

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



TESIS DOCTORAL

**“EL PODER JUDICIAL Y EL CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD EN LA DEMOCRACIA”**

MSc. SONIA DORADEA GUERRA DE MEJÍA

GUATEMALA, MAYO 2019

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

**EL PODER JUDICIAL Y EL CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD EN LA DEMOCRACIA**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MSc. SONIA DORADEA GUERRA DE MEJÍA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTORA EN DERECHO

Guatemala, Mayo 2019

Guatemala, 10 de octubre del año 2018.

Doctor
Ovidio David Parra Vela
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

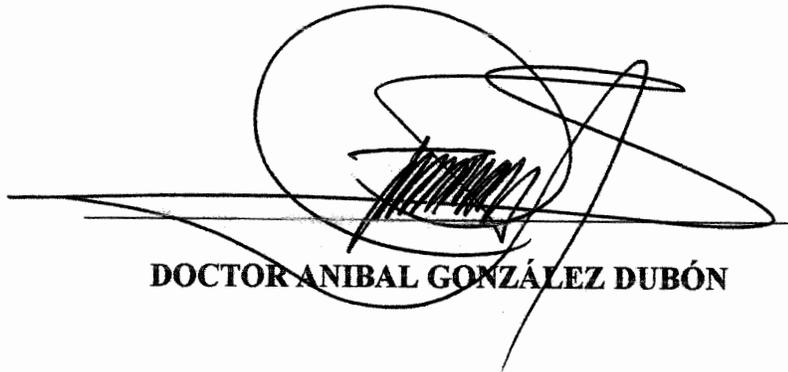
Estimado Doctor Parra Vela:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución RES. D.E.E.P. D. ED. C 242-2017 de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado de fecha once de septiembre de dos mil diecisiete se me asignó para su tutoría, la **Tesis de Doctorado en Derecho** de la Maestra **Sonia Doradea Guerra**, titulada **“EL PODER JUDICIAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA DEMOCRACIA”**.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis de Doctorado en Derecho de la Maestra **Sonia Doradea Guerra** y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige 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 y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:



DOCTOR ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Guatemala, 02 de mayo 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:

**EL PODER JUDICIAL Y EL CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD EN LA DEMOCRACIA**

Esta tesis fue presentada por la **Msc. Sonia Doradea Guerra De Mejía** estudiante del Doctorado en Derecho, 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

Gladys Tobar Aguilar
LICENCIADA EN LETRAS
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, 7 de mayo del dos mil diecinueve.-----

En vista de que la MSc. Sonia Doradea Guerra aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho** lo cual consta en el acta número 5-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL PODER JUDICIAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA DEMOCRACIA”**. 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



DEDICATORIA

A DIOS

Gracias Señor de todo corazón por darme la vida, por tu bondad, misericordia y concederme las fuerzas y sabiduría para concluir con este proceso de formación académica.

A MIS PADRES

Francisco Doradea Lima y Flor de María Guerra Rivera de Doradea (+), por el ejemplo de superación, su apoyo incondicional, sus sabios consejos para la vida, su amor, trabajo y sacrificio. Gracias a ustedes he logrado llegar hasta aquí, estoy orgullosa de ser su hija.

A MI ESPOSO

Bonerge Amilcar Mejía Orellana, gracias por existir, por ser mi ayuda incondicional, que ha sido fundamental para alcanzar mis metas, siempre estuviste motivándome y tus palabras de admiración me inspiraban a seguir adelante. Tu amor y presencia en mi vida ha sido determinante para ser mejor persona. Te amo mi rey

A MIS HIJOS

Cristian Eduardo, Iris Andrea, Mónica Pamela y Alexander. Fuente de motivación, razón e inspiración para superarme y culminar mi proceso de formación profesional. Los amo.

A MIS NIETOS

Laura Vanessa, Guillermo Alejandro, Sebastián Andrés y Mateo Josué, personas linda que el Señor me regaló, su existencia me da felicidad e iluminan mi vida.

A MIS HERMANOS

Verónica, Jorge David, Francisco Haroldo, Cesar Danilo, Víctor Hugo y Flor de Maria, con quienes compartí en la infancia, alegrías y tristeza, gracias por el apoyo que me brindaron en el transcurso de mi carrera universitaria.

A MIS NUERAS Y YERNOS

Silvia Karina, Aurora del Carmen, Yorik Alexander y Marco Vinicio. Gracias por ser parte de mi familia.

A LOS DOCTORES

René Arturo Villegas Lara, Luis Ernesto Cáceres Rodríguez y Blanca Odilia Alfaro, por ser mis ejemplos a seguir, con profunda admiración y respeto. Gracias por compartir sus conocimientos.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

Especialmente a la Escuela de Posgrados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por abrirme las puertas para obtener el conocimiento.



ÍNDICE

Introducción

CAPÍTULO I

La Constitución en el estado constitucional y democrático de derecho

1. Constitución y constitucionalismo	1
1.1 Derecho y constitución	1
1.2 Principialismo constitucional	4
1.3 Concepción jurídica de la Constitución	5
1.4 La Constitución, presupuesto de la democracia	11
1.5 Características de las constituciones vigentes	19
1.6 Modelos de democracia contemporánea	25
1.7 Inconveniente de las mayorías políticas	40

CAPÍTULO II

El poder judicial como contralor de la constitucionalidad de las leyes

2.1 Poderío normativo de la Constitución	49
2.2 Antecedentes del control judicial de constitucionalidad de las leyes	50
2.3 El modelo norteamericano de control de constitucionalidad y el método Difuso	55
2.3.1 Características del método difuso	56
2.3.2 El objeto del método difuso	60
2.4 El modelo europeo de control de constitucionalidad y el método concentrado	60
2.4.1 Control de constitucionalidad en el siglo XIX en el constitucionalismo continental europeo	61



2.4.2 Control de constitucionalidad en el siglo XX y el surgimiento de los tribunales constitucionales en la Europa continental	
2.5 Modelo kelseniano de control de constitucionalidad	
2.6 Características del modelo europeo continental actual de control de constitucionalidad	70
2.7 El modelo iberoamericano de justicia constitucional	71
2.7.1 Origen del modelo Iberoamericano de justicia constitucional	72
2.7.2 Características del modelo iberoamericano de justicia constitucional	73

CAPÍTULO III

Interpretación de la Constitución en la práctica judicial

3.1 Aplicación de la Constitución	75
3.2 Función de la Constitución	79
3.3 Voluntad, razón y derecho	83

CAPÍTULO IV

Control de constitucionalidad en la democracia

4.1 Democracia constitucional	101
4.1.1 Seguridad jurídica	107
4.1.2 Acceso a la justicia	112
4.1.3 Imparcialidad	115
4.1.4 Independencia judicial	116
4.1.5 Sistema de frenos y contrapesos	119
4.1.6 Racionalidad	120
4.2 Los tribunales superiores y parámetros de actuación judicial válida	122
4.3 Democracia real o esencial	129
4.3.1 Necesidad de mejorar la democracia real	133



4.4 Interpretación y práctica judicial desde la teoría constitucional	
4.4.1 Problemas esenciales de la interpretación y la práctica judicial	
4.4.2 La judicialización de la interpretación jurídica	
4.4.3 Jurisprudencia constitucional, instrumento de aclaración y garantía de protección a derechos fundamentales	160
4.5 Tribunal Constitucional en el Estado constitucional	168
4.5.1 Elementos constitutivos del Tribunal Constitucional	168
4.6 Antecedentes de la Corte de Constitucionalidad	169
4.6.1 Atribuciones de la Corte de Constitucionalidad	171
Conclusiones	175
Referencias	177

INTRODUCCIÓN



En lo que respecta al Poder Judicial en su función de control de constitucionalidad de las leyes en el Estado Constitucional Democrático, se afirma que las constituciones contemporáneas constituyen parte de la cultura jurídica que se identifica como continental-europea u occidental, en consecuencia, reúnen características similares a las de otras Constituciones que se consideran representativas del constitucionalismo.

Se estima que lo más importante es, esencialmente, que se trata de textos constitucionales que proclaman una serie de valores y declaran una lista de derechos, lo cual es, indudablemente, concluyente puesto que: exigen el carácter vinculante de todos ellos.

No siempre ha estado claro, derivado del estudio de los textos constitucionales, que los derechos y los deberes consagrados en ellos, constituyan normas que se encuentran dotadas de eficacia jurídica, equivalente a la eficacia legal otorgada a las restantes normas del ordenamiento jurídico. Porque, históricamente, la parte *dogmática* de la Constitución, que ahora se denomina *material*, se concebía solamente como declaración de intenciones o como un parámetro de la legitimidad del poder.

En ningún caso el contenido material de la Constitución tenía operatividad jurídica, mientras que no fuera trasladado o incorporado a la ley. En la práctica, el constitucionalismo en la Europa occidental y recientemente en Latinoamérica, ha avanzado hacia un esquema en el cual a los Tribunales Constitucionales se les ha otorgado competencia para decidir si el legislador ha infringido, por razones de contenido o por razones de competencia, la Constitución.



El reconocimiento o procedimiento político de interpretación, en el que la Constitución, de manera general, se sitúa o instala por encima de la ley como fuente del Derecho, se le conoce como Estado Constitucional.

Las transformaciones o cambios que se realizan en las Constituciones se interpretan de diversas formas y originan numerosas teorías. De manera que, podemos ubicar por un lado a quienes la explican desde un concepto no positivista de Derecho y se refieren al Estado Constitucional como algo diferente, lo cual realizan desde el punto de vista político del Estado de Derecho. Por otro lado, en el contexto del Estado Constitucional, unos autores la defienden dentro del marco de un concepto positivista del Derecho. Dentro de estos últimos, en el ámbito político, algunos estudiosos consideran que el Estado Constitucional es prolongación del Estado de Derecho; sin embargo, también los hay que entienden que estamos ante una fórmula diferente.

Los primeros teóricos conservan la postura de la prioridad de la democracia como criterio de legalidad del poder y defienden la necesidad de encontrar metodologías para que la última palabra, a propósito de la aplicación de los contenidos materiales de la Constitución, la tenga el Parlamento. Los segundos, por el contrario, sostienen que la prioridad es en relación a la protección de las garantías, los derechos y que el Estado Constitucional atribuye al órgano de control de constitucionalidad la decisión última sobre su sentido e interpretación.

De cualquier manera, es pertinente afirmar que dentro marco actual que la cultura jurídica puede considerarse tomada por el paradigma constitucionalista., entendido como como el conjunto de enfoques que procuran dar respuesta a los distintos problemas asociados con la eficacia jurídica de la Constitución. Este paradigma está adquiriendo relevancia en lo que se refiere a la consolidación de un concepto normativo de Constitución; derivado del triunfo de la concepción de la Constitución como norma, que se contrapone con la visión dominante durante el



siglo XIX y buena parte del siglo XX, de la Constitución que era concebida como un documento de mero valor simbólico.

Por lo tanto, el modelo comprende los planteamientos positivistas que enfrentan la cuestión que se ha presentado como básica, y no únicamente aquellas construcciones que recuperan la vinculación conceptual entre Derecho y moral en este contexto.

Es imprescindible indicar que la representación de la Constitución como norma jurídica no excluye otro tipo de perspectivas que en el futuro se le pueda dar. Por el contrario, es cabalmente posible con una aproximación desde la cual se contemple a la Constitución como el efecto de una determinada composición del poder o de determinadas opciones éticas. El paradigma constitucionalista, es eminentemente jurídico, por lo que la dimensión jurídica de la Constitución es la que sirve como punto de partida para aproximarla a las distintas corrientes que se adscriben a este modelo.

A partir del constitucionalismo se pretende dar respuestas a problemas muy diversos. En el marco en el que se sitúa la perspectiva constitucionalista, también se puede referir a cuestiones relacionadas con la ontología, la axiología y con la epistemología jurídica.

La tesis se ha redactado en cinco capítulos, en el primero se analiza la idea de la función de la Constitución en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho; en el segundo capítulo, se desarrolla el tema del Poder Judicial como contralor de la constitucionalidad de las leyes; en el tercer capítulo, se trata el tema de la interpretación de la Constitución y la práctica judicial; en el cuarto capítulo, se analiza el control de constitucionalidad en la democracia y en el quinto capítulo se desarrolla lo relativo al Tribunal Constitucional en el Estado Constitucional, para tratar de arribar a una conclusión objetiva en relación con la hipótesis planteada.





CAPÍTULO I

La Constitución en el estado constitucional y democrático de derecho

1. Constitución y constitucionalismo

1.1 Derecho y Constitución

La Constitución es un conjunto de normas con vocación de regular la organización política básica de un Estado, con la finalidad específica de garantizar, por una parte, los derechos fundamentales, las libertades públicas de los ciudadanos y de la sociedad, como límite de los Poderes Públicos y por otra parte mantener, un marco general de conducta que vincule directamente a todos los particulares.

La Constitución es fuente formal de derecho, la primera y la de mayor peso. De ella emanan reglas y principios para el juez que falla, de ella brotan deberes y derechos para funcionarios y particulares¹.

El ordenamiento jurídico en su conjunto se encuentra unido en torno a la Constitución y ninguna autoridad del Estado tiene obtendría poderes o facultades fuera de ella. La sociedad política se expresa a través de la Constitución y está subordinada a sus disposiciones, a todos los poderes constituidos que integran el gobierno y que pretenden asegurar la vida, la libertad y todos los derechos humanos fundamentales que protegen al individuo.

¹ Chinchilla, T. (1991). *Introducción a una teoría constitucional colombiana*. En *Revista Estudios de Derecho*. Vol. XLIX (número 117), p. 7-28. Colombia. Recuperado de <https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/download/332425/20788326>. p. 11.



De acuerdo con los planteamientos modernos que se generan a partir del neoconstitucionalismo, desarrollados en forma paulatina, pero firmemente a partir de la segunda posguerra, se puede decir que una Constitución real o normativa “es fuente del derecho en el sentido pleno de la expresión; es decir, origen mediato e inmediato de derechos y de obligaciones, y no solo fuente de las fuentes”².

El neoconstitucionalismo, de conformidad con el criterio de varios autores contemporáneos y de acuerdo con la concepción que de él presenta Manuel Atienza, puede ser apreciado como: “nuevo paradigma constitucionalista del Derecho, cuyas teorías jurídicas se caracterizan por un cierto grado de eclecticismo”³. El neoconstitucionalismo a través de sus teorías le otorga mayor intervención al Estado en espacios iguales de poder y privilegia el respeto de los derechos humanos.

Sastre Ariza resume las bases de sus teorías de la forma siguiente:

- 1) En su fuente filosófica acuden tanto a la filosofía analítica como a la hermenéutica;
- 2) Desde el punto de vista jurídico que manejan se perciben elementos del positivismo jurídico, del realismo jurídico y del iusnaturalismo;
- 3) El derecho tomado como referencia es el que representa el diseño institucional del Estado constitucional contemporáneo⁴.

No todas las normas constitucionales contienen derechos exigibles. La Constitución, como fuente del derecho no está reducida a la declaración de derechos fundamentales, sino que: “es toda ella fuente del derecho y como tal ha

² Rubio, F. (1997). *La forma del poder: estudios sobre la constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. p. 52

³ Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel. p. 309.

⁴ Sastre, S. (2005). La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. En Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta. p. 246.



de ser tomada y utilizada”⁵. La Constitución Política que se ha impuesto a partir de la segunda posguerra en la Europa Occidental –que de manera espontánea se propaga a otros hemisferios– ha superado la concepción tradicional que se tenía, no se puede interpretar únicamente en sentido orgánico ni tampoco puede ser asimilada exclusivamente a lo pragmático, se entiende y comprende como un conjunto normativo que si bien atiende al fenómeno político, también lo hace con el aspecto jurídico, con la anotación que este debe informar sobre aquel.

En la Constitución se concentra el sistema de fuentes del derecho, que dan origen a la creación de posteriores normas positivizadas por la intervención del poder legislativo, entendidas en su concepción material, porque da origen a la creación de posteriores normas positivizadas por la acción del parlamento o la decisión de los tribunales que en el momento procesal oportuno aplican las normas jurídicas al caso en concreto.

Por lo tanto, la Constitución establece principios, derechos humanos individuales y sociales frente al poder público y, además es el punto no solo de referencia, sino de encuadramiento de cualquier tipo de producción normativa –ya sea de naturaleza sustancial o procedimental– política o administrativa. Todos los actos que se realicen en la sociedad civil y sociedad política deben ajustarse a los márgenes que de su interpretación emane. En el ámbito del derecho es mucho más evidente, porque se aplica de mejor manera si se acude a sus fuentes materiales, cuando las formales –la ley y la jurisprudencia– son insuficientes para interpretar y aplicar con claridad su normativa legal.

Después de más de dieciséis décadas el concepto de Constitución como ley fundamental de un Estado, en términos lasallistas, adquiere la relevancia que la caracteriza en la actualidad. Se dice que la Constitución es fundamental en cuanto somete al resto de las normas jurídicas producidas por órganos inferiores a

⁵ Rubio, F. Ob. Cit. p. 61



la voluntad del constituyente primario. En otras palabras, la Constitución es concebida como el *continente* de los derechos, esta noción remite a una concepción con clara reminiscencia fundacionalista.

1.2 Principialismo constitucional

Las declaraciones de derechos y los principios que se postulan en los textos constitucionales modernos se equiparan a modelos morales. En este sentido, Santiago Sastre manifiesta que:

El tránsito del derecho natural a los derechos naturales se ha perfeccionado ahora al adoptar estos la forma de derechos constitucionales. Una vez que con el constitucionalismo de derechos se ha vaciado gran parte del contenido de un hipotético derecho natural, ahora la discusión iusnaturalismo-positivismo parece que se ha trasladado al interior del ordenamiento jurídico, en el sentido de que ha pasado a un primer plano una noción de legitimidad de carácter jurídico que toma como criterio de enjuiciamiento un deber ser que establecen las normas constitucionales⁶.

El derecho natural postula la existencia de los derechos de la persona humana, determinados por su naturaleza, en todos los ámbitos de la vida del Estado, ya sea social, política y jurídica. Se considera la supremacía de la Constitución, porque contiene un conjunto de reglas jurídicas y derechos fundamentales esenciales para preservar la política del estado, el sistema de valores afirma el carácter normativo de la carta fundamental como consecuencia las normas inferiores no pueden contradecirle.

⁶ Sastre, S. Ob. Cit. p. 244.

Se puede referir actualmente sin mayor restricción a la omnipresencia de la Constitución e incluso –algo a lo que se resisten y escandaliza a los positivistas extremos– de lo que Iturmendi indica como “omnipotencia judicial” (p. 363), término acuñado por Robert Alexy en el Estado constitucional, en el que se evidencia un desplazamiento del protagonismo del Poder Legislativo hacia el Poder Judicial. Es evidente el contenido material y formal que proviene de ella, porque regula no solo el papel que debe asumir el Legislador, sino también determina la función del Estado y de los tribunales. El sentido de su omnipresencia tiene relevancia al extremo de que los poderes constituidos pierden autonomía, ganando, por el contrario, una mayor injerencia los intérpretes naturales de la Constitución, que precisamente son los tribunales constitucionales organizados sobre la base kelseniana.



La Constitución irradia y orienta la vida estatal, social, política y jurídica, pero bajo la sabia y prudente guía del Tribunal Constitucional, quien es el que en última instancia realiza, en una evaluación de carácter judicial a la luz del propio texto constitucional, la pertinencia de la producción o actuación de los diversos órganos del Estado⁷.

1.3 Concepción jurídica de la Constitución

La Constitución, además de contener principios y valores fundamentales que garantizan el respeto a los derechos humanos de las personas, en la parte orgánica manda o prohíbe hacer algo de manera imperativa, que obligue a todos los habitantes de la nación; tiene también lo relativo a la práctica o la obligación de la realización de las acciones, contiene garantías constitucionales como el amparo, exhibición personal.

⁷ Prieto, L. (2005). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. En Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta. p. 132.



En la época contemporánea, existe desacuerdo teórico en relación con el derecho que se tiene que aplicar en ese contexto, por lo que alcanza gran relevancia la opinión de Dworkin, a un sector integrado principalmente por los juristas de formación positivista, quienes aún no han podido asimilar evidentemente el cambio de paradigma que se ha operado mundialmente en la concepción del derecho público en las últimas décadas, especialmente en el derecho constitucional y en el Internacional Público, en lo que ha sido denominado el *nuevo derecho*.

En la promulgación de las constituciones contemporáneas los legisladores han tenido una nueva visión del Derecho, se fundamentan los fines, valores y principios del Estado social y democrático de Derecho, amortiguados con lo que se ha consolidado en otras sociedades más desarrolladas política y culturalmente, una serie de cambios conceptuales totalmente diferentes a los que estuvieron habituados y acostumbrados antiguamente los operadores del Derecho, sometidos a fuerte y formalista respeto por la obra del Legislador, la que consideraba como una obra perfecta.

El nuevo derecho al que se hace referencia, en realidad no es tan nuevo, puesto que los teóricos que lo postularon desde las tempranas décadas de los años sesenta y setenta del siglo XX realizaron sus construcciones teóricas. En general, no fue, sino hasta la década de 1990 cuando estas ideas masivamente empezaron a inundar el panorama jurídico, posibilitando que las nuevas generaciones de las escuelas y facultades de derecho tuvieran la oportunidad de estudiarlo y conocerlo, por conducto de autores contemporáneos, que han trasladado sus estudios y aportes doctrinarios.

Es evidente la disyuntiva en que se encuentra la academia, lo cual se argumenta en los foros nacionales, así como con Abogados, Profesores y estudiosos del Derecho, quienes por el hecho de haberse formado en concepciones jurídicas distintas, se muestran partícipes de la concepción del

Derecho, con otra perspectiva, generalmente aferrados y opuestos a las nuevas corrientes del pensamiento jurídico constitucional y con otra utilidad del nuevo derecho.



Es pertinente acotar que entre los esbozos que realiza Herbert L. A. Hart en su reactualización o reformulación del positivismo –un positivismo atenuado o suave– y los de sus antagonistas, como Dworkin; Alexy; Zagrebelsky o Atienza, iconoclastas del pensamiento jurídico contemporáneo, del positivismo al realismo, dentro del esquema del liberalismo político; la doctrina contemporánea se inclina por las opiniones de estos últimos, sobre todo por la visión optimista, altruista, fantástica, de que hacen gala, encaminada no solo a la búsqueda, sino a la consolidación de una sociedad más igualitaria en una democracia ideal. Consideran que el derecho y el Estado deben estar, al servicio de la justicia, de la sociedad y del hombre. Creen que la era del culto al poder por el poder mismo debe finalizar para bien de la humanidad; que la era del divisionismo político que prevaleció durante tanto tiempo en el formalismo jurídico debe llegar a su fin.

El compromiso de estos autores concentrados en la disputa académica con el formalismo a partir de la década de 1960 ha sido determinante para el progreso del derecho iberoamericano aferrándose a una clara vertiente kelseniana. El derecho iberoamericano se encuentra unido a la expansión de los europeos hacia América; se mezclan instituciones eclesíásticas, prácticas indígenas, transformaciones políticas, intelectuales, entre otras. La influencia de la iglesia fue determinante, la misión evangelizadora constituyó la expansión de la religión fundamento de la cultura jurídica de la edad moderna, las instituciones religiosas participaron en la creación de concepciones normativas en América. Gracias a sus aportes y estudios fue posible que las constituciones dejaran de concebirse como un programa político exclusivamente y que les concedieran un contenido normativo, hasta el punto de que se expresaba, en los medios los doctrinarios más progresistas, de la juridización de la Constitución y con ella de la política misma.



Estos planteamientos, lejos de ser consolidados, no dejan de ser un bello sueño de unos cuantos quijotes del ideal, pues aún en algunos países, las Cortes o los tribunales constitucionales, de manera sutil, pero inexorable e infalible han retornado a lo que tanto costó recorrer, han ido claudicando en sus logros, acogidos tras una aparente prudencia, han dejado sus rezagos de dignidad por doquier en cada fallo.

Gracias al aporte de los doctrinarios neo-constitucionalistas; durante algún tiempo se ha podido hablar de una nueva visión y readecuación con un contenido mucho más humano de la justicia, de las viejas formas de la disciplina y técnica del Derecho, hasta concurrir en lo que se llama *el nuevo constitucionalismo*. No obstante, que las posiciones de estos teóricos son contrarias no se puede concluir que en el fondo estuviesen en total desacuerdo o en bandos contrarios, por el contrario, se complementan de manera eficaz, para facilitar el acceso al *nuevo derecho* que se configura en sus tesis o teorías.

Las constituciones contemporáneas han de ser entendidas dentro de este nuevo esquema jurídico-político, en su justa y total dimensión, porque si de las constituciones anteriores a la segunda posguerra, se predicó que eran el estatuto de la *autoridad*, de las actuales se podría afirmar que no son más que las herramientas que permitirán alcanzar la igualdad, la justicia, la solidaridad y la libertad, puesto que antes eran entendidas como constituciones plenamente normativas. En este sentido la tarea que recae sobre el Poder Judicial no deja de ser revolucionaria, trascendental y de profundo contenido histórico. Es la razón por la que los tribunales constitucionales deben colocarse a la altura de las exigencias del momento, puesto que ellos son, como las definiera tempranamente Cappelletti: "la jurisdicción de la libertad"⁸.

⁸ Cappelletti, M. (1974). *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: Ejea. p. 366.



Se advierte en el estudio de la doctrina y la lectura de los textos constitucionales la influencia de los análisis teóricos contemporáneos del Derecho, lo que es evidente en unas legislaciones más que en otras, que se otorga el poder interpretativo de la norma al juez en la consagración y respeto de valores y principios constitucionales; en el fortalecimiento de una justicia constitucional concentrada y con amplias competencias. En el entendido de que es al juez a quien se le otorga el máximo nivel de interpretación del ordenamiento jurídico; en la discrecionalidad e independencia judicial al aplicar la justicia; en la consagración y protección de los derechos fundamentales, en los dispositivos y recursos para garantizar la defensa de los derechos fundamentales; en la estructura abierta que adopta la Constitución; en el carácter no solo indeterminado, sino inconcluso de la misma; en el hecho de que la Constitución se concibe como el criterio supremo de validez, no tanto, porque se conserve el planteamiento *kelseniano* de la jerarquía normativa, sino, porque se estima que el derecho es lo que la Constitución diga o disponga, que es, porque esta será tenida como fuente de reconocimiento del sistema jurídico y es la que le otorga los criterios de validez a los actos jurisdiccionales.

Las escuelas latinoamericanas recibieron las tesis de los filósofos del derecho contemporáneo, por medio de las academias española, alemana y norteamericana; las tesis fueron difundidas, aunque en algunos países hayan sido acogidas solo por una minoría, se espera que posteriormente aumente con el reemplazo o actualización de los académicos.

Los cambios radicales se han operado y sobre todo utilizando el *nuevo derecho* en las sociedades latinoamericanas, que antiguamente eran inequitativas y acostumbradas a rendir culto a la fuerza impuesta y abrigada en la autoridad. El nuevo derecho trascendió, por lo menos en lo teórico, en el constitucionalismo orgánico de corte liberal, ya no son las sociedades y el ciudadano los que se encuentran al servicio del Estado, sino que es a la inversa.



El Estado ya no se legitima en el orden y en la coerción material, sino en el cumplimiento de sus funciones esenciales para con sus nacionales. Ahora de lo que se debe tratar es del constitucionalismo de los derechos, puesto que son los derechos la piedra angular de la Constitución misma, del Estado social, democrático y de Derecho. Son los derechos -libertades e instituciones garantistas que protegen al hombre- los que precisamente se consagran en la Constitución, con finalidad de ser efectivas o efectivizadas, para que sirvan de límite y fundamento a la acción estatal⁹.

El cumplimiento de las funciones esenciales del Estado se realiza por medio de los órganos de poder, a quienes se les han otorgado funciones, atribuciones y obligaciones determinadas.

La esencia de la estructura de la Constitución se encuentra en los principios, valores y fines consagrando el propósito del Constituyente, para obtener la efectividad de dichos derechos y libertades, tanto individuales como públicas. La Constitución se convierte de esta manera, en medio-instrumento de realización respeto y observación de valores sociales y el marco de referencia del quehacer estatal. El Estado no solo debe garantizarlos, sino apegarse a ellos y facilitar su realización y vigilar, porque en todos los actos que se realizan se privilegien el respeto a los derechos humanos.

Valores, principios básicos, fines y directrices, son los llamados a permanecer y a impregnar la vida normativa y política de la sociedad nacional, privilegiándose la justicia, la solidaridad, la dignidad de la persona, el pluralismo, la tolerancia, la igualdad, la libertad, la democracia, el republicanismo, por lo que su visión normativa es abierta y sin jerarquías, pretendiendo dotar de contenido determinado la realización de ciertos derechos para garantizar la paz en las sociedades, fundamento del Estado democrático de derecho.

⁹ Castaño, L. (2010). *El poder judicial democracia y control de constitucionalidad*. Bogotá: Leyer. p. 260.

En el Estado democrático de derecho, los derechos fundamentales y las garantías, son condiciones necesarias de validez del ordenamiento jurídico porque limitan desde el inicio el abuso de poder de las autoridades del Estado y imponen obligaciones. Los derechos fundamentales tienen una eficacia directa y la validez del derecho se apoya en la garantía, por lo tanto, el respeto a la Constitución y los derechos fundamentales constituyen la esencia de la legitimidad constitucional del Estado.



1.4 La Constitución, presupuesto de la democracia

La influencia del derecho romano por el que tradicionalmente se desarrolló la cultura y formación jurídica latinoamericana, ha coincidido con una tendencia actualizada de la clásica concepción del derecho común de origen anglosajón, al extremo que puede decirse que un *neoiusnaturalismo* ha permeado recientemente la vida institucional política y jurídica de los Estados latinoamericanos. La propuesta en relación con que las normas fundamentales debían dirigir los destinos de los pueblos aparece ya en el derecho romano, no con la estructura que se presenta en la actualidad, porque su base o fundamento era el respeto al derecho consuetudinario con exigencia de la sociedad para la convivencia armoniosa. La exigencia derivó en procurar la tutela de los derechos con las autoridades, pero controlados para que no se ocasionara abusos de poder, por quienes los ostentaban; se instalaron los magistrados dobles, el senado como órgano moderador y los tribunales de la plebe con atribuciones de impedir ejecución de las leyes que afecten a la sociedad.

La influencia de las constituciones contemporáneas ha sido importante y compleja al proponer un rumbo que incluso la generalidad de los constituyentes ni siquiera dimensionó, y que otorgó al derecho público sus funciones primordiales de la forma en que se encuentra normado en la actualidad. En las memorias de los regímenes republicanos de la mayor parte de países latinoamericanos, la



Constitución se ha mostrado como un *pacto social*, fundamentándose en las clásicas teorías pactistas y contractualistas del Estado y de la sociedad que teóricamente se enseñaban desde la ciencia política y sin mayor relación con la realidad social.

De conformidad con los postulados y desarrollos logrados por estas constituciones, se entiende que la Constitución posibilita y limita al mismo tiempo el llamado *proceso democrático* puesto que es considerada como el instrumento que ha organizado el ejercicio del poder y el ejercicio de las relaciones sociales, pero impone límites mediante el reconocimiento de derechos y la consagración de principios y valores, los que debe respetar el Estado si quiere legitimarse a sí mismo. La Constitución es en este sentido, difundida como al presupuesto fundamental de la democracia.

Los constituyentes latinoamericanos fueron receptores de transformadoras ideas, modelos ya probados y aplicados con éxito en otras sociedades, las que se tornaron en garantes por la razón de ser del Estado constitucional: el bienestar y la justicia de sus asociados y de sus nacionales. Se renunció al camino del positivismo jurídico de aplicación extrema y se humanizó el Derecho, porque con anterioridad y reconociéndola realidad, algunos de los más brillantes juristas habían fundado su raciocinio en sentido extremo, porque pensaban con indudable desarrollo, que las decisiones jurídicas no encontraban su fundamento solo en los preceptos del derecho positivo, sino en principios humanitarios más poderosos y por razones de estabilidad social, respondieron a los avances del realismo jurídico americano que se extendía por el mundo a partir de los planteamientos que se hicieron a sus teóricas.

Algo que generaba lo que estos juristas denominaron el nuevo problema jurídico social al cual debía enfrentar el juez: la pugna entre los derechos de propiedad y libertad de los unos, contra el derecho de vivir de los demás, problema que volvió a resurgir de forma inquietante, para algunos, en las



nuevas constituciones latinoamericanas a partir de su promulgación y de la actuación de unas Cortes activistas, dinámicas y progresivas, al estilo de las mejores en la historia del derecho norteamericano¹⁰.

Las constituciones latinoamericanas compilaron los derechos que eran problema para los juristas, así el artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza la propiedad privada como derecho inherente al ser humano, todas las personas pueden disponer libremente de su propiedad y al Estado le compete proteger el ejercicio de ese derecho; de igual manera, protege el artículo 3 de dicha normativa constitucional, el derecho a la vida, porque la persona humana como sujeto tiene prioridad en relación con las protecciones estatales; la libertad consagrada en el artículo 4 del texto constitucional se encuentra garantizada para todos los seres humanos con igualdad de derechos y oportunidades.

El derecho natural de tendencia racionalista, en una reactualización de sus contenidos y postulados, logró penetrar en la vida institucional de las naciones latinoamericanas a partir de los postulados de su jurisprudencia constitucional, de manera revolucionaria como la sociedad inglesa del siglo XVII, en la norteamericana y en menor medida en la francesa del siglo XVIII. En la Declaración de Independencia de las Trece Colonias Británicas de Norteamérica que ocurrió entre los años 1775 y 1783, finalizando con la firma del tratado de París, se dejó consignada una manifestación de optimismo, anclada en el derecho natural que no solo precede al Estado, sino que lo trasciende, la cual reza:

Creemos que estas verdades evidentes por sí mismas, que todos los hombres son creados iguales, que su creador les ha conferido ciertos derechos inalienables; que entre éstos se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se han

¹⁰ Garavito, F. (1915). *Jurisprudencia de la corte suprema de justicia (años 1886 a 1913)*. Colombia: Imprenta Nacional. p. 20

instituido gobiernos entre los hombres, que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados¹¹.



“Las ideas de justicia y de felicidad se encuentran mejor garantizadas cuando no se intenta definir las para siempre y se deja a consideración del propio proceso democrático”¹². El éxito del ordenamiento jurídico norteamericano se manifiesta en la nota de introducción a la Constitución norteamericana, aprobada por la Convención el 17 de septiembre de 1787 la cual en su parte conducente reza:

Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una unión más perfecta, establecer la justicia, afianzar la tranquilidad interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la libertad, estatuímos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América (preámbulo de la Constitución).

Los derechos de justicia y felicidad son inherentes a la persona humana, los doctrinarios que preconizan la vigencia y respeto debido a los derechos humanos, tienen un criterio vanguardista, respecto de que el catálogo de derechos reconocidos en el texto constitucional no puede agotarse, porque el derecho es dinámico y los Estados democráticos propugnan por el resguardo y respeto de la persona humana, creando un clima de desarrollo propicio para garantizar el respeto a los derechos subjetivos que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico, político y social del Estado.

Los valores recogidos en la Constitución de los Estados Unidos difícilmente podrían ser más inflexibles, lo mismo que el cuerpo de la Constitución, dedicado

¹¹ The U.S. National Archives and Records Administration. *La Declaración de Independencia*. Recuperado de <https://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html> de los Estados Unidos de Norte América

¹² Ely, J. (1997). *Democracia y desconfianza*. Universidad de los Andes. Bogotá. p. 115.



casi exclusivamente a temas estructurales, lejos del reglamentarismo característico de la tradición constitucional europeo-continental. Hamilton (aunado a los postulados jeffersonianos) desde *El federalista* No. 84 manifestaba que la Constitución era en todo el sentido racional de la palabra y para todo efecto práctico: “una declaración de derecho, que buscaba regular en sí misma los intereses generales de la Nación, no tanto los intereses particulares o individuales en concreto”¹³.

