eso mismo, en la función jurisdiccional que desempeña el magistrado constitucional en la interpretación del texto constitucional que legitima el carácter político del Estado, en algunas ocasiones, las decisiones que toma como integrante de la Corte de Constitucionalidad, produce efectos políticos.

Dicha hipótesis se explica así: la Constitución, como norma suprema del Estado de Guatemala, recibe el nombre de “Constitución Política de la República de Guatemala”, siendo el fundamento jurídico de la organización política del Estado. La justicia constitucional funciona como un instrumento de control del poder mismo, por lo que los integrantes del Tribunal Constitucional deben saber en qué momento asumir una u otra posición para dar una respuesta acorde con las exigencias de la justicia y de la realidad constitucional. El magistrado constitucional debe estar inicialmente comprometido con la democracia constitucional y por ende con la estabilidad política del Estado. Por eso mismo, las decisiones que toma como integrante de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en ocasiones produce efectos políticos, requiriéndose por ello, además de ser un excelente jurista, una persona que esté especializada en el campo del derecho constitucional. La labor que despliega el magistrado constitucional debe ser



desempeñada adecuadamente, debiendo tener como puntos de orientación que la persona, su dignidad y su libertad, son el fin supremo de la sociedad. El Tribunal Constitucional es parte de la estructura del Estado, órgano de control de los actos y decisiones de funcionarios y empleados públicos, guardián de los derechos fundamentales e interprete final de la Constitución, quien en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales en ocasiones, por medio de sus decisiones, produce efectos en aspectos como la inclusión social, la lucha contra la pobreza, al bienestar público, al fortalecimiento y a la estabilidad del orden económico, al fortalecimiento de todas las instituciones del Estado, la paz y tranquilidad social. El magistrado constitucional entonces, en muchos de los casos que le toca resolver, por el control que realiza sobre órganos y autoridades en ejercicio del poder, sus decisiones producen efectos políticos.

El objeto de la presente investigación es demostrar entonces que, por las facultades de control propias de un Estado constitucional de derecho, el rol de vigilantes e intérpretes finales de la Constitución, los magistrados constitucionales, en el ejercicio de su función jurisdiccional, sus decisiones pueden influir en la vida de los ciudadanos, en la estabilidad política y jurídica del país. Para tal efecto, se consideró conveniente y oportuno tratar en el primer capítulo, una aproximación al concepto de justicia y, especialmente la evolución del poder de los jueces en las sociedades democráticas a raíz de la instalación del Constitucionalismo, explorándose y explicándose el rol de los jueces en cada uno de los sistemas de justicia constitucional –difuso y concentrado– que se desarrollaron el primero, en los Estados Unidos de Norteamérica y el segundo, en Europa, sus diferencias sustanciales y sobre todo, la ubicación del juez en el entramado político del Estado en ambos sistemas, de acuerdo con la facultad concedida o no, para controlar el poder político. Se enuncian las razones de la creación de un sistema concentrado instalado tardíamente en Europa y el protagonismo evidente que fueron asumiendo los jueces, acostumbrados en el viejo régimen, a ser considerados autómatas y “boca de la ley”, experimentando desde entonces una evolución que los colocaría finalmente, ya conforme a una Constitución, en su posición de garantes de esta, oponible a cualquier poder público.



En el segundo capítulo, se trata sobre la política entendida tanto como arte y como ciencia, su vinculación con conceptos de contenido abstracto como el poder y el derecho. El objeto y lo importante del capítulo es dimensionar los efectos recíprocos de estas manifestaciones en los Estados, tanto, porque el derecho atenúa las expresiones de poder y dentro de ellas, las de mayor relevancia, es decir, las expresiones de poder político, que necesariamente en la concepción de Estado de derecho, necesitan ser controladas para evitar su desbordamiento, siendo así, uno de los controles diseñados en la Constitución, aquellos jueces y magistrados de lo Constitucional. Se explica el significado de cada término, pero, sobre todo, la conexión y su difícil indisolubilidad en las manifestaciones de un Estado de derecho, en donde, inevitablemente se mezclan el poder y la política, el poder y el derecho, el derecho y la política, proceso en el que, el poder político sin control, inevitablemente tiene a avanzar en perjuicio de la libertad y los derechos. Se trata de manera breve los sistemas de gobierno y dentro de ellos el sistema presidencialista que se adoptó en Guatemala. Se llega así a la necesidad de los mecanismos del control en un Estado de derecho, especialmente de aquellas disposiciones de los Organismos con mayor poder político, es decir, los Organismos Legislativo y Ejecutivo, perfilándose ya el análisis de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala como mecanismo de Control en el Estado de derecho.

En el tercer capítulo se aborda el tema del poder del juez y/o magistrado y sus probables límites, analizando si el juez es creador o no de derecho, el proceso, el lenguaje, la argumentación jurídica y la motivación como aspectos que, por los conflictos que se dilucidan y la capacidad requerida para ello, son valladares que el juez, conforme a la Constitución, debe observar. En este punto se toca ya de forma directa, el sistema de control constitucional en Guatemala, de acuerdo con las facultades que la Constitución le otorga al magistrado Constitucional, necesario para abordar el cuarto y último tema.

Finalmente, en el cuarto capítulo, con fundamento en los anteriores, se toca el punto esencial, es decir, los efectos políticos que en ocasiones pueden producirse por las decisiones tomadas por el magistrado Constitucional, analizada desde lo teórico, la

tensión que se da entre la judicatura y las autoridades democráticas, la legitimación del juez constitucional proveniente de la Constitución que regula los mecanismos de control necesarios en un Estado democrático de derecho. Se analiza las facultades que la norma constitucional de Guatemala y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad le concede al magistrado Constitucional, los requerimientos para su designación, la forma en que se les elige y las deficiencias en este aspecto, para concluir en la respuesta fundamental de la investigación. Se hace un estudio comparado de sentencias de Tribunales Constitucionales de España, Chile, Perú, Colombia y Costa Rica, finalizándose con sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en su facultad de control de leyes aprobadas por un órgano político como el Congreso de la República, disposiciones emanadas del presidente de la República y de otros organismos estatales.







CAPÍTULO I

Justicia y el poder del juez

En este primer capítulo se hace una aproximación al concepto de justicia por lo amplio, variado y abstracto de su contenido, pero necesario en esta parte, porque el tema abordado tiene una relación directa con el servicio de justicia en una sociedad, sin poder dejarse de mencionar que, en el caso de Guatemala, la justicia, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala es un deber del Estado, la que debe impartirse conforme a la dispuesto en la Constitución y en las leyes del país. Se aborda también, el papel de la justicia en una sociedad democrática, explicándose inicialmente aspectos teóricos sobre lo que significa el Estado de derecho para posteriormente vincularlo con la finalidad del sistema de justicia dentro de este, elemento pacificador y necesario para la convivencia pacífica.

Después, se analiza la evolución del poder de los jueces comparando dos sistemas de justicia constitucional, uno apoyado en la confianza hacia los jueces denominado difuso, propio de los Estados Unidos de Norteamérica y el otro, el sistema concentrado ideado por el austriaco Hans Kelsen en Europa, cimentado en lo contrario: la desconfianza hacia el sector judicial. El punto es de vital importancia para la investigación, porque de su evolución y de las facultades que cada uno de ellos otorgó al juez, derivan los sistemas de justicia constitucional, instalados en casi todos los países del mundo, como mecanismos de control del ejercicio del poder público.

1.1. Aproximación al concepto de justicia

Para abordar el contenido del presente capítulo, se hace necesario preliminarmente explicar que se entiende por justicia, definiendo el término y precisando si es posible, sus características, siendo necesario considerar que en su definición ha influido el parecer de quien lo ha hecho, la época y la apreciación de un fenómeno jurídico dado.



La ambivalencia del término justicia resulta evidente cuando se confronta la legitimidad de ciertos actos que difieren en relación con la cultura y al tiempo:

Justicia es la bigamia en los pueblos mahometanos y justicia es el delito de bigamia en los pueblos cristianos; justicia ha sido en ciertos tiempos la esclavitud y justicia es en el presente la libertad plena del individuo [...] La justicia abstracta, como todos los grandes conceptos humanos o algo superiores a lo humano, presenta tantas interpretaciones como corrientes de pensamiento (Cabanelas, 2006, pág. 628).

La justicia se ha definido como una virtud o como conjunto de todas las virtudes, como “recto proceder conforme a derecho y a la razón” (Cabanelas, 2006, pág. 628).

Además de las connotaciones anteriores, se ha dicho que la justicia “es dar a cada uno lo que le pertenece” (Rombola & Reboiras, 2004, pág. 578). De acuerdo con esta visión, en la antigüedad, Pitágoras, citado por Dorantes (2000), sostenía que la justicia consiste en “dar exactamente a otro lo que se ha recibido, o bien en que el ofensor sufriera el mismo daño que había hecho al ofendido” (pág. 160).

En el pensamiento antiguo muy peculiar fue el concepto de justicia entre los griegos. Cabanellas (2006) al referirse a Sócrates y su visión sobre el significado de justicia, sostuvo que el filósofo griego la enfocó desde el conocimiento y observación de las leyes que gobiernan las relaciones entre los hombres. Atisbó la diferencia entre lo justo y lo legal, orientando esto último por el derecho positivo, expuesto a errores e iniquidades; y afirmando lo primero en el derecho natural, en lo no escrito, en lo bueno y recto. Mientras que Platón y Aristóteles centran la justicia sobre la virtud. Para el primero es aquella que mantiene la unidad, el acuerdo y la armonía. En cambio, para el otro filósofo ofrece un aspecto social, que impone a cada uno respetar el bien de los demás. (pág. 628)

En Sócrates, se relaciona la justicia con lo justo, que tiene su fundamento en el derecho natural en contraposición a lo legal, mientras que con Platón se le concibe



como un equilibrio y en el caso de Aristóteles la visualiza como el respeto a los demás, pero más ajustado a lo legal.

En la posición medieval, se encuentra la definición de justicia de Santo Tomás de Aquino: “la justicia es el hábito, según el cual uno con constante y perpetua voluntad da a cada cual su derecho” (Pacheco Gómez, 1990, pág. 485). Esta definición la podemos ubicar, al igual que la proporcionada por Aristóteles, como la observancia de la norma.

En las Partidas, la justicia se definió como:

Una de las cosas, porque mejor y más enderezadamente se mantiene el mundo y que es como la fuente de donde emanan todos los derechos [...] Este texto sigue fielmente la triple manifestación práctica de la justicia establecida en el derecho romano: a) *honeste vivere* (vivir honestamente); b) *alterum non laedere* (no dañar a otro); c) *cuique jus tribuere* (dar a cada uno su derecho) (Cabanelas, 2006, pág. 628).

Del pensamiento medieval, resalta el hecho de definir la justicia como algo que ordena al hombre en sus relaciones con sus congéneres, pero asociando el actuar justo del individuo como el actuar apegado a lo que ha considerado el legislador en la norma.

También se ha definido el término dividiendo la justicia en moral y civil, en universal y particular, en conmutativa y distributiva, en expletiva y atributiva indicándose que la primera es el hábito del ánimo de dar a cada uno lo que es suyo y en este caso una virtud. La justicia civil se define como un hábito de conformar las acciones de acuerdo con la ley y por ende puede no ser una virtud pues es tenido como justo el que se arregla en sus acciones externas, aunque no tenga la voluntad constante de hacerlo. Justicia universal es la que abraza todas las virtudes y la particular la que no da a uno más utilidad ni a otra más carga que la que conviene; la justicia conmutativa hace referencia a la igualdad en los contratos y la distributiva se da cuando se reparte los



premios y las penas en razón del mérito y calidad de las personas. Justicia expletiva es la que da a cada uno lo que se le debe en fuerza de la ley y la atributiva la que da a cada uno lo que se debe por obsequio, gratitud, humanidad u otra razón semejante. (Rombola & Reboiras, 2004, pág. 578)

Es evidente entonces que el término justicia no es fácil definirlo, o quizás siendo fácil —por simple ejercicio mental— se vuelve complejo por la diversidad de criterios y lo abstracto del término, influyendo como se ha anotado, la época de la humanidad en que se le ha definido. Se ha dicho que la justicia es una virtud o la que abraza todas las virtudes, como darle a cada uno lo que merece, darle a cada uno lo suyo, darle a cada quien, según su derecho, vivir honestamente, vivir conforme al derecho y la razón, la observancia de la igualdad en los seres humanos, la comunidad y la armonía. Hasta aquí, resulta significativo que la justicia se vincule como observancia de la ley, que es el equivalente a vivir conforme a derecho, pero también es importante que se diga que es una virtud, que es vivir conforme a la razón; además de que se le asocie con la observancia de la armonía, la paz y la igualdad en los seres humanos.

Empero, resulta útil para la presente investigación, incursionar en análisis de otros autores para asumir una postura e intentar definir con palabras propias qué se entiende por justicia.

Bodenheimer (2000) al referirse al significado de la justicia, argumenta lo siguiente:

El problema de la justicia está íntimamente relacionado con el de igualdad en la vida social humana. Justicia quiere decir tratamiento igual de los iguales. La realización de la justicia exige que dos situaciones en las cuales las circunstancias relevantes son estas, sean tratadas en forma idéntica [...] Tratar a hombres iguales, en circunstancias iguales, de modo igual, es el primero y más importante de los mandamientos de la justicia. Pero este mandamiento implica también que hombres y situaciones desiguales sean tratados desigualmente. Por ejemplo, un



juez que condena a la misma pena a dos hombres que han cometido infracciones de magnitud y gravedad muy distintas puede ser tan injusto como un juez que castiga de modo diferente a dos hombres que han cometido el mismo delito en condiciones y circunstancias casi idénticas (pág. 56).

El autor citado alude básicamente a la observancia de la igualdad en el tratamiento de dos cuestiones idénticas, pero reconoce que los seres humanos por naturaleza tienen diferencias entre sí. En determinados casos, pueden existir situaciones desiguales y personas colocadas en un contexto desigual, por lo tanto, describir la justicia como el trato igual de los iguales es una definición de carácter general, pues existen desigualdades y diferencias entre los seres humanos.

Además, es necesario considerar también bajo qué circunstancias los actos de dos o más personas merecerían el mismo trato. Las diferencias naturales en los seres humanos, se estima que son normales, (verbigracia: la altura, el carácter, la forma de reaccionar ante los estímulos, etc.) que, ante ciertas circunstancias, no se exige que se vean como diferencias que ameriten un trato desigual, como podría ser la libertad de contratación. Sin embargo, otras diferencias en un contexto dado, si requieren tratamiento desigual, tal es el caso de ser hombre o mujer, niño o anciano, capaz o incapaz, pero sobre ciertos aspectos —por ejemplo, el derecho de seguro social en los ancianos, el derecho del incapaz de ser representado o, el derecho de la mujer a que se le dé una protección tutelar en el ámbito del derecho de familia—. Indudablemente es evidente la variedad de criterios que pudieran surgir y que existen sobre la igualdad y la desigualdad, de los cuales no nos podemos soslayar:

Un defensor de la aristocracia y un adepto de la democracia pensarán de modo muy diverso en cuanto al grado de abstracción de la desigualdad natural que esté justificado en interés de una vida social ordenada; pero esta diferencia de opinión no afecta la determinación general de la noción de justicia. El filósofo alemán Friedrich Nietzsche —defensor de una posición aristocrática—, creía que la desigualdad natural entre los hombres debía encontrar reconocimiento en el



orden político y social. “Igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales —ese sería el discurso real de la justicia—; y de ahí se sigue que no debéis hacer nunca iguales las cosas desiguales”. Por su parte el sociólogo norteamericano Lester F. Ward creía que, en el orden político y social, la desigualdad natural de los hombres debía ser, en lo posible mitigada o eliminada. “La verdadera definición de la justicia es la imposición por la sociedad de una igualdad artificial en las condiciones sociales que son naturalmente desiguales (Bodenheimer, 2000, pág. 59).

Según Bodenheimer, en apariencia Ward iría mucho más lejos que Nietzsche en no tomar en cuenta la desigualdad, pero las diferencias de criterio en la realización práctica de la justicia, no impide que los dos coincidan en la idea general de justicia, pues los dos admiten que la justicia es la realización de la igualdad y que, la injusticia como antítesis de la justicia es el trato tanto arbitrario como caprichoso que se le da a personas o grupos de personas que merecen ser tratados en forma análoga. Los dos coinciden en que la justicia exige un reconocimiento de un modelo objetivo de igualdad, discrepando únicamente en cuanto a ese patrón para medir la igualdad, porque en este punto es imposible llegar a un consenso entre los seres humanos. (Bodenheimer, 2000, pág. 59)

El mismo autor advierte que la justicia tal como la concibió Platón, solo podría darse en un estado autoritario, es decir, mediante el ejercicio del poder, pues conforme a él, la justicia no se administra, según reglas fijas y generales, siendo el otro extremo un Estado donde se diera curso al *laissez faire*, pero que, sin límites llevaría a la anarquía. Por ende, en el caso de Aristóteles, percibió que, para que pueda prevalecer en un Estado el derecho, debe existir un equilibrio entre libertad y autoridad. El patrón general para medir la igualdad es la promulgación de normas jurídicas generales dejando ciertas materias a discreción de los encargados de impartir justicia con sus respectivas limitaciones. La justicia entonces, divisada por un lado como una virtud del ser humano en la observancia de la armonía, la paz y la igualdad y, por otro lado, como la observancia de la norma que estipula aquellas reglas fijas y generales, tiene mejor y



más probabilidades de aplicación en los Estados donde existe un equilibrio entre autoridad y libertad, especialmente en las sociedades modernas, propensas o expuestas en su mayoría a enfrentar los grandes desafíos que la época depara, tal como lo ilustra Savater, citado por Barrientos:

Solo se puede aumentar la seguridad dentro de una nación y en el mundo potenciando mayor justicia. El camino contrario lleva a vivir en sociedades donde unos pocos deben dedicar todo su tiempo a acorazarse contra los depredadores y a vivir en fortalezas recelosos y feroces mientras a otros muchos no se les ofrece más salida de la miseria que incorporarse a mafias o desahogarse con el terrorismo urbano (2001, pág. 13).

Este es un dilema que enfrentan los Estados modernos, la disyuntiva que se les presenta entre generar mayor seguridad mediante instituciones y agentes de gobierno que repriman los derechos fundamentales de las personas indiscriminadamente, o bien fortalecer las instituciones del poder judicial mediante la designación de personas virtuosas, las mejores en su área, con virtudes académicas y éticas que garanticen resoluciones justas y equitativas, debidamente argumentadas y fundamentadas que permitan transparencia y el conocimiento de los motivos para resolver de una u otra forma. No hacerlo o postergarlo, implica condenar lentamente a una sociedad a buscar otras alternativas.

Las sociedades modernas deben privilegiar el desarrollo del ser humano, lo que constituye la base de las instituciones para que los grandes problemas sociales disminuyan, para no precipitarnos en un tipo de sociedad en la que las diferencias sociales se ensanchen. Es cierto que las diferencias en una sociedad democrática son inevitables, el problema radica en cómo se justifican esas diferencias:

Que algunos deban tener menos con objeto de que otros prosperen puede ser ventajoso, pero no justo. Sin embargo, no hay injusticia en que unos pocos obtengan



mayores beneficios, con tal de que con ello se mejore la situación de las personas menos afortunadas (Rawls, 1995, pág. 27).

Por eso mismo, la justicia tiene relación con los fines para los que el Estado fue creado, los que en un Estado democrático se orientan a la consecución del bienestar común, buscando el mejoramiento de las condiciones económicas y sociales de sus ciudadanos, pues como sostiene el mismo Savater citado por Barrientos “es mejor defender lo suficiente que perder la vida defendiendo con uñas y dientes lo demasiado contra los que tienen poco o nada” (Barrientos, 2001). Lo anterior parece hacer alusión a una concepción social de la justicia, indagando cuál debería ser su objeto, punto abordado por Rawls (1995) al referirse a cuál debería ser el objeto primario de la justicia:

De diferentes tipos de cosas se dicen que sean justas o injustas: no solo a las leyes, instituciones y sistemas sociales, sino también las acciones particulares de muchas clases, incluyendo decisiones, juicios, imputaciones. Llamamos también justas e injustas a las actitudes y disposiciones de las personas, así como a las personas mismas. Sin embargo, nuestro tema es la justicia social. Para nosotros, el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por grandes instituciones entiendo la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. Así la protección jurídica de la libertad del pensamiento y de conciencia, la competencia mercantil, la propiedad privada de los medios de producción y la familia monógama son ejemplos de las grandes instituciones sociales (1995, pág. 20).

La idea contemporánea de Rawls es interesante, porque permite reflexionar sobre lo que un ser humano hace constantemente –calificar actitudes, actos, leyes, decisiones, personas, etc. Pero, buscar el concepto de justicia en un conglomerado de personas que han hecho una especie de pacto por vivir y convivir, fijan principios e instituciones



con una lógica: vivir bien y vivir mejor, de tal forma que, para conseguir este resultado, se organizan política y jurídicamente estableciendo en ese pacto los derechos fundamentales que se tienen que respetar y las instituciones que deben regular la incidencia de las ventajas, pues en una sociedad libre en la que se respeten los derechos fundamentales, siempre habrán diferencias sociales, pero se debe garantizar que, mediante el ejercicio de la libertad (derechos) y la regulación de las obligaciones (deberes) todos tengamos la oportunidad de desarrollarnos.

La búsqueda del bienestar común como uno de los fines del Estado, apareja el interés por el cumplimiento de las disposiciones normativas y la justicia como valor se proyecta en los actos de los gobernantes y en la vida de los ciudadanos. Sobre el bien común, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha dicho que “la responsabilidad del bien común ha sido debidamente consagrada en el preámbulo de la Constitución y prevista como fin supremo dentro de los fines y deberes del Estado” (1991). Sobre la interpretación de los preámbulos ha dicho que:

Podría, eso sí, tomando en cuenta su importancia, constituir fuente de interpretación ante dudas serias sobre el alcance de un precepto constitucional [...] Si bien [...] pone énfasis en la primacía de la persona humana, esto no significa que esté inspirada en los principios de individualismo y que, por consiguiente, tienda a vedar la intervención estatal, en lo que considere que protege a la comunidad social y desarrolle los principios de seguridad y justicia a que se refiere el mismo preámbulo (1986).

En consonancia con lo anterior, Barrientos (2001) sostiene que:

Por algo decía Hume que es el interés común el que induce a las personas a ceñir su conducta a las normas jurídicas y Max Weber que las reglas jurídicas son obedecidas en la medida en que el interés que tengan en obedecerlas supere el que tengan en quebrantarlas. ¡Que mayor interés que el de ser, vivir, realizarse,



dejar vivir y convivir en armonía para obtener ventajas y beneficios mutuos (pag. 13).

El bien común como un fin del Estado, responde a la intención de propiciar oportunidades para todos los ciudadanos, porque los motiva a realizarse y esforzarse en el marco de las reglas dictadas por este.

Ahora bien, poniendo en contexto el tema de justicia conforme a lo expuesto con el caso de Guatemala, el artículo 203 de la Constitución en su inicio establece que “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República”. Sobre este aspecto, la Corte de Constitucionalidad ha dicho que “corresponde al Organismo Judicial, presidido por la Corte Suprema de Justicia, la función jurisdiccional, esto es, la resolución de conflictos y pretensiones. En este sentido, todo juez, cualquiera que sea su categoría, debe resolver conforme a las leyes, sin obviar el principio de que la Carta Magna prevalece sobre cualquier ley o tratado, garantizándose para ello la independencia judicial, empero, asumiendo responsabilidad por su conducta (Sentencia, 1998). En el caso de la Ley del Organismo Judicial, en su artículo 51 establece que este Organismo, en el ejercicio de la soberanía delegada por el pueblo, imparte la justicia conforme la Constitución Política de la República y los valores y normas del ordenamiento jurídico. Este es un mandato para los jueces, quienes ejercen siempre un poder delegado por el soberano pueblo para decidir conflictos, teniendo en consideración y, en primer lugar, el texto constitucional, además de aquellos valores del ordenamiento jurídico del país.

La Corte sostiene que todo juez sin importar su categoría, por ser integrante del Organismo Judicial, en su labor de administración de justicia, debe observar el principio de supremacía Constitucional, en el sentido que la Constitución prevalece sobre cualquier ley de la República o tratado. Sin embargo, es útil advertir que, el artículo 46 de la CPRG¹ regula que “Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por

¹ Constitución Política de la República de Guatemala.

Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Al respecto, el alto Tribunal Constitucional de Guatemala, en fallo emitido en el año 2016, sostiene que:



La interpretación jurídica en un Estado Constitucional de derecho debe realizarse de forma sistemática, teniendo presente la necesaria sujeción del orden jurídico interno a los preceptos de la Constitución, lo que implica que tanto los órganos del Estado, como los particulares o gobernados, están obligados a interpretar las normas jurídicas en coherencia con los principios y postulados que emanan de la Ley Fundamental y del resto de normas que conforman el bloque de constitucionalidad. Al referirnos al bloque de constitucionalidad se hace referencia a aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías y sirven, como medidas de control de constitucionalidad de los preceptos normativos y de los actos de autoridad. Su función esencial es la de servir como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, de complemento para la garantía de los derechos humanos en el país (Sentencia, 2016).

Lo relevante es siempre que cualquier autoridad jurisdiccional, en la que obviamente se incluye a la misma Corte de Constitucionalidad, que administren ya sea justicia en el ámbito ordinario, o bien constitucional, deben observar el principio de supremacía constitucional, sin perjuicio de considerar instrumentos de carácter internacional sobre derechos humanos que complementan la Carta Magna.

Siempre, sobre el contenido del mencionado artículo 203 Constitucional, la Corte de constitucional razonó que:

El deber de proveer tutela judicial efectiva que atañe al Organismo Judicial respecto de la población guatemalteca, comprende, como mínimo, dos aspectos: i. asegurar la concurrencia de las condiciones necesarias para el debido acceso a la jurisdicción de todas las personas, producto de la adecuada gestión de los recursos humanos,



financieros, técnicos y de infraestructura disponibles en el andamiaje estatal dedicado a la administración de justicia, y ii. el escrupuloso respeto a los derechos de defensa, de audiencia, de aportar prueba, de recurrir o de motivación judicial de los litigantes, de obtener la ejecución de las resoluciones, entre otros que tienen verificativo dentro de los procedimientos tramitados en sede de las distintas judicaturas. (Opinion Consultiva, 2017)

Entonces, la administración de justicia se hace efectiva con una tutela judicial efectiva que permita los ciudadanos acudir a cualquier órgano jurisdiccional, ser atendido en este y por supuesto, que su conflicto sometido a conocimiento de un juez o jueza, sea ventilado de acuerdo con el debido proceso, es decir, respetando los derechos de cada parte que interviene en este, además de la obligación de la autoridad judicial en razonar o explicar los motivos de su fallo.

El artículo 203 de la CPRP, regula, además, que, 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. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público. La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha mencionado que:

La función jurisdiccional constituye servicio público de índole esencial. Su prestación apropiada representa el canal oficial mediante el cual las personas pueden dirimir, dentro de procedimientos heterocompositivos predeterminados y ante terceros letrados e imparciales, las controversias con relevancia jurídica que surgen de la



dinámica social, a fin de determinar técnicamente los derechos y obligaciones que corresponden a cada litigante; con la garantía de que esa decisión será respaldada por el *ius imperium* en su ejecución. Erige al derecho en salvaguarda institucionalizada frente a la arbitrariedad o cualesquiera desvaríos de la voluntad unilateral de gobernantes y gobernados, irradiando un efecto ordenador y pacificador que resulta imprescindible para el desarrollo civilizado de las relaciones humanas [...] Es por ello que, a la vez de observar la continuidad y eficiencia que deben caracterizar a la administración de justicia como servicio público esencial, debe entenderse íntimamente vinculada la exigencia de que sea impartida guardando coherencia con los eminentes fines que le han sido encomendados por el poder constituyente; cometido cuya cristalización requiere, lógicamente, que los tribunales de la República estén a cargo de juristas probos y altamente calificados. (Opinion Consultiva, 2017)

En otro fallo, la Corte razona lo siguiente:

El contenido de esa norma ha sido entendido por esta Corte en el sentido de que los juicios de valor y las argumentaciones vertidas por los tribunales ordinarios no pueden ser objeto de revisión por medio del amparo, pues la potestad judicial conlleva la legítima función de interpretación y aplicación de la ley. No obstante, también ha sido criterio de este Tribunal que pese a la exclusividad de dicha función, su ejercicio puede ser objeto de examen en la vía constitucional cuando se produzcan violaciones a lo dispuesto en el Texto Supremo; ello, con fundamento en la amplitud con que ha sido previsto el amparo al tenor de los artículos 265 constitucional y 8 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. (Sentencia, 2017)

Las normas jurídicas y, en general, toda disposición normativa emanada del Estado, debe ser emitidas con la finalidad de regular relaciones, por lo que, aquellas personas llamadas jueces, encargados de interpretarlas para dilucidar un conflicto, deben ser probos y capacitados, lo que constituye una garantía para los usuarios del sistema de



justicia. La diversidad de conflictos que son conocidos por jueces ordinarios, puede llegar a sede Constitucional cuando a una o varias de las partes se le ha violentado un derecho fundamental, lo que no significa revisión de lo actuado, sino verificar la violación de alguno de esos derechos consagrados en la Constitución, para lo cual, se dejó establecido en la misma Carta Magna, el recurso de Amparo.

1.2. Definición de justicia

Con lo expuesto, se puede concluir que la justicia es practicada por una persona en lo individual, en las relaciones que mantiene con sus semejantes en el día a día.

Ahora bien, la justicia debe ser un norte y un baluarte de un Estado de derecho, pues indudablemente las leyes promulgadas por este, por medio del procedimiento legal deben buscar el bienestar común y los conflictos que se susciten entre las personas particulares ya en sus relaciones privadas o públicas, o las relaciones que se puedan dar entre el Estado y sus ciudadanos, tendrán que ser dilucidados por agentes del Estado –jueces- que idealmente deben ser probos, honestos, transparentes y preparados.

La configuración de un Estado de derecho en que originalmente los ciudadanos sin problema, acepten voluntariamente que puede haber diferencias, pero ventajosas para todos, implica la aceptación de la justicia anclada en dos principios:

Primero: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Segundo: las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos (Rawls, 1995, pág. 68).



Es decir, un modelo de justicia compatible con un Estado de derecho implica un patrón de libertad igual para todos y, un sistema de convivencia en el que, aquellas instituciones trascendentales, se guíen en función de que, las condiciones y circunstancias diferentes propicien ventajas para todos, porque todos pueden acceder a cualquier oportunidad y cualquier empleo, esto sería un esquema de justicia equitativa.

Empero, para definir el significado de justicia, son innumerables las que se han dado a lo largo de la historia y que siempre va a generar discusión. Por esto, con base en el análisis anterior, se estima conveniente aportar una definición propia de su significado:

- La justicia como virtud: es una disposición interior del ser humano que se materializa en el mundo exterior mediante el recto proceder, no dañando a otro o a otros, tomando lo que es suyo y permitiendo que los demás tomen a su vez lo que es de ellos, con el objeto de mantener la unidad y la armonía.
- Vista como un resultado del quehacer del Estado: es un modelo objetivo de igualdad mediante la creación de reglas fijas y abstractas, que permita el tratamiento igual de los iguales y el tratamiento desigual de circunstancias desiguales, que impidan el trato arbitrario de una persona o grupo de personas, tratando los casos concretos mediante jueces virtuosos y probos, que interpreten aquellas reglas en aras de la observancia de la igualdad en casos análogos y con el mismo fin por ausencia o insuficiencia de la norma que permita la realización del bienestar de la mayoría de la población, entendido como la satisfacción de sus necesidades que les permita vivir y convivir en armonía.



1.3. Función del sistema de justicia en un Estado democrático de derecho

De por sí, profundizar sobre el tema del Estado democrático de derecho es difícil, pero es útil para los fines de la investigación denotar una idea general de lo que actualmente puede significar y su importancia, especialmente como limitante al ejercicio del poder.

Cuando nos adentramos en el estudio del derecho, siempre se formula al aprendiz una pregunta capciosa: ¿Qué fue primero? El Estado o el derecho, y de ahí puede originarse una inútil discusión, pues uno es complemento del otro, por ello, Sáchica (2006) entiende que es imposible concebir un Estado sin derecho y también un derecho sin Estado, pues ambos se complementan y se relacionan; el Estado sin derecho significaría: “solo fuerza”, coacción y dominación brutal y al contrario el derecho sin Estado sería solo una propuesta hipotética. (pág. 85). A esto se agrega que “En el Estado se anudan poder y derecho, los cuales se influyen recíprocamente. El poder genera derechos; el derecho da poder. Iguales son fuerza normativa de los hechos, como la fuerza fáctica de lo normativo” (Sáchica, 2006, pág. 85).

Históricamente el Estado de derecho es una forma que adopta el Estado en contraposición a los antiguos regímenes feudales y monárquicos absolutos, producto de la ideología del individualismo liberal que se manifestó en la revolución inglesa, norteamericana y francesa de los siglos XVII y XVIII. Este cambio político, trajo consigo los siguientes aspectos:

- a) Despersonalización del poder: el poder ya no es más un poder subjetivo y heredado, sino que, originado en la voluntad de los gobernados, por lo tanto, el poder de quien gobierna es derivado, limitado y su ejercicio conlleva responsabilidad.
- b) La desconcentración del ejercicio del poder: el poder del Estado ya no pertenece al Rey, sino que, conforme a la doctrina de la división y separación de poderes de Montesquieu, en un Estado debe existir una pluralidad de poderes con competencias separadas, pero interdependientes, con mecánica



de frenos y contrapesos que separen, dividan, desconcentren y debiliten el poder en provecho de la libertad y los derechos individuales. c) La racionalización del ejercicio del poder: la actuación de los poderes públicos debe someterse a una norma previa que lo faculte. d) El carácter instrumental del Estado: el Estado es un medio cuya justificación y objetivo debe ser el reconocimiento y garantía de los derechos naturales del individuo (Sáchica, 2006, pág. 86).

Sin embargo, esta forma de Estado de derecho llega a degenerar posteriormente en un formalismo y normativismo exagerado que se preocupa, porque todo esté regulado conociéndose de antemano la consecuencia de cada actuación. Esta concepción del derecho, trajo consigo un positivismo exagerado en el que los jueces deberían ser solo la boca de la ley y realizar en su función jurisdiccional, el procedimiento del simple silogismo del que no debe escapar nada, pues para los positivistas, el derecho regula absolutamente todo:

El Estado de derecho degenera en un panjuridicismo invasor y formalista. Se pretende que nada escape a la regulación jurídica. Hasta la propia producción de las normas jurídicas queda bajo control y es susceptible de anulación y al afán regulador tampoco escapa la fijación de criterios y reglas para interpretarlas [...] Lo que importa es que todo esté previsto, que de antemano se sepa la consecuencia jurídica de cada actuación, que todo sea calculable y se pueda planificar, programar, ordenar, sin que quepa sorpresa alguna [...] en fin, la tiranía del derecho que es la propuesta del positivismo jurídico (Sáchica, 2006, pág. 87).

El Estado de derecho concebido como quedó anotado, ha tenido que evolucionar, humanizarse y adaptarse a los nuevos retos que depara la sociedad moderna, teniendo siempre presente que en un Estado de derecho el poder debe estar controlado. La historia de la humanidad ha estado impregnada por los impulsos de poder y el deseo de la libertad, pero precisamente en estos dos términos que parecen inconciliables, tienen su punto de contacto en el control:



La historia política de Occidente está animada por dos profundos impulsos: el ansia de poder y la pasión por la libertad. Esta dicotomía irreductible encuentra, sin embargo, un punto de contacto en el concepto de control. En efecto, la razón misma de ser del Estado constitucional moderno es la existencia de una constitución cuya finalidad por antonomasia consiste justamente en servir como instrumento de limitación del poder y, al mismo tiempo, en garante efectivo de los derechos de los ciudadanos (Hernández, 2005, pág. 1).

Aunque también resulta importante advertir que, el significado de Estado de derecho, pareciera ser un englobamiento de distintos términos:

Nosotros hablamos a menudo de “Estado de derecho” englobándolo todo, pero en realidad *Rule of Law* es de origen inglés, *Rechtsstaat*, alemán, “Imperio de la Ley”, francés y “Principio de Legalidad”, también francés originalmente. En realidad, acercando la lupa, esos conceptos distan de ser idénticos. Las propias palabras no dicen mucho sobre las distintas culturas jurídicas, que hacen hincapié en el derecho, el estado o la ley, según cada caso [...] La denominación “Estado de derecho” es relativamente tardía (Pereira Menaut, 2018, pág. 124).

Sin embargo, es preferible hacer referencia al término “Imperio del derecho”, que sería la traducción menos mala de *Rule of Law*, pues la denominación “Estado de derecho”, relativamente tardía, es más alemana, porque los alemanes suelen tomar el Estado como marco conceptual de todo, pero el imperio del derecho nació contra el Estado, o al menos contra alguno de sus rasgos como la soberanía y la potestad legislativa ilimitada. (Pereira Menaut, 2018, págs. 124-125)

En todo caso, tal y como lo hace ver el autor citado, por estar tan arraigado el término “Estado de derecho”, se puede utilizar ya hecha la diferencia, para evitar confusiones. Un Estado democrático de derecho es aquel donde gobernantes y gobernados actúan con el mayor apego a la ley, en observancia plena de una Constitución Política donde se consagren los derechos de los ciudadanos y la



obligación del Estado de respetarlos, asegurando su observancia por medio de las garantías, marcando los límites de las competencias de la autoridad y estableciendo los controles del ejercicio de ella.

Si en un Estado de derecho, decimos que hay limitantes al ejercicio del poder y que existen controles para este, necesariamente debemos referirnos también en qué consisten aquellos controles, tal como lo hace ver Rubén Hernández Valle:

El Estado moderno, en cuanto a Estado democrático de derecho, se caracteriza por un delicado equilibrio de poderes, tanto institucionalizados como difusos. Este equilibrio de poderes, por su parte, se apoya en una compleja red de limitaciones y en la existencia de una pluralidad de controles a través de los cuales se articulan aquellas. O sea que la limitación está íntimamente relacionada con el control, por cuanto este garantiza la vigencia de la primera. Por ello, poder limitado es poder controlado, dado que la limitación sin control es inefectiva e irrealizable (Hernández, 2005, pág. 2).

Conforme a lo anterior, se puede concluir que no se puede hablar de un Estado de derecho solo consagrando los derechos en la carta magna o Constitución y especificando en la atribución de las competencias los límites de quienes ejercen la autoridad del Estado. Es necesario que existan controles y aparte de los controles es presupuesto para el Estado de derecho la consideración de las garantías para la exigencia del respeto de los derechos de los gobernados. El ejercicio del poder puede decantarse siempre en los excesos de las atribuciones y competencias que configuran un abuso de poder, o la desviación de ellas desenfocándose el funcionario o autoridad en el objetivo de sus tareas, sea para aprovecharse o simplemente para perjudicar a alguien en particular.

Sobre cuáles deberían ser esos controles, esas garantías que funcionen como balances y contrapesos, para controlar y fiscalizar el ejercicio de la autoridad, se señala que:



Las limitaciones pueden ser difusas e institucionalizadas, a las cuales corresponde también controles difusos o institucionalizados. En el primer caso, estamos en presencia de los controles sociales, los cuales no están institucionalizados por lo que son generales y difusos. Por otra parte, a las limitaciones institucionalizadas corresponden también controles institucionalizados, los cuales se subdividen en políticos y jurídicos. Las garantías por su parte, como señala Manuel Aragón, se conceptúan “como los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las obligaciones (desde el punto de vista subjetivo) o de normas o principios (desde el punto de vista objetivo)”. Por consiguiente, las garantías constitucionales son aquellos medios a través de los cuales se garantiza el cumplimiento de las normas y principios constitucionales, las cuales revisten carácter objetivo, es decir, jurídico. La garantía es un control, pero el control no agota todas las garantías (Hernández, 2005, pág. 2).

Los controles políticos se caracterizan, porque son subjetivos y por ende su parámetro es indeterminado, pues el órgano contralor tiene libertad de determinación para ejercerlo; mientras que los controles de tipo jurídico y sus parámetros son objetivos, ya que existe previamente regulación legal previa, no quedando a discrecionalidad del órgano controlante. Las valoraciones en los controles de tipo político se basan en razones de oportunidad, mientras que en los de carácter jurídico, se fundamentan en razones jurídicas sometidas a reglas de verificación. En el control político el órgano que controla lo hace voluntariamente y el efecto del control no necesariamente lleva implícita una sanción, mientras que en el control jurídico el órgano controlante tiene que ejercer el control cuando se le solicite y si el resultado del control perjudica al controlado, necesariamente implica una sanción. (Hernández, 2005, pág. 3)

El control político es ejercido también por órganos políticos y el jurídico esta encomendado a órganos imparciales, dotados de conocimiento técnico en asuntos de derecho, siendo conveniente aclarar que en relación con los objetos de control no se puede hacer una clara distinción, pues decisiones de tipo político se pueden someter a



controles jurídicos (control de constitucionalidad, por ejemplo) y las normas jurídicas pueden ser objeto de control político (control parlamentario sobre los decretos leyes), (Hernández, 2005, pág. 3)

Sin embargo, en el caso del control judicial sobre actos políticos, Pereira Menaut (2018) anota que:

los intentos de control judicial de actos políticos, generalmente, no han producido resultados satisfactorios. La experiencia aconseja que los actos políticos sean sometidos a control político, si bien esta solución topa con el problema de la debilidad de la mayoría de los parlamentos actuales (pág. 84).

Por eso, en cualquier tipo de control, tienen que existir límites y los jueces no están exentos de eso. Ahora bien, en relación con el derecho en general y al derecho constitucional el mismo autor señala que:

En definitiva, existe derecho cuando un tercero imparcial -un juez- resuelve conflicto entre unos litigantes que están en pie de igualdad siguiendo criterios de justicia natural que no han sido dictados por ninguna de las partes. De la misma manera, existe derecho constitucional cuando un juez resuelve los conflictos políticos tratando igual a ambas partes y sentenciando, según reglas justas que no hayan sido dictadas por el más poderoso de los litigantes. (Pereira Menaut, 2018, pág. 85)

Por eso mismo, aunque es difícil deslindar en ocasiones cuando un control es jurídico o político, los jueces constitucionales son un tipo de control jurisdiccional que, en ocasiones, sus decisiones pueden producir efectos políticos, por la materia que enjuician, lo que no significa que hagan política.

Finalmente, tratando el punto del Estado de derecho, este debe buscar por sobre todo el bienestar común de sus habitantes que se materialice en paz, seguridad y un nivel de vida aceptable para sus ciudadanos:



Hoy, el Estado de derecho camina en el sentido de la democracia de participación, en la que se deja atrás la igualdad formal ante la ley, reducida al voto, para buscarla en el compartir poder, oportunidades y ventajas. Inversiones públicas prioritarias en vivienda popular, educación, salud, asistencia a desvalidos, son la política planteada para compensar la llamada deuda social, la que tiene la sociedad con quienes se hallan en la pobreza absoluta, los miserables. Soberanía popular, tridivisión de poderes, legalidad, subsisten como puntales de una mitología política que fue sobrepasada por los cambios del mundo que imponen otras modalidades del Estado que respondan a un nuevo humanismo (Sáchica, 2006, pág. 89).