El sistema judicialista de Estados Unidos de Norte América ha tenido buena recepción en el continente americano y europeo, dada su importancia en la mayoría de los países del mundo, históricamente, porque constituye el paradigma fundamental de los modelos de garantía constitucional.

La redacción y contenidos de la Constitución la pretendieron retomar algunos de los distinguidos Constituyentes latinoamericanos, con fortuna y que ha sido prolijada de manera enfática, a partir del nuevo ordenamiento jurídico-político por algunos de los desarrollos jurisprudenciales de las cortes constitucionales de Latinoamérica, se puede decir que cuando se sostiene que en un Estado social y democrático de derecho deben respetarse de forma íntegra los derechos fundamentales, debe prevalecer la parte dogmática de la Constitución sobre la orgánica, se evidencia una ruptura con la postura formalista en la cual se acostumbraba interpretar a las constituciones; los razonamientos se encuentran estrechamente vinculados a la idea de Estado Social que propende por la realización de la justicia, por lo tanto, al respetar los principios de dignidad humana, principio de solidaridad y al conferirle primacía a los derechos inalienables de la persona, su interpretación supera el reducido marco de la legalidad con el que se identificaba la noción clásica de Estado de derecho, comprometiéndose a desarrollar las tareas que le permitan a los asociados concretar las prerrogativas que el ordenamiento jurídico les reconoce; a este

¹³Hamilton, M., & Jay, J. (2001). *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica. p. 369

objetivo se adapta el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.



La Constitución como norma suprema en observancia a su supremacía, garantiza que todos los llamados a aplicar el derecho, deben ser observados, para la solución de conflictos en donde se involucran derechos, principios y valores reconocidos constitucionalmente; función que se realizará con objetividad, independencia e imparcialidad, para que se legitimen las resoluciones que dictan los jueces y tribunales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44, 175 y 204 de la Constitución Política de la República.

Cuando en el Estado social de derecho se salvaguarda el principio de legalidad, lo supera y complementa el deber de proteger las garantías de los órdenes políticos, económicos y sociales, postulados contenidos en los preámbulos de algunas constituciones. La naturaleza social del Estado de derecho supone el desenvolvimiento activo de las autoridades y un compromiso permanente en la promoción y protección de la justicia social, la cual debe armonizar y adecuarse a la ley fundamental, porque es vinculante para gobernados y gobernantes.

La defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir –dentro del marco constitucional- para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando sea indispensable para garantizar la protección a los derechos fundamentales. En la Constitución Política de la República de Guatemala, varios de estos principios se encuentran contenidos en el artículo 2, que prescribe la obligatoriedad del Estado, de proteger la vida, la justicia, la libertad, la seguridad. Para garantizar democracia poderosa y fuerte, de acuerdo con la hipótesis formulada es obligación de las protecciones fundamentales del individuo



La prevalencia de la parte dogmática de la Constitución se hace evidente cuando ciertas acciones, aplican para ser amparadas en atención a que esta prevalencia de la parte dogmática sobre la parte orgánica de la Constitución involucra el principio de la interpretación conforme a la Constitución y se traduce en la limitación de las facultades y del poder punitivo del Estado, en el grado y en la extensión necesarios a fin de garantizar el debido proceso y los demás derechos constitucionales que la Constitución consagra¹⁴.

En el contexto internacional existen varios instrumentos que reconocen de manera explícita los derechos garantizados en la parte dogmática de la Constitución, los cuales no se conciben en forma absoluta, sino que son libertades sujetas a la ley, estableciéndose los límites al individuo que se desarrolla en una sociedad, pues se determinan límites naturales por el régimen de interrelación existente en los Estados.

Es racional y lógico que un Estado constitucional al amparo de los derechos fundamentales, proteja a la sociedad que habita dentro del territorio es la razón de este tipo particular de Estado, de una sociedad que presume –convenientemente se honra–ser democrática. La democracia, entendida en términos de participación y vivencia ciudadana, como el sistema político más racional y en el que la justicia pareciera ejercerse de manera apropiada, exige de los ciudadanos, de las clases ilustradas, de la opinión pública, de los medios de comunicación, de los organismos y grupos de presión, una labor más activa en su tarea de depurar de vicios la labor de gobernantes, legisladores, jueces, militares y en general, la actuación y participación de todas las autoridades estatales.

En este aspecto, al derecho constitucional se le asigna la función de propiciar que los poderes constituidos no desborden sus competencias incurriendo

¹⁴ Castaño, L. Ob. Cit. p. 265.



en abusos, injusticias, arbitrariedades ni afecten los derechos de los ciudadanos ni las libertades públicas. Es la razón por la que el Estado constitucional mantiene vigencia y respeto en la sociedad.

Un reconocido teórico moderno como Sartori lo entiende al decir que:

La única forma conocida de construir un sistema político que no sea opresor es despersonalizar el poder, colocando a la ley por encima de los hombres., pero el lazo que une la libertad y la ley nunca ha sido tan precario como hoy. Cuando supremacía de la ley se disuelve en la supremacía de los legisladores, se abre la vía, al menos en principio, a la más sutil opresión: la que se ejerce 'en nombre de la ley'. Y el remedio es, a mi juicio, el retorno al Estado constitucional con una conciencia renovada. No existe nada legalista en esta tesis, porque, según mi razonamiento, la libertad política es la que sirve de apoyo a la legalidad, y no a la inversa. Lo que sirve de protección de nuestras libertades en el momento presente son los 'derechos', no la ley como mera forma en la que los juristas confían; y nuestros derechos son la constitucionalización de una libertad negativa [...] solo un sistema constitucional entendido como un instrumento regulador impersonal (no el poder popular como tal) han sido y todavía son los guardianes de las sociedades libres¹⁵.

La defensa constitucional del poder judicial frente a la ley y a la actuación de los poderes del Estado obliga a los jueces y tribunales a que prevalezca la norma fundamental, sobre las normativas estatales que a ella sean opuestas. La Constitución atribuye a los jueces la obligación de hacerla prevalecer, lo que en la teoría constitucional norteamericana se le conoce como revisión judicial, según lo asegurado en la hipótesis.

¹⁵ Sartori, G. (1988). *Teoría de la democracia. Los problemas clásicos*. Madrid: Alianza. pp. 408-409.



1.5 Características de las constituciones vigentes

Las constituciones promulgadas en la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial son regulativas, pues, además de incluir la parte propiamente orgánica, establecen con cierta redundancia y otorgan considerable importancia a una parte dogmática, que no puede ser asimilada o semejada de manera simple a una serie de declaraciones de carácter ideológico o filosófico, a la manera del constitucionalismo clásico de los siglos XVIII y XIX, sino que van más allá, al disponer un conglomerado de valores, principios, fines y derechos que deben ser interpretados, aplicados y respetados como normas regulativas, como disposiciones jurídicas que imponen deberes, otorgan derechos, asignan atribuciones, señalan pautas o guías de conducta para hacer efectivo y de observancia general, el respeto a los derechos humanos de toda la colectividad, tanto en lo social, lo individual, lo político y en lo estatal.

Son constituciones regulativas en el sentido que afectan el desarrollo normativo, incluso en su proceso de creación, ejecución y de aplicación de los poderes constituidos dentro del Estado, incluso al Legislador, al poder Ejecutivo y al poder Judicial. Consolidándose en consecuencia, un sometimiento sin precedentes, no solo formal, sino real de todos los poderes a la Constitución, porque les impone deberes y obligaciones. Se consideran también que son constituciones regulativas, porque han juridizado los ámbitos de la vida social, política, económica del Estado de la sociedad. Son también constituciones invasivas en tanto someten a derecho toda la actuación estatal de relevancia social, política y económica.

En palabras de Aguiló, se identifican como constituciones regulativas “toda vez que se conciben como fuente de las fuentes del derecho”¹⁶, porque se consideran fuentes del derecho. El común denominador de los ciudadanos, de los

¹⁶ Aguiló, J. (2004). *La constitución del Estado constitucional*. Lima: Temis. p. 169.



gobernantes, de los administrados, de los operadores jurídicos, operadores del derecho y de los justiciables es la Constitución Política, porque derivado de lo que en ella se plasme y contenga, dependerá el ejercicio y la aplicación que del derecho se realice. Ante la Constitución todos son iguales: las altas cortes que la interpretan; los legisladores que las promulgan; los gobernantes que las ejecutan, los ciudadanos y sectores sociales que conforman la comunidad estatal.

La Constitución escrita en un Estado macro-modelo normativo, valdrá lo que sus garantías estipulen o lo que alcancen a generar e imponer, en relación con el respeto, acatamiento y sumisión de los gobernantes, los políticos y toda la base social a la que está dirigida. Se reconoce con acierto, que la Constitución no puede ni debe ser entendida como un fin en sí mismo, sino como un medio para la defensa de los derechos fundamentales y la libertad de la sociedad frente a los posibles abusos en que puedan incurrir los que detentan el poder.

Ferreya denomina *bloque garantista* contenido en la Constitución, que debe presentar al menos dos objetivos: i) proteger y satisfacer los derechos fundamentales y ii) asegurar las formas jurídicas y políticas del Estado y de su forma de gobierno.

Con la primera, se impone a los poderes constituidos para que asuman a cabalidad el desenvolvimiento de sus naturales funciones estatales; con la segunda, abre el campo al estudio de los instrumentos de naturaleza defensiva de la supra legalidad constitucional. La Constitución cumple una función de garantía en el primer caso y el segundo la Constitución es garantizada¹⁷.

La supremacía de la Constitución debe entenderse como un principio que determina el orden estatal y la obligatoriedad de sometimiento de la sociedad a

¹⁷ Ferreya, R. (2001). *Notas sobre derecho constitucional y garantías*. Buenos Aires: Ediar. p. 130.



ese orden. La Constitución como fundamento del orden jurídico y del Estado debe ser efectiva de manera permanente, por medio del cumplimiento formal y material, porque de su contenido deriva el sometimiento a todas las normas jurídicas ordinarias vigentes; los poderes del Estado deben respetar las limitaciones establecidas en su normativa elaborada por el poder constituyente, inspirado por los principios que determinan la soberanía popular, garantiza la primacía del individuo sobre las instituciones del Estado y el régimen de legalidad se justifica por su legitimidad.

Este significado permite mostrarla presencia de un nuevo constitucionalismo que resulta válido para la descripción y análisis, porque en las sociedades con democracias avanzadas, las constituciones presentan características comunes, como, por ejemplo, incorporar tanto principios como reglas jurídicas a su texto. En expresión de Agapito Serrano: "los riesgos comunes de las constituciones actuales, en su intento de superar las insuficiencias del constitucionalismo liberal y en el afán de superar las deficiencias del derecho y del Estado en los siglos XIX y XX"¹⁸, se pueden resumir en:

- 1) La pretensión de superar el carácter jurídico-formal de las garantías jurídico-constitucionales del constitucionalismo liberal, lo que supone admitir la necesidad de una relación efectiva entre derecho y realidad, tal como propugnaban los movimientos sociales; y a ello responde la exigencia de una urgencia efectiva del derecho constitucional;
- 2) La superación de la concepción meramente negativa de la función del Estado, pero excluyendo; sin embargo, expresamente el riesgo de recaer en un dirigismo autoritario o de valores, mediante el pleno reconocimiento del principio democrático;
- 3) La superación del individualismo abstracto liberal, mediante una comprensión de la estructura intersubjetiva de los derechos y libertades,

¹⁸ Agapito, R. (2000). Citado por Böckenförde, Ernest. Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Editorial Trotta. Madrid. p. 8



lo que supone reconocer a nivel constitucional el principio de igualdad junto al de libertad y;

- 4) La superación, finalmente, de una concepción positivista del derecho como algo autónomo respecto de la política, siendo esta la única fuente legitimada de su creación¹⁹.

El constitucionalismo liberal no desconfiaba del legislador, sino de los jueces, por su antigua posición al servicio del absolutismo; el juzgador aplicaba de manera ciega la ley, positivista, equiparando el derecho con la norma. Los motivos y las razones expuestas son por las cuales las constituciones se erigen hoy, en el principal referente normativo de las sociedades igualitarias, progresistas y democráticas.

En la actualidad, se han operado cambios en el contenido de los textos constitucionales, incluso en aquellos que, aun ubicándose en la clasificación clásica de *nominales* abrigan la esperanza de tornarse efectivamente en *normativa*. Es importante, referirnos a las palabras de Cossio –aun cuando se refiere al caso mexicano, pero dada la coyuntura es válido aplicar a el sistema constitucional de Guatemala- y dice: “la visión que habrá de tenerse de la Constitución será necesariamente normativa (y no ya política), pues la Constitución es ya el único referente (precisamente normativo) de la totalidad de los actores políticos y sociales”²⁰.

Las constituciones contemporáneas son consideradas virtuosas frente a sus predecesoras por ser respetadas como cartas constitucionales para todos, porque vinculan por igual al Estado, la sociedad, a los poderes constituidos, a la ciudadanía, a gobernantes, gobernados, independientemente del partido o de la fe religiosa que pudieren profesar. No es una Constitución católica para católicos ni

¹⁹ Böckenförde, E., y Wolfgang, E. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta. p. 12

²⁰ Cossio, J. (1998). *Dogmática constitucional y régimen autoritario*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. México: Editorial Fontamara. p. 12.



fue dada por un sector político determinado. El esquema del texto político formalista, amorfo, intolerante y asfixiante, autoritario y excluyente, con una visión conservadora y confesionalista del mundo, impuesta a la fuerza, al menos como características de algunas constituciones anteriores, ha desaparecido.

El éxito de la eficacia de las constituciones contemporáneas está en manos de los jueces y de los tribunales constitucionales, principalmente. Su validez no la otorga un partido hegemónico ni unos cuantos notables; la validez y legitimidad del Estado constitucional o Estado social, democrático y de derecho depende del respeto y vivencia que se pueda demostrar por ella.

Las Características de las constituciones Contemporáneas se resumen de la forma siguiente:

No son perfectas ni acabadas

La eficacia de su interpretación se le otorga a los jueces y tribunales constitucionales,

No son impuesta por un sector político vencido son una obra colectiva.

Aspiran a concentrar entorno a la justicia a gobernantes y gobernados.

Se equiparán a los grandes modelos occidentales.

No son para beneficio para las minorías gobernantes, juristas, políticos o poderosos, son para todos.

Las constituciones contemporáneas, a diferencia de la mayor parte de anteriores constituciones, no pretenden ser perfectas ni acabadas en sí mismas, todo lo contrario es un comienzo con la pretensión de vincular a todos los sectores de la sociedad; no han sido impuestas por un sector político vencedor sobre una inmensa mayoría de contradictores; no las apuntalan las bayonetas de una tropa armada engreída por el triunfo bélico; al contrario aspiran a concentrar en torno a la justicia y al derecho, a los gobernantes y a gobernados, a los estadistas y al pueblo en general, a todos los sectores que conforman la Nación.



Las constituciones contemporáneas, equiparadas a los grandes modelos constitucionales occidentales, los describe Nino de la manera siguiente: "deben ser entendidas como una convención o práctica social de larga duración que se van depurando (perfeccionando) con los años. En un afortunado símil, la Constitución de un Estado democrático se asimila a la construcción de las grandes catedrales europeas"²¹.

La Constitución debe entenderse como una obra colectiva, como, por ejemplo, la Catedral de Colonia completada por sucesivas descendencias de hombres y de artistas distintos entre los siglos XIII y XIX, o, como la de Estrasburgo lograda entre los siglos XII y XVII. En esta semejanza debe entenderse que Constitución no la redacta un hombre o un partido, un grupo específico, sino una sociedad entera lo cual se concreta por varias generaciones.

La Constitución será siempre una obra compleja, inacabada y hasta ecléctica si la sociedad sobre la que habrá de regir no la aplaude, no la respeta, no le confiere fuerza vinculante, no se compromete a respetarla, o si la abandona al capricho de los gobernantes o de las elites que gobiernan.

El constitucionalismo latinoamericano, ha presentado retrocesos y problemas en el avance debido a cambios revolucionarios y reaccionarios, desplegando algunos una lucha permanente unos para construir y otros para demoler, en donde las tendencias involucionistas son las que se han impuesto a la en postre, impidiendo avanzar en la construcción de la gran obra político-jurídica.

Las constituciones contemporáneas han dejado -por fortuna y gracias a la dogmática que contienen y a la enorme labor de algunos tribunales constitucionales- de ser Cartas para beneficio y uso de unos escasos, gobernantes, juristas y políticos, para convertirse en la Constitución de todos. Por

²¹ Nino, C. (2002). *Fundamentos del derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea. p. 63.



lo que un nuevo derecho empieza a imperar en Latinoamérica es de corte popular y social; la era del viejo Derecho, emanado del Estado y para beneficio del Estado ha sido superado.

1.6 Modelos de democracia contemporánea

La democracia es fundamental para la solución de los problemas de la sociedad, cuanto más perfeccionada se encuentre es mayor la posibilidad de mejorar las condiciones de vida de la mayoría de la población, por consiguiente, deberán de implementarse mecanismos o procedimientos para que se mejoren las prácticas democráticas en la solución de conflictos por ser actualmente uno de los grandes retos de la humanidad para su propia subsistencia.

Al aceptar que la convivencia en democracia es la mejor forma de resolver los conflictos que existen o se suscitan en las sociedades y que la resolución sea de manera pacífica, justa y eficaz es evidente que las democracias actuales tienen mucho que perfeccionar para lograrlo. La democracia se cimienta primordialmente en el diálogo, en el respeto, en la participación del conjunto de la población en la toma de decisiones (el poder del pueblo) con el propósito esencial de la convivencia pacífica y justa. La democracia proporciona procedimientos para hallar soluciones a los problemas de una sociedad, independientemente de cuáles sean las soluciones, basadas en el debate y posterior aprobación mayoritaria (del pueblo o de sus representantes) a las soluciones a que se arribe

La democracia es el instrumento mejor utilizado para la de transformación de las sociedades. El propósito de la democracia es la garantía del respeto a los derechos humanos de los ciudadanos con base en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.



El ideal de la democracia es la distribución igualitaria del poderío otorgado a todos los ciudadanos, de conformidad con el supuesto de que el poder emana de pueblo, porque cada uno de los integrantes de una sociedad tiene la misma oportunidad de participar en la toma de las disposiciones con igualdad de voto, aun siendo distintos. La igualdad base fundamental de la democracia, debe estar presente en todos aspectos, como en el de participación, elección, selección, entre otros; por lo que deben instaurar los ambientes forzosos preliminares para que el ejercicio del poder democrático se realice de conformidad los requisitos adecuados mínimos para todos los ciudadanos y el libre ejercicio del poder se ejerza de forma correcta y responsable por todos.

No obstante, que a la ciudadanía le asiste la igualdad en las decisiones por medio del voto, lamentablemente en la realidad nacional no se tienen conocimientos ni aptitudes iguales en relación con la formación y conocimientos académicos para realizarlo de manera correcta, siendo indispensable extender la democracia a la igualdad de oportunidad para que la democracia adquiera verdadero sentido. Las sociedades democráticas pretenden esparcir las libertades, especialmente la libertad de pensamiento, expresión y elección, las dos últimas son libertades fundamentales a las que debe poder acceder en igualdad de condiciones la sociedad.

La evolución del modelo teórico persigue que la democracia se practique con eficacia e intensidad, para corregir sus defectos, adaptándose a los distintos cambios que se realizan en las sociedades, con el fin de avanzar, porque cuando la sociedad cambia, también debe hacerlo la democracia, no en los principios o filosofía que constituyen su fundamento, sino en la práctica de determinados actos o disposiciones que siempre serán en beneficio de las comunidades o sociedades. El desarrollo democrático no debe estancar el desarrollo de las sociedades, menos aún instalar prácticas que sean de evidente retroceso. El desarrollo de la democracia es básico para el desarrollo de la humanidad que necesita metodologías sistemáticas eficaces y justas que permitan resolver los conflictos

existentes y un desarrollo equilibrado y justo de los seres que viven en la sociedad. El progreso con números desequilibrios como el actual es básicamente inestable y peligroso para la propia subsistencia como especie.



Para propiciar el desarrollo de la democracia se debe tener presente las peculiaridades del grupo humano y en la técnica aplicada para las decisiones, procurar y maximizar el ámbito de aplicación de la misma, lo cual dependerá del tipo y las dimensiones del grupo humano, en consecuencia, se necesitará y tendrá sentido aplicar una técnica u otra. Debido a que el desarrollo tiene un componente teórico es indudable que el modelo que se utilice deberá ser eficaz, correspondiendo coincidir lo teórico con lo práctico puesto que ambos están comprensiblemente relacionados y necesitan complementarse en la práctica del método científico.

Es necesario que en los pueblos se fomente el espíritu de la democracia, no solo utilizando reglas técnicas de métodos democráticos, sino que se eduquen con relación al respeto del debate, del espíritu crítico, libre, de libertad de pensamiento, la libertad de expresión. La instrucción es el mecanismo indispensable para que la democracia se instaure en la sociedad y tenga un desarrollo adecuado. Con la instrucción y formación se adquieren los conocimientos básicos necesarios, entre ellos se tiene la capacidad de elección entre diversas opciones que se presentan, capacidad de entender las ideas y planes que se presentan. En las democracias a las sociedades les compete desenvolverse en una sociedad donde la participación en todos los actos debe ser la norma, así como también para adquirir los principios básicos filosóficos sobre los que se asienta la democracia, como lo es la tolerancia y respeto a los derechos humanos fundamentalmente del conglomerado.

Es indispensable que la Constitución garantice el respeto a los derechos humanos, base esencial de la democracia, así como la separación de poderes, elección de los cargos públicos de manera periódica, que imponga límites a los

poderes, instaurando con firmeza la priorización al respeto de los derechos más básicos que existen en las distintas sociedades. Debido a que existen necesidades de distinta naturaleza, unas básicas y otras no, por lo tanto, derivado de la observancia los derechos humanos a los Estados democráticos les compete garantizar con satisfacción las necesidades. En la actualidad las democracias otorgan preeminencia a ciertos derechos, a los que regularmente únicamente tienen acceso una minoría que se considera privilegiada, lo cual redundo en menoscabo de otros derechos que benefician a la mayoría de la población generalmente desposeída.



El equilibrio en la democracia es indispensable para garantizar que se efectúen y respeten los derechos de todos en igualdad de condiciones, concediendo prioridad a determinados derechos fundamentales, en relación con otros derechos que ocupan un lugar secundario. Los derechos básicos relacionados con la subsistencia o las libertades fundamentales deberían estar siempre garantizados, como los derechos a la alimentación, a vestir, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la salud, a la justicia, información, a la seguridad, a la libertad de expresión, a la libertad de pensamiento, a la libertad de reunión o asociación, entre otros.

En relación con el respeto del derecho a la propiedad privada, no significa excluir o restringir otros derechos fundamentales, porque el interés general prevalece sobre el interés particular, sino que al estado le compete jerarquizar o priorizar los derechos para garantizar el libre ejercicio de los derechos fundamentales. Para gradación de los derechos compete verificar que se satisfaga necesidades físicas y psicológicas de las mayorías, porque no es posible que los derechos de las minorías prevalezcan. Una sociedad fundada en la igualdad de condiciones de vida que favorezca el desarrollo moral de los individuos hace mejores a las personas. No es justo ni lógico y es contrario que uno de los principios básicos de la democracia como lo es la ponderación de preeminencia de



uno derechos sobre otros, para que sean de beneficio a los derechos humanos de las minorías.

La democracia entendida como un estado social, cuyo principio es la igualdad de las condiciones, que aseguran la independencia y la dignidad de sus semejantes. La libertad de la persona termina en donde inicia la libertad de otra persona, principio que se consagra mediante la igualdad de oportunidades y respeto a los derechos humanos de las personas. De igual manera, se consagra en el derecho de elegir y ser electo, pero se si puede elegir, pero no se tienen diferentes opciones, no se ejerce el derecho de elegir, aunque se quiera y, por lo tanto, se deja de ser libre el elegir, por lo tanto, se ejercita el derecho, a diferencia de otra persona a quien se le presentan, según su criterio más opciones para ejercer la libertad de elección.

Igualdad social y libertad humana fuente de toda grandeza moral, ambas ocupan un lugar preponderante en el espíritu de la persona, son principios fundamentales y forman parte inseparable del ideal democrático y al encontrar la forma justa de articularlos depende el presente y el futuro de los pueblos democráticos, de acuerdo con lo sostenido por Tocqueville. La libertad debe estar imparcialmente garantizada a los individuos de una sociedad, para conciliar los derechos humanos entre ellos otros, hay que incluirlos en la realidad democrática. La igualdad debe prevalecer para todos, para que los ciudadanos tengan las mismas oportunidades reales de tener acceso a los derechos humanos universales en beneficio del desarrollo moral del hombre en el ámbito individual y social, por lo que se trata de cumplir en la práctica los principios de la declaración de los derechos del hombre.

Es procedente otorgarle importancia adecuada a cada derecho humano para garantizar las mismas oportunidades de acceso para todos, el desafío es grande, pero necesario, pero al pretender la igualdad de los individuos, puede ser que los impulse a superarse, a querer ser todos libres, absolutamente iguales y



alcanzar la excelencia individual. No se debe consentir que se nos venda la idea de que libertad implica inevitablemente desigualdad, porque es justo lo contrario. No puede existir libertad sin igualdad de oportunidades. Las grandes diferencias sociales son verdaderamente consecuencia del libertinaje de la desigualdad de oportunidades, del predominio de las libertades secundarias de una minoría sobre las libertades básicas de las mayorías, del monopolio diverso de las libertades.

Aceptando que la desigualdad absoluta y excesiva es imposible, injusta, antinatural, ilógica, porque no todos poseen las mismas capacidades es importante que se creen oportunidades para disminuir las diferencias y la consecuencia lógica es que no todos ganan igual, pero nadie puede trabajar cientos ni siquiera decenas de veces más que otros, para que unos pocos que se enriquezcan con el trabajo ajeno. Es lógico que haya ciertas desigualdades, derivado a las desigualdades naturales, pero no el lógico que sean excesivas debido a las desigualdades. En los seres humanos por naturaleza hay distinciones, por lo que es necesario que la sociedad vuelva sus orígenes, puesto que de lo contrario está condenada a la extinción.

En la redacción de las constituciones, a los constituyentes no les compete imponer sanciones concretas que ocasionen discrepancia, con los cuales pretenda solucionar los problemas sociales, tampoco pretender imponer la unidad nacional de un país, porque en la democracia la soberanía popular supera la soberanía nacional, el concepto de pueblo está por encima del concepto de nación. La Constitución consigue establecer una organización geográfica determinada, pero siempre debe estar abierta y susceptible la posibilidad de ser transformada democráticamente, tampoco no debe imponer un modelo económico concreto, lo que le corresponde es garantizar la libertad de empresa. De lo que se trata es de articular la democracia, de establecer el marco político adecuado para poder resolver los problemas de forma democrática independientemente de la solución final adoptada para estos, por el conjunto de la sociedad. La democracia fija las técnicas para cohabitar y solucionar los problemas, para decidir las soluciones a



los problemas, no debe fijar nunca las propias soluciones, no debe fijar nunca los fines los únicos fines fijados deben ser los derechos humanos.

Al Estado le compete vigilar la observancia de los derechos humanos de los ciudadanos y llevarlos a la práctica como forma de garantizar la libertad individual, la Constitución debe garantizar la satisfacción de los derechos humanos, pero no imponer la forma de hacerlo.

El control plegado por un grupo dentro del Estado en realidad es el secuestro por la minoría dominante, lo que produce decadencia de la sociedad, que conduce al desastre, al caos, a la ley de la selva. El Estado nunca debe convertirse en el instrumento de control de una minoría (ya sea económica o política) para someter a la mayoría, porque quebranta el principio básico de supervivencia de toda sociedad, al contrario, le compete circunscribirse a procurar el bienestar de la mayoría. Una sociedad democrática necesita imponerle el papel al Estado de garantizar su servicio al conjunto de la sociedad, necesita desarrollar el Estado de Bienestar general de la sociedad, no el Estado policial o represor.

En relación con la organización del Estado democrático, se concluye que el modelo político más perfecto fue el francés, por la radical ruptura que efectuó con las instituciones del *ancienrégime* y, sobre todo, porque *exporta* la revolución, el componente conceptual *ius político*, al mundo occidental; por generalizar y difundir las nuevas doctrinas de una manera consciente y atrevida, con la pretensión de demoler y destruir el Estado absolutista, para bien no solo de la sociedad francesa, sino universal. Pero, si se analiza lo relativo a los aspectos del respeto a los derechos y libertades ciudadanas es evidente que es más influyente y garantista la tradición inglesa por declarar menos formalismo, ser más eficaz, puesto que logró perfeccionar en la nueva sociedad burguesa los valores propios del credo político liberal, tanto en gobernantes de actitud democrática como en los gobernados que ostentaban cierta cultura política.



En tiempos relativamente recientes, se rompió el modelo francés en las sociedades latinoamericanas, que había sido de tanta influencia en materia de justicia administrativa, y, se adoptaron otros estilos y modos de entender al Estado, la política y, sobre todo, el ejercicio de la jurisdicción. En materia de justicia constitucional se rompió con el paradigma formalista hasta el punto de que hoy es dable aceptar que si el Congreso de la República representa la expresión política de la sociedad civil, los tribunales constitucionales se erigen como los garantistas de la protección de los derechos y libertades de la propia sociedad civil; creando una nueva concepción de los derechos, en el sentido de que ahora se entienden como anteriores al reconocimiento que pueda prestarles el Estado, que son inherentes a la sociedad y a cada una de las personas que la integran, con lo que se terminó, al menos en teoría, el culto al *legocentrismo* y el respeto reverente y sumiso a la obra del Legislador.

Los antecedentes del trascendental cambio se caracterizaron por un derecho público nacional heredado de la reacción burguesa moderada francesa, plena del egoísmo individualista y del formalismo craso. En Francia desde mediados del siglo XVIII, particularmente en París, círculos de neo-estoicos, neoplatónicos y de escépticos se reunían y planteaban sus ideas políticas, en clara contraposición con la patrística, el aristotelismo y las teorías regalistas del poder, dieron origen a los ideales de libertad, igualdad y fraternidad.

La nobleza de toga, los intelectuales y los profesionales, se embebían doctrinariamente en el humanismo renacentista y en las ideas mecanicistas, racionalistas y naturalistas del siglo XVII y daban lugar a la llamada república des lettres, como a un espacio de comunicación donde se debatían métodos y tendencias innovadoras del mundo, de la sociedad y de la política de su tiempo²².

²² Álvarez, C. (1999). *Lecciones de historia del constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons. p. 142.



Configuraron la Constitución como norma fundamental e instrumento en contra del régimen autoritario de poder; los jueces se entrometían en la esfera de los otros poderes, pero a veces también eran antídoto en contra de las monarquías, era frecuente el abuso y la arbitrariedad; cubrían espacios políticos que no respondían a las necesidades del pueblo, no eran confiables, por lo tanto, no se les asignada el predominio de las normas y fue preciso crear nuevas figuras.

“Aquellos ilustrados franceses se mostraron a lo sumo como reformadores, jamás rupturistas. De ahí su modelo constitucional estatalista y su culto exacerbado a la ley”²³. Montesquieu en sus ensayos dejó patente el conflicto existente entre el ejercicio de la libertad y el principio de autoridad, no dudando en decantarse por ésta, como hicieron la mayoría de los teóricos franceses de los siglos XIX y XX. Fue así como en la visión política montesquiana concibió a la ley, como a la máxima garantía social puesta bajo el control del Legislador.

La influencia de ambos doctrinarios fue perfecta, influyendo claramente en los franceses; para estos el pueblo era igual a la ley, concebían el poder grande del juez que, en ocasiones se podía negar a la aplicación de ley y por la separación de poderes no se admitía la posibilidad de interferencia judicial con el poder legislativo.

En el proceso político inglés se verificó que la concepción fue a la inversa. En el sistema jurídico del *common law*, las libertades debían ser respetadas por la corona y por el parlamento, por ser conquistas de la sociedad y amparadas en el derecho de estirpe judicial concebido, como la mayor garantía histórica de que serían respetadas por los poderes políticos. Las libertades “sobre todo negativas; es decir, la propiedad y la libertad, sobre las que reposa el gran edificio del *rights and liberties*”²⁴.

²³ Ibíd. p. 143.

²⁴ Ibíd. p. 145.



El modelo francés se mejoró aún más con las teorías de Rousseau en su *Contract Social* o principios del *Droit politique*. Su influencia resultó marcada aunque con las matizaciones de rigor de un medio afectado y desarrollado en el pensamiento escolástico cristiano, que influyó de manera importante. No obstante, del estudio, del influjo del pensador ginebrino, se puede comprender que tanto el Legislador como el Ejecutivo fueron clave en la vida social durante varias décadas y es la explicación, del imperio del principio de legalidad de aplicación formal en las sociedades políticas. Como acertadamente lo expresa Álvarez Alonso, analizando la obra de Rousseau el Legislador es:

Consustancial a una voluntad general que, como las personas, se caracteriza por actuar libremente y, por lo tanto, concurren en sus acciones dos cosas, la moral, o la voluntad que determina el acto y la física, el poder que lo ejecuta²⁵.

El modelo liberal seguido en Francia desconfiaba de los jueces, porque habían sido serviles, en los Estados absolutistas, por lo que rechazan rotundamente atribuir al poder judicial, el control y garantía de la normativa constitucional, nace entonces el control tipo político y se atribuyó el control al Comité Constitucional. La defensa de las normas las realiza un órgano fuera del poder judicial.

La primera decisión corresponde al Legislativo, la segunda al poder – *purissance*– Ejecutivo, sin cuyo concurso es absolutamente imposible llevar a cabo cualquier realización. Ambos poderes son los que verdaderamente encarnan el equilibrio del Estado, en una especie de compensación necesaria para que haya igualdad entre el soberano y los ciudadanos, que son soberanos y súbditos.

²⁵ *Ibíd.* p. 160.



Debido a la concepción de una democracia de tipo monista en donde el fundamento del poder político del Estado y de la sociedad radican en la acción conjunta del Ejecutivo y del Legislativo, perdura el paradigma que solo ha empezado a cambiar, a partir de algunas constituciones contemporáneas, pero ha sido desarrollado y comprendido solamente por unos cuantos jueces, académicos y por algunos tribunales constitucionales y esto fue lo que impulsó a que los magistrados preconizaran la concepción dualista o fundacionalista de la democracia.

El resto de los poderes establecidos consideran permanecer adheridos al viejo dogma monista de la democracia, porque, según sus criterios funciona sin mayores problemas en un Estado como el británico, lo cual no significa que sea aconsejable para los latinoamericanos. En esos Estados se concibe al parlamento como al soberano, y no puede haber leyes inconstitucionales, aunque con esa perspectiva no la hace la mejor democracia del mundo.

La influencia del modelo francés fue determinante, en especial durante la vigencia de las constituciones anteriores a la Segunda Guerra Mundial. En casi todas las constituciones del siglo XIX la desconfianza hacia el Poder Judicial y hacia sus atribuciones fue enorme. Es evidente recordar el grado de desconfianza que los revolucionarios franceses manifestaron por los magistrados judiciales al asemejarlos como instrumentos encargados del control social del *ancien régime*, manejados por la iglesia, la aristocracia y la monarquía, lo que ocasionó que les sustrajeran la potestad de interpretar las leyes, confiriéndola a la Asamblea Nacional, por concebir que constituye la *voluntad general*, del pueblo, mediante lo que se conoció como el *referélegislati*, por lo cual el juez se constituye en un aplicador mecánico de la norma.

A imitación del modelo galo, en las democracias censitarias como las latinoamericanas hasta bien entrado el siglo XX, la desconfianza mostrada hacia el Poder Judicial resultó evidente. Si bien les *hommesnaissent* libres



et égaux en droit, si bien los ciudadanos teóricamente eran iguales ante la ley, política y jurídicamente, en la práctica cotidiana, recibían diverso tratamiento, bajo el entendido de que había unos de primera y otros de segunda categoría de acuerdo con la forma como se integraran en el mundo productivo capitalista²⁶.

Las democracias censitarias consisten en el sufragio restringido que otorga el derecho al voto, solo a una parte de la población, que reúne determinadas características como el sexo, poseer propiedades, niveles de instrucción académica, restricciones sociales, el estado civil, color de piel, entre otras. Dependiendo de las características del votante se dispondrá del derecho a más de un voto, o bien se elaboraban categorías de las personas de acuerdo con las rentas o impuestos de los votantes.

Los franceses entendieron que había operado una superposición de la ley sobre la Constitución y el juez fue solo un instrumento de poder utilizado por los poderosos, en especial por los gobernantes que asfixiaban cualquier intento de fortalecer y robustecer una histórica independencia judicial de los otros poderes.

En Francia se tuvo que esperar hasta la expedición del *Code Civil* de Napoleón, particularmente en su artículo 4º, para devolver al juez la facultad de interpretar la ley –no la Constitución–, cuando dispuso que el funcionario judicial que se rehusase a juzgar bajo el pretexto de oscuridad o de insuficiencia de la norma, podría ser acusado de denegación de justicia.

El Código Civil francés fue importante y es considerado como referente, de la expresión del moderno Derecho, puesto que se mostró *racional, coherente*, respecto a la forma de producción y al modelo económico liberal capitalista del siglo XIX. Contrastó su firmeza con la inconsistencia y relevo de los textos

²⁶ Castaño, L. Ob. Cit. p. 401.



constitucionales, al extremo que Dueñas Ruíz, manifestó que: “las constituciones de la Revolución francesa son a la teoría del Estado lo que el Código Civil Napoleónico es al derecho”²⁷.

El Código Civil Francés, conocido como Código Napoleónico, es de gran influencia, porque oficializó y consolidó leyes aprobadas posteriormente a la Revolución Francesa; a partir de este código, nace el Estado liberal, se consolida la abolición del antiguo régimen feudal. Se elimina la división de la sociedad y los privilegios jurídicos en función del estamento al que pertenecían.

La Constitución francesa fue producto de la Revolución de 1789, mientras que el Código Civil fue el legado de la República. La Constitución era inestable, mientras que el Código se mostraba más sereno y duradero como la idea de la propia República. Debido a que Francia vivía en una revolución permanente, se consideró a la ley, no a la Constitución, como al mecanismo por excelencia que garantizaba los derechos, pero el derecho solo lo poseía los ciudadanos, los propietarios. La Constitución tiene como preámbulo, la declaración de los derechos y deberes del hombre y del ciudadano, se basa en la soberanía nacional, división de poderes y el sufragio censitario.

El Código Civil de Napoleón era:

Una ley hecha para ciudadanos entendía aquella como el modo determinante de creación del derecho y estos como lo que realmente eran en la época del primer liberalismo: los propietarios. Y es que, a este respecto, el Código Civil representa, por encima de todo, la estabilidad ante la variabilidad de las constituciones, afectadas como están estas por

²⁷ Dueñas, O. (2001). *Lecciones de teoría constitucional*. Bogotá: Librería del Profesional. p. 8.

fluctuaciones políticas imprevisibles por las que aquel, ciertamente no será condicionado²⁸.



Se constituye en uno de los más influyentes de la historia, elimina las normas especiales que afectaban o beneficiaban a un sector de la población, se suprimieron las normas locales que obstaculizaban la administración pública, se crearon normas de aplicación general.

Luego del oscurecimiento de los jacobinos, se impuso en Francia, a partir de 1795, un rumbo político reaccionario, al estilo de la tendencia liberal-burguesa defensora de los intereses del gran capital, que hizo involucionar la Revolución y que dio origen a la promulgación del Código de 1804, partiendo de la idea de que solo existía un derecho válido y este era el legal, concebido como manifestación de la voluntad nacional –nunca de la voluntad popular–. El preámbulo se manifiesta reaccionario y conservador con claro desprecio por el pueblo, por la masa marginada, carente de bienes, de quienes se desconfiaba. Un remedio de democracia, censitaria y que agrandó el abismo que ya existía entre la Nación y el pueblo francés. Se pretendían eliminar las contradicciones y contraposición que eran consecuencias de diversos regímenes legales.

A diferencia de lo ocurrido en el sistema anglosajón, en donde no se verificaron grandes codificaciones, así como también sucedió en el continente americano. El derecho se extendió como un producto independiente del Estado y del poder político al que se le consideró *derecho común*, como consecuencia de la manifestación del consenso social tácito. El derecho no es creado por el Estado, sino *declarado* y *reconocido* por los jueces que se mantenían independientes del poder político. En este esquema se acepta, que lo que propiamente constituye derecho es el derecho común, formado por las decisiones de los tribunales judiciales.

²⁸ Álvarez, C. Ob. Cit. p. 211.

La concepción del derecho que tenían los norteamericanos se separaba de la que tenían los franceses del siglo XIX, no se puede decir lo mismo en cuanto a la concepción de la democracia y del ejercicio que de ella emana. Tanto en una como en otra Nación la democracia fue restringida, en una acepción girondina, hasta el punto de que los padres fundadores de aquella Nación mostraron, independientemente del partido que abrazaban, un gran recelo y desconfianza por la participación espontánea que consideraban excesiva del pueblo en asuntos públicos y políticos.

El sistema judicialista norteamericano, inicia su marcha a partir de la sentencia de John Marshall del año 1803, la sentencia es un hito en la historia del constitucionalismo, como control del sistema judicial o jurisdiccional. En ese criterio coincidían Jefferson y Madison, porque cuando nació a la vida política republicana aquella sociedad –considerada tradicionalmente como el paradigma de democracia por el constitucionalismo liberal–, Madison expresaba desconfianza respecto a la *democracia popular*, previendo los peligros que podría representar para la libertad y para los intereses de los empresarios o de los propietarios de grandes capitales, para las *clases productivas*, el pueblo modesto recurriendo al lenguaje de la época. Y eso que todavía no se había impuesto el terror jacobino y los excesos del pueblo sencillo bajo la guía de un hombre *incorruptible y honesto* como Maximilien Robespierre, en los sonados sucesos de la Revolución francesa.

La democracia popular se le denomina a un tipo de régimen político de los estados socialistas, se considera una forma de gobierno; suelen basar su discurso en la construcción de una sociedad con características peculiares y el respeto del proletariado. En ocasiones solo existe un partido político, en otros dos partidos, uno soberano y otro social unidos por el Estado, pero sin competir entre ellos. Los medios de comunicación son propiedad del Estado.

El tipo de democracia que exaltaban los dirigentes políticos de la época en Norteamérica era el de una clase responsable, ilustrada y sobre todo conducida



por una minoría. Lo que se copió fielmente en muchas sociedades durante el siglo XIX y las tres primeras décadas del siglo XX.



1.7 Inconveniente de las mayorías políticas

Es incuestionable que *El federalista*, obra magna política de algunos de los primeros estadistas de la Nación norteamericana, aún mantiene su vigencia después de más de doscientos años de haberse publicado. A Latinoamérica llegó de manera tardía su beneficiosa influencia, en la actualidad sería extraño, derivado de las actualizaciones de los tribunales constitucionales y lo que sus aportes han introducido a los derechos nacionales, no referirse a lo plasmado por algunos de los padres fundadores de aquel modelo democrático y constitucional. Particularmente Hamilton, Madison y, en menor medida, Jay, quienes en aquella gran nación programaron, al finalizar el siglo XVIII lo que debía ser el poder democrático en el seno de una sociedad republicana y las diversas relaciones que se derivan del juego institucional de los órganos del Poder Público.

Quizás puedan parecer paradójicas o incluso poco democráticas las tesis que en aquella importante publicación se recogían, como cuando señalaban que solo unos pocos hombres ilustrados podían representar de manera idónea y adecuada los intereses generales de la sociedad. Solo los espíritus más capaces y éticos estaban en condiciones de atender y de velar por la consolidación del bienestar de la colectividad. Como si la democracia se hiciese por el pueblo, para el pueblo, pero sin el pueblo; como si el pueblo no fuese capaz de decidir por sí mismo y tuviese que recurrir a terceras personas. Las asambleas, incluso las mayoritarias –en



general– y las Legislaturas –en particular– presentaban serias falencias como fuentes de conocimiento político y moral²⁹.

En el concepto de democracia también se encuentra contenida la idea del predominio y respeto de la mayoría sobre las minorías, porque pretende el bienestar de mayorías de la sociedad, como garantía de supervivencia y de respeto a los derechos humanos de los ciudadanos. En los países democráticos, la democracia se manifiesta de diferentes maneras debido al desarrollo que se tenga. La democracia no debe ser estática e inmóvil, por el contrario debe ser dinámica, en incesante proceso de progreso en el tiempo, mediante constantes reformas y adaptaciones a las distintas prácticas y costumbres de las sociedades, porque los modelos de democracia en una sociedad determinada, puede ser que no funcionen en otra comunidad debido a la idiosincrasia y usanza de los pueblos. Los modelos teóricos deben evolucionar para que las prácticas democráticas funcionen con eficacia e intensidad, en beneficio de las mayorías, desposeídas.

Derivado de las anteriores reflexiones, se verifica, según lo estimado por doctrinarios, que no puede haber democracia sin educación, si a la sociedad no se le enseña la educación republicana y el respeto por la institucionalidad. Resulta de esta aparente lectura *antidemocrática*, una inmensa e indiscutible moraleja política, puesto que consideran que la verdadera democracia es la ilustrada, la medida por la racionalidad, se privilegia la conducta de los mejores educados y morales hombres de una sociedad, porque si la democracia se le otorga al pueblo se degenera en demagogia y se abre la senda a la anarquía, a la corrupción moral de los gobernantes, con la consiguiente postración material y espiritual de los pueblos.

La democracia si no está aunada a la razón y a la justicia no será más que pasión desbocada y fuente de errores. Está visto, incluso en las sociedades

²⁹ Gargarella, R. (1991). La revisión judicial y la difícil relación democracia-derechos. En *Cuadernos y Debates No. 29*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. p. 175.



latinoamericanas en el momento histórico actual, que normalmente la razón anida en unos pocos espíritus privilegiados por sus capacidades, su cultura su disciplina o su discernimiento crítico. Las masas por lo general se muestran ignorantes, mediáticas, susceptibles de entregarse al primer encantador que aparece en momentos coyunturales de incidencia sociológica. Las masas populares se pueden tornar irracionales si no cuentan con un buen conductor social³⁰.

Estiman que la pasión y los excesos son propios de los pueblos políticamente incultos, porque se dejan arrastrar por el irracionalismo tumultuoso y masivo. De la ignorancia del pueblo se aprovechan personalidades mesiánicas para alcanzar sus particulares ambiciones y burlar los intereses generales. Aprecian que los requisitos *sine qua non* para que pueda manifestarse la democracia son, la cultura política y virtud ciudadana. Las sociedades que carecen de ellas vivirán, un remedio de democracia agotada únicamente en lo formal.

A los propulsores de *El federalista* los animaba, la intención de contribuir con sus reflexiones el respeto por al sistema constitucional de aquella sociedad y consolidar instituciones firmes que impidiesen los *desbordes* o *excesos* de los órganos mayoritarios. Lograron concebir al Poder Judicial como el ideal para semejante obligación, por el hecho de ser no solo mucho más técnico e ilustrado, sino también el menos propenso a la corrupción, con un grado mayor de entereza moral dotada de racionalidad. Con interpretación y razonamiento elitista íntegro en el juicio, porque en ellos, la llama de la pasión o de *las facciones* no prendería con la misma facilidad como en los órganos de representación popular, expuestos al descarrío de la pasión política.

El constitucionalismo norteamericano considera la norma fundamental, superior del resto del ordenamiento jurídico e impone al poder judicial la obligación

³⁰ Castaño, L. Ob. Cit. p. 405.



de resolver todas las controversias que surjan de la contradicción del texto constitucional, obliga a los jueces a que prevalezca la norma fundamental sobre las normativas estatales que fueran opuestas a ella.

Para Hamilton y Madison recurrir al pueblo en determinadas ocasiones no era la mejor decisión ni el destino más seguro cuando se trataba de mantenerse dentro de los linderos de la razón por el peligro, siempre subyacente, porque la multitud anónima o el pueblo son proclives al desvío en su pasión, por ser propensos al manejo de los agitadores o revoltosos sin escrúpulos. Por lo que se basan en la confianza en la figura ilustre del juez, como árbitro de la vida institucional que interviene entre la sociedad y el poder político del Estado.

El federalista, serie de ensayos políticos liberal estadounidense, escrito por James Madison, argumenta en favor de la Constitución de los Estados Unidos de América, trata la protección a los intereses de la comunidad en general. Madison ve la democracia directa como peligro, pretende la instalación de la democracia representativa (república) que protege la libertad individual por la existencia de desigualdades sociales.

Los autores de *El federalista* delimitaron el rumbo de una democracia dualista, como ha mostrado ser la norteamericana y que ha influido respecto de la concepción que se tiene en Latinoamérica., porque a los jueces se les ha concedido el poder formal para proteger los derechos ciudadanos y las libertades públicas frente a los eventuales ataques o lesiones de los poderes del Estado. El origen del control de constitucionalidad ejercido por los jueces en Latinoamérica, hay que buscarlo en la escuela norteamericana, aunque nunca se haya ejercitado en la forma como lo ejecutaron los jueces y la Suprema Corte de esa república.

Con base en lo acotado se concluye analizando y diciendo que los sistemas políticos-democráticos aplicados o utilizados en Latinoamérica, son una mixtura de la influencia francesa –en cuanto a la justicia ordinaria y administrativa– y de la



norteamericana –en cuanto a la justicia constitucional–, porque a partir de las constituciones contemporáneas, se han creado, instituciones de corte garantista basados en el moderno constitucionalismo alemán y español, que completan positivamente los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica y abren el camino a un derecho integrado por principios, valores y garantías que no se agotan con la aplicación de simples reglas.

Las constituciones contemporáneas de Latinoamérica, en el aspecto político significan un retorno a los principios *roussonianos-althusianos* y *robepierrrianos*, al romper con la visión de democracia formal, lo cierto es que nunca se ha alcanzado el ideal del Poder Judicial totalmente independiente del Poder Político, como indudablemente sucede en la justicia norteamericana. Aunque suene subversivo y revolucionario el derecho en Latinoamérica ha sido un instrumento de gobierno aplicado exclusivamente a la población integrada por los desposeídos. No ha sido vivido, sentido ni mucho menos respetado por los gobernantes ni por la ciudadanía; es entendido como un producto social, emanado de la sociedad y dirigido a ella.

En la época contemporánea se desglosan dos periodos significativos e importantes, que influyen en las constituciones contemporáneas: la primera y Segunda Guerra Mundial. En el primer período de postguerra, se inició la tendencia que pregonaba por el establecimiento de un sistema de revisión de la constitucionalidad de las leyes. En este periodo surge el sistema creado por Hans Kelsen.

Después de la Segunda Guerra Mundial, se evidenció la necesidad de la creación de tribunales constitucionales por la importancia que había adquirido la Constitución; se destacan las Cartas de los Derechos Fundamentales del Hombre, la creación de órganos supra estatales, la exigencia de las libertades públicas, se pretende asegurar la utilización de los principios protectores del ser humano, se busca la igualdad de poderes.



Se ha constituido en una codificación sistemática de normas a las que simplemente hay que estar sometido y hay que respetar por deber, pero de ninguna manera por convencimiento acerca de su utilidad o beneficio social. Para Godoy, el cambio de paradigma ha recalado en lo que se denomina Nuevo Estado Constitucional, donde los principios y garantías constitucionales cobran plena operatividad (aplicación directa y efectiva de mandatos constitucionales), siendo el sostén y principal fundamento de las decisiones de funcionarios judiciales.³¹

Algunos juristas, políticos y dirigentes formados en el positivismo rígido acendrados en la cultura del egoísmo individualista, entienden que la creación del derecho es monopolio del Legislador, que debe primar por encima del Poder Judicial, a quien se le confiere la función exclusiva de aplicarlo y, si acaso se le reconoce la facultad interpretativa, se le constriñe únicamente a determinar el sentido de una norma general con la finalidad exclusiva de aplicarla a un caso en particular.

La perspectiva conservadora estima que la única fuente de la autoridad pública es el parlamento portador de la soberanía nacional (porque este tiene su origen en el electorado) en la misma línea que la tradición francesa se mantiene desde la Revolución, puesto que únicamente reconoce en la Asamblea Nacional la base de la autoridad. Los jueces no son designados por el electorado, son designados y tampoco pueden ser removidos por este, solo cumplen un papel secundario y hasta marginal como en el caso del sistema latinoamericano.

La variación constitucional latinoamericana operada recientemente, ha invertido la tradicional concepción de la estructura del Poder Público. En la actualidad, en la concepción dualista y fundacionalista de la democracia y del Estado constitucional, el Poder Judicial ha sido sacado de la penumbra y asume

³¹Godoy, M. (s.f.) *Garantismo Activismo Judicial: Posiciones "En-Contradadas"*. p. 4. Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/1147/1147>



un lugar central, siguiendo una tradición más propia del *common law* que del *civil law*.

La labor judicial deja de ser únicamente mecánica, puesto que la ley también ha dejado de ser la principal fuente del Derecho. No es solo la democracia la mejor –o menos mala– forma de gobierno, ahora se interpreta que es el *constitucionalismo* la mejor forma de contribuir a la consolidación del buen gobierno, aunque implique que se realice una objeción democrática, en el sentido de reivindicar el papel protagónico del juez. Como lo expresa Prieto Sanchís: “a más Constitución y a mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias”³², evidentemente, han transcurrido dos siglos, iniciando el recorrido del siglo XXI para que se les concediera la razón a los autores de *El federalista*.

Es importante resaltar que la totalidad del derecho no puede estar incluida en la legislación, puesto que el derecho no es producto de una única fuente de soberanía popular, encarnada en el Legislativo. Muchos artículos constitucionales se enlazan en la aparente única tradición *rousseauiana*, pero lo cierto es que es más de corte *althusiano*, más vinculada con el derecho natural moderno que aquel postulada y que prolongaran Grocio y Locke y que se armoniza con el contenido de diversas constituciones latinoamericanas.

Las concepciones que sobre la democracia francesa y norteamericana se pueden albergar, son diferentes. La obra de Rousseau influye sobre la primera (francesa) y lo planteado en *El federalista* por Hamilton, Madison y Jay, para la segunda, (norteamericana) entendiendo que lo expresado recoge la intención de los constituyentes norteamericanos y sus ideas del sistema de la separación de poderes

³² Prieto, L. Ob. Cit. p. 124.



El *bien común* fue entendido de forma diferente por ambos modelos de democracia representativa. Si bien ambas sociedades siguiendo un patrón republicano (más constante en el norteamericano que en el francés, en vista a que este a lo largo de su inestable vida política constitucional ha presentado avances y retrocesos) el norteamericano pareciera asentarse en el pensamiento inglés del siglo XVII de Locke y de James Harrington.

Este último concibió el ideal de libertad positiva de gobierno individual para una sociedad a través de la política. Harrington concibe a la República como un imperio de leyes, y no de hombres. Ideas que influyeron de manera evidente en los primeros fundadores de la democracia norteamericana, especialmente en Madison para quien, el equilibrio republicano se traducía en la idea de los frenos y contrapesos (*chek and balances*) de los poderes públicos.

Criterio enmarcado en la teoría de la representación, auspiciada por una Constitución de carácter pluralista,

En el sentido de que los legisladores representan efectivamente al electorado; es decir, representación actual, porque lo que representan no son personas, sino intereses. La función del representante es hacer avanzar los intereses de sus representados a través de la coalición, negociación, intercambio y compromiso. Se puede llegar a sostener que en este proceso, si todo sale bien, la suma total de las satisfacciones de intereses está maximizada, lo que podría ser una visión pluralista del bien general³³.

En el modelo de la sociedad política francesa pareciera que el contrato social rousoniano fue más influyente, contrato que se obtenía con la enajenación total de los derechos de cada individuo en la comunidad. La soberanía popular

³³ Sola, J. (2006). *Control judicial de constitucionalidad*. Buenos Aires: Editorial: Abeledo Perrot. p. 131.

como expresión de voluntad general, referida al interés común, la determinó el Poder Legislativo. Implicaba que la ley era la única fuente del derecho y siempre sería racional y justa, en la medida en que era producto de la voluntad general.



Este dogma político no deja lugar a discusión alguna, pues aquel era un sistema cerrado. En donde imperaba igualmente la visión del Barón de Montesquieu (1748), en su obra clásica *El espíritu de las leyes*, se concebía a los jueces como a la boca que pronunciaba las palabras de la ley: “Es indispensable que las penas tengan armonía entre sí, porque es esencial evitar un delito mayor antes que otro menor...” (p.137).

Como apropiadamente lo manifiesta Bouzet:

El ideal de que los jueces cumplan un papel limitado y pasivo debe ser relacionado con la creencia optimista del Iluminismo de que la totalidad del derecho podía ser contenido en las leyes escritas dictadas por el poder Legislativo, principalmente en los códigos³⁴.

³⁴ Bouzet, G. (1991). El control constitucional. Un estudio comparativo. En *Cuadernos y Debates*, vol (29). p. 87 Madrid: Centro de estudios Constitucionales.



CAPÍTULO II

El poder judicial como contralor de la constitucionalidad de las leyes

2.1 Poder normativo de la Constitución

El reconocimiento de la primacía de la Constitución como norma jurídica suprema, respecto a las leyes y a todo acto del poder públicos que regula, así como los métodos y los modelos que el constitucionalismo ha elaborado para garantizar su supremacía, pueden considerarse *hitos* del constitucionalismo contemporáneo. Es procedente decir que los referidos términos muestran la concepción de la supremacía de la Constitución y sus implicaciones sobre el ordenamiento jurídico, que tiene como función perfeccionar la vigencia del Estado de derecho. En consecuencia, surge la afirmación de que no es posible reconocer la preeminencia de la Constitución, si no se establece la existencia de controles que permitan adecuar al derecho de la Constitución todas las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos, a quienes se les ha otorgado poder.

El reconocimiento de la Constitución como norma suprema no se produjo en forma espontánea o de manera inmediata es el resultado de la evolución del pensamiento y del desarrollo histórico, siendo relevantes los aportes efectuados (a grandes rasgos) por el constitucionalismo norteamericano y el europeo.

La concepción actual de la Constitución no presenta mayor discusión, porque representa la realidad de una conquista histórica de los individuos frente a la arbitrariedad, al exceso y los abusos por acción u omisión de los poderes públicos, primordialmente por el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.



2.2 Antecedentes del control judicial de constitucionalidad de las leyes

Control de constitucionalidad es el conjunto de mecanismos jurídicos que se utilizan, para verificar la correspondencia entre los actos emitidos por quienes decretan el poder y la Constitución, acumulándolos cuando quebranten preceptos constitucionales.

La Constitución solo cobra sentido en cuanto norma con pretensión de validez y eficacia, si cuenta con una garantía; es decir, un mecanismo que asegure una reacción en caso de incumplimiento, defendiendo la efectividad de los mandatos contenidos en el texto constitucional³⁵.

Justamente, como lo afirma el autor López Guerra, la génesis de la existencia del control de constitucionalidad, radica en la conculcación o violación a derechos fundamentales; garantizador en la norma constitucional, la cual ante la concurrencia de aquellas circunstancias, reacciona mediante la activación del control de constitucionalidad en sus diversas manifestaciones, sea por el sistema de control difuso o concentrado; es decir, la garantía y defensa del orden constitucional, por medio de la inconstitucionalidad general o inconstitucionalidad en caso concreto.

Con el propósito de determinar a quién le correspondía la defensa de la Constitución, en alguna ocasión se propuso la tesis de que el control fuera realizado por el Jefe de Estado, como encargado de su defensa (España 1966).

Carl Schmitt, sostenía la tesis de que el guardián de la Constitución debe ser el Jefe de Estado, que no podía haber una justicia constitucional verdadera, pues un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no derivaría en

³⁵ López, L. (1994). *Introducción al derecho constitucional*. España: Tirant lo Blanch. p. 193.



una juridificación de la política, sino al contrario en la politización de la justicia.

Consideraba que:

Los términos de justicia constitucional son contradictorios pues un Tribunal Constitucional no conoce jamás conflictos jurídicos, sino solamente conflictos políticos, de tal suerte que el defensor de la Constitución no puede ser un Tribunal Constitucional, sino únicamente el presidente de la República³⁶.

Schmitt manifestó:

Solo mediante el cotejo de tales disposiciones se puede percibir la posición característica del presidente del Reich, según la Constitución de Weimar. El presidente del Reich se halla en el centro de todo un sistema –construido sobre fundamentos plebiscitarios– de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos. A él está condicionada la ordenación política del actual Reich alemán, en la misma medida en que las tendencias del sistema pluralista dificultan y aun llegan a hacer imposible un normal funcionamiento del Estado Legislativo. Antes de instruir un tribunal para cuestiones y conflictos de alta política, como protector de la Constitución, antes de gravar y poner en peligro la justicia con estas contaminaciones políticas, mejor sería recordar, en primer término, el contenido positivo de la Constitución de Weimar y de su sistema de preceptos. Según el contenido positivo de la Constitución de Weimar, existe ya un protector de la Constitución, a saber: el presidente del Reich³⁷.

La corriente del pensamiento de Carl Schmitt, tuvo en su época, especial relevancia y justificación, que actualmente ha perdido notablemente, en razón de

³⁶ Schmitt, Carl. Citado por: Tócora, L. (1992). *Control constitucional y derechos humanos*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. p. 49.

³⁷ Schmitt, C. (1998). *La defensa de la constitución*. Madrid: Tecnos. p. 249



que es el mismo poder soberano del pueblo, quien ha delegado el poder constituyente, plasmado en el texto constitucional, los mecanismos protectores de la Constitución, mediante la defensa del orden y equilibrio constitucional, bajo el exclusivo dominio de los tribunales constitucionales sea *a priori* o *a posteriori* como control preventivo o restaurador del orden constitucional, difuso, concentrado o mixto, sea por el Tribunal Constitucional (en constitucionalidad general en sus diversas modalidades) o vía tribunales ordinarios, constituidos en tribunales constitucionales (inconstitucionalidades en caso concreto) incluso por las distintas cámaras de la Corte Suprema de Justicia, cuando se conoce la inconstitucionalidad como sub motivo de casación.

Carl Schmitt aboga por el control político ante el riesgo de la politización de la justicia, mantuvo una fuerte polémica con Hans Kelsen, quien defendió la idea de que el control de constitucional debía ser realizado técnicamente por los tribunales constitucionales como garantes de la Constitución democrática.

Atribuirle a la Constitución como verdadera norma suprema de valor normativo importante y superior, judicialmente tutelado (*judicial review*) es el aporte más importante del constitucionalismo norteamericano, que no surge definitivamente con la Constitución de 1787, sino que fue necesario un desarrollo posterior (sobre todo en *El federalista*, de Hamilton, quien aboga por el tratamiento de la Constitución como Ley fundamental; que impone a los jueces una vinculación más fuerte que la debida a las leyes, razón por la cual los tribunales tienen la facultad de inaplicar las leyes del Congreso que la contradigan) el cual culminó, en palabras del profesor García de Enterría con: "la capital Sentencia de 1803 en el asunto Marbury vs. Madison, obra del gran juez Marshall, que concreta definitivamente, en los términos de la sentencia, que "la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura"³⁸, se otorgó legitimidad de ejercicio del poder a los órganos jurisdiccionales de declarar la nulidad de las normas que

³⁸ García, E. (1983). *La constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional*. (3ª ed.). Madrid: Civitas. p. 55.



violan el derecho de la Constitución y se implementó el modelo norteamericano de control de constitucionalidad y su método difuso.

El desarrollo federalista tiene aplicación en el concepto del juez de distrito federal de los Estados Unidos de América, que tienen la obligación de adoptar la interpretación que otro juez de la misma categoría hubiese ejecutado en un caso concreto análogo, con la acotación de que no todos los tribunales federales producen la obligatoriedad del precedente, lo cual está confiado al emitido por un tribunal superior, que en síntesis se refiere a la Suprema Corte. De otra manera, resultaría inviable la pretensión de uniformar la jurisprudencia asentada, por cuanto que cada tribunal podría objetar cualquier interpretación ya ejecutada e imponer la suya.

Lo anterior sin perjuicio que la Suprema Corte puede innovar su propia jurisprudencia, separándose motivada y fundadamente, del precedente asumido: el principio del *staredecicis* representa una solución a los eventuales conflictos suscitados. Sobre dicho principio, volveré más adelante, a abordar el subtema 3.1 Características del Sistema Difuso.

Los fundamentos no fueron recibidos de manera inmediata por el sistema continental europeo, sino hasta después de la Primera Guerra Mundial e incluyen diferencias fundamentales respecto del desarrollo norteamericano, mediante dos vías:

La primera, que se produjo por la articulación del Imperio Alemán y la Monarquía Austrohúngara, que dio lugar a la Constitución Alemana de Weimar, en la cual se instauró un tribunal con competencia para resolver los conflictos entre “los poderes constitucionales” y; la segunda,



representada en la Constitución austriaca de 1920, que recibió los aportes de Hans Kelsen³⁹.

Es importante destacar que la Constitución alemana de 1871 no contempla ningún órgano que controle la inconstitucionalidad de los actos y las omisiones del imperio alemán y considera:

De ahí precisamente que el principio de rigidez constitucional resultara insuficiente para evitar que este instrumento normativo materialmente fuera reformado mediante la emisión de simples leyes ordinarias (como es el caso de las conocidas cláusulas de Frankenstein, que eran leyes ordinarias que contradijeron abiertamente disposiciones constitucionales en materia aduanera), en los procesos que Laband y Jellinek denominaron mutación constitucional (*die verfassungswandlung*)⁴⁰.

Las mutaciones constitucionales o modificaciones no formales de la Constitución, consiste cuando se produce una transformación de poder político en la realidad, sin que por ello se modifique el texto constitucional el cual permanece intacto, pero con una significación diferente; se origina, porque la reforma constitucional es muy complicada y la falta de sensibilidad de la clase política, porque no se reflejan en las normas constitucionales los cambios producidos en la sociedad.

³⁹ Patiño, S., & Orozco, V. (2004). *La inconstitucionalidad por omisión*. San José: Investigaciones Jurídicas. p. 34.

⁴⁰ Jellinek, G. (1943). *Teoría general del estado*. Buenos Aires: Albatros. p. 438.



2.3. El modelo norteamericano de control de constitucionalidad y el método difuso

Fue en la sentencia dictada en el caso *Marbury vs. Madison*, (1803) en la que se afirma por primera ocasión el alcance normativo de la Constitución y el control de constitucionalidad. Del razonamiento y fundamento desarrollado por el juez Marshall en la sentencia, se extrae lo siguiente:

- 1) Una afirmación de principio: “La Constitución escrita ha sido considerada desde siempre como la ley fundamental y superior de la nación y consecuentemente la teoría de tales gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo”⁴¹;
- 2) La necesidad de optar por una de las dos normas (Constitución/Ley) en conflicto: “si una ley está en oposición a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución son aplicables al caso particular; el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso”⁴²;
- 3) Lógica preeminencia de la Constitución:
Si los tribunales han de observar la Constitución y la Constitución es superior a cualquier otro acto ordinario de la legislatura, la Constitución, y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican, porque otra cosa sería subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas⁴³.

En el caso de Guatemala, la Constitución Política vigente, expresamente sanciona con la nulidad *ipso jure* “las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza” (art. 44, Constitución Política de la República de

⁴¹ González-Trejiviano, P. (2000). *El tribunal constitucional*. España: Arazandi. p. 24.

⁴² *Ibíd.* p. 24

⁴³ *Ídem.*

Guatemala) con lo cual, queda subrayada la supremacía constitucional o jerarquía normativa.



Los fundamentos fueron aplicados también para resolver el caso: Martin contra Hunter's Lesse, en cuya virtud los jueces norteamericanos valoran la adecuación de las leyes a la Constitución, en cualquier caso que ha sido sometido a su conocimiento, manifestándose el método difuso de control de constitucionalidad. Sobre el particular Tocqueville manifestó: "los americanos habrían reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la Constitución más que en las leyes (con la consiguiente) no aplicación de las leyes que les parezcan inconstitucionales"⁴⁴.

Derivado del procedimiento agravado de reforma de la Constitución establecido en el artículo V, en el sistema de justicia constitucional norteamericano se ha sostenido: "al contrario, la impresión que prevalece es que es casi imposible reformar tan gran instrumento, excepto por medio de una revolución"⁴⁵.

2.3.1 Características del método difuso

La primera de las características es que corresponde a todos los órganos jurisdiccionales la potestad y el deber de determinar si las leyes se adecuan o no al derecho de la Constitución; la segunda es que el control de constitucionalidad de las leyes se produce en el ámbito de la actividad jurisdiccional; la tercera es que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad no trascienden del caso concreto que ha sido sometido a conocimiento de los órganos jurisdiccionales y, la última es la naturaleza

⁴⁴ Tocqueville, A. (1989). *La democracia en América*. (Tomo I). Madrid: Alianza. p. 93.

⁴⁵ Marbury, W. (1919). *The limitation upon the amending power*. (Vol. XXXIII). Harvard Law Review. p. 223.

declarativa, no constitutiva de tales decisiones, de modo que no aplica la norma inconstitucional, porque así la considera ab initio⁴⁶.



“De ahí que el modelo norteamericano siguiendo a Dominique Rousseau, se distingue “por sus característica difusa o descentralizada, en el caso concreto, principalmente incidental y *a posteriori*”⁴⁷.

Derivado de la utilización del método difuso de control de constitucionalidad, a los órganos jurisdiccionales es a los que primero les compete respetar la Constitución lo cual ponen de manifiesto en el razonamiento de sus fallos y es a quienes les corresponde determinar cuál es la norma aplicable al caso concreto, deben estimar si se adecua o no al derecho de la Constitución, de considerarse procedente, declarar su inconstitucionalidad y la inaplicación, interpretándose directamente la norma fundamental.

En la experiencia nacional, al prevalecer el sistema de control mixto es admisible el difuso, atribuido a los órganos jurisdiccionales en las inconstitucionalidades en caso concreto, con efectos *ex tunc* sobre una inconstitucionalidad fácticamente ya establecida o acreditada. La aplicación del método de control de constitucionalidad únicamente les concierne a los órganos jurisdiccionales integrado por juristas, quienes aplican técnicas jurídicas para la resolución de las controversias sometidas a su conocimiento, no así a los funcionarios administrativos u otros, porque los funcionarios administrativos siempre permanecen vinculados por la ley.

A diferencia del método concentrado de control de constitucionalidad, las decisiones de los órganos jurisdiccionales únicamente producen efectos cuando han sido dictadas dentro de un caso concreto; es decir, interpartes, de manera que no trascienden del asunto que conocen y en el que resuelven.

⁴⁶ Jurado, J. (2003). *Jueces y constitución*. Costa Rica: Juricentro. p. 25.

⁴⁷ Rousseau, D. (1998). *La justicia constitucional en Europa*. París: E. J. A. p. 16.



Síntesis de las características del método difuso:

1. Todos los órganos están facultados para determinar si las leyes de adecuación o no a la Constitución.
2. El control de constitucionalidad se realiza en la actividad jurisdiccional.
3. Los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad no trascienden del caso en concreto.
4. Opera la inaplicabilidad de la norma en el caso concreto; nunca concurre la expulsión del precepto legal de ordenamiento jurídico.
5. No se caracterizan niveles óptimos de certeza jurídica ante la posibilidad de fallos contradictorios entre diversos órganos jurisdiccionales.

La naturaleza declarativa de las decisiones de los órganos jurisdiccionales en el modelo norteamericano de control de constitucionalidad determina que posee efectos *ex tunc* (declarativos y retroactivos), de manera que se limitan a constatar una inconstitucionalidad ya existente, pero no a constituir una nueva situación a partir de esa declaratoria.