De acuerdo con lo anterior, podemos tener ya una idea por lo menos clara de lo que significa Estado de derecho. El Estado de derecho obliga a gobernantes y gobernados actuar de acuerdo con la ley y a la Constitución, la que desde su concepción legislativa deberá buscar el horizonte del bien común, y no regulaciones con privilegios para determinada persona, sector o grupo en detrimento del bienestar colectivo. Cualquier acto de autoridad de los organismos del Estado que desatiendan el objetivo emanado de la Constitución y de las leyes que la complementan, activan los controles políticos y jurídicos, según sea el caso y, en este tipo de controles, es incuestionable la labor jurisdiccional, estando colocando los jueces de una República en el entramado de controles, legitimados por el mismo texto constitucional.

Ahora, es necesario clarificar cual es la función del sistema de justicia en un Estado de derecho. Para abordar la función del sistema de justicia en un Estado de derecho, se hace prioritario señalar que solo en un Estado en donde funcione el pluralismo institucional y la división de poderes que garanticen la observancia del principio de legalidad, se puede decir que impera un Estado constitucional de derecho. Al respecto Ferrajoli (2005) refiere que “Solo un efectivo pluralismo constitucional y una rígida separación de poderes puede garantizar la rehabilitación de la legalidad en la esfera pública, según el paradigma del estado democrático de derecho” (pág. 11).



El mismo Ferrajoli al criticar la legislación de emergencia tanto en Italia como en España, indica:

En la base de estas comunes políticas de la justicia se encuentra la confusión entre democracia y principio de mayoría, explícitamente profesada por muchos hombres de gobierno. Así, la democracia no sería más que el poder de la mayoría legitimado por el voto popular, de manera que todo le estaría consentido a la mayoría y nada que no fuera, directa o indirectamente, querido o mediado por esta sería democráticamente legítimo. Semejante concepción politicista de la democracia ignora la que es la máxima adquisición y al mismo tiempo el fundamento del estado constitucional de derecho: la extensión del principio de legalidad también al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluido el legislativo y su funcionalización a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados (Ferrajoli, “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, 2005, pág. 11).

La justicia vista como un quehacer del Estado, se imparte por medio del poder judicial, equivaliendo así justicia a jurisdicción. Sin embargo, cuando nos referimos a un sistema de justicia, hablamos de varios actores e instituciones ligadas con el tema.

El sistema de justicia en el Estado está conformado tanto por aquellas instituciones que en el ámbito penal tienen la función de investigar los ilícitos penales como el Ministerio Público, la Policía Nacional Civil y otras que no son parte del poder Judicial. Pero a quien compete finalmente dirimir el conflicto sometido a su conocimiento, según las reglas de competencia y a la rama del derecho que se trate —penal, civil, laboral, etc. — es a los jueces como parte del Organismo Judicial, los que deben ser personas honorables, preparadas, imparciales y quienes únicamente están sometidos a la observancia de la Constitución del país y demás leyes.



Locke (2002) al referirse a la sociedad política indicaba:

Habrá una sociedad política all  donde cada uno de los miembros, haya renunciado a su poder natural y lo haya dejado en manos de la comunidad en todos aquellos casos en que no est  imposibilitado para pedir la protección de la ley establecida por la comunidad [...] guiándonos por esto, es fácil discernir quiénes constituyen una sociedad política y quiénes no. Aquellos que est n unidos en un cuerpo y tienen una ley común establecida y una judicatura a la cual apelar, con autoridad para decidir las controversias entre ellos y castigar a los ofensores, forman entre sí una sociedad civil. Pero aquellos que carecen de una autoridad común a la cual apelar (autoridad terrenal) continúan en estado de naturaleza donde cada uno —por falta de otra persona— es juez y ejecutor en sí mismo (pág. 62).

Esa judicatura a que hace alusión Locke, que en una sociedad democrática es parte del poder judicial, tiene la función fundamental de controlar la legalidad y garantizar los derechos humanos de las personas. (Vásquez, 2000, pág. 3). El sistema de justicia debe buscar entonces, que la población civil tenga a su disposición aquellos mecanismos reales y formales que le permitan defenderse frente a los abusos del poder tanto del mismo Estado representado por sus agentes e instituciones, como por otras personas integrantes del conglomerado social, teniendo la confianza en el caso específico del Organismo Judicial que, cuando se presente una denuncia o demanda en cualquier rama del derecho, los jueces o juezas llamados a dirimir la controversia o el conflicto —que deben ser las personas más idóneas- habrán de resolver con absoluta imparcialidad y objetividad, como garantes de los derechos de las personas, escuchándolas y resolviendo los conflictos, sin discriminar negativamente en función de diferencias de índole cultural, étnicas, económicas, políticas o religiosas por citar algunas, que posibilite oír al más pobre o al más olvidado, respondiendo a los principios de justicia e igualdad.



El jurista guatemalteco Barrientos (2001) al referirse a la justicia como un poder del Estado y dentro de este tema señalar que la democracia implica un orden justo, expone:

Después del cierre de justicia solo puede seguir la autodestrucción, cuya sombra se aprecia en el horizonte en algunos países de la región, en donde la discordia civil tiene expresiones de furor violento y ciego. En donde la inseguridad reduce a la impotencia personal y la desigualdad a la frustración se abre un abismo entre ciudadanía y justicia [...] Ya a mediados del siglo XVII Tomas Hobbes previene que si no se mantiene la igualdad jurídica (igualdad de derechos y oportunidades) se impone la igualdad de hecho (los hombres son capaces por igual de causarse unos a otros el máximo mal: la muerte) (pág. 13).

Hacer realidad hoy el Imperio del derecho, significa no solo la observancia de las leyes, sino que esas leyes que han sido promulgadas por los legisladores como representantes del pueblo, se hagan en el marco de una Constitución Política donde se garantice el respeto de los derechos de las personas, pero también en donde el poder judicial encargado de administrar justicia en los casos concretos actúen atendiendo al clamor de quien tiene la razón, restableciendo el derecho de aquellas personas que ha sido quebrantado o violentado, sembrando siempre el germen de la seguridad, la credibilidad y la confianza en los ciudadanos:

No está demás resaltar que los tribunales son el instrumento racional, pacificador y coactivo con que cuenta la democracia para mantener y profundizar la convivencia creativa y avanzar establemente hacia formas elevadas de vida. Tampoco puede despreciarse la comprobación histórica de que, no pocas veces, quienes argumentan que las libertades y derechos humanos son demasiado elevados para pueblos que consideran no saben gobernarse, son los que bajo la excusa de orden reclaman para sí las ventajas del poder absoluto y derechos para ejercerlo (Barrientos, 2001, pág. 18).



En ello radica la importancia de la impartición de justicia en un Estado de derecho, porque indudablemente sin un instrumento legítimo, sin un árbitro también legítimo, imparcial y confiable que dirima los conflictos entre particulares o entre el Estado y los particulares, la convivencia se tornaría violenta. El poder judicial en un Estado de derecho es el instrumento para dirimir los conflictos, lo que se debe hacer respetando los derechos fundamentales de las personas. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, ha mencionado que:

El modelo de Estado que configura la Constitución Política de la República de Guatemala es congruente con los presupuestos, ideales, principios y valores del Estado constitucional y democrático de derecho –como cabe deducir del contenido del Preámbulo de la Constitución–, entonces no es factible admitir o tolerar, bajo ninguna circunstancia, la arbitrariedad, el exceso, el capricho o el abuso en el desempeño de la función pública (Sentencia, 2011).

El poder ejercido por cualquier autoridad del Estado, necesita siempre estar sometido a mecanismos de control para evitar el abuso y la desviación de poder y, en ocasiones, el mecanismo de control por disposición de la ley será un procedimiento de tipo jurisdiccional sometido al conocimiento de un juez o jueza, máxime si se trata de casos sometidos a un tribunal de rango constitucional.

1.4. El poder del juez en una sociedad democrática

1.4.1. Evolución histórica del poder de los jueces en una democracia representativa

Es necesario iniciar lo referente a este punto con una interrogante: ¿Cuál es la posición que le corresponde a un juez hoy en una sociedad democrática?



Responder no es tarea fácil. Para el caso de las sociedades occidentales es imprescindible analizar la evolución del papel de los jueces en los Estados Unidos de Norteamérica y en Europa, lugares donde el punto de partida sobre la forma de concebir la función jurisdiccional tuvo diferentes motivaciones tanto políticas como jurídicas. Para comprender aquella evolución es preciso remontarse tres siglos atrás, por el efecto que tuvieron las ideas de dos filósofos y su repercusión en la conformación de ellas, tal es el caso de Locke y Montesquieu, pensamiento que obviamente estaban influidos por sus experiencias y por sus prejuicios.

Locke escribió en 1690 sus dos ensayos sobre el gobierno civil y cien años después el sistema político de los Estados Unidos de Norteamérica que se inspiró en sus ideas, les confirió a los jueces un papel protagónico y decisivo, sin que Locke hiciera una referencia expresa en sus ensayos sobre cuál era la misión política esencial del poder judicial, aunque los nombrara en pasajes de estos:

Por lo tanto, toda vez que cualquier número de hombres esté así unido en una sociedad, de modo tal que cada uno haya renunciado al poder ejecutivo que tiene por ley natural y lo haya cedido al poder público, entonces y solo entonces, hay una sociedad política o civil. Y esto se cumple cada vez que un grupo de hombres en estado de naturaleza, entra en sociedad para formar un solo pueblo, un solo cuerpo político bajo un único gobierno supremo. O también cuando alguien se une y se incorpora a un gobierno ya establecido. Pues en este caso autoriza a la sociedad, o lo que es lo mismo, al poder legislativo a hacer leyes por él, según lo requiera el bien común de la sociedad, a cuya ejecución debe comprometer su propia ayuda, en el grado que le sea posible. Y esto pone a los hombres fuera del estado de naturaleza y los incorpora a un Estado: el hecho de establecer a un juez terrenal con autoridad para decidir todas las controversias y castigar las injurias que puedan afectar a cualquier miembro del Estado y dicho juez es el poder legislativo o los magistrados designados por él. Sin embargo, siempre que haya una agrupación de hombres, asociados de la forma que sea, que carezcan



de un poder decisivo al cual apelar, seguirán hallándose en estado de naturaleza (Locke, 2002, pág. 64).

El estado de naturaleza concebido por Locke estaba constituido por personas que no renunciaban a su poder ejecutivo y por ende, no cedían a una autoridad pública el ejercicio de este, lo que una vez hecho, concedía su poder en beneficio propio y, en beneficio de todos, lo que constituía ya una organización política y, en la que, indiscutiblemente la existencia de los conflictos entre los ciudadanos se plantea como algo normal, pero ya sometido a un poder soberano a quien apelar.

En tanto que Montesquieu, quien había sido juez de un Estado absolutista, en su obra *Del espíritu de las leyes* de 1735, denotaba la idea de exterminar todos los defectos del poder judicial, defendiendo siempre al aforismo positivista que los jueces eran meros instrumentos pues solo debían de ser boca de la ley. (Ordonez, 2004, pág. 34).

Empero, el culto a la observancia literal del contenido de la ley, la que de acuerdo con la concepción positivista no debería dejar margen actuación al juez, contradictoriamente Montesquieu también sostuvo que esas mismas leyes debían de ser flexibles cuando se tratara del enjuiciamiento de los nobles, pues en un caso concreto y en manos de un juez la ley podía ser muy rigurosa:

A juicio del pensador francés, podría ocurrir que 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. La parte del cuerpo legislativo que considerábamos como tribunal necesario, anteriormente, lo es también en esta ocasión: a su autoridad suprema corresponde moderar la ley en favor de la propia ley, fallando con menos rigor que ella (Ordonez, 2004, pág. 35).



Locke sostuvo que una sociedad organizada tenía a un juez a quien apelar, sin divisar en su concepción, un poder judicial con sustantividad orgánica propia, mientras que Montesquieu si hizo referencia al poder judicial, pero sin concederle mayores facultades:

Desde el punto de vista del contenido, la principal diferencia entre la formulación de Locke y la de Montesquieu es que este incluye el poder judicial, aunque con un papel bien pobre, a pesar de ser él juez y miembro del *Parlament* de Burdeos (los parlamentos franceses del Antiguo régimen era poderosas corporaciones de juristas con gran independencia) (Pereira Menaut, 2018, pág. 165).

Mientras que Locke, al no señalar explícitamente un poder judicial con contenido orgánico en la estructura del Estado, no se planteó en su tiempo la problemática sobre la función constitucional de los jueces en el futuro, mientras que para Montesquieu quedaba claro que aquellos no deberían ser más que la boca de la ley, teorías estas que influyeron de manera decisiva en la construcción de las sociedades de los siglos XIX y XX, y que desembocarían en dos modelos distintos que posteriormente llegarían a confrontarse:

Es innegable que la ausencia en la construcción lockiana de un poder judicial dotado de propia sustantividad orgánica elimina de su horizonte conceptual una problemática que, en el futuro, es decir, en el ámbito del Estado liberal, estará llamada a tener una importancia decisiva: la relativa a cuál debería ser la función constitucional del poder judicial. Debate en el que llegaron a confrontarse, como veremos, dos modelos claramente contrapuestos: de un lado, el basado en la concepción de Montesquieu para quien el juez no debería ser otra cosa que la boca que pronuncia las palabras de la ley y, de otro, el que tras una peculiarísima evolución histórica, acabará por desembocar en lo que algunos han llamado el gobierno de los jueces (Blanco, 1994, pág. 49).



Como se puede distinguir, en la evolución de un sistema jurídico y político juega un papel trascendental la función del juez o magistrado, dependiendo eso sí, de su ubicación y facultades en el esquema orgánico del Estado, pero, indudablemente, al resolver problemas o controversias jurídicas, se constituye en ocasiones en una forma de control que puede llegar a tener efectos políticos, siendo esta concepción la que no terminaba de agrandar a Montesquieu, comprensible por sus experiencias y prejuicios, pues la función de juez como boca de la ley, no le permitía mayor margen, desenvolviéndose en una especie de modelo tasado.

Dos acontecimientos han marcado la historia de la humanidad vinculados con los dos modelos jurídicos esbozados, la independencia de los Estados Unidos y la revolución francesa. Estados Unidos asume la tradición del common law y Europa, la tradición jurídica europea. Las diferencias entre dos sistemas no explican el papel que cada sociedad les atribuyó a los jueces, sino que, la concepción de lo que debía representar el poder judicial en un sistema político.

1.4.2. El modelo norteamericano: un modelo de confianza hacía los jueces

Estados Unidos fundamentó su sistema judicial en el sistema inglés del *common law*, forma en cómo se denominó a la ley común en la antigua Inglaterra:

Pretéritamente, el término *common law* (ley común) fue usado para describir la ley tenida en común entre los circuitos y las diferentes estancias en cada uno de ellos. Entre más ampliamente era reconocida una ley particular, más peso tenía; las costumbres puramente locales generalmente estaban subordinadas a la ley reconocida en una pluralidad de jurisdicciones (Seminario de Doctorado en Derecho, 2008, pág. 27).

Actualmente, dentro de las connotaciones más importantes que se le pueden atribuir al *common law* es precisamente que constituye un sistema jurídico opuesto al *civil law*



por las diferencias en sus características, pero esencialmente, porque en este último se le da primordial importancia al contenido previo de la ley, mientras que en el primero cobra relevancia el precedente judicial o decisiones tomadas por los jueces:

Mientras los sistemas *common law* atribuyen gran peso a las decisiones de los tribunales (consideradas tan ley como los estatutos) no sucede lo mismo en las jurisdicciones del sistema continental (como también se conoce a las jurisdicciones en la que rige el *civil law*), en que al precedente judicial se le da menor importancia y se atiende más, por otra parte, a las contribuciones de los eruditos (Seminario de Doctorado en Derecho, 2008, pág. 29).

El *common law* es un sistema jurídico creado por los propios jueces, en el que la decisión que se tomará en un conflicto depende de las decisiones que otros jueces han tomado anteriormente, siendo ese cuerpo de precedentes lo que se denomina *common law*. El cuerpo de precedentes no se agota en sí mismo, pues en casos excepcionales los jueces pueden desatender el precedente ante una buena razón.

Lo importante es advertir el protagonismo que se le dio al juez en el sistema constitucional norteamericano desde un inicio, pues el juez crea el precedente, resuelve conforme al mismo y puede en casos excepcionales apartarse de él sin necesidad de labor legislativa. Las diferencias entre los dos sistemas mencionados — *common law* y *civil law*— no explican el papel que en cada sociedad se les atribuyó a los jueces, sino más bien la concepción de lo que representan y cómo se insertan como parte del poder judicial en un sistema político dado, lo que evidencia en el *common law* la confianza hacia los jueces. Estados Unidos como república independiente, nació con su Constitución Política y con ello el sistema constitucional norteamericano en el que, es a los mismos jueces a quienes se les encomienda el control y la garantía de los derechos consagrados en la Constitución:

El nacimiento de los Estados Unidos está presidido por la adopción de la Constitución y por la proclamación constitucional de un catálogo de derechos



fundamentales a los que quedan sometidos todos los poderes. La Constitución norteamericana está por encima de los todos los poderes estatales, que se someten a un estricto sistema de separación y está dotada, siguiendo la tradición inglesa y las experiencias constitucionales de los Estados que luego formaron la unión, de un importante grado de justiciabilidad en relación, fundamentalmente, con la tutela de los derechos individuales (Ordonez, 2004, pág. 36).

Es decir que, con la independencia de los Estados Unidos y su incipiente sistema constitucional, son los jueces, quienes velan por el cumplimiento de aquellos derechos fundamentales consagrados en el texto Constitucional y al que deben estar sometidas todas las personas, especialmente todos los poderes del Estado. La facultad del juez para usar el precedente judicial creado por él o por sus pares, más la facultad de ser el guardián de la constitución promulgada en la incipiente democracia norteamericana, puso al juez en un punto de equilibrio de los otros poderes que reflejaba por su misma ubicación, la confianza en su función.

Ese contractualismo, como ya se dijo, influenciado por las concepciones de Locke, influyó notablemente en el tipo de sociedad que emergió de los Estados Unidos a raíz de su independencia y, colocó al juez como el centro de la balanza que equilibra aquellos extremos representado de un lado por los otros poderes y del otro, por las garantías consagradas en la constitución. Así surge y se desarrolla la noción de Constitución, pero, además, la noción de control difuso de ella:

La noción de Constitución surge como tipo de norma a finales del siglo XVIII con la experiencia constitucional de los Estados Unidos en 1787, pero a la par de ella también surge la noción del control difuso de la Constitución, como un mecanismo de control para la observancia de las normas que de la Constitución emanaban, donde se plasman también de dicha práctica, dos principios determinantes: el principio de *autodeterminación* política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario, y no derivado de la Constitución; y el principio de la *limitación del poder*, como garantía de la libertad, estando apoyado este control por la



facultad judicial de declarar inconstitucionales las leyes, conocido como la *judicial review* (Aliste, 2001).

Es decir que, la sociedad organizada política y jurídicamente, dispone la forma y el ejercicio de las competencias por las autoridades en quienes delega el poder, pero también en el pacto constitucional establece garantías en favor del ciudadano o ciudadana para el control del ejercicio del poder, facultad y competencia que se dispone para los jueces en el ejercicio. De ahí que tengamos controles de constitucionalidad de carácter político y controles de carácter jurídico, este último originado en Inglaterra y consagrado en su texto constitucional:

Tuvo su origen en la distinción hecha por Lord Edward Coke, en los albores de la monarquía limitada en Inglaterra, entre el *common law* —o derecho fundamental— y la *Statutory Law* —o derecho legal ordinario—, consistente en que los jueces dejaban de aplicar disposiciones de este cuando eran contrarias a las de aquella. Luego el sistema se trasplantó a Estados Unidos, con dos principios fundamentales consagrados en la Constitución de 1787: “El poder judicial se extenderá a todos los casos, en derecho y equidad, que surjan bajo esta constitución” (art. III, sec.2) y “esta Constitución [...] será la suprema ley del país [...]; y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla” (art. VI, sec.2). El primero es conocido como *judicial review* (Naranjo, 2006, pág. 405).

El sistema de la *judicial review* constituye un control de constitucionalidad de las leyes que corresponde ejercerlo al juez o tribunal mediante los procedimientos jurisdiccionales, lo que obviamente requiere capacidad profesional y técnica del juez. En este sistema de control, los mismos jueces están convencidos que el ámbito de su competencia les permite ejercer ese control y que están legitimados por la Constitución. Fue precisamente en los Estados Unidos de Norteamérica el país donde por primera vez se aplicó, mediante el conocido fallo del juez Marshall:



La primera aplicación del sistema tuvo lugar en 1803, a raíz del célebre fallo proferido por el juez John Marshall de la Corte Suprema, en el caso “Marbury vs. Madison”, considerado como el más famoso de la jurisprudencia constitucional norteamericana. En este caso Marshall impuso el criterio de la interpretación judicial de la Constitución, rechazando el criterio político de interpretación, según el cual el Congreso podía señalar sus propios límites de actuación y decidir hasta donde iban sus competencias con respecto a la Constitución. La Corte descartó en este caso la aplicación de una ley federal por considerarla contraria a la Constitución de Estados Unidos. En sus conclusiones, el célebre fallo sostuvo entre otras cosas lo siguiente: “Si una ley está en oposición a la Constitución; si ambas, la ley y la Constitución, se aplican a un caso particular de tal manera que la Corte deba decidir el caso conforme a la ley, desestimando la Constitución o conforme a la Constitución desestimando la ley, la Corte debe determinar cuál de estas reglas en conflicto gobierna el caso. Esto es de la pura esencia de la función judicial. Si entonces, las cortes están para vigilar la Constitución y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario del legislador, la Constitución, y no el acto ordinario, debe regir el caso” y más adelante agrega de manera terminante: “El poder judicial de Estados Unidos se extiende a los casos cobijados bajo la Constitución” (Naranjo, 2006, pág. 405).

Indudablemente se generaba un principio fundamental en el control de los actos políticos, pues de acuerdo con el fallo mencionado, el juez tenía la competencia y la facultad de corregir actos emanados de la autoridad política si consideraba que estos transgredían o contradecían el texto constitucional. Con este fallo, El juez Marshall impuso el criterio que el juez podía interpretar la Constitución y, en aras de su observancia, inaplicar la ley, sistema de control que encontró “muchas resistencias entre los legisladores y gobernantes de su tiempo y dio lugar a álgidas controversias jurídicas durante muchos años, hasta llegar a ser admitido el principio” (Naranjo, 2006, pág. 408). El fallo del juez Marshall le dio poderes no solo al Tribunal Supremo norteamericano, sino a todos los jueces, trazando de manera significativa la orientación de los órganos jurisdiccionales en aquella democracia:



El Tribunal Supremo norteamericano pronto asumió el poder que la Constitución le atribuía y bajo la impronta personal del juez Marshall, marcó el rumbo del poder judicial. En efecto, en su sentencia *Marbury v. Madison* (1803) estableció las bases de los poderes del juez norteamericano y, en contraste con la evolución de la Europa continental, esta decisión “tuvo un significado histórico, porque introdujo una vía de excepción al sometimiento de los jueces a la ley y les convirtió en controladores de su constitucionalidad (Ordonez, 2004, pág. 34).

Así, el sistema judicial norteamericano daba facultades al juez ordinario para interpretar y aplicar el texto constitucional, ya no bajo la vieja concepción europea de la función del juez como autómatas de la ley, sino que interprete y guardián de la Constitución como ley suprema que debería prevalecer sobre la ley cualquiera que esta fuera, pues es el primero en ser llamado a aplicar dicha supremacía aún en desmedro de la ley.

1.4.3. El modelo europeo: la desconfianza hacia los jueces y el sometimiento a la ley

Lo que es importante comprender en todo lo que anteriormente se ha mencionado, es la importancia del rol del juez o magistrado en la conformación política de un Estado. Mientras en los Estados Unidos de Norteamérica se conformaba una sociedad política fundamentada en el pacto visualizado por Jhon Locke que no le asignó una posición orgánica dentro del esquema político, en Europa el sistema político y jurídico descansaba en la premisa de desconfianza hacia el sector judicial. Así, en el sistema europeo se fomentaba la preeminencia de la ley, la función del juez como aplicador de esta y una carrera judicial burocrática. García de Enterría –citado por Ordoñez- al referirse a este aspecto, expresa que:

Son múltiples los factores que explican que, en el derecho continental europeo de los dos últimos siglos, los jueces no hayan tenido hasta hace muy poco un verdadero



perfil político. La desconfianza histórica hacia el juez, la preeminencia de la ley como expresión de la voluntad popular y la consiguiente burocratización de la carrera judicial explican las diferencias entre el sistema judicial continental europeo y el norteamericano y, en menor medida, también respecto del británico (Ordóñez, 2004, pág. 40).

El perfil político mencionado, no debe entenderse como la facultad del juez en participar en decisiones de carácter político –competencia que no le está dada-, sino a su posición en el entramado político del Estado, en las competencias asignadas y en la forma de concebir su función en la interpretación de la ley y de la Constitución. El juez o magistrado se desempeña dentro del poder judicial, en la tradicional conformación de los tres poderes del Estado; sin embargo, tradicionalmente en Europa, se le dio más importancia al parlamento y al poder ejecutivo, mientras el juez se consideró solo una autoridad con competencias técnicas, sin visualizar –o bien se entendía y por eso no se otorgaba- que podía ejercer una función de control que, en un momento dado, podía tener implicaciones políticas:

Su baricentro político se sitúa sobre el eje que va del legislativo al ejecutivo y excluye el judicial, del que se desconoce su calidad de tercer poder del Estado. Así pues, una autoridad judicial —y no un poder judicial— colocada en el exterior de los circuitos políticos. Por último, también la organización burocrática de la magistratura es un elemento importante en este panorama. Si, por un lado, establece de hecho vínculos jerárquicos a la función jurisdiccional, por otro se convierte en un sólido argumento para negar al juez funcionario —legitimado por su mera competencia técnica y como tal políticamente no responsable— un poder de claras implicaciones políticas (Guarnieri & Pederzoli, 1999, pág. 116).

El sistema europeo no propició en el poder judicial un rol de control político de las leyes y de las decisiones parlamentarias, sino que, concibió la figura de un juez burocrático, jerárquicamente dependiente, con una función mecanicista al ser solo un aplicador de silogismos jurídicos:



Quizá esto explique la interpretación de la teoría política de Montesquieu, que se ha convertido en lugar común y para algunos en dogma, de que los jueces deben ser solo la boca de la ley [...] las consecuencias más inmediatas de tal concepción política son, por un parte, la preeminencia del Parlamento y, desde luego, de la ley, como expresión de la voluntad general a la que quedan sometidos los jueces; y por la otra, la elección de un modelo burocrático de la carrera judicial, tan diferente del modelo profesional seguido en Estados Unidos y en el Reino Unido (Ordóñez, 2004, pág. 41).

Se ha matizado ya que, en el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, todos los poderes del Estado quedaron sometidos al pacto constitucional, garantizado el rol del juez en ese sistema democrático, fortalecido por el control constitucional de la *judicial review*. Ese control de constitucionalidad tuvo un desarrollo rápido en el pueblo norteamericano, mientras que en Europa su desarrollo fue mucho después, tal como lo expone Cappelletti –citado por Guarnieri y Pederzoli: “En cambio en Europa el desarrollo de la justicia constitucional es más tardío. Tras la experiencia de los parlamentos del *Ancien Régime* –cortes que reivindicaban el derecho a vigilar el respeto de las “leyes fundamentales de la monarquía” (Guarnieri & Pederzoli, 1999, pág. 114). Ese desarrollo constitucional en Europa, se dio hasta el siglo pasado: “habrá que esperar hasta el siglo XX para asistir a la introducción de un control de constitucionalidad de las leyes, con la creación, en 1920, del Tribunal Constitucional austriaco” (Guarnieri & Pederzoli, 1999, pág. 114).

El sistema tardío mencionado por Cappelletti es el llamado sistema concentrado de control constitucional, en el que a diferencia de la *judicial review*, no son los jueces ordinarios los legitimados para velar por el control de constitucionalidad de una ley, sino los magistrados que integran un tribunal específico denominado regularmente Tribunal Constitucional. Es notoria la diferencia del sistema Constitucional de los Estados Unidos con el sistema que se conformaba posteriormente en Europa, el primero mucho más antiguo, creado como un sistema de control encomendado al propio juez, derivado de la concepción de este y el segundo, que apareció posteriormente, ideado siempre



como forma de control, pero cimentado en la desconfianza al juez común y de ahí, su atribución a un tribunal específico.

El *Ancien Régime* era el sistema jurídico que no propiciaba la participación del juez en decisiones que tuvieran que ver con el entramado político, sino que, en todo esto, la preponderancia en ellas correspondía al Parlamento y al Ejecutivo, de tal forma que no había manera de poder enjuiciar jurídicamente las decisiones de estos organismos, lo que si propiciaba el sistema de la judicial *review*. Obviamente, la formulación de un sistema de control de constitucionalidad a cargo de un tribunal específico en Europa ideado por Hans Kelsen suponía un avance significativo en la justicia constitucional del viejo continente, según Fernández Segado (citado por Ordoñez) aún ello era un signo de aquella desconfianza hacia los mismos jueces:

Sin embargo, no puede olvidarse que en su origen, el modelo europeo kelseniano de control de constitucionalidad se construyó “animado no por una actitud de desconfianza frente al Parlamento, sino, muy al contrario, por un deseo de reforzarlo protegiéndolo frente a los jueces (Ordonez, 2004, pág. 45).

Entonces, lo que se pretende dejar claro es que, en los Estados Unidos de Norteamérica, a raíz de la declaración de independencia y la creación de una Constitución escrita, todos los poderes del Estado quedaron sometidos a ese pacto constitucional, teniendo los jueces ordinarios aquella tarea de velar su cumplimiento, mientras que en la Europa del siglo XIX, es el Parlamento el que se constituye en representación de la soberanía popular y por lo tanto en el eje y centro de la vida política, y aun cuando se contará en los países europeos con una Constitución, ella tenía tan solo un valor político, pero que no acarrearba consecuencias jurídicas, lo que reproducía la concepción del juez en un sistema anti judicialista:

Hemos visto el importante papel jugado por los jueces en el nacimiento de la Constitución en los países anglosajones. No puede decirse lo mismo de los países europeos continentales a casa de su tradicional no-judicialismo. En 1790 se



instituyen en Francia el *référé législatif* y la casación –está ya conocida en el Antiguo Régimen-; La constitución de ese año, además de recoger el instituto de la casación, advierte a los jueces que no se ocupen de cuestiones administrativas, que no citen a los funcionarios para que comparezcan ante ellos, que no se inmiscuyan en cuestiones del legislativo y que serán vigilados por unos comisarios del rey encargados de denunciarlos ante el Tribunal de Casación cuando se hayan excedido en sus poderes (Pereira Menaut, 2018, pág. 270).

Cuando se hace alusión a la división de poderes en el esquema constitucional actual, se vincula con la capacidad de generar en esa división más de funciones que del poder, de un sistema de frenos y contrapesos como mecanismos de control, para no incurrir en desviaciones y en abuso de poder.

La autoridad de por sí, representa ejercicio de poder, frente a los ciudadanos y ciudadanas que hacen uso de su derecho de libertad, que en ocasiones puede verse limitado por la ley. Entonces, la función jurisdiccional de un juez no puede traducirse en ejercicio de la política, sino la legitimidad del funcionario judicial para poder enjuiciar actos que vulneran la Constitución, pues si no fuera así, estaríamos propiciando la superioridad de un poder sobre otro, la observancia probable de la ley, pero no de los mandatos constitucionales, tal como ocurrió en el pasado:

La superioridad política del parlamento y la supremacía jurídica de la ley no fueron, sino a la postre, las dos caras de una misma moneda, el anverso y el reverso de un único principio constitucional que acabará dando lugar, primero en el derecho público francés y luego y durante largas décadas, en el derecho público europeo, a toda una serie de consecuencias en el ámbito de la teoría de la Constitución, una de las cuales debe destacarse por conformarse así como la síntesis de todas las demás: nos referimos a la negación del carácter normativo de la Constitución misma (Blanco, 1994, pág. 124).



El sistema jurídico de Europa del siglo XIX representaba en gran medida no el temor, sino el horror a la jurisprudencia creada por los jueces. Por ello es que, en concordancia con la idea de la supremacía del Parlamento, el juez era considerado una máquina de silogismos, quien debía estar sometido irremediablemente a la ley y aun para ser más explícito, al tenor literal de la ley, pues incluso, en caso de duda debían de acudir al creador de aquella ley, es decir, al mismo legislador para que actuara como intérprete auténtico –desconfianza al juez-.

Aquel sistema, como punta de lanza, se negaba a considerar el texto constitucional en su carácter normativo, mucho menos concederle participación al juez para interpretarlo, lo que se evidenció incluso con el pensamiento de un admirador del sistema norteamericano, tal es el caso de Tocqueville:

Sé que al negar a los jueces el derecho a declarar inconstitucionales las leyes, damos indirectamente al cuerpo legislativo el poder de cambiar la Constitución, pues no encuentra más barreras legales que lo detengan. Pero más vale conceder el poder de cambiar la Constitución del pueblo a unos hombres que representan imperfectamente las voluntades del pueblo, que a otros que no se presentan más que a sí mismos (Tocqueville, 1989 (1835), pág. 102).

Este sistema de desconfianza al sector judicial se marcó especialmente en el siglo XIX, situación que fue cambiando:

A principios del siglo XX la preeminencia del Parlamento, la consideración de la ley como expresión de la voluntad general y el entendimiento de la Constitución con un mero documento político se ven desbordados en Europa por la evolución de la democracia representativa y el advenimiento de las asambleas parlamentarias. Con el transcurrir del siglo XX el punto de equilibrio se va desplazando paulatinamente del Parlamento en beneficio sin duda, del Ejecutivo y, en menor medida, del poder judicial (Ordóñez, 2004, pág. 44).



Se entiende entonces que concebir la Constitución como un mero instrumento político es propiciar precisamente que no se cuestionen los actos que se hagan fundamentados en ella, pues al ser de “carácter político” y tomada la decisión por agentes de autoridad colocados en los espacios burocráticos donde se toman decisiones políticas, no tendría –bajo la visión de supremacía de la ley-, porque enjuiciarse jurídicamente el acto, el mandato, la ley creada, etc.

En Europa, el surgimiento de la justicia constitucional a raíz de la experiencia norteamericana, puso en evidencia la fragilidad la ley adoptada por el Parlamento, sustituyéndose la concepción del “juez como boca de la ley” por la ideas enunciadas por Kelsen, lo que no suponía desconfianza hacia el Parlamento, sino que, paradójicamente por un deseo de reforzarlo frente a aquellos jueces, de ahí que la idea de Kelsen giraba en torno a un Tribunal Constitucional concentrado que indudablemente abrió la posibilidad de sustituir el legicentrismo del siglo XIX por el valor jurídico que se le empezó a conferir a las constituciones, dejando de ser estas un mero documento político, limitando la Constitución al legislador y sometiendo también a los jueces a ella y la ley, pero dándole a estos últimos un mayor margen de actuación. (Ordóñez, 2004, pág. 45)

El cambio producido en Europa, sin duda se debió en parte a la influencia del Constitucionalismo implementado en los Estados Unidos de Norteamérica; el sistema de control constitucional difuso que otorgó la facultad al juez ordinario de velar por el cumplimiento de los principios y valores consagrados en la Constitución, hace surgir una justicia constitucional, que posteriormente se empezará a vislumbrar en Europa mediante un sistema de control concentrado de la Constitución, aunque muy en fondo seguía siendo una muestra de la desconfianza ante el juez ordinario:

El surgimiento de la justicia constitucional pondrá de manifiesto los débiles presupuestos de la infalibilidad de la ley adoptada por los Parlamentos. De este modo la ley en su concepción rousseauniana, será sustituida por la Grundnorm, enunciada por Kelsen, pero asentada, como demuestra la experiencia



norteamericana, en el pensamiento pactista de Locke. Sin embargo, no puede olvidarse que en su origen el modelo *europeo kelseniano* de control de constitucionalidad se construyó animado [no] por una actitud de desconfianza frente al Parlamento, sino, muy al contrario, por un deseo de reforzarlo protegiéndolo frente a los jueces (Ordóñez, 2004, pág. 45).

Es claro que los Estado Unidos desde su independencia, consagró un sistema de control de constitucionalidad de las leyes en el que, los mismos jueces ordinarios podían inaplicar la ley en un caso concreto por violar un derecho fundamental establecido en el texto constitucional y solo mucho tiempo después, en Europa se inserta una forma de velar por la observancia de la Constitución, donde tradicionalmente al juez se le había ubicado fuera de los circuitos de control. Una diferencia en el tipo de control europeo es que la competencia era otorgada a un juez constitucional, subsistiendo la desconfianza hacia el juez ordinario, pero que, en abono del poder judicial, se consideraba ya la existencia de un órgano en el ámbito jurisdiccional, con la atribución de impedir la violación de la Constitución:

La introducción de control de constitucionalidad de las leyes fue muy precoz en los Estados Unidos. Aunque sin atribuir explícitamente esa función al Tribunal Supremo, el sistema americano presenta de hecho desde su nacimiento, en 1787, las condiciones que anuncian este resultado: una constitución escrita, concebida como ley superior y dotada de un auténtico catálogo de derechos fundamentales, cuya tutela pone otros tantos límites al ejercicio del poder; un sistema federal que exige la división del poder más que su concentración y que confía al judicial la tarea de dirimir los conflictos entre autoridades centrales y locales [...] En cambio en Europa, el desarrollo de la justicia constitucional es más tardío [...] habrá que esperar hasta el siglo XX para asistir a la introducción de un control de constitucionalidad de las leyes, con la creación, en 1920, del Tribunal Constitucional austríaco (Guarnieri & Pederzoli, 1999, pág. 114).



La experiencia en Europa del Tribunal Constitucional austriaco ideado por Kelsen, produjo que en el siglo XX se empezara a replicar en otros países del continente europeo, especialmente después de la segunda guerra mundial:

Solo después de la II segunda guerra mundial es cuando la justicia constitucional comienza su expansión por el continente. Primero Alemania con el *Bundesverfassungsgericht*, establecido en 1951, seguida de Italia, cuyo Tribunal Constitucional se instaura en 1956. Dos años después, la transición a la V República desemboca también en Francia en la institución del *Conseil Constitutionnel* que, pese a sus muchas peculiaridades adquiere peso en el sistema político francés. Los países de la península ibérica se alinean en el marco europeo respectivamente en 1978, año del nacimiento del Tribunal Constitucional de España y, en 1983, con la puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional portugués (Guarnieri & Pederzoli, 1999, pág. 115).

Aunque en el continente europeo, el sistema de control de la Constitución fue otorgado a jueces que conforman un tribunal concentrado, ello no demerita el poder otorgado ya al poder judicial “la jurisdicción concentrada supone la constitución de un tribunal específicamente destinado al control de constitucionalidad de las leyes. Obviamente este cuerpo tiene funciones jurisdiccionales. (Gozaíni, 1994, pág. 20)

Este cambio producido en el continente europeo, en el que antes del siglo XX se privilegiaba “la observancia de la ley”, es sustituido entonces por el valor jurídico otorgado a la Constitución y siendo de esta forma, aun el juez ordinario dejaba de ser un funcionario atado a la ley, pues, aunque obviamente seguía teniendo conexión con ella, su vinculación era ahora con los valores emanados de la Constitución. Este cambio, que en apariencia pudiera calificarse de sencillo, le dio al juez mayor amplitud en su actuar:

Por tanto, si bien el juez queda sometido a la Constitución y a la ley, de algún modo la supremacía de aquella permite dar un mayor margen de actuación al juez. En



suma, el desplazamiento del centro del ordenamiento de la ley a la Constitución modifica sustancialmente el poder de los jueces (Ordonez, 2004, pág. 49).

El rol del juez que implicaba nuevos poderes, evidenciaba la aceptación que la ley por sí misma no puede regular todas las situaciones que se presenten en las relaciones de los seres humanos, surgiendo entonces la importancia de considerar dentro de las funciones del juez colmar todos vacíos legales con los valores propugnados constitucionalmente, lo que permite dimensionar y concebir el derecho de manera distinta, tal como ya lo hacía ver Peces Barba (citado por Ordoñez):

Se irá alcanzando, en la cultura política y jurídica, la convicción de que las leyes no abarcan la solución de todos los casos posibles ni son siempre claras, pese al esfuerzo de los nomófilos ni pueden superar completamente la vaguedad y la ambigüedad del lenguaje natural que utilizan. Así, los jueces irán adquiriendo un naciente protagonismo, puesto que la interpretación no será aplicación mecánica, sino muchas veces interpretación creadora, al completar las lagunas y la textura abierta del lenguaje, al decidir sobre el sentido de los términos legales, al esclarecimiento de las zonas lingüísticas de penumbra (Ordonez, 2004, pág. 49).

Actualmente, es innegable que la función del juez provoca tensión entre derecho y política, y el poder otorgado a los jueces trae consigo otros planteamientos como su legitimidad en las sociedades democráticas. Normalmente, cuando se menciona el término 'política' y se relaciona con el derecho, causa reacciones de la más diversa índole –especialmente entre Abogados-, en ocasiones se evita abordar el tema o no se profundiza en este, lo que en nada ayuda para comprender la relación entre ellos, pues innegablemente están presente en muchos de los conflictos que se deciden hoy en sede judicial, especialmente cuando se cuestionan o se plantean procesos relacionados con la inconstitucionalidad de leyes, actos y decisiones de agentes del Estado en el ejercicio de la autoridad.



Es inconcebible, hoy día, no considerar al juez un funcionario sujeto a la ley, pero especialmente a la Constitución y por lo tanto intérprete de esta, especialmente si se trata de un magistrado de Corte Constitucional. Se cuestiona, como se ha dicho, la legitimidad de ellos, por el tipo de conflictos que les toca conocer, siendo pertinente recordar que de acuerdo con la concepción pactiana de Locke, la legitimación de la autoridad se ve anclada en el propio pacto de la sociedad por la necesidad de tener una autoridad que, en el momento del conflicto, este legitimada a priori para resolver.

Así las cosas, la concepción del juez como máquina de silogismos ha desaparecido casi por completo, -los resabios subyacen en la práctica-, pues el juez o magistrado es una persona común, funcionario a quien se le puede criticar como a cualquier otra autoridad, siendo fundamental en un Estado democrático de derecho ponerle especial atención al sistema de su selección, visualizado desde la antigüedad:

Por todos es conocido que cualquier Estado que se haya dado la mejor forma de gobierno y promulgado las leyes más justas, si después confía su cumplimiento a magistrados ineptos, no solo no obtendrá ningún beneficio de la bondad de su legislación, exponiéndose a servir de burla a todos, sino que, además, como fruto de esta mala elección, cosechará una serie infinita de perjuicios y desdichas (Platón, 1962, pág. 173).