“A este modelo de control de constitucionalidad se le ha criticado la incertidumbre y la inseguridad jurídica que se puede producir, si un tribunal desaplica por inconstitucionalidad una norma, mientras que otro estima lo contrario”⁴⁸. La eventualidad descrita en el párrafo precedente encuentra una solución vía apelación, ante la Corte de Constitucionalidad, quien ante el reexamen de sus precedentes, antecedentes, jurisprudencia y doctrina legal, tiene la obligación de reafirmar la certeza de dispares fallos emitidos por los órganos jurisdiccionales, en los supuestos de haberse emitido fallos contradictorios, generadores de incertidumbre jurídica. Esto es así para el caso guatemalteco.

⁴⁸ Solís, A. (2000). *La dimensión política de la justicia constitucional*. San José: Impresiones Gráficas del Este, S.A. p. 41.



Mauro Cappelletti agrega:

Además, podría suceder que el mismo órgano judicial, que ayer no había aplicado una ley dada, la aplica por el contrario hoy, habiendo cambiado opinión sobre el problema de su legitimidad constitucional. Podrían formarse importantes contrastes de tendencia entre órganos judiciales de diferente jerarquía, materia, o entre jueces de más o menos experiencia o edad⁴⁹.

Dichos problemas, son resueltos en alguna medida mediante el principio del *stare decisis*, el cual es el fundamento anglosajón de los precedentes jurisdiccionales, que se interpreta de la manera siguiente: "Este principio impone en el sistema de los Estados Unidos de América la obligación de aplicar los precedentes jurisprudenciales de tribunales de mayor jerarquía, lo que resulta muy útil para evitar la dispersión jurisprudencial"⁵⁰.

El *stare decicis* de origen inglés, en sus inicios se le utilizaba en el siglo XIV, como un argumento por el cual, los tribunales no debían fallar en atención a sus convicciones, o en respuesta a momentos coyunturales, sino más bien, sobre la base y fundamento en los criterios interpretativos legales fijados por otros tribunales en casos similares. En la recepción del *stare decicis* en los Estados Unidos de América, significa la doctrina del precedente obligatorio: la norma reprochada de inconstitucionalidad no puede ser aplicada al caso concreto, por consiguiente, queda expedita su aplicación a otros casos análogos, lo cual significa que los tribunales quedan vinculados a resolver en igual sentido.

⁴⁹ Cappelletti, M. (1987). *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*. México: UNAM. p. 68.

⁵⁰ Tócora, L. F. Op. cit. p. 53



2.3.2 El objeto del método difuso

En lo que respecta a la aplicación del método difuso de control de constitucionalidad, la doctrina es acorde al señalar que está rigurosamente limitado en la aplicación de los asuntos propios de la competencia jurisdiccional común (es decir, los conflictos de intereses o controversias entre estos y el Estado), de manera que no son susceptibles de control los actos de gobierno (o sea, los actos dictados con motivo de las relaciones entre órganos constitucionales y los internacionales). De lo anterior se deduce que el método difuso es menos proclive a la que se judicialice la política.

Los principios generales del sistema constitucional de los Estados Unidos de América sobre los que descansa el *judicial review*, son los siguientes:

- 1) Que la Constitución vincula a los órganos estatales;
- 2) Que la Constitución es derecho en el sentido que debe ser aplicado por los jueces;
- 3) Que la función de interpretar el derecho vigente es exclusiva del poder judicial, de tal manera que la interpretación de la Constitución, realizada por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional es vinculante – authorative⁵¹.

24. Modelo europeo de control de constitucionalidad y el método concentrado

El sistema concentrado se rige como una variable del sistema judicial o judicialista, supone la creación de un tribunal específicamente destinado al control

⁵¹ Jurado, J. Ob. Cit. p. 32.

de la constitucionalidad de leyes, investido de funciones jurisdiccionales; se realiza el monopolio de la declaratoria de la nulidad de leyes inconstitucionales.



El modelo de control de constitucionalidad americano fue desarrollado hasta el período comprendido entre las conflagraciones mundiales, tomando en cuenta el contenido de las constituciones de Weimar, Austria, Checoslovaquia y España, de manera que, durante el siglo XIX, aunque en Europa no fueron bien recibidas las ideas relativas al carácter normativo de la Constitución y el principio de supremacía. Por el contrario imperó el principio de primacía de la ley como: “criterio para solucionar los problemas sobre la división de poderes, lo que corresponde al período histórico que dio origen al Estado Liberal en Francia”⁵².

El sistema concentrado se ubica en sus inicios en la Constitución de Austria de 1920, que impulsa la creación de la Alta Corte de Constitucionalidad, inspirada en la filosofía de derecho de Kelsen; el modelo fue modificado por la Constitución de 1945; se le denomina también Austriaco, europeo o descentralizado. El Origen de la Alta Corte, se debe al alejamiento de posturas que priorizan los intereses de los Estados por sobre los individuos, estos tribunales creados difunden valores y presupuestos de la defensa de los derechos de la humanidad. La desconfianza en los jueces, que responden a ideologías, fidelidad a la Revolución al Antiguo Régimen, a los regímenes autoritarios o totalitarios o tiene posiciones conservadoras, además de la falta de conciencia constitucional.

2.4.1 Control de constitucionalidad en el siglo XIX en el constitucionalismo continental europeo

En el siglo XIX se produjo la supeditación de los jueces al imperio de la ley, debido a la desconfianza existente hacía ellos, la consideración y concepción de

⁵² Ibíd. p. 34.



que la jurisdicción es producto de la razón y expresión de la voluntad soberana del pueblo, no así de un poder del Estado.

En consecuencia, se interpreta que las constituciones francesas del siglo XIX son expresiones de un Constitucionalismo sin Constitución (lo cual se extendió a la mayor parte del Continente Europeo). De acuerdo con Acosta Sánchez, esto se debe a:

- 1) Un proceso de implantación en Europa del Estado Liberal durante el siglo XIX, el cual se desenvuelve a través de una serie de compromisos entre la aristocracia y la burguesía en torno a la monarquía;
- 2) El proceso histórico que culminó con la implantación en Inglaterra del régimen parlamentario, pudiéndose concluir entonces que el siglo XIX corresponde a la implementación del parlamentarismo en Europa, pero no el de la normatividad de la Constitución;
- 3) La hegemonía británica durante el siglo XIX, que impide la recepción de las ideas norteamericanas relativas al control de constitucionalidad;
- 4) El reconocimiento de la imposibilidad de las constituciones normativas de limitar la actividad del legislador⁵³.

Derivado del análisis anterior se considera que durante el siglo XIX la mayoría de las constituciones eran de carácter material y flexible, de manera que podían ser reformadas mediante el mismo procedimiento utilizado para la emisión de una ley.

La supremacía de la ley en el continente europeo durante el siglo XIX, fue explicada por el Profesor García de Enterría de la siguiente forma:

⁵³ Acosta, J. (1998). *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos. 1998. pp. 149-150.



Debe notarse todavía que el largo reflejo histórico de la lucha de los parlamentos con los monarcas había sensibilizado el sistema hacia el dogma de la soberanía parlamentaria, que implicaba la superioridad absoluta de las leyes y su correlativa inmunidad judicial, lo que aún se reforzaba por el temor hacia la formación conservadora de los jueces y a su carácter profesional, y no electivo, a los cuales, por lo tanto, no resultaba fácil confiar un control de la voluntad popular expresada en la ley por los representantes parlamentarios⁵⁴.

El régimen constitucional surge como reacción frente al poder del monarca y otorga al parlamento la legitimación y la soberanía, basada en la decisión del pueblo al elegir a su representante; se refuerzan los poderes parlamentarios fundados en principios democráticos y se reduce al poder del órgano gubernamental (poder ejecutivo). Son tres poderes los que detentan el poder, convirtiéndose el parlamento en el encargado de establecer el ordenamiento de los tres poderes, así como determinar sus competencias por ser el representativo de la voluntad popular.

Bajo esta perspectiva:

El control judicial en la historia francesa se circunscribe a la supervisión de los actos ilegales del gobierno y la administración, por medio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que ostentaba el Consejo de Estado, no así, en la verificación jurisdiccional de la adecuación a las leyes a la Constitución⁵⁵.

En consecuencia, la Constitución no tenía ninguna garantía jurisdiccional y estaba desprovista de un contenido normativo propio y superior a las demás normas del ordenamiento jurídico.

⁵⁴ García, E. Ob. Cit. p. 56.

⁵⁵ González-Trejiviano, P. Ob. Cit. p. 25.



2.4.2 Control de constitucionalidad en el siglo XX y el surgimiento de los tribunales constitucionales en la Europa continental

Los aportes doctrinarios norteamericanos relativos al reconocimiento de la Constitución como norma jurídica superior, principio de supremacía y el establecimiento de controles respecto de las actuaciones y las omisiones de las autoridades con poder normativo, fueron bien recibidas en el continente europeo y se aplicaron dos vías:

La primera, el proceso que dio origen a la Constitución de Weimar y, la segunda, los aportes de Hans Kelsen, que dieron origen a uno de los acontecimientos institucionales más importantes del siglo XX: la aparición y el desarrollo del control jurisdiccional de constitucionalidad (y la justicia constitucional) a través de órganos específicos, que han sido denominados en los distintos países: tribunales constitucionales, consejos constitucionales, tribunales supremos constitucionales, salas constitucionales, etc.⁵⁶

La Alta Corte Constitucional Austriaca fue la que dio origen a los tribunales tipo concentrado de Europa, a partir de 1945, se da la expansión de los tribunales constitucionales encargados de impartir la justicia constitucional en todo el continente americano. De acuerdo con los distintos mecanismos procesales de defensa en Guatemala con la Constitución de 1965 fue la que creó el Tribunal Constitucional.

El desarrollo del modelo europeo de control de constitucionalidad y su método concentrado se interpreta de la manera siguiente:

⁵⁶ Haro, R. (2004). *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales*. En Anuario de derecho constitucional latinoamericano. (Tomo I). Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C. p. 57.



- 1) La primera etapa, bajo la inspiración de Hans Kelsen en el proyecto de Constitución austríaca de 1920, que da origen al Tribunal Constitucional Checoslovaco y al Alto Tribunal Constitucional de Austria (Constitución del 1º de octubre de 1920), como una década después en la Escuela Republicana, el Tribunal de Garantías Constitucionales (Constitución de 1931).
- 2) La segunda etapa, que se verifica después de la Segunda Guerra Mundial, en la cual el constitucionalismo da origen al Tribunal Constitucional Italiano de la Constitución de 1948, el Tribunal Constitucional Alemán de la Ley Federal de Bonn de 1949, el Consejo Constitucional Francés de la Constitución de 1958, el Tribunal Constitucional Turco de 1961 y el Tribunal Constitucional Yugoslavo de la Constitución de 1963.
- 3) La tercera etapa, en la cual fueron implementados el Tribunal Constitucional Portugués, fruto de la Constitución de 1976 con las modificaciones de 1982, el Tribunal Constitucional Español de la Constitución de 1978, el Tribunal Especial Superior Griego en 1975, el Tribunal de Arbitraje en Bélgica de 1983 y los tribunales establecidos en sus constituciones por Polonia en 1985, Hungría en 1989, Checoslovaquia, Rumania y Bulgaria en 1991⁵⁷.

2.5. Modelo kelseniano de control de constitucionalidad

El modelo europeo de control de constitucionalidad confería imperio a la ley como expresión de la voluntad popular, lo cual no era compatible con el control de las leyes por parte del Poder Judicial. Es por esta razón, que Hans Kelsen plantea la creación de un órgano especializado, a quien se le atribuye la función de verificar la observancia constitucional del ordenamiento jurídico. Plantea la

⁵⁷ *Ibíd.* p. 57-58.



creación de: “un Tribunal Constitucional separado e independiente, tanto del poder legislativo, como del ejecutivo y judicial, quien hacía las veces de un legislador negativo”⁵⁸.

Este es el carácter y naturaleza de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala:

“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” (art 268, Constitución Política de la República de Guatemala).

Las propuestas de Kelsen provienen de la necesidad de garantizar la aplicación y observancia de todas las normas ordinarias a la Constitución; y dentro de este marco estima que: “resulta trascendental el sentido jerárquico piramidal de la estructura del ordenamiento jurídico, en la cual la Constitución está en el vértice de la pirámide por ser la norma *normarum*, mientras que las demás disposiciones están subordinadas a ella”⁵⁹.

De acuerdo con la tesis de Kelsen, la Constitución no contiene normas directamente aplicables por el juez, sino mandatos o prohibiciones al Legislador; de manera que la Constitución es ejecutada por la ley y la ley se ejecuta en la sentencia del juez en un caso concreto. Por ese motivo consideró que:

El juez al ser ejecutor de la ley no puede inaplicar la ley, razón por la que es necesaria la existencia de un órgano inserto en el Poder Judicial, a fin de controlar la constitucionalidad de las leyes e invalidarlas si fuera el caso. Dicho órgano, el Tribunal Constitucional, aunque de naturaleza

⁵⁸ López, L. Ob. Cit. p. 201.

⁵⁹ Jurado Fernández, J. Ob. Cit. p. 39.



jurisdiccional, tiene una función de legislador negativo cuando expulsa del ordenamiento jurídico las leyes cuyo contenido no se ajuste al contenido de la Constitución⁶⁰.

El problema del legislador negativo se origina, según Kelsen por la anulación de todas aquellas normativas que se estiman inconstitucionales, las cuales deben quedar sin efecto; entendiéndose en contrario que en todo caso podría ser la anulación de una norma en sustitución de la que contraviene a la Constitución, por lo tanto, el signo negativo desaparece y la sentencia tiene por objeto dejar sin efecto legal de validez la norma en pugna creada por el parlamento. La visión del legislador negativo se configura como destructor de leyes, contrastante con la función positiva de contralor de la constitucionalidad de las leyes. La función del Tribunal Constitucional se limita a declarar, si una ley o norma es o no compatible con la Constitución, su función no es legislar.

Del modelo kelseniano de control de constitucionalidad se configura el: Método concentrado, en el cual el Tribunal Constitucional es el único habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una Ley y, al cual, habrán de dirigirse los tribunales cuando estimen que una determinada disposición vulnera la Norma Fundamental, pues carecen del poder de inaplicar tales leyes por sí mismos⁶¹.

En lo que respecta a la afirmación realizada por Hans Kelsen, en el sentido de calificar la actividad desplegada por los tribunales constitucionales, únicamente, como legislador negativo, se extrae lo siguiente:

⁶⁰ Torres, A. (1996). *Introducción al derecho constitucional*. España: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. p. 121.

⁶¹ García, E. Ob. Cit. p. 57.



1) Esta idea fue justificada en tanto:

El Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular [...], sino solo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica (Vereinbarkeit) entre el pronunciamiento, también abstracto, de una Ley y la norma (abstracta) de la Constitución. Por eso sostiene Kelsen que no hay en ese juicio puramente lógico una verdadera aplicación de la Ley a un caso concreto y, por lo tanto, no se estaría en presencia de una actividad judicial, que supone una decisión singular⁶².

2) La interpretación del enunciado que antecede aparece completamente superada, porque la actividad realizada por los tribunales constitucionales es estrictamente una diligencia jurisdiccional, tomando en cuenta que esta función actualmente comprende: (sin que realice una enumeración exhaustiva):

En primer lugar, la facultad de declarar la nulidad con efectos erga omnes y *ex tunc* de las normas jurídicas que vulneran el derecho de la Constitución; en segundo lugar, la tutela ineludible de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política, como en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos vigentes en el país; en tercer lugar, el control sobre las omisiones de las autoridades que violan la Constitución Política; y en cuarto lugar, la interpretación de las normas jurídicas de conformidad con el derecho de la Constitución⁶³.

Es pertinente afirmar el carácter jurisdiccional de la función realizada por los tribunales constitucionales, por las razones siguientes:

1) La sujeción de su función a un método jurídico de interpretación;

⁶²Ibíd. p. 57.

⁶³ Patiño, S. & Orozco, V. Ob. Cit. pp. 38-39.



- 2) El carácter reglado de la acción del Tribunal Constitucional; la actividad de conocimiento jurídico, y no de oportunidad política;
- 3) Su actuación que solo opera a instancia de parte (la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, excepcionalmente, puede actuar de oficio, conforme lo establecido en el artículo 268 constitucional);
- 4) La vinculación de su actividad a un proceso jurisdiccional especial y contradictorio (no necesariamente; ejemplos: opiniones consultivas, dictámenes previos a la aprobación de tratados y convenios internacionales «control preventivo de constitucionalidad», a reformas constitucionales o de reformas de leyes denominadas constitucionales «porque fueron emitidas por la Asamblea Nacional Constituyente: Ley de Emisión del Pensamiento, Ley de Orden Público, Ley Electoral y de Partidos Políticos, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad» inconstitucionalidades generales «en su más amplia gama» inconstitucionalidades por omisión; todas ellas no están vinculadas a un proceso jurisdiccional y contradictorio;
- 5) Los principios de neutralidad e independencia a que está sujeta la actividad jurisdiccional;
- 6) La posición del Tribunal Constitucional como tercero superpartes⁶⁴.

Además, realiza control normativo preventivo y control por medio del recurso de inconstitucionalidad.

⁶⁴ Martínez, M. (1981). El tribunal constitucional como órgano político. En *Dirección general de lo contencioso del Estado, el tribunal constitucional*. (vol II). Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. p. 1794.



2.6. Características del modelo europeo continental actual de control de constitucionalidad

“En la actualidad, el modelo europeo continental de control de constitucionalidad se caracteriza mayoritariamente por la existencia de un único y específico órgano jurisdiccional, independiente y separado de los demás órganos jurisdiccionales, que monopoliza la revisión judicial de la ley”⁶⁵. La creación del Tribunal Constitucional, al que se le otorga la competencia para determinar la regularidad constitucional, declarar la nulidad de las actuaciones y las omisiones de las autoridades con poder normativo que violan el derecho de la Constitución. También se caracteriza por la existencia de procedimientos específicos para garantizar la supremacía constitucional, a diferencia del método difuso.

El Tribunal Constitucional realiza el examen de constitucionalidad mediante un proceso autónomo y abstracto, al margen de cualquier proceso de aplicación de la Constitución o la ley al caso concreto, lo cual lo diferencia de manera radical del método de control difuso.

Para los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, los que son de alcance general, *erga omnes* y *ex tunc*; es decir, retroactivos a la entrada en vigor de la norma impugnada, en este modelo de control de constitucionalidad: “el juez ordinario se encuentra fuertemente vinculado a la legislación, de modo que no tiene la potestad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas, particularmente de la ley, pues ello queda reservado al Tribunal Constitucional”⁶⁶. Si se reconoce a la Constitución como norma de especial jerarquía, norma suprema es imprescindible que se establezcan los mecanismos de garantía para que se justifique las potestades de la justicia constitucional, que dará eficacia a la

⁶⁵ Aguiar, L. (2002). *El control de constitucional de normas en el modelo europeo de justicia constitucional*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José. p. 26.

⁶⁶ Jurado, J. Ob. Cit. p. 46.

supremacía de la carta magna, que prevalece por su carácter supremo frente a todas las normas, actos y principios contenidos en el sistema de justicia.



El modelo de control de constitucionalidad se caracteriza por el hecho siguiente:

A los tribunales constitucionales, además de haberse encomendado las funciones relativas al control propiamente dicho, también realizan la tutela de los derechos fundamentales mediante el recurso de amparo y la resolución de los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales del Estado⁶⁷.

2.7. El modelo iberoamericano de justicia constitucional

Además del modelo norteamericano y el modelo europeo de control de constitucionalidad, algunos constitucionalistas latinoamericanos han insistido en la existencia de un modelo iberoamericano de Justicia Constitucional, en el que indudablemente (en la mayoría de los países que lo acogen) coexisten el método difuso y el concentrado (tal es el caso de Guatemala).

Se trata de un método mixto, que tiene como antecedentes los sistemas de justicia constitucional de las repúblicas de Venezuela y Colombia. Se ha instaurado en todos los países de la región de Latinoamérica aunque no de la misma manera, porque las constituciones contienen cambios esenciales de conformidad con sus respectivas necesidades.

⁶⁷ Monroy, M. (2004). Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un estado social de derecho. En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. (Tomo I). Fundación Konrad Adenauer Stiftung. A.C. p. 21.



En este sentido, Rodolfo Piza Escalante insistió:

Que no es correcto ni justo reducir los modelos de Justicia Constitucional a los dos paradigmas a los que se ha hecho costumbre referir, con simplismo, todos los sistemas conocidos: el norteamericano o “difuso” y el europeo o “concentrado”, cuyas categorías o criterios, aun combinados, no alcanzan para explicar el que, con perfiles y caracteres propios, no reductibles a los otros dos –además, anterior al nacimiento del segundo y hasta de que ilustre creador– puede bautizarse de “iberoamericano” –para incluir al Brasil, y no hacerlo con Haití, que no tienen nada que decir en esta materia–⁶⁸.

2.7.1. Origen del modelo iberoamericano de justicia constitucional

El modelo Iberoamericano tiene como referentes más antiguos los sistemas de justicia constitucional de Colombia y Venezuela, en donde se configura un método mixto de control de constitucionalidad, que es opuesto del concentrado, incluso es anterior a las ideas de Hans Kelsen y a su implantación en el modelo continental europeo. “Este sistema también funciona con rasgos muy similares en Guatemala, Perú, Brasil y El Salvador”⁶⁹.

Se atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la competencia siguiente: “declarar la nulidad de los actos legisladores sancionados por las legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución” (art. 113.8, Constitución de Venezuela de 1858).

⁶⁸ Piza, R. (2004). *La justicia constitucional en Costa Rica*. San José: Investigaciones Jurídicas. p. 66.

⁶⁹ Brewer, A. (1996). *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. (Tomo I). En Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Fundación Konrad Adenauer Stiftung. A.C. p. 163.



Adicionado al control concentrado de constitucionalidad, se estableció uno difuso, de tal manera que todos los jueces gozaban también de la competencia para no aplicar una norma jurídica que no se adecuara al derecho de la Constitución.

2.7.2. Características del modelo iberoamericano de justicia constitucional

Dentro de las características del modelo iberoamericano o integral de justicia constitucional se pueden señalar:

En primer lugar, la existencia de una acción popular de inconstitucionalidad, que faculta a cualquier ciudadano para impugnar la constitucionalidad de una ley, por el mero interés de hacer valer el derecho de la Constitución, en segundo lugar, la combinación de ambos métodos de control de constitucionalidad, el concentrado y el difuso y el establecimiento de un recurso directo, no subsidiario, de naturaleza sumaria e interdictal, para la defensa de los derechos fundamentales⁷⁰.

De conformidad con lo regulado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷⁰ Tócora, L. F. Ob. Cit. p. 56.





CAPÍTULO III

Interpretación de la Constitución en la práctica judicial

3.1. Aplicación de la Constitución

La justicia constitucional supone la consagración de la garantía de legalidad, la tutela de los derechos y libertades y la separación de poderes, lo cual constituye la esencia del sistema democrático. Las constituciones contemporáneas de Iberoamérica forman parte de la cultura jurídica que se puede identificar como: continental europea occidental, las cuales reúnen características similares a las de otras constituciones que se mencionan como representativas del constitucionalismo –continental europeo occidental- que fueron redactadas posteriormente a la Segunda Guerra Mundial.

Lo más importante de este tipo de constituciones es que, proclaman e incluyen una serie de valores y declaran una lista de derechos y esto es lo verdaderamente preciso, porque son vinculantes entre todos ellos. Lo cual se verifica en la Constitución Política de la República de Guatemala, aprobada el 31 de mayo de 1985, que regula: “El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República” (art. 153, Constitución Política de la República de Guatemala).

No obstante que de la lectura e interpretación del texto no se explica que los derechos y los deberes constituyan normas dotadas de una eficacia jurídica equivalente a la de las restantes normas del ordenamiento, si son operativas jurídicamente, porque históricamente:

La parte dogmática de la Constitución, que ahora se denomina material, se concebía como una mera declaración de intenciones o, a lo sumo, como un parámetro de la legitimidad del poder. En ningún caso, por lo tanto, los



contenidos materiales de la Constitución tenían operatividad jurídica en tanto en cuanto no fueran trasladados a la ley⁷¹.

Las primeras constituciones contenían declaraciones de derechos y deberes del hombre, declaraciones que eran consideradas, suficientes para que fueran de carácter obligatorio, pero no fue capaz para que los derechos fueran reconocidos por la Constitución, lo que obliga a la creación de garantías de tipo constitucional y se presenta como norma jurídica con fuerza obligatoria y real.

En la actualidad, primordialmente en la práctica, el constitucionalismo contemporáneo occidental ha avanzado hacia un esquema en el cual los tribunales constitucionales, tienen competencia para decidir si el legislador ha infringido la Constitución en la creación de la ley, por razones de contenido o por razones de competencia. La fórmula política en la que la Constitución en su totalidad se sitúa por encima de la ley como fuente del derecho, ha dado en llamarse *Estado constitucional*.

El constitucionalismo tiene su origen en el movimiento constitucionalista británico, estadounidense y francés de los siglos XVII, XVIII Y XIX es el esfuerzo de racionalizar el ejercicio del poder político sometiéndolo a la ley, quienes detentan el poder solo pueden actuar cuando la ley los autoriza y los gobernados únicamente pueden obrar dentro de la ley; el constitucionalismo es la técnica de la libertad de los pueblos.

El fenómeno de la supremacía constitucional se interpreta de numerosas formas, que originan diversas teorías. Por lo que podemos, situar por un lado a quienes lo explican desde un concepto no positivista de derecho y se refieren al *Estado constitucional* como algo diferente, desde el punto de vista político del Estado de derecho.

⁷¹ Del Real, J. (2016). *La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*. México: Flores. p. 153.



En el contexto sin censura del Estado constitucional, algunos autores mantienen un concepto positivista del Derecho. En el ámbito político, algunos consideran que el Estado constitucional es prolongación del *Estado de derecho*, sin embargo, también hay otros que conciben que se está ante una fórmula diferente. Los primeros mantienen la prioridad de la democracia como criterio de legitimidad del poder y defienden la necesidad de encontrar fórmulas para que la última palabra a propósito de la realización de los contenidos materiales de la Constitución, la tenga el parlamento. Los segundos, por el contrario, opinan que la prioridad la tienen los derechos y que el Estado constitucional supone atribuir al órgano de control de constitucionalidad la decisión última sobre la interpretación de su sentido.

La justicia constitucional contemporánea, término moderno que se ha extendido en el derecho, se considera el ideal del hombre libre que requiere el establecimiento de mecanismos que permitan el control de los funcionarios públicos, para que ajusten sus actos a la normativa y evitar la arbitrariedad, proteger el Estado de derecho, la autoridad de la ley y evitar la opresión de los poderes.

Es pertinente asegurar que, en el marco presente, la cultura jurídica puede considerarse derivada del *paradigma constitucionalista*. Entendida como el conjunto de posiciones que pretenden responderlos distintos problemas asociados con la *eficacia jurídica de la Constitución*. Este paradigma está teniendo forma basado en la consolidación de un concepto normativo de Constitución; con el triunfo de la idea de la *Constitución -como norma-* que se contrapone con la visión dominante durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX de la Constitución como un documento de mero valor simbólico.

Se evidencia que, el modelo abarca los planteamientos positivistas que afrontan la cuestión de la aplicación de la Constitución, y no únicamente aquellas



construcciones que recuperan la vinculación conceptual entre derecho y moral en este contexto.

Es imprescindible indicar que:

La representación de la Constitución como norma jurídica no excluye otro tipo de perspectivas. Por el contrario es perfectamente compatible con una aproximación desde la que se contemple la Constitución como el resultado de una determinada composición del poder o de determinadas opciones éticas⁷².

El prototipo constitucionalista es eminentemente jurídico, por lo que la dimensión jurídica de la Constitución es la que sirve como punto de partida para aproximarse a las distintas corrientes que se adjuntan a este modelo, además contiene en la parte dogmática la protección a derechos fundamentales de la sociedad, los cuales deben ser respetados por los gobernados y gobernantes.

Cabe agregar que: “desde el constitucionalismo se trata de dar respuesta a problemas muy diversos, principalmente, en el marco de la filosofía del Derecho, se refiere a cuestiones relacionadas con la ontología, con la axiología y con la epistemología jurídica”⁷³. El aspecto relevante es el relativo al problema de la aplicación de las disposiciones constitucionales por los tribunales constitucionales, por los jueces y tribunales sometidos al imperio de la ley.

La manera que se admiten los aportes de los distintos autores depende de una serie de opciones previas que afectan fundamentalmente dos cuestiones: la función atribuida a la Constitución, el papel atribuido a la voluntad y a la razón en la concepción más general del Derecho.

⁷² Lasalle, F. (2001). *¿Qué es una constitución?* Barcelona: Ariel. p. 78.

⁷³ Díaz, E. (1993). *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus. p. 106.



3.2 Función de la Constitución

En relación con la función atribuida a la Constitución en la estructura jurídica es posible identificar dos modelos de acuerdo con algunas posiciones: el problema de la *aplicación* de la Constitución se aborda a partir del criterio de que es un instrumento que sirve fundamentalmente para limitar el poder. Para otros, por el contrario, el punto de partida lo constituye la visión de la Constitución como instrumento modelador de las relaciones sociales: “Se puede denominar a las primeras modelo de la Constitución máquina y modelo de la Constitución norma a las segundas”⁷⁴. La Constitución es fundamental para el funcionamiento del Estado de derecho, porque no hay Estado sin Constitución, la cual es el fundamento del ordenamiento jurídico es fuente del orden estatal, lo que se le conoce como ley de leyes, se identifica como una norma básica suprema, sobre la cual se asienta el Estado e implica que toda normativa legal se subordine a ella.

El primero de estos modelos atribuye a la Constitución la función de asegurar el equilibrio de poderes, porque pretende a través de la juridificación de una serie de contenidos, establecer e instituir límites a la actuación del poder público, que es el directamente vinculado por el documento constitucional. En el segundo modelo, la Constitución aparece como una norma que vincula tanto a ciudadanos como a los poderes públicos.

En consecuencia, si la Constitución es máquina, el órgano de control surge como un contrapoder público. En este primer caso, se justifica, que sean los tribunales constitucionales –o el órgano equivalente- los que apliquen e interpreten la Constitución excluyendo el resto de la normativa legal. Debido a que la función de la Constitución es distinta a la ley ordinaria, deben diferenciarse los órganos competentes que garantizan la eficacia de uno y otro instrumento.

⁷⁴ Troper, M., & Guastini, R. (1999). *La maquinaria y la norma. Dos modelos de constitución*. Doxa cuadernos de filosofía del derecho. No. 22. España. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2014. p. 331.



En el segundo supuesto que concibe a la Constitución como norma jurídica, todos los tribunales deben estar obligados a respetarla y por lo tanto, a interpretar su contenido. En esa virtud, el control de constitucionalidad de la actuación del legislador no diferiría en sustancia del control de legalidad de la actuación del Ejecutivo ni las cuestiones sobre violación de derechos fundamentales de las materias sobre violación de otro tipo de derechos.

De adoptarse estos modelos como punto de referencia se comprobaría que, las técnicas adaptadas en algunas constituciones han arrojado un resultado ecléctico. En relación con el control de constitucionalidad solo los tribunales constitucionales podrían haber actuado como un contrapoder, porque solo ellos tienen competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley. Sin embargo:

Cuando se trata de obtener un pronunciamiento a propósito de la vulneración de derechos fundamentales a través, por ejemplo, de la acción de amparo, la función del Tribunal Constitucional es claramente equiparable a la que desempeña cualquier otro órgano encargado de determinar si se ha producido una infracción del derecho –se debe recordar que en algunas constituciones también los tribunales ordinarios tienen competencia para decidir en caso de vulneración de derechos-⁷⁵.

La postura que predomina en la actualidad en lo referente a la forma de argumentar que realizan los tribunales constitucionales es en relación con el control de constitucionalidad es la postura de la Constitución-norma. La nulidad de la ley se representa o se deriva como consecuencia del incumplimiento del legislador de sus obligaciones normativamente impuestas. Por otra parte, la eficacia directa de la Constitución y el desarrollo en la jurisprudencia constitucional de la tesis del *efecto irradiación de los derechos*, suponen argumentos adicionales

⁷⁵Gascón, M., y Carbonell, M. (2001). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa-UNAM. p. 170.



que aproximan el modelo constitucional contemporáneo al de la Constitución-norma. El control de constitucionalidad lo constituye el conjunto de recursos para comprobar la correspondencia entre los actos emitidos por los que detentan el poder y la Constitución, los cuales serán anulados cuando se verifique que contrarían los preceptos constitucionales.

La protección de los derechos se convierte en los criterios materiales últimos de validez de las restantes normas del sistema, por lo tanto, toda creación y aplicación del derecho presume, la aplicación de los derechos fundamentales; en consecuencia, la validez de las normas inferiores para su validez y eficacia jurídica se encuentran condicionadas o restringidas y deben ser coherentes con el sentido que se les otorgue a las disposiciones constitucionales, que contienen derechos fundamentales. "En el ámbito de la dogmática constitucional se maneja, además, un principio, el principio de interpretación conforme, que los tribunales constitucionales deducen de la superioridad normativa de la Constitución"⁷⁶. La Constitución es un documento de origen político, de naturaleza suprema o supra legal, con efectos para todo el sistema jurídico. Determina el contenido material y formal del orden jurídico cuyo origen radica en el sistema jurídico.

En ese sentido, es procedente citar la parte conducente de la sentencia del Tribunal Constitucional Español número 9/1981 del 31 de marzo, en la cual dicho tribunal manifestó:

La Constitución es una norma –como se ha señalado-, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el Ordenamiento Jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. Esta naturaleza singular se traduce en una incidencia muy intensa sobre las normas

⁷⁶Del Real, J. Op. cit. p. 157.



anteriores, que han de ser valoradas desde la Constitución, produciéndose una pluralidad de efectos que este tribunal puso ya de manifiesto partiendo del doble carácter de Ley posterior y Ley superior que posee la Constitución. El carácter de Ley posterior da lugar a la derogación de las Leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma, de acuerdo con su disposición derogatoria número tres; es decir, a la pérdida de vigencia de tales normas para regular situaciones futuras. La naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella.

En la jurisprudencia reciente de los tribunales constitucionales iberoamericanos, se encuentra vigente el principio de interpretación conforme al cual, la interpretación es el sentido en el que las normas constitucionales son interpretadas por los tribunales constitucionales. La Constitución se origina cuando el pueblo o nación decide organizarse jurídica y políticamente, por lo tanto, crea el Estado y este a su vez el derecho. El poder del pueblo se establece como un poder real, primario u originario, que se organiza para crear el derecho, lo cual se materializa con la creación de la Constitución como fundamento del ordenamiento supremo; se delimitan las reglas de convivencia y potestades políticas, así como los valores y principios de la vida social, económica y política de la sociedad.

El principio de interpretación se relaciona con la justificación de la actuación del órgano que ejerce las funciones de control. En el marco del modelo en el cual predomina la interpretación de la Constitución como máquina, el control de constitucionalidad tiene como objetivo, restablecer el equilibrio de poderes, en cuyo esquema se inserta el órgano encargado de interpretarla, que es otro poder del Estado que debe ser legitimado en cuanto al origen y en relación con el ejercicio de sus funciones. En el contexto en el que la Constitución se plantea como norma, el objetivo del control de constitucionalidad es el establecimiento de la legalidad mediante estricta la aplicación de la Constitución.



3.3 Voluntad, razón y derecho

En relación con las cuestiones que tienen que ver con la dimensión jurídica de la Constitución, existen también dos modelos que confluyen en la ideología codificadora: el modelo voluntarista o del derecho puesto y el modelo sistemático o del derecho descubierto⁷⁷.

Se trata de opciones últimas a propósito del concepto de Derecho., porque en última instancia, los distintos conceptos de derecho proporcionan prioridad a la voluntad o a la razón –lo cual no significa que necesariamente se haya reducido a uno de estos elementos–. La tensión entre ambos adquiere importancia de primer orden cuando se trata de caracterizar la actividad que se realiza al aplicar la Constitución.

En la discusión del constitucionalismo alemán del período comprendido entre las guerras, se producen diversos intentos de responder a problemas que reaparecen con potencia tras la Segunda Guerra Mundial. Por lo que buena parte de las dificultades para la reconstrucción del método jurídico obedece a que en la jurisprudencia actual están presentes criterios que resultaban coherentes en el contexto de las diversas teorías de aquel período histórico y que actualmente no se han logrado armonizar o han sido superados. Las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial extienden, el control de constitucionalidad de las normas que contienen disposiciones materiales (por excelencia, derechos fundamentales) y los tribunales son habilitados para declarar la nulidad de los actos vulneradores de estas normas.

En este contexto, las discusiones que tuvieron lugar entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, por un lado y entre Hans Kelsen y Rudolf Smend, por otro, son

⁷⁷ Tarello, G. (1995). Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación. En *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. p. 42.



especialmente interesantes para comprender algunas de las cuestiones en las que difieren hoy los autores que se enfrentan con el mismo problema.

“En relación con las propuestas de Schmitt y Kelsen, estas son dos teorías que pueden ser consideradas como exponentes de una concepción voluntarista”⁷⁸. El primero de estos autores surge como representante de la Constitución entendida como límite al pluralismo –piénsese en el sentido de la figura del defensor de la Constitución-. En este caso, la concepción del derecho es voluntarista, la voluntad legítima es la del acto originario de aprobación de la Constitución. “La Constitución goza de la legitimidad que le da el ser expresión de la voluntad unitaria del pueblo; en lo sucesivo, la regulación de la convivencia debe atenderse a esa voluntad legítima inicial”⁷⁹. El elemento que subraya este autor es la unidad, frente a cualquier otro. Según Kelsen, para Schmitt:

La ‘Constitución’ no son ni las normas que regulan los órganos ni el procedimiento legislativo como tampoco el lugar y la competencia de los más altos órganos de ejecución; es decir, no es ni normas ni ‘leyes’. ‘Constitución es una situación, la situación de ‘unidad’ del pueblo alemán⁸⁰.

La potestad atribuida a la judicatura no significa que los tribunales puedan interpretar la Constitución cuanto quieran y como quieran, la facultad se encuentra restringida a que solo pueden decidir casos legales reales en los que se invoque el poder de la interpretación o la voluntad del autor originario de la norma.

Hans Kelsen es el máximo exponente de la concepción voluntarista de que la democracia no se agota exclusivamente en el acto de creación de la Constitución, porque el derecho es voluntad y las decisiones jurídicas se legitiman en el sistema democrático. El órgano que representa la legitimidad de la

⁷⁸ Agapito, R. Ob. Cit. p. 10.

⁷⁹ Schmitt, C. Ob. Cit. p. 45

⁸⁰ Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos. p. 78.



democracia es el parlamento y en el supuesto de tener que incorporar contenidos de justicia es a él a quien corresponde la decisión. Los ideales de *equidad, libertad, igualdad, justicia, moralidad, etc.*, que se encuentran presentes en algunas constituciones, son susceptibles de numerosas interpretaciones que obedecen a las concepciones personales de quien las interpreta; para este exponente sí se habilita a los tribunales constitucionales para invalidar leyes sobre la base de este tipo de principios, entonces:

El poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería evidentemente, a la de la mayoría del parlamento que hubiera votado la ley.⁸¹

El parlamento creador de la ley (poder legislativo) en representación del pueblo, se asegura celosamente que exista armonía y concordancia de las normas denominadas ordinarias con la supra legal contenida en la Constitución, cuando sucede lo contrario se faculta al Tribunal Constitucional a declarar su nulidad y a los tribunales ordinarios a interpretar e inaplicar en caso concreto.

Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de la justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el Tribunal Constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político. Para evitar un desplazamiento semejante –ciertamente no querido por la Constitución y completamente contraindicado políticamente– del poder del parlamento a una instancia ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el parlamento, la

⁸¹ Kelsen, H. (1988). La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional). Escritos sobre Democracia y Socialismo. Editorial: Debate Madrid. p. 143.



Constitución debe, especialmente si crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible.⁸²

El Tribunal Constitucional no se constituye en un ente supervisor del parlamento ni contrario, según los fundamentos constitucionales que motivan su creación, más bien se constituyen en garantes del respeto a la supremacía constitucional y se le ha encomendado la difícil tarea de imponer una última y final interpretación constitucional.

Al contrario del planteamiento de Schmitt y la argumentación de Kelsen, subyace una opción por el pluralismo como elemento a proteger. Mauricio Fioravanti considera estos dos modelos representados por Schmitt y Kelsen como las grandes alternativas en nuestro ámbito cultural. Este doctrinario argumenta:

Las de Schmitt y Kelsen no eran solo dos interpretaciones distintas y opuestas de la Constitución de Weimar. A partir de ese caso histórico concreto, esas dos interpretaciones se propusieron también y quizás sobre todo, como dos verdaderas y auténticas concepciones alternativas de las constituciones democráticas del siglo XX⁸³.

Las posturas y aportes de ambos son consideradas relevantes y otorgan fundamento para las constituciones contemporáneas modernas que se encuentran vigentes en el sistema latinoamericano. El aporte importante de Kelsen se refiere al control constitucional de tipo concentrado, el que debía ser por un tribunal especializado, fuera de la esfera del poder judicial.

⁸² *Ibíd.* p. 144.

⁸³ Fioravanti, M. (2001). *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta. p. 159.



El aspecto en el que de manera preponderante se centraliza el autor italiano es la posición que asume cada uno de los autores a propósito del pluralismo. En este sentido, expone:

Para la primera, la de Carl Schmitt es imprescindible la referencia al poder constituyente: la Constitución es democrática, porque ha sido querida por el pueblo soberano, que en ella aparece como unidad política capaz de decidir sobre su propio futuro. Desde ese momento en adelante, la vida de la Constitución democrática se desarrolla en aras de su actuación, en aras de la necesaria solidaridad entre los poderes constituidos y entre las fuerzas sociales y políticas en el proceso de realización de sus contenidos normativos. Por ese motivo el principal adversario de la Constitución democrática es el gran proceso histórico, evidente a lo largo del siglo XX, de la articulación de la sociedad civil y política en sentido pluralista, que en esta línea se ve como algo que continuamente corroe y pone en discusión la unidad del pueblo soberano representada en la Constitución.⁸⁴

Del argumento de Kelsen expresa contrario:

En la línea de Kelsen, la Constitución es democrática, porque rechaza toda "unidad" preconstituida y, porque permite desplegar completamente el mismo pluralismo, con los partidos en el parlamento y con el ejercicio de la justicia constitucional –vista como mecanismo de garantía dirigido contra todo intento de romper el equilibrio entre las fuerzas política y sociales, de reducir la ley a la pura voluntad de la mayoría-. Por eso, la Constitución democrática de Kelsen rechaza el poder constituyente del pueblo soberano. En la misma idea de una Constitución hecha por un "poder" está contenido el peligro de que esa Constitución pueda tener un "dueño", alguien que en nombre de ese "poder"; es decir, del mismo pueblo soberano, pueda

⁸⁴ *Ibíd.* p. 160.

pretender ocupar todo el espacio de la Constitución y así imponerse, esencialmente como mayoría política, a todas las fuerzas operantes en la sociedad y en las instituciones.⁸⁵



Se evidencia la firmeza de este autor por extraer de las constituciones las determinaciones materiales susceptibles de interpretaciones diversas, desde diferentes concepciones de justicia y también su noción de la legitimidad democrática del sistema, así también como la necesidad de hacer referencia a la voluntad actual de la mayoría.

Los distintos puntos de partida conducirán a que cada uno de estos autores arribe a conclusiones distintas sobre la instancia que consideran que es competente para defender la Constitución. En el caso de Schmitt, el presidente del *Reich* es el sujeto adecuado para proteger a la Constitución, porque la defensa de la Constitución es la defensa de la unidad.

La figura del parlamento como defensor es rechazada, porque es justamente del parlamento, de quien hay que proteger a la Constitución. Más aún si se tiene en consideración que se trata de la instancia política que se ha convertido en el escenario de un sistema pluralista, por lo tanto:

En lugar de ser la escena de una actividad libre y unificadora llevada a cabo por representantes nacionales libres, en lugar de ser transformador de los intereses de partido en una voluntad que esté por encima de todos ellos, se convierte en teatro de la distribución pluralista de las potencias sociales organizadas. La consecuencia es que, o resulta incapaz de lograr mayorías y de actuar, por razón de su pluralismo inmanente, o que la mayoría que se constituye en un momento determinado utiliza todas las posibilidades legales como instrumentos y medio de asegurar su poder y aprovecha en

⁸⁵ *Ibíd.* p. 160.



todos los aspectos la época de su dominio político, ante todo para limitar las posibilidades que pudieran ofrecerse de hacer otro tanto al adversario más robusto y peligroso.⁸⁶

Al parlamento se le han conferido facultades especiales de aprobación de las leyes, pero en su función, en el legítimo ejercicio del poder que le fue conferido por el constituyente, en lugar de velar por las minorías, se convierte en medio para garantizar el poder de las mayorías poderosas que tiene dominio público o económico.

Estima que tampoco sirve un órgano judicial para realizar esta tarea. Es posible ordenar el planteamiento sobre la base de dos ideas y son: que en un Estado de derecho corresponde al Poder Judicial la administración de justicia y que la interpretación de la Constitución es un problema político. A partir de estas premisas resulta posible entender las reflexiones sobre el garante más adecuado de la Constitución: "En la construcción de su rechazo del Poder Judicial, a este respecto, se basa en el establecimiento de una tajante diferencia entre política y justicia, que debe ser trasladada a la división de poderes"⁸⁷. En este esquema, se interpreta que si el Estado es de Derecho, al Poder Judicial le corresponde exclusivamente la labor de hacer justicia, porque: "no existe Estado cívico de derecho sin independencia del Poder Judicial ni Justicia independiente sin sujeción concreta a una ley ni sujeción concreta a la ley sin una diferenciación real entre la ley y sentencia judicial"⁸⁸.

Para Schmitt es importante la separación de poderes, porque no se puede mezclar la política con la justicia. Al juez le compete interpretar la ley e impartir justicia, su función se encuentra alejada de la política, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente; criterio alejado de la realidad de los Estados,

⁸⁶ Schmitt, C. Ob. Cit. p. 151-152.

⁸⁷ Kelsen, H. *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Ob. Cit. p. 18.

⁸⁸ Schmitt, C. Ob. Cit. p. 77.



porque en muchas ocasiones los fallos judiciales tienen trascendencia política, análisis que no escapa del juzgador al momento de resolver una situación sometida a su conocimiento. Conforme a lo expuesto en el párrafo que precede se confirma la hipótesis planteada en el sentido que el poder judicial es vigoroso y fuerte en un régimen democrático en donde los derechos fundamentales se encuentran garantizados, porque el poder judicial se constituye en un garante de régimen democrático.

Schmitt expone que, en relación con la interpretación de la Constitución, subyace la idea de que se trata de una cuestión que debe ser diferenciada de la interpretación de la ley. Las materias constitucionales no suelen plantearse a propósito de contradicciones evidentes entre la Constitución y la ley, sino en lo que respecta a aspectos con los cuales la existencia o no de contradicciones dependen del sentido en que se entiendan los preceptos legales y constitucionales. Carl Schmitt afirma que:

En general, el interés que suscita el fallo en el caso de una colisión de leyes no afecta a los casos de una manifiesta contradicción, casos que en tiempos normales no suelen ser muy frecuentes ni se refiere tampoco a la corrección de infracciones ya pretéritas, sino que atañe a una cuestión de otra naturaleza: la de quién resuelve las dudas y diferencias de opinión acerca de estos problemas referentes a la existencia de una contradicción y a la amplitud de esta.⁸⁹

En consecuencia, las cuestiones constitucionales deben presentarse como discusiones a propósito del sentido en el que hay que entender los preceptos de la Constitución; lo que únicamente puede resolverse a través de una decisión jurídica, aplicando cualquiera de las comprensiones de la Constitución.

⁸⁹ Ibid. p. 87.



La concepción de la Constitución como contrato entre sujetos portadores de intereses es coherente a su vez con una concepción pluralista del Estado, el litigio constitucional crearía desacuerdos a relativos a la interpretación del sentido de los pactos celebrados entre las distintas partes. Tanto desde esta concepción, como aquella en que la Constitución se presenta como unidad o como un órgano de carácter judicial no es adecuadas para resolver, teniendo presente que la interpretación de la Constitución se convierte en una tarea política a partir del momento en que escapa de las modelos del método jurídico.

Es en este momento cuando adquiere relevancia la primera de las ideas apuntadas. La argumentación de Schmitt es la siguiente:

Puesto que constituye una característica definitoria de la función judicial, junto con su independencia, su sometimiento a la ley y a la Constitución, otorgar a un órgano de este tipo competencia para decidir en relación con la interpretación de preceptos constitucionales supone eliminar la vinculación y con ello uno de los elementos constitutivos del Estado de derecho⁹⁰.

El Tribunal Constitucional se encuentra legitimado por la Constitución, para ser el máximo y último interprete por delegación expresa, para el conocimiento de todos los litigios procesales y asuntos relacionados con la defensa del orden constitucional y la impartición de la justicia constitucional.

Si el Tribunal de Justicia Constitucional se mantiene fiel a esta exigencia de vinculación y “solo se pronuncia contra trasgresiones manifiestas, indudables y seguras de la Constitución, resulta precisamente lo contrario de una instancia llamada a resolver dudas e incertidumbres”.⁹¹ En todo caso es el órgano encargado de conocer en el ejercicio de jurisdicción constitucional, los conflictos que se originen por la interpretación o aplicación de la normativa constitucional.

⁹⁰ *Ibíd.* p. 242.

⁹¹ *Ibíd.* p. 100.



Hans Kelsen, por el contrario, centraliza su tesis en las relaciones entre Constitución y ley como un problema de precisión de la legislación. La defensa de la Constitución, en sentido jurídico, supone el establecimiento de: “garantías de regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la Constitución; es decir, esencialmente, garantías de la constitucionalidad de las leyes”⁹². La relación entre la legislación y la Constitución no es diferente, desde el punto de vista de la teoría pura, de la que se establece entre legislación y administración, salvo por la mayor libertad del legislador y manifiesta que:

La libertad del legislador, que no está subordinado más que a la Constitución, no está sometida más que a limitaciones relativamente débiles; su poder de creación es relativamente grande. Cada vez que se desciende un grado, la relación entre libertad y limitaciones se modifica en favor del segundo término: la componente de aplicación aumenta; la de libre creación disminuye⁹³.

Por estos argumentos mantiene la tesis que, el control de constitucionalidad tampoco difiere del control de legalidad y el órgano adecuado para llevarlo a cabo debe tener una estructura jurisdiccional (Poder Judicial) que afirme su independencia frente al parlamento y frente al Ejecutivo.

Para Rudolf Smend, el punto de partida puede ser situado en su: “rechazo de la pretensión normológica de articular la Constitución como parte integrante –e incluso- como requisito para la validez de cualquier ordenamiento jurídico. El concepto de Constitución debe tener en cuenta su función específica, que es la de integración”⁹⁴.

⁹² Kelsen, H. *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*. Ob. Cit.p. 112.

⁹³ *Ibíd.* p. 111.

⁹⁴ Smend, R. (1985). *Constitución y derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. p. 135.



La propuesta de este doctrinario consiste en que a la Constitución se le debe otorgar la función de integrar a la sociedad y a los poderes del Estado, no así como un catálogo normativo al que se encuentre vinculado el ordenamiento jurídico ordinario. La función de la Constitución en todo caso es unificadora, de donde emana la autoridad del Estado, porque de ella emanan los derechos fundamentales del hombre.

A partir de estas interpretaciones la aplicación de la Constitución en la realidad también debe diferenciarse de la referida a la aplicación de las restantes normas., porque: “el derecho político es un derecho fundamentalmente integrador y el derecho administrativo es un derecho esencialmente técnico”⁹⁵ y mientras el método técnico-jurídico puede ser el adecuado para resolver problemas de derecho administrativo, en relación con el derecho político, la metodología debe basarse en el espíritu de las ciencias.

La teoría de Smend desarrolla el concepto de *cambio constitucional*, que cobra todo su sentido desde la idea de la Constitución como proceso político. A partir de este planteamiento, se disuelven las diferencias entre interpretación y reforma de la Constitución y son:

De esta forma, se convierte en punto de partida de la interpretación constitucional –conscientemente entendida como algo en movimiento– el principio funcional de efecto más integrador posible de la Constitución, el cual, interpretado normativamente, puede acabar por hacer necesarias reformas constitucionales. El cambio constitucional a través de la interpretación será el camino indicado si la reforma formal de la Constitución no contribuye a la integración, sino que se opone a ella, pero entonces el derecho constitucional, antes entendido como una fuerza configuradora y acuñadora tanto de la organización como de las

⁹⁵ *Ibíd.* p. 124.



instituciones, se transforma en un proceso político que se mueve por sí mismo. Queda a disposición del intérprete y en sus manos. ¿Es esto lo correcto?⁹⁶

Para este doctrinario los derechos fundamentales constituyen, junto con algunas otras disposiciones de la Constitución, elementos sobre los que se origina la integración material- de nuevo se encuentra con la referencia a la Constitución como un instrumento que limita al pluralismo—. Frente a la opinión general que: “ve en los derechos fundamentales, al menos en su contenido clásico, principalmente una formulación especial del principio, de por sí evidente de legalidad, que rige el actuar de la administración pública”⁹⁷, Smend presenta los derechos fundamentales como parte del derecho constitucional y por lo tanto, como elementos que escapan al *derecho técnico*. Desde el punto de vista del método, que propone Smend:

Aparte de la significación, mediata o inmediata que puedan tener los derechos fundamentales para el derecho especial, existe otra más, que es la fuente de aquella; con independencia de cualquier consideración acerca de su validez jurídica, los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenido en la Constitución.⁹⁸

Llamas, impone su consideración como objeto de estudios puramente histórico y expone que:

El esquema desde el que se han repasado las propuestas de Schmitt, Kelsen y Smend no tiene en cuenta que en las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial se incorporan normas que contienen

⁹⁶ Böckenförde, E. Ob. Cit. p. 196.

⁹⁷ Smend, R. Ob. Cit. p. 228.

⁹⁸ *Ibíd.* p. 232.



determinaciones materiales y se habilita a los órganos de control de constitucionalidad, que tienen características jurisdiccionales, para hacerlas valer en última instancia⁹⁹.

En relación con los dos primeros autores, ambos, se muestran recelosos ante la *juridificación de los valores* y para el otro esta idea representa como un peligro para la democracia –no es necesario recordar las dimensiones totalitarias del pensamiento de Schmitt, quien atribuye la última palabra a propósito de la interpretación constitucional al presidente del Reich–. Se trata de una cuestión de la que se ocupa de forma principal a Rudolf Smend, paradójicamente, teniendo en cuenta que: “no contaba con un Tribunal Constitucional como intérprete decisivo de la Constitución”¹⁰⁰, es en las aportaciones de este autor –muchas veces a través de la versión que de ellas aparece en la jurisprudencia alemana– en donde el Tribunal Constitucional encuentra una referencia para enfrentarse a lo que constituye el problema presente en la actualidad.

En lo que respecta a las constituciones actuales, el modelo se presenta como *antidemocrático*, si por democracia se entiende la adopción de decisiones por mayoría. Sin embargo, los límites a las mayorías se justifican en nombre de la existencia de determinados elementos que trascienden la vinculación del derecho con el poder. La constitucionalización de catálogos de derechos fundamentales se utiliza como argumento frente a una concepción en última instancia voluntarista del derecho por lo que Fioravanti sostiene que:

Las dos grandes tendencias que Tarello identifica en relación con la codificación –voluntarista y sistemática– pueden apreciarse, en el contexto del constitucionalismo, en la tensión entre los derechos y la democracia. La

⁹⁹ Llamas, A. (1993). *Los valores jurídicos como ordenamiento material*. BOE-Universidad Carlos III. Madrid. p. 144.

¹⁰⁰ Böckenförde, E. Ob. Cit. p. 195.



prioridad de los derechos es, de este modo, coherente con la ideología sistemática y con una teoría racionalista de la interpretación¹⁰¹.

La tensión entre el modelo voluntarista y el modelo sistemático se manifiesta en las distintas teorías sobre el sentido de las declaraciones de los derechos y de los límites a su interpretación., porque en los derechos fundamentales se pretenden percibir restricciones a las mayorías políticas y, en su conceptualización, se opta por un modelo sistemático. Estima que la constitucionalización de los derechos supone la racionalización de la política. Este objetivo se consigue sometiendo las decisiones de las mayorías a los contenidos de racionalidad incorporados al derecho como derechos fundamentales. Si se acoge esta perspectiva, la interpretación de los derechos se justifica como investigación de esa racionalidad.

“Desde el punto de vista histórico, podemos pensar que existen dos formas alternativas de entender las declaraciones de derechos, una que se dice antidemocrática y otra que, por contraposición, podemos llamar democrática”¹⁰². La primera de estas versiones del constitucionalismo se refiere a la concepción de que el sentido de la Constitución es precisamente el establecimiento de límites a la democracia. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales y el principio de soberanía popular están en conflicto. Esta puede ser, en el contexto de determinadas interpretaciones, la fórmula en la que se basa el constitucionalismo norteamericano.

La concepción democrática de la soberanía popular constituye el criterio último de legitimidad del poder. Si los derechos se incorporan al derecho es, porque han sido decididos democráticamente. A partir de determinadas interpretaciones es la versión que se considera vigente en el modelo francés.

¹⁰¹ Fioravanti, M. Ob. Cit. p. 164.

¹⁰² *Ibíd.* p. 120.



La primera visión se ha denominado *modelo sistemático*, mientras que en la segunda, la concepción del derecho es *voluntarista*. Con independencia de que sea apropiada esta caracterización del constitucionalismo americano y del constitucionalismo francés, ambos sirven para ilustrar estos modelos que, permanecen presentes en las disputas actuales en relación con la interpretación de los derechos fundamentales. En la actualidad, de las propuestas teóricas que surgen de ambos lados del Océano Atlántico se reproducen argumentos que solo logran comprenderse a partir su conexión con alguna de las teorías (voluntarista o sistemática) en las que los modelos diseñados se fundamentan.

Identificar estos dos modelos de constitucionalismo resulta interesante, en relación con los dos tipos de teorías que se plantean, los cuales se encuentran ampliamente relacionados. La primera teoría hace referencia a los argumentos adecuados para interpretar las declaraciones de derechos y la segunda se refiere a la caracterización de la actividad del órgano de control de constitucionalidad.

En relación con la interpretación de los derechos, relativos a la interpretación de la Constitución y de la interpretación en general, la discusión sobre los criterios enfrenta a quienes consideran que debe prevalecer el argumento sistemático –partidarios de una teoría racionalista de la interpretación– y quienes afirman que mediante la interpretación ha de contribuirse a la efectiva realización de la voluntad del autor –partidarios de la teoría voluntarista–. Michel Troper plantea en términos similares esta cuestión y en este sentido afirma:

Recientemente ha surgido en Francia una polémica que no carece de puntos comunes con aquella otra que enfrenta en Estados Unidos a intérpretes, y no intérpretes. Se refiere a la cuestión de cómo deben considerar los jueces de hoy la Declaración de derechos, un problema muy relevante en lo que respecta a los métodos interpretativos que se deben aplicar a ese texto. Los jueces pueden, sin profesar por ello una creencia en los derechos naturales, considerar que los hombres de 1789 pensaban que



estaban haciendo una mera declaración. También pueden, en sentido inverso, considerar el texto como un acto de voluntad a través del cual se establecieron nuevas reglas creadoras de derechos. En el primer caso, el significado que los jueces atribuyen al texto no es la intención original de sus autores y perfectamente pueden dar a los derechos fundamentales tal o cual contenido conforme a las necesidades de la sociedad contemporánea. En el segundo caso, al contrario, puesto que la “Declaración” no es más que la expresión de la voluntad de sus autores, la obligación de aplicar este texto significa la obligación de ejecutar esa voluntad y lo más importante es hallar esa voluntad a través de la interpretación literal y recurriendo a los trabajos preparatorios¹⁰³.

En el primer caso, la adecuación del resultado de la interpretación la determina la racionalidad; en el segundo caso, la interpretación debe ser coherente con lo estimado por el poder constituyente creador de la normativa.

“A propósito de la caracterización de la actividad de control de constitucionalidad, la concepción coherente con el modelo sistemático presentaría la interpretación de la Constitución como una actividad cognoscitiva”¹⁰⁴. La supremacía de la decisión del Tribunal Constitucional se justifica, porque está aplicando los derechos contenidos en la Constitución, aunque estos no se infieran de una lectura inmediata del texto.

Los lugares en los que encontrar esta interpretación correcta de los derechos son de distinto tipo de acuerdo con la concepción del derecho del teórico o del intérprete: el derecho natural, una Constitución material, la moralidad en la que los derechos se insertan¹⁰⁵.

¹⁰³ Troper, M. *Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1789*. Universidad Carlos III. Madrid. 2000. p. 547.

¹⁰⁴ Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel. p. 60.

¹⁰⁵ *Ibíd.* p. 61.



La concepción voluntarista, como la describe Troper:

Es también compatible con una presentación de la interpretación de los derechos como investigación. Para aceptar esta propuesta, sería necesario salvar las fuertes críticas dirigidas frente a la posibilidad de hallar la voluntad del constituyente —e incluso frente a su existencia—¹⁰⁶.

Sin embargo, es posible elegir la concepción voluntarista que lleve a sostener que, cuando se habilitan los tribunales constitucionales para controlar al legislador, en los aspectos en los cuales sea procedente o que la habilitación tenga lugar, lo que se está haciendo es otorgar supremacía a su voluntad sobre la voluntad del parlamento.

En definitiva, se puede decir que si la concepción es voluntarista, la justificación de las decisiones jurídicas depende de la legitimidad del órgano que decide. Normalmente, en estas circunstancias y en nuestro entorno, se mantiene la necesidad de limitar la capacidad decisoria del juez en favor de la del sujeto que tiene legitimidad democrática —será el legislador o el constituyente originario, en las distintas versiones—¹⁰⁷.

Si, por el contrario, la concepción es racionalista, la decisión se justifica precisamente por su racionalidad, y no por la autoridad de quien la perpetra. De esta forma, el argumento de la democracia pierde sentido en relación con esta interpretación. La voluntad democrática del órgano que crea la norma consigue dejarse de lado cuando es posible presentar como irracional el resultado de la interpretación conforme al referido criterio.

La situación que se produce en relación con el Estado constitucional es que, el propio derecho articula un procedimiento de control en el cual la decisión

¹⁰⁶ Troper, M. Ob. Cit. p. 234.

¹⁰⁷ Gargarella, R. Ob. Cit. p. 61

última la tiene el órgano que se organiza y funciona como un tribunal. En este contexto es necesario construir el esquema a partir del cual se consiga conferir legitimidad a las decisiones del órgano de control de constitucionalidad, frente a las de aquel que tradicionalmente se considera portador de la legitimidad democrática.





CAPÍTULO IV

Control de constitucionalidad en la democracia

4.1 Democracia constitucional

La democracia es producto del desarrollo cultural de las sociedades, no solamente parece haberse arraigado como un modelo de forma de Estado o de forma de gobierno en los países occidentales, sino que los métodos democráticos se han consolidado en los diversos aspectos de la vida social. Held:

Se estima que a mediados de la década de los años setenta del siglo XX, dos tercios de los Estados del mundo eran autoritarios, mientras que en los últimos años menos de un tercio de los países tienen un régimen autoritario y el número de países considerados democráticos se ha incrementado considerablemente. La democracia se ha convertido en el elemento fundamental de la legitimidad política¹⁰⁸.

En los últimos años se han registrado importantes avances en la democratización de la mayor parte de los países del mundo. Se han ampliado las libertades públicas, se verifican avances en la consolidación del sistema competitivo y múltiple de los partidos políticos (condición necesaria de un Estado democrático), se renuevan periódicamente los poderes legislativo, judicial y ejecutivo mediante la convocatoria y participación a elecciones libres, democráticas y auténticas; se fortalece la división de poderes del Estado que delimita de manera adecuada las atribuciones y competencias otorgadas. Los jueces y tribunales gozan de independencia para imponer sus decisiones, lo cual conlleva al fortalecimiento de las instituciones que existen en las repúblicas y se expande el respeto de los derechos fundamentales.

¹⁰⁸ Held, D. (2001). *Modelos de democracia*. (2ª ed.). Madrid: Alianza. p. 13.



La ciudadanía advierte una vocación clara y decidida por la democracia. Paralelamente a la multiplicación de los regímenes democráticos –como lo ha puesto de relieve Bovero– se ha extendido la influencia de lo que se denomina el “modelo uniforme de democracia degenerada”¹⁰⁹, tiene como elementos básicos: el patrimonialismo, la creación mediática de los actores políticos –incluidos los candidatos electorales– y la personificación del enfrentamiento político, entre otros. Para el referido autor en esta forma degenerada de democracia, los aparentemente más aptos son los peores, de ahí que haya forjado el término *kakistocracia* para referirse al gobierno de los peores.

Es pertinente destacar que la aplicación del derecho puede constituir un inconveniente contra este fenómeno definido por Bovero, porque se impone a los jueces la obligación de resolver conforme a sus atribuciones y sancionar el desvío de poder; evitando que las autoridades sujetas al control se desborden de los cauces constitucionales y legales en perjuicio de los derechos fundamentales.

Para algunos estudiosos la democracia es el gobierno cuyo titular es el *demos*, no existe consenso entre juristas, politólogos y filósofos acerca del significado de democracia, por estimar que es un término de los denominados prestigiosos que todo régimen político pretende adjudicarse y prácticamente nadie estaría dispuesto a repudiar.

La concepción de la democracia debe responder a una dimensión formal como de una dimensión sustancial, puesto que no es simplemente una cuestión de reglas o procedimientos la manera de tomar ciertas decisiones, sino centralmente se relaciona con el motivo por el cual se toman determinadas las decisiones, lo que presume no solo un respeto irrestricto y una expansión de los derechos fundamentales, sino también un íntegro cumplimiento de otras garantía

¹⁰⁹ Bovero, M. (2002). *Globalización, democracia. Derechos (¿Siete globalizaciones?)*. En Revista *Este País*, vol (138). México. Recuperado de http://archivo.estepais.com/inicio/historicos/138/1_Propuesta_Globalizacion_bovero.pdf



básicas del modelo de Estado constitucional de Derecho, como el de la legalidad (que abarca también el principio de constitucionalidad), la separación de los poderes del Estado, la independencia de la función jurisdiccional, para que el sistema de frenos y contrapesos, existente sea efectivo.

Es a lo que Luigi Ferrajoli denomina el paradigma de la “democracia constitucional”¹¹⁰, que es pluridimensional, porque emite numerosas dimensiones de la democracia: la democracia política, la democracia liberal, la democracia civil y la democracia social. La democracia es primordial para la resolución de los problemas de una sociedad, cuanto más desarrollada esté, tiene mayor probabilidad de mejorar las condiciones de vida de la mayor parte de la población. El pueblo debe ser consciente de que hasta que no tenga el verdadero poder, no podrá aspirar a una vida mejor en justicia, paz y libertad. La usencia de la democracia afecta a todos y todos deben contribuir a su fortalecimiento en la medida de las posibilidades.

Se considera que no existe la Democracia cuando:

- A. No tiene facultades para opinar sobre el modelo de Estado en cual desea vivir, porque nadie le ha explicado en que consiste la monarquía y la república ni le han preguntado sobre su preferencia.
- B. En el lugar del trabajo no tiene voz ni voto, debido a que las empresas son dictaduras puras y duras, se aceptan las condiciones o de lo contrario no lo emplean o lo despiden, la persona cada vez tiene menos derechos y menos protección social.
- C. No tiene derecho a la justicia, **porque** se privilegia el derecho de los a los poderosos, sobre el derecho de los débiles, hay diferencia por el poder económico ante la ley.

¹¹⁰ Ferrajoli, L. (2001). *Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero. En Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas, IFE-Temas de democracia, conferencias magistrales.* (p.229). México. p. 15.



D. No tiene libertad de pensamiento, **porque** piensa de acuerdo con lo que presentan los medios de comunicación que en realidad son medios de dominación ideológica, creadores de opinión.

La separación de poderes busca la combinación y enlace entre estos, dentro del ejercicio de sus respectivas funciones; la independencia entre los poderes del Estado es determinante en una democracia constitucional, toda vez que constituye el prerrequisito para el adecuado control de la constitucionalidad, cada poder en el marco de desarrollo de las funciones específicas otorgadas a las autoridades es independiente de los otros poderes estatales.

Someter al imperio del derecho a quienes ejercen el poder, para asegurar la obediencia y respeto a los derechos fundamentales, constituye uno de los principales objetivos del Estado constitucional de Derecho, para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos frente a sus gobernantes.

El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgada en París el 26 de agosto de 1789, establece: "Una sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes carece de Constitución". La Declaración determina que no puede haber Constitución sin control de la constitucionalidad, puesto que la justicia constitucional garantiza el respeto a los derechos fundamentales previstos y ordena el acatamiento de estos, porque se encuentran consagrados en normas de rango constitucional.

Derivado de la Declaración de los Derechos Humanos, se garantiza que no hay derechos fundamentales sin la observancia de la supremacía constitucional y esta solo puede ser resguardada por un Tribunal Constitucional. Este es el significado de una Constitución rígida. De manera que Constitución, justicia constitucional, separación de poderes, el sistema de frenos y contrapesos, constituyen un todo articulado.



Contrariamente a lo que algunos teóricos afirman, que existe conexión estrecha e importante entre jueces constitucionales y democracia. Otros teóricos al contrario argumentan que no hay conexión alguna o solo hay una conexión indirecta, porque afirman que los jueces el ejercer su función desarrollan actividades eminentemente técnicas, no políticas, porque:

Hay una distinción tajante entre gobernar y juzgar, entre *gubernaculum* y *jurisdictio*. Mientras que las instancias de conducción política tienen que negociar intereses muchas veces contrapuestos, hacer compromisos, buscar consensos legítimos, por ejemplo, para implementar política, los tribunales, por su parte, tienen la función de aplicar desinteresadamente – de forma no comprometida– el derecho tal y como es¹¹¹.

La mejor garantía de los ciudadanos es la protección de los derechos de la persona y de la sociedad, se refiere a que los jueces desarrollen óptimamente la función de juzgar. De acuerdo con la interpretación tradicional de la doctrina de la división de poderes, estiman que no corresponde a los jueces intervenir activamente en el equilibrio del poder, sino que únicamente interpretan las leyes para impartir justicia., pero esta no es la única interpretación de dicha doctrina.

La distinción entre *gubernaculum* y *jurisdictio* es correcta, igualmente es correcta la afirmación de que los jueces han de aplicar el derecho en forma desinteresada, porque el juez no puede decidir o resolver con base en sus convicciones personales, morales, políticas o de otro tipo, por más plausibles que puedan ser, su actuar se concreta exclusivamente en la interpretación objetiva de la ley; no obstante, que el principio de separación de poderes (o, según algunos autores, distribución de funciones) puede interpretarse de manera distinta, bajo la cual la función de los jueces puede enfocarse desde una perspectiva diferente.

¹¹¹ Tamayo, R., & Salmorán, M. (1984). La división de poderes y los tribunales. Una desmitificación. *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. México. UNAM. p. 241.



Los jueces son garantes de velar por el respeto a los derechos fundamentales, porque son órganos del poder público y en el ejercicio de sus facultades deben ajustarse a sus respectivos límites, al realizar sus tareas no son simples ejecutores mecánicos o automáticos, deben interpretar jurídicamente, aunque tampoco les corresponde realizar un activismo excedido en menoscabo de la seguridad jurídica. Entre estos extremos hay un extenso espectro de actuación judicial digna.

Como ha señalado Archibald Cox, la doctrina de la separación de poderes no significa simplemente oponer un poder a otro, sino: "multiplicar los lugares a los cuales un ciudadano puede recurrir en busca de desagravio a las ofensas que le fueron inferidas"¹¹².