En las sociedades democráticas actuales, el poder judicial está íntimamente vinculado a los principios y valores consagrados en la Constitución, lo que se traduce en que su función debe ser garantizar los derechos reconocidos y a respetar también los procedimientos establecidos en ella. El rol del magistrado constitucional en un sistema democrático, debe ser divisado como un mecanismo de control del poder, así lo hace ver María Balaguer (citada por Ordoñez):

La legitimidad del poder judicial en un sistema democrático debe contemplarse desde la perspectiva del control del poder. En una democracia compleja que respete el pluralismo, debe haber no solo instituciones representativas, donde se

impone la mayoría, sino también instituciones de control. De este modo, el poder judicial es una institución que contribuye a garantizar (como el Tribunal Constitucional en su ámbito) el pluralismo. De ahí deriva su legitimidad democrática, de su sometimiento al ordenamiento jurídico. Pero esta legitimidad democrática no es ya solo la del sometimiento a la ley, sino también la del sometimiento a la Constitución (Ordóñez, 2004, pág. 61).

El juez como mecanismo de control del ejercicio del poder, -que puede ser arbitrario y desbordado- ayuda a fortalecer la independencia de los poderes de un Estado democrático, manteniendo el equilibrio como árbitro del entramado institucional-Constitucional, siendo vigilante y guardián de la Constitución.





CAPÍTULO II

La política

En el capítulo anterior, se hizo una aproximación al concepto de justicia y se trató lo relativo al papel de la justicia en una sociedad democrática contextualizándolo con la evolución histórica del poder de los jueces tanto en los Estados Unidos de Norteamérica como en Europa. En este abordaje se dijo que la justicia constituye un servicio público y una obligación del Estado su proveimiento, debiendo delegarse aquella labor de resolver conflictos a jueces probos y capaces.

Un Estado democrático de derecho requiere necesariamente de dos extremos, no necesariamente opuestos, las autoridades y los ciudadanos, o, dicho en otras palabras, los gobernantes y los gobernados. El marco de referencia para sus actuaciones es la Constitución Política, la que debe establecer mecanismos de control del ejercicio del poder de los gobernantes para garantía de los gobernados. Normalmente, el ejercicio del poder estatal se ve reflejado en aquellas autoridades que lo ostentan con mayor discrecionalidad y amplitud, es decir, las autoridades electas y los agentes estatales colocados en los Organismos, especialmente legislativo y ejecutivo. Por ello, establecido lo primero que se puede resumir en la justicia en un Estado de derecho, necesario es conocer el significado del término política y su contenido, para tener entonces todo el contexto de las fuerzas que intervienen en el Estado.

El presente Capítulo tiene como objetivo fundamental comprender el significado de la política, quién o quiénes pueden ser las personas que en el desempeño de sus roles y funciones en el conglomerado social pueden desplegar actividades a las que podemos identificar como políticas, los actos, las personas o funcionarios que ejercen poder dentro de la estructura del Estado a los que se pueden catalogar como políticos, su finalidad, la forma de controlarlos y especialmente establecer si la función jurisdiccional delegada a los jueces en un Estado de derecho, constituye una forma de control de los actos políticos. La política como práctica, normalmente se asocia como la

lucha por el poder que se puede ejercer como funcionario del Estado.



2.1. ¿Qué es la política?

Al término política se le endosa como significado a la lucha por el poder y de ahí su vinculación con las actividades que desarrollan los partidos políticos especialmente en periodos de campaña electoral. También se atribuye el carácter de político, a las decisiones de las autoridades del gobierno en turno. A lo anterior cabe agregar que actualmente, todo lo que podemos asociar con política o político, no goza de mucho prestigio y por eso mismo, muchas personas evitan enrolarse en las actividades que califican como “políticas”. Se hace necesario entonces indagar sobre su significado y para tal efecto, se menciona que:

En cualquier acepción que el vocablo política se utilice y se persiga uno u otro objetivo, aparece en forma potencial o efectiva una manera de proceder, una práctica, una serie de hechos al servicio de una idea; porque se habla de *política* desde la gestión total de los asuntos públicos a la conducta individual para el logro de un fin privado (Cabanellas, 2006, pág. 337).

Como se advierte, una acepción general de política incluye en su contenido tanto las actividades individuales de las personas para el logro de un determinado fin, pero lo más importante, la política especialmente se vincula con la actividad del Estado por medio de sus agentes en la gestión de aquellos servicios públicos. Empero, esta concepción general es insuficiente para poder comprender en forma precisa su significado y su contenido.

La política es un término asociado a los antiguos griegos, por ello:

En significado *autonómico* ajustado a su etimología griega, de *polis*, ciudad, que en su acepción amplia y por singularidades de la vida pública de la antigua



Grecia, equivalía a Estado, *política* es el arte de gobernar, o la intención de hacerlo, dictando leyes y ordenes con autoridad general, cumpliéndolas y haciéndolas cumplir, para remediar las necesidades de los ciudadanos y habitantes de un país y promover el bien público (Cabanellas, 2006, pág. 317).

El sentido etimológico descrito, refiere a la política como el arte de dirigir los asuntos de gobierno, con objetivos bien definidos: aliviar las necesidades de los ciudadanos promoviendo también el bien público, siendo lógicamente los asuntos de un gobierno – temporal- los asuntos de un Estado. Claro está que, la Ciudad- Estado concebida por Platón en la antigua Grecia, en poco o nada se ha de parecer a las realidades, necesidades e instituciones de la sociedad política moderna, pero los ideales políticos vislumbrados en aquella época, siguen siendo idénticos, aunque con un significado distinto:

La mayor parte de los ideales políticos modernos –como, por ejemplo, la justicia, la libertad, el régimen constitucional y el respeto al derecho- o, al menos sus definiciones comenzaron con la reflexión de los pensadores griegos sobre las instituciones de la ciudad-estado. Pero en la larga historia del pensamiento político, el significado de tales términos se ha modificado de modos muy diversos y hay que entenderlo siempre a la luz de las instituciones que habían de realizar esos ideales y de la sociedad en la que operaban esas instituciones (Sabine, 2002, pág. 31).

Sin duda, la política en la práctica es una actividad que se despliega en el ejercicio del poder del Estado, sin perjuicio de la gran variedad que permite su acepción, pues se puede afirmar que dentro de la organización e instituciones del Estado pueden coexistir una política fiscal, económica, tributaria, agrícola, educativa:

Pero hay, a más de esa política total, tantas políticas como manifestaciones de la vida estatal se producen. Se mencionan así, entre muchas más, varias de las cuales



se abordan en voces inmediatas, la política laboral, la Política Social, la política económica (Cabanellas, 2006, pág. 337).

Debiendo ser su objetivo la satisfacción de necesidades de sus ciudadanos y el bienestar común.

La política entonces, podemos comprenderla en su acepción como arte y como ciencia, tal como la entienden Escriche y Brugi (citados por Cabanellas):

Aún predominando el criterio de que la política es un modo de proceder, la actuación de un propósito en el ejercicio del gobierno y para regular la vida pública, no solo se enfoca como arte, sino como ciencia. Así dentro del primer criterio, para Escriche es "el arte de gobernar, dar leyes y reglamentos para mantener la tranquilidad y seguridad públicas y conservar el orden y buenas costumbres". Desde la otra posición, para Brugi es "una *ciencia* que determina las funciones del Estado dentro de la sociedad de que es representante y en la sociedad universal de los Estados a que pertenece; así como los medios para la recta consecución de las funciones mismas" Considerada como arte, la política consiste en desarrollar adecuadamente los fines del Estado, investigando sus procedimientos y medios. Eso ha conducido a caracterizar la política, en resultante sintética, cual ciencia del Estado.

Aun con lo dicho, es necesario establecer una diferencia marcada entre la política como arte y la política como ciencia, lo que se explica a continuación de una forma claramente entendible:

Es preciso distinguir entre política y ciencia política. Tenemos que considerar a la política –dice Crossman- solo como un aspecto de la vida en una época determinada y la teoría política como un aspecto del pensamiento en esa época. Estudiar la historia de las ideas políticas –añade- es estudiar nuestras propias ideas. En sentido restringido, podemos afirmar que la misión de la política es la de



investigar las formas de convivencia humana, aplicables dentro de un marco determinado que se denomina Estado, al tiempo que la ciencia política es el conocimiento logrado, mediante el examen y la investigación de las instituciones que son producto y sostén de la estructura estatal, de cómo es posible influir en la vida política. Puede igualmente considerarse a la política desde dos puntos de vista: como ciencia y como arte. Así lo hacen las definiciones que dan de este vocablo, respectivamente dos diccionarios de la lengua francesa, el *Littré*, en edición de hace un siglo y el *Robert* en edición reciente, transcritas por Duverger en su Introducción a la política; el primero define la política como la “ciencia del gobierno de los Estados, en tanto que el segundo como “arte y práctica de gobierno de las sociedades”. Sintetizando, podríamos decir que la política, como ciencia es la teoría y como arte es su aplicación práctica, es decir del ejercicio de la actividad política que, por lo demás, no necesariamente es aplicación de la teoría (Naranjo, 2006, pág. 73).

Por ende, podemos concluir entonces que los actos de los funcionarios o empleados públicos del gobierno dirigido a atender necesidades ciudadanas son actos políticos y aquel estudio sobre las funciones del Estado se realiza dentro del contenido de la ciencia política. Las decisiones que se toman dentro del entramado organizativo del Estado constituyen actos políticos cuando estos van dirigidos a cumplir con los fines del Estado, que son en grandes rubros la paz, la tranquilidad, social, la seguridad, el desarrollo integral de la persona, la integración comunitaria dentro de muchos otros.

Ahora bien, concebida la política como una práctica que se materializa en las actuaciones de los agentes del Estado, se vincula necesariamente con el ejercicio del poder y dentro del ámbito del derecho, pues no se podría concebir un Estado – democrático- del que no emane poder, pero, además, que no se respalde en el derecho, siendo importante analizar la vinculación de la política con el ejercicio del poder y el derecho.



2.2. Poder, derecho y política

Para comenzar es necesario advertir que sobre estos términos se ha dicho tanto, existiendo variadas y encontradas acepciones sobre su significado. Sin embargo, en la presente investigación el objetivo es hacer aproximaciones sobre su significado –del que ya se ha hecho sobre la política-, pero especialmente vincularlos, porque es difícil tanto en la teoría como en la práctica encontrar una zona de deslinde clara en estos, pues pareciera ser que donde hay poder hay política, donde hay política hay poder y tanto el poder como la política necesitan el equilibrio del derecho.

Así, en cuanto al poder, Carré de Malberg (2001) apuntó que “Una sociedad cualquiera no podría subsistir sin un poder social destinado a asegurar su funcionamiento” (De Malberg, 2001, pág. 80). Sobre el poder, Sánchez Bringas (2002) al referirse a esta locución, manifiesta lo siguiente:

La locución ‘poder’ tiene como origen la palabra latina *potere*, que en latín clásico corresponde al verbo *posse*. Este, a su vez, deriva de la combinación de los términos *potis* y *esse* que significan “ser capaz”, por eso el verbo “poder” dispone del mismo significado. El uso de esta palabra como sustantivo ya no se refiere a la capacidad de hacer algo en que se traduce el sentido verbal, en tanto que denota un fenómeno derivado de la interacción social consistente en que una voluntad logra que otra se conduzca conforme a su deseo (Sánchez, 2002, pág. 10).

Sobre el término, Torcuato Fernández Molina (citado por Sánchez Bringas) expresa que “la palabra ‘poder’ significa dominio, imperio, señorío, capacidad de mandar o ejecutar algo. El poder implica relación, es capacidad de decisión sobre otro” (Sánchez, 2002, pág. 10). De acuerdo con lo anterior, el poder denota dominación y control de una persona sobre otra o sobre otras, pues es capaz de imponer su voluntad y su decisión sobre ellas.



Bodenheimer al referirse al poder, coloca dos ejemplos para ilustrar tanto una relación basada en el poder y una relación basada en el derecho. Así, sobre una relación de poder hace alusión a la novela de Daniel Defoe, *Vida y Aventuras de Robinson Crusoe*, en la que, el protagonista producto de un naufragio se ve obligado a vivir en una isla, en la que después de veinticinco años de vida solitaria, es visitada por una horda de caníbales llevando consigo dos prisioneros con el objetivo de guisarlos y devorarlos. En ese escenario, un prisionero se escapa y es perseguido por dos caníbales, Robinson derriba a uno de ellos y mata a otro salvando la vida del fugitivo, quien lleno de gratitud se arrodilla ante quien lo salvó jurándole ser su esclavo perpetuo, sin pedir compensación alguna. (Bodenheimer, 2000, págs. 15-16)

El segundo ejemplo es el mismo Robinson, quien salva a un capitán de una tripulación amotinada en su contra, quienes lo arrojan a la isla de Robinson. Robinson lo salva con dos condiciones: que el capitán se someta a su autoridad en la isla y que después que el capitán recupere el barco, lo lleve a Inglaterra sin cobrarle. En el primer ejemplo Bodenheimer explica que se trata de una relación de poder, Robinson domina y sujeta a quien salvó sin ninguna condición, puede hacer con él lo que le plazca. Por el contrario, con el capitán se plasma un contrato de igualdad pues cada uno tiene algo que ofrecer al otro produciéndose un acuerdo contractual, siendo está una relación de derecho. (Bodenheimer, 2000, págs. 15-16)

Aun con las objeciones que se pudieran hacer contra el ejemplo, es útil para diferenciar el poder y el derecho, aspectos que en determinadas ocasiones y circunstancias pueden coincidir, es decir, se pueden relacionar.

Cabe agregar que, en las relaciones individuales, pueden darse tantos tipos de poder como actividades pueda ser capaz de realizar el ser humano, de tal forma que se puede presentar el *poder familiar* en la interacción generada por el miembro de una familia sobre otro, el *poder afectivo* manifestado cuando una persona acciona a través de los nexos emocionales mantenidos con otra, el *poder intelectual* provocado por la mayor inteligencia o conocimientos de un individuo sobre otro o bien el *poder*



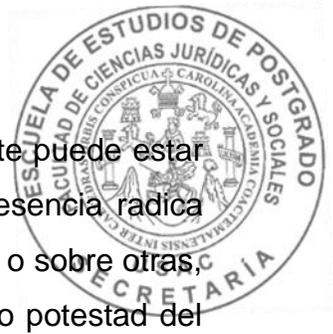
ideológico ejercido por medio de las fuerzas de las ideas utilizadas por una persona para dominar a otras y obtener de ellas una reacción preconcebida. (Sánchez, 2002, pág. 11)

Así, se puede afirmar que el poder se encuentra presente en la mayoría de relaciones humanas, pues en el espacio, sitio, lugar, relación y escenarios donde una persona sea capaz de imponer su voluntad sobre otra, habrá una relación de poder, de tal forma que:

En sentido sociológico, el poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos. Puede ejercerse el poder por medios físicos, psicológicos o intelectuales, Un hombre puede lograr el poder por el hecho de ser físicamente más fuerte que alguno de sus congéneres; puede igualmente llegar a ser poderoso por ser capaz de ejercer una influencia psicológica o incluso hipnótica irresistible sobre otros hombres o sobre las multitudes. En circunstancias favorables sus grandes dotes intelectuales pueden también procurar a un hombre una posición de poder dentro de una comunidad o de una nación (Bodenheimer, 2000, pág. 17).

Es útil advertir que, también el poder se ha identificado con el Estado, pues mucho se menciona que no podría existir un Estado sin poder, así, por ejemplo, Carré De Malberg al referirse a la potestad como uno de los elementos del Estado, aduce que:

La existencia de un poder superior de la corporación sobre sus miembros no es privativa del Estado: hasta sociedades privadas pueden tener un poder disciplinario sobre sus afiliados. Pero la potestad que pertenece al Estado le es propia en este segundo sentido de ser de una esencia aparte y presenta caracteres que la diferencian radicalmente de otra potestad del derecho público privado. Por lo que se la podría caracterizar ya suficientemente designándola con el nombre de potestad de Estado, es decir, una potestad que no se concibe más que en el Estado y que constituye su signo distintivo (De Malberg, 2001, pág. 81).



Se puede inferir de lo dicho, en relación con el término poder, que este puede estar presente en cualquier relación de derecho público o privado, pero su esencia radica precisamente en la capacidad de una persona para imponerse sobre otra o sobre otras, pudiendo ser incluso personas jurídicas o colectivas. Sin embargo, como potestad del Estado mismo, constituye sin duda un poder que se ejerce por medio de sus agentes –representantes-. No en vano, en la concepción clásica de Estado se distingue la convivencia de tres poderes identificados normalmente como poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial, aunque tal división se hizo en su tiempo por razones prácticas –pues el poder del Estado es indivisible- este poder proveniente de cualquier organismo del Estado, es precisamente poder estatal.

Adicionalmente, se hace necesario ver qué conexión puede tener la política con el poder. Sobre tal aspecto, también se identifica un poder político:

El poder político: esta es la especie más evidente del poder, porque es costumbre considerar la política como la única forma de dominio, lo que, según hemos comprobado no es exacto. Normalmente el poder se asocia con autoridad y gobierno. El diccionario de la lengua española marca esta tendencia al destacar las cuatro acepciones más importantes de la locución poder: 1a. dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar o ejecutar una cosa; 2a. fuerza de un estado, (sic) en especial los militares; 3a. fuerza, vigor, capacidad, posibilidad poderío; 4a. suprema potestad rectora y coactiva del Estado. Observemos que, de las cuatro acepciones, tres se refieren al poder del Estado o al imperio o jurisdicción de este (Sánchez, 2002, pág. 12).

Entonces, aunque el poder puede estar presente en relaciones de carácter privado, donde vamos a encontrar el poder en su expresión más pura y depurada es en el Estado mismo, porque lógicamente, donde existe un Estado hay ejercicio del poder y ejercicio de la política, ya que el ejercicio del poder estatal es normalmente actividad política. Lo anterior es importante, porque los agentes del Estado se pueden identificar



en las personas que desempeñan cargos públicos, en quienes las funciones y competencias asignadas al puesto en específico, le otorgan un espacio de poder.

El Estado necesita del poder para poder cumplir con sus funciones de carácter político, pues de no ser así, difícilmente los ciudadanos se verían obligados a cumplir con sus obligaciones. Aunque, el poder tiende a desbordarse y, en ese caso:

el freno al poder se lleva a cabo por medio del derecho (así el *rule of law* se opone al *rule by "fiat"*)², pero también por medio de la política (separación de poderes, remoción de gobernantes). La Constitución es control, pero no solo judicial, sino también político (por el parlamento, por el electorado) y hay ocasiones en que ni siquiera procede el control judicial (Pereira Menaut, 2018, pág. 9).

En efecto, el ejercicio del poder en el marco de la actividad estatal, puede ejercerse en forma desbordada, descontrolada y desviada, de esa cuenta, Bodenheimer (2000) sostiene que:

En nuestros días está ampliamente demostrado el papel del poder en la vida social y política de las naciones. Como parece probar muy claramente la historia de las dictaduras modernas, el poder político ilimitado es una de las fuerzas más dinámicas y agresivas del universo. “Es una experiencia eterna –dijo Montesquieu- que todo hombre que tiene autoridad es capaz de abusar de ella; ira cada vez más allá hasta que encuentre una barrera”. Los hombres de Estados contemporáneos que han acariciado la ilusión de que los fuertes impulsos de poder político podrían ser enfrenados mediante concesiones y gestos de “apaciguamiento” podían haber comprendido mucho de Montesquieu. Como el gas o la energía eléctrica, el poder tiende a extenderse o avanzar hasta donde pueda llegar –hasta que se construya a su alrededor una valla o recipiente que aquel no pueda trascender ni horadar (pág. 20).

² Rule of Law: Imperio del Derecho; Rule of Fiat: Gobernar de manera dictatorial



Lo anterior es tan cierto, pues está respaldado por diversos acontecimientos en el devenir histórico de las naciones, por ende, el poder ejercitado por las personas que ejercen aquella autoridad estatal, es susceptible fácilmente de ensancharse hasta sobrepasar linderos propios de su competencia. El poder en un Estado es desplegado desde el funcionario de más alta jerarquía, hasta el empleado de más baja categoría. Es evidente el poder que el cargo le concede a un presidente de un Estado, a los ministros de Estado, los viceministros, los directores de las dependencias ejecutivas, solo por citar unos ejemplos.

El poder se ejerce también por los diputados y/o senadores, de acuerdo con los sistemas políticos que solo establecen diputaciones o sistemas políticos que establecen una cámara baja integrado por diputados y una cámara alta integrada por senadores. Todo ejercicio de ese poder político en un Estado democrático de derecho necesita de controles que funcionen dentro del sistema como frenos y contrapesos. El poder ilimitado corrompe, se ensancha y se engrandece, en desmedro de los derechos de las personas. Lógicamente, un juez o magistrado ejerce autoridad y poder, tal como se ha visto y analizado en el poder que emana de las funciones jurisdiccionales, y por ello, también deben existir mecanismos de control para esta clase de funcionarios.

Es difícil entonces disociar política de poder, pues en el poder del Estado siempre o casi siempre se manifestarán conjuntamente. Ya se mencionaron anteriormente cuatro acepciones del poder (dominio, imperio, facultad y jurisdicción; fuerza de un estado, en especial los militares; fuerza, vigor, capacidad, posibilidad poderío; suprema potestad rectora y coactiva del Estado) y de estas cuatro, tres se refieren al poder del Estado. En el Estado, el poder político puede manifestarse en varias formas:

Entendemos pues que el poder político se produce en tres hipótesis: i) Cuando los órganos del Estado o las autoridades se relacionan entre sí en cumplimiento de sus atribuciones; por ejemplo, cuando el presidente (sic) de la República, con fundamento en el artículo 71.1 constitucional inicia a través de un proyecto de ley, el procedimiento congresional establecido en el artículo 72. ii) Aquellos casos en



que la interacción social relaciona a gobernantes y gobernados, o sea, cuando establecen contacto, uno de sus órganos o cualquier autoridad y por la otra, el gobernado, sea un individuo o un grupo o clase social; por ejemplo, cuando, el gobernado se manifiesta en la plaza pública reclamando de la autoridad la violación de algún derecho. iii) Cuando los gobernados –individuos o grupos sociales- interaccionan entre sí en función de un objetivo relacionado con el poder del Estado; por ejemplo, la lucha electoral entre los diversos partidos políticos que pretenden alcanzar la victoria y lograr que sus candidatos ocupen los cargos de elección ciudadana (Sánchez, 2002, pág. 12).

Conforme a lo anterior, aunque el poder se concentra en el Estado por medio de la actividad realizada por sus agentes, no es el único poder, pues dentro del mismo Estado existen grupos de presión, grupos de poder y organizaciones de carácter político que pueden cuestionar las acciones del gobierno, tanto, porque no están conformes o por la violación de algún derecho, como también por la lucha en querer alcanzar el poder que emana del Estado, así, Georges Bourdeau (citado por Sánchez Bringas) expresa que:

Si el Estado es poder, no es el único poder que existe en la colectividad. Hay en ella una pluralidad de representaciones del orden deseable y, por consiguiente, una multiplicidad de poderes. Su rivalidad constituye el motor de la vida política, cuyo objetivo es la conquista del poder estatal, que sancionara la pretensión del poder victorioso de hacerse reconocer como el único autorizado para imputar sus actos de voluntad al Estado (Sánchez, 2002, pág. 13).

Significa entonces que, aunque el poder político encuentra su máxima expresión en las actividades estatales, en la coordinación de los funcionarios del gobierno que dirigen las instituciones, la actividad política es una fuerza latente que se manifiesta por diversas colectividades que conviven dentro del Estado, lo que alcanza su máxima expresión en la lucha política que se marca en cada contienda electoral, en donde las agrupaciones políticas autorizadas por el mismo Estado compiten entre sí para



alcanzar el poder mediante un proceso eleccionario en el que, los ciudadanos y ciudadanas deciden que candidatos consideren como adecuados y convenientes para hacer gobierno temporal.

En este análisis sobre la política y el poder, es prudente cuestionarse sobre el rol o papel del derecho. No es el objetivo de la investigación profundizar sobre todos los debates que se han dado y se siguen dando en torno a la concepción del derecho, pero si imprescindible realizar una aproximación sobre su significado para sumarlo al contexto ya planteado. ¿Qué es el derecho?, constituye una pregunta básica y una respuesta obligada, comprendiendo que sobre tal punto ha sido difícil lograr un acuerdo:

El profesor Levy-Ullman en una obra titulada *La definición del derecho*, hace la crítica de todas las definiciones y afirma que el derecho tiene acepciones muy diversas y aspectos múltiples, pudiendo comprender los hechos divinos y los humanos, el fuero interno y el externo. El derecho –dice este autor- pertenece quizá, a ese orden de cosas que se comprenden mejor cuando no se definen. No hay ni aun entre los menos letrados, quien no se dé perfecta cuenta de que el derecho ni nadie en cuyo espíritu deje de despertar esa palabra la idea de lo que se puede y lo que se debe, no precisamente, según las reglas del fuero interno y de la conciencia, sino, sobre todo, conforme a las reglas de acción establecidas por una autoridad a la cual hay que obedecer. El derecho –concluye- es el conjunto de esas reglas de acción y cada una de ellas es una ley (Naranjo, 2006, pág. 3).

Son variadas e innumerables las definiciones que se han dado sobre el derecho, siendo importante hacer referencia inicialmente a su origen etimológico:

Derecho. Del latín *directus*, directo, de *dirigere*, enderezar o alinear. Desde este prefacio etimológico, en que la voz española y las más o menos emparentadas de las otras lenguas vivas de mayor difusión, como el francés (*droit*), el italiano



(*diritto*), el inglés (*right*), el catalán (*dret*), el alemán (*recht*), el portugués (*direito*), se aparta por completo de la equivalente latina, que es *jus* (v.), el *derecho* expresa *rectitud*, el proceder honrado, el anhelo de justicia y la regulación equitativa en las relaciones humanas (Cabanellas, 2006, pág. 108).

El mismo Cabanellas realiza una extensa explicación y abarca una gran variedad de definiciones de este término, tanto en el sentido que tiene como adjetivo, como adverbio y como sustantivo masculino. Sin embargo, se considera pertinente para el presente caso, hacer síntesis de varias definiciones técnicas contenidas en su obra. Así, para Celso, cuya definición aparece como póstico del *Digesto*, en el libro I dice “*Jus est ars boni et aequi*” (El *derecho* es el arte de lo bueno y de lo justo). El concepto unifica los valores morales y sociales que lo jurídico implica para el hombre cabal, para el jurista que redacta las leyes y para el juez que las interpreta y aplica. En otra caracterización romana de sentido pragmático se afirma: “*Jus, quod jussum est*” (El *derecho*, eso que ha sido ordenado). Ihering define el *derecho* como conjunto de normas, según las cuales se ejerce en un Estado la coacción; *Le Fur* lo entiende como una regla de la vida social impuesta por la autoridad competente, con miras a la utilidad general o al bien común del grupo. (Cabanellas, 2006, pág. 109).

Para Castán, el *derecho* es un sistema de normas fundadas en principios éticos y susceptibles de sanción coercitiva, que regulan la organización de la sociedad y las relaciones de los individuos y agrupaciones que viven dentro de ella, para asegurar el conseguimiento armónico de los fines individuales y colectivos. Finalmente, Aramburo concibe el *derecho* como esquema orgánico, conformado por leyes morales (género próximo) que rigen el cumplimiento de la justicia (última diferencia) estableciendo las facultades de exigencia (*derechos subjetivos*) y los deberes de prestación (deberes jurídicos respectivos) y garantizando su efectividad externa por medio de la coacción. (Cabanellas, 2006, pág. 109)

En otras definiciones sobre el *derecho* como ciencia, Naranjo Mesa cita a varios autores, así, por ejemplo, para Baudry Lacantinérie, el *derecho* es “el conjunto de



normas que rigen la conducta del hombre en relación con sus semejantes, por cuyo medio es posible, al mismo tiempo que justo y útil, asegurar su cumplimiento por medio de la coacción exterior”. En el caso de Planiol, el derecho es el conjunto de reglas a las cuales, bajo la sanción del poder social, está sometido el uso que el hombre hace de su libertad en sus relaciones con sus semejantes. Léon Duguit concibe el derecho como la regla de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad, regla cuyo respeto se considera, en un momento dado, por una sociedad, como la garantía del interés común, y cuya violación ocasiona una reacción colectiva contra el autor de dicha violación. (Naranjo, 2006, pág. 5)

Una definición bastante amplia del derecho la proporciona Norberto Bobbio (Citado por Naranjo), quien lo define de la siguiente forma:

Conjunto de normas de conducta y de organización que constituyen una unidad, que tienen por contenido la reglamentación de relaciones fundamentales para la convivencia y supervivencia del grupo social, como las relaciones familiares, las relaciones económicas, las relaciones superiores de poder (o relaciones políticas), así como la reglamentación de los modos y de las formas con que el grupo social reacciona a la violación de las normas de primer grado o institucionalización de la sanción y que tienen como fin mínimo el impedimento de las sanciones consideradas más destructivas del conjunto social, la solución de los conflictos que amenazan, si no son resueltos, con hacer imposible la propia subsistencia del grupo, la consecución y el mantenimiento en suma del orden social o de la paz (Naranjo, 2006, pág. 5).

Tratando de identificar los rasgos comunes de la mayoría de las definiciones, se encuentran regularmente los términos reglas y/o leyes que tienen como objeto el bienestar general, las que, en caso de ser incumplidas, el Estado puede hacerlas cumplir en forma coercitiva. Naranjo Mesa al identificar los rasgos comunes que pueden tener las definiciones de derecho, argumenta:



Tenemos así que los conceptos transcritos concuerdan en señalar al derecho, como ciencia, un significado preciso: el de norma, precepto o regla de conducta. Ese es su común denominador; en ello concluyen, en última instancia, las diversas definiciones dadas por los más renombrados tratadistas (Naranjo, 2006, pág. 6).

En efecto, es cierto que el derecho fácilmente se identifica como norma, como ley, como regla de conducta, como un precepto normativo. Pero más allá de las variadas definiciones que contienen como rasgos comunes las ya mencionadas, es incuestionable que el derecho tiene como objetivo regular las relaciones entre las personas, pues si no existiera la norma o el precepto, no sabrían específicamente a qué atenerse en caso de una controversia o de un conflicto.

Es decir, el derecho tiene un carácter regulador en la interacción social y para que su observancia se cumpla es fundamental que emane del poder concedido al Estado. Se presenta así, una especie de simbiosis entre poder y derecho, lo que se podría explicar fácilmente en la expresión que, a mayor poder, menos presencia del derecho, a mayor presencia del derecho menos intensidad del poder. Al explorar esta simbiosis, por ejemplo, Bodenheimer al referirse al derecho, expone lo siguiente:

Por su propia naturaleza el derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrena el poder del gobierno. La limitación legal del poder de los particulares o grupos privados se denomina derecho privado. La limitación legal del poder de las autoridades se denomina derecho público. La función general de ambas ramas del derecho es esencialmente esta; consiste en la creación de restricciones al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder (Bodenheimer, 2000, pág. 28).

En la consideración de Bodenheimer, se puede vislumbrar que el derecho es un instrumento de equilibrio en la interacción social de los ciudadanos y ciudadanas de un



Estado, tanto en sus relaciones particulares como en las relaciones que se presenten con el mismo Estado. Mucho poder en las personas sin ningún tipo de control puede conducir a un sistema anárquico en el que ellas hagan lo que deseen sin restricción alguna, por lo que el peligro de la anarquía consiste en la posibilidad de un abuso arbitrario del poder por parte de todos y cada uno de los individuos, mientras que el peligro del despotismo radica en la posibilidad del uso arbitrario de ese poder por parte de una persona. (Bodenheimer, 2000, pág. 34). El ser humano en sociedad interactúa con sus semejantes produciéndose obviamente una serie de relaciones. Todas estas interacciones en el seno de un Estado, requieren de “reglas objetivas que determinen las maneras, las formas, los alcances y los límites de las interacciones. Sin esas reglas la sociedad no existiría o lo haría sumida en la violencia y en la anarquía” (Sánchez, 2002, pág. 21). Por su parte, Sáchica al referirse al Estado y al derecho argumenta que:

Es el derecho el que legitima la fuerza del Estado; es el que define sus poderes, sus procedimientos, sus fines. El derecho es la forma inseparable del Estado, el Estado es vida colectiva en forma y el derecho, la constitución del Estado, es la forma de vida que se convive dentro del Estado. En el Estado se anudan poder y derecho, los cuales se influyen recíprocamente. El poder genera derechos; el derecho da poder. Iguales son la fuerza normativa de los hechos, como la fuerza fáctica de lo normativo (Sáchica, 2006, pág. 85).

Es por demás interesante las interacciones que se pueden presentar en los tres términos ya explicados anteriormente –política, poder y derecho- a los que incluso se podría añadir el termino Estado. Sin embargo, es conveniente para los efectos de la presente investigación, hacer una breve relación al planteamiento teórico que se presenta en la interacción entre el poder y el derecho, en la que difícilmente se puede descartar la política. Así, al intentar establecer una diferencia entre el poder y el derecho, Bodenheimer afirma que:



El poder representa en el mundo de la vida social, el elemento de lucha, guerra y sujeción. Por el contrario, el derecho representa el elemento de compromiso, paz y acuerdo. En un sistema social en el que el poder tenga una influencia ilimitada, la tendencia será hacia la opresión o eliminación de los más débiles por los más fuertes. En un sistema social donde impere el derecho se intentará reajustar las relaciones humanas por medios pacíficos y evitar la lucha constante e innecesaria (Bodenheimer, 2000, pág. 30).

Lo anterior establece con mayor precisión las diferencias entre poder y derecho, algo que constantemente se refleja en la práctica, pues, así como lo concibe el autor citado, el poder es una constante dinámica presente que impulsa los cambios y que constantemente cuestiona el derecho, así, el uso del poder puede transformar el derecho y la forma de defender este último es entendiendo que aunque se plasme como algo mucho más estático y conservador, en ocasiones necesita adaptarse a los reclamos del poder.

Por qué es relevante plantear esto, pues como lo concibe Bodenheimer, pueden darse sistemas donde el derecho se exprese con pureza, que, según su planteamiento es lograr la mayor igualdad entre seres humanos, mientras que lo contrario siempre se decantaría en el sometimiento de unos sobre otros ya sea por las condiciones que proporciona el sistema o por el resultado de las oportunidades, interacciones que originan nuevas relaciones de poder. Esto es importante traerlo a colación, porque hoy no se puede concebir un Estado de derecho donde finalmente no exista un sistema de frenos y contrapesos que sirva para limitar el poder, pues “El derecho exige el reconocimiento de una esfera bien definida de poder, dentro de la cual el individuo esté libre de las invasiones arbitrarias del gobierno” (Bodenheimer, 2000, pág. 37).

Actualmente, no podríamos concebir un Estado constitucional de derecho en el que no se establezcan los derechos de las personas, pero también los límites de esos derechos, de tal forma que se tiene que considerar de una parte, el límite al ejercicio del poder (de las autoridades) y el límite al ejercicio de la libertad (ejercida por las



personas). Los espacios de poder del gobierno y de los ciudadanos deben estar claramente delimitados, por ello, ya en el epílogo de este punto, se cita nuevamente a Bodenheimer (2000) al referirse a etapas avanzadas del derecho:

Es necesario también que el poder del gobierno esté limitado por algún sistema de frenos y contrapesos. La mejor garantía del imperio del derecho es la existencia de una constitución (sic) –escrita o no- que defina y limite los poderes del gobierno y otorgue a los ciudadanos ciertos derechos fundamentales que no pueden serle fácilmente disminuidos o arrebatados. Incluso bajo tal sistema no están totalmente eliminados los peligros de un ejercicio arbitrario del poder. Habrá un órgano (parlamento o tribunal de justicia) que tenga la función de interpretar la constitución con respecto a aquellos puntos en los que es vaga o emplee un lenguaje impreciso. El remedio de este peligro no depende del derecho mismo, sino de los hombres a los que corresponde la tarea de interpretar la constitución, Si esos hombres tienen conciencia clara del significado y de lo que implica un “gobierno con arreglo a derecho” se habrá dado un gran paso hacia el imperio del derecho en su forma pura (pág. 54).

El control del ejercicio del poder por medio del derecho es viable con una Constitución, siendo necesario preguntarse si la relación entre Constitución y derecho es jurídica o política: “La Constitución participa de ambas cualidades [...] si la entendemos como limitación del poder por medio del derecho, la Constitución debe tener una evidente cara jurídica, junto con una cara política no menos evidente” (Pereira Menaut, 2018, pág. 36).

Indudablemente, en un Estado de derecho, es imprescindible que el ejercicio del poder del funcionario de gobierno y de todos los órganos del Estado este controlado. Las formas de control en el sistema de frenos y contrapesos deben estar regulado en la Constitución Política del Estado respectivo, correspondiéndole la interpretación y alcance del contenido sustantivo de esta al juez o magistrado respectivo.



En el caso de Guatemala, el artículo 152 de su Constitución, el cual tiene como epígrafe el Poder público, establece que “El poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley. Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio”. El artículo se refiere al ejercicio del poder público, el cual se despliega a diario por las autoridades estatales, las que siempre deben tener como referencia del marco de sus actuaciones, la Constitución y la ley, lo que a menudo se olvida. Sobre este artículo, la Corte de Constitucionalidad ha dicho que:

La Carta Magna establece que el poder público proviene del pueblo, el que lo delega a sus representantes, órganos, organismos, funcionarios o empleados públicos, que tienen a su cargo el ejercicio de funciones y atribuciones específicamente establecidas en la ley, siendo depositarios de la autoridad y responsables legalmente por su conducta oficial. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado bajo juramento de fidelidad a la Constitución y son responsables administrativa, civil y penalmente por los daños y perjuicios que se causaren cuando, en el ejercicio de su cargo, infrinjan la ley, responsabilidad que no tiene ningún eximente, debiendo rendir cuentas e informes de todas las actividades que realizan en el ejercicio de su cargo a los órganos de control encargados de la fiscalización y el control jurídico, político y financiero del Estado (Sentencia 2075-2015).

Se advierte de acuerdo con estos razonamientos, que cualquier funcionario es únicamente depositario de la autoridad que ostenta, estando obligado a rendir cuentas de su desenvolvimiento cuando de un órgano de control se lo requiera, haciéndose énfasis en que ellos –por muy alta que sea su jerarquía- están al servicio de los ciudadanos. El ejercicio del poder necesita de control y esto se materializa en los Estados modernos en un sistema de frenos y contrapesos, de tal manera que las actuaciones de los órganos del Estado puedan fiscalizarse, controlarse y por supuesto, limitarse cuando se excedan de sus funciones y competencias. Por ello, es necesario revisar el significado de sistema de gobierno y dentro de ellos el sistema presidencialista por ser precisamente el que se instaló en Guatemala.



2.3. Sistema de gobierno

En el devenir histórico de lo que hoy conocemos como Estado, cada organización política en su tiempo y, en su espacio, ha decidido darle una forma y un sentido a su estructura orgánica, a los órganos dentro de este, las instituciones de cada organismo y las competencias asignadas a cada uno de ellos. Se pudiera decir que todo ello son características de un sistema de gobierno. Se denomina entonces sistema de gobierno “a la forma en que cada Estado integra su representación política y establece relaciones entre sus órganos e instituciones que detentan fracciones o parcelas del poder político” (Pereira-Orozco, 2007, pág. 45). Sin embargo, el sistema de gobierno es parte de lo que conocemos como sistema político:

Un sistema político es un conjunto de relaciones e interacciones por medio de las cuales se tiene la capacidad de procesar y tomar las decisiones que afectan a una sociedad e imponerlas legítimamente al conjunto, es decir, a los miembros del sistema. El sistema político no se reduce a las reglas que él se da a sí mismo ni a los principios que dice perseguir. El sistema político es el resultado de la historia y de las contingencias de momentos particulares; oscila entre las aspiraciones sobre las cuales se construye y las dificultades que se le imponen. Para decirlo brevemente, son muchas las paradojas y las contradicciones que afectan la estructura, existencia y evolución del sistema político. Tensiones permanentes entre los valores y la necesidad modifican sus equilibrios internos y transforman subrepticia o brutalmente sus características fundamentales. El sistema de poder político no escapa de esta regla. El papel del Gobierno tiene acciones diferentes de acuerdo con las circunstancias políticas que enfrenta (Pereira-Orozco, 2007, pág. 45).

El sistema de gobierno no debe confundirse con la forma de Estado ni con el régimen político, pues son aspectos distintos. Si bien es cierto, todo sistema de gobierno incorpora en su configuración un elemento propio del Estado que es el poder, es precisamente atendiendo a la forma en como este se estructura lo que define aquel.



De tal forma que el sistema de gobierno “se deriva de la organización y estructura de uno de esos elementos en particular: el poder público” (Naranjo, 2006, pág. 301). Para comprender la diferencia entre Estado y Gobierno, Biscaretti (citado por Pereira Menaut) señalaba que:

“Forma de gobierno” suele indicar la recíproca posición en que están los diversos órganos constitucionales, mientras que “forma de estado” designa la recíproca posición en que están los elementos que constituyen un Estado. Según como se combine el territorio con el poder tendremos un estado unitario o federal y, según como se relacione el parlamento con el gobierno tendremos una forma de gobierno parlamentaria o presidencialista (por no mencionar ahora las otras) (Pereira Menaut, 2018, pág. 250).

Para formarse una idea sucinta en la presente investigación sobre la clasificación de las formas de gobierno a lo largo de la historia, Heródoto los clasificó en monarquía, democracia y aristocracia; Platón en la República describió la timocracia, oligarquía, democracia, tiranía y aristocracia; Aristóteles los dividió en monarquía, aristocracia y democracia, y consideró que, la monarquía podía degenerar en tiranía, la aristocracia en oligarquía y la democracia en demagogia. Posteriormente, Polibio, adaptándose a la realidad de Roma, estableció un gobierno *mixto* en el que el poder estaba dividido entre el monarca y el pueblo o entre una aristocracia y el pueblo. Maquiavelo por su parte, clasificó los sistemas de gobierno en su obra de EL PRÍNCIPE, en dos: repúblicas o principados. Locke entendió por República cualquier comunidad independiente e hizo alusión a tres formas: la democracia, la oligarquía y la monarquía. Ya en la doctrina moderna, Jellinek clasificó las formas de gobierno en monarquía y la República, mientras Kelsen distinguió entre autocracia y democracia. (Naranjo, 2006, págs. 302-304)



Sobre los sistemas de gobierno imperantes en la actualidad, Naranjo Mesa puntualiza lo siguiente:

Los sistemas de gobierno como lo anota Burdeau, se encuentran aún vinculados a las interpretaciones susceptibles de hacerse sobre la teoría de la separación de poderes, con la cual se da nacimiento a tres sistemas: a) aquel en que se intenta dar aplicación práctica a la regla de separación de poderes, asegurando el equilibrio entre el ejecutivo y el legislativo; es el sistema *parlamentario*; b) aquel en virtud del cual se establece la preponderancia práctica del ejecutivo; es el sistema *presidencial*; y c) aquel que favorece la preeminencia de una asamblea representativa sobre el ejecutivo: es el sistema convencional o de asamblea. Cabría agregar a estos sistemas el de *monarquía absoluta*, puesto que aún subsisten algunas en el mundo (Naranjo, 2006, pág. 314).

Por su parte, Pereira al tratar siempre lo relativo a los sistemas de gobierno actuales, aborda únicamente “los tres sistemas de organización política más importantes entre las democracias contemporáneas, a saber: parlamentarismo, presidencialismo y semipresidencialismo” (Pereira-Orozco, 2007, pág. 46).