Debido a que:

Dado el volumen y el quehacer de las ramas políticas de gobierno, el poder judicial es con frecuencia y en forma cada vez más creciente el único sitio donde puede lograrse el desagravio; la multiplicación de los centros a los cuales los ciudadanos pueden recurrir para lograr un remedio jurisdiccional a tales agravios, una vez que se aplica en casos concretos la ley creada por la mayoría y se aprecian de mejor manera sus efectos nocivos sobre ciertos sectores de la sociedad, contribuye a la adecuada tutela jurisdiccional de los derechos de las minorías¹¹³.

La salvaguarda de la supremacía de la Constitución y la consolidación de la democracia constitucional se hace efectiva por la intervención pronta del poder

¹¹² Cox, A. (1980). *El rol de la suprema corte en el gobierno americano*. Buenos Aires: EDISAR. p. 137

¹¹³ *Ibíd.* p. 137.

judicial. Al respecto Kelsen manifiesta que: "la justicia constitucional es un medio eficaz de protección de las minorías contra los abusos de la mayoría"¹¹⁴.



Con la separación de poderes se pretende garantizar la democracia, se obliga a la delimitación de las atribuciones otorgadas a cada uno de los poderes, reconociéndoles las facultades plenas de decisión y de ejecución, en consecuencia, un efectivo poder judicial procura garantizar la democracia.

4.1.1 Seguridad jurídica

La exigencia primordial del modelo de Estado constitucional democrático de derecho es que, los ciudadanos gocen de seguridad jurídica; es decir, que el ejercicio del poder público esté restringido y condicionado por reglas jurídicas.

No se pretende sostener de ninguna manera que la seguridad sea un valor jurídico absoluto, porque en determinadas ocasiones la seguridad jurídica debe ceder frente a otros valores previstos en la Constitución, como la dignidad de la persona, entendiéndose que en la ponderación de los valores jurídicos contrapuestos no debe reducirse al caso concreto, sino a las circunstancias generales de ese tipo de casos. No obstante, que la seguridad jurídica, no es una condición suficiente para que exista el Estado de derecho, si es una condición necesaria para del imperio del Derecho, puesto que no puede haber Estado constitucional democrático de Derecho, sin seguridad jurídica.

Algunos doctrinarios sostienen que la atención exagerada o un interés especial sobre la seguridad jurídica, como si fuera el único valor fundamental del derecho es característica peculiar del formalismo jurídico. Sin ser formalista es valioso reconocer y otorgar importancia a la seguridad jurídica, porque se puede

¹¹⁴ Kelsen, H. (1988). *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*. En *Escritos sobre Democracia y Socialismo*. Madrid: Editorial Debate. p. 152.

reconocer su trascendencia, sin que implique restarle eficacia a los otros valores que el orden jurídico generalmente tutela.



Independientemente de estimar que la seguridad está arraigada en la necesidad primordial que refiere en contar con una guía confiable es pertinente afirmar que: “la seguridad, como valor jurídico, ha sido un motor incesante de la evolución jurídica; un motor de la lucha por el derecho”¹¹⁵, como lo afirmaba Rudolf Von Ihering. Por su parte Pérez Luño, considera que:

Desde la Ley de las XII Tablas hasta idea del tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil en la tradición contractualista, pasando por la Carta Magna de 1215, un Estado de seguridad jurídica ha presupuesto la superación de la incertidumbre en cuanto a cuál es el Derecho¹¹⁶.

La Seguridad jurídica se constituye para evitar los atropellos en que puedan incurrir las autoridades judiciales, puesto que el sistema jurídico se fundamenta en la legislación vigente, de manera que existe vinculación del juez con el derecho. La seguridad jurídica constituye en un pilar fundamental de Derecho, porque la seguridad es un presupuesto indispensable para la existencia de una sociedad.

La aplicación del derecho pasa por la figura del juzgador, quien introduce su enfoque personal en el sistema jurídico, desarrollando la interpretación personal de la ley al caso concreto, el tema de la seguridad jurídica es transcendental en el ordenamiento jurídico pues todo lo relacionado en el derecho tiene relación con este principio, las partes conocen sus derechos y sus obligaciones sin que el antojo, arbitrariedad, injusticia o la mala voluntad de los juzgadores les cause perjuicio, la seguridad jurídica limita los excesos y determina las facultades otorgada a los poderes del Estado

¹¹⁵ Von, R. (1982). *La lucha por el derecho*. México: Porrúa. p. 15.

¹¹⁶ Pérez, A. (1996). La seguridad jurídica. En Garzón Valdés, Ernesto & Laporta, Francisco. *El derecho y la justicia, enciclopedia iberoamericana de filosofía* (vol. II, p.481). Madrid: Trotta.



«Tradicionalmente, la seguridad jurídica se consideró que se integraba con dos aspectos estrechamente relacionados aunque distintos: la “seguridad de orientación”, o certeza del orden y la “seguridad de realización”, o confianza en el orden»¹¹⁷. La seguridad de orientación concierne a la fundamentación de las disposiciones jurídicas, significa que los destinatarios tengan conocimiento razonable de las reglas jurídicas y, que se encuentren en condiciones de guiar su conducta en observancia de estas, mientras que la seguridad de realización concierne a la eficacia de las disposiciones o del sistema en su conjunto. Sin embargo, como lo destaca el profesor Eduardo García Máynez: “puede haber órdenes jurídicos inicuos y eficaces, en los que los destinatarios saben cuáles son las disposiciones aplicables, pero ese conocimiento y eficacia, lejos de inspirar confianza, generan temor e inseguridad”¹¹⁸.

Atendiendo a la garantía del debido proceso para la seguridad jurídica es por lo que el proceso se desarrolla de acuerdo con los distintos plazos, dentro de los cuales a las partes les corresponde circunscribirse, plazos que son necesarios, porque se debe observar el principio de celeridad procesal.

Con frecuencia, la seguridad ha sido objeto de manipulación ideológica. En los Estados totalitarios, una supuesta seguridad jurídica con regularidad ha disimulado la aplicación infalible de leyes injustas. La afirmación anterior se verifica en los sucesos que se dieron en Alemania bajo el régimen nazi, porque los judíos alemanes tenían la posibilidad de prever con facilidad que podían ser objeto de discriminación sobre la base de las reglas jurídicas vigentes. La noción de seguridad jurídica que se reduzca a este tipo de predictibilidad tiene que estar equivocada. La legítima seguridad jurídica, como elemento necesario del imperio del derecho es la antítesis de la injusticia. La seguridad jurídica debe ser compatible con el Estado constitucional democrático de Derecho; garantizando a la persona el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, lo cual significa que

¹¹⁷ García, E. (1983). *Filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa. p. 478.

¹¹⁸ *Ibid.* p. 479.



en cualquier momento los derechos pueden ser ampliados, pero están sustraídos del poder mayoritario, incluso unánime – de las legislaturas–, con el objeto de que no sean indebidamente reducidos o suprimidos.

Es procedente y necesario distinguir –como lo hace Alexander Peczenik– entre un concepto formal de seguridad jurídica y un concepto material o sustancial de seguridad jurídica, afirma que:

Una noción meramente formal de seguridad jurídica es compatible con prácticas violatorias de los derechos fundamentales, por lo que debe ser sustituida por una noción material o sustancial de seguridad jurídica, consustancial de la democracia. En este segundo sentido, la seguridad jurídica no equivale ni implica, una defensa del statu quo o un conservadurismo¹¹⁹.

Cuando los poderes no se someten al derecho se deslegitiman, atentan contra la Constitución y resienten al Estado, “por lo que sólo se puede hablar de “Estado de Derecho”, cuando nos encontramos ante un poder legítimo, ejercido dentro del marco del derecho.»¹²⁰. La eficacia de un sistema jurídico no se traduce necesariamente en seguridad jurídica. La seguridad jurídica no es un simple hecho, sino que es un valor jurídico fundamental. Como dice Antonio-Enrique Pérez Luño: “la seguridad jurídica es un valor que el derecho debe garantizar”¹²¹.

La seguridad jurídica es la certeza del derecho a lo justo, que no se agota con la simple existencia de reglas jurídicas que conservan ciertos rasgos, puesto que para que haya seguridad jurídica es necesario que las reglas sean públicas, generales, abstractas, relativamente estables, claras, no contradictorias, aunque

¹¹⁹ Peczenik, A. (2000). *Estado de derecho, seguridad jurídica y legitimidad del derecho*. En *Derecho y Razón*. México: Fontamara. p. 135.

¹²⁰ Díaz, E. *El estado de derecho algunos elementos y condicionamientos para su efectiva vigencia*. Recuperado de http://www.tprmercosur.org/es/docum/biblio/Ruiz_Diaz_Labrano_El_Estado_de_Derecho.pdf, p. 6

¹²¹ Pérez Luño, A. E. (1991). *La seguridad jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel. p. 58.



esto no es suficiente. Tampoco es suficiente la organización o existencia de un sistema de órganos jurisdiccionales (poder judicial) que aplique reglas preexistentes con determinadas características a casos particulares, porque aun cuando ciertos órganos aplican normas para sancionar conductas desviadas, esto puede generar un cierto grado de certeza de seguridad en la población, aunque a veces es insuficiente.

Como dice Francisco Laporta:

Cuando se habla de seguridad jurídica no se hace referencia a la mera existencia, por ejemplo, de jueces y tribunales, sino a esa certidumbre cualificada que se obtiene cuando, al lado de ello, se satisfacen ciertas exigencias tanto en los órganos como en el procedimiento mediante el que se dirimen las controversias¹²².

Cuando hay certeza jurídica –como manifiesta Comanducci– cada gobernado está en posibilidad: “de prever cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus propias acciones y cuáles serán las decisiones de los órganos de aplicación en el caso en que su comportamiento deba ser juzgado conforme al derecho”¹²³.

Francisco Laporta señala tres elementos principales de la seguridad jurídica: “accesibilidad, imparcialidad y racionalidad”¹²⁴. Se identifica que existen dos componentes más que, se deducen o interpretan en el planteamiento de Laporta, en consecuencia, es indispensable hacer referencia a ellos y son: el primero relativo a la independencia judicial y el segundo concerniente al sistema de frenos y contrapesos.

¹²² Laporta, F. (2002). *Imperio de la ley y seguridad jurídica*. En Díaz, Eias & Colomer, José Luis. *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza. p. 116. Recuperado de https://www.alianzaeditorial.es/libro.php?id=447222&id_col=100508&id_subcol=100517

¹²³ Comanducci, P. (1999). *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. México: Fontamara. p. 98.

¹²⁴ Laporta, Francisco. Ob. Cit. p. 120.



4.1.2 Acceso a la justicia

El acceso a la justicia no consiste estrictamente en la posibilidad de que los justiciables tengan acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que, garantiza la efectividad de la justicia, lo cual implica la remoción de cualquier obstáculo formal o material existente que impida el acceso, como lo son las carencias del sistema de administración de justicia o de los justiciables, por falta de una representación técnica suficiente o de asistencia jurídica adecuada que impida superar los complejos y rigurosos formalismos.

En el ámbito de los procesos constitucionales, en una interpretación garantista y antiformalista del acceso a la justicia, se pueden concentrar algunos principios que han surgido de la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales, en el conocimiento de acciones constitucionales en diversas materias, se enumeran los siguientes:

- 1) Es suficiente que el actor exprese en su demanda con claridad la *causa pretendi*, indicando la lesión o agravio que le causa el acto o resolución impugnada y exponiendo su pretensión, para que el tribunal se ocupe del estudio de la demanda, sin necesidad de sujetarse a determinados formalismos o solemnidades que en muchas ocasiones son innecesarias; incluso, los agravios pueden encontrarse en cualquier parte del escrito de demanda, y no necesariamente en algún apartado en particular, además el juez debe interpretar el acto por el cual se interpone la impugnación, para comprobar la verdadera intención del actor.
- 2) El error en la elección o designación de la vía impugnativa no determina ni imposibilita necesariamente su procedencia, debiéndosele dar el trámite que corresponde, si del estudio se



verifica que es clara y concreta la voluntad del inconstitucional al oponerse por medio de la vida recursiva a determinado acto.

- 3) Las normas procesales, especialmente aquellas que imponen obligaciones, deben interpretarse de la forma que resulten más favorables para los pueblos o comunidades indígenas, atendiendo al carácter protector de los sistemas procesales orientados a la protección de los derechos del ciudadano y para garantizarles a los pueblos o comunidades el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado.
- 4) La efectividad o integralidad de la tutela jurisdiccional del acceso a la justicia, se satisface con el correspondiente requisito de procedencia de la acción que se interpone para la protección de los derechos fundamentales del ciudadano, considerándose que únicamente es indispensable que, quien promueve, justifique que con el acto o resolución reclamado se cometieron en su perjuicio violaciones a cualquiera de los derechos fundamentales, independientemente de que con en el fallo emitido o que se llegue a emitir, se puedan estimar fundadas o infundadas las alegaciones; se trata de un elemento de carácter formal.

Algunas acciones en materia constitucional se han considerado procedentes, no solo cuando se alegan violaciones directas a derecho fundamentales, sino también cuando se acreditan supuestas violaciones a otros derechos fundamentales que se encuentren estrechamente vinculados a los derechos denunciados como violados y cuya protección sea indispensable para no hacer nugatorios aquellos.



Cuando en la presentación de una acción constitucional se establece que solo procederá contra actos o resoluciones que violen algún precepto de la Constitución, debe entenderse en sentido formal relativo al establecimiento como requisito de procedencia:

- 5) Cuando en el planteamiento de algunos procesos constitucionales, se verifique la falta u omisión de la expresión clara y determinada de los agravios, se conocerán en beneficio del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, siempre que los agravios puedan deducirse de los hechos expuestos en la demanda, en el entendido de que sería conveniente que esta interpretación legalmente se ampliara al conjunto de los procesos constitucionales o medios de impugnación ordinarios, teniendo en cuenta que su objetivo es salvaguardar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones, así como la naturaleza del orden público de las normas tuteladas.
- 6) Es pertinente cumplir con el ejercicio prudente de facultades discrecionales del órgano o funcionario público, con el objeto de conocer la verdad material en relación con los agravios manifestados.
- 7) Igualmente, se ha sostenido que los partidos políticos, por su naturaleza de entidades de interés público, tienen derecho a ejercer cierto tipo de acciones procesales que gozan las características de las de interés público o colectivas, por las cuales se tutelan los intereses difusos de comunidades indeterminadas o indefinidas y se ejercen en favor de los integrantes de cierto grupo, clase o sociedad.



Se persigue privilegiar

O colocar a la garantía de la tutela jurisdiccional, a la luz de una concepción total o completa de la justicia, según la cual el acceso a un remedio jurisdiccional no puede quedar supeditado a la existencia previa de un derecho sustantivo¹²⁵.

Como se muestra en la distinción entre legitimación *ad procesum* y la legitimación *ad causam*.

4.1.3 Imparcialidad

La garantía de imparcialidad de los juzgadores constituye uno de los entes fundamentales para impartir justicia, sin la cual, no es posible obtener seguridad jurídica. Desde el punto de vista normativo, los jueces no pueden decidir los asuntos sometidos a su jurisdicción conforme a sus convicciones personales (sean morales, políticas, ideológica o de cualquier otra índole), sino exclusivamente con base en las fundamentaciones de carácter jurídico.

La administración de justicia impartida por los tribunales no solo debe ser de manera pronta y completa, sino imparcial; asimismo, en el ejercicio de la función estatal de impartir justicia, la *imparcialidad* y la independencia son dos de los principios rectores.

Para garantizar la imparcialidad, según Francisco Laporta: “se han establecido en las leyes procesales ciertas causas tasadas de la posible parcialidad (objetiva) que permiten a los justiciables cuestionar la idoneidad del juzgado (por ejemplo, afiliación a organizaciones políticas, parentesco con alguna

¹²⁵ Taruffo, M. (1996). *La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?* En Ibáñez, Perfecto Andrés. *Corrupción y estado de derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta. p. 135.



de las partes, conflictos de interés)¹²⁶, pero también puede existir una parcialidad más subjetiva (constituida por creencias, prejuicios, ideologías, estereotipos) que podría condicionarla función de juzgar y el dictado de las decisiones judiciales.

La exigencia de lo que Laporta denomina transparencia, permite que el juzgador determine la solución normativa al agravio en concreto conforme con el derecho aplicable, sin que ninguna circunstancia personal que pueda perturbar el procedimiento para alcanzarla. La exigencia de racionalidad de las decisiones judiciales pretende excluir o eliminar completamente, la influencia de factores particulares que puedan incidir en las decisiones de los juzgadores.

4.1.4 Independencia judicial

La independencia judicial frente a cualquier influencia de los poderes de Estado es uno de los grandes conceptos y constituye una garantía para los ciudadanos de que los jueces y tribunales que imparten justicia, atendiendo a las situaciones de los casos específicos que conozcan, gozan de independencia de toda injerencia, influencia o poder extraño al Derecho, requisito necesario para el desarrollo de las funciones o en la responsabilidad del juez, frente a la sociedad.

Se entiende que:

La independencia judicial es, sin duda, uno de los aspectos más importantes de la “distribución ordenada de los poderes”, porque es una garantía del Estado constitucional de derecho a fin de asegurar una protección efectiva del control de la constitucionalidad de las leyes, actos y resoluciones¹²⁷.

¹²⁶ Laporta, F. Ob. Cit. p. 117.

¹²⁷ Elster, J. (1998). *Régimen de mayorías y derechos individuales*. Madrid: Trotta. p. 181.

En la legislación vigente en el país se prevén numerosas protecciones jurídicas orientadas a evitar que los juzgadores puedan ser forzados con amenazas de imposición de sanciones, represalias, incluso con aparentes recompensas, de parte de quienes obtengan sentencias judiciales contrarias o coincidentes con sus intereses.



La función concedida a un Tribunal Constitucional solo puede ser realizada si es independiente de la influencia de los poderes estatales, derivado de la separación de poderes. La independencia judicial constituye un prerequisite indispensable para que el Poder Judicial realice funciones de contra poder. Como dice Perfecto Andrés Ibáñez, el poder judicial: “debe ser firme en la independencia, que es lo que lo habilita para desarrollar funciones de contrapoder cuando su deber constitucional de ser garante de la constitucionalidad y de la legalidad así lo requiera”¹²⁸.

La función jurisdiccional la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establece y ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de la justicia, como lo regula el Artículo 203 de la Constitución Política de la República: “Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberían prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.”

Joseph Raz sostiene que las disposiciones sobre la independencia judicial: “están hechas para garantizar que los jueces procedan libres de presiones

¹²⁸ Ibáñez, P. (1997). *La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis de estado de derecho*. En Laporta, Francisco J. & Álvarez, Silvina. *La Corrupción Política*. Madrid: Alianza. p. 233.



extrañas y sean independientes de toda autoridad, salvo de la autoridad del derecho”¹²⁹.

El Código Procesal Penal de Guatemala¹³⁰, en el artículo 7, regula la independencia e imparcialidad, al establecer que “El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales e independientes, solo sometidos a la Constitución y a la ley. La ejecución penal estará a cargo de los jueces de ejecución”. En otras palabras, la garantía de Independencia Judicial es una condición objetiva que permite a jueces y magistrados, ejercer la función de juzgar sin amenazas, sugerencias o influencias. En consecuencia, se confirma lo expuesto en la hipótesis, que el poder judicial debe convertirse en garantista para la defensa de los derechos de los administrados.

Sin embargo, como lo manifiesta Rodolfo Vázquez: “independencia judicial no es lo mismo que neutralidad. Ser independientes e imparciales no significa ser moralmente neutro, sino implica desempeñar un papel activo en defensa de la autonomía personal y del proceso de deliberación democrática”¹³¹.

La independencia judicial es en esencia una garantía, que supone un conjunto de mecanismos tendientes a salvaguardar y realizar ese valor y en consecuencia propiciar un proceso penal más legítimo y equitativo; asimismo, posibilita que los funcionarios encargados de impartir justicia no se vean sometidos en su actuación a presiones, recomendaciones, exigencias o determinaciones de ningún otro órgano.

Derivado de la interpretación anterior, se deduce que la independencia de las autoridades jurisdiccionales implica un doble aspecto: el único tipo de consideraciones que los tribunales pueden invocar para fundamentar sus

¹²⁹ Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho*. México: UNAM. p. 271.

¹³⁰ Decreto 51-92 Código Procesal Penal, artículo 7.

¹³¹ Vázquez, R. (2001). *Liberalismo, estado de derecho y minorías*. UNAM. México. p. 99.

decisiones, son las provenientes del orden jurídico y los jueces y tribunales no pueden actuar de acuerdo con intereses personales, sino que únicamente basados en el derecho: “en representación de intereses extraños al derecho”¹³².



Al ordenamiento jurídico le compete establecer numerosas garantías orgánicas y procesales, con el objeto de garantizar la autonomía en las funciones de los órganos jurisdiccionales, así como la independencia e imparcialidad de sus miembros frente a los demás órganos del poder público, los partidos políticos y cualquier grupo social de presión o interés, que pretenda influir en la decisión del juez. Siendo importante la previsión constitucional de que en las leyes se establezcan los mecanismos indispensables para garantizar la independencia de los jueces, magistrados y la plena ejecución de sus resoluciones.

El artículo 8º, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, de manera similar lo prevé el Pacto Internacional de derecho Civiles y Políticos. Del análisis de la normativa internacional citada, se desprende que la independencia y la imparcialidad son auténticas garantías que protegen al sistema de justicia.

4.1.5 Sistema de frenos y contrapesos

El sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) es la fórmula que los delegados de la Convención de Filadelfia de 1787 forjaron para instaurarla distribución de las tres funciones (legislativa, ejecutiva y judicial) entre los distintos órganos de poder del Estado con el objeto de evitar la concentración del poder en

¹³² Aguiló, J. (2001). *Teoría general de las fuentes del derecho y del orden jurídico*. Barcelona: Ariel. p. 123.



un solo órgano y controlar el ejercicio del poder de los tres poderes, debiendo respetarse las funciones esenciales y fundamentales delegadas a cada poder.

Al poder judicial es a quien le compete la función de juzgar, dicta sus fallos en nombre del Pueblo de la República de Guatemala: “el sistema de frenos y contrapesos tiene como finalidad evitar un antidemocrático gobierno de los jueces”¹³³, en el que estos se conviertan en filósofos-reyes o reyes-filósofos; “la función del Poder Judicial debe ser compatible con la forma republicana de gobierno”¹³⁴. Los jueces y tribunales constitucionales, en virtud de las funciones que tienen encomendadas y que ejecutan en una democracia constitucional, son defensores del sistema democrático de gobierno.

La característica esencial del modelo de Estado constitucional de derecho se refiere a que, quienes ejercen el poder político estén sometidos al imperio del Derecho, garantizando así el ejercicio y respeto de los derechos básicos de los gobernados; el poder judicial, como todo poder constituido, se encuentra sometido o subordinado al respeto a la ley.

4.1.6 Racionalidad

Conforme el principio de racionalidad establecido en los órdenes jurídicos modernos, los fallos judiciales deben ser fundados, racionales y motivados; el juez o tribunal está obligado a fundar, razonar o indicar los motivos de sus decisiones basado en el estudio del caso en concreto. Las decisiones judiciales deben estar fundadas en normas jurídicas aplicables y en las premisas fácticas del caso preciso.

¹³³ Arenas, C., Ávila, R., Orozco, J. (2000). *El sistema mexicano de justicia electoral*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. p. 53.

¹³⁴ Elster, J. Ob. Cit. p. 195.



La fundamentación expresada en las decisiones judiciales constituye un elemento y principio esencial de la función jurisdiccional, por lo cual su importancia es determinante, como ha señalado Eugenio Bulygin cuando argumentó que: “una sentencia carente de fundamentación es el paradigma de la sentencia arbitraria”¹³⁵.

Dworkin sostiene lo siguiente:

Uno de los rasgos que legitiman la función jurisdiccional es que los jueces deben decidir conforme a razones y deben ser capaces de explicarlas. Probablemente esto es lo que Hamilton tenía en mente cuando en El federalista escribió que si bien el Poder Judicial no tiene el poder de la espada ni el poder de la bolsa, tiene el poder de “discernimiento” (judgement)¹³⁶.

Cuando se refiere al discernimiento se habla de la razón, a la racionalidad manifiesta de manera concreta en los fallos es verificar el pensamiento lógico y estructurado que ha seguido el juzgador al dictarla sentencia.

La sentencia es una totalidad integrada por apartados (los considerandos) y la parte dispositiva (el fallo). Es respetada como un documento con razonamiento lógico y normativo; la parte considerativa representa o refleja las premisas de un razonamiento cuya conclusión se encuentra en la parte dispositiva del fallo propiamente dicho.

No es suficiente que el juzgador esté convencido de su decisión, sino que es necesario que sus razonamientos sean convincentes y categóricos. La argumentación del juez o del tribunal debe ser concluyente no en el sentido psicológico, sino razonable, motivado sobre la base normativa previamente

¹³⁵ Bulygin, E. (1991). *Sentencia judicial y creación del derecho*. En *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. p. 357.

¹³⁶ Dworkin, R. (1989). Citado por: Hamilton, Alexander, Madison James & Jay, John. *El federalista*. No. 43. Enciclopedia Británica. párr. 78.



establecida, lógicamente comprensible y entendible, especialmente para los intervinientes., porque la motivación constituye una parte integral de la sentencia y el razonamiento es el elemento legitimador del juez.

Derivado de los razonamientos anteriores se interpreta que cuando los fallos judiciales se encuentran fundados en razonamiento, aunque podrá ser discutible, no podrá ser tachado de arbitrario, la racionalidad de las decisiones judiciales la hace válida y la es el mejor correctivo contra la arbitrariedad judicial, la ausencia de razonamientos en las resoluciones es una de las fuentes o motivos de la inseguridad jurídica.

Como manifiesta Manuel Atienza: “en un Estado constitucional de Derecho, los límites de los tribunales constitucionales están constituidos por los límites de la argumentación jurídica”¹³⁷.

4.2 Los tribunales superiores y los parámetros de su actuación

No obstante que los tribunales supremos o superiores tienen la última palabra, porque son los defensores y garantes máximos de la Constitución, sus decisiones son definitivas e inatacables, porque no son recurribles o no admiten recurso, (son un órgano de cierre); sin embargo, a los jueces les corresponde resolver con el debido respeto y dentro de ciertos límites impuestos por la Constitución, los cuales constituyen parámetros de actuación judicial válida o correcta.

Hart manifiesta en contra del escepticismo normativo que:

Si bien es cierto que hay una indeterminación normativa en el caso del Derecho, debida a fenómenos tales como la ambigüedad, vaguedad,

¹³⁷ Atienza, M. Ob. Cit. 228.



textura abierta, entre otros, lo que hace necesario la actividad interpretativa, también es cierto que la interpretación operativa tiene límites¹³⁸.

La utilización de expresiones deliberadamente ambiguas, vagas, cláusulas abiertas, conceptos indeterminados y demás, por el legislador o el constituyente, producen un efecto indeseable que la seguridad jurídica exige minimizar, a saber, una incertidumbre sobre si determinado hecho es subsumible en una norma¹³⁹.

“Ciertamente, hay situaciones imprevistas e imprevisibles que el constituyente no puede prever., pero ello no autoriza al juez a dejar de resolver un asunto conforme al principio de inexcusabilidad”¹⁴⁰. La Constitución no provee una solución a cuestiones determinadas, en consecuencia es imprescindible que establezcan criterios de aplicación e interpretación normativa y, según algunos autores es el fundamento de la justicia constitucional. De conformidad con la concepción normativa de la Constitución, esta constituye una norma obligatoria, debiendo garantizarse su cumplimiento. La disyunción o cuestionamiento no es el literalismo o un gobierno de los jueces. Es falso el dilema entre el literalismo, por una parte y el activismo sin límite de los jueces, por otra.

En primer lugar, el juzgador que frente a un problema interpretativo se apega excesivamente a la letra del texto constitucional, haciendo una interpretación letrista, no es precisamente un juez virtuoso, porque una posición textualista de un juez constitucional, podría implicar un mantenimiento del *statu quo*.

En segundo lugar, una interpretación restrictiva de las normas que, consagran derechos fundamentales puede tener el efecto de extensión de las

¹³⁸ Hart, H. (1968). *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. p. 114.

¹³⁹ Laporta, F. Ob. Cit.p. 113.

¹⁴⁰ Carbonier, J. (1998). *Ensayos sobre las leyes*. Madrid: Alianza. p. 241.



atribuciones otorgadas a los órganos estatales, en detrimento o menoscabo no solo de los derechos de los gobernados, sino del valor de la seguridad jurídica.

En tercer lugar, una interpretación extensa de las normas puede tener como resultado una expansión de los derechos fundamentales. A este respecto, Guastini, conforme con lo que denomina una doctrina liberal de la interpretación constitucional sostiene que:

La Constitución debe ser interpretada de modo tal que circunscriba, tanto como sea posible, el poder estatal y que extienda, tanto como sea posible, los derechos de libertad [...]. Este punto de vista [...] se traduce en, por un lado, la interpretación restrictiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren poderes a los órganos del Estado y, por otro, la interpretación extensiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren derechos de libertad a los ciudadanos¹⁴¹.

Dentro del marco constitucional, a los tribunales supremos como instrumento eficaz constituido para la defensa del orden fundamental, les compete proteger y expandir los derechos fundamentales de los ciudadanos que les fueron negados por los poderes en el ejercicio legítimo de las facultades que le fueron otorgadas; ordenando que respeten las normas constitucionales, rechazando posiciones reduccionistas y favoreciendo interpretaciones de las normas que potencien y mejoren el alcance y disfrute de los derechos reconocidos por la Constitución y la normativa ordinaria vigente.

Adicionado a la interpretación gramatical y textual relativa al lenguaje, escritura, sintaxis y puntuación, para resolver una cuestión o aclarar el contenido normativo de una disposición, existen diversos criterios de interpretación, como lo son el sistemático o el funcional. Se requiere de una interpretación adecuada,

¹⁴¹ Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. España: Marcial Pons. p. 262.



activa (mas no activista) y creativa, aunque, dichas metodologías interpretativas no pueden ser cheques en blanco librados en favor del intérprete operativo. Toda vez que hay problemas de indeterminación que no se protegen mediante la actividad interpretativa de algunas constituciones, por lo tanto, debe preverse la posibilidad de resolver el caso específico acudiendo a los principios generales del Derecho.

Hart (1961) hace un análisis de una versión de lo que él llama el: “escepticismo ante las reglas” (p. 155), en el capítulo VII, de su libro *El concepto del derecho*, análisis relevante en el actual contexto, porque mejora y desarrolla una postura intermedia entre dos concepciones que discute y rechaza: el *formalismo* y el *escepticismo ante las reglas* o *escepticismo normativo*, pretende mostrar que el derecho es parcialmente indeterminado e intenta sustentarla tesis de que los jueces tienen una potestad limitada de creación jurídica. Sin esquivar los problemas de la indeterminación del Derecho, que son variados y muy complejos. Reconoce el propio Dworkin y recordaba Francisco Javier Ezquiaga:

La mayoría de los casos jurídicos –incluso la mayoría de los casos constitucionales– no son actos difíciles. La destreza normal de un juez dicta una respuesta, y no deja espacio para el juego de las convicciones morales personales”; es un error sostener que la Constitución es “todo zarpar y nada anclar¹⁴².

Algunos estudiosos sostienen que los tribunales supremos, al resolver, no lo hacen sometidos a reglas, sino que: “el derecho (la Constitución) es lo que los tribunales dicen que es, según interpretación de los constitucionalista de conformidad con la coyuntura de la época en que se resuelve, (una variante de la frase atribuida a Charles Evans Hughes, *Chief Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América durante el periodo 1930-1941). La interpretación es

¹⁴² Dworkin, R. Op. cit. p. 17.



ambigua, porque significa que las decisiones de un tribunal supremo están revestidas de autoridad y tienen un carácter definitivo. En este primer sentido inofensivo—, dicho enunciado es verdadero. En un segundo sentido, resultaría falso si se quisiera afirmar que no hay otra regla, excepto la que el decisor elige aplicar; que, no obstante, la existencia y vigencia de las reglas transparentes, estas no imponen límite alguno al decisor.

En este segundo sentido, dicho enunciado es falso, porque de acuerdo con Hart, si bien las reglas contienen cierto grado de indeterminación, tienen un núcleo de significado (más o menos) claro, del cual los juzgadores no pueden separarse, pues constituyen un parámetro de actuación correcta. En palabras de Hart: “los jueces, incluso los de una Corte Suprema, integran un sistema cuyas reglas son lo suficientemente determinadas en la parte central como para suministrar criterios o pautas de decisión judicial correcta”¹⁴³.

Este es el razonamiento o fundamento para sostener que las decisiones de los tribunales supremos, aunque concluyentes, no son infalibles. Siguiendo la analogía que hace Hart, solo en el juego que denomina el *arbitrio del árbitro*, el marcador es lo que el árbitro dice que es. En un sistema jurídico en el que se privilegia la seguridad jurídica, no guarda analogía alguna este argumento o análisis. No obstante que, como órgano supremo en su función de aplicación e interpretación de la Constitución, carece de una instancia superior con facultades para revisar sus fallos y, porque sus criterios son vinculantes para el poder público, en el ejercicio de su poder se auto limita y en sus funciones se encuentra en sujeción estricta a las disposiciones constitucionales. Por consiguiente, parafraseando a José Ramón Cossío, “un Tribunal Constitucional, por más supremo que sea, no puede auto conferirse más atribuciones que las previstas en el orden jurídico”¹⁴⁴.

¹⁴³ Hart. H. L. Ob. Cit. p. 181.

¹⁴⁴ Cossío, J. (2002). *La teoría constitucional de la suprema corte de justicia*. México: Fontamara. p. 152.



Si bien hay derechos contenidos en las disposiciones jurisprudenciales, también existen derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, en ambos supuestos, el legislador debe respetar el núcleo normativo esencial del derecho de cualquier tipo de derecho, de conformidad con la llamada *garantía del contenido esencial*, que tiene su fundamento justamente en el principio de constitucionalidad, obligación que se extiende al juzgador; sin embargo, el juez constitucional puede excluir del orden jurídico determinadas normas, disposiciones, ciertos actos del poder público, invalidar y regular la constitucionalidad de la acción estatal, cuando no se ejercen las funciones dentro de las competencias que el texto fundamental les otorga.

La democracia en un poder judicial poderoso es una democracia constitucional fuerte, porque en este régimen los derechos fundamentales están garantizados. Debido a que la justicia constitucional tiene como función preservar los derechos fundamentales, la consolidación y perfeccionamiento del Estado de derecho y si los derechos fundamentales tienen como uno de sus sustentos la democracia, entonces, la justicia constitucional se constituye en garante del régimen democrático.

La democracia política asegura la eficacia del ejercicio de los derechos políticos. Según Peces-Barba, los fallos, aunque no son políticos, si tienen repercusiones dentro del ámbito político, porque en algunas ocasiones la materia sobre la cual se resuelve es política, y no es posible separar lo inseparable. Al resolver es pertinente procurar un enfoque objetivo, porque es emanado de un órgano jurisdiccional con jurisdicción concentrada en materia constitucional. La extensión política de la democracia constituye la esencia de los restantes ámbitos de la democracia. Los derechos fundamentales y en particular los derechos políticos, deben ser tutelados poderosamente, porque son decisivos para el establecimiento y funcionamiento de la democracia. Existe un vínculo estrecho entre Estado constitucional democrático de derecho y seguridad jurídica, entendida en sentido material o sustancial.



Como sostiene John Hart Ely:

En las democracias constitucionales, los jueces y tribunales constitucionales no solo ocupan un lugar estratégico para evitar que se cierren espacios necesarios en el avance democrático, sino también tienen la encomienda de hacer cumplir la Constitución para defender la voluntad de los ciudadanos expresada en las urnas¹⁴⁵.

El Tribunal Constitucional procede de forma independiente, fundamentándose jurídicamente y aplicando el derecho objetivo, específicamente el derecho constitucional. No debe impartirse justicia en abstracto o en forma nominativa, sino debe impartirse justicia real, genuina, efectiva, completa, total, porque no puede haber justicia sin Estado de derecho, y no puede haber Estado de derecho sin principio de juridicidad, pues se corre el riesgo de que el Estado de derecho se convierta en simple *Estado de Justicia*, y como dice el constitucionalista Manuel Aragón: "es el caldo de cultivo de la arbitrariedad"¹⁴⁶.