De tal forma que, al hacer alusión a sistema de gobierno, siempre está presente la idea del ejercicio del poder entre los organismos del Estado y su consiguiente control: “La importancia del sistema de gobierno y del principio de división de poderes y su consiguiente sistema de frenos y contrapesos, radica en la necesaria distribución del poder público y su imperativo control para evitar involucrar a etapas dictatoriales” (Pereira-Orozco, 2007, pág. 46). Para el objeto de la investigación se hace necesario detallar el sistema de gobierno presidencial, por el ser el que se práctica en el Estado de Guatemala.



2.3.1. Sistema de gobierno presidencial

Los antecedentes de este sistema de gobierno se encuentran en “las colonias inglesas radicadas en la Costa Este de lo que posteriormente serían los Estados Unidos” (Pereira-Orozco, 2007, pág. 60). De acuerdo con Naranjo Mesa, las características que se pueden ubicar en este sistema de gobierno son las siguientes: a) Un Ejecutivo monocrático o unipersonal, pues en la cabeza de este organismo está una sola persona, quien es jefe de Estado y jefe de gobierno lo cual significa que no solo representa a la nación cumpliendo funciones de tipo formal y protocolario, sino que es el jefe de la administración pública. b) El presidente de la República es elegido a través de sufragio universal directo o indirecto, por todos los ciudadanos. c) La responsabilidad política del gobierno es limitada, porque el parlamento no puede obligar a renunciar a uno o varios ministros o al total del gabinete, por lo que la responsabilidad política se dilucida por medio de citaciones y debates que se promuevan en la cámara. d) No existe el derecho de disolución del parlamento, pues el gobierno no puede disolverlo. e) En la práctica no hay un verdadero equilibrio de poderes entre el ejecutivo y el legislativo por las atribuciones y prerrogativas que se dan al primero, incluyendo el papel de colegislador. La separación de ramas de poder se da, pero no en forma rígida, sino en forma atenuada mediante una colaboración armónica. (Naranjo, 2006, págs. 321-322)

Ahora bien, este sistema originado en los Estados Unidos, posteriormente fue instalado en varios Estados latinoamericanos, en los que se incluye Guatemala, con varias diferencias que bien se pueden sintetizar en las siguientes: para el caso de los Estados Unidos, las personas que ejercen funciones judiciales en la federación son designadas por medio de elecciones; en el caso de la Suprema Corte integrada por nueve jueces, se designa conforme a propuesta del presidente que requiere la ratificación del senado, el que puede rechazarlos por mayoría simple. En Guatemala los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son nombrados por el Congreso de la República para un período de cinco años, de una nómina propuesta por una comisión de postulación. Un problema para los países latinoamericanos ha sido el pronunciado



efecto del militarismo, lo que se minimizó en los Estados Unidos con la creación de una Guardia Nacional la que solo actúa en cuestiones de emergencia. (Pereira-Orozco, 2007, págs. 64-68)

Para el caso guatemalteco, el presidente de la República nombra sus ministros, lo que no requiere la aprobación del Congreso, pudiendo ser destituidos por el presidente y solo en caso extraordinario por el Congreso de la República. En los Estados Unidos el presidente tiene responsabilidades políticas frente al Parlamento mientras que en Guatemala el presidente responde por sus actos ante la Corte de Constitucionalidad. El presidente de la República en Guatemala tiene iniciativa de ley, sanciona y promulga leyes votadas por el Congreso y posee el derecho de vetarlas, por lo que el Congreso puede hacer valer el principio de primacía legislativa aprobándolas con el voto de las dos terceras partes del total de diputados. El Congreso de Estados Unidos es de tipo bicameral, responde a un Estado federado, mientras que en Guatemala existe un Congreso unicameral que responde a un Estado unitario. En Estados Unidos, los ministros o colaboradores del presidente no tienen responsabilidad política ante el Congreso, en Guatemala los ministros son nombrados y destituidos por el presidente, pero tienen responsabilidad política ante el Congreso de la República que los puede destituir. (Pereira-Orozco, 2007, págs. 64-68)

2.4. La posibilidad del control jurisdiccional de los actos del Organismo Ejecutivo y Legislativo

Como se ha anotado, el Estado ejerce su poder en una sociedad por medio de sus organismos, el que en un Estado constitucional de derecho debe considerar mecanismos de control que impidan el abuso y el desvío del poder en detrimento de los derechos fundamentales de las personas, y de los propios fines del Estado. Normalmente, los Estados se han organizado bajo la triada de los Organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que se sustentó precisamente en la idea de división de poderes, tal como lo concibió Montesquieu:



Podemos colegir que Montesquieu distingue tres poderes en el Estado, el Legislativo, cuya función es decretar el orden público general, el Ejecutivo, al que le corresponde la aplicación de las leyes y la administración pública y el Judicial, cuya misión es ventilar los conflictos surgidos de las personas (Pereira-Orozco, 2007, pág. 24).

Sin embargo, modernamente en los Estados aparte de los organismos citados se han venido creando una serie de órganos de control, entre lo que se encuentra una Corte de Constitucionalidad en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado:

Tal y como lo afirma García Roca, la concepción tripartita de poderes elaborada a finales del siglo XVII y a lo largo del siglo XVIII han afrontado transformaciones vertiginosas. Durante el decurso histórico de las organizaciones políticas, han ido sumando órganos con facultades y competencias específicas con rango constitucional que les permiten frenar y controlar el ejercicio del poder público (Pereira-Orozco, 2007, pág. 36).

Estos órganos regulados en varias Constituciones dentro de la concepción clásica concebida como división de poderes, se pueden denominar institutos jurídicos que la doctrina ha denominado *órganos extrapoder* y que se pueden definir como órganos independientes que poseen autonomía funcional y financiera. Extrapoder implican que no dependen de ninguno de los poderes del Estado; esto quiere decir que no pertenecen ni reciben instrucciones de ellos. Su creación responde, fundamentalmente, a la limitación de los poderes del Estado, principalmente al poder Ejecutivo. Tales órganos, en Guatemala son la Corte de Constitucionalidad, el procurador de los Derechos Humanos, el Tribunal Supremo Electoral, el Ministerio Público y, la Contraloría General de Cuentas. (Pereira-Orozco, 2007, pág. 36)

En cuanto a la forma de gobierno de Guatemala, el artículo 140 de su Constitución Política establece que “Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano,



organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo. El sistema de gobierno presidencialista se inserta dentro de la forma de gobierno republicano que alude precisamente a la división de las funciones del Estado en los organismos tradicionales que ya se han mencionado, además de varias instituciones extra poder. El carácter democrático y representativo deviene de la consideración Constitucional que el poder radica precisamente en el pueblo, mientras que su sistema de elección para los cargos de presidente y vicepresidente de la república es mediante el voto directo, mientras que los Diputados son electos por los ciudadanos y ciudadanas mediante el sistema de planillas y distritos electorales, además de un número de diputados electos por listado nacional.

El sistema de frenos y contrapesos de acuerdo con Pereira, no se encuentra regulado taxativamente en la Constitución Política de la República de Guatemala, pero su regulación se encuentra dispersa en varios artículos contenidos en los títulos III y IV referentes al Estado y el Poder público. El artículo 141 regula que la soberanía radica en el pueblo, quien la delega para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial prohibiéndose la subordinación entre estos. El artículo 152 establece que el poder proviene del pueblo y que su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por la Constitución y la ley. Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política puede arrogarse su ejercicio. El artículo 153 establece que los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Sobre su forma de gobierno, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala estimó que:

Uno de los principios básicos del Estado de derecho es el de la división separación de poderes en que se atribuye primordialmente al Organismo Legislativo la función de crear leyes; al Organismo Judicial la de aplicarlas y declarar los derechos en los casos controvertidos que se sometan a su conocimiento y al Organismo Ejecutivo la facultad de gobernar y administrar; la división de poderes es la columna vertebral del esquema político republicano y es,



además, el rasgo que mejor define al gobierno constitucional, cuya característica fundamental es la de ser un gobierno de poderes limitados.³

En lo que atañe a la presente investigación, es procedente mencionar la regulación específica dentro de la Constitución sobre los órganos extrapoder, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 regulan las funciones de la Corte de Constitucionalidad, su forma de integración y los requisitos para ser magistrado de esta, aspecto que será desarrollado posteriormente. La Contraloría General de Cuentas es un órgano de control y fiscalización, regulado desde el artículo 132 al 236 Constitucional, mencionándose que “es una institución técnica descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y, en general, de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas.

El Ministerio Público se regula en el artículo 251, como una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyo jefe es el fiscal general de la República y a quien le corresponde el ejercicio de la acción penal. El procurador de los Derechos Humanos es considerado también como un órgano de control, se estableció en el artículo 274 como un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos que la Constitución garantiza con facultades para supervisar la administración. Puede investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas, investigar denunciar por violación a derechos humanos, recomendar a los funcionarios la modificación de un comportamiento administrativo objetado, emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales dentro de otras atribuciones.

El sistema de frenos y contrapesos diseminado en varios artículos constitucionales, establece mecanismos de control del Congreso de la República hacia el Organismo

³ Gaceta número 24 de la Corte de Constitucionalidad, expediente número 113-92, sentencia de fecha 19 de mayo de 1992.



Ejecutivo y del Ejecutivo al Congreso, aspecto en el que no se ahonda en virtud que el objeto de la presente investigación es establecer, si en efecto, las decisiones de estos dos organismos pueden ser controladas.

La posibilidad de la judicialización de los actos regularmente identificados como “políticos” abre interminables discusiones y, unas de las razones que se aducen es precisamente la imposibilidad de frenar decisiones de esa connotación dispuestas por autoridades que normalmente han sido electas, por lo que la revocatoria, anulación o incluso expulsión del ordenamiento jurídico por un órgano jurisdiccional, no tendría mayor legitimidad por no haber sido este último, electo por el pueblo:

El control jurisdiccional del ejercicio del poder –y en particularmente (sic) en el ámbito de la sociedad política- ha sido de los más arduos problemas que se ha planteado la doctrina iuspublicista de todos los tiempos. El debate en torno a la conveniencia o no de que pueda someterse a un “examen jurídico” actuaciones de naturaleza política, es un conflicto que se ha hecho ya duradero en el campo del derecho constitucional y el derecho administrativo desde hace casi dos siglos y que hasta hoy no ha perdido un ápice de vigencia (Marcheco, 2015, pág. 3).

Un punto importante sobre este debate y acerca del cual es difícil llegar a un consenso, es el atinente al límite entre lo político y lo jurídico, en el primero, porque obviamente se trata del ejercicio del poder institucional del Estado y el segundo, porque provee normas y procedimientos:

El problema de los actos de gobierno se manifiesta, por tanto, desde dos vertientes; la política, en tanto se trata del control del ejercicio del poder y su control y la jurídica, en tanto se trata de construir ese control mediante técnicas y procedimientos jurídicos y hacer que consista, en definitiva, en el enjuiciamiento por los tribunales. Se sitúa, por tanto, en una zona fronteriza entre lo político y lo jurídico, dos campos cuya delimitación no puede trazarse con claridad lineal como si se tratara de los límites fronterizos de un mapa. Esta característica la hace



tener una incidencia directa en el equilibrio institucional de los poderes, por lo que la importancia del debate sobre la categoría es fácilmente apreciable si se piensa en sus repercusiones sobre el concepto mismo de Estado de derecho (Marcheco, 2015, pág. 4).

Empero, resulta necesario conocer de dónde se originó el término a acto político o acto de gobierno:

La noción de acto político o acto de gobierno es una creación de la jurisprudencia del Consejo del Estado francés y se refiere a un tipo o conjunto de actos realizados por el poder Ejecutivo que por su naturaleza no se sometían al control de la jurisdicción contencioso administrativa (Marcheco, 2015, pág. 4).

Como ya se ha visto, en Europa se desarrolló un sistema constitucional tardío, que en sus albores no concedía la facultad a los jueces –sistema de desconfianza hacia estos” de revisar las decisiones calificadas como “políticas”, situación distinta en el sistema constitucional estadounidense que, por la impronta del juez Marshall y el desarrollo de su derecho constitucional, permitía a los jueces inaplicar normas cuando estas contradijeran o riñeran con el contenido del texto constitucional.

Aunque se tiene que distinguir que ciertos actos de gobierno pueden ser enjuiciados en sede administrativa, en el caso de Guatemala, dejó esa posibilidad regulando un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que tiene el carácter de órgano jurisdiccional tal como lo establece el artículo 221 de la Constitución Política de la República, pero que se limitó a conocer solo por casos de contienda por actos o resoluciones de la administración, de las entidades descentralizadas y autónomas del estado, así como en los casos de controversia derivadas del contratos y concesiones administrativas.

El control Constitucional asignado a los jueces en la Constitución, concede dos tipos de control: el control difuso, facultad otorgada por la Constitución a los jueces de Primera Instancia conforme a las reglas de competencia establecidas en el artículo 14



del Decreto número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (LAEPC) tanto para el conocimiento del Recurso de Exhibición Personal y los procesos por acciones de Amparo en primera Instancia en los que el juez se constituye como juez constitucional. Sobre el conocimiento de los procesos constitucionales de Amparo, dicha ley también le otorgó competencia a las Salas de las Cortes de Apelaciones para conocer de dicha acción sobre las autoridades descritas en el artículo 13, además de la competencia asignada sobre la misma materia a la Corte Suprema de Justicia, establecida en el artículo 12.

A excepción de los jueces de Paz, todos los demás funcionarios del Organismo Judicial pueden constituirse en jueces Constitucionales para conocer de cualquier inconstitucionalidad planteada en caso concreto, aspecto establecido en el artículo 120 de la Ley. Tal control difuso es ejercido por dichos órganos jurisdiccionales, estableciéndose en el artículo 8 de la ley que el objeto del Amparo el cual “protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de estos cuando la violación hubiere ocurrido”. Sobre los ámbitos susceptibles para interponerse Amparo, el mismo artículo establece que “No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”.

Sobre el control concentrado: es precisamente la Corte de Constitucionalidad la que puede conocer de todos los Amparos en segunda instancia por apelación y de las inconstitucionalidades planteadas ante cualquier juez o magistrado competente, los que conocerá también la Corte de Constitucionalidad por las apelaciones planteadas. Además, tiene asignada la competencia específica para conocer de los Amparos en única instancia interpuestos en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el presidente de la República y el vicepresidente de la República, tal como lo establece el artículo 11 de la LAEPC.⁴

⁴ Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Adicionalmente a ello, la Corte de Constitucionalidad es el único órgano jurisdiccional competente para conocer en única instancia de las acciones de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, aspecto regulado en el artículo 133 de la LAEPC. Todo lo mencionado guarda armonía con el contenido del Título VI de la Constitución Política de la República de Guatemala que trata sobre las Garantías Constitucionales y Defensa del orden Constitucional que establecen constitucionalmente el recurso de Exhibición Personal, Amparo, Inconstitucionalidad de leyes en caso concreto e inconstitucionalidad de leyes de carácter general, desde el artículo 263 al artículo 267.

Lo relativo al tipo de sistema de control constitucional que se practica en Guatemala y la competencia asignada a los órganos jurisdiccionales será tratado en los dos capítulos restantes, siendo evidente con lo considerado hasta aquí, que los llamados actos de gobierno y las disposiciones del mismo Congreso de la Republica pueden ser controlados jurisdiccionalmente tanto por jueces ordinarios (control difuso) y especialmente en última instancia por la Corte de Constitucionalidad.





CAPÍTULO III

Poder del juez o magistrado, sus límites, sistema de control constitucional de Guatemala

En este tercer capítulo se tocan varios temas a saber: el poder del juez o magistrado Constitucional. Del poder del juez se ha dicho ya bastante anteriormente, pero, en este caso, es conveniente indagar de donde emana su legitimación, por las capacidades de control que se le han ido identificando. Si esa facultad es legítima, de acuerdo con la Constitución, es conveniente entonces explorar cuáles pueden ser sus probables límites, lo que se trata también en este capítulo, para finalmente analizar el sistema de justicia constitucional asumido por Guatemala, como mecanismo de control para el ejercicio del poder público, lo que permite el enlace con el último tema relativo a, si en efecto, el control ejercido por jueces Constitucionales, puede producir en ocasiones efectos políticos.

3.1. El poder del juez o magistrado constitucional

3.1.1. Legitimación político constitucional

Es innegable que un juez o magistrado en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales posee un gran poder, por la facultad de poder decidir finalmente un litigio sometido a su conocimiento. El ensanchamiento de la clase de problemas sobre los que un juez puede conocer, en lugar de disminuir, cada día crecen más, por lo que uno de los cuestionamientos que se plantea recurrentemente reside sobre el origen de ese poder y su legitimación para imponerse sobre la voluntad de las partes en un litigio.

Sí esto se cuestiona, con mucho mayor ahínco se hace en los casos en los que el juez o magistrado dilucida conflictos relacionados con derechos o garantías garantizados en la Constitución de un Estado. Ya se trató la evolución del poder de los



jueces en cuanto a dos modelos: el modelo de Estados Unidos que se cimenta en la confianza al juez y, el otro modelo, el europeo estructurado en su desconfianza, sistemas que han evolucionado y que hoy, ya sea uno u otro sistema funciona en una gran cantidad de países como mecanismos de control de la constitucionalidad de cualquier ley, acto o resolución, con el objeto de no contravenir la Constitución, variando sustancialmente la posición del juez en el diseño político, especialmente en el sistema europeo, a diferencia de épocas pasadas en que el juez era considerado una especie de ser mítico de quien no se cuestionaba sus decisiones:

Aunque el punto de partida es por las razones históricas examinadas, muy distinto, lo cierto es que en nuestros días la figura del juez ha sufrido en todas partes un importante proceso de desmitificación. Basta con examinar varias obras referidas a los jueces para comprobar, incluso desde el punto de vista de los estudios estrictamente jurídicos y, desde luego, después de una superficial investigación sociológica, que la posición del juez en la sociedad actual se ha transformado sustancialmente. Por una parte, ha desaparecido el carácter “sacral” de la función judicial, vinculada en realidad con una concepción similar del derecho y ha sido preciso encontrar una “legitimación política” del juez (Ordóñez, 2004, pág. 57).

En similares términos se refiere Alejandro Nieto sobre cómo fue cambiando la figura del juez en España, planteando el escenario en interrogantes como estas: ¿qué hay detrás de las bambalinas?, ¿qué clases de hombres respiran bajo la toga? O, ¿no serán personas, sino meros instrumentos de la ley; acaso marionetas de un artista oculto que les maneja? ¿Son funcionarios o sacerdotes?, o, ¿las dos cosas? Cada juez individualmente considerado y a la vez todo en su conjunto, son titulares de un poder constitucional difuso, omnipresente e inaprensible; sin embargo, la ley ha puesto tal profesión en contacto con el piso pues los considera funcionarios públicos sin muchos privilegios, su retribución es superior a la de muchos, pero su trabajo mucho más pesado, por lo que la situación de los jueces no es tan deslumbrante, pues viven con el peligro físico de quedar enterrados entre montañas de papel. (Nieto, 2004, págs. 66,67)



Pero este escenario del juez o jueza atiborrado de papeles, es distinto, según la importancia de la judicatura, pues tampoco es secreto que, en las más altas esferas judiciales, es una proeza que el usuario, parte en el proceso, pueda ser oído por el funcionario o funcionaria que dirime su conflicto. También es cierto que, desde mucho antes como lo sostenía Montesquieu, se concebía al juez sin poder alguno:

Efectivamente, aunque se use la palabra “poder” para designarlo, el judicial es más un caso de *auctoritas* que de *potestas*. Ya dijeron Montesquieu y Hamilton que, en cierto modo, no se trata de poder alguno y que carece de fuerza propia. Tan es así que, si el ejecutivo no les prestara su *potestas* para ejecutar las sentencias, quedarían estas reducidas a simples opiniones o dictámenes, aunque muy autorizados. Durante el largo período en que Marshall fue presidente de la Corte Suprema norteamericana ocuparon el poder ejecutivo varios presidentes, entre ellos Jackson, hombre más bien rudo. Según se dice, en una ocasión el Tribunal Supremo dictó un fallo contrario a los deseos del ejecutivo, a lo cual el presidente JACKSON reaccionó comentando: “John Marshall ha dictado la sentencia, John Marshall la tendrá que ejecutar”. “En nuestros días la experiencia muestra que la inejecución de las sentencias sigue siendo relativamente frecuente” (Pereira Menaut, 2018, pág. 289).

Por ello, aunque en ocasiones se hable de un “Gobierno de jueces”, puede ser la magnificencia que se hace de la labor judicial, especialmente cuando se trata de control constitucional sobre actos de autoridad:

El gobierno de los jueces no se ha dado nunca. Así que hablar como a veces hacemos, de “gobierno de los jueces”, es una hipérbole para poner de relieve que los jueces dictan muchas sentencias contrarias al ejecutivo o al legislativo –lo cual no significa más que actuar como freno-, o que sus opiniones son valoradas y seguidas por los otros poderes y la opinión pública, o bien que practican el activismo judicial sentenciando sobre materias de gobierno en las que no son competentes (Pereira Menaut, 2018, pág. 290).



Aun con eso, no se puede negar que el juez ostenta poder, pues hoy el abanico de problemas que pueden someterse a su conocimiento, es inmenso, lo que aumenta notablemente el ejercicio del derecho de cuestionar sus decisiones. Es cierto también que, en la mayoría de los estados, la creciente aprobación de leyes y los interminables nuevos casos que se trasladan de otras sedes a las jurisdiccionales, ya sea por reglas de competencia o por modificaciones legislativas, ha propiciado un ensanchamiento y expansionismo de los conflictos que puede conocer:

El repertorio de las decisiones que las democracias contemporáneas demandan a los tribunales podría continuar. Y evoluciona, en efecto, continuamente a medida que la mano pública se hace visible e identifica nuevos sectores que regular, también ante el empuje de una demanda creciente de justicia (Friedman, 1994b: p. 27). Así el juez tiende a convertirse una especie de *factótum* institucional, cuya función parece consistir con frecuencia no solo en dirimir disputas, sino también en resolver problemas que las otras instituciones no han afrontado aún, o que han tratado de manera no satisfactoria (Cramton, 1976). En una palabra, la importancia social y política de la justicia debe ya computarse entre las características que comparten todas las democracias, aunque se manifieste de diversas formas y sobre todo, con diferente intensidad (Guarnieri & Pederzoli, 1999, pág. 15).

La diversidad de conflictos que un juez o jueza puede conocer se ha ensanchado notablemente, además, se han diversificado una serie de judicaturas especializadas. Si esto es así en judicaturas ordinarias, los problemas que puede conocer un juez en materia constitucional también han aumentado y, obviamente la complejidad, importancia y envergadura de los casos en esta sede es mayor. Ello hace que continuamente se plantee la interrogante sobre el origen del poder de los jueces y magistrados y sobre el tipo de labor que este realiza, además de la contracara de ese poder: la responsabilidad. Cuando se cuestiona la legitimación del juez en la dimensión de los problemas que le toca conocer, es cuando precisamente se hace alusión a su legitimación política, es decir, se trata de responder en qué parte, en qué punto o en



qué lugar del pacto político emana el poder de un funcionario que no es electo en forma directa:

Ahora bien, la legitimación política del poder del juez resulta especialmente ardua hasta el punto de exigir una reformulación del mismo concepto de democracia (Troper, 2003, p. 109). Por una parte, parece contradecir la tradición ampliamente arraigada de considerar que la actuación judicial es “una actividad técnica y paradójicamente no política o, mejor dicho, no subjetiva” (Prieto Sanchiz, 1987, p. 121). Y, por otra parte, resulta al menos sorprendente a primera vista que la legitimación política que se invoque no se vea correspondida con la consiguiente “responsabilidad”, dado que el acceso de los jueces al cargo no suele ser por elección ni el ejercicio judicial está sometido a los tradicionales mecanismos políticos de rendición de cuentas (Ordóñez, 2004, pág. 57).

Los planteamientos sobre el origen y la legitimidad de los jueces podrían fácilmente plantearse así: el poder y la legitimidad de unos funcionarios que no son electos popularmente, ¿Viene dado por el nombramiento? ¿Viene de la ley? ¿Viene de su competencia?, es decir, ¿de dónde emana?, porque si se sabe su fuente, cabría la posibilidad de poder concluir si ese poder tiene el aval de quien resguarda la soberanía, quien solo la delega en los funcionarios para su ejercicio. No falta, como ya se ha dicho, quien cuestione, por ejemplo, que el Órgano Judicial no es un poder en el estricto sentido de la palabra: “el llamado poder Judicial no es realmente un poder, por mucho que lo diga la Constitución y así se le trate formalmente, sino un simple servicio público denominado Administración de Justicia” (Nieto, 2004, pág. 233), pero son muchos más, quienes hoy reconocen el poder del juez, así, por ejemplo, Carbonell al referirse a las críticas sobre la concepción de Ferrajoli sobre el papel de los jueces, argumenta que:

Son muy conocidas las soflamas lanzadas contra la “judicialización” de la vida pública y contra el “excesivo” protagonismo de los jueces, cuyas decisiones a veces, inciden de manera *perturbadora* en las distintas realidades estatales, y no



ha faltado insinuaciones de que la concepción de Ferrajoli podría representar un indiscriminado aval legitimador de cualquier tipo de intervenciones de esa procedencia, en lo que hay un olvido y un error, seguramente nada inocentes. Lo primero, porque se prescinde del dato de que, en general, esa clase de actuaciones han sido rigurosamente debidas por razón de legalidad y legalidad penal, en vista de las frecuentes derivas criminales de la política, que el principio democrático nunca podría cubrir y menos aún justificar. Y lo segundo, porque del modelo de Estado adoptado por Ferrajoli forma parte de la más exigente concepción de la jurisdicción como instancia de garantía. También y diría que, antes de nada, *frente* a los propios jueces, normativamente vinculados en términos estrictos, tanto en el plano del tratamiento de la *quaestio facti* como en el de la lectura y aplicación de la legalidad y constreñidos a legitimar constitucionalmente su proceder acto por acto. Se trata de exigencias que no suelen verificarse ni en la teoría ni mucho menos en la práctica, en el quehacer de otros poderes (Carbonell M. e., 2014, pág. 11).

Y en efecto, el juez en su actuar tiene obligadamente que apegarse a los procedimientos legales, a las formas mínimas del proceso bajo el riesgo que le objeten su nulidad, lo que difícilmente acontece en las actuaciones administrativas. Los jueces actúan dentro de una instancia garantizadora para el ejercicio de los derechos de las personas, lo que indudablemente encuentra origen legitimador en la Constitución, en la que se plasman los principios inquebrantables de un Estado democrático, sobre la separación de y control del poder:

Dentro de las Constituciones de las sociedades democráticas actuales, de una u otra forma, se ha establecido una separación de los poderes del Estado y se han adoptado unos mecanismos de control entre ellos que, en definitiva, sirven de legitimación al juez. Por esa razón:

la legitimidad del poder judicial en un sistema democrático debe contemplarse desde la perspectiva del control del poder. En una democracia compleja que respete el



pluralismo, debe haber no solo instituciones representativas, donde se impone la mayoría, sino también instituciones de control. De ese modo, el poder judicial es una institución que contribuye a garantizar (como el Tribunal Constitucional en su ámbito) el pluralismo. De ahí deriva su legitimidad democrática, de su sometimiento al ordenamiento jurídico. Pero esa legitimidad no es ya solo del sometimiento a la ley, sino también la del sometimiento a la Constitución (Ma. Luisa Balaguer, 1997, p. 51) (Ordonez, 2004, pág. 61).

Obviamente, el poder de los jueces para disponer sobre una gran cantidad de litigios, cuestionar y enjuiciar decisiones emanadas de autoridades (leyes, reglamentos, etc.), necesita también estar sometido a la Constitución, pero indudablemente, el juez hoy, está colocado en la estructura política del Estado, dentro del sistema de frenos y contrapesos, como un mecanismo de control en el ejercicio del poder, el que necesita por supuesto, ser ejercido con responsabilidad.

3.2. Los límites al poder del juez o magistrado

Como ya quedó anotado, en el sistema jurídico europeo, hasta hace poco tiempo fue que la función del juez dentro del espectro político del Estado adquirió una dimensión importante, al atribuírsele facultades de control constitucional, cuando en épocas pasadas se decía incluso que la función jurisdiccional del Estado no era un poder autónomo:

En toda sociedad política, solamente existen dos poderes, aquel que hace la ley y aquel que la hace ejecutar. El poder judicial, por mucho que de él hayan dicho varios publicistas, solo es una simple función, ya que consiste en la aplicación pura y simple de la ley. La aplicación de la ley es una dependencia del poder ejecutivo (De Malberg, 2001, pág. 629).



Esta concepción minimalista del juez, encontró crédito en épocas pasadas, pero la realidad y la insuficiencia del derecho por regular todos los escenarios que se pueden encontrar en la praxis, imponía la necesidad de controlar al mismo juez. En toda clase de litigios, aun cuando los intereses puedan ser de particulares, la ley puede presentar vacíos, sin que el juez so pretexto de falta de ley pueda dejar de conocer y resolver. Entonces, hay conflictos en los que, el contenido de la ley no siempre es clara, o bien se presentan casos que permite más de una alternativa legal, siendo necesaria la labor hermenéutica del juez para encontrar la solución en un caso concreto, de lo cual no escapa la jurisdicción constitucional: “Hay espacios difusos en los cuales no es fácil pronunciarse; esa es la gran responsabilidad de los jueces constitucionales y de aquellos que tienen encomendada la función de nombrarlos” (Saba, 2011, pág. 4).

Antes, en el sistema jurídico europeo, se concebía la labor de los jueces como una variante del poder ejecutivo, el que, además, se circunscribía lisa y llanamente en aplicar de manera fría e irreflexiva una ley pre constituida. En la medida que fue avanzando el Constitucionalismo en Europa, se modificó la concepción del juez como simple administrador de la ley a una mucho más amplia, reconociéndole su carácter de guardián de los principios y valores inspirados en la Constitución.

De por sí, está visión de la judicatura, refleja la importancia que los jueces han asumido en el sistema político de un Estado, reconociéndose el poder que ostentan para resolver cantidad innumerable de conflictos y controversias, tal como lo hace ver Hufstedler (citado por Guarnieri y Pederzoli):

Pedimos a los tribunales que defiendan nuestra libertad, que reduzcan las tensiones raciales, que condenen la guerra y la contaminación, que nos protejan de los abusos de los poderes públicos y de nuestras tentaciones privadas, que impongan penas [...] que compensen la diferencia entre los individuos, que resuciten la economía, que nos tutelen antes de nacer, que nos casen, que nos concedan el divorcio y, si no que nos sepulsen, al menos que aseguren que se paguen los gastos de nuestro funeral (Guarnieri & Pederzoli, 1999, pág. 15).



Este repertorio de asuntos y decisiones que tienen que conocer y emitir los jueces es una característica ya de las democracias modernas, lo que refleja una expansión del poder del juez o jueza. Por ende, en parte por ese expansionismo, cada vez es más distante la concepción del juez como “boca de la ley” y, en parte, porque las decisiones de los jueces no se agotan hoy en tan solo sentencias declarativas:

La imagen clásica del juez ejecutor no pretendía tanto describir sus comportamientos cuanto más bien prescribir límites a sus prerrogativas, en el ámbito de un marco ideológico heredado de la Revolución Francesa y marcado por la indiscutible supremacía del poder legislativo. En realidad, como ya había puesto de relieve Kelsen (1926) la decisión del juez no es ni nunca puede ser, puramente declarativa ni agotarse en el mero enunciado de la voluntad del legislador. Al interpretar la ley el juez concurre de hecho a crear derecho. Mejor dicho, su decisión es una auténtica “norma jurídica individual” (Guarnieri & Pederzoli, 1999, pág. 16).

El expansionismo judicial mencionado y la dimensión política de los jueces en las sociedad actual, hace imperiosa la necesidad de marcar los límites de la actividad jurisdiccional, pues esa dimensión no puede ejercerse y presentarse adecuadamente en un sistema político democrático, sin que el juez a la vez se someta al marco jurídico, ya que “una buena democracia constitucional que funcione bien requiere, si, la presencia de un fuerte poder judicial, pero lo requiere también limitado, al igual que los otros poderes” (Guarnieri & Pederzoli, 1999, pág. 177). Esos límites necesarios en la labor del juez, habían sido ya advertidos en América por Alexis de Tocqueville (Citado por Ordoñez) incluso en un sistema de confianza hacia el juez, tal es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica:

los norteamericanos han conservado estos tres rasgos distintivos del poder judicial. El juez norteamericano solo puede pronunciar sentencia cuando hay litigio; no interviene, sino en casos particulares y, para actuar, debe siempre esperar a que se le someta una causa (Ordonez, 2004, pág. 77).



Los límites jurídicos a los que debe ceñirse el juez pueden analizarse desde tres dimensiones: una primera es, si el juez es aplicador o creador del derecho, del que deriva la necesidad de visualizarlo en un papel pasivo o contrariamente, en forma activa. Por otra parte, la exigencia de motivación de las decisiones judiciales exige referirnos al proceso, al lenguaje que usan los jueces y a la argumentación dada en sus resoluciones. También es importante examinar cómo se entiende la independencia y la vinculación del juez con la jurisprudencia. (Ordonez, 2004, pág. 78)

3.2.1. El juez. Creador o aplicador del derecho

Considerar al juez como creador o como aplicador del derecho es un punto álgido de debate el que se han esbozado infinidad de teorías. Recordando ya lo apuntado, en el sistema norteamericano, el juez adquirió un papel protagónico al poder inaplicar una ley en un caso concreto cuando ella contraviniera la Constitución, esto obviamente le daba un campo de mayor discrecionalidad.

En contraposición a ello, relativamente hasta hace poco, se consideró esta misma función en el juez europeo. En el caso del sistema norteamericano, el control de constitucionalidad fue llamado difuso, pues este se expande a lo largo y ancho del sistema, ya que en cualquier lugar donde un juez ejerza jurisdicción, puede realizar tal control de inaplicabilidad, mientras que en el sistema de control de la Constitución surgido mucho después, se encomendó tal aspecto a un único Tribunal Constitucional, por lo que ha dicho sistema se le llamó “concentrado”, concediéndose a los jueces o magistrados de ese tribunal, la facultad de interpretar la Constitución e incluso de expulsar del ordenamiento jurídico una norma considerada por ellos como inconstitucional. En el continente europeo los jueces asumieron tal protagonismo al enjuiciar la legalidad de la actuación del poder ejecutivo y un control arbitral de las funciones estatales. Las dos experiencias mencionadas propiciaron entonces, la adopción de dos sistemas de jurisdicción constitucional, los que son caracterizados por Rubio Llorente (Citado por Ordoñez) de la siguiente forma:



Los dos paradigmas que se utilizan para el análisis comparado de los distintos sistemas reales de la jurisdicción constitucional son el norteamericano y el europeo; el de la *judicial review* y el de *Verfassungsgerichtsbarkeit*. El primero, como forma de control difuso, en el que la decisión judicial no anula la ley, no la expulsa del ordenamiento; simplemente la inaplica en el caso concreto. Frente a él, el modelo europeo de jurisdicción constitucional concentra está en un tribunal único, que actúa como legislador negativo. La ley no es juzgada en relación con el caso concreto, sino a lo más con motivo de él y en caso de ser considerada contraria a la Constitución es anulada (Ordonez, 2004, pág. 80).

Lo relevante es obvio, ya que expulsar una norma del ordenamiento jurídico, es dejar sin efecto una disposición que, en un Estado de derecho, es promulgada después de un procedimiento regulado en la Constitución y por el Organismo facultado para ello, es decir, el Organismo Legislativo. Es sustancialmente distinto inaplicar la norma, porque contradice la Constitución que expulsarla del ordenamiento jurídico, pareciera ser en un análisis superficial concederle facultades al juez de legislador negativo. Un organismo elabora la norma y un juez decide, si esa norma conviene mantenerla o expulsarla.

Lógicamente, estas facultades otorgadas por el sistema constitucional concentrado o europeo tienen que estar limitadas. Pero el análisis va más allá, pues indudablemente en la elaboración de la norma, el cuerpo legislativo está de un lado, limitado por el procedimiento de creación de la ley y por el otro influenciado por sus propias valoraciones, prejuicios, etc. Entonces, el caso de un juez o magistrado facultado para eliminar la norma, ¿Acaso también no está influenciado de un lado por el procedimiento y de otro por sus propias valoraciones y prejuicios?

Pero solo este planteamiento –necesario y racional- evidencia el papel del juez o magistrado de un Tribunal Constitucional de naturaleza concentrada, de quien incluso, se podría afirmar que, en ese proceso, actúa con mucha más libertad que el legislador:



La pregunta ideológicamente más comprometida para la teoría del derecho actual es la que hace referencia al carácter de las fuentes que suministran al juez los estándares, criterios o valores que aparecen en el proceso interpretativo y que se reflejan en la decisión. Pues bien, la respuesta del normativismo me parece clara: el razonamiento judicial actúa sometido a una normativa preexistente, pero, de modo no muy diferente a lo que ocurre en la producción de leyes, incorpora también elementos subjetivos y morales, que ni forman parte del derecho como piensa Dworkin ni están dotados de la objetividad y fuerza legitimadora propia de las leyes, como sostienen algunas posiciones dialécticas y retóricas. Seguramente, el juez no crea tanto derecho como estiman estas últimas, pero cuando lo hace, procede con bastante más libertad (Prieto, 1987, pág. 81).

Lo anterior es claro, pues el juez es un hombre o mujer común o corriente, producto de una cultura y procesos de formación educativa, quien, además, incorpora en su forma de pensar y de comportarse, los valores que le han prodigado. Claro es que la decisión de una juez constitucional debe ser técnica y depurada, pero se haría mal, alejar a ese hombre o mujer de su condición de ser humano que le es inherente.

Anteriormente aquella concepción del juez como boca de la ley se complementó con la del juez silogista, visiones que, aunque conservan sus defensores, no reflejan en gran medida lo que acontece en la realidad, tal como lo hacía ver Michel Taruffo, para quien por un lado, el papel pasivo asignado al juez en la vieja concepción de su actuación como boca inanimada limitado a pronunciar la palabra de la ley y por otro lado, la concepción del razonamiento judicial como un silogismo que buscaba en el tiempo de su surgimiento eliminar el arbitrio judicial de las decisiones judiciales, representaba en realidad la expresión de una ideología de la función del juez, prescribiendo un modelo de decisión judicial fundado en la aplicación rigurosa de un razonamiento deductivo. Estas concepciones se han ido transformando y aun con las oposiciones actuales, puede afirmarse que el juez ya no es un aplicador pasivo de normas que son producidas por el legislador, sino del “juez interprete”. La norma ya no se concibe como un enunciado que tiene un significado claro y predeterminado, sino



que, con un significado que debe ser identificado a través de la actividad interpretativa que realizan los encargados de llevarla. (Taruffo, 2005, pág. 10)

Sin duda, la facultad de reiterar el significado de una norma, es solamente cumplir una labor de resonancia sobre su contenido, mientras que la facultad de interpretar la norma, es admitir que no tiene un significado pre constituido:

En otros términos: el juez identifica y determina el significado de las normas que aplica dado que a estas no les corresponde un significado *a priori*. En esta actividad de interpretación, el juez lleva a cabo una función que es muy creativa, porque no se trata solamente de descifrar lo que la norma dice desde un punto de vista literal, sino de atribuirle, una y otra vez, significados diferentes y variables en los que se reflejan valores morales, necesidades sociales, criterios de justicia de los que el juez es portador al realizar su función. (Taruffo, 2005, pág. 14).

Lo anterior, conocido como activismo judicial, también tiene que tener sus límites, porque se puede presentar ese activismo en exceso:

He hablado antes del activismo judicial excesivo, porque no creo que todo caso de actividad judicial sea necesariamente excesivo. No hay nada de irregular en que los jueces sean creadores del derecho; cosa distinta es que sean creadores de política” (Pereira Menaut, 2018, pág. 534).

Por ello, el juez constitucional debe reflexionar sobre su decisión, pues en todo caso, su labor es de control, la que en determinado momento puede tener efectos políticos, pero no suplantar en su competencia a la autoridad por antonomasia, política.

Así, en relación con las sentencias del Tribunal Constitucional, en el caso de Guatemala, es común oír sobre diferentes tipos de sentencias que caen dentro de la clasificación de típicas o atípicas, siendo importante en este apartado, hacer alusión a las segundas, pues las primeras son las estimatorias “que se refieren a la



constitucionalidad (rechazo) e inconstitucionalidad (acogimiento). Son puras y simples” (Medina, 2013, pág. 3). Mientras que, en el caso de las denominadas atípicas, se menciona que:

Al ser distintas a lo usual, las atípicas salen del contexto de normalidad y provocan que el Tribunal Constitucional se pronuncie en forma creativa, dentro de las más aceptadas doctrinariamente y respecto de las cuales se pueden citar ejemplos en la jurisprudencia constitucional guatemalteca se citan: las resoluciones finales interpretativas, las aditivas, las sustitutivas y las exhortativas. Con las sentencias interpretativas se pretende principalmente, mantener la normativa impugnada de inconstitucionalidad, evitando su derogatoria, haciéndolo por medio de una interpretación del texto impugnado conforme a la constitución, acorde a dicha finalidad. Un ejemplo del fallo interpretativo es el emitido el veintiuno de junio de dos mil cinco (Exp. 1724-2004). Por medio de las sentencias aditivas se produce la adición de contenido interpretativo a la norma examinada; normalmente estas adiciones están contenidas en lo que nuestro Tribunal Constitucional ha dado en llamar *reservas interpretativas*, tal como las contenidas en los fallos dictados el veinticuatro de agosto de dos mil diez (Exp. 942-2010). Mediante las sentencias sustitutivas se realiza la sustitución del contenido de la norma por otro, posibilitando su conformidad con el Magno Texto constitucional. A guisa de ejemplo, se cita la resolución final dictada el veinticinco de mayo de dos mil diez (Exp. 4923-2009). En las sentencias exhortativas el Tribunal Constitucional pronuncia con una exhortación –al órgano emisor de la norma examinada [...] para que se generen las disposiciones normativas pertinentes que puedan subsanar lagunas legales o alguna situación que el Tribunal Constitucional aprecie que deba regularse. El Tribunal Constitucional guatemalteco ha emitido ya un número significativo de este tipo de fallos, muestra de ello, es la resolución de ocho de mayo de dos mil siete (Exp. 1179-2005) (García, 2014, pág. 5).

Cualquiera que tenga una respetable trayectoria en labores que entrañan facultades jurisdiccionales al haberse desempeñado como juez, compartirá seguramente que se



presentan una gran variedad de casos que no requerirán de una labor interpretativa compleja, dándose en las resoluciones de estos una mera ejecución de la ley, pero obviamente se presentarán aquel tipo de conflictos que demandan una aguda labor interpretativa del juez, es decir, el juez ordinario.

Si esto es así en la justicia ordinaria, los conflictos que se someten al conocimiento de jueces ordinarios constituidos en jueces constitucionales, o bien magistrados de un tribunal Constitucional, pueden y de hecho son mucho más complejos, lo que inevitablemente puede llevar implícita una labor creativa del juez, pues tal y como lo advirtió Jellinek (Citado por Malberg) “tiene el juez, en cierto sentido, una misión creadora que se desprende del hecho de que una disposición legislativa solo adquiere su completo desarrollo y su alcance definitivo mediante la aplicación jurisdiccional que de esta hacen los tribunales” (De Malberg, 2001, pág. 667).