Los tribunales constitucionales afirman la primacía de la Constitución. Tienen como función perfeccionar la vigencia del Estado de derecho, por lo tanto, se constituyen en defensores y garantes de la constitucionalidad en el dictado de los actos de poder, de las resoluciones de los tribunales ordinarios, de los actos de la administración, la legislatura, del respeto a los derechos fundamentales, velan, porque la función estatal sea en el legítimo ejercicio de las funciones otorgadas por la Constitución, con sujeción estricta al principio de legalidad y a las disposiciones constitucionales para generar seguridad jurídica.

¹⁴⁵ Hart, J. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. p. 146.

¹⁴⁶ Aragón, M. (1997). El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. *En Temas de Derecho Público, vol. (44)*, p. 163. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, de la Universidad Externado de Colombia.



En la defensa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales, se legitima su ejercicio, con sus resoluciones judiciales obedecen, cumplen y respetan el imperio del Derecho, generador de la seguridad jurídica. Por ser un órgano jurisdiccional supremo en la función de aplicación e interpretación de la Constitución, sus criterios o resoluciones son vinculantes para el poder público, incluidos los órganos de justicia ordinaria; en el ejercicio efectivo de sus funciones hace acopio de instituciones del derecho procesal, como herramienta para realizar su actuación.

4.3 Democracia real o esencial

La democracia es mucho más que elegir cada cierto tiempo por medio de una papeleta al colocar la X en una casilla y ponerla en una urna, por lo tanto, el derecho al sufragio universal de elegir sirve poco, como ya se ha comprobado en la práctica durante años, el derecho de elección no se encuentra asistido por el respeto de otros principios fundamentales de la democracia. Lo que generalmente se conoce como democracia en la realidad no lo es, porque la única participación o ejercicio del derecho democrático, se ejercita cada cierto tiempo a través del voto.

Cuando se inicia el proceso electoral se presentan las situaciones siguientes:

- La única intervención del pueblo en el gobierno democrático es por medio del voto.
- El cómputo del voto no vale igual, porque depende del lugar en el que vote y por quién vote, el principio de la teoría del Estado democrático una persona, un voto no se cumple, porque el número de votos necesario para alcanzar



un escaño depende del partido votado y de la provincia en la que se haya votado.

- Reducción de opciones para elegir, si se vota por un partido minoritario que no tiene posibilidades de ganar, seguramente el voto se desperdicia.
- Generalmente, hay escasa o mala información en relación con los candidatos, los partidos eligen a personas que no han presentado programas de trabajo y las campañas se concretan en hacer promesas u ofrecimientos.
- Los debates son superficiales y excluyentes del resto de fuerzas políticas distintas de los dos grandes partidos, el ciudadano solo puede oír lo que dicen los partidos mayoritarios, porque a los partidos minoritarios se les excluye de los medios de comunicación o se les margina a horarios inconvenientes, únicamente se accede a la publicidad colocada en las calles.
- No hay participación en la selección de los candidatos que proponen los partidos, porque en ocasiones ni siquiera los integrantes de los partidos deciden qué candidatos integran la lista de su partido., puesto que no existe la democracia interna en los partidos.
- El ciudadano no tiene control sobre la persona por quién ha votado y resultó electa, porque no puede exigirles a los gobernantes ganadores que cumplan con las promesas de campaña.
- Cuando se incumplen las promesas de campaña, al ciudadano no le asiste la potestad de revocar el mandato otorgado por medio del voto, como manifestación de inconformidad.
- Son escasas las posibilidades de participar en las elecciones para ser elegido, si no pertenece a los partidos mayoritarios, no tenga mucho dinero o si no logra conseguir financistas, en consecuencia no todos los ciudadanos gozan del derecho a acceder en condiciones de igualdad a participar para optar a los cargos públicos.



- Durante el desarrollo del proceso electoral existe imposibilidad de acceso a la información libre, plural y veraz, porque los medios de comunicación están manipulados y controlados por las personas que detentan el poder económico.
- Dificultad de los ciudadanos de expresar públicamente su opinión en los medios de información importantes, porque utilizan censura y se reservan el derecho de publicación. No existe verdadera libertad de expresión, porque no todos los ciudadanos gozan del derecho a expresar sus ideas de manera pública.

El sistema político no es realmente democrático, porque el ciudadano medio se constituye en un espectador o títere no tiene ningún poder, ninguna autoridad, porque el poder no es del pueblo es de los poderosos que deciden por la mayoría desprotegida, la única participación del ciudadano en la democracia es a través del voto que solo se aprovecha para legitimar al sistema. Al poderoso le solo le interesa que el ciudadano vote ciegamente para perpetuarlo en el poder.

Por los motivos indicados en los párrafos que preceden, se confirma la hipótesis planteada, porque los ciudadanos pierden la esperanza de que por medio de las elecciones de los poderes del Estado, las situaciones conflictivas y difíciles en que viven los países mejoren, pero rápido se da cuenta que el voto no vale de nada, las cosas siguen igual, aunque los gobiernos cambien, aplican las mismas políticas de corrupción, sobre todo en lo que respecta a lo económico. La democracia es real cuando es el pueblo el que gobierna, por medio de la participación, cuando participa en igualdad de aportar ideas o propuestas ya sea a nivel de los partidos políticos o en el desarrollo de los gobiernos, cuando su participación sirve es efectiva y tenida en cuenta por los gobernantes, y no únicamente simbólica. En una democracia real la pluralidad y diversidad de opiniones debe ser valorada.



En la democracia real el ciudadano tiene acceso a todo tipo de ideas y de informaciones; los gobernantes responden ante los gobernados, deben, por lo tanto, gobernar de conformidad acuerdo con el interés general; la democracia real no se agota en los cinco minutos que se tarda en depositar la papeleta en una urna, porque no se entrega un cheque en blanco para que el elegido disponga de él a su conveniencia, sino que responda a los ofrecimientos y a las necesidades de la comunidad que lo ha elegido.

La democracia real reúne la característica de la permanencia, donde el pueblo tiene el control de la situación en todo momento, los ciudadanos eligen a sus representantes y los controla para que cumplan con el mandato popular de gobernar que se les ha otorgado de acuerdo con los programas u ofrecimientos con base en los cuales han sido elegidos, además de que los ciudadanos se les permita participa directamente en los asuntos que les incumben, porque les beneficia o perjudica determinado acto administrativo realizado.

La democracia real es la suma de la democracia representativa, en los ámbitos globales y es democracia directa en los ámbitos más locales. En una democracia real los gobiernos dictan las medidas que benefician al conjunto de la sociedad, no al contrario, respetando los derechos elementales de cada individuo. En una democracia real la libertad es inseparable de la igualdad, pues en la vida en sociedad no hay libertad sin igualdad de oportunidades, no son solo bellas palabras, son realidades. En una democracia real los derechos humanos no son solo formales.

Los distintos medios de comunicación han iniciado con el rompimiento del monopolio de la información y de la opinión que ostentan los grandes medios de comunicación de masas, gracias a las distintas redes existentes la ciudadanía medio puede, poco a poco, ir conquistando su libertad intelectual, primer paso necesario para adquirir mayor conciencia y participar activamente dentro de las actividades democráticas dentro del Estado. Es indispensable la información independiente. No hay democracia real sin una prensa libre.



No deben existir tribunales de excepción permanentes, solamente se justifica su existencia en situaciones excepcionales transitorias como las guerras. En la democracia todos los ciudadanos deben ser iguales ante la ley y cualquier idea debe ser respetada siempre que esté acorde con los derechos humanos y se defiendan respetuosa y pacíficamente. Los pensamientos que defiendan un cambio de régimen político o un cambio en la estructura territorial del país, tienen derecho a ser mostrados, no ser reprimidos ni criminalizados. Deben establecerse medidas protectoras para impedir los abusos policiales y medidas correctoras que los castiguen cuando se transgredan derechos fundamentales. Al Estado le compete garantizar el Estado de derecho, la seguridad de todos los ciudadanos y el respeto a los derechos humanos, especialmente los básicos, como ya se acotó en párrafos precedentes.

4.3.1 Necesidad de mejorar la democracia real

Para lograr una democracia real se debe empezar por establecer un sistema político en donde se lleven a la práctica reformas a la Ley electoral y de Partidos Políticos, vigente en la República de Guatemala; que el resultado del referendo sea respetado, sin importar los resultados, porque en ocasiones se considera que existe fraude en los procesos eleccionarios con el objeto de beneficiar a determinado partido. También es imprescindible considerar la probabilidad en los sistemas democráticos de la inclusión en las legislaciones de la revocabilidad del mandato cuando no se cumplen con los ofrecimientos de campaña, lo cual permitiría que los gobiernos no tuviesen carta blanca para hacer lo que les da la gana hasta las siguientes citas en las urnas, porque si fuere posible revocar el mandato otorgado mediante el voto sería viable quitar al gobierno para que otro procure detener la crisis que se ha provocado y gobierne por otro partido de manera eficiente y ética. Cuando un gobierno actúa en contra de la opinión pública, el pueblo podría quitarlo inmediatamente por medio de la revocabilidad.



El mandato otorgado en las urnas obliga a los gobernantes a cumplir los ofrecimientos en campaña con base en las cuales fueron elegidos. Los gobernantes están obligados a cumplir con su programa electoral y si cumplen con sus promesas existe la probabilidad de volver a tener el protagonismo que los llevó a obtener el voto en las elecciones, la política volvería a ser política, a tener contenido, porque los gobiernos procurarían mejorar los sistemas de ejercer sus funciones. La revocabilidad del mandato aumenta y mejora notablemente el control popular sobre los gobiernos, los ciudadanos tendrían la facultad de ejercer presión, desde abajo hacia arriba. Esta presión podría ejercerse en cualquier momento. Con una presión suficiente y constante desde abajo, los políticos no tendrían más remedio que servir a la sociedad, en vez de servirse de ella y procurar máxima transparencia de la gestión pública.

El ciudadano consciente de la necesidad de vivir verdadera en democracia, le compete propiciar el funcionamiento de dos formas: a) Salir a la calle para protestar contra este sistema de manera organizada, como sucedió en Guatemala, en el año dos mil quince, cuando los ciudadanos conscientes de la necesidad de cambio de las altas autoridades del ejecutivo, manifestaron en contra del presidente constitucional, debido a que, según investigaciones realizadas por el Ministerio Público y la Comisión Internacional Contra la Impunidad (CICIG) se encontraban involucrados en la comisión de varios delitos durante los años de su gestión y b) ejerciendo el derecho del voto razonado para la elección del poder Ejecutivo, que en el sistema republicano guatemalteco es el presidente y vicepresidente y el Poder Legislativo, Congreso de la República.

La primera forma consiste en el derecho de manifestar de la ciudadanía es necesaria, pero es poco efectiva, porque la mayor parte de la población no participa, porque no se entera o no le interesa manifestar en contra de las cuestiones que considera que no funcionan en el sistema, o bien, porque son obviadas constantemente por los medios de información, los medios son necesarios para que las sociedades se mantenga informadas de las situaciones



especiales que surgen en la sociedad y excepcionalmente cumplen con su función los medios informativos o cuando les interesa desprestigiar a alguna parte del sistema.

La segunda forma de democracia es con el ejercicio del derecho al voto y es la única que pretende ser poderosa para modificar el gobierno poniéndolo en evidencia, el voto debe ser razonado y lógico; corresponde ejercer del derecho del sufragio con cuidado para alcanzar el objetivo de modificaciones sustanciales dentro de los gobiernos, cuando a criterio de las sociedades no han cumplido con la función que por mandato constitucional les compete. Es importante visualizar la función de los partidos que se encuentran en el gobierno y procurar verificar el tipo de democracia que han mantenido para que mediante el voto se castigue si ha gobernado con una falsa democracia.

Opciones para ejercer el derecho al voto:

- Votar por el partido mayoritario, esperando que realice las reformas necesarias en el sistema, votar por los candidatos de un partido minoritario, aunque en sus planes de gobierno plantea una democracia global es inútil, porque se realizan las alianzas con los partidos mayoritarios que resultan beneficiados
- Voto de castigo: voto de castigo como forma de denuncia, se vota por grupos sin posibilidades o minoritarios.
- Voto nulo: voto no computable, ocasionalmente se evidencian dos tipos de manifestaciones en este tipo de voto y son las siguientes: a) la primera la del error al votar, la torpeza, porque la papeleta contiene demasiada información o bien por el grado de cultura de las sociedades, los individuos no logran entenderla de manera completa; y, b) la segunda manifestación, porque la ciudadanía lo utiliza como reclamo y deslegitimación de comicios concretos, ya sea en contra de las personas que participan o bien, porque



considera que no hay propuestas creíbles y confiables que satisfagan las necesidades de manera concreta, esta ha sido una protesta común para mostrar su rechazo hacia unas elecciones concretas.

- Invitar al voto nulo es una forma de realizar determinado tipo de campaña o propaganda por el hecho, de que aunque su difusión es complicada porque precisa del convencimiento de la ciudadanía de una campaña abstencionista fuerte y eficientemente identificada, por medio de la difusión, se invita a la población al ejercer su derecho, pero votando nulo. El voto nulo no es la mejor forma de expresar un voto de protesta contra el sistema, porque se pueden dar diversas interpretaciones de acuerdo con los intereses predominantes, se puede decir que es por error al votar, y no necesariamente, porque se oponen determinados grupos que pretenden llegar al poder, además, porque el voto nulo siempre es ejercido por una minoría.
- Voto en blanco. Es común entre los indecisos, los que no son capaces de elegir, entre las distintas opciones que se presentan, no pone en duda el sistema electoral ni a los comicios, refleja incapacidad de decidir o de votar, no refleja una propuesta democrática es poco efectiva para mostrar la inutilidad o ineficiencia de los distintos partidos que se presentan, entre los votos de castigo es perjudicial, porque no refleja realmente su propósito, refuerza el poder y representación de los grandes partidos e impide el acceso a los pequeños.
- Abstención al derecho de votar: los abstencionistas prefieren pasar el día haciendo otras cosas en lugar acudir a los centros de votación a ejercer su derecho de votar, son los que rechazan activamente el sistema democrático, otra parte no acuden a votar, porque no encuentran ninguna propuesta dentro de las formuladas que merezca la pena votar. La abstención es el indicador que comúnmente se utiliza para analizar la base de legitimación de unas votaciones y principal fracaso de cualquier referendo que se diga democrático, pues este basa su existencia en la



fuerza de las mayorías. De ahí que una abstención mayoritaria, deslegitime cualquier tipo de votación, políticamente el porcentaje abstencionista no cuenta para anular unas votaciones.

La abstención creciente, sistemática y consecuente deslegitima los procesos democráticos y, por lo tanto, sin posibilidades replanteamientos, los partidos se preocupan de motivar la asistencia a las urnas, acudiendo al espíritu democrático, se esfuerzan tanto en movilizar a la ciudadanía y pocos meses antes de las elecciones con grandes campañas mediáticas y con falsos y programados debates y posteriormente los acarreo el día de las elecciones en donde les proporcionan alimentos y transporte gratis.

Se trata de que el pueblo participe más y mejor en los asuntos públicos que le incumben, controle a los representantes elegidos y llevar a la práctica el principio elemental de la democracia, la igualdad. Todas estas medidas se sintetizan en la democracia real o esencial. La búsqueda de la democracia real equivale a la construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

La democracia es esencial. Sin ella es imposible que los gobiernos gobiernen para satisfacer el interés general, que dicten las medidas adecuadas para combatir las crisis. La democracia es la base del sistema político de una sociedad soberana. No será posible una sociedad libre, justa, sin la democracia real o esencial, no se puede vivir en sociedad sin la infraestructura política imprescindible, sin una democracia suficiente, sin una democracia que merezca ser respetada y reconocida por los ciudadanos.

Es imprescindible la eficaz separación de los poderes, especialmente del económico. Mientras los poderes dependan, del poder económico, no se puede tener una democracia real, solo existirá el poder de unos pocos o predominio el gobierno de los ricos. Además, es imposible que un gobierno político actúe en contra del poder económico que lo ha ayudado a ganar y, por lo tanto, el pueblo queda desprotegido puesto que siempre existirá la dependencia del financiamiento



del poderoso económicamente. Los poderes no pueden controlarse mutuamente si dependen económicamente unos de otros. No sirve de nada que se pretenda la independencia entre los poderes, el ejecutivo, el legislativo y el judicial, si todos ellos dependen directa o indirectamente del poder económico.

El poder judicial no debería ser designado por el poder político, siendo necesario que sus miembros directivos sean elegidos democráticamente por el propio poder judicial, Francisco Badarán plantea, además, que el poder judicial debe tener un órgano colegiado de carácter estatal constituido por personas electas directamente por el pueblo, puede ser cualesquier ciudadano no perteneciente a ningún partido político y, además, por un órgano de juristas elegidos democráticamente por el pueblo o por los jueces, para asesorar al órgano rector, derivado del carácter especialmente experto del poder judicial. Es importante que las personas elegidas en dichos órganos no pertenezcan a ningún partido político para garantizar la separación de poderes, para tener una independencia en sus resoluciones, conforme lo expuesto, se estima confirmada la hipótesis planteada.

Las elecciones del Poder Judicial deben ser separadas de las elecciones presidenciales y legislativas, como se encuentra dispuesto en el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala. El poder judicial debe tener autonomía financiera respecto del poder político, para obtener independencia del resto de poderes. Debido a que el derecho a la justicia es un derecho básico, se debe garantizar el derecho a todos los ciudadanos por igual, cualquiera que sea la persona deben ser juzgados por jueces y tribunales integrados al Poder Judicial con potestad jurisdiccional (unidad jurisdiccional)¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Zavala. J. *La unidad jurisdiccional*. Sección Monográfica. Recuperado de https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/La_unidad_jurisdiccional.pdf



4. 4 Interpretación y práctica judicial desde la teoría constitucional

4.4.1 Problemas esenciales de la interpretación y la práctica judicial

El denominador común en el medio latinoamericano es reprochar a algunos teóricos del ámbito constitucional el adscribirse, lo que se ha intitulado, el *neoconstitucionalismo moderado* y reprochar a quienes se señala contribuir al fenómeno de la axiologización o deontologización del discurso jurídico, cuando sientan la discusión sobre la racionalidad de este, señalan la ductibilidad del derecho –en términos de Zagrebelsky– o su grado de ambigüedad –recurriendo a la caracterización efectuada por Nino–. Se observa en la aplicación a partir de la tesis que reconoce efectos radicales al principio de fuerza vinculante la Constitución, al efecto horizontal de los derechos fundamentales y al efecto de irradiación de esta, sugiriendo la inaplicación de la norma ordinaria ante la contradicción con la normativa supra legal.

Uno de los problemas esenciales del derecho como disciplina social es el hecho de que tiene dificultad para fijar verdades o teoremas irrefutables. Se debe reconocer, la insuficiencia que ha caracterizado a la dogmática jurídica para organizar el Derecho. Por lo tanto, deviene importante analizar el tema puntual de la interpretación constitucional, en consonancia con los estándares de referencia y de acción, la que halla su anclaje natural en los derechos fundamentales; es pertinente agregar que, la función que desarrollan los constitucionalistas no difieren sustancialmente de las facultades otorgadas a la jurisdicción ordinaria (puesto que a ambos les compete dictar resoluciones), la diferencia radica en el reparto interno de las funciones atribuidas a ambos funcionarios judiciales.

La moderna dogmática jurídica penal procede del positivismo de la última parte del siglo XIX, **Franz Von Litz** representó el positivismo jurídico y sentó las bases de la actual Dogmática del derecho positivo, la influencia de Von Litz ha llegado hasta la actualidad. Ordena los conocimientos, establece categorías,



conceptos, construye sistemas, interpreta, trata de resolver supuestos fácticos similares, sistematiza todo lo relativo a los preceptos legales y al derecho positivo, con base en la lógica y la racionalidad; tiene como finalidad el estudio el análisis de la norma al extraer la voluntad del legislador y proporcionar seguridad jurídica en la aplicación del derecho

Algunos doctrinarios argumentan que es imposible, interpretar o desarrollar el contenido de la Constitución de un Estado y centrarse única y exclusivamente en lo jurídico, como lo han expuesto importantes doctrinarios desde las teorías bidimensionalistas y tridimensionalistas del Derecho. Estos autores se remiten a la referencia sociológica y política que enmarca o determina la función de la producción normativa. En búsqueda de un fundamento formal del texto constitucional, vinculante normativamente, en ocasiones es necesario recurrir a la teoría política y a la filosofía moral. Esto ha sido planteado por teóricos controvertidos reputados como Dworkin, Alexy y por otros autores al decir que:

La Constitución no se puede explicar dentro de las referencias puramente jurídicas; es decir, dentro del sistema mismo que ella crea, las herramientas forzadas, impuestas por el fenómeno constitucional a las que el intérprete debe echar mano están por fuera de lo netamente jurídico¹⁴⁸.

Es evidente que, toda interpretación es la manera de acceder a un objeto determinado de conocimiento, hasta comprenderlo, aplicarlo o desarrollarlo. La interpretación jurídica es la que se efectúa de un texto normativo y de sus reglas, analizando sus posibles significados, con relevancia para la aplicación práctica a casos concretos o generales. Es mediante ella que se interpreta el Derecho, en aquellos casos en que se generan dudas o incertidumbres. El derecho es el seguimiento de aplicación de reglas, las que en ocasiones se presentan de manera simple y de aceptación general, pero en otras ocasiones se vuelven

¹⁴⁸ Sanin, R. (2004). *Libertad y justicia constitucional*. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá. p. 65.



difíciles y controvertidas como en el caso de los principios constitucionales, también como ocurre en los llamados casos difíciles (o trágicos).

Por esa razón, es necesaria una reflexiva interpretación, recurriendo a la hermenéutica y a la argumentación. Sin embargo, origina el problema frente a lo que pudiera ser considerado como correcto por el intérprete y lo relativo a la calidad con la que realice la argumentación el académico o el juez. La interpretación jurídica consiste en atribuir significado a un determinado texto normativo, Moreso manifiesta:

Las normas son precisamente, el significado de determinadas prescripciones. Por lo tanto, la interpretación jurídica consiste en averiguar cuál es la forma expresada por un texto normativo determinado. En sentido estricto, no se interpretan normas, sino que se interpretan formulaciones normativas para descubrir qué normas expresan estas formulaciones¹⁴⁹.

Desde este punto de vista, siempre se generará polémica en relación con la manera en que el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad debe realizar la interpretación jurídica en el desarrollo de sus funciones. Especialmente cuando, los tribunales constitucionales interpretan la teoría del derecho como una *integridad*, o sea desde una perspectiva *holística*, continuando con lo que en su momento fuera planteado por Dworkin, para quien la noción o concepto del derecho se muestra tan amplia que resultaría inevitable dejar de identificar su contenido –reglas y principios– sin acudir a la moralidad política: el derecho de todos los ciudadanos han de ser tratados de igual forma, con igual consideración y respeto, por el Estado y sus órganos. No pueden darse leyes o sentencias válidas fundadas en distinciones e interpretaciones caprichosas. Para Dworkin, los principios llenan los vacíos normativos, por concebir al derecho como un sistema sin fisuras.

¹⁴⁹ Moreso, J. (2006). *Lógica, argumentación e interpretación*. Barcelona: UOC. p. 112.



De esta concepción resulta que, la práctica jurídica sería un ejercicio de interpretación y el derecho una cuestión profusa y profundamente política, pero nunca entendida como una política personal o partidista, sino desde la comprensión o tratamiento que le otorga la teoría política. “Debemos estudiar la interpretación como una actividad general, como un modo de conocer, ocupándose de otros contextos que dicha actividad conlleva”¹⁵⁰.

De manera que, el problema del derecho y en particular el de la aplicación de la justicia, pareciera reducirse a una cuestión de hermenéutica, no solo en la concepción de Dworkin, sino incluso en el pensamiento de otros autores como Habermas y Alexy, quienes se muestran más racionalistas al respecto.

La interpretación que se efectúe dependerá, de la cultura y de la filosofía política que frente al Estado y a la sociedad actual manifieste el intérprete. Esta es la razón por la que se puede diferir de los planteamientos de John Rawls, abordados desde el llamado neo contractualismo o liberalismo discontinuo; de los de Dworkin, Bobbio, Habermas y Karl Otto Appel, desde la óptica del liberalismo igualitario o social; o desde la óptica de Charles Taylor, asumida desde una visión comunitaria, etc. La concepción del mundo del Derecho, de la política, de la justicia misma dependerá, de la forma con el que el intérprete se acerque a la realidad.

Parte de la doctrina constitucionalista, acepta que la función del derecho es una tarea eminentemente interpretativa, algunos autores llegan al convencimiento acerca de que el derecho para que sea efectivo, para que sea justo es y debe ser interpretado. Francisco Tomás y Valiente manifiesta que: *quienes pensamos que la idea actual de democracia exige un mayor y más igualitario disfrute de los derechos fundamentales y libertades públicas, creemos que es tarea irrenunciable*

¹⁵⁰ Dworkin, R. (1997). *Cómo el derecho se parece a la literatura. En La decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre. p. 143. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/230744346/Dworkin-Como-El-Derecho-Se-Parece-a-La-Literatura>



de los tribunales constitucionales, llevar a cabo con rigor y firmeza una interpretación amplia de los preceptos constitucionales que los anuncian o definen, porque su tarea coadyuva a la consolidación del Estado de derecho. La interpretación tiene dos significados distintos, la primera es la interpretación textual, que se refiere a interpretación jurídica de significados y la segunda es interpretación de actos, que significa hacer conjeturas sobre la explicación causal de un evento, sobre los propósitos, las intenciones o motivos y calificarlos, según el esquema que ofrece la norma.

4.4.2 La judicialización de la interpretación jurídica

Para Sousa: “La administración de justicia a la luz del derecho contemporáneo no puede quedar reducida exclusivamente a la aplicación mecánica de la ley, tal y como la pudo definir el Legislador en su momento”¹⁵¹. Criterio que adquiere mayor significado en el caso de la justicia constitucional, en la que no es suficiente la exclusiva aplicación de la Constitución, corresponde hacerla operativa, justa, normativa y vinculante, siendo necesaria la adecuada interpretación, buscando desentrañar la intención del constitucionalista y del legislador. Si lo que se pretende es que, el Tribunal Constitucional cumpla con la misión que le delimitó el constituyente, las competencias fijadas no pueden quedar reducidas solo a lo ritual o procedimiento debidamente establecido; limitándose a conocer los posibles vicios de forma que contengan las leyes, actos normativos o político-jurídicos, realizado por los órganos competentes, su función radica en aplicar la Constitución.

En el ejercicio de la función de control de la constitucionalidad, se encuentra facultado para determinar si el ámbito constitucional en que se ejercitan las acciones o decisiones de los demás órganos constitucionales es el concedido

¹⁵¹Souza, M. (2001). *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. Bogotá: Unibiblios. p. 5.



por la normativa constitucional, sin que ello signifique sustituir a los órganos en el ejercicio de sus poderes de decisión y acción, tampoco se encuentra facultado para determinar el contenido de las acciones o decisiones.

Por el contrario, las facultades esenciales de actuación otorgadas deben abarcar incluso, hasta la posibilidad de efectuar pronunciamientos de fondo sobre toda cuestión que pueda ser sometida a su control o de aquellas de las que oficiosamente asume el conocimiento. En el entendido del derecho como *integridad* y las sentencias judiciales – principalmente las de los tribunales constitucionales– deben estar siempre fundamentadas en él.

El juez puede someter a la ley mediante su interpretación de la Constitución, de manera que la tradicional subordinación del juez al Legislador en cuanto funcionario del Estado se ha matizado al extremo de encontrarse en la posibilidad de hacer más efectiva su independencia frente al poder político, porque este en algunas ocasiones se ha mostrado opresivo. Carlos Cossio en su teoría egológica expresó con acierto que: “lo que se interpreta por el jurista no es la ley, sino la conducta normada a través de la ley”¹⁵². Esta teoría se opone a la concepción kelseniana en la teoría pura del Derecho, al decir que al jurista no le compete tanto el estudio de las normas, su competencia estriba en el estudio de la conducta o la vida humana, hacer conjeturas alrededor de los propósitos, las razones o las intenciones del legislador, subsumir el acto o comportamiento y calificarlo, según el esquema indicado en las normas a los conceptos, con los cuales el científico del derecho piensa y adecúa la conducta humana.

A raíz de los cambios experimentados por el derecho constitucional a partir de la segunda postguerra y de la labor hermenéutica que han desplegado los tribunales constitucionales, no es dable ya racionalmente sostener que al momento de la aplicación que se haga de las normas, sustanciales o

¹⁵² Cossio, C. (1987). *Radiografía de la teoría egológica*. Buenos Aires: Depalma. p. 106.

procesales, se deba estar conforme con la visión ius privatista que caracterizó al derecho en la época anterior¹⁵³.



La mayoría de las constituciones actuales, no contemplan parámetros dentro de los cuales deben ser interpretadas. Solo se ocupan de algunos procedimientos que, indican la forma cómo se debe efectuar el control de constitucionalidad: por la vía de acción de inconstitucionalidad y por la vía de la revisión de las acciones a través del amparo, acciones de tutela, etc.

“No se estipula un método preciso de interpretación a ser acogido por los tribunales constitucionales, aspecto frente al que, de forma general, se muestran eclécticas, tomando instituciones o modus operandi de la práctica constitucional norteamericana y de la europea”¹⁵⁴, incluso, retoman la metódica tradicional de Savigny pensada y construida para ser aplicada en la problemática infraconstitucional.

El problema de interpretación para algunos estudiosos consiste en que, el intérprete de la norma constitucional, en definitiva, es el constitucionalista es quien tiene la última palabra, porque su interpretación constitucional es vinculante, otorgándole supra poderes, por lo tanto, es imprescindible que se adecúe a los parámetros impuestos de cierta manera –explícita o implícita- por el constituyente.

La interpretación e integración de las razones que concreta en su momento el Legislador y que plasman principalmente en los Códigos, son aplicables a la interpretación constitucional y debe realizarse conforme a los principios, valores y fines que se perfilan en la Constitución. Es por ello por lo que se puede hablar de una gradación de mayor a menor en cuanto a su nivel de vinculación, de acuerdo con el intérprete o el encargado de su concretización y pueden ser: i) el Constituyente originario o derivado, ii) las Cortes, Salas, tribunales

¹⁵³ Nieto, A. (2004). *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta. p. 134.

¹⁵⁴ Esquiaga, F. (2008). *La argumentación en la justicia constitucional*. Colombia: Diké. p. 21

constitucionales, iii) el juez ordinario, iv) el Legislador, y v) los teóricos del derecho constitucional.



El grado de validez que se le confiera a una norma, se regula por el órgano que la crea o por quien realice la interpretación. Concepción bastante atrevida y revolucionaria que le confiere –al menos en lo formal– al Poder Judicial, una labor que contrasta con la limitación que presentó durante la historia republicana por haber estado sometido al designio de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Los métodos o reglas de interpretación definidos en el siglo XIX por Savigny, interpretación literal (gramatical), histórica (el espíritu del Legislador), analógica, teleológica (finalista) y sistemática, se han mezclado con los modernos métodos de interpretación surgidos de la experiencia jurisprudencial de los tribunales constitucionales (especialmente tomados de los tribunales supremos estadounidenses y europeos) así como de las doctrinas contemporáneas surgidas en los referidos Estados.

En consecuencia, se derivan los llamados *principios* que sirven de guía a la interpretación constitucional y que se pueden resumir así:

- i) principio de la unidad de la Constitución, tomado de Konrad Hesse, en el sentido de que la norma o disposición puesta en entredicho no se puede interpretar de forma aislada, sino armonizada y considerada en su conjunto; es decir, de manera holística, pues la Constitución debe ser tenida como un todo;
- ii) principio de concordancia práctica, basado en la conexidad existente entre los bienes constitucionalmente protegidos; ponderando, balanceando, equilibrando, armonizando principios y valores;
- iii) principio de la eficacia integradora de la Constitución, tiene en cuenta los propósitos, fines, metas fundamentales de la Constitución que buscan la unidad político-jurídico del Estado social y de todos sus elementos constitutivos, atendiendo a la colaboración armónica entre los distintos órganos del



Estado; iv) principio de la fuerza normativa de la Constitución, ~~bajo el~~ entendido de que no todas las cláusulas contenidas en la Constitución tienen valor normativo, sino que hay unos principios constitucionales de primera magnitud y unos derechos fundamentales que se colocan por encima de otras cláusulas orgánicas o programáticas y que, por lo tanto, hay que recurrir a su integración; v) principio de adaptación a las circunstancias y que consiste en que el intérprete, al resolver un caso concreto, debe buscar la adaptación de las normas de la Constitución a las circunstancias sociales, políticas o económicas al momento de efectuarse la interpretación; vi) principio de la continuidad interpretativa, en resguardo de la certeza y seguridad jurídica, como una garantía de la coherencia que se debe dar en la jurisprudencia y en atención respecto por los precedentes; vii) principio de la previsión de las consecuencias de las decisiones, en el sentido de que el tribunal debe sopesar, medir, y no agravar el mal con una decisión descabellada por un mero populismo o por satisfacer a las mayorías políticas, a quienes detentan el poder; viii) prevalencia de la finalidad de la Constitución, en la vía de la necesidad de asegurar los bienes esenciales que aquella fija¹⁵⁵.

El problema más evidente de la teoría y del derecho constitucional (y sobre el que hay un generalizado consenso) es el relativo a la interpretación de la Constitución. Ante lo cual se plantean las interrogantes siguientes: ¿Cuál es o debe ser el método más apropiado para realizarla? ¿Cuáles los mecanismos dispuestos para ello? pareciera que no basta el actual sistema de frenos y contrapesos, ante el desborde de poder del que a veces abusa el poder ejecutivo, ante la inercia y hasta negligencia que a veces caracteriza al poder legislativo, para asumir con responsabilidad sus funciones naturales. A partir el establecimiento de los tribunales constitucionales modernos de estirpe kelseniana, el derecho constitucional disfruta de la judicialización de sus enunciados, sobre

¹⁵⁵ Naranjo, V. (1994). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis. pp. 425-437.



todo a partir del juicio de constitucionalidad o interpretación constitucional que realizan los referidos tribunales.

La interpretación, en cuanto al sistema *científico* impuesto a partir de la escuela histórica de los desarrollos y aportes propuestos por Savigny, ha variado. Gracias a la hermenéutica constitucional y a los alcances logrados por la doctrina en lo relativo a la argumentación jurídica, la interpretación que se impone es de carácter publicista, finalista y axiológica, la cual se centraliza en torno a la ponderación de los distintos principios constitucionales.

Autores como Revenga, manifiestan una preocupación, cuando se plantea que:

Si bien es comprensible el entusiasmo por la judicialización, en ocasiones se llega a sostener tesis erróneas al respecto, pues no todo lo que se hace desde las alturas del olimpo de la magistratura es, en el estricto sentido, constitucional, puesto que no pocas decisiones trascendentales están mediadas por el oportunismo político y tienen de todo menos de jurídicas o constitucionales¹⁵⁶.

En sentido similar, se pronuncia el profesor Peter Häberle refiriéndose a: "la autonomía de la teoría del derecho constitucional", en el sentido de que el derecho constitucional no se puede reducir a lo que digan los tribunales constitucionales. A los doctrinarios y académicos les corresponde igualmente el honor y la responsabilidad de contribuir a su consolidación mediante los análisis, reflexiones que realicen y la posibilidad de presentar propuestas académicas que pueden erigir nuevos paradigmas que luego un juez constitucional puede reelaborar, orientando a la justicia, en el sentido de una integración pragmática de muchos

¹⁵⁶ Revenga, M. (2005). Notas sobre justicia constitucional e interpretación de la constitución. *En Teoría y Realidad Constitucional*, vol (16). México: UNAM. p. 141.



elementos teóricos. La ciencias jurídico-constitucionales no pueden degenerar en un mero '(post)glosador' de la jurisdicción constitucional¹⁵⁷.