Es difícilmente cuestionable entonces que, actualmente la labor interpretativa del magistrado constitucional en los casos sometidos a su conocimiento en el sistema concentrado, lo coloca en un espacio importante en la configuración política de un Estado, ya que sus decisiones tomadas en el ejercicio de sus facultades de control, pueda generar efectos políticos, requiriendo de su parte, una gran responsabilidad.

La facultad de interpretar la Constitución puede ser buena o mala, dependiendo en gran medida de la calidad, capacidad, honorabilidad y trayectoria conocida de un juez, aspectos dentro de otros que deben tomarse en consideración para su selección. Al revisar los dos sistemas de justicia constitucional y su evolución a lo largo de la historia, difícilmente se puede negar esa labor creativa en el derecho de jueces, pero es innegable también que esa labor está limitada por una serie de variables tales como las pretensiones de las partes, la vinculación de la norma con la sentencia, la argumentación que se tiene que plasmar en ella explicando los motivos o razones del juez.



Aun cuando el juez le atribuye a la norma un significado mediante la labor interpretativa, siempre hay un vínculo entre la sentencia y la norma, entonces, aunque puede actuar de manera creativa en la producción del derecho, tal labor está indudablemente limitada por lo propia norma que aplica pues aunque la norma aprobada previamente por el legislador se exprese de manera imprecisa posibilitando la obtención de decisiones diversas, sigue siendo el marco de justificación de las resoluciones judiciales. (Ordonez, 2004, pág. 81)

El derecho sirve para controlar el poder emanado de las entidades estatales, por ello, cada vez más las decisiones de gobierno o del propio Organismo Legislativo están sujetas al control constitucional lo que en esencia se resume en que, aquellas disposiciones no pueden violar o transgredir la Constitución, la que sirve de parámetro para el propio juez.

3.2.2. El proceso

El proceso constituye otro de los límites al poder del juez. El proceso en términos generales es un conjunto de actos para conseguir un fin. En el campo del derecho, se dan una serie de procesos en el ámbito administrativo y político, verbigracia, el proceso legislativo para la elaboración de un decreto.

Ahora bien, el proceso como cauce para el desarrollo de un conflicto o de una litis es un término que se aborda mejor en el campo del derecho procesal; así, Redenti (citado por Echandía) lo define como:

El conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretender tener las personas privadas o públicas, en vista de su



incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (en lo civil, laboral o contencioso administrativo) (Devis Echandía, 1997, pág. 155).

o bien como lo entiende el propio Devis Echandía (1997) “para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal) y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y la dignidad de las personas, en todos los casos (civiles, penales, etc.)” (pág. 155).

Pero, el proceso constituido como un cauce que delimita la actividad de las partes y del juez en el desarrollo de un conflicto, sirve de guía y rumbo donde se desahoga toda la actividad probatoria y señala también las facultades del juez o jueza, de manera que no solo constituye el espacio en el que realiza la litis, sino que también y quizás lo más importante, regula el poder del juez dentro de este y, sirve también para repartir el poder entre las partes. Así, para Calamandrei (citado por Guarnieri) “las normas que definen la estructura y las modalidades del desarrollo del proceso, no solo constituyen un instrumento para racionalizar el ejercicio del poder” (Guarnieri & Pederzoli, 1999, pág. 104), lo que se complementa con lo dicho por Peltason (Citado por el mismo autor) para quien esas normas “contribuyen también a repartir el poder, o sea, a distribuir los recursos que permiten controlar la marcha del proceso entre los sujetos que participan en él” (Guarnieri & Pederzoli, 1999, pág. 104).

En efecto, el proceso ya sea en el área civil, penal, laboral, etc., establecido de acuerdo con las normas procesales que lo regulan, conceden en cada caso menos o más poder al juez, menos o más poder a las partes: imaginemos, por ejemplo, en el ramo penal, el sistema inquisitivo anteriormente regulado en Guatemala, lógicamente le concedía extensas facultades al juez, quien actuaba también como un investigador y concedía menos poder a las partes, quienes en ocasiones estaban sujetas a las pruebas de oficio generadas por el juez y a la misma valoración que les podía conceder.



Es decir, en el campo jurídico, cuando una persona – o el Ministerio Público en el área penal- mediante el ejercicio de su derecho de acción presenta determinada pretensión pidiendo la tutela judicial del Estado en un caso concreto y, en un área específica del derecho, debe sujetarse a los diversos procedimientos regulados en la ley, tomando en consideración la competencia del funcionario judicial en función del territorio, materia, grado, turno, por citar ciertas clases de competencia. Ese proceso debe seguir un cauce y respetar las reglas del juego establecidas de antemano por la ley procesal y cualquier juez para activarse, requiere normalmente como presupuesto la petición de parte. Por ello, el proceso o el conjunto de actos coordinados realizados ante un juez competente, constituyen ya de por sí un límite al poder del juez, sea este de carácter ordinario o constitucional.

El procedimiento seguido para la resolución de un conflicto, tiene como característica esencial la de propiciar un dialogo permanente entre las partes y el juez mismo, ello constituye un valor legitimador importante en el ejercicio del poder del juez. La actuación judicial solo puede ser rogada o a instancia de parte, por lo que la actuación jurisdiccional le da la potestad al juez de otorgar la tutela jurisdiccional y a las partes la facultad de instarla; el juez en la toma de la decisión final está limitado tanto por los límites procedimentales como a las soluciones normativas. (Ordonez, 2004, págs. 86,87)

A lo que anterior hay que adicionar un aspecto que influye en la posición actual del juez dentro del proceso:

Sin embargo, lo que hace diferente la posición del juez en la época actual de la propia de siglos pasados es la consideración que ahora se tiene del proceso como instrumento al servicio del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva. Así lo demuestran, por ejemplo, las experiencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español que han modificado poco a poco la posición del juez en los respectivos sistemas jurídicos (Ordonez, 2004, pág. 87).



Pero en esto, también hay que tener límites, pues el juez tampoco tiene la función de reconfigurar una determinada sociedad:

Llegados ahí no podemos dejar de preguntarnos quién ha nombrado configuradores de la sociedad o señores de nuestras conciencias personales o de nuestras culturas, a los tribunales supremos o constitucionales. Este es el problema de usar los valores constitucionales como si fueran una especie de ética social sustitutoria o acuerdo fundamental sustitutorio (Pereira Menaut, 2018, pág. 462).

El proceso entonces, marca un límite al poder del juez en las controversias que se someten a su conocimiento, orientado tanto por la rogación que se hace para su intervención, la actividad de las partes, las normas que regulan las formas del procedimiento y, el objeto mismo del proceso.

3.2.3. El lenguaje y la argumentación

De manera general, el lenguaje puede ser entendido como la forma en que una persona comunica a otra, cierto mensaje. Aunque existen varios tipos de lenguaje, verbigracia el lenguaje gestual, lo que interesa en el presente trabajo son las palabras articuladas para expresar ideas, usadas por los jueces en sus fallos. El lenguaje puede ser definido como “el conjunto de sonidos articulados con que el hombre manifiesta lo que piensa o siente”, o bien como “la manera de expresarse”, o el “estilo y modo de hablar y escribir de cada persona en particular”. (Diccionario de la real academia española, 2001, pág. 1363). Lo importante a resaltar es que, el lenguaje es el mecanismo utilizado por los jueces para dar a conocer sus fallos ya sea en forma verbal o escrita.

El lenguaje, en las áreas del derecho y, en los sistemas jurídicos, donde el juez tiene que dar a conocer las razones de su fallo, constituye por sí mismo, un límite al juzgador, pues se convierte en una forma de control de los justiciables, aunque también



puede ser usado por los jueces como murallas defensivas para querer justificar en muchas ocasiones un fallo, especialmente, si se trata del lenguaje judicial poco o nada entendible para la mayoría de la población: “El límite más evidente de la actuación judicial es el propio lenguaje que deben emplear los jueces, el lenguaje jurídico. Pero, también este mismo lenguaje, al que debe acomodarse el juez, le sirve de muro defensivo” (Ordonez, 2004, pág. 87).

Pero hoy, ya no es simplemente el lenguaje jurídico el que puede respaldar el contenido de una resolución, pues a ello se ha sumado la argumentación. Al pretender transmitir ideas con el objeto de convencer a alguien, en el campo del derecho y, en la vida, en general, se suele usar la argumentación, la que, utilizada en cualquier aspecto cotidiano, se puede definir como “la técnica que consiste en ofrecer razones que expliquen una determinada forma de actuación” (Otero, 2010, pág. 2). Empero, el significado de argumentar, puede permitir varias respuestas:

Para algunos argumentar es una actividad lingüística y un argumento es el producto de esa actividad. Para otros, la conclusión de un razonamiento es un argumento. Unos más les dan ese carácter a las premisas de un razonamiento y hay quien define el argumento como una relación entre las premisas y la conclusión (Cárdenas, 2015, pág. 32).

Para Carbonell (2014):

La argumentación es una de las principales formas a través de las cuales nos relacionamos con los demás. Cuando argumentamos, lo que hacemos en realidad es comunicarnos con los demás a través del ofrecimiento de razones. Es decir, la argumentación, nos permite ofrecer buenas razones, razones legítimas para demostrar que lo que decimos es correcto, para lograr convencer a los demás sobre cierto punto, o para que actúen como queremos que lo hagan (pág. IX).



Se puede decir entonces que “la argumentación es una actividad por medio de la cual ofrecemos razones para persuadir a una o varias personas sobre determinada conclusión a la que arribamos después de un proceso de razonamiento” (Barrios, 2018, pág. 2).

Ahora bien, ya en el campo del derecho, la argumentación recibe el nombre de argumentación jurídica. En el campo jurídico, por la naturaleza litigiosa de los problemas sometidos a un juez, se plantean peticiones, refutaciones, demandas, contestación de demandas, alegatos de inicio y finales, etc., lo que regularmente se finaliza con la decisión del juez o jueza por medio de un auto o sentencia. En estos escenarios, abogados, jueces, fiscales, etc., deben utilizar la argumentación jurídica, la cual se entiende como:

el tipo de argumentación que se produce cuando los hechos en relación con los cuales queremos explicar nuestra posición, alegando razones o argumentos que convengan al otro de su pertinencia y consecuente conveniencia de imitación, se refieren a una experiencia jurídica (Otero, 2010, pág. 2).

La argumentación jurídica no solo ayuda a dar mejores razones sobre un punto, sino que también ha modificado la forma de motivar los fallos o sentencias, como lo hace ver Prieto (Citado por Carbonell):

La manera en que los jueces y demás operadores jurídicos deben construir sus argumentos para llegar a buenas sentencias o conclusiones en el trabajo que realizan cotidianamente (sea del tipo que sea) ha cambiado de forma importante en los años recientes, tal como se explica en los distintos ensayos que integran la presente obra. Esto se debe a factores estructurales basados en el tránsito a un nuevo modelo de normas jurídicas, distinto al modelo que había descrito la teoría positivista clásica (Carbonell M. , 2014, pág. X).



Carbonell (2014) agrega que “Hoy los juristas deben trabajar no solamente con reglas, sino que también con principios, lo que hace que los requerimientos argumentativos se eleven considerablemente” (pág. X). Se trata ya entonces no solo de dar razones, sino de dar buenas razones, razones convincentes, claras y robustas motivaciones, ya no solo de los silogismos formales mediante la explicación de premisas con su correspondiente conclusión, lo que no significa restarle importancia a la lógica formal, necesaria para emitir juicios que no sean contradictorios, útil para solucionar casos sencillos mediante el procedimiento de la subsunción, pero no para la solución de casos complejos. (Barrios, 2018, pág. 3)

A lo anterior, en el caso de los órganos facultados para interpretar la Constitución, se suma el proceso relativamente reciente conocido como Neoconstitucionalismo, que exige nuevas herramientas en la interpretación y, en la argumentación, tal como lo anota el autor citado y relacionarlo con las más conocidas teorías sobre la argumentación jurídica:

La interpretación y aplicación del derecho se ha trastocado por la inclusión de los principios constitucionales y el peso de la argumentación retórica sobre una argumentación lógico formal del derecho. Las normas constitucionales no tienen la estructura clásica de las reglas legales y, por tanto, no se prestan a la subsunción. Sin embargo, ello no debe desembocar en un puro decisionismo arbitrario del juez, sino en la necesidad que este tiene de justificar adecuadamente sus fallos recurriendo a las técnicas más variadas de la argumentación, según teorías como las de Viehweg, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy, Aarnio, Peczenick, etcétera (Carbonell M. , 2014, pág. 16).

Los argumentos son los razonamientos de los que se vale la argumentación para probar sus asertos, pero argumentar no es una simple afirmación de opiniones, sino que constituye el intento de apoyar ciertas opiniones con razones, por lo que en ocasiones no todo intento de convencimiento es efectivo ni todo argumento está bien fundamentado, pues para que sea válido es conveniente que sea fruto de una



investigación de posibilidades, que no solo informe, sino que avance en la respuesta correcta que posibilite la resolución del asunto que se discute, de tal forma que se puede considerar el argumento jurídico como aquel razonamiento cuya finalidad es proponer elementos de juicio que mueven a los oyentes a adoptar una solución determinada a un conflicto de dominio que implique un justo reparto de cosas. (Otero, 2010, pág. 7)

Por ende, mediante el lenguaje y la argumentación jurídica el juez debe transmitir las razones que apoyen sus respectivas decisiones, mediante un discurso que respete las mínimas reglas de la racionalidad y que, esas razones ayuden a comprender el fallo, el cual debe ser acorde con el material probatorio rendido en la secuela de cualquier juicio y que, sobre todo atienda con sentido de justicia el conflicto que se está sometiendo a conocimiento, pues:

toda esta actividad con ser importante resultaría vacía de contenido si fuera una simple técnica, arte o habilidad. Le faltaría el alma., porque el alma de toda argumentación es a mi juicio la búsqueda de la justicia, principio medio y fin al que tenemos el deber y el orgullo de dedicar nuestra vida todos los juristas (Otero, 2010, pág. 24).

La justicia como principio de convivencia comunitaria y como un servicio que provee el Estado a sus habitantes es una virtud y un quehacer del Estado, aspecto abordado en el primer capítulo relativo a la aproximación de la justicia. Para que sea un objetivo perfectible en la impartición de justicia, sea en el ámbito ordinario o constitucional, es presupuesto que aquellos jueces y magistrados sean los más idóneos, tanto en su formación académica, ética y experiencia jurídica, para quienes el lenguaje y la argumentación sean herramientas para motivar sus fallos, entendidos también como límites para la racionalidad jurídica. El lenguaje jurídico es en ocasiones oscuro y de difícil entendimiento para la mayoría de personas, pero hoy, la función del juez tiene una dimensión que lo conecta con la observancia y el respeto de la Constitución, aspecto que en el caso de Guatemala se proyecta tanto en los jueces ordinarios, en



quienes se instala un sistema de corte difuso de raigambre norteamericana, como en los magistrados de la Corte de Constitucionalidad, quienes finalmente tienen la tarea de dilucidar casos de naturaleza constitucional, ya sea en única instancia o en segunda instancia, según la competencia asignada en la ley.

3.2.4. La motivación

En los aspectos tratados anteriormente, sobre los límites al poder del juez o magistrado, se han tocado puntos que tienen relación con la motivación. Motivar, significa también dar razones, de tal forma que explicar, argumentar y razonar es motivar. Este es un límite intenso en las decisiones judiciales, pues cada decisión tomada, apareja la necesidad de explicar el camino lógico para llegar a esa conclusión final. En concreto, todo está relacionado, pues divisar al juez como alguien que interpreta el derecho, y no solamente lo pronuncia, es hacerle ver también la necesidad de motivar y explicar sus fallos:

Puede comprenderse, por tanto, que sea preciso adoptar un enfoque que permita apreciar cómo el juez no solo aplica el derecho, sino que también lo crea, de modo que el juez ya no podrá escudarse en el derecho ofreciendo una falsa imagen de neutralidad. En suma, el juez no puede considerar que es el derecho el que resuelve los litigios que se le plantean, sino que es él mismo el que, a través del derecho, procura dirimir un conflicto (Ordóñez, 2004, pág. 98).

Indudablemente, el fundamento del juez o magistrado es el derecho, que incluye la labor de interpretación, lo constituyen las razones y motivos explicados en la resolución. Sobre, si la labor de interpretación de una norma, implica un acto de creación del derecho o un acto del reconocimiento de la norma, representan dos posiciones encontradas:



Sobre la naturaleza del acto interpretativo existen posiciones diversas; por un lado se le considera una conducta cognoscitiva dirigida a reconocer aquello que fue establecido por la norma; por otro, que es básicamente un acto de creación. Sin embargo, como en la mayoría de discusiones jurídicas, prevalece un criterio ecléctico el cual afirma que no es posible suprimir ninguno de estos dos momentos, puesto que, como acto de conocimiento, pretende desentrañar objetivamente el significado de un precepto normativo, utilizando reglas y principios preestablecidos y es un acto de voluntad en tanto que en la interpretación se plasman valores, intereses y aspiraciones propios del intérprete. En efecto, Recansens Siches afirmó que la interpretación no es una pura y estricta operación intelectual que reconstruye el sentido objetivo con base en principios lógicos y Alf Ross, coincidiendo con el profesor español ha expuesto que “el juez no es un autómatas que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones” (Flores, 2009, pág. 94).

Este planteamiento es sólido, pues el juez o magistrado discierne el contenido de la norma para aplicarla en un caso concreto; seguramente habrá como ya se dijo, conflictos que no requieren una labor de análisis compleja, lo que no acontece en la mayoría de los casos en los que se somete a discusión un conflicto o un problema sometido a conocimiento de un juez constitucional.

Sobre la motivación como límite al poder del juez, contenido en una resolución judicial, Ordoñez señala dos elementos esenciales: por un lado, la racionalidad, lo que significa que la decisión debe estar fundada en derecho y responder a unos criterios de lógica jurídica lo que impide decisiones irracionales y arbitrarias. Por otro lado, la razonabilidad, la cual implica que, en la decisión, el juez podía optar por varias soluciones racionales, pero atendiendo precisamente a su razonabilidad se justificaría la decisión elegida. Se puede considerar que en toda resolución puede haber mayor o menor razonabilidad, además de que, en ocasiones la aplicación rígida de la ley puede terminar en injusticias. (Ordonez, 2004, págs. 99-100)



La motivación entonces está íntimamente vinculada con la argumentación, el juez motiva cuando explica las razones de su decisión y, en ese espacio, está también argumentando para que se entienda el contenido y el fundamento de su decisión. La motivación de las resoluciones y sentencias se vinculan hoy con el derecho a la tutela judicial efectiva, la que exige una clara y suficiente explicación de los motivos para arribar a una decisión:

La motivación, por lo tanto, se ancla en el derecho a la efectiva intervención del juez, al derecho de los ciudadanos a obtener una tutela judicial efectiva. Por esta razón, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos considera que la motivación se integra en el derecho fundamental a un proceso equitativo. De modo que, conforme a una jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo, “las decisiones judiciales deben indicar de manera suficiente los motivos en que se fundan. La extensión de este deber puede variar, según la naturaleza de la decisión y debe analizarse a la luz de las circunstancias de cada caso en particular” (sentencias del 9 de diciembre de 1994) (Ordóñez, 2004, pág. 100).

Sobre la motivación, Julio Cordón (2012) apunta que, por medio de ella, un juez da a conocer los razonamientos determinantes de su decisión, por lo que el deber de motivar persigue como fines: garantizar la posibilidad del control del fallo por tribunales superiores en los que se incluye la justicia constitucional; lograr el convencimiento de las partes sobre la decisión judicial y finalmente, mostrar el esfuerzo del juzgador que garantiza un fallo que no sea arbitrario. (pág. 4)

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, al referirse en un fallo al deber de motivar las resoluciones, pronunció lo siguiente:

Es evidente que resulta inútil garantizar a las partes el derecho de alegar, proponer pruebas, rebatir los alegatos y controlar la prueba de la contraparte, si el tribunal, al tomar su decisión, no valora ni atiende los argumentos y elementos de convicción aportados al proceso por aquellas. En ese sentido, la única manera de determinar si



efectivamente el tribunal ha tomado en cuenta tales cuestiones es mediante la fundamentación de la decisión, la que ha de ser formulada de manera que sea factible apreciar los motivos por los cuales ha arribado a determinadas conclusiones sobre la base, precisamente, de los argumentos y pruebas incorporadas al proceso (Sentencia Exp. 2628-2006, 2007).

Sin duda, la obligación de explicar la racionalidad de los fallos, su razonabilidad, la interpretación de la norma en discusión, la obligación del juez o magistrado de dar razones suficientes sobre el contenido de su decisión constituyen límites a su poder.

3.2.5. La independencia del juez en relación con la jurisprudencia

Este aspecto limitativo del poder del juez se plantea así: tanto en los tribunales ordinarios como en los de jurisdicción constitucional, puede darse una vinculación con fallos emitidos anteriormente por los tribunales superiores. En el sistema norteamericano, obviamente la tradición ha sido el respeto al precedente judicial, aspecto que en el sistema europeo era inviable, pues en épocas anteriores se imponía la observancia del tenor literal de la ley y el rol pasivo del juez. Pero, el desarrollo del constitucionalismo ha influenciado los dos sistemas, incluso se pueden ubicar sistemas de control constitucional denominados normalmente mixtos, que toman aspectos de uno y de otro sistema. La pregunta sobre este aspecto se plantea entonces así: ¿Qué tan independiente es el juez para resolver por su vinculación al precedente y a tribunales superiores que podrían revocar lo actuado?

La independencia del juez en su decisión implica la no sujeción a poderes jerárquicos superiores o bien, a los otros organismos del Estado. Por eso, se alude a una independencia interna y a una externa, atendiendo al grado de subordinación que podría afectar su decisión dentro del mismo esquema del Organismo Judicial en el primer caso y a la posibilidad de influencias que traten de afectar su imparcialidad, provenientes de otros actores ubicados en los circuitos de los otros organismos del



Estado. Empero, en el presente caso se trata de la independencia del juez en relación con los fallos anteriores. Al respecto, partiendo de los dos sistemas de control de constitucionalidad, se plantea la evolución que han tenido en relación precisamente con la jurisprudencia:

El precedente judicial constituye un signo de identidad de la cultura jurídica anglosajona. Sin embargo, tal institución ha evolucionado de manera significativa. Por una parte, la irrupción de la legislación en los sistemas jurídicos anglosajones ha sido extraordinaria, matizando de algún modo la importancia preponderante de la jurisprudencia. Por otra parte, es muy ilustrativa la experiencia habida en el contacto del derecho británico con el derecho continental europeo, particularmente a través de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del derecho comunitario europeo, lo que ha supuesto un influjo jurídico recíproco, particularmente en lo que se refiere a la posición del juez y a los efectos de la jurisprudencia en los tribunales. En la cultura jurídica continental europea la evolución ha sido a la inversa. Partiendo de que el juez está vinculado únicamente a la ley, cuyo exclusivo intérprete era el propio legislador, se ha terminado por imponer la evidencia de la importancia que tiene la jurisprudencia en la resolución judicial de controversias. En esta evolución ha tenido una importancia fundamental, por una parte, la consagración de la supremacía de la Constitución, salvaguardada en particular por los Tribunales Constitucionales; y por otra parte, la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido decisiva, en términos equivalentes, aunque en dirección contraria, a la ejercida, como se acaba de señalar respecto del derecho británico (Ordonez, 2004, pág. 106).

Lo expuesto por el autor es interesante para los efectos de la presente investigación. Sobre el modelo norteamericano no hay mayor comentario, pues la jurisprudencia, aunque con los matices advertidos, sigue teniendo una importancia vital que identifica el sistema. En el caso europeo, lo importante es, por decirlo de alguna forma, el rol



mucho más activo del juez al concedérsele mayor importancia a la jurisprudencia, producto del influjo del derecho británico de identidad anglosajona, lo que se ha irradiado a países del modelo europeo, que, además, por la inclusión de un Tribunal Constitucional, ha fortalecido este punto, pero desde la interpretación de la Constitución. Esto implica mayor sujeción a los fallos del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, en relación con los Tribunales Constitucionales, la aprobación de una serie de instrumentos internacionales vinculantes para los países signatarios, puede provocar resoluciones contrarias al Tribunal Constitucional de un país, lo que deja más flexibilidad al juez ordinario mediante el ahora llamado control de convencionalidad que puede ser tanto difuso –realizado por tribunales ordinarios- como concentrado –realizado por el Tribunal Constitucional. Lo que se producido entonces es “una evolución gracias a la interacción entre ordenamientos y como consecuencia del diálogo entre los Tribunales y de este modo se dulcifica, en cierta medida, la tradicional jerarquía entre los Tribunales, pero también se pretende imponer por los Tribunales superiores una vinculación de los inferiores a sus criterios jurisprudenciales”. (Ordóñez, 2004, pág. 108)

Estos aspectos son importantes para el caso de Guatemala, en donde evidentemente tanto la figura del juez ordinario como el del magistrado Constitucional, en los últimos años ha evolucionado y se han colocado en un rol mucho más activo, especialmente cuando de materia constitucional se trata, verbigracia el control difuso ejercido por los procesos de amparo y el control concentrado en la resolución definitiva de estos, sin poder dejarse de mencionar los nuevos tópicos conocidos como bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad.



3.3. Sistema de control constitucional en Guatemala

En los temas anteriores, se ha hecho referencia amplia a los dos sistemas de control constitucional más conocidos y practicados en los ordenamientos jurídicos de los Estados. Los dos sistemas se identifican con varias denominaciones, por un lado, el surgido en los Estados Unidos de Norteamérica, denominado americano, difuso, de la judicial *review*, etc. y el otro, ideado por Hans Kelsen, conocido también como europeo, concentrado, etc. En los casos y en los Estados que recogen elementos de los dos sistemas mencionados, se les denomina Mixtos, por razones obvias. El objeto de este sub tema es conocer cuál es el sistema de control constitucional que se aplica en Guatemala, para poder profundizar en el último capítulo sobre las facultades de los jueces y magistrados, aunque se adelante aquí parte de esas facultades. Por ende, sirve todo lo dicho en el primer capítulo sobre el sistema jurídico de los Estados Unidos de Norteamérica basado en la confianza hacia los jueces y el sistema jurídico europeo, que contrario al anterior, desconfiaba de la actuación judicial.

Como se ha dicho, el sistema de control constitucional norteamericano se cimentó en la confianza al sector judicial, encomendándoles la propia Constitución a los jueces ser guardianes de esta, debiendo respetar y observar el principio básico que, el contenido de la Constitución debería prevalecer sobre cualquier ley o disposición que la contradijera y sobre cualquier poder público, sirviendo aquellos como equilibrio entre los organismos del Estado y llamados a velar por el respeto, observancia y cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En el sistema de control constitucional tardío que se implementó en Europa, se fundamentó en un Tribunal llamado “Constitucional” con competencias jurisdiccionales especiales para conocer también de planteamientos relacionados con el contenido de la Constitución, debiendo observar el principio que ella prevalecía sobre cualquier ley, pudiendo el tribunal expulsar del ordenamiento jurídico la que no compatibilizara con esta.

Una primera gran diferencia es precisamente que, en el sistema difuso son los jueces ordinarios ubicados a lo largo y ancho del sistema, los llamados a inaplicar en



un caso determinado una ley, disposición o reglamento que contraviniera la Constitución, mientras que, en el concentrado, tal facultad se le daba un Tribunal que doctrinariamente se le ubica como un órgano extra poder, es decir, fuera de la triada tradicional de Organismo Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Flores (2009) al referirse al sistema difuso y al fallo del célebre juez Marshall en el caso Marbury Vs. Madison, anota que:

A partir del caso Marbury Vs. Madison se desarrolló con amplitud la doctrina del control judicial de constitucionalidad, la cual fue sintetizada en la cinco tesis que, comentando el fallo, elaboró Johnson: 1. La Constitución es una ley superior; 2. Un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; 3. Es siempre deber judicial decidir entre leyes en conflicto; 4. Sí la Constitución está en conflicto con un acto legislativo, el juez debe rehusar aplicar este último; 5. Si así no se hiciera, se habría destruido el fundamento de todas las Constituciones escritas... Se dice entonces que el difuso es el control de constitucionalidad de las leyes que se confía a todos los tribunales de un estado (sic) dotándolos de la facultad y obligación de inaplicación en un caso concreto, de las leyes que se consideran contrarias a la Ley Fundamental. Este control opera en diversas formas, según los ordenamientos jurídicos que lo adoptan, prevaleciendo la preferencia por desarrollarse en vía incidental dentro del decurso de procesos ordinarios (Flores, págs. 192-193).

En Guatemala, existen elementos del sistema difuso, pues los jueces llamados ordinarios (juez de Primera Instancia, Salas de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia) tienen la facultad y competencia para conocer planteamientos de inconstitucionalidad en casos concretos, teniendo efecto lo resuelto solo en el proceso en el que se plantea.



El mismo Flores, al referirse al sistema concentrado, apunta que:

Representa la otra modalidad del control jurisdiccional y se basa en la existencia de un tribunal *ad hoc*, cuya función básica es enjuiciar con carácter exclusivo la regularidad constitucional de las leyes, no siendo posible que los órganos jurisdiccionales ordinarios tomen decisiones al respecto (Flores, 2009, pág. 194).

El caso de Guatemala es que, asume parte del sistema difuso por medio de la competencia asignada a jueces ordinarios y, la parte sin duda más importante la absorbe del sistema concentrado, al establecer un Tribunal específico en materia constitucional que, además, puede conocer en apelación los casos de índole constitucional planteados ante un juez ordinario. Por ello, el sistema de control constitucional en Guatemala se le ha denominado “Mixto”:

Muchos estados (sic) latinoamericanos han asumido el llamado sistema mixto, dual o paralelo y este es el caso de Guatemala ya que en nuestro país la Constitución recogió ambos sistemas –el difuso y el concentrado- con el objeto de proveer varias opciones para la defensa de esta. En los artículos 266 y 267 de nuestra Carta Fundamental se encuentra la regulación de ambas modalidades del control jurisdiccional y, en el 268, se contiene la creación del Tribunal Constitucional guatemalteco. Además, la Constitución generó una ley específica con rango constitucional que es la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, de tal suerte que en Guatemala se adopta un sistema mixto (Flores, 2009, pág. 203).

En efecto, el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece lo siguiente: inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos. En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y, en casación, y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.



La llamada inconstitucionalidad en caso concreto, corresponde conocerla al juez ordinario, de tres maneras tal como lo regula el texto constitucional: como acción, como excepción o como incidente y se puede interponer en cualquier clase de proceso y materia. Como acción, se alude especialmente al ámbito administrativo, sin que exista previamente un proceso principal, sino que, en efecto, la acción constituye la promoción de la demanda, por eso se le llama también:

vía directa o de demanda que se traduce en un proceso rápido, pues no se requiere la existencia de un proceso previo: en este caso, la inconstitucionalidad se promueve como “acción” y agotado el trámite correspondiente, le cual puede incluir vista pública, se dicta la sentencia que procede (Flores, 2009, pág. 210).

Se afirma que procede en el ámbito administrativo, porque tal como lo regula el artículo 118 de la LAEPC⁵:

cuando en casos concretos se aplicaren leyes o reglamentos inconstitucionales en actuaciones administrativas, que por su naturaleza tuvieren validez aparente y no fueren motivo de amparo, el afectado se limitará a señalarlo durante el proceso administrativo correspondiente. En estos casos, la inconstitucionalidad deberá plantearse en lo contencioso-administrativo dentro de los treinta días siguientes a la fecha que causó estado la resolución y se tramitará conforme al procedimiento de inconstitucionalidad de una ley en caso concreto. Sin embargo, también podrá plantearse la inconstitucionalidad en el recurso de casación, en la forma que establece el artículo anterior, si no hubiere sido planteada en lo contencioso administrativo

Significa que, la duda sobre la inconstitucionalidad de la ley debe advertirse por el afectado en el ámbito administrativo para después plantear la acción correspondiente ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, o si esto no se hiciera,

⁵ Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala.



eventualmente en un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia. Sobre el planteamiento de una inconstitucionalidad en caso concreto como excepción o como incidente, corresponde plantearla ya en un proceso iniciado, por lo que constituye una vía indirecta, al respecto Flores menciona que:

Vía indirecta que hace indefectible la preexistencia de un proceso tramitado en la jurisdicción ordinaria, dentro de la cual se plantea la inconstitucionalidad de una norma, pretensión que de ser acogida imposibilitará la aplicación de esta. La vía indirecta, que se refiere a la promoción de la inconstitucionalidad en caso concreto como excepción o como incidente, concluye con la emisión de un auto razonado (Flores, 2009, pág. 210).

Como se advierte, en el caso de la inconstitucionalidad promovida en caso concreto como acción, finaliza con una sentencia y si se promueve como excepción o como incidente, finaliza con un auto razonado. El poder otorgado al juez ordinario es evidente, pues a raíz del planteamiento, puede declarar la inconstitucionalidad de la ley enjuiciada, -en ese caso- es decir, con efectos solo para ese proceso y para las partes que intervienen en este, actuando como juez constitucional. Al respecto, Alexis de Tocqueville (citado por Pereira) adujo que:

El juez norteamericano se parece efectivamente a los magistrados de las otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político [...] los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la *Constitución* más bien que sobre las leyes. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que la parezcan inconstitucionales (Pereira-Orozco, 2007, pág. 236).

Y, al respecto, Pereira (2007) afirma que “Esa misma facultad que se le concedió al poder judicial en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, la posee el Organismo Judicial guatemalteco al poder declarar la inconstitucionalidad de una norma en caso concreto” (Pereira-Orozco, 2007, pág. 236).



Lógicamente, el poder del juez ordinario en el sistema mixto guatemalteco, se ve atenuado por la facultad de las partes de poder plantear en este tipo de inconstitucionalidad el correspondiente recurso de apelación, ante la Corte de Constitucionalidad, la que resolverá, en definitiva, aspecto que ya no corresponde al sistema difuso, sino más bien, al sistema concentrado.

El sistema mixto de Guatemala, en su característica de justicia constitucional concentrada, se fundamenta en el artículo 267 de la Constitución Política de la Republica, el cual establece lo siguiente: inconstitucionalidad de las leyes de carácter general. Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad. La creación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, se estableció en el artículo 268 Constitucional el que regula: Función esencial de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia. La independencia económica de la Corte de Constitucionalidad, será garantizada con un porcentaje de los ingresos que correspondan al Organismo Judicial.

Poco se puede cuestionar el gran poder de decisión que en materia constitucional se le concedió a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. En la Constitución promulgada en 1985, creo la institución y le dio la competencia para conocer en única instancia las acciones de la denominada “inconstitucionalidad general o abstracta”. Sobre la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Gabriel Larios (1995) Ex magistrado y Ex presidente de esta acotó lo siguiente:

La Corte de Constitucionalidad, como institución, no dispone de medios coercitivos, de fuerza material. El respeto a su posición solamente se puede lograr y sostener a través de su autoridad y el prestigio que pueda alcanzar, por medio



de sus actuaciones constitucionales, por medio del éxito en el mantenimiento del Estado de derecho Constitucional. La credibilidad en ella es básica, en consecuencia, sus decisiones solamente pueden estar inspiradas en la voluntad por mantener la institucionalidad y la constitucionalidad al margen de cualquier interés parcial de grupo o de órganos del Estado (Larios, 1995, pág. 15).

El prestigio del Tribunal constitucional de Guatemala se consolidó en los siguientes años, pues le ha tocado resolver casos trascendentes en la historia del país. Para citar un ejemplo, está el expediente de inconstitucionalidad general número 225-93, en donde se dictó la sentencia de fecha 25 de mayo de 1993, impugnándose en ese entonces las normas temporales de gobierno establecidas por el ingeniero Jorge Serrano Elías, conservándose mediante dicho fallo el régimen constitucional del país. Esa resolución histórica de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, ha sido objeto de análisis y estudio, pero en sí, lograba evidenciar el poder de dicho Tribunal en el control de los actos del poder público, pues incluso, giraron órdenes a las fuerzas de seguridad del Estado. Sobre el desarrollo cronológico de tal acontecimiento, el Ex magistrado y Expresidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Alejandro Maldonado, escribió que:

En primer término, el Decreto 1-93 del 25 de mayo de 1993 del presidente de la República, por el cual declaró interrumpidas temporalmente varias disposiciones de la Constitución, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y de la ley Electoral y de Partidos Políticos. Como consecuencia de este Decreto, la resolución de la misma fecha emitida por la Corte de Constitucionalidad, que declaró la inconstitucionalidad del Decreto 1-93 citado. En seguida, la resolución de la misma Corte del 31 de mayo, ordenando la ejecución de lo resuelto. Al haberse procedido a publicar la sentencia de la Corte del 25 de mayo y quedar acéfalo el Ejecutivo y, en ejecución de esta, el Tribunal dictó disposiciones ejecutivas tendentes a la reintegración del orden constitucional quebrantado. Esto consta en la resolución del 4 de junio de 1993. Finalmente, como conclusión restauradora del proceso constitucional, el Decreto 15-93 del



Congreso de la República que implicó el acatamiento de los resuelto por la Corte de Constitucionalidad. El Decreto 16-93 que declaró electo presidente de la República al ciudadano Ramiro de León Carpio. Posteriormente se realizó el trámite constitucional para la designación del vicepresidente de la República, que recayó en el ciudadano Arturo Herbruger Asturias (Maldonado, 2010).

Lo anterior refleja indudablemente que, las decisiones de dicha Corte son de tal trascendencia en la vida política del Estado de Guatemala y por supuesto, sus disposiciones deben ser acatadas por cualquier autoridad y personas particulares, pues su configuración institucional y su competencia de control, son parte de las reglas de juego establecidas constitucionalmente.

Sobre la inconstitucionalidad de carácter general se argumenta que:

a través de este control directo se establece la función de la Corte de Constitucionalidad como interprete máximo y definitivo de la Constitución, ya que mediante su aplicación se pretende declarar que una ley, reglamento o disposición de carácter general es total o parcialmente inconstitucional (Flores, 2009, pág. 237).

La inconstitucionalidad general de acuerdo con el artículo 267 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el artículo 133 de la LAEPC, procede por vicio parcial o total de una ley, reglamento o disposición:

pero en ninguno de ambos normativos se precisa la clase de vicio a la que se alude. La consulta de la doctrina constitucional permite establecer que en relación con los vicios propiciatorios de inconstitucionalidad los hay de dos clases: materiales y formales (Flores, 2009, pág. 238).

Para el mejor entendimiento de lo que podría constituir un vicio de los mencionados y visualizar la facultad de la Corte de Constitucionalidad Leticia Pérez (citada por Flores) aborda tal cuestión señalando lo siguiente:



A los efectos de los vicios materiales se pueden distinguir: -Inconstitucionalidad por violación de normas de primer grado o de comportamiento. Esta situación se produce cuando una ley infringe directamente la norma constitucional que establece un derecho fundamental. –Inconstitucionalidad por violación de normas de estructura o de organización. Se trata de normas que tienen como finalidad regular la producción de otras normas a todos los niveles. Estas normas no atribuyen directamente derechos o deberes a los ciudadanos, sino solo prohibiciones, permisos o mandatos. –Inconstitucionalidad por violación de los principios generales de la Constitución. Este supuesto se produce cuando una norma viola los principios de libertad, de igualdad, y no discriminación, de justicia, el pluralismo político, etc. Por aparte, los vicios formales o procesales comprenden dos aspectos: -El relativo a la incompetencia o falta de atribución del órgano que asume el poder legislativo. Ejemplo cuando no se reunieran los *quórum*s (sic) necesarios para la aprobación de una norma, o, el Gobierno se extralimitará sin respetar la reserva de ley. –El que se refiere a la regularidad del proceso legislativo. En la práctica, la infracción de determinadas normas en la producción de la ley supuestamente inconstitucional plantea problemas de orden a su tratamiento jurídico. Ejemplo la infracción de un precepto del Reglamento parlamentario obligará a valorar la naturaleza y la relevancia del precepto para distinguir entre vicios invalidantes y meras irregularidades no relevantes para anular la ley.

De tal contenido, se advierte la amplia gama de pretensiones que se pueden plantear ante la Corte de Constitucionalidad, que mediante este procedimiento de inconstitucionalidad general o abstracta posibilita el control del ejercicio del poder público ejercido por los otros organismos del Estado, llámese Ejecutivo, Legislativo e inclusive el propio Organismo Judicial, quien no está exento de emitir disposiciones o reglamentos que pudieran ser atacados por algún vicio. Se evidencia aquí, la Constitución como mecanismo de control del poder: “El constitucionalismo no gana gran cosa con que las constituciones sean cúspides del ordenamiento jurídico, sino con que efectivamente se frene el poder” (Pereira Menaut, 2018, pág. 33).



En este tipo de inconstitucionalidad se puede decretar la suspensión provisional de la norma atacada de vicio y si en caso, la sentencia acoge la inconstitucionalidad, los efectos de la suspensión se retrotraen desde la fecha que se publicó la suspensión en el Diario Oficial, aspecto regulado en el artículo 141 de la LAEPC.

Ahora bien, es procedente hacer referencia a los efectos de la sentencia que estime la procedencia de la inconstitucionalidad planteada: el artículo 140 de LAEPC regula que:

Cuando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad declare la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dejaran de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial”. Un aspecto final es que los efectos de la sentencia estimatoria “tiene carácter vinculante frente a todos, pues sus efectos son anulativos del precepto normativo impugnado, que deja de surtir efectos pro futuro o ex nunc, bien sea desde el día siguiente de la sentencia en el Diario Oficial o desde la fecha que igualmente se publicó el auto que suspendió provisionalmente la disposición atacada, según sea confirmado por el fallo que resuelve en definitiva”.⁶

A manera de colofón, el sistema de control constitucional en Guatemala es mixto, pues recoge aspectos del difuso americano y del europeo concentrado, el primero, se manifiesta en la inconstitucionalidad en caso concreto planteadas ante un juez ordinario (juez de Primera Instancia, Salas de Apelaciones o Corte Suprema de Justicia), que permiten la apelación ante el Tribunal Constitucional, pretensión que si se acoge, tal tribunal ordenará que la norma atacada de inconstitucionalidad no se aplique en ese caso en particular. El segundo, se manifiesta en la inconstitucionalidad general o abstracta, la que es conocida únicamente por la Corte de Constitucionalidad y que, en

⁶ Sentencia dictada dentro del expediente número 489-99, de fecha 14 de octubre de 1999. Gaceta número 54.

caso de acoger la pretensión, expulsa del ordenamiento jurídico la ley o parte de esta con efecto vinculante para todos. Es por demás evidente la facultad otorgada a los magistrados que integran la Corte de Constitucionalidad, como mecanismo de control, ante quienes se puede judicializar una gran cantidad de actos de los funcionarios públicos, constituyendo el juez y especialmente el magistrado constitucional un actor importante en el ejercicio del poder, lejano de aquella concepción de técnico alejado de los circuitos políticos del Estado.



CAPÍTULO IV

Función jurisdiccional del magistrado constitucional de Guatemala y sus efectos políticos



En los capítulos anteriores se ha tratado el tema de la justicia y la evolución de los jueces en una sociedad que funcione dentro de un Estado democrático de derecho. Se trató también como se conceptúa la política y su máxima expresión como manifestación del poder estatal, contextualizando en forma integral la expresión de la política, el poder y el derecho. Se analizó como en un Estado de derecho, el ejercicio del poder político expresado por las decisiones de los gobernantes y los otros Organismos del Estado tienen que estar controlados para no permitir los excesos, el abuso y los desvíos de poder que no coincidan con las aspiraciones y la consecución de los fines de un Estado democrático.

En el caso de Guatemala, se trató el sistema de control constitucional sobre leyes, reglamentos y disposiciones que pudieran contravenir su Constitución y cómo tal facultad fue concedida precisamente a un tribunal de justicia constitucional denominado Corte de Constitucionalidad. Con base en todo lo que ya se dijo, procede ahora preguntarse entonces si en realidad el magistrado integrante de la Corte de Constitucionalidad cuando en conjunto con sus pares por su carácter de tribunal colegiado le toca interpretar la Constitución confrontándolo con aquellas leyes, reglamentos disposiciones y actos autorizados, provenientes o realizados por funcionarios públicos de las más altas jerarquías, ya sea del Organismo Ejecutivo, Legislativo e incluso judicial, toma decisiones jurisdiccionales que en ciertos casos puedan producir efectos políticos.

Admitir o rechazar –sin siquiera evaluar- si las decisiones que asumen hoy los tribunales constitucionales como el caso de Guatemala, puede producir efectos políticos. Es un aspecto sobre el que no siempre se quiere profundizar, la mayoría de veces en razones infundadas, tales como considerar que el magistrado constitucional



es un funcionario que en su labor ejerce política, o que política y derecho no pueden convivir juntos, lo que finalmente incide en que, por una parte, no se profundice también en la naturaleza de las funciones del Tribunal Constitucional y de otra parte, se cuestione su competencia, funciones y alcances en detrimento de la institucionalidad.

4.1. Tensión entre poder judicial y democracia

El poder que concede la facultad de dirimir conflictos es indiscutible en el juez y en el magistrado y, se ha analizado ya su evolución en los dos sistemas jurídicos, el del *common law* en los Estados Unidos de Norteamérica que dio origen a un sistema jurisdiccional de control sobre los actos de los otros órganos del Estado y el sistema del *civil law*, practicado sobre todo por países europeos, que dieron origen al sistema constitucional denominado concentrado. Se dijo ya también que el sistema de control constitucional de Guatemala es el denominado Mixto que reúne características del *difuso* americano y del *concentrado* europeo, lugar en el que se creó la Corte de Constitucionalidad con facultades para ejercer control sobre leyes, reglamentos y disposiciones que pudieran ser atacadas de inconstitucionales y que, podrían ser eventualmente declaradas de esa forma y, en consecuencia, expulsadas del ordenamiento jurídico del país ya sea en forma total o parcial.

Evidentemente, el rol del juez y especialmente del magistrado constitucional no es el de antaño, aspecto que cada día experimenta evoluciones en las sociedades democráticas. La evolución de la concepción del juez como boca de la ley y boca del derecho, en la admisión de la labor de interpretación en la que incluso, puede existir una labor creativa, ofrece a los juzgadores un poder que antes no se conocía, especialmente en el sistema europeo, en donde anteriormente se negó cualquier rol de un juez en poder limitar decisiones de autoridades. Por otro lado, en las democracias, se ha dicho que el poder ejercido por los funcionarios tiene que estar limitado y que ese poder lo ejercen las autoridades electas por el mismo pueblo, lo que no sucede en el caso de los jueces.



El trasnochado criterio del juez ejecutor, ha cambiado especialmente en estas sociedades llamadas democráticas, las que ahora son denominadas democracias constitucionales, en las que el juez está llamado a defender aquellos derechos denominados “fundamentales” y a controlar los excesos y abusos de poder de los funcionarios pertenecientes o parte de los órganos representativos del Estado:

Se ha visto, en efecto, que todas las democracias contemporáneas son en realidad, en mayor o menor medida, democracias constitucionales. En otras palabras, han incorporado junto al principio democrático, otro por el que se crean límites a lo que la mayoría puede hacer. Así pues, el papel de la magistratura, en una democracia constitucional es el de defender los derechos de los ciudadanos incluso contra la mayoría y, por tanto, ser su guardián. La tarea del juez será entonces la de defender los derechos de los individuos y de las minorías contra posibles abusos de las instituciones político-representativas y de las mayorías que las controlan (Guarnieri & Pederzoli, 1999, pág. 138).

Lo anterior puede provocar tensiones entre las autoridades electas en forma democrática y quienes imparten justicia y, en efecto, en Guatemala, desde la instalación de la Corte de Constitucionalidad, las tensiones entre dicho Tribunal y los Organismo Ejecutivo y Legislativo han sido más que evidentes, producto de la interposición de procesos de Amparo y planteamientos de inconstitucionalidad general o abstracta de leyes aprobadas por el Congreso de la República. Claro que está de por medio, la forma en cómo se eligen los magistrados, de quienes siempre, los que ejercen el poder político, intentarán tenerlos también “controlados”. O sea que, a las facultades de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de conocer los planteamientos de apelación de inconstitucionalidad en casos concretos y los de inconstitucionalidad general en única instancia, hay que agregar la facultad para conocer todas las apelaciones de los procesos de amparo llamados bi-instanciales, conocidos en primera instancia por un juez ordinario y los procesos de amparo en única instancia, lo que será ampliado posteriormente.



Sobre el proceso de Amparo, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha dicho que:

El amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura su imperio cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícito una amenaza, restricción o violación de los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.⁷

Entonces, ya sea por el control de constitucionalidad o por los procedimientos de Amparo, se pueden presentar tensiones entre la Corte de Constitucionalidad e instituciones dirigidas por autoridades político representativas, tal como se aprecia en lo anotado por el Ex magistrado y Ex presidente de la Corte de Constitucionalidad Gabriel Larios, quien argumenta que fueron variadas las resoluciones de casos de amparo presentados y tramitados en única instancia contra los Organismos Ejecutivo y el Judicial, además de las inconstitucionalidades de ley. Cita como ejemplos la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 15-87 del Congreso de la República que pretendía endurecer la posición estatal en la lucha contra la delincuencia, dos dictámenes sobre reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos, inconstitucionalidades generales planteadas contra la Ley del Impuesto Sobre la Renta y la Ley del Impuesto de Papel Sellado y Timbres Fiscales, inconstitucionalidad total y parcial planteada contra el Decreto 52-87 del Congreso de la República, Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural en la que se declaró la inconstitucionalidad de Los Concejos Locales de Desarrollo Urbano y Rural (Larios, 1995, pág. 19).

Estos planteamientos los conoció la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, durante la primera época de control constitucional, lo que indudablemente fue aumentando cada vez más y que en efecto demuestran el control ejercido por este tribunal en los actos y disposiciones tanto de autoridades electas popularmente como autoridades del mismo Organismo Judicial, reflejo de la tensión que en ocasiones se

⁷ Expediente número 303-2001. 5 de abril de 2001, Gaceta 60, volumen II.



produce en una democracia Constitucional, tal como lo había advertido ya Ferrajoli (2014):

El constitucionalismo representa el complemento del Estado de derecho, como una extensión que comporta la sujeción a ley de todos los poderes, incluidos los de la mayoría y por tanto la disolución de la soberanía estatal interna: en el Estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley ordinaria y/o constitucional (Ferrajoli, 2014, pág. 2).

4.2. El juez y/o el magistrado, protector de los derechos fundamentales en una sociedad democrática

En principio, es conveniente aclarar o definir que son los derechos fundamentales, cuál es su contenido y que derechos se incluyen en esta categoría. Para tal efecto, Barrios (2018) al aludir a Ferrajoli en relación con los derechos fundamentales anota lo siguiente:

A la pregunta ¿Cuáles son los derechos fundamentales? Ferrajoli sostiene que se pueden aportar tres respuestas distintas, una primera respuesta la ofrece la teoría del derecho “Que los identifica con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar y que son por tanto indisponibles o inalienables”. Sin embargo, el mismo autor sostiene que esta respuesta solo nos dice qué son los derechos fundamentales, pero no cuáles son. Sobre la segunda respuesta, Ferrajoli argumenta lo siguiente: “Es la que ofrece el derecho positivo, es decir, la dogmática constitucional o internacional. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento italiano o alemán, los derechos universales e indisponibles establecidos por el derecho positivo italiano o alemán. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración universal de los derechos humanos



de 1948, en los Pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre derechos humanos (Barrios, 2017, pág. 1).

Es decir, los derechos fundamentales son aquellos reconocidos o positivizados en la Constitución de un Estado, sin perjuicio de la existencia de derechos fundamentales reconocidos en instrumentos de carácter internacional. Para diferenciarlos de los llamados derechos humanos, Pérez Luño (citado por Barrios), señala que:

Los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales, cuyo nombre evoca su función fundadora del orden jurídico de los Estados de derecho. Por tanto, los derechos fundamentales constituyen un sector, sin duda el más importante, de los ordenamientos jurídicos positivos democráticos.

En efecto, los derechos fundamentales al estar positivizados en la Constitución de un país, deben gozar de la tutela del Estado y, en caso de su violación o amenaza, puede ser exigida su restauración en la medida de lo posible, o el cese de esta, por lo que su respeto y observancia se convierte en una obligación del Estado. Unas respuestas más sobre el significado de los derechos fundamentales las ofrece Ferrajoli al afirmar que:

El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como *leyes del más débil*. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente (Ferrajoli, 2014, pág. 8).



Obviamente, este espacio es insuficiente para darle un tratamiento integral al tema de los derechos fundamentales, pues también hay quienes consideran que la positividad y su inclusión en el texto constitucional no lo hace un derecho fundamental, encontrándole similitud con los derechos humanos, pero, se estima que aunque su génesis y varias de sus características son similares a las de los derechos humanos, lógicamente su positivización en la Constitución provoca que se reclame su respeto y observancia aun en contra del Organismo Legislativo, pues una ley no puede contravenir un derecho fundamental. Sobre cuáles pueden ser los derechos fundamentales, Naranjo Mesa enuncia los siguientes:

- a) Los que son parte del ser del hombre, como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la honra, a la igualdad, a la salud, al pensamiento, a la dignidad o a la personalidad.
- b) Los que representan sus tendencias naturales más próximas y evidentes: como el derecho a la familia, a la asociación, a la comunicación, a la circulación, a la participación, a la legítima defensa ante situaciones injustas de inminente peligro, a la espiritualidad, a la productividad, al descanso y la recreación, al aprendizaje, a la enseñanza, a la cultura.
- c) Las operaciones que tienden a obtener las finalidades de necesidad inminente del hombre: como la alimentación, el desarrollo de la personalidad, el vestido, el restablecimiento de la salud quebrantada, la conservación de la integridad física, la garantía de la defensa a través del debido proceso (Naranjo, 2006, págs. 531-532).

Si se comparan estos derechos arriba enunciados, con los consagrados en la Constitución Política de Guatemala, es fácil advertir que son coincidentes en su mayoría o en todos. Se puede afirmar entonces que, los derechos fundamentales son aquellos derechos inherentes al ser humano, irrenunciables, incondicionales, imprescriptibles, limitados, positivizados en la Constitución Política de un Estado o en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos reconocidos y ratificados por el mismo Estado, de los que se puede reclamar su respeto y observancia por el ciudadano ante cualquier agente público y que, en caso de no



cumplirse, procede exigir su cumplimiento ante los órganos de control del poder público. Atendiendo a lo anterior, se comprende el vínculo de su observancia por los poderes estatales y la obligación del juez ordinario y Constitucional a ser guardián de su respeto y cumplimiento cuando el ciudadano acuda ante él, reclamando su tutela.

Los derechos fundamentales entonces, están positivizados hoy en la mayoría de las constituciones incluyendo por supuesto la Constitución de Guatemala y, en ese sentido, el juez y especialmente el magistrado constitucional por su papel de interprete último de la Constitución, está obligado a velar por la vigencia y el respeto de esos derechos en favor incluso de las minorías. Varios autores citados por Ordoñez hacen referencia a esta función del juez, así Ely argumenta que no existe duda que el juez constituye una protección esencial de las minorías frente a las decisiones mayoritarias. Pérez Serano se adelantó a su época con un estudio realizado en el que concluyó que una política notable sensu entendida, a cargo de los jueces, puede constituir remedio eficaz que modere los excesos de ritmo del poder legislativo, corrija desvaríos de la pasión instantánea y sirva de valladar inexpugnable en defensa de la dignidad humana. (Ordonez, 2004, págs. 67-68). Por ello, Ordoñez, al hacer referencia al juez como protector de los derechos fundamentales en una sociedad democrática, haciendo alusión a otros dos autores, concluye que:

Hasta tal punto se ha transformado en la sociedad democrática europea actual la función del juez que ha sido considerado, quizás de un modo excesivo, como “el único remedio para proteger los derechos de los ciudadanos” y el “último refugio de la libertad” (Ruiz Jarabo, 1993, p. 23). Se ha producido, en definitiva, una “americanización de nuestro derecho público”, lo que indudablemente repercute en la posición y el significado del juez (Rubio Lorente, 1990, p. 98) (Ordonez, 2004, pág. 68).

Es por demás evidente la trascendencia que tiene la labor jurisdiccional constitucional en el esquema político del Estado, pues todos los avances del Constitucionalismo moderno, han influenciado notablemente América Latina y

obviamente Guatemala no ha sido la excepción, la que ha tomado como se ha visto, elementos de los dos principales sistemas de control constitucional.



4.3. La justicia constitucional y la estabilidad política del Estado

La cantidad de asuntos que se puede conocer hoy en un día un juez son interminables. Con la entrada en vigor de la Constitución Política de Guatemala de 1985, se instala la Corte de Constitucionalidad con competencia para declarar inconstitucionales leyes, reglamentos o disposiciones emanadas de cualquier organismo, funcionario o empleado público, es decir, un mecanismo de control para el ejercicio del poder público que día a día ha ido expandiendo su poder para enjuiciar asuntos de contenido político, fenómeno al que se le denominado “judicialización de la política”. Esto es obviamente tema de debate, pero algo es cierto: la Corte de Constitucionalidad ha conocido y sigue conociendo en Guatemala asuntos relacionados con decisiones de autoridades con poder político, presentándose en ese contexto control sobre disposiciones legales del mismo Organismo Ejecutivo que pudiera precisamente limitar o contravenir estos derechos.

Ahora bien, siempre hay que considerar que la Constitución por su naturaleza tiene esos dos componentes: el jurídico y el político:

La Constitución siempre tiene una vertiente jurídica y otra política [...] Hay que respetar la existencia de ambas vertientes: si pretendemos juridificar demasiado la política, podríamos terminar politizando el derecho, pues en la práctica es imposible conseguir que la Constitución deje de ser política, pero no es imposible politizar el derecho (Pereira Menaut, 2018, pág. 39).

Por ello, el juez o magistrado Constitucional, tiene que proceder con la precisión de un cirujano en su toma de decisiones, para no invadir competencias estrictamente políticas, lo que no significa –y esto es lo importante- que, en determinados casos no

pueda limitar el ejercicio del poder público y con ello producir con su decisión, efectos de índole político.



El control difuso constitucional que ejerce el juez ordinario en los procesos de cualquier ramo o como juez constitucional en procesos de amparo que pueden interponerse también contra cualquier acto de autoridad pública en virtud de la amplitud del amparo, permite la revisión del Tribunal Constitucional en el recurso de alzada, unificando en gran medida la interpretación de la ley y de la Constitución misma. Cuando los conflictos sometidos a conocimiento del Tribunal Constitucional provocan tensión entre el sistema democrático y la función de administrar justicia, sus resoluciones en muchos casos han fortalecido el mismo el sistema y mantenido la estabilidad política.

Algo que ha sido recurrente en la historia es que, el poder político siempre ha querido tener bajo su subordinación al poder judicial, es decir, a los jueces, de ahí es que derivan los sistemas de ingreso y permanencia en las judicaturas, lo que se ha ido reconfigurando con el protagonismo adquirido por los jueces en la medida de su autonomía del poder ejecutivo:

Vale la pena subrayar que en las concepciones tradicionales del papel y de la función del juez, no existía espacio para identificar una relación verdaderamente dialéctica entre los jueces y poder político. Por el contrario: muchos factores convergían –y todavía hoy convergen en los ordenamientos en los que dichas concepciones permanecen o son dominantes- para configurar esta relación en términos de subordinación de la magistratura al poder político (Taruffo, 2005, pág. 9).

La tensión entre los jueces y quienes disponen cuestiones ejecutivas o legislativas, - que no son frecuentes-, pero algo inevitable en la concepción moderna de Estado democrático de derecho, en los que imperiosamente el poder público requiere de mecanismos de control para que, El Estado por medio de sus agentes estatales –todos



sin excepción- cumplan con los grandes fines del Estado, tales como la paz social, la justicia, el bienestar de los ciudadanos traducido en el bien común:

No es necesario entrar al análisis específico de los mecanismos de control constitucional de las leyes y de tutela jurisdiccional de los valores fundamentales y de los derechos de los ciudadanos. Basta con subrayar que la garantía de dichos valores y derechos se delega particularmente a los jueces que deben interpretar y aplicar de diferentes maneras las normas que los expresan a nivel constitucional y en el plano de la legislación ordinaria. Al realizar esta función, el juez ejerce un papel fundamentalmente político: lleva a cabo elecciones que con frecuencia tienen una importancia política relevante, determina arreglos económicos, establece la distribución de la riqueza, garantiza los derechos fundamentales, condiciona el desarrollo de las relaciones políticas, individuales y colectivas (Taruffo, 2005, pág. 15).

El rol mucho más activo de las judicaturas, especialmente las de control constitucional dependiendo del sistema que se asuma, es lo que ha llevado al concepto de politización de la justicia, el que hace referencia:

a tres tipos de funciones que cumple el poder judicial: a) la de guardián de la constitución frente a las decisiones políticas, b) la de árbitro en conflicto en torno a los alcances y límites del poder político y c) la de fiscalización de la tarea de los políticos (Ansolabehere, 2005, pág. 41).

Se puede o no estar de acuerdo con el espacio de poder mucho más amplio que experimenta el juez hoy y con mucha más nitidez, el juez o magistrado Constitucional, pero lo que se no puede negar, es la incidencia que juega hoy en las democracias modernas en la resolución de conflictos otrora inimaginables en países con sistemas políticos totalitarios que han cambiado, siendo por su papel y sus funciones, un medio de control que repercute en la estabilidad política de los Estados, como el caso de

Guatemala. Desde la creación del Tribunal Constitucional y conforme a sus funciones, le ha tocado resolver casos trascendentes en la historia política del país.



Para citar dos ejemplos, está el expediente de inconstitucionalidad general número 225-93, en donde se dictó la sentencia de fecha 25 de mayo de 1993, impugnándose en ese entonces las normas temporales de gobierno establecidas por el ingeniero Jorge Serrano Elías, conservándose mediante dicho fallo el régimen constitucional del país; y el segundo caso, el expediente número 1089-2003 en donde se dictó la sentencia de amparo en segunda instancia, de fecha 14 de julio de 2003, que examina la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia constituida en Tribunal de Amparo, en el amparo promovido por José Efraín Ríos Montt en su calidad de Secretario General del partido político Frente Republicano Guatemalteco contra el Tribunal Supremo Electoral, resolviendo con lugar la apelación, otorgando el amparo al recurrente y dejando en suspensión la resolución dictada por el Tribunal Supremo Electoral, dando de esa forma viabilidad a la inscripción de José Efraín Ríos Montt como candidato a la Presidencia de la República en la contienda electoral que se avecinaba en ese entonces, apartándose la Corte de Constitucionalidad de sus mismos fallos.

Estos casos ejemplifican la compleja labor de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, las tensiones que ha tenido con otro u otros organismos del Estado, pero también coloca en el debate académico y público la necesidad de revisar los requisitos para ser magistrado de la Corte de Constitucionalidad y el replanteamiento de la responsabilidad que puede generar el desempeño de la función. En el caso de la inconstitucionalidad general dictada dentro del expediente 225-93 que dejaron sin efecto las normas temporales de gobierno, se estima que la Corte de Constitucionalidad actuó como guardián de los derechos fundamentales de los ciudadanos y del Estado constitucional de derecho, pero en el segundo caso, sentencia de Amparo en segunda instancia número 1089-2003, hay muchos juristas que consideran el desatino de los magistrados que integran la Corte de Constitucionalidad de esa época, lo que pone en la mesa de discusión, si en efecto, se podría considerar ya una responsabilidad de carácter político.

4.4. La configuración política y jurídica del Tribunal Constitucional de Guatemala



La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 269 establece que “La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco magistrados titulares, cada uno de los cuales tendrá su respectivo suplente. Cuando conozca de asuntos de inconstitucionalidad en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el presidente o el vicepresidente de la República, el número de sus integrantes se elevará a siete, escogiéndose los otros dos magistrados por sorteo de entre los suplentes.

Esta primera parte del artículo regula la cantidad de magistrados Titulares que integran la Corte para conocer de un asunto, lo que, en caso de ausencia de un titular, el respectivo suplente la integrara, pero, además, contempla en qué casos se tendría que integrar con siete magistrados mediante sorteo entre los suplentes, que se presenta, para conocer asuntos planteados en contra de actos o disposiciones de las autoridades de más alta jerarquía de los tres organismos del Estado.

Sobre la autoridad que les designa, el mismo artículo establece que “Los magistrados durarán en sus funciones cinco años y serán designados en la siguiente forma:

- a) Un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia;
- b) Un magistrado por el pleno del Congreso de la República;
- c) Un magistrado por el presidente de la República en Consejo de ministros;
- d) Un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala; y
- e) Un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados”

Simultáneamente con la designación del titular se hará la del respectivo suplente, ante el Congreso de la República. La instalación de la Corte de Constitucionalidad se hará efectiva noventa días después que la del Congreso de la República.



Como se advierte, son cinco magistrados titulares y cinco suplentes, teniendo lógicamente más importancia la titularidad por ser quienes en inicio integran la Corte para el conocimiento de cualquier asunto, que en la mayoría de los casos se conoce por estos cinco magistrados. Ahora bien, un magistrado titular con su respectivo suplente es designados por órganos o autoridades que, en el entramado organizativo del Estado, ejercen en su mayoría algún tipo de poder político en mayor o menor medida, aspecto que ya trató en el capítulo II atinente a la política.

Un magistrado titular y suplente es designado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia, órgano colegiado de carácter jurisdiccional que hasta hace poco conocía también de asuntos de carácter administrativo propios del Organismo Judicial, por la nueve Ley de la Carrera Judicial que creó el Concejo de la Carrera Judicial.

La Corte Suprema de Justicia, no deja de ser un órgano jurisdiccional que en el control difuso puede conocer procesos de amparo en primera instancia en contra de varias autoridades establecidas en el artículo 12 de la LEEPC. Se puede decir que, de todos los órganos facultados para designar, es el menos político, aclarándose que, cuando se hace referencia a lo político, tal como se ha explicado y argumentado anteriormente, se alude a su posición como órgano de control de los demás organismos del Estado, pero los mismos magistrados de la Corte Suprema de Justicia son escogidos por el Congreso de la República, de una lista que envía una Comisión de postulación.

Otro órgano, en este caso el Congreso de la República en pleno, elige a otro magistrado y su suplente, designación que se realiza entonces por un órgano político por excelencia. Se diría que la ventaja es que el órgano que designa, es electo popularmente, por lo que tiene el aval de las mayorías para ejecutar las facultades que



la Constitución le asigna. Lo mismo se puede decir del presidente de la República, (autoridad política por excelencia), quien en consejo de ministros designa a otro magistrado titular y suplente, sabiendo el carácter preponderante de las decisiones del presidente para poder nombrar a alguien afín a los intereses estatales.

Otro magistrado y su respectivo suplente es designado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, lo que a primera vista se podría afirmar que atiende de criterios académicos y que, en virtud de ello, sería difícil la infiltración de interés estatales en la designación; sin embargo, la actividad política dentro de la universidad y sus vínculos con actores externos ha sido un problema que se ha señalado reiteradamente. Finalmente, un magistrado y su suplente es designado por la Asamblea del Colegio de Abogados, entidad gremial que aglutina en su seno a los abogados colegiados de todas las universidades que funcionan en el país y que no deja de ser un actor con intereses de carácter político, aparte que, tal designación se hace con votación de los agremiados, lo que abre la puerta para la realización de campañas político gremiales, en las que no se puede garantizar la ausencia de intereses político estatales o de otro grupo.

En suma, la mayoría de los órganos y/o autoridades que designan a los magistrados de la Corte de Constitucionalidad, tienen una naturaleza política representativa, pues unos como el caso del presidente de la República y el Congreso, son electos mediante el sufragio libre de los ciudadanos. El Consejo Superior Universitario de la Universidad San Carlos de Guatemala, conformado por representantes electos por estudiantes, docentes y profesionales ya egresados, constituye un órgano representativo de la máxima casa de estudios del país y única universidad estatal.

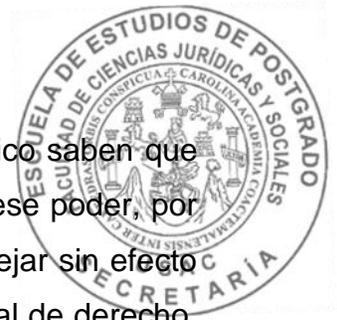
La posibilidad que los órganos (Corte Suprema de Justicia, presidente de la República y ministros, Congreso de la República) que detentan las mayores cuotas del poder del Estado puedan favorecer la integración de una Corte de Constitucionalidad afín a sus intereses es probable, sumado a que también la política partidista o estatal pueda influenciar la elección de los otros dos entes (Consejo Superior Universitario de



la Universidad de San Carlos de Guatemala y Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala), se pueda presentar, constituyen riesgos latentes en la conformación de dicho órgano. Sobre las votaciones por la forma de integración de la Corte de Constitucionalidad, Luis Sáenz apuntó que:

Al integrarse de esa forma, se advierte, los detentadores del poder reúnen fácilmente tres de los cinco votos requeridos y, cuando se integra con siete magistrados –sumados dos suplentes-, la probabilidad de que esos suplentes sean de los designados por los tres Organismos de Estado es altísima, especialmente si se toma en consideración la llamada “manipulación” del sorteo para seleccionar a otros dos magistrados para integrar Corte –artículo 7 del Acuerdo 3-89 de la Corte de Constitucionalidad –Disposiciones reglamentarias internas No. 1-89 de la Corte de Constitucionalidad- y resolver no conforme la Constitución, sino, según los dictados de los detentadores del poder. Esto es la “toma democrática” de la Corte de Constitucionalidad y, con ese acto, la pérdida del sentido del Estado constitucional de derecho, que todo ciudadano está llamado a evitar. En nota de prensa de Claudia Méndez Villaseñor, aparecida en el diario Prensa Libre de 21 de agosto de 2003 se señala que el [...] “presidente de la Corte de Constitucionalidad (CC), habría ingeniado una forma para garantizar que las acciones sobre Efraín Ríos Montt siempre sean conocidas por magistrados afines al eferregismo. Alterar el peso de las balotas que se utilizan para el sorteo sería la forma”. Por acuerdo 5-2006 de la Corte de Constitucionalidad, la Corte instalada el 14 de abril de 2006, dispuso que el presidente del tribunal, asistido por el Secretario General de la institución y en presencia de los demás magistrados Titulares, escogerá a los magistrados Suplentes que sea necesario (Sáenz, 2006, pág. 126).

De modo que, sí es posible influenciar e incluso manipular la integración de la Corte de Constitucionalidad para conocer de un caso concreto, obviamente este riesgo se presenta en la conformación de una Corte, por la finalización del período constitucional de otra. Las razones sobre por qué se pueden dar estas influencias y manipulaciones,



encuentra una lógica respuesta en que, los detentadores del poder público saben que el Tribunal Constitucional en su actuar, es un mecanismo de control de ese poder, por lo que puede y tiene la facultad como intérprete de la Constitución, de dejar sin efecto cualquier acto, ley o disposición que atente contra el Estado constitucional de derecho. Esta nueva posición de un juez, si bien es una actividad jurisdiccional, tiene por decirlo de alguna forma, el poder de controlar el poder público. Esta facultad del juez constitucional tiene que realizarse siempre con mesura:

A pesar de lo que pudiera desprenderse de los fallos de nuestro Tribunal Constitucional, creo que como sostiene de Otto, el control de constitucionalidad basado en los preceptos que lo consagran está sujeto a límites. Y es que “si se pudiera enjuiciar la adecuación entre la ley y el fin constitucionalmente prescrito – por ejemplo, si una ley es o no adecuada al fin de procurar a todos una vivienda digna (art. 47) –el Tribunal Constitucional estaría suplantando al legislador en su función estrictamente política de elegir los medios conducentes a un fin. El respeto a la posición de la ley en el ordenamiento jurídico [...] exige que el Tribunal Constitucional se limite a sancionar la infracción frontal del mandato, esto es, aquellos supuestos en que la ley resulte manifiesta y claramente contraria al fin prescrito (Pereira Menaut, 2018, pág. 429).

La conformación de la Corte de Constitucionalidad, atiende entonces tanto a factores políticos como jurídicos, lo que no significa que sea malo, sino la tergiversación que se pueda presentar en los órganos llamados a designarlos.

El último párrafo del artículo 269 de la Constitución de Guatemala, establece que “Los magistrados durarán en sus funciones cinco años”. Tanto el tiempo de duración en el cargo, como los tiempos de su designación, propicia influencia por parte de sus electores, puede condicionar su labor ya en el ejercicio del cargo y permite también la intromisión de intereses partidistas y estatales. Un plazo más largo dotaría a los magistrados de mayor independencia ante sus electores y actores con intereses espurios. El Ex magistrado de la Corte de Constitucionalidad, Roberto Molina Barreto



considera propicio un plazo de 10 años con posibilidad de reelección y evaluarse la conveniencia de contemplar el sistema de renovación parcial. De otro lado, la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de magistrados y Abogados recomendó eliminar el plazo de cinco años para el ejercicio de la judicatura por considerar que debilita el poder judicial, afecta la independencia de los jueces y el desarrollo profesional. (Molina, 2011, pág. 7)

Sobre el periodo de funciones, se estima que ocho años garantizaría mayor independencia del magistrado constitucional en sus funciones, a la par de la eliminación de los magistrados suplentes, quienes solo integran la Corte en ocasiones esporádicas, pudiendo por lo demás, laborar en forma independiente, lo que atenta contra su imparcialidad.

A la forma de integrar la Corte de Constitucionalidad, hay que agregar los requisitos que se exigen para ser magistrado de este alto tribunal. Sobre un perfil obligatorio que atendiera sobre todo a la experiencia jurisdiccional, la trayectoria académica y laboral, a conocimiento depurado y específico en materia de derecho constitucional, y un procedimiento que permitiera seleccionar a las mejores personas en esa área para integrar el Tribunal Constitucional, es algo deseable, pero ausente en la regulación. Los requisitos que se exigen la Constitución, establecidos en el artículo 270 son los siguientes:

- a) Ser guatemalteco de origen.
- b) Ser abogado colegiado.
- c) Ser de reconocida honorabilidad.
- d) Tener por lo menos quince años de graduación profesional.

El primer requisito es razonable, pues toma en cuenta el lugar de nacimiento que es un vínculo necesario para el ejercicio de un cargo de vital importancia. La colegiación como Abogado, es un requisito formal, pues necesariamente el magistrado debe ser graduado en esta profesión y agremiado al Colegio de Abogados y Notarios de



Guatemala. El requisito de la honorabilidad, indispensable para el ejercicio de un cargo público, presenta los inconvenientes en la praxis sobre su significado, pero necesariamente debería atender a la reputación que tiene la persona en el país. Los quince años de graduación profesional, importante por la experiencia que se pudo haber adquirido, no garantiza el conocimiento depurado y específico sobre el área del derecho constitucional. El artículo 152 de la LAEPC establece que los magistrados de la Corte de Constitucionalidad, además de los requisitos ya explicados, deberán ser escogidos preferentemente entre personas con experiencia en la función administración pública, magistraturas, ejercicio profesional y docencia universitaria, según sea el órgano del Estado que lo designe, sobre todo, probos y con sobrado conocimiento teórico y práctico en el área de derecho constitucional.

El problema que se percibe a simple vista, es que estos requisitos no son vinculantes para quien designa, pues el texto dice “preferentemente” y, la experiencia en las designaciones de las Magistraturas pasadas no precisamente lo atienden, sumándose a ello que no se regula tampoco en este artículo la exigencia del conocimiento académico en materia constitucional. Los magistrados de la Corte de Constitucionalidad como se ha dicho, tienen en sus manos y en sus decisiones la gran responsabilidad de ser interpretes finales de la Constitución, por lo que lo menos que se debería exigir, es su integración por personas idóneas, con una amplia cultura y conocimiento de la historia del país, con sobrados conocimientos en materia de derecho constitucional, con solvencia ética y académica, sin compromisos o nexos con sectores que pudieran condicionar su actuar y por supuesto que no estaría de más, con sobrada experiencia en el campo jurisdiccional, pero a dicha experiencia habría que agregar siempre un plus de calidad, es decir, el procedimiento que permitiera escoger a los mejores.

El problema que acarrea los requisitos exiguos para conformar el Tribunal Constitucional, es que, quince años de experiencia, colegiación activa, nacimiento de origen en el país y la discutida honorabilidad que no se respeta, pueden ser fácilmente cumplidos hoy por muchos abogados liberales, abogados funcionarios. Lo que no



garantiza la designación de los mejores profesionales para integrar la Corte, siendo más grande el riesgo de su tergiversación al no existir exigencias de un perfil idóneo para el desempeño de una Magistratura de tal importancia.

Las exigencias en la Magistratura por la naturaleza de los casos que se someten a conocimiento de la Corte de Constitucionalidad son complejas, la función del magistrado como integrante de un órgano de control que le concede facultades para inaplicar leyes en casos concretos, declarar actos, disposiciones y leyes inconstitucionales de forma general con efectos *erga omnes* (respecto de todos). Además de la competencia para conocer procedimientos de amparo por violaciones o amenazas a los derechos consagrados constitucionalmente, los que puede dirigirse a autoridades de alta jerarquía de cualquier organismo del Estado, exige calidades éticas incuestionables, conocimiento amplio y depurado en el área de derecho constitucional, un amplio conocimiento sobre la historia de Guatemala, experiencia y calidad demostrada en el ejercicio de la profesión o función pública, etc.

4.5. El control de la Corte de Constitucionalidad sobre los actos de los organismos Ejecutivo y Legislativo en Guatemala

Corresponde ahora analizar las facultades de la Corte de Constitucionalidad como órgano de control del ejercicio del poder. En el capítulo anterior se trató el sub tema del tipo de sistema de control constitucional que tiene Guatemala, el cual es mixto, desarrollándose dentro de este el control de tipo difuso realizado por los jueces ordinarios (jueces de Primera Instancia, magistrados de Salas de Apelaciones y magistrados de la Corte Suprema de Justicia), quienes pueden conocer del planteamiento de inconstitucionalidades en el caso concreto, las que son susceptibles de ser conocidas mediante apelación por la Corte de Constitucionalidad como interprete final de la Constitución. Se desarrolló en parte también el planteamiento de las inconstitucionalidades generales o abstractas planteadas directamente ante la Corte



de Constitucionalidad en las que puede declarar inconstitucionales actos, disposiciones o leyes por contravenir la Constitución.

El artículo 272 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula las funciones de la Corte de Constitucionalidad, refiriéndose a la competencia de dicha Corte sobre los asuntos que puede conocer, para tal efecto, se analizará en qué casos o supuestos de la ley, la Corte funciona como órgano de control de los actos tanto del Organismo Ejecutivo como Legislativo, quienes naturalmente concentran poder político al tener facultades de aprobación de leyes en el caso del Congreso y facultades ejecutivas en el caso del Ejecutivo.

El inciso a) del artículo mencionado establece: a) Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad. Sobre esta facultad, se dijo ya que responde a la característica del control concentrado de la Constitución y se detallaron cuáles pueden ser los vicios de inconstitucionalidad materiales y formales que puedan dar lugar a impugnar una ley, un reglamento o una disposición. Lo que es necesario insistir es que, en este inciso se regula precisamente la facultad de la Corte para declarar la inconstitucionalidad total o parcial de una ley, reglamento o cualquier otra disposición aprobada por el Congreso de La República de Guatemala, pudiendo la Corte desde el inicio del trámite decretar la suspensión provisional de la norma impugnada de inconstitucional. Obviamente, un reglamento puede ser emitido también por los ministros del Organismo Ejecutivo o por cualquier autoridad ejecutiva. El efecto más importante al estimarse procedente la inconstitucionalidad es el siguiente:

Quizá el efecto más importante es el descrito en la sentencia proferida el 14 de octubre de 1999, expediente 489-99, Gaceta No. 54: “Cuando se trata de inconstitucionalidad general o abstracta, prevista en el artículo 267 ibid. La sentencia estimatoria tiene carácter vinculante frente a todos, pues sus efectos son anulativos del precepto normativo impugnado, que deja de surtir efectos pro futuro o ex nunc, bien sea desde el día siguiente de la publicación de la sentencia



en el Diario Oficial o desde la fecha en que igualmente se publicó el auto que suspendió provisionalmente la disposición atacada, según se confirmó por el fallo que resuelve, en definitiva (Flores, 2009, pág. 250).

Este tipo de control constitucional, rasgo del sistema concentrado, va dirigido al control de disposiciones normativas promulgadas por el Congreso de la República que pueden ser cualquier tipo de ley ordinaria, pero también incluye disposiciones reglamentarias que bien pueden ser aprobadas por el Legislativo (caso de reglamentos de leyes) o bien reglamentos dictados por autoridades del Organismo Ejecutivo y cualquier otro tipo de autoridad. Por ello en los mismos albores del Constitucionalismo concentrado, su creador, aunque no admitió una función política del juez que le tocara conocer de este tipo de casos, visualizaba ya el control sobre el ejercicio del poder de órganos políticos:

Ya el propio H Kelsen no pudo por menos de reconocer que, aun admitiendo que la función del Tribunal Constitucional no es una función política, sino judicial, como la de cualquier otro tribunal, existe una diferencia importante entre ellos. "Desde el punto de vista teórico -escribe- la diferencia entre un Tribunal Constitucional y uno ordinario (civil, penal o administrativo) consiste en que si bien ambos producen y aplican derecho, el segundo produce solo actos individuales, mientras que el primero, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de la norma inconstitucional, no produce, sino que anula una norma general, realiza el acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como *legislador negativo* (Cazor Aliste, 2001, pág. 93).

Para entender de mejor forma lo dicho por Kelsen en su momento sobre este tipo de control, Herrera, citado por Cazor, adujo que:

Para precisar esta concepción kelseniano, C. M Herrera ha dicho lo siguiente: el jurista vienés reconoce que un Tribunal Constitucional, así entendido, excedería



una función estrictamente jurisdiccional, lo que lo convierte en un *legislador negativo*; aunque se apresura a precisar que con menos poder que el Parlamento, que tiene pocas limitaciones en cuanto al contenido legislativo, en tanto que la justicia constitucional se atiene a anular una ley tomando en cuenta principalmente el procedimiento de creación. En última instancia -prosigue-en la concepción kelseniana, el Tribunal Constitucional tiene una importancia política de primer orden: él es 'la garantía de paz política en el interior del Estado (Cazor Aliste, 2001, pág. 93).

Lo anterior es importante pues, aunque el Tribunal Constitucional de Guatemala, con rasgos de los sistemas difuso y concentrado, puede dejar sin efectos leyes aprobadas por el Organismo Legislativo, además de las facultades de control que se han mencionado, sobre otras autoridades, no podrían llegar al extremo de moldear la cultura y la conciencia de una sociedad:

No podemos dejar de preguntarnos quién ha nombrado configuradores de la sociedad, o señores de nuestras conciencias personales o de nuestras culturas a los tribunales supremos constitucionales. Este es el peligro de usar los valores constitucionales como si fueran una especie de ética social sustitutoria o acuerdo fundamental sustitutorio (Pereira Menaut, 2018, pág. 462).

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, tiene la facultad de enjuiciar leyes, reglamentos y disposiciones confrontándolas con la Constitución Política de la República de Guatemala, trascendiendo la función del juez al poder dejar sin efecto estas disposiciones realizadas o autorizadas por un órgano eminentemente político y es desde esta perspectiva de control jurisdiccional de los actos políticos que debe comprenderse los efectos políticos de la función jurisdiccional del magistrado Constitucional: ya no es un espectador de los acontecimientos políticos, sino un actor en los conflictos políticos, obligado a actuar cuando dichos actos se impugnen de inconstitucionales, velando siempre por el respeto de los derechos fundamentales, la

arbitrariedad, el abuso y desvío de poder, sirviendo de control, freno y equilibrio de los órganos del Estado.



El inciso b) del artículo 272 de la Constitución de Guatemala, establece: conocer en única instancia en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el presidente y el vicepresidente de la República.

El inciso c) establece: conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia. Si la apelación fuere en contra de una resolución de amparo de la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad se ampliará con dos vocales en la forma prevista en el artículo 268.

Es justamente sobre el amparo, que corresponde explicar con mayor amplitud en este apartado, porque no corresponde al típico control de constitucionalidad general o abstracta o de una ley en el caso concreto. Al referirse al Juicio de Amparo, Carlos Cerna considera que el sistema de control por órgano jurisdiccional se puede realizar por vía de acción o por vía de excepción. Burgos (citado por Cerna) refiere que en vía de acción su funcionamiento se desarrolla en forma de verdadero proceso judicial con participación de las partes, persiguiendo el afectado la declaración de inconstitucionalidad del acto, lo que debe resolver una autoridad judicial distinta a la responsable. En tanto que la vía de excepción, según Cerna, la impugnación no se hace en un juicio ante autoridad judicial distinta, sino se promueve como defensa en un juicio previo en el que uno de los litigantes invoca la ley reputada como inconstitucional y que el juez de conocimiento ha aplicado, siendo el país típico donde se aplica, los Estados Unidos de América. Así que, el juicio de Amparo, es un medio de control constitucional ejercido por órganos jurisdiccionales en vía de acción. (Rodríguez-Cerna, 2011, pág. 45)

En tanto que, para Edmundo Vásquez Martínez (Citado por Flores) “El Amparo es un proceso de rango constitucional, especial por razón jurídico material, que tiene a

obtener la satisfacción de una pretensión de mantenimiento o restitución de un derecho fundamental que ha sido conculcado” (Flores, 2009, pág. 277). Ignacio Burgoa Orihuela (Citado por Sánchez Bringas) al referirse al Juicio de Amparo, anota que:



Conforme a su esencia teleológica, el juicio de amparo se revela teórica e históricamente como un medio de control o protección del orden constitucional contra todo acto de autoridad que afecte o agravie a cualquier gobernado y que se ejercita exclusivamente a impulso de este. La Constitución es, por ende, el objeto natural y propio de la tutela que el amparo imparte al gobernado, de cuya aseveración se deduce la doble finalidad inescindible que persigue nuestra institución, a saber: preservar, con simultaneidad inextricable, la Ley Suprema del país y la esfera específica de dicho sujeto que en ella se sustenta, contra todo acto del poder público. Pues bien, siendo la Constitución el objeto tutelar del juicio de amparo con la modalidad inherente que se acaba de apuntar, es al mismo tiempo la fuente de su existencia y su fundamento primordial (Sánchez, 2002, pág. 679).

De las definiciones apuntadas, se estima que el amparo en efecto es un verdadero juicio en que, a instancia del perjudicado, se reclama ante un órgano jurisdiccional el restablecimiento de un derecho fundamental violentado o amenazado, establecido en la Constitución Política de la República para que este se restituya o cese su amenaza, establecido el juicio y el derecho también en la Constitución, por lo que constituye ineludiblemente un medio de control contra el ejercicio del poder público ejercido por las autoridades.

En Guatemala, no es el amparo el procedimiento para atacar de inconstitucional una ley, pues la declaratoria en sentencia de amparo que estime su procedencia, no resuelve que la ley, el acto o la disposición atacada quede sin efecto, sino que tiene un efecto preventivo cuando ordena el cese de la amenaza del derecho, o restaurativo cuando ordena el cese de la violación del derecho quebrantado. Por supuesto, el amparo es un punto sobre el que habría que profundizar, desbordando los objetivos de



la presente investigación. Empero, indudablemente se suma a las facultades de la Corte de control de la Corte de Constitucionalidad sobre los órganos estatales, sean de cualquier organismo del Estado, incluso del judicial.

Algo que es importante anotar, es sobre las características del juicio de amparo en Guatemala y al respecto Martín Guzmán (Citado por Flores) identifica las siguientes: es un proceso jurisdiccional; posee rango constitucional; es especial por razón jurídico material, es decir, su carácter subsidiario y extraordinario, porque opera únicamente cuando los procedimientos y recursos ordinarios han fallado en su misión de proteger o preservar los derechos reconocidos en las Constitución y, en otras leyes, o admitido por el orden constitucional. Es político, pues opera para controlar el ejercicio del poder público; es un medio de protección preventivo y restaurador; su ámbito de aplicación es amplio, pues opera sobre cualquier área en que se ejerza el poder público y por disposición legal, sobre otras consideradas de naturaleza privada que genere relación de poder. (Flores, 2009, págs. 277-278)

Lo mencionado ilustra acertadamente las características de este juicio, siendo relevante insistir en su carácter político como instrumento de control del poder público, pues mediante los juicios de amparo, la Corte de Constitucionalidad puede declarar con lugar las acciones entabladas contra una serie de autoridades que la LAEPC⁸ establece, ordenando que cese el acto, los efectos de una resolución, ley, reglamento, acuerdo, etc. Una característica que cabe añadir, es que el Amparo, el recurso de Exhibición Personal, la inconstitucionalidad de leyes en caso concreto e inconstitucionalidad de leyes de carácter general están regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala como garantías constitucionales y medios de defensa del orden constitucional.

⁸ Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.



La Constitución de Guatemala, en su artículo 265 establece que:

Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de estos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan

Tal artículo casi se replica de manera literal en el contenido del artículo 8 de la LAEPC. El artículo 9 regula quiénes son los sujetos pasivos del amparo, pero de manera general establece que podrá solicitarse amparo contra el poder público, incluyendo entidades descentralizadas o autónomas, las sostenidas con fondos del Estado creadas por ley o concesión o las que actúen por delegación de los órganos del Estado, en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante. El artículo 10 establece los casos de procedencia del amparo en Guatemala: La procedencia del amparo se extiende a toda situación que sea susceptible de un riesgo, una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes de la República de Guatemala reconocen, ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de derecho público o entidades de derecho privado. Toda persona tiene derecho a pedir amparo, entre otros casos:

Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que establece la Constitución o cualquiera otra ley.

Para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento, una resolución o acto de autoridad, no obligan al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por cualquiera otra ley.



Para que en casos concretos se declare que una disposición o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República; no le es aplicable al recurrente por violar un derecho constitucional.

Cuando la autoridad de cualquier jurisdicción dicte reglamento, acuerdo o resolución de cualquier naturaleza, con abuso de poder o excediéndose de sus facultades legales, o cuando carezca de ellas o bien las ejerza en forma tal que el agravio que se causare o pueda causarse no sea reparable por otro medio legal de defensa.

Cuando en actuaciones administrativas se exijan al afectado el cumplimiento de requisitos, diligencias o actividades no razonables o ilegales, o cuando no hubiere medio o recurso de efecto suspensivo.

Cuando las peticiones y trámites ante autoridades administrativas no sean resueltos en el término que la ley establece, o de no haber tal término, en el de treinta días, una vez agotado el procedimiento correspondiente; así como cuando las peticiones no sean admitidas para su trámite.

En materia política, cuando se vulneren derechos reconocidos por la ley o por los estatutos de las organizaciones políticas. Sin embargo, en materia puramente electoral, el análisis y examen del tribunal se concretará al aspecto jurídico, dando por sentadas las cuestiones de hecho que se tuvieron por probadas en el recurso de revisión.

En los asuntos de los órdenes judicial y administrativo, que tuvieren establecidos en la ley procedimientos y recursos, por cuyo medio puedan ventilarse adecuadamente de conformidad con el principio jurídico del debido proceso, si después de haber hecho uso el interesado de los recursos establecidos por la ley, subsiste la amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.



Lo determinado en los incisos anteriores, no excluye cualesquiera otros casos, que, no estando comprendidos en esa enumeración, sean susceptibles de amparo de conformidad con lo establecido por los artículos 265 de la Constitución y 8 de esta ley.

Se aprecia la amplitud de la procedencia del amparo, pues todo ámbito, toda resolución, todo acto de autoridad pública, incluso de autoridades de naturaleza privada que ejerzan poder, pueden cuestionarse por medio del amparo. Tal amplitud en sede jurisdiccional ha sido reiteradamente criticada, por ser usado en ocasiones como instrumento para dilatar los procesos judiciales, aspecto que excede el objeto de la investigación.

Lo relevante es destacar que, prácticamente toda autoridad pública puede ser cuestionada en sus decisiones y actuaciones por medio del juicio de amparo. Dentro de las autoridades del Organismo Ejecutivo y Legislativo que pueden ser cuestionadas en sus decisiones por medio del juicio de amparo figuran desde el Congreso de la República, el presidente y el vicepresidente de la República, juicio que conoce en única instancia la Corte de Constitucionalidad constituida en Tribunal Extraordinario de Amparo.

En el caso de los tribunales ordinarios, tienen competencia para conocer desde el juez de Primera Instancia hasta la Corte Suprema de Justicia, acciones de amparo en primera instancia que se promuevan contra diversas autoridades, entre ellas, las siguientes: Tribunal Supremo Electoral, ministros y viceministros de Estado, El Concejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural, directores Generales, los jefes y empleados de policía y cualquier funcionario, autoridad o empleado de cualquier fuero o ramo. Pero tales juicios de amparo en primera instancia, pueden ser apelados y conocidos en segunda instancia únicamente por la Corte de Constitucionalidad, es decir, esta Corte es la que tiene la última palabra como interprete final de la Constitución sobre los juicios de amparo para declarar si estima el reclamo o no. El juicio de amparo, es en efecto un proceso con etapas que finaliza con la emisión de una sentencia que se

puede en la mayoría de casos impugnar, por ello, es un proceso de índole constitucional.



Siguiendo con el análisis de las facultades de la Corte de Constitucionalidad, el inciso d) del artículo 272 de la Constitución de Guatemala, este establece: d) Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia.

Sobre esto, ya se trató anteriormente, por lo que basta con insistir que, cualquier pretensión de inconstitucionalidad en caso concreto conocida por autoridades jurisdiccionales ordinarias, puede terminar en la Corte de Constitucionalidad, al ser competente para conocer de la alzada, lo que robustece todo lo que se ha venido tratando sobre, la facultad de control de dicho órgano.

Los restantes incisos del artículo 272 de la Corte de Constitucionalidad, regulan lo siguiente:

e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado;

f) Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad;

g) Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisprudencial;

h) Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad;

i) Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República.



Para los efectos de la investigación, sobre los efectos políticos que se pueden producir producto de la actividad jurisdiccional del magistrado constitucional derivado de la facultad concedida por la Constitución como órgano de control del poder público, es relevante mencionar la competencia que tiene para opinar sobre cualquier instrumento de carácter internacional (tratados, convenios) o cualquier proyecto de ley, confrontándolo con la Constitución, sirviendo su opinión como guía especialmente al Congreso de la República. Finalmente, el contenido del inciso h) faculta a la Corte, opinar sobre una ley ya aprobada por el Congreso de la República, vetada por el Organismo Ejecutivo, quien tiene esa facultad, cuando alegue su inconstitucionalidad, siendo nuevamente la Corte la que, finalmente, como intérprete de la Constitución, puede manifestarse con autoridad sobre la ley vetada.

Se ha esbozado de acuerdo con la Constitución las facultades de la Corte de Constitucionalidad, órgano jurisdiccional constitucional que está llamado a interpretar la Constitución, a ser garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, a controlar el ejercicio del poder público en cualquiera de sus manifestaciones, velando siempre por el mantenimiento del Estado de derecho, estabilizador indudable de la paz social y la estabilidad política del Estado.

Los efectos políticos derivados de la función jurisdiccional del juez o magistrado constitucional no es entonces una idea o simple elucubración, es una abstracción que se infiere del conjunto de sus facultades de control para velar por el orden constitucional. Entender la Constitución como la expresión jurídica de un sistema político, significa comprender la facultad de un órgano para enjuiciar su interpretación en el intento de su violación, de tal forma que:

si la Constitución Política del Estado es la expresión jurídica de un sistema político, de modo que este le da sentido a aquella y, a su vez, la Carta Fundamental constituye la garantía jurídica del sistema político, la garantía jurisdiccional solo debería ser posible una vez asumido el significado político de la Constitución (Aliste, 2001, pág. 95).



4.6. Análisis de sentencias en el derecho comparado

A continuación, se analizarán sentencias de España y países de Latinoamérica, sobre el control de Constitucionalidad ejercido por el Tribunal con competencia para realizarlo.

4.6.1. España

En este país, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional dictó la sentencia número 94/2018, el 17 de septiembre de 2018, dentro del Recurso de Amparo número 4292-2017. El Recurso de Amparo fue promovido por don Josep Vendell Gardeñes, portavoz del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados, respecto de los acuerdos de la mesa del Congreso de los Diputados que inadmitieron una iniciativa parlamentaria. Denunció vulneración del derecho al ejercicio de las funciones representativas, en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes: acuerdos de la mesa de la cámara que, aceptando el criterio del Gobierno de la Nación, rechazaron la toma en consideración de una proposición de ley para el cierre de las centrales nucleares instaladas en España.

En los hechos del Amparo se detalló que el 28 de febrero de 2017, la Mesa del Congreso de Diputados admitió a trámite la proposición de ley para el cierre de las centrales nucleares presentado por el Grupo parlamentario Confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (en adelante, el Grupo Parlamentario Unidos-Podemos) y acordó su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales y su traslado al Gobierno de la Nación, a efectos de lo previsto en los artículos 134.6 CE y 126.2 del Reglamento del Congreso. La proposición de ley establecía el cierre progresivo de las centrales nucleares actualmente en funcionamiento en el territorio del Estado, que se haría efectivo en el momento en que las autorizaciones en vigor concluyeren, cierre definitivo de la central de Santa María de Garoña (no se encuentra



en funcionamiento en la actualidad), procediéndose a realizar las actuaciones oportunas para su clausura y desmantelamiento, calendario de cierre de las centrales nucleares y desmantelamiento. El Gobierno respondió a lo interesado mediante la presentación, el día 7 de abril de 2017, de un escrito en el que comunicaba que no prestaba su conformidad para su tramitación por entender que la aprobación de la proposición de ley presentada “supondría un aumento de los créditos presupuestarios y una disminución de los ingresos presupuestarios”.

El objeto del enjuiciamiento del Tribunal, versaría de modo exclusivo a examinar el alcance, contenido de la fundamentación y la decisión final adoptada por la Mesa del Congreso de los Diputados, por ser únicamente sus acuerdos los que han sido impugnados y a los que se circunscribe la demanda. También abordaría el análisis de la previa resolución del Gobierno de la Nación. En la sentencia se hace un análisis de la facultad de “veto” del Gobierno.

Dentro de los razonamientos de la sentencia, se argumenta que: la propia literalidad del precepto constitucional “ciñe dicha potestad del Gobierno a los ingresos y gastos que estén efectivamente reflejados en el mismo presupuesto”. En el caso de autos los acuerdos de la Mesa impugnados han vulnerado el derecho de participación política del recurrente, porque la aplicación de la facultad de veto del Gobierno, asumida por el órgano parlamentario, se ha fundamentado en una argumentación que debe reputarse como contraria al sentido y alcance del artículo 134.6 CE, en cuanto que ha considerado que el presupuesto habilitante de esta (aumento de los créditos o disminución de los ingresos) debía extenderse a escenarios presupuestarios plurianuales, cuando es lo cierto que aquella únicamente puede venir referida a las partidas de gastos y previsión de ingresos presupuestarios, que hayan sido previamente aprobados por las Cortes Generales en la Ley anual de presupuestos generales del Estado y se refieran al presupuesto en vigor o al que lo esté en situación de prórroga.



El Tribunal Constitucional decidió estimar el recurso de amparo, declarar que se vulneró el derecho a ejercer las funciones representativas con los requisitos que señalan las leyes (art. 23.2 CE), que se encuentra en conexión con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, a través de sus representantes (art. 23.1 CE). Restablecer al recurrente en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los acuerdos de 28 de abril y de 6 de junio de 2017 de la Mesa del Congreso de los Diputados, que decidieron la no procedencia de la toma en consideración por el Pleno de la proposición de ley sobre el “Cierre de las Centrales Nucleares”, retrotraer las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al de su resolución para que la Mesa del Congreso de los Diputados dicte un nuevo acuerdo sobre la solicitud presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos-Podemos-En Comú Podem-En Marea, que sea respetuosa con el derecho de participación política. (Sentencia de Amparo, 2018)

Sobre tal sentencia se destaca lo siguiente: un grupo de parlamentarios fue quien planteó el Amparo ante el Tribunal Constitucional de España, que está dividido en Salas, en virtud que ellos propusieron una ley para cerrar progresivamente centrales nucleares en funcionamiento, la que se admitió en la denominada “Mesa del Congreso”, presentando el Gobierno su inconformidad por afectar el presupuesto.

Es decir, aunque la acción evidentemente fue interpuesta por un grupo minoritario de Congresistas, lo que se atacó fue una resolución de esa mesa del Congreso, en sintonía con la inconformidad del Gobierno con base en su derecho de veto. El Tribunal Constitucional explica en la sentencia el acto de la mesa y el derecho de veto del Gobierno, llegando a la conclusión que la Mesa del Congreso al rechazar la iniciativa de ley con base en las razones infundadas del Gobierno, violó los derechos de los accionantes a ejercer sus funciones representativas, vinculados con el derecho fundamental de los ciudadanos de participar en asuntos públicos, declarando la nulidad de los acuerdos de la Mesa, quienes debían conocer de nuevo la solicitud planteada. La resolución del Tribunal Constitucional de España, en su análisis y, en su fallo, funcionó como un mecanismo de control del poder público, tanto de la Mesa del

Congreso, como del Gobierno, mediante el análisis jurídico que termina dejando sin efecto la decisión de un órgano político.



4.6.2. Chile

El Tribunal Constitucional de Chile, el 18 de octubre de 2018, resolvió la un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 1° de la Ley No. 18.216, en el proceso penal RUC No. 1800299396-8, RIT No. 1719-2018, seguido ante el 15° Juzgado de Garantía de Santiago.

La parte requirente enuncia que los preceptos reprochados contravienen el artículo 1° de la Constitución Política. La aplicación de las normas contraviene el principio de igualdad ante la ley, establecido en el artículo 19, numeral 2°, constitucional, concretizado en el valor de la no discriminación. Finalmente, señala, que el precepto contenido en el artículo 1°, inciso segundo, de la Ley No. 18.216, limita las facultades del juez de optar en fase de ejecución, por la pena más idónea en consideración del caso concreto, de una forma no permitida por la Carta Fundamental.

El Tribunal Constitucional en una primera línea argumentativa, razona que el derecho a punir o *ius puniendi*, no constituye un derecho absoluto del Estado sobre la persona del imputado. Se resalta que, a partir del valor fundamental de la dignidad humana, el cual tiene reconocimiento constitucional, se sustentan múltiples principios limitadores del *ius puniendi* que pueden reconocerse en diversos preceptos de la Carta Fundamental. Se destaca que detrás del fenómeno de la constitucionalización del derecho penal se encuentra la idea de que las normas constitucionales deben interpretarse a partir de criterios sistemáticos y teleológicos, no exclusivamente literales o gramaticales.



La opción de privar de libertad al ser humano debe adoptarse solo si es estrictamente necesario y respecto de las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia. También razona que la aplicación de las penas sustitutivas de aquellas privativas de libertad no es sinónimo de impunidad. De hecho, estas tienen el carácter de pena y operan con una intensidad importante. La disposición que restringe la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad resulta desproporcionada e inequitativa respecto de personas condenadas e incluso por delitos de mayor gravedad; además, es inidónea para cumplir los fines de reinserción social y protección de la víctima que tiene la pena. Las penas sustitutivas en cambio, constituyen medidas de mayor equilibrio entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública.

En una segunda línea argumentativa, razona que una manifestación de dicho estándar es el principio de proporcionalidad de las penas, dicho parámetro tiene sustento en la Constitución, así como en el Código Penal y en la Ley N°18.216. Del examen cuantitativo en virtud del cual se compara el delito atribuido al requirente con el resto de los delitos excluidos del beneficio de sustitución de penas privativas de libertad es posible advertir una sustancial desproporción. En efecto, el *quantum* de su penalidad abstracta y concreta es muy menor en consideración a los otros, lo que configura una situación de irracionalidad y desproporción incompatible con la Constitución, lo que lleva a acoger la impugnación formulada por la parte requirente, declara inaplicable el artículo atacado de inconstitucional. (Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, 2018)

En este caso, se trata de una inconstitucionalidad en caso concreto, en la que, de acuerdo con los razonamientos del Tribunal Constitucional, como contralor de los derechos fundamentales, en virtud de principios y fines de la pena, inaplica una ley al caso, medio de control difuso de la compatibilidad de la ley con la Constitución. Lo relevante del fallo es que, un Tribunal Constitucional inaplica una ley aprobada por el poder legislativo, en un proceso penal por contravenir derechos garantizados en la

Constitución chilena, es decir, a pesar de haberse seguido un procedimiento legislativo en su creación, no es óbice para declarar su contravención a la Constitución.



4.6.3. Colombia

La Sala Plena de Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia identificada como C-702/10. La demanda de inconstitucionalidad es en contra de acto legislativo por vicios de procedimiento/demanda de inconstitucionalidad contra acto legislativo-alcance de la competencia de la corte constitucional; acción pública de inconstitucionalidad contra acto legislativo; demanda de inconstitucionalidad de acto legislativo por vicio de procedimiento-omisión de consulta previa de comunidades étnicas para adopción de reforma constitucional que los afecta/norma de acto legislativo que modifica circunscripción especial de minorías étnicas-inconstitucional por omitir consulta previa de comunidades concernidas.

Los planteamientos son: que mediante acto legislativo 01 de 2009, se modifican y adicionan algunos artículos de la Constitución Política y, en su artículo 2º, inciso 8º precisó lo relativo al artículo 108 de la constitución y más exactamente lo relacionado con el acceso a la circunscripción especial de minorías étnicas y las circunstancias en las cuales los partidos y movimientos políticos que hayan Recuperado su personería jurídica como producto de dicha circunscripción, pueden avalar candidatos para esta, introduciendo restricciones que modifican las reglas de acceso de los candidatos al congreso de la república avalados por los partidos políticos que gozan de personería jurídica por la circunscripción nacional especial de minorías étnicas, de donde resulta que la norma cuyo trámite de adopción se examina si afecta en forma directa a las comunidades étnicas, por lo cual debió haber sido sometida a consulta previa, por lo procede la declaratoria de inconstitucionalidad por vicios de trámite de dicha norma. Afirman los demandantes que, dentro del trámite del acto legislativo, el Congreso debió realizar una consulta a las comunidades indígenas, de acuerdo con lo dispuesto en el

artículo 6° del convenio 169 de la OIT, al no haberlo hecho, claramente se presenta un vicio de trámite en la aprobación de dicha reforma constitucional.



Dentro de las decretadas por la corte constitucional, se solicitó al presidente del Congreso de la República que informara “si para la adopción del inciso 8° del artículo 2° del acto legislativo No. 1 de 2009 fueron consultadas las minorías étnicas que podían resultar afectadas con la nueva disposición constitucional”. Se informó que en el trámite dado al proyecto de acto legislativo en la comisión primera del senado “se celebraron sendas audiencias públicas, en primera y segunda vuelta, en las que se invitó a participar a todas las personas naturales y jurídicas interesadas en esa iniciativa. En las consideraciones y fundamentos de la sentencia, el Tribunal razona que el problema jurídico que debe resolver la corte en esta ocasión es si la omisión de la consulta previa a las comunidades étnicas para la adopción de una norma constitucional que les concierne, constituye un vicio de trámite susceptible de hacer formalmente inexecutable la norma superior así adoptada. en caso de llegar a establecerse que dicha omisión sí constituye un vicio formal, la sala deberá determinar si la norma acusada afecta a las comunidades étnicas y, de ser así, tendrá que verificar en los antecedentes del acto legislativo No. 1 de 2009 si las comunidades étnicas fueron o no consultadas.

Se dice, además, que la jurisprudencia ha considerado que, el deber constitucional de consultar a las comunidades étnicas tiene como causa jurídica, el correlativo derecho de estas a participar en la adopción de las decisiones que directamente las afectan, derecho que en este caso ha sido estimado como de naturaleza fundamental y está radicado en cabeza del sujeto colectivo conformado por la respectiva comunidad étnica. El derecho fundamental de consulta previa tiene asidero dentro del trámite legislativo”. en cuanto a la forma de ejercer dicho derecho en tal contexto, agregó que “tal potestad está condicionada a los instrumentos que haya fijado la constitución o la ley para intervenir en las iniciativas parlamentarias, siempre que estos permitan cumplir con el objeto esencial de la consulta previa”. El deber de consulta “no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas,



sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente.” Debe precisarse el momento en el que debe hacerse la consulta y la autoridad responsable de llevarla a cabo. La entidad debe brindarles a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el congreso de la república, las debidas oportunidades para que ellas no solo conozcan a fondo el proyecto, sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso.

La corte advirtió, por un lado, que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar durante el proceso tendiente a la expedición de normas que los afectan, toda vez que en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe, sino que, por el contrario, allí los pueblos indígenas cuentan con un espacio de discusión y participación en el marco de un estado democrático, en el que pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos.

Sobre la consecuencia jurídica de la omisión del deber de consulta [...] ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, la sentencia en comento concluyó que: Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque [...] el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia; sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley. Conclusiones.

Dentro de ellas, el Tribunal mencionó que el derecho fundamental de consulta previa de las comunidades étnicas también es exigible dentro del trámite legislativo; el gobierno tiene el deber de promover la consulta de todo tipo de proyectos de ley, no solo de aquellos que sean de su iniciativa; la consulta debe efectuarse en un momento previo a la radicación del proyecto en el congreso de la república, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración. La Sala plena de la Corte de Constitucionalidad decidió declarar inexecutable inciso 8º del artículo 2º del acto legislativo No. 01 de 2009. (2010)



En este caso, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de un acto legislativo que modifica y adiciona artículos a la Constitución, relacionados con procedimientos para elegir legisladores en comunidades indígenas, sin que en el procedimiento de su discusión se hiciera la consulta previa a las comunidades afectadas. Aun cuando la ley en discusión, siguió un procedimiento legislativo, el Tribunal lo deja sin efecto por no ajustarse a los procedimientos exigidos por la Constitución, fundamentándose también en su propia jurisprudencia. El Tribunal Constitucional de un país funciona aquí nuevamente como mecanismo de control de un órgano político por excelencia, revisando su actuar de acuerdo con la Constitución del país.

4.6.4. Perú

En sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, dictada el 15 de marzo de 2001, decide una demanda de inconstitucionalidad, dentro del expediente número Exp. No. 022-96-I/TC. Colegio de Ingenieros del Perú. La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Ingenieros del Perú, contra los artículos 1°, 2° y Primera Disposición Final de la Ley No. 26597 y 1° de la Ley No. 26599.

La demandante entre otros motivos, expresó que durante el proceso de reforma agraria, se realizaron expropiaciones que en realidad, fueron confiscaciones, pues los propietarios afectados, en vez de dinero, recibieron Bonos de Reforma Agraria cuyo valor era muy inferior al de los predios expropiados; el valor de los bonos fue señalado arbitrariamente; por el proceso inflacionario, el valor de los bonos se ha desfasado con relación al valor real de las tierras expropiadas, no constituyendo por tanto un verdadero justiprecio.

El Congreso de la República contestó negando y contradiciendo la demanda y la demandante presentó un escrito de fundamentación adicional. Razonamientos: el artículo 1° de la Ley No. 26597 resulta inconstitucional, los criterios de valorización y



cancelación actualizada de las tierras expropiadas, que responden a un sentido de elemental justicia, acorde con el artículo 70° de la Constitución, lo que ha dejado de lado, sustituido por el criterio de expropiación sin justiprecio o con pago meramente nominal, desconoce el derecho al procedimiento preestablecido por la ley, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución de 1993 ("...Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos. La primera disposición final de la Ley No. 26597, al revivir normas inconstitucionales es igualmente inconstitucional. Las sentencias del Tribunal Constitucional asumen carácter plenamente vinculante respecto de los demás poderes públicos.

Este solo hecho supone que, aunque pudieran existir otras normas jurídicas no declaradas inconstitucionales, no significa que los efectos de la sentencia pudieran perder vigencia frente a normas en alguna forma conexas con el asunto de fondo discutido en el proceso. Falla declarando fundada, en parte, la demanda y, en consecuencia, inconstitucionales por razones de fondo, los artículos 1° y 2° y la Primera Disposición Final de la Ley No. 26597, así como la Disposición Transitoria Única de la Ley No. 26756. (Sentencia de Inconstitucionalidad, 2001)

En este caso, el Tribunal Constitucional, como interprete final de la Constitución del Perú, declara la inconstitucionalidad de una ley aprobada por el órgano legislativo, al tomar en cuenta disposiciones que anteriormente ya habían sido declaradas inconstitucionales y por realizar confiscaciones de tierras disfrazadas de compensaciones que no cumplen las exigencias constitucionales. El Tribunal invalida así actos del poder legislativo (creación de ley) por violaciones de derechos fundamentales y su incompatibilidad con la Constitución peruana, funcionando su facultad de órgano de control de un organismo político, pero que en su actuar, no se ajustó a las disposiciones constitucionales.

4.6.5. Costa Rica

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, el ocho de septiembre de dos mil cuatro, dictó la resolución No. 09992 – 2004. Expediente: 03-004485-0007-CO. Clase de Asunto: acción de inconstitucionalidad, en la que resolvió acciones acumuladas de inconstitucionalidad promovidas en contra de los actos subjetivos del poder Ejecutivo contenidos en sus declaraciones del diecinueve y veintidós de marzo de dos mil tres y contra el acto explícito de apoyo al derrocamiento del gobierno de Iraq contenido en la citada declaración del diecinueve de marzo del dos mil tres; en contra el acto subjetivo del poder Ejecutivo en torno al conflicto bélico desarrollado en Iraq que permitió que Costa Rica fuera incluida en la lista de los países que conforma la Coalición que realiza operaciones armadas en Iraq.

Las consideraciones de la resolución son entre otras: I.- Sobre la admisibilidad: se trata de uno de los llamados actos de gobierno que tradicional e históricamente estuvieron excluidos del escrutinio de los tribunales de justicia. No obstante, y como se señala en las diferentes intervenciones de las partes, en el actual desarrollo jurídico costarricense no existe disenso alguno sobre la posibilidad de que el contralor de constitucionalidad revise este tipo de actos emanados por el poder Ejecutivo, cualquiera que sea su denominación o caracterización, pues –por principio- tales actos están sometidos a la Constitución Política, o, para precisarlo mejor, al llamado derecho de la Constitución. Finalmente, cuando el párrafo 2° del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional habla de intereses "que atañen a la colectividad en su conjunto", se refiere a los bienes jurídicos explicados en las líneas anteriores ...[el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país y del buen manejo del gasto público, entre otros]... es decir, aquellos cuya titularidad reposa en los mismos detentadores de la soberanía, en cada uno de los habitantes de la República.

El eje central de las impugnaciones es el comunicado emitido por el Gobierno de la República el diecinueve de marzo de dos mil tres. Para la comprensión del sentido





pleno de este comunicado, deben tenerse en cuenta las diferentes aclaraciones y justificaciones que el propio Gobierno de la República dio en días subsiguientes, cuando fue cuestionado sobre su actuación. Interesa a esta Sala las expresiones de los funcionarios públicos autores del acto impugnado, expresada en actuaciones siguientes, porque ello permite más claridad y un examen más justo frente el derecho de la Constitución. Por ello tienen interés por una parte el comunicado emitido por el Gobierno el veintidós de marzo del dos mil tres, publicado días después del primer pronunciamiento.

Sobre el fondo. Infracción de las regulaciones constitucionales relacionadas con conflictos bélicos. La alegada infracción a la paz como valor constitucional. Existe una base común en las alegaciones y respuestas de todos los intervinientes en este proceso, en el sentido de reconocer la existencia de la paz como uno de los valores constitucionales que informan el ordenamiento, claramente distinguible no solo mediante la comprensión sistemática del texto constitucional, sino también como "constitución viva", según denomina la doctrina aquella particular manera en que el bloque normativo constitucional es entendido y actuado en la realidad por la sociedad.

Detalla la resolución que es claro que el pueblo costarricense, cansado de una historia de muerte, enfrentamientos, de dictadores y marginación de los beneficios del desarrollo, eligió libre y sabiamente a partir de mil novecientos cuarenta y nueve, recoger el sentimiento que desde hace mucho acompañaba a los costarricenses, de adoptar la paz como valor rector de la sociedad. En esa fecha se cristaliza ese cambio histórico, se proclama un nuevo espíritu, un espíritu de paz y tolerancia. A partir de entonces simbólicamente el cuartel pasó a ser un museo o centro de enseñanza y el país adopta la razón y el derecho como mecanismo para resolver sus problemas interna y externamente. Asimismo, se apuesta por el desarrollo humano y proclamamos nuestro derecho a vivir libres y en paz... Esa filosofía es la que culmina con la "Proclama de neutralidad perpetua, activa, y no armada" del país y los numerosos instrumentos internacionales firmados en el mismo sentido -citados en forma

abundante por las partes-, como extensión de ese arraigado valor constitucional, que sirve como parámetro constitucional a la hora de analizar los actos impugnados.



Menciona el tribunal que cabe incorporar también la llamada Proclama de neutralidad perpetua, activa, y no armada, que encuadra claramente dentro de las fuentes del derecho internacional público, bajo la concreta modalidad de los denominados actos unilaterales, los cuales son aquellos actos jurídicos dictados por un solo Estado en sus relaciones internacionales y que le acarrearán consecuencias jurídicas. Para que un acto de esa índole tenga la condición de fuente del derecho internacional público, debe reunir las siguientes condiciones: a) debe tratarse de una manifestación de voluntad inequívoca en la que se exprese la intención del Estado de obligarse mediante ese acto; b) no debe requerir aceptación de otro Estado, para evitar que se convierta en un acuerdo internacional y c) su validez no debe estar subordinada a otro acto jurídico.

Bajo esas consideraciones, el Tribunal Constitucional entiende que la "Proclama de Neutralidad Perpetua, Activa, y no Armada" de mil novecientos ochenta y tres es una promesa unilateral de Costa Rica en el concierto internacional que vino a desarrollar el valor constitucional de la paz. En el tanto la declaración del diecinueve de marzo y la del veintidós de ese mes, emitidas ambas por el presidente y su ministro de Relaciones Exteriores, a la que suman también la reclamada omisión de pedir a Estados Unidos de América la exclusión de Costa Rica de la lista de países que integran la alianza que ha actuado en Iraq, tienen un incuestionable sentido de apoyo a las acciones realizadas por algunos países en Iraq, las cuales, de forma clara e indiscutible, se llevaron a cabo al margen y en contravención de las reglas y normas del Sistema de las Naciones Unidas.

Los medios empleados para un fin justo deben también ser valorados y sopesados por separado para determinar su intrínseca validez constitucional, porque podría darse el caso de que medios empleados resulten incorrectos o inaceptables a la luz del ordenamiento jurídico, aun cuando persigan un buen fin. En el caso, el poder Ejecutivo



ha brindado como se dijo, su apoyo a la "Alianza Internacional contra el Terrorismo" primero y luego a la "Coalición Internacional Antiterrorista" y tal apoyo explícito e incondicionado en los fines, reúne también esas mismas condiciones respecto de los medios que esa agrupación eligió para abordar el conflicto internacional planteado por Iraq. Entendido entonces que ha existido una anuencia de Costa Rica como país, ya no solo en los fines, sino también en los medios. La tradición pacifista que impregna nuestro ordenamiento constitucional, cuyo origen y características se explicaron de forma amplia más arriba, tiene como una de sus más importantes expresiones la incorporación de Costa Rica al Sistema Internacional de las Naciones Unidas; pero justamente por dicha tradición, tal incorporación para nuestro país trasciende de la mera asociación con un grupo de naciones para el cumplimiento de los fines establecidos.

Más bien, en el caso costarricense resulta posible afirmar sin duda que dicha adhesión respondió y responde aún al convencimiento de que se trata de un mecanismo para sustituir el recurso a la fuerza como instrumento de política y de relaciones internacionales por parte de nuestro país y por esa razón entiende la Sala que debe considerarse como un límite creado en nuestro ordenamiento, aplicable a la acción a las autoridades costarricenses y que se materializa en una verdadera restricción en su radio de acción en el tema de relaciones internacionales, consistente en la imposibilidad de nuestro gobierno de asociar su política exterior con acciones bélicas ajenas o incluso paralelas al sistema de las Naciones Unidas -incluidas por supuesto las consistentes en simples "apoyos morales"- como medios correctos para solución de conflictos.

Conclusión. Los comunicados del diecinueve y veintidós de marzo del dos mil tres, del poder Ejecutivo, para dar apoyo moral a la "Coalición" o "Alianza" de países que incurrió en acciones bélicas en Iraq, por ser contrarios a nuestro orden constitucional y al sistema internacional de Naciones Unidas al que pertenece nuestro país, son inconstitucionales, razón por la que procede declarar con lugar las acciones acumuladas. Naturalmente que los comunicados al acogerse la acción, pierden sus



efectos jurídicos y, en ese sentido, procede ordenar al Gobierno de la República que debe respetar en el futuro los mecanismos internacionales, para apoyar de cualquier forma, incursiones armadas independientemente de los fines que persigan. Se deben hacer las gestiones necesarias para exigir al Gobierno de los Estados Unidos la exclusión de nuestro país de la lista de países "aliados" de la "Coalición o Alianza", que consta en la página web de la Casa Blanca, por ser efectos de los actos anulados. (Acción de Inconstitucionalidad, 2004)

La resolución dictada por la Sala Constitucional de Costa Rica, deja sin efecto declaraciones del presidente de la República, relacionadas con política exterior sobre la guerra de Irak, interpretando los magistrados que la neutralidad asumida por los costarricenses desde años atrás en concordancia con la paz, no coincide con lo dicho por el presidente, quien representa a la nación.

La posibilidad de control sobre actos de política exterior, genera una serie de debates, pues tradicionalmente se le ha considerado dentro del radio de discrecionalidad del Gobierno, así, por ejemplo, en Alemania se sigue una interpretación alejada de la estricta rigurosidad interpretativa, dirigida a controlar los actos de política exterior, mientras que en Francia se sigue una línea menos abierta, lo mismo que en Inglaterra. Estados Unidos, aunque ha seguido la doctrina denominada "political question", actualmente ha brotado todo un debate sobre la materia, existiendo estudios que plantean la necesidad de ruptura con esa doctrina, que incluso permitan cuestionar las acciones militares de los gobiernos estadounidenses, las que surgieron en la administración Bush, por la fuerte crítica al Ejecutivo. De acuerdo con la sentencia arriba mencionada, se marcó un punto de inflexión en la doctrina de la Sala Constitucional y del control de la política exterior en Costa Rica, abriendo sin limitación alguna la posibilidad de controlar todo acto de política exterior descartando así el concepto de acto de gobierno, asumiendo un sistema similar al alemán, aunque posteriormente en otra resolución, la Sala procedió a establecer con mayor precisión sus potestades en este ámbito. (Cascante, 2012, págs. 39-43)



Entonces, aunque el control constitucional sobre actos que prima facie podemos calificar de política exterior, generan no solo debates, sino también el obligado estudio y profundización sobre estos, es innegable que, en la praxis, los Tribunales Constitucionales como en el Caso de Costa Rica, le ha tocado pronunciarse sobre estos, llegando a dejar sin efecto declaraciones del presidente de la República, como el caso supra relacionado.

4.7. Análisis de sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

4.7.1. Sentencia de inconstitucionalidad general

Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, dentro del expediente número 225-93, de fecha veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y tres. En esta se examinan las decisiones emitidas por el presidente de la República difundidas ese día, a través de una cadena de radio y televisión, mediante las cuales anunció que deja sin efecto disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República, disuelve el Congreso de la República, destituye a la Corte Suprema de Justicia y asume poderes legislativos, actos que se consolidaron con la emisión de un Decreto denominado "Normas Temporales de Gobierno". Las Consideraciones de la sentencia, dentro de otras, son que: esta Corte ha declarado en reiteradas oportunidades que uno de los principios fundamentales que informan al derecho guatemalteco es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y esta, como ley suprema es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la existencia y consolidación del estado constitucional de derecho.

La superlegalidad constitucional se reconoce, con precisión absoluta, en terminantes normas de la Constitución, a saber: el artículo 44 que dice: "serán nulas ipso jure las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan



o tergiversen los derechos que la Constitución garantizan"; el 175 establece: "Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución" y las "que violen o tergiversen los mandatos constitucionales serán nulas ipso jure y el 204 preceptúa: "Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado." La Corte de Constitucionalidad resuelve: I) Declarar inconstitucional el Decreto que contiene las "Normas Temporales de Gobierno" emitido por el presidente de la República con fecha veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y tres, disposiciones que quedan sin vigencia y dejan de surtir efecto. (Sentencia de Inconstitucionalidad general, 1993)

Esta sentencia paradigmática de la justicia constitucional guatemalteca, producto de análisis y estudio, es un precedente ejemplar, pues dejó sin efecto una disposición arbitraria e ilegal del entonces presidente de la República de Guatemala quien disolvió las instituciones del Estado que guardan el equilibrio político y jurídico de la nación, lo que constituyó en su tiempo un Golpe de Estado, acto que fue declarado nulo por la Corte en aplicación de la Constitución, permitiendo así la restitución del orden constitucional en el país. Todo un ejemplo del Tribunal Constitucional como garante de la estabilidad política y jurídica del Estado de derecho.

4.7.2. Sentencia de amparo bi-instancial

Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente número 1089-2003, de fecha catorce de julio de dos mil tres. En esta, en apelación, examina la sentencia de 4 de julio de 2003, dictada por la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, en el amparo promovido por José Efraín Ríos Montt, en nombre propio y, en su calidad de Secretario General del Partido Político, Frente Republicano Guatemalteco, contra el Tribunal Supremo Electoral. El acto reclamado fue una resolución dictada por el Tribunal Supremo Electoral, que declaró sin lugar el recurso de revisión interpuesto por el postulante, contra otra, emitida por la misma autoridad, que a su vez declaró sin lugar la nulidad presentada contra la



resolución de seis de junio de dos mil tres, dictada por el director general del Registro de Ciudadanos, que denegó su inscripción como candidato a la Presidencia de la República, para participar en las elecciones generales convocadas, para celebrarse el nueve de noviembre de dos mil tres.

La parte considerativa de la sentencia destacó que el *quid juris* sometido a la jurisdicción de la Corte se reduce a dos puntuales aspectos: a) determinar si fue aplicado con efecto retroactivo al caso particular de José Efraín Ríos Montt el precepto contenido en el artículo 186 inciso a) de la Constitución Política de la República; y b) determinar si procede o no aplicar a ese caso la prohibición contenida en la citada norma, que le impida a dicha persona optar al ejercicio del cargo de presidente de la República. Adujeron los magistrados que conocieron, que la historia fidedigna de la regulación que prohíbe el acceso a la Presidencia o Vicepresidencia de la República, analizada en esta sentencia, revela que el legislador de la Constitución ha previsto los efectos de esta siempre con proyección hacia el futuro y cuando haya sido alterado el orden constitucional vigente, es decir, el que genera cada Constitución promulgada.

Con base en lo anterior, al contar con una Constitución de carácter eminentemente finalista y garantista de los derechos humanos, no es válido aceptar que por interpretación errónea del precepto contenido en el varias veces citado artículo 186 inciso a) de la Constitución, se produzca afectación al derecho de José Efraín Ríos Montt, garantizado constitucionalmente, para optar a su participación como candidato a la Presidencia de la República. La Corte de Constitucionalidad, resolvió con lugar el recurso de apelación, revocó la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, otorgó el amparo y como consecuencia, dejó en suspenso, definitivamente, en cuanto a los reclamantes, la resolución dictada por el Tribunal Supremo Electoral y, en uno de sus numerales, declaró que para los efectos positivos del fallo, el Tribunal Supremo Electoral deberá dictar nueva resolución en sustitución de la que se deja en suspenso definitivo, y, para ello, deberá tomar en cuenta las consideraciones de la sentencia. (Sentencia de Amparo Bi-instancial , 2003)



Esta sentencia muy discutida, revocó lo dispuesto en primera instancia en el juicio de Amparo, por la Corte Suprema de Justicia, quien inicialmente no había otorgado el Amparo. La resolución permitió que el General José Efraín Ríos Montt se inscribiera como candidato presidencial a la Presidencia de la Republica, cuando inicialmente el Registro de Ciudadanos y el Tribunal Supremo Electoral no lo habían permitido, interpretando que tenía prohibición constitucional al haber participado en un Golpe de Estado años atrás, considerando la Corte que la prohibición no le aplicaba, porque ella regulaba casos a futuro, cuando en esencia, un Golpe de Estado, deja sin efecto una Constitución, haciéndose lógicamente imposibles planteamientos posteriores si esta ha quedado sin efecto.

La sentencia, al contrario de la sentencia de inconstitucionalidad general en contra del entonces presidente Serrano Elías, constituye un ejemplo de la interpretación parcial, antojadiza y arbitraria de la Constitución, pues como se ha visto, el magistrado constitucional y el juez tienen límites en su labor, lo que refleja en la argumentación, la motivación y la interpretación, además de su independencia para resolver, la que no debe atender a intereses partidistas.

4.7.3. Sentencia de amparo en única instancia

Sentencia de amparo en única Instancia, Expediente No. 1072-2011, dictada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo, con fecha veinticuatro de noviembre de dos mil once. Se resolvió la acción de amparo en única instancia promovida contra el presidente de la República de Guatemala. Dentro de los actos reclamados, el más relevante es el procedimiento iniciado por la autoridad impugnada, para aprobar el proyecto de reglamento denominado —Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. Se denunciaron como violaciones, los derechos de consulta y de los pueblos indígenas y al principio jurídico del debido proceso.



En la parte considerativa de la sentencia, la Corte menciona que estima necesario traer a colación, lo asentado sobre el derecho de consulta emanado del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Tal convenio, considerado en su integridad, propicia la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que le conciernen a un pueblo indígena, reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala [Opinión consultiva de veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y cinco, dictada en el expediente ciento noventa y nueve – noventa y cinco (199-95). No obstante, también advierte que, aun cuando el actuar de la autoridad impugnada se enmarca en una evidente buena fe, en la persecución de un objetivo legítimo y en el marco de las facultades constitucionales de reglamentación que le concede el artículo 183 de la Constitución Política de la República; el procedimiento desarrollado limita el alcance del derecho de consulta que le asiste a los pueblos indígenas conforme el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

El procedimiento desarrollado por la autoridad impugnada no ha sido suficientemente amplio ni apropiado, pues no cumplió con dar una participación coordinada ni sistemática a los pueblos indígenas a quienes les asiste el derecho de consulta. Si bien la autoridad impugnada dio participación a órganos internacionales, expertos en la materia y a funcionarios del Gobierno para la elaboración del proyecto de reglamento que constituye el primer acto impugnado, esta no puede sustituir en ningún momento la participación de los pueblos Indígenas que constituyen el sujeto del derecho. La Corte de Constitucionalidad, resolvió otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia, dejó en suspenso definitivamente los dos actos reclamados. (Sentencia de Amparo en única instancia, 2011)

En esta sentencia de Amparo en única instancia –por ser la autoridad cuestionada el presidente de la República, la Corte de Constitucionalidad otorga el Amparo, finalmente, por considerar que un Reglamento aprobado para la realización de consultas previas, precisamente no respetó ese derecho, pues en el procedimiento de su creación no se informó previa, informada y sistemáticamente a los pueblos

indígenas, violentándoseles precisamente su derecho de consulta. La Corte nuevamente, funcionando dentro del sistema de frenos y contrapesos del Estado, guardián e interprete final de la Constitución, garante del Estado de derecho y de los derechos fundamentales de los ciudadanos.



4.7.4. Sentencia de amparo en única instancia

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala dictó sentencia de amparo en única instancia, el cinco de junio de dos mil diecisiete, dentro del expediente 1539-2017. Resolvió la acción constitucional de amparo en única instancia promovida contra el presidente de la República de Guatemala, siendo el acto reclamado, el Acuerdo Gubernativo número cuatro, de diez de marzo de dos mil diecisiete, mediante el cual, nombró a Carlos Rafael Moreira Salazar al cargo de gobernador titular del Departamento de Sacatepéquez. Se denunciaron como violaciones, el derecho a optar a empleos o cargos públicos, al principio de legalidad, de certeza jurídica y del debido proceso. No consideró los requisitos y prohibiciones establecidas en los artículos 113, 196 y 197 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

En la parte considerativa, se menciona, dentro de otros argumentos que, es procedente el otorgamiento de la protección constitucional instada, cuando se determina que el presidente de la República incurrió en violación al principio jurídico del debido proceso, al emitir el Acuerdo Gubernativo mencionado, sin tomar para el efecto en consideración el contenido del artículo 42 de la Ley del Organismo Ejecutivo. La Corte determina que la autoridad denunciada incurrió en la violación del Debido Proceso y Principio de Legalidad, al incumplir con lo ordenado en el artículo 42 de la Ley del Organismo Ejecutivo, en cuanto a nombrar como Gobernador Departamental de Sacatepéquez, a una persona no incluida dentro de la propuesta de candidatos de los representantes no estatales del Consejo Departamental de Desarrollo Urbano y Rural. Por ello, una sentencia estructural, tal y como quedó indicado en los párrafos



anteriores, tiene como finalidad el prevenir la repetición de una conducta recurrente que violenta la normativa convencional o Constitucional.

La Corte de Constitucionalidad resolvió otorgar el amparo solicitado, dejando en suspenso en forma definitiva, el Acuerdo impugnado, resolviéndose además que, la autoridad denunciada deberá dejar sin efecto también, cualquier otro nombramiento de Gobernadores Departamentales, titulares y suplentes, que se haya realizado sin la observancia de lo previsto en el artículo 42 de la Ley del Organismo Ejecutivo y, en su sustitución, deberá realizar los nombramientos correspondientes cumpliendo con lo considerado en el fallo. (Sentencia de Amparo en única instancia, 2017)

En este amparo en única instancia, la Corte de Constitucionalidad analiza el nombramiento de un Gobernador Departamental, cargo de carácter político, realizado por el presidente de la República, confrontándolo los requisitos exigidos por la ley y la Constitución, dejando sin efecto tal nombramiento, lo que también incidió en el nombramiento de aproximadamente 23 gobernadores departamentales. Nuevamente la Corte de Constitucionalidad enjuicia un acto de carácter político, dejándolo sin efecto, por no ajustarse el nombramiento a los requisitos legales y constitucionales.

4.7.5. Inconstitucionalidad general

En sentencia del 14 de enero de 2003, dictada en los expedientes acumulados números 1663, 1672, 1673, 1727, 1744, 1745, 1746, 1747, 1748, 1749, 1750, 1751 Y 1755 – 2002, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, resolvió planteamientos de inconstitucionalidad total y parcial del Decreto 62-2002 del Congreso de la República, que autoriza la emisión, negociación, colocación y amortización de Bonos del Tesoro de la República de Guatemala –Bonos Paz- o sus certificados representativos.

Se planteó entre otras razones , porque: conforme al artículo 171, párrafo primero de literal i) de la Constitución, el Congreso de la República está obligado a solicitar y oír la



opinión de la Junta Monetaria, previamente a emitir cualquier normativa tendiente a contraer o efectuar operaciones de deuda pública externa o interna, opinión que resulta ser de vital importancia pues dicho ente es al que compete la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país, obligada a velar por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional, la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional, conforme lo dispone el artículo 133, párrafo primero de la Constitución.

La opinión dada por la Junta Monetaria para la emisión del Decreto impugnado omite abordar los puntos aludidos, incumpliendo con lo ordenado por los artículos constitucionales citados e inobservando el principio de sujeción a derecho consagrado en el artículo 154 constitucional, por lo que el Decreto objeto de impugnación no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 171, párrafo primero de la literal i) de la ley fundamental. Se dijo, además, que al someterse a discusión en primero y segundo debates en el Pleno del Organismo Legislativo el proyecto del decreto que ahora se impugna y el dictamen que sobre este hizo la Comisión de Finanzas Públicas y Moneda, varios diputados hicieron ver que estos (proyecto y dictamen) adolecían de ilegalidades y que violaban normas de la Constitución, solicitando al presidente del Congreso que lo devolviera a la citada comisión para un mejor análisis, objeciones que no fueron sometidas a votación del pleno, por lo que se violó el artículo 117 de la Ley Orgánica del Congreso de la República y, por ende, el artículo 176 de la Constitución.

La Corte entre sus argumentos, mencionó que es pertinente acotar que siendo los aspectos referidos como omitidos por el accionante, cuestiones que integran la política económica del Estado, no le es dable interferir en su determinación, no solo, porque dicha política fue reservada constitucionalmente a otro órgano -la Junta Monetaria de conformidad con el artículo 133 constitucional-, sino, porque el tribunal no podría, sin apartarse de su esencial función de administrador imparcial de la justicia constitucional y sin invadir competencias asignadas a otros órganos, generar debates que tiendan a determinar el acierto de políticas y teorías económicas que por medio de un planteamiento de inconstitucionalidad se le presenten como antagónicas respecto de las diseñadas por las autoridades gubernamentales competentes. Puesto



que ello no solo atentaría contra el régimen constitucional establecido (por exceso o invasión de límites constitucionales de atribución de competencias), sino provocaría una tendencia ignominiosa de lo que en la doctrina se le conoce como la *judiciorracia* o el gobierno de los jueces.

La declaración sobre la procedencia de la inconstitucionalidad de una norma que autoriza el endeudamiento público del Estado, es un tema generador de debates que, trasladados al campo eminentemente político, pueden provocar opiniones sectarias con las que se pretenda la politización del fallo. De ahí que la decisión que se emana por parte de esta Corte tiene que encontrar asidero en aspectos eminentemente jurídicos, como los que se han consignado precedentemente en esta sentencia. Declaró sin lugar las acciones de inconstitucionalidad planteadas.

Empero, en dicho expediente, constan dos votos disidentes, uno del magistrado Juan Francisco Flores Juárez quien, según explica, el decreto impugnado fue emitido sobre el endeble sustrato de una incompleta e insuficiente opinión de la Junta Monetaria; todo acto jurídico conlleva, indispensablemente, la concurrencia de, a lo menos, tres tipos de elementos: los subjetivos, los objetivos y los formales. La mera remisión de la opinión aludida permite la observancia de un formalismo necesario, pero no agota la necesidad de conocer el técnico y sesudo pronunciamiento de la Junta, el cual, por su prolijidad y suficiencia, debió permitir a los legisladores, conocer con amplitud la realidad regulada. En una materia tan delicada, como el endeudamiento, se necesita -sin lugar a dudas- la clara visión del experto para ilustrar al neófito.

Como atribución del Congreso -según lo establece el texto supremo en el artículo 171, inciso i- figura la de contraer, convertir, consolidar o efectuar otras operaciones relativas a la deuda pública interna o externa y que para ello debe oírse previamente a la Junta Monetaria, cae de su peso que el pronunciamiento debe ser analítico, metódico y profundo y, en el presente caso, debió incluir aspectos relativos a la estabilidad y fortalecimiento del ahorro nacional, a la creación y mantenimiento de



condiciones favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional y al nivel de vida de los ciudadanos guatemaltecos. El decreto impugnado viola los artículos 118, párrafo segundo; 119 literales d), k) y m); 133, párrafo primero y 171 literal i) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El otro voto disidente del magistrado Rodolfo Rohmoser Valdeavellano, quien argumenta que la normativa impugnada contradice el texto constitucional en los artículos señalados en los memoriales impugnativos y, sobre todo, en su espíritu, ya que, en las circunstancias actuales, una emisión de bonos como la que se concretó distorsiona seriamente la economía del país. Constitucionalmente, el fin supremo del Estado es la realización del bien común. Esa finalidad no se logra si el Estado se endeuda más allá de los límites razonables. El dictamen emitido por la Junta Monetaria toca el tema en forma de suyo superficial, refiriéndose muy poco a las nefastas consecuencias que resultarían de un endeudamiento estatal como el considerado.

Menciona el magistrado disidente que talvez el principio constitucional que estima más afectado con la emisión de los bonos es el principio de capacidad de pago, ya que los guatemaltecos actuales, -hijos y nietos- tendrán que soportar el pago de esa deuda que, por otro lado, no es destinada a inversiones en actividades productivas, sino que, todo lo contrario, a pagar deudas, lo cual aparece prohibido por las leyes vigentes y por consiguiente, en forma indirecta, por la Constitución. (Sentencia de inconstitucionalidad general, 2003)

En este fallo, la Corte de Constitucionalidad alude a lo que llaman “gobierno de los jueces”, interpretando que la decisión del Congreso de la Republica en emitir bonos, no la pueden cuestionar por no estar dentro de sus facultades de control; sin embargo, en los votos disidentes, dos magistrados con base en argumentos que lucen bastante sólidos, hacen ver entre otras cosas, que la opinión de la Junta Monetaria fue insuficiente para ilustrar al Congreso y que, la emisión de esos bienes atenta contra el bien común, además de vulnerar la capacidad de pago que se heredera a las futuras



generaciones de guatemaltecos. Por ello, es muy frágil la línea para enjuiciar una decisión de carácter político, pues en ocasiones se menciona que favorece el llamado “gobierno de los jueces”, pero en otras, el mismo magistrado puede en ocasiones considerar que se afecta el bien común.

4.7.6. Inconstitucionalidad general

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, el 16 de abril de 2009, dictó la sentencia dentro del expediente número 3127-2007, en la que resolvió la acción de inconstitucionalidad general total promovida por la Asociación Liga Pro-Patria, contra el Decreto 35-2007 del Congreso de la República, por medio del cual se aprobó el Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala, relativo al establecimiento de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG).

La entidad accionante manifestó que en el procedimiento legislativo para la aprobación del Decreto 35-2007 del Congreso de la República se violaron los artículos 152, 153, 154, 175 y 176 de la Constitución, porque el Organismo Legislativo, por la presión internacional para aprobar el "Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala, relativo al establecimiento de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala -CICIG-", inobservó -durante dicho procedimiento- preceptos de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo aplicables para la aprobación de una iniciativa de ley, y no se sometió al principio constitucional de sujeción a la ley expresado en los artículos 152, 153 y 154 de la Constitución y eludió el deber que le impone el propio artículo 176 constitucional. Con una iniciativa, el pleno tiene dos opciones que se excluyen entre sí: enviarla a una o varias comisiones para su estudio y dictamen o declararla de urgencia nacional. De ser ese el caso, debe contarse con aprobación por mayoría calificada (artículos 176 de la Constitución y 1, 5 y 113 de la Ley Orgánica del Congreso).



La Corte argumentó que no constituyen vicios de inconstitucionalidad en el procedimiento legislativo para la aprobación de iniciativas de ley los meros actos de política legislativa, salvo que con ellos se hayan omitido requisitos o fases procedimentales establecidos en la Constitución Política de la República o en la Ley Orgánica del Organismo Legislativo. Se dijo en la sentencia también que debe recordarse que el análisis para establecer la compatibilidad entre el decreto impugnado y la Constitución debe ser eminentemente jurídico, sin sustituir el criterio del legislador sobre la oportunidad o conveniencia de las decisiones tomadas; la función del Tribunal Constitucional debe ser la de intérprete, y no de legislador.

El Tribunal Constitucional concluyó que no existe el vicio de procedimiento que se denuncia, pues el Pleno del Congreso de la República -por política legislativa que la Corte no puede entrar a juzgar como tal, puede decidir aprobar por urgencia nacional una iniciativa de ley que esté llevando el procedimiento ordinario de iniciativa de ley, siempre que cumpla con los requisitos constitucionales y formales mencionados en la sentencia. En relación con que, la entidad accionante estima que afectan la constitucionalidad del decreto impugnado, que el Congreso de la República lo aprobó sin realizar el único debate debido,

La Corte advirtió que el derecho a expresar opiniones, objeciones y observaciones constituye, para los diputados, un derecho potestativo, el cual solo puede ser limitado por la ley y por autodeterminación, es decir que el ejercicio de ese derecho solo puede ser restringido por razones legales o bien, puede omitirse por razones que el propio diputado estime libremente; Declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad general total. (Sentencia de Inconstitucionalidad general total, 2009)

En este caso, se impugnó el acuerdo legislativo que aprobaba el Convenio entre la Organización de las Naciones Unidas y Guatemala, para la instalación en el país de la Comisión Internacional Contra la Impunidad CICIG, considerando los magistrados que el procedimiento de la aprobación de dicha ley no se vició, dejando la vía expedita para la instalación de dicha Comisión.

4.7.7. Opinión consultiva

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, el 29 de noviembre de 2010, en el expediente número 4153-2010, resolvió la solicitud de opinión consultiva realizada por el presidente de la República, respecto de si la aplicación de los artículos 1° y 2° del Decreto número 19-2010 del Congreso de la República, que contiene las "Disposiciones de apoyo financiero, readecuación presupuestaria, transparencia fiscal y Reformas al Decreto 72-2008 del Congreso de la República de Guatemala y sus Reformas, Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el ejercicio fiscal 2009", infringe lo preceptuado en el artículo 238, literal b), último párrafo, de la Constitución Política de la República de Guatemala. Se argumenta entre otros extremos, los siguientes: concretamente, el presidente de la República formula a la Corte la siguiente interrogante: "¿Si los artículos 1 y 2 del Decreto número 19-2010 del Congreso de la República, adolecen de vicio de inconstitucionalidad al ser aplicados y ejecutados por parte del Organismo Ejecutivo, en relación con el artículo 238 literal b) último párrafo de la Constitución Política de la República?".

En el fallo, la Corte menciona que, en lo referente al control de constitucionalidad atribuido al Tribunal Constitucional guatemalteco, se reguló lo referente al preventivo y reparador, encontrándose dentro del preventivo la facultad de consultar a la Corte de Constitucionalidad antes de que cobre vigencia una ley la conformidad o disconformidad de esta respecto de la norma suprema.

En casos de control preventivo o reparador, es necesario que la Corte de Constitucionalidad revise la viabilidad del planteamiento, porque de serle reclamada su intervención en forma legal deberá pronunciarse, pero de no serlo, carece de potestad para intervenir en los asuntos presentados. Se evidencia una imprecisión en cuanto a la formulación del planteamiento, pues se pide la opinión respecto de una norma vigente, en cuyo proceso de formación y sanción el mandatario tuvo la oportunidad de consultar al Tribunal respecto de su constitucionalidad, ya sea cuando se encontraba como un proyecto de ley en sede del Congreso de la República o al vetarla alegando su



inconstitucionalidad. Lo anterior implica que en la forma como se ha formulado el planteamiento resulta improcedente. La Corte declaró: se abstiene de emitir la opinión que solicitó el presidente de la República.



Voto concurrente del magistrado Juan Francisco Flores Juárez

Las opiniones consultivas, como la promovida en este caso, son mecanismos de control de constitucionalidad indudablemente, pero su naturaleza es "Sui generis"; son proferidas a instancia de los organismos que tienen esa facultad y la Corte de Constitucionalidad las pronuncia sin hacer uso de sus facultades jurisdiccionales; es decir la opinión consultiva -y el Dictamen también- no tienen índole política ni tampoco jurisdiccional. El Tribunal Constitucional al dictarla no resuelve un conflicto constitucional, sino evita un ulterior problema, no ejerce jurisdicción para solucionar ningún conflicto de existencia real; por esa razón sorprende el peculiar planteamiento del presidente de la República, ya que la opinión solicitada se refiere a una ley vigente, que superó el proceso de formación legislativa, y no ha sido impugnada su constitucionalidad.

La consulta formulada no tiene justificación, porque el presidente debió resolver las dudas de constitucionalidad que plantea, en el momento oportuno, promoviendo la consulta de manera previa a la sanción y promulgación de la ley que hoy le suscita duda; aunque al juez constitucional le compete la defensa de la Norma Prima con fundamento en la interpretación y aplicación de esta, evaluando las decisiones estatales y de los particulares, dicha tarea no puede ser concebida como una facultad omnímoda que distorsione los mecanismos de control constitucional. Dicho proceder implicaría un retorno al llamado "gobierno de los jueces".

Votos razonados concurrentes de los magistrados Mario Pérez Guerra y Roberto Molina Barreto

Esgrimen entre otros argumentos que: el dar una respuesta, ya sea en sentido



afirmativo o negativo a tal interrogante, por la forma en la que esta fue formulada (que el tribunal responda si existe o no vicio de inconstitucionalidad en la aplicación de dos normas de derecho vigente) implicaría desnaturalizar el propósito para el que puede solicitarse una opinión consultiva. Mencionan los magistrados que responder en forma afirmativa o negativa, la función esencial establecida para la Corte de Constitucionalidad en el artículo 268 de la Constitución Política de la República, se ve notoriamente restringida, limitación que se da incluso por el propio tribunal al acceder a responder una interrogante como la formulada por el presidente de la República.

Votos razonados concurrentes de los magistrados Alejandro Maldonado Aguirre y la Magistrada Gladys Chacón Corado

Entre varias razones, exponen que: la tesis de la mayoría --con la que discrepan-- surge de una grave equivocación, al fundir las "opiniones" como parte de la función de "control" del Tribunal Constitucional. Por sus efectos (elemento clave de las instituciones jurídicas) son completamente diferentes el instituto del control (preventivo o represivo) de constitucionalidad que el instituto de la opinión consultiva. La diferencia consiste en que el "control" siempre es vinculante, en tanto que la "opinión" nunca es vinculante. En las opiniones consultivas no hay contienda alguna por lo que no tienen fuerza obligatoria y pueden tener referencia a cuestiones hipotéticas. Cumplen una función asesora, aunque pueden o deben ser tenidas en cuenta con base en una condición de ética política, para que sean observadas por el órgano que haya hecho la consulta, en tanto que, si no hubiera estado en disposición de atenerse a su resultado, restaría seriedad y honorabilidad a su gestión de consulta. (Opinión consultiva, 2010)

En este caso, parece sensato y sólido el fallo de la Corte de Constitucionalidad, al abstenerse en dar opinión solicitada por el presidente de la República, de una ley ya aprobada por el Congreso de la República, pues obviamente la opinión consulta con efectos preventivos, se debe realizar antes de aprobada la ley. Es relevante mencionar que nuevamente se alude al "gobierno de los jueces" por un magistrado, quien, en un



fallo anterior, no respaldó el fallo de sus pares que hacían ver lo mismo. Sin duda, la interpretación de la Constitución es compleja en determinados casos, pero como se ha visto, la posición del magistrado constitucional para enjuiciar a solicitud de parte leyes y disposiciones de órganos y autoridades que ejercen poder público es amplia.

4.8. Análisis/ aporte

La presente investigación se inició con una pregunta fundamental

¿En las funciones jurisdiccionales que desempeña el magistrado Constitucional puede tomar decisiones que produzcan efectos políticos?

La pregunta se originó como planteamiento de un problema que necesita encontrar respuestas razonables en un Estado como Guatemala, pues es parte de un debate mucho más amplio en los foros académicos y políticos en muchos países.

El debate es en cierta forma, añejo, pues como se expuso, ha acompañado la evolución de la figura del juez desde la noción de Constitución como norma fundamental, que se originó en los Estados Unidos de Norteamérica, con la promulgación de su Constitución que derivó en un sistema difuso de control, que permitió a los jueces de aquel sistema, inaplicar una ley por contradecir o contravenir la Constitución, sistema que se fundamentó en la confianza hacia los jueces. El debate se amplió en Europa, que pregonaba por un sistema jurídico fundamentado por el positivismo y la observancia a ultranza del tenor literal de la ley, siendo el juez un funcionario técnico que solo debía pronunciar el contenido de esta.

El sistema de control constitucional que se instaló posteriormente en Europa, denominado concentrado, ideado por Hans Kelsen, creaba para ese entonces un tribunal especial de control de leyes, el cual debía funcionar fuera del denominado poder judicial, motivado, porque todo el sistema jurídico del viejo mundo se cimentó,



contrario al sistema norteamericano, en la desconfianza hacia el juez, considerándolo un funcionario burocrático instalado dentro de un esquema piramidal de jerarquías que no le concedían la menor facultad de conocer conflictos derivados de decisiones de carácter político.

Pero, esto cambió notablemente, el poder de los jueces ordinarios y constitucionales fue aumentando en Europa, por ello, la evolución de su poder en las democracias, se analizó con base en los dos sistemas mencionados. Hoy, casi todas las democracias de Europa cuentan con un Tribunal Constitucional con amplias facultades de control sobre los órganos políticos representativos. América Latina no fue la excepción y también, la mayoría de los países cuentan ya con un Tribunal Constitucional, bien como Sala instalada dentro del esquema del Organismo Judicial, o de un Tribunal Constitucional autónomo, variantes del sistema concentrado de control. El activismo judicial de los jueces constitucionales ha crecido, lo que se evidencia en fallos paradigmáticos, pero paralelamente, han aumentado las interrogantes sobre la legitimación de los órganos jurisdiccionales que pueden intervenir en el control difuso de raigambre norteamericana, o bien de los jueces o magistrados que conforman el Tribunal Constitucional propio del sistema concentrado.

La actual Constitución Política de la República de Guatemala introdujo como una de sus novedades, en el año 1985, la Corte de Constitucionalidad facultada para ejercer control constitucional sobre leyes, reglamentos, disposiciones, actos, resoluciones que pudieran contravenir la Constitución, desplegando el magistrado constitucional un papel de guardián de la Constitución. El sistema de control denominado "mixto", les dio también facultades a los jueces ordinarios de ejercer control constitucional de manera difusa, a lo ancho y largo del sistema judicial, revisable sus decisiones siempre por la Corte de Constitucionalidad. Dentro de los procedimientos establecidos en la Constitución de Guatemala, resaltan el procedimiento de control de constitucionalidad en caso concreto, el procedimiento de inconstitucionalidad general o abstracta y el juicio de Amparo.



Desde su instalación, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha conocido una serie de planteamientos para enjuiciar jurisdiccionalmente decisiones emanadas por autoridades representativas del sistema de gobierno republicano, anclado en la división clásica de poderes, estimando la procedencia de lo argüido de inconstitucional, o bien amparando en su caso a quien promueve el juicio de amparo. Los diversos fallos están a la vista: declarar la inconstitucionalidad de una ley aprobada por el Congreso de la República, un acuerdo autorizado por el presidente de la República, un acto emanado del Organismo Ejecutivo por medio de sus diversas autoridades, el otorgamiento de amparo en infinidad de casos dejando sin efecto el acto reclamado por considerarse de forma general que violenta o amenaza un derecho fundamental de quien o quienes lo promovieron.

Entonces, el cuestionamiento o la pregunta de la investigación merece toda la atención del caso, pues todas las aristas que se derivan de su planteamiento pueden enriquecer el debate serio que nos conduzca como Estado a mejores senderos. La frágil y novel democracia guatemalteca, los ciudadanos y ciudadanas, además de sus instituciones, experimentan difíciles y complejos escenarios, por lo que, las respuestas que se puedan ofrecer hoy a diversas preguntas sobre la Corte de Constitucionalidad es un grano de arena que, modestia aparte, busca fortalecer el sistema democrático de derecho.

Dicho lo anterior, la importancia radica en que, las facultades de control de los magistrados constitucionales, de manera similar que sus pares de otros países, como se dijo, han evolucionado. Hoy se les reclama ser guardianes de la Constitución, ser garantes de los derechos fundamentales establecidos en esta y, ser intérpretes de sus alcances y su contenido sustantivo. Ya no están ubicados los magistrados constitucionales y los jueces ordinarios constituidos en jueces de ese talante, cuando se les solicita, fuera de los circuitos políticos del Estado, ya no son más “boca de la ley” y difícilmente se retorne a estas concepciones. Las sociedades y las democracias han evolucionado, lo mismo que la gama de derechos fundamentales y los conflictos que se originan en la sociedad. La investigación de un tema teórico abstracto con tantas

aristas, en cada paso, abría puertas para profundizar en otros puntos, pero, lógicamente su contenido y envergadura merece investigaciones por aparte.



El magistrado constitucional es indudablemente un funcionario del Estado con facultades de tipo jurisdiccional, pero investido de una competencia especial, como órgano de control. La Constitución es el pacto del ejercicio de la autoridad y el ejercicio de la libertad, en otras palabras, regula la organización del Estado por medio de sus autoridades y sus facultades, establece los derechos fundamentales de los ciudadanos, fija los fines del Estado y diseña el sistema político de gobernanza, a la par que, regula los órganos de control del ejercicio del poder, como garantía del ciudadano y de la observancia a esta.

El magistrado constitucional enjuicia la Constitución Política y, sus decisiones en ocasiones tensan las relaciones entre las autoridades representativas propias de una democracia y los órganos jurisdiccionales. El derecho y la política son dos caras de esta moneda que dialogan a cada momento y, en cada acto, pues existen controles políticos para actos definidos como jurídicos y controles jurídicos para actos catalogados como políticos, en tanto que, en las facultades de control de las decisiones políticas, no existe un mapa que permita discernir el límite de la justicia constitucional, lo que no sugiere por supuesto que la actividad jurisdiccional del magistrado constitucional no tenga también límites.

Ese límite lo da la propia Constitución, pero no es tarea fácil marcarlo, deviene de su misma jerarquía. La doctrina es amplia en el debate, pero, una premisa de un Estado de derecho, es el reconocimiento de que, la Constitución es la expresión jurídica de un sistema político, lo cual significa darle contenido sustantivo a esta, no como agenda de decisiones políticas, sino techo y piso de principios, de facultades, de derechos, de reparto de atribuciones, por lo que, su inobservancia puede degenerar en fines contrarios a su regulación, por lo que la garantía de su vida y sobrevivencia necesaria en ese Estado de derecho, es el mecanismo de control del poder que ilimitado, casi siempre se desborda.



El magistrado constitucional no es político, es decir, no participa ni en la lucha por el poder político ni sustituye a los órganos elegidos por las mayorías, sino que, hoy es una especie de actor colocado en los circuitos políticos, por las facultades de control necesarias en una democracia representativa. Su legitimación nace del mismo contenido normativo de la Constitución y su función jurisdiccional puede en ocasiones producir efectos políticos, sin que esto implique que haga política, pues esta está reservada para las autoridades representativas del sistema democrático. Las consecuencias que en ocasiones se producen, producto de las decisiones tomadas por los magistrados constitucionales en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, se dan, porque, al conocer conflictos derivados de los actos o decisiones de órganos de poder político del Estado, lleguen a la conclusión de su vulneración frontal, pueden invalidarlos y con ello, generar efectos políticos. Esas decisiones pueden impactar en los fines supremos del Estado, en el bien común de los ciudadanos, en la vigencia de los derechos fundamentales, en la distribución de la riqueza de un Estado, en la paz social y en la democracia y la estabilidad política del Estado, por mencionar unos.

La investigación responde al cuestionamiento y aclara el sentido de los efectos políticos producidos en algunos casos por las decisiones del magistrado Constitucional. Como punto teórico abstracto, no pretende en lo mínimo agotar el debate que enriquece las posturas, pero sí, derivado de los poderes que le proporcionan sus facultades, justo es plantearse la necesidad de considerar ya una responsabilidad que no se agote en la inconformidad, que puede plantearse racional o irracionalmente, sino que, se configure un modelo de responsabilidad política y de rendición de cuentas, pues toda facultad y función debe tener como contracara la responsabilidad.

Esto trae a colación otro dilema, el proceso de selección y los perfiles requeridos para un magistrado Constitucional. Sí se toma plena conciencia de las facultades, necesariamente el magistrado constitucional debe ser el mejor hombre o la mejor mujer en esa rama del derecho, enriquecido con una trayectoria y experiencia impecable, tanto en lo profesional, como en sus virtudes, cualidades humanas y éticas. Una democracia frágil necesita colocar a sus mejores hombres y mujeres en estos espacios



de control, para que reconozca en forma racional y razonable los alcances y límites de su función. Los límites, expresados en la investigación, tales como el derecho, el proceso, el lenguaje y la argumentación jurídica, la motivación, la independencia y otros más, deben ser obligadamente temas de conocimiento óptimo del magistrado. Colocar como vigilante de la Constitución que significa la expresión jurídica de un pueblo, a una persona que no se le exija un perfil idóneo para un cargo de esa especial trascendencia es un contrasentido.

Por ello, del análisis de los eventuales efectos políticos derivados de sus decisiones, torna recomendable revisar los procedimientos de su selección, establecer perfiles idóneos como exigencia de participación, debatir sobre los límites de sus facultades libre de concepciones ideológicas, sino más bien académicas, razonables, racionales y doctrinarias que permitan escoger a los mejores. El magistrado constitucional debería ser una amalgama de conocimiento tanto jurisdiccional, de ciencia política, un conocedor incuestionable de la historia jurídica y política de Guatemala, un experto en la materia que le es propia: el derecho constitucional, que le permita actuar con sapiencia y con prudencia.



CONCLUSIÓN



La Corte de Constitucionalidad de Guatemala es un órgano de carácter jurisdiccional con competencia especializada. Está integrada por magistrados constitucionales con la facultad de ser interpretes finales de la Constitución Política, ejercer poderes de control propios de un Estado democrático de derecho, enjuiciar decisiones emanadas de aquellos órganos políticos para que respeten los derechos fundamentales reconocidos en ella, se ajusten a su contenido sustantivo, valores y principios, abarcando su facultad el poder de anular aquellas disposiciones, leyes y actos de órganos o autoridades políticas, que la contravengan, funcionando así la Corte de Constitucionalidad como garantía de la expresión jurídica del sistema político materializado en su Constitución.

Derivado de las facultades de control en el ejercicio del poder, sobre autoridades, funcionarios y órganos de carácter representativo propios de la República, el magistrado constitucional de Guatemala, está ubicado en el sistema organizativo del Estado, dentro de los circuitos políticos, por su facultad de control. Por ello, las decisiones del magistrado constitucional pueden en ocasiones repercutir en los fines del Estado: el bien común, la paz, social, la seguridad jurídica, el bienestar individual y colectivo de sus ciudadanos y también en la estabilidad jurídica y política del Estado de Guatemala.

Por ello, a la pregunta planteada en la presente investigación: ¿En las funciones jurisdiccionales que desempeña el magistrado Constitucional, puede tomar decisiones que produzcan efectos políticos? se demostró que sí. Identificar y reconocer en el magistrado constitucional su ubicación en el entramado político del Estado de Guatemala, por su facultad de control en las decisiones de carácter político que contravengan la Constitución Política, ayuda a demarcar los límites de su competencia y de sus facultades, coadyuva en el fortalecimiento del Estado de derecho al que le es propio el control del ejercicio del poder, permite también reconocer su capacidad de

repercutir en ocasiones en decisiones de carácter político por medio de su labor jurisdiccional, lo que garantiza el respeto y la observancia de la Constitución Política, en consonancia con el fin máximo de la organización jurídica y política: el bien común.



REFERENCIAS



Acción de Inconstitucionalidad, 03-004485-0007-CO. Resolución No. 2004-09992 (Sala Constitucional de Costa Rica 8 de Septiembre de 2004). Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/00022-1996-AI.html>INALISIS

Aliste, C. (Agosto de 2001). *La jurisdicción constitucional en Chile*. (U. A. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ed.) *Revista de Derecho*, XII, --.

Ansolabehere, K. (22 de abril de 2005). jueces, Política y derecho: Particularidades y alcances de la politización de la justicia. *Isonomía*, (22), 39-63. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3636/363635644003.pdf>

Barrientos, C. (2001). *Poder Judicial y Estado de derecho*. Guatemala: F&G Editores.

Barrios, C. (2017). *El derecho de resocialización como derecho fundamental*. Informe de Seminario del módulo "Fundamentación Filosófica de los Derechos y Garantías Fundamentales impartido por la Doctora Isabel Giménez, Doctorado en Ciencias Penales cohorte 2017-2019. San Marcos. , Universidad de San Carlos de Guatemala, San Marcos, Guatemala.

Barrios, C. (2018). *La argumentación jurídica y la ponderación de Alexy*. Informe de investigación del Módulo "El juez, la resolución y la interpretación de la norma jurídica, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala.

Blanco, R. (1994). *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza Universidad.

Bodenheimer, E. (2000). *Teoría del derecho* (2ª ed.). México: El Progreso, S.A.



Cabanelas, G. (2006). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (29ª ed.) (Tomo IV). Vol. IV). Argentina: Heliasta S.R.L.

Cabanellas, G. (2006). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (29ª ed.). (Tomo I). Buenos Aires, Argentina : Heliasta S.R.L.

Cabanellas, G. (2006). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (29ª ed.). (Tomo III). (Vol. 3). Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

Cabanellas, G. (2006). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (29ª ed.). (Tomo VI). (Vol. VI). Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

Carbonell, M. (2014). *Argumentación jurídica. Proporcionalidad y ponderación*. México. D.F.: Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C.

Carbonell, M. e. (2014). *Conociendo a Luigi Ferrajoli*. México: Cruz Verde 81. .

Cárdenas, J. (2015). *Curso básico de argumentación jurídica*. México: Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C.

Cascante, C. (2012). *Control jurisdiccional de los actos exteriores de Costa Rica. La Sala Constitucional de Costa Rica (1989-2011)*. Heredia: Unidad de gestión editorial de la Escuela de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Costa Rica. Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/263544426>

Cazor, C. (2001). La jurisdicción constitucional en Chile. *Derecho (Valdivia)*, 12(1). 91-106. Recuperado de <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v12n1/art06.pdf>

Cordón, J. (2012). Motivación judicial: Exigencia constitucional. *InfoCC. Corte de Constitucionalidad*, 8. Recuperado de www.cc.gob.gt



De Malberg, C. (2001). *Teoría general del Estado* (2ª ed.). (J. L. Depetre, trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

Demanda de inconstitucionalidad de acto legislativo; acción pública de inconstitucionalidad contra acto legislativo, C 702/10 (Sala Plena de Corte Constitucional de Colombia 2010). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-702-10.htm>

Devis, H. (1997). *Teoría general del proceso* (2ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Universidad.

Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (Vol. II). España: Espasa Calpe.

Dorantes, L. (2000.). *Filosofía del derecho* (2ª ed.). México: Oxford, University Press.

Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal* (7ª ed.). Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2014). *Derechos fundamentales y democracia*. (M. Carbonell Sánchez, trad.) México: Cruz Verde 81.

Flores, J. (2009). *Constitución y justicia constitucional/ apuntamientos*. Guatemala.

García, J. (2014). Fallos típicos y atípicos. *InfoCC. Corte de Constitucionalidad*, 8. Recuperado de www.cc.gob.gt

Gozaíni, O. (1994). *La justicia constitucional, garantías, proceso y Tribunal Constitucional*. Argentina: Depalma.



- Guarnieri, C., y Pederzoli, P. (1999). *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia* (3ª ed.). Madrid: Grupo Santillana de Ediciones. S.A.
- Guarnieri, C., y Pederzoli, P. (1999). *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia* (3ª ed.). Madrid: Grupo Santillana de Ediciones. S.A.
- Hernández, R. (2005). *Introducción al derecho procesal constitucional*. México: Porrúa.
- Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, En el proceso penal RUC No. 1800299396-8, RIT No. 1719-2018. (Constitucional de Chile 18 de Octubre de 2018). Recuperado de <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=4043>
- Larios, G. (1995). *Nueve años de control constitucional*. Guatemala: Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
- Locke, J. (2002). Segundo ensayo sobre el gobierno civil. En Biblioteca de obras maestras del pensamiento. Buenos Aires: Losada.
- Maldonado, A. (2010). *Reflexiones constitucionales*. Guatemala: Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
- Marcheco, B. (2015). El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, (2), 50. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5258538>
- Medina, J. (2013). Tipologías de las sentencias constitucionales. *InfoCC. Corte de Constitucionalidad*, 8. Recuperado de www.cc.gob.gt



Molina, R. (2011). La imperativa reforma constitucional. Justificación de la reforma integral al sistema de justicia nacional. *InfoCC. Corte de Constitucionalidad*, 8. Recuperado de www.cc.gob.gt

Naranjo, V. (2006). *Teoría constitucional e instituciones políticas* (10ª ed.). Bogota, Colombia: Temis, S.A.

Nieto, A. (2004). *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta, S.A. .

Opinión consultiva, 4153-2010 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 29 de noviembre de 2010). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>

Opinion Consultiva, 5911-2016 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 9 de enero de 2017). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>

Ordóñez, D. (2004). *Jueces, Derecho y política*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi. S.A. .

Otero, P. e. (2010). *Argumentos de la argumentación jurídica*. México: Porrúa.

Pacheco, M. (1990). *Teoría del derecho* (4ª ed.). Chile: Jurídica de Chile, .

Pereira, A. (2018). *Lecciones de teoría constitucional*. México: Porrúa .

Pereira-Orozco, A. (2007). *Sistema de frenos y contrapesos en el Gobierno del Estado de Guatemala*. Guatemala: Ediciones de Pereira.

Platón. (1962). *Las leyes*. (Vol. I). Barcelona: Iberia. S.A.

Prieto, L. (1987). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos.

Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.



Rodriguez-Cerna, C. (2011). *El amparo y las verdaderas reformas que clama su justicia constitucional*. Guatemala: Serviprensa.

Rombola, N., y Reboiras, L. (2004). *Diccionario Ruy Díaz de ciencias jurídicas y sociales*. Argetina: Leograf SRL.

Saba, R. (27 de febrero de 2011). Eleccion de CC debe ser totalmente transparente. (F. Martinez, entrevistador) Guatemala: *Prensa Libre*.

Sabine, G. (2002). *Historia de la teoría política* (3ª ed.). (V. Herrero, trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

Sáchica, L. (2006). *Derecho constitucional general*. Bogotá-Colombia: Temis.

Sáenz, L. (2006). *El acto interpretativo constitucional. Su influencia en la escogencia de los jueces constitucionales en Guatemala*. (Tesis de maestría, inédita). Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala.

Sánchez, E. (2002). *Derecho constitucional*. México: Porrúa.

Seminario de Doctorado en Derecho, U. d. (2008). *Familias Jurídicas Contemporáneas*. Guatemala: Servitaj.

Sentencia, Expediente 90-98 (Corte de Constucionalidad de Guatemala 25 de junio de 1998). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>

Sentencia, 2953-2009 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 22 de febrero de 2011). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>



Sentencia, Expediente 4-20016 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 26 de mayo de 2016). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>

Sentencia, Expedientes acumulados 1917-2014 y 1934-2014 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 17 de enero de 2017). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>

Sentencia 2075-2015, 2075-2015 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 7 de diciembre de 2015). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>

Sentencia de Amparo, 12-86 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 17 de septiembre de 1986).

Sentencia de Amparo, 303 y 330-90 (Corte de Constitucionalidad 26 de septiembre de 1991).

Sentencia de Amparo, 4292-2017 (Constitucional de España 17 de septiembre de 2018). Recuperado de <https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencias.aspx>

Sentencia de Amparo Bi-instancial , Expediente número 1089-2003 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 14 de Julio de 2003). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>

Sentencia de Amparo en única instancia, Expediente número 10772-2011 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 24 de noviembre de 2011). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>

Sentencia de Amparo en única instancia, Expediente número 1539-2017 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 5 de junio de 2017). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>



Sentencia de Inconstitucionalidad, Expediente Número 022-96-I/TC (Tribunal Constitucional de Perú 15 de marzo de 2001). Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00022-1996-AI%20Resolucion.pdf>

Sentencia de Inconstitucionalidad general, Expediente 225-93 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 25 de Mayo de 1993). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>

Sentencia de inconstitucionalidad general, Expedientes acumulados números 1663/1672/1673/1727/1744/1745/1746/1747/1748/1749/1750/1751 Y 1755 – 2002 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 14 de enero de 2003). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>

Sentencia de inconstitucionalidad general, Expedientes acumulados números 1663/1672/1673/1727/1744/1745/1746/1747/1748/1749/1750/1751 Y 1755 – 2002 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 14 de enero de 2003). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>

Sentencia de Inconstitucionalidad general total, Exp. 3127-2007 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 16 de abril de 2009). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>

Sentencia Exp. 2628-2006, Exp. 2628-2006 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 7 de marzo de 2007). Recuperado de <https://www.cc.gob.gt/>

Taruffo, M. (abril de 2005). Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica. *Isonomia*, (22), 9-18. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1401872>

Tocqueville, A. (1989 (1835)). *La democracia en América*. (Vol. I). Madrid: Alianza.

Vásquez, G. (2000). *Independencia y carrera judicial en Guatemala*. Guatemala: Cromo
Gráfica Institutos de Estudios Comparados en Ciencias Penales.