Los análisis doctrinarios que efectúen las Cortes o tribunales constitucionales y que expresen en sus providencias no tiene porqué ser tomado como dogma de fe, absoluto e inmodificable, porque las sociedades se desarrollan en forma dinámica y el derecho debe evolucionar. El criterio se debe respetar, pero no por ello, se debe abdicar de la controversia jurídica y académica, conducida con altura, profundidad y respeto

La última palabra coyuntural en relación con la interpretación la tiene el Tribunal Constitucional, de acuerdo con las jerarquías en cuanto a la interpretación que en ocasiones son vinculantes. Es necesario y conveniente que los juristas y académicos, fuera de las altas cortes, asuman con responsabilidad la misión de analizar o *valorar* los argumentos interpretativos que los magistrados presentan al momento de pronunciarse definitivamente en sus fallos, especialmente cuando hay discrepancias de criterios. La comunidad jurídica puede arrogarse, en consecuencia, el análisis del grado de *corrección* o modificación de una determinada sentencia. Puesto que con los análisis, estudios y opiniones se legitima y fortalece la jurisprudencia, sobre todo si se concluye que ha sido fundada en una sólida hermenéutica y en con clara argumentación.

El objeto de la interpretación constitucional es la propia Constitución, las fuentes de interpretación provienen, principalmente:

- i) del propio constituyente, como órgano creador de la Constitución y ii) del órgano especializado e investido por aquel de las facultades y competencias que lo erigen en el intérprete supremo de la misma, llamado

¹⁵⁷ Haberle, P. (2004). La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del estado constitucional. *En Teoría y Realidad Constitucional*. p. 170 México: UNAM. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1976013.pdf>



a actuar con posterioridad a la promulgación del texto constitucional, como es la Corte Constitucional¹⁵⁸.

Es procedente agregar que también están facultadas para interpretarla la Sala Constitucional o el órgano que la propia Constitución designe. Los tribunales constitucionales son órganos llamados a examinar, por la vía judicial, la constitucionalidad de las leyes y demás actos que realicen los poderes constitucionales, su tarea trasciende y repercute en el fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho.

El desarrollo escalonado de lo que Mirkine Guetzévitch de manera precursora en la primera postguerra y desde la interpretación constitucional señala como una *tendencia a la racionalización del poder* es la racionalidad que se consigue cuando el poder se encuentra limitado efectivamente por el derecho, cuando se evidencia en la práctica el respeto al principio de la separación de poderes y acepta que el funcionamiento de los tribunales constitucionales modernos; recaen dentro del ámbito de su control, dos facultades esenciales:

i) la interpretación vinculante de los postulados constitucionales, como referente obligatorio aun para tales órganos y hacia los demás Poderes del Estado y de todos los ciudadanos, y ii) como consecuencia de su tarea interpretativa les corresponde, asimismo, la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás órganos del Estado¹⁵⁹.

La facultad de interpretación constitucional o legal se concreta, cuando se obtiene una sistematicidad y unidad constitucional enfocada en el cimiento de la institucionalidad constitucional de la Nación, Quiroga León entiende que: "la Constitución no será solo la norma política con expresión y manifestación de

¹⁵⁸ Calamandrei, P. (2006). *Proceso y democracia*. Lima: Ara Editores. p. 33.

¹⁵⁹ Revenga, M. Op. cit. p. 152



norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la Lex superior o la *higherlaw*¹⁶⁰

El profesor Wróblewski considera que lo relativo a la interpretación legal de la normativa ordinaria no presenta mayor polémica, situación que sí ocurre frente a la interpretación constitucional. En la interpretación legal se observan varios niveles de vinculación, como si existiesen grados de *pedigree* de la misma:

i) la primera fuente de interpretación es la del Legislador, que es quien ha interpretado inicialmente la norma al haberla promulgado es lo que se conoce como interpretación auténtica. Como fue él quien la expidió está llamado también a determinar su alcance y su significado inicial; ii) igualmente, en nuestro ordenamiento existen una serie de órganos específicos del Estado con competencia interpretativa especial y con amplios márgenes de validez general, como con la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Supremo Electoral en lo concerniente a las normas legales que habrán de aplicarse en la llamada jurisdicción ordinaria y electoral, respectivamente; iii) se presenta una interpretación operativa por parte de los funcionarios judiciales o administrativos encargados de aplicarla a los casos concretos de que conocen; iv) una interpretación doctrinal, como es la interpretación del derecho en las ciencias jurídicas y en la dogmática jurídica en particular, encargada de sistematizar el derecho vigente; y, por último; v) se encuentra otro nivel de interpretación como es el que realizan las partes, sus abogados en el proceso jurídico y la opinión pública, que si bien no tienen la última palabra, sí están llamados a llevar pautas o referentes a los intérpretes más legitimados para ello¹⁶¹.

¹⁶⁰Quiroga, A. (2002). El derecho constitucional peruano. En *Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Constitucionalismo y derechos humanos*. México: UNAM. p. 185.

¹⁶¹ Wróblewski, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas. p. 27-29.



Es natural que existan diversas formas de interpretación que, en una época o momento determinado fueron o son vinculantes para todos, como aquellas que realizan las altas cortes dentro del ámbito de las materias específicas para las cuales están revestidas sus competencias y que obligan a los tribunales y a los jueces menores a respetarlas. El máximo grado de interpretación vinculante que se impone en los niveles señalados, les compete a los tribunales constitucionales; cuando la interpretación se refiere al contenido del texto constitucional, habrán de ajustarse administrados, administradores, jueces y legisladores en un Estado constitucional. En palabras de Wröblewski:

Las decisiones interpretativas de tales tribunales funcionan en lo que se ha denominado situaciones ordinarias, en las que los tribunales más bajos acogen la interpretación del tribunal más elevado como argumento para fundamentar su propia actividad interpretativa. Con ello se pretende llevar uniformidad y certeza en la aplicación judicial del Derecho¹⁶².

Los tribunales constitucionales, mediante la interpretación del texto constitucional y del ordenamiento jurídico en general, lo que ejecutan es la concreción del derecho que puede llegar a equipararse al proceso de creación del derecho o de las normas, incluso innovándolas. Sin embargo, a diferencia del Legislador, no le compete proceder por la simple consideración de oportunidad o del momento, sino que dicha concreción estaría vinculada por la declaración de un derecho preexistente; el tribunal solo conoce cuando se somete un asunto a su conocimiento y lo somete. La efectividad o integralidad de la tutela jurisdiccional del acceso a la justicia, se satisface con el correspondiente requisito de procedencia de la acción que se interpone para la protección de los derechos fundamentales del ciudadano, considerándose que únicamente es indispensable que, quien promueve, justifique que con el acto o resolución reclamado se cometieron en su perjuicio violaciones a cualquiera de los derechos fundamentales,

¹⁶² *Ibíd.* p. 31.



independientemente de que con en el fallo emitido o que se llegue a emitir, se puedan estimar fundadas o infundadas las alegaciones; se trata de un elemento de carácter formal La efectividad o integralidad de la tutela jurisdiccional del acceso a la justicia, se satisface con el correspondiente requisito de procedencia de la acción que se interpone para la protección de los derechos fundamentales del ciudadano, considerándose que únicamente es indispensable que, quien promueve, justifique que con el acto o resolución reclamado se cometieron en su perjuicio violaciones a cualquiera de los derechos fundamentales, independientemente de que con en el fallo emitido o que se llegue a emitir, se puedan estimar fundadas o infundadas las alegaciones; se trata de un elemento de carácter formal La efectividad o integralidad de la tutela jurisdiccional del acceso a la justicia, se satisface con el correspondiente requisito de procedencia de la acción que se interpone para la protección de los derechos fundamentales del ciudadano, considerándose que únicamente es indispensable que, quien promueve, justifique que con el acto o resolución reclamado se cometieron en su perjuicio violaciones a cualquiera de los derechos fundamentales, independientemente de que con en el fallo emitido o que se llegue a emitir, se puedan estimar fundadas o infundadas las alegaciones; se trata de un elemento de carácter formal, quien puede hacerlo, lo cual consiste en verificar e interpretarla En ocasiones lo resuelto por los tribunales constitucionales sienta jurisprudencia y adquiere fuerza normativa, no obstante, que la función de la jurisdicción constitucional es variable, como lo señala con acierto Häberle: “flexible en el tiempo y en el espacio, puede convertirse en autoridad conformadora de la Constitución, según sea la fase del desarrollo del concreto Estado constitucional que ella contribuye a garantizar”¹⁶³.

Como consecuencia de las actuaciones o resoluciones que dicte la jurisdicción constitucional, resulta la transformación del ordenamiento jurídico vigente, en una época o momento jurídico determinado, actuaciones o funciones

¹⁶³ Häberle, P. Ob. Cit. p. 160.



accesorias, intervenciones concebidas como *última ratio*, pues su función es juzgar, no legislar ni administrar, el tribunal debe ser prudente cuando realice dicha labor.

Existen otras opiniones, como lo que estimó en su momento Brandeis, magistrado conservador de la Suprema Corte norteamericana, cuando en 1924 en uno de sus votos particulares argumentó y manifestó que, aquella se había convertido en una *súper legislatura*. No obstante, que, la labor interpretativa de los órganos judiciales, basada en la comprensión valorativa, no puede entenderse arbitraria. La función de análisis que desarrolla es facultad otorgada por la Constitución y constituye un complemento y perfección de la actividad legislativa.

En los Estados Unidos de América, jueces como el referido Louis Dembitz Brandeis y Félix Frankfurter propugnaron la conveniencia de minimizar los riesgos de la jurisprudencia política de la Corte aprovechándose de la figura del *selfrestraint* o doctrina de la autorrestricción. De manera diferente la discusión en Europa se centra en relación con la polémica de que si el juez debe mantenerse en los exactos linderos que le definiera Locke y desarrollara Montesquieu o si las funciones jurisdiccionales otorgadas y que les compete cumplir han evolucionado hasta el punto de posibilitarles desarrollar la realidad político-social sobre la que interactúan.

La respuesta dependerá del tipo de Constitución, de Estado, de sociedad y de democracia en que se viva. Poyal Costa lo resume diciendo que, los textos políticos que son creados como respuesta a compromiso de las distintas fuerzas políticas, los autores se esforzarán en ver reflejada en la Constitución sus propias concepciones e intereses, limitando y condicionando el uso alternativo de la interpretación a que se verifiquen ciertas premisas:

- i) que la Constitución obliga en su totalidad al intérprete; ii) que la interpretación aun siendo evolutiva, ha de conciliar los distintos principios a



que obedece con los fines que persigue, y, iii) que en ningún caso la interpretación ha de ser tal que anule el carácter pluralista y democrático del orden político: "Luego, el uso alternativo que puede hacerse de la interpretación constitucional está limitado por el mismo texto, no solo en sentido material y concreto, sino también por la esencia de la norma. [...] Todo ello es válido para países en que se den las premisas de libertad política y régimen democrático, pues en los regímenes de dictaduras políticas, si bien la interpretación de la Constitución a veces también se confía a los órganos judiciales, al faltar la libertad, estar mediatizado el Poder Judicial y carecer de independencia o tenerla limitada, la interpretación que se lleve a cabo, no tendrá la fundamentación filosófica, moral y jurídica necesaria como ocurrió en la dictadura hitleriana¹⁶⁴.

Las doctrinas que argumentar en relación con las corrientes como el *neo-constitucionalismo moderado* –o post constitucionalismo–, estiman que en la actualidad el juez constitucional se enfrenta, en el ejercicio de sus funciones a dos problemas jurídicos: por un lado debe ajustarse al imperativo de respeto al texto constitucional, y, por otro, se ve obligado a aclararlo en algunas resoluciones, mediante su interpretación, teniendo siempre cuidado de no desbordar el marco jurídico mismo, que lo posibilita, habilita y legitima en defensa del orden fundamental. No podrá subordinar lo jurídico a consideraciones de tipo político o de oportunidad, puesto que el centro del universo político ha variado revolucionariamente, y no son relevantes el Estado ni el poder, son relevantes el hombre (la dignidad de la persona humana, la justicia) y sus derechos fundamentales inherentes y reconocidos en los sistemas democráticos de derecho. Al resolver los conflictos políticos con criterios y métodos jurídicos, se debe contemplar las consecuencias políticas de las decisiones, pero dentro de los límites del derecho, porque cuando existe un conflicto entre la política y el derecho, el juez tendrá que contemplar solo el interés general sobre el interés

¹⁶⁴ Poyal, A. Op. cit. p. 189-190.

jurídico y político de la comunidad para defender y privilegiar los derechos fundamentales, aunque el congreso o el Ejecutivo los pretenda desconocer.



Las argumentaciones son evidentemente políticas que sometan a su juicio deben resolverse jurídicamente, aun cuando la ambigüedad y la generalidad de los textos les concedan un apreciable margen de valoración. El juez debe resolver conforme el sentido de la justicia, de buena fe y despolitizando la decisión, no deben prevalecer creencias partidarias, ideológicas, de ninguna clase o protegiendo un interés particular.

El juez constitucional podrá, cuando aplica e interpreta la norma jurídica, desarrollar e incluso ampliar el Derecho, pero, de ninguna manera modificarlo en contrario; podrá explicitar su contenido, pero jamás transformarlo restringiendo su alcance, pues su labor no es la de reformar la Constitución, sino defenderla, explicarla, concretarla, hacerla entendible, conectarla a la realidad. En todo caso, en la interpretación que haga del texto constitucional, deberá ser respetuoso de este, jamás podrá sobrepassarlo.

Para Agapito Serrano, el juez:

Lleva a cabo una labor heurística que trata de descubrir el alcance y los límites de las exigencias normativas que derivan de aquellas, los problemas concretos que se plantean en la vigencia efectiva de la norma constitucional y los criterios objetivos que permiten determinar su relevancia constitucional. El análisis de las consecuencias o implicaciones jurídicas de los principios pretende combinar y cumplir en suma la doble tarea doctrinal, así como de interpretación y aplicación del derecho, con el objeto de facilitar una interpretación sistemática de todo el entramado constitucional establecido en la correspondiente norma jurídica fundamental¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Agapito, R. Ob. Cit. p. 15.



Es pertinente aclarar que los únicos límites que se le imponen al órgano constitucional, cuando asume su función de controlar la constitucionalidad de las leyes y de los actos de los Poderes Públicos es el propio texto constitucional y la autolimitación o auto restricción de lo que le compete o no le compete conocer, privilegiando el respeto a los principios jurídicos, a los derechos fundamentales, a las decisiones o mandatos del constituyente primario, a ciertas normas del derecho internacional y a la voluntad del pueblo, cuando la voluntad no se encuentre desbordada o influida irresponsablemente por los poderes políticos o los medios de comunicación, cuando se circunscribe racionalmente.

En los medios políticos, empresariales y en los de comunicación coexisten opiniones contrarias al respecto de tan ardiente polémica. De conformidad con la diversidad de criterios, se pone en duda la idoneidad y la legitimidad de las funciones que naturalmente tiene o se abroga la Corte de Constitucionalidad. A este respecto es oportuno indicar que, no obstante, que sus funciones las ejecuta dentro del marco de legitimidad del ejercicio del poder que le ha sido otorgado, referente al control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes, no ha estado exento de críticas por los fallos que dicta, lo que conlleva a las manifestaciones de diferentes opiniones o criterios sean opuestos, lo que es válido en un Estado democrático de derecho.

De acuerdo con lo que sostiene Bidart Campos el problema en todo caso, sería lo relativo al comportamiento democrático o la forma de ejercer el poder el constitucionalista, lo cual es objeto de análisis y estudio independiente. El Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus atribuciones como garante y defensor de la Constitución, se constituye en un instrumento eficaz y se encuentra legitimado y justificado en un sistema democrático de derecho a asegurar y afirmar su primacía, para perfeccionar la vigencia del Estado de derecho.

Esta es la razón por la que resulta de gran utilidad acudir a los estudios de los distintos fallos de la jurisdicción constitucional internacional, para comparar y



analizar el desarrollo de los tribunales constitucionales, con la finalidad de enriquecer la discusión de conformidad con los diferentes criterios y progresos desde la perspectiva del derecho y el estudio de la práctica constitucional, con la esperanza de que permita arribar a una justa comprensión del papel e importancia de la Corte de Constitucionalidad, en la dimensión que le ha impuesto la Constitución.

Si bien la Corte de Constitucionalidad no es la única facultada para interpretar la Constitución es el intérprete más válido que pudiera darse, supeditado a la decisión del pueblo o del Derecho. Es indiscutible que, en última instancia es el ente ejecutor de la voluntad del Constituyente es el órgano legitimado para ello.

Todos podemos pensar libremente lo que queramos con respecto a los valores, principios, fines, contenidos o normas constitucionales, con mucha mayor razón legisladores, gobernantes, jueces, funcionarios judiciales, tratadistas y doctrinarios, pero lo único cierto del caso es que el máximo intérprete es la Corte de Constitucionalidad, cuya visión y criterio vincula y obliga a todos, a gobernantes y a ciudadanos, a doctos y a legos en Derecho. En este sentido habrá que atenerse a sus razones, así ella no sea ni el pueblo ni el Derecho¹⁶⁶.

La Corte de Constitucionalidad como intérprete del Estatuto Superior, en el por el ejercicio de la potestad conferida por el Constituyente Primario de 1985 es el órgano autorizado para interpretar el significado a lo que no está claro en sus disposiciones es la competente para hacer valer los principios, valores y fines consagrados en el texto constitucional. Encima de los poderes constituidos, se encuentra el Poder Constituyente, hace que los poderes se inclinen ante sus

¹⁶⁶ Chinchilla, T. (1997). *Fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional*. Anuario de derecho constitucional contemporáneo. Medellín: Diké. p. 371.



decisiones y respeten las normas de la Constitución, en lo relativo a los derechos fundamentales de la persona.

La Corte de Constitucionalidad, al momento de ejercer su mandato y al asumir su función de control de constitucionalidad, tiene como límites al impartir justicia, debe velar por el respeto a los derechos fundamentales e interpretar la voluntad del constituyente. Frente al primer límite, siempre existe fundamento para aplicar la justicia en cada sociedad. El *quid* del asunto está en encontrar el razonamiento para ello. ¿Se puede decir que se agota en el código, en las disposiciones y reglas lo que el Legislador dispone? ¿Acaso todo está contenido en la norma y el Legislador es tan perfecto como para prever todas las posibles situaciones? ¿Está exenta la decisión del juez de influencias o consideraciones políticas, culturales, sociales o morales? ¿Qué es lo que garantiza que la decisión o el fallo del caso concreto se aproximen al umbral de la justicia? ¿El apego irrestricto por el juzgador al recelo del Legislador es quizás resguardo de la injusticia? ¿El juez que no piensa y se apega mecánicamente a lo que el parlamento le define, acaso será más proclive a la justicia que aquel que palpa la realidad social e institucional, que discierne al actuar, que sopesa y distingue razones? ¿Será el juez autónomo e independiente o el juez sojuzgado y mero funcionario el que garantice un índice más de justicia?

Estas y otras interrogantes deben ser respondidas por los estudiosos, doctrinarios y teóricos. El análisis obligatorio que se debe realizar es que lo que justifica la existencia de la Corte, como órgano encargado de la interpretación y de la defensa del ordenamiento jurídico, se debe al ejercicio de las funciones otorgadas por la Constitución, los Tratados y Convenios Internacionales, en materia de derechos humanos.

La discusión álgida radica en precisar, si el control judicial de constitucionalidad implica detrimento a la democracia representativa o limitación de las decisiones asumidas por los órganos políticos democráticamente electos y



que representan la voluntad del pueblo que los eligió, o, por el contrario, implica su realización. Quienes se inclinan por el primer planteamiento afirman que el fundamento de la justicia es lo que le corresponde precisar al Tribunal Constitucional, cediendo a las valoraciones políticas personales de los magistrados de la Corte Constitucional.

Los intérpretes constitucionales inevitablemente tienen que conocer temas políticos, pero sus valoraciones deben ser éticas y filosófico-jurídicas mitigadas por la justicia que es el valor que orienta a la política. La virtud real del constitucionalista es resolver cuestiones políticas, económicas y sociales de manera jurídica, basando sus parámetros de desarrollo en la suprema interpretación y significado de las palabras del texto constitucional, privilegiando el interés público e institucional. La aplicación del derecho no solo se limita a los ciudadanos, sino también a los gobernantes, legisladores, al Estado, que no puede estar por encima de aquel.

4.4.3 Jurisprudencia constitucional, instrumento de aclaración y garantía de protección a derechos fundamentales

La función de la jurisprudencia constitucional es concreta, por lo que se estima procedente aclarar que derecho público debe ser orientado por los senderos de la justicia social y democrática. Por lo tanto, la bondad de la jurisprudencia y de las doctrinas constitucionales son importantes e imprescindibles. La compilación de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad es esencial, porque permite conocer la calidad y eficacia del derecho positivo que aplica, y, al mismo tiempo, medir la evolución del derecho por el transcurso del tiempo, comprobando la recepción de las teorías de las escuelas, la influencia de los aportes doctrinarios y académicos nacionales e internacionales.



Se debe reconocer la gran utilidad que la jurisprudencia constitucional presta a quien desea instruirse en el conocimiento de la legislación nacional, para quien investiga y pretende fijar el sentido de un texto, su alcance, su prelación o la elasticidad de la propia doctrina¹⁶⁷.

La jurisprudencia constitucional es importante, porque le facilita al juez el acierto de sus fallos y al mismo tiempo le muestra al Legislador los defectos de la ley, al litigante le brinda sustento o motivación en sus argumentos jurídicos. Es en la jurisprudencia juiciosa y responsable en donde se evidencian los vacíos en la redacción de las leyes infraconstitucionales y la imperfección de la función legislativa.

Durante mucho tiempo, los tribunales supremos se auto restringían, en aceptar que fuese el parlamento el órgano legitimado para realizar las *interpretaciones auténticas* de las normas legales y constitucionales, por lo que en la práctica se subordinaban a las doctrinas teóricas –las de los tratadistas o juristas particulares– a las doctrinas judiciales –las de la magistratura propiamente dicha– a las doctrinas legislativas, porque eran “de carácter general y obligatorio, porque vienen de quien tiene autoridad legal para darlas”¹⁶⁸.

A partir de la creación de la Corte de Constitucionalidad, se ha redimensionado el papel del juez al extremo de posibilitarle asumir con entereza su independencia y autonomía, constituyéndose en la figura clave, no solo para resguardar el orden constitucional y legal, sino incluso para desarrollarlo. La figura central del nuevo orden constitucional es sin duda, la del juez.

Se ha superado el concepto imperante de que la letra de la ley era perfecta redactada por obra y gracia de un Legislador infalible, a quien le prestaba su boca el juez al momento de concretar la norma. Todo ello entendido dentro de la más

¹⁶⁷ Garavito, F. Ob. Cit. p. 9.

¹⁶⁸ Ibíd. p. 11.



pura concepción montesquiana. En los últimos años, se ha pretendido dar a la jurisprudencia, preeminencia sobre la ley, al entenderla como fuente de derecho y tener a la Corte de Constitucionalidad como un legislador *sui generis*.

Actualmente, con fundamento en los desarrollos alcanzados por el constitucionalismo, se estima pertinente considerar que la Corte de Constitucionalidad debe cumplir de manera efectiva su función, ajustada al conocimiento de la justicia, al control de constitucionalidad de las normas, al control de los actos de los poderes constituidos y los asuntos sometidos a su conocimiento.

“La Corte de Constitucionalidad, en un ejercicio correcto de su función, mediante su doctrina y su jurisprudencia lo que debe fijar es el derrotero que habrá de transitar el derecho Constitucional, resolviendo esencialmente problemas de interpretación y de argumentación”¹⁶⁹.

El fundamento de la justicia constitucional es: la defensa del ser humano, de la sociedad y de los derechos fundamentales. Por lo tanto, este tipo de justicia expone un mayor grado de protagonismo, llegando a mostrarse incluso revolucionaria en sociedades sometidas o dominadas por gobiernos totalitaristas o con dictaduras civiles ocultas en donde la democracia, los derechos y libertades públicas se ven amenazadas, por minorías que detentan el poder. El protagonismo de la justicia constitucional se modera, en aquellas sociedades que gozan de la garantía de libertad, garantías políticas, o cuando se protege el orden público y la seguridad jurídica. Conforme a lo expuesto se confirma la hipótesis planteada en el sentido que el poder judicial se constituye en el garante del régimen democrático.

¹⁶⁹ *Ibíd.* p. 20.



Cuando el Legislador y la clase gobernante cumplen con ejercer sus funciones dentro de la normativa vigente, el papel protagónico de la justicia constitucional necesariamente debe actuar con regularidad. En los Estados en los que existe el autoritarismo, en un régimen de gobierno en donde la separación de poderes no se respeta, los derechos solo están garantizados de manera formal, porque no se aplican, la justicia constitucional a veces se vuelve proactiva y activista.

La interpretación que realice el juez del texto constitucional no puede ser totalmente libre o antojadiza, debe ser jurídica, la que se obtiene del análisis del contenido central de los preceptos fundamentales y es coherente con los ideales deontológicos y axiológicos que contiene; propulsa la realización de principios y valores que postula, como lo son los del Estado republicano social y democrático de derecho; definiendo elementos claros y entendibles por los seres humanos como lo son los de justicia, solidaridad, dignidad, igualdad, seguridad, bienestar que privilegian los Estados de derecho.

El texto constitucional trasciende dentro del ámbito judicial; pero no se pueden desarrollar y realizar interpretaciones que contravengan su sentido; el intérprete no puede obviar ni vulnerar el sentido de la norma. Puede tornar la Constitución mucho más justa, más humana, más efectiva, pero lo que no puede es variar su finalidad, podrá agregar e interpretar de forma extensiva las garantías y derechos que allí se consagran, pero jamás podrá disminuirlos.

García de Enterría, estima que lo que debe caracterizar al juez moderno es su actitud de trascender incluso la neutralidad en sus decisiones, pero siempre inclinada al servicio del ordenamiento jurídico y de sus valores propios: La idea originaria, para someter al juez a la función estricta de la ley, es que no existe derecho al margen de la ley, que solo en ella debe buscarse la solución para resolver los problemas jurídicos que se planteen. "El papel del juez deberá seguir siendo el de un servidor de la Constitución y de la Ley, en nombre de las cuales

habla, y no de ninguna otra fuente mágica, extrae únicamente la fuente de sus sentencias”¹⁷⁰.



En este sentido, como manifiesta Dworkin, los tribunales constitucionales modernos se erigen en:

Las capitales del imperio de la justicia y los jueces son sus Príncipes, pero no sus adivinos o profetas. Les corresponde a los filósofos, si lo desean, resolver las ambiciones del Derecho, la forma más pura del derecho dentro y más allá del derecho que tenemos [...]. El derecho que tenemos, el derecho actual y concreto, está fijado por la integridad inclusiva. Este es el papel del juez, el derecho que está obligado a declarar y a hacer cumplir¹⁷¹.

La finalidad del derecho no puede ser otra que el desarrollo de la justicia. Al *buen juez* pregonado en las postrimerías del siglo XIX, al *juez justo* al que se refiere el profesor Nieto García, lo mismo que al *juez hércules* de finales del XX es al que se debe su concreción y son ellos los que hacen evolucionar al derecho de la manera correcta y apropiada para el bienestar social.

Esta afirmación encuentra sustento en la concepción de Dworkin cuando expresa que:

Derecho es un concepto interpretativo. Los jueces deberán decidir qué es el derecho al interpretar la práctica de otros jueces cuando deciden qué es el derecho. Las teorías generales del derecho son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial. Rechazamos el convencionalismo, que halla la mejor interpretación en la idea de que los jueces descubren y ponen en vigor convenciones legales especiales y el

¹⁷⁰ García, E. (1997). *La democracia y el lugar de la ley*. p. 87. Recuperado de http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/1/garcia_de_enterria_eduardo.pdf

¹⁷¹ Dworkin, R. (1992). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa. p. 285.



pragmatismo, que la encuentra en la historia diferente de los jueces como arquitectos independientes del mejor futuro, libres de la demanda inhibitoria de que deben actuar en forma coherente en principio unos con otros. Destaqué la tercera concepción, el derecho como integridad, que une la jurisprudencia y la adjudicación. Hace que el contenido del derecho no dependa de convenciones especiales o cruzadas independientes, sino de interpretaciones más refinadas y concretas de la misma práctica legal que ha comenzado a interpretar¹⁷².

Citando en la misma línea de pensamiento al doctrinario procesalista actual, profesor Taruffo, en una concepción abierta y creativa sobre la jurisdicción estima que corresponde al juez, realizar lo que el Legislador no es capaz o se abstiene, de hacer como lo es atribuir dignidad y tutela jurídica a las nuevas necesidades y a los nuevos derechos. No basta que la jurisdicción moderna se entienda únicamente con funciones declarativas del derecho preexistente indicado o regulado por el Legislador, sino que, el juez asume una función *creadora* e interpretadora de la norma.

La jurisdicción no puede ser entendida, como secundaria con relación al derecho sustancial, pues no solo se limita a constatar y declarar la regla jurídica de observancia impuesta por el Legislador, sino que, la adecua al caso concreto, integrando de manera idónea la necesidad del respeto al derecho que se exige:

La estratificación del ordenamiento, la necesidad de interpretar y concretar principios y garantías constitucionales, la pluralidad, dispersión, incoherencia y variabilidad de las fuentes legislativas y los fenómenos de suplencia judicial a menudo inevitables, hacer así que el juez tenga que desempeñar una función, en sentido amplio, creadora de derecho, aunque solo, porque es a él a quien corresponde individualizar activamente,

¹⁷² *Ibíd.* p. 287-288.



formular y justificar la decisión justa al caso concreto. El juez ha pasado, así, de ser pasivo y mecánico aplicador de normas, a convertirse en garante de justicia y de los derechos fundamentales y al mismo tiempo en intérprete activo y responsable de las necesidades de tutela que emergen en el contexto social¹⁷³.

El derecho actual es percibido de manera muy distinta de la forma clásica y la manera como fue asimilado durante cientos de años: es un concepto interpretativo en la medida en que frente a los casos que se someten a decisión judicial no existe una única forma correcta de decidir, sino solo formas diferentes para decidir un caso concreto. La respuesta que Dworkin da a la pregunta ¿qué es el Derecho?, la manifiesta en el párrafo final de su obra *El Imperio de la justicia* y resulta muy ilustrativa:

El derecho no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios, cada uno con su propio dominio sobre algún discreto teatro de conducta. Ni tampoco por un grupo de funcionarios y sus poderes sobre una parte de nuestras vidas. Es la actitud la que define el imperio de la justicia (el derecho), y no el territorio, el poder o el proceso. Estudiamos dicha actitud principalmente en las cortes de apelación, donde se examina para la inspección, pero debe penetrar en nuestras vidas ordinarias si debe servirnos también en la Corte. Es una actitud interpretativa, introspectiva, dirigida a la política en sentido amplio. Es una actitud protestante que hace a cada ciudadano responsable por imaginar cuáles son los compromisos públicos de su sociedad con respecto a los principios y qué requieren estos compromisos en nuevas circunstancias. La naturaleza del discernimiento retrospectivo, así como también la suposición reguladora de que a pesar de que los jueces deben tener la última palabra, su palabra no es por ello la mejor, confirman el carácter protestante del derecho y reconocen el rol

¹⁷³ Taruffo, M. Ob. Cit. p. 141.



creativo de las decisiones particulares. La actitud del derecho es constructiva: su objetivo, en el espíritu interpretativo es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es, por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en la comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones. Esto es, de todas formas, lo que el derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener¹⁷⁴.

En la nueva concepción del Derecho, se encuentra el centro del monopolizado debate acerca del papel y de las funciones que debe cumplir el órgano encargado del control judicial de constitucionalidad de las normas y de los actos de los Poderes Públicos. El nuevo concepto, genera la visualización de una norma fundamental de textura abierta, de naturaleza dócil, con un rol normativo diferente a la anterior concepción, en cuanto a que en ella pocas situaciones se encuentran radicalmente definidas y su función, más que imponer es orientar los procesos de creación y aplicación del Derecho.

La Constitución requiere desarrollo, puesto que es inacabada y se encuentra en constante evolución es una guía a la que se adapta el ordenamiento jurídico, a partir de los valores y de principios que contiene, en concordancia con los fines y estándares de justicia. Una Constitución inacabada, concebida más como *punto de llegada* que como punto de partida es mediante la interpretación que realiza de ella el juez constitucional como se concreta en la realidad.

¹⁷⁴ Dworkin, R. *El imperio de la justicia*. Ob. Cit. pp. 289-290.



4.5 El Tribunal Constitucional en el Estado constitucional

En la impartición de justicia constitucional, quien mejor realiza la defensa de la Constitución es el Tribunal Constitucional, al garantizar jurisdiccionalmente la eficacia de la norma suprema, puesto que su objetivo esencial es mantener la plena vigencia de la Constitución y dejar sin efecto todo aquello que la contradiga.

4.5.1 Elementos constitutivos del Tribunal Constitucional

La Independencia funcional económica, le permita disponer de su propio presupuesto; la integración debe ser por magistrados designados por diferentes órganos; en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales debe ser independiente, y no tener nexos con los organismos que lo designan; los magistrados deben estar investidos de inmunidad con la finalidad de no ser perseguidos por sus opiniones en la dirección de su cargo y gozar de inamovilidad en el desempeño de sus funciones.

Al ser sometido a conocimiento del juez constitucional un asunto de jurisdicción ordinaria, debe recordar que solo está facultado para revisar el acto reclamado como labor esencial y evidenciar que se ha producido una lesión a la norma suprema, en cuyo caso deberá reconducir dentro del ámbito de sus funciones a la autoridad que lo emitió, a efecto de mantener y garantizar la supremacía constitucional.

La Corte de Constitucionalidad jurisprudencialmente se diferencia entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, porque la normativa le asigna a la primera la defensa del orden constitucional y la segunda desarrolla la jurisdicción ordinaria cuando imparte justicia en un caso concreto que sea sometido a su conocimiento.



En Guatemala a partir de la vigencia de la actual Constitución, la Corte de Constitucionalidad, si bien formalmente no es el único ente facultado para interpretarla, realmente sí es el último y definitivo intérprete. La interrogante que subsiste y que divide a la opinión de los estudiosos de manera acalorada es el de determinar lo siguiente: ¿puede imponerse un límite a la función que ejerce la Corte Constitucional respecto del control de constitucionalidad? Pregunta que divide las opiniones de manera abismal de algunos en el campo de la doctrina académica. La respuesta, según se interpreta que no, porque como defensor máximo se constituye como intérprete supremo, tiene la última palabra, haciendo que cada uno de los poderes respeten las normas; además le compete interpretar si la normativa ordinaria se encuentra conforme o no, con la Constitución.

La Corte de Constitucionalidad ejerce la jurisdicción constitucional en forma concentrada, pero se mantiene también el control de constitucionalidad en primera instancia ejecutado por los jueces ordinarios, Salas de la Corte de Apelaciones, Cámara de Amparo y Corte Suprema de Justicia, los fallos emitidos por estos tribunales son revisados por la Corte de Constitucionalidad, cuyas sentencias son definitivas, y no impugnables.

4.6 Antecedentes de la Corte de Constitucionalidad

El antecedente histórico más próximo, relativo a la institución del Tribunal Constitucional en Guatemala, se remonta a 1964, cuando en el marco del III Congreso Jurídico Guatemalteco, se presentaron las primeras ponencias sobre la creación del Tribunal de Control Constitucional y Proyecto de Ley de Control de la Inconstitucionalidad; las ponencias fueron inspiradas en la estructura del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, siguiendo las directrices del sistema austríaco postulado por Hans Kelsen. El proyecto aprobado en dicho evento académico estableció una significativa partida de referencia para los

constituyentes que en 1965 redactaron una nueva Ley Fundamental e incorporaron el proyecto en la nueva ley.



Las características relevantes del órgano en esa época fueron: Acoger el modelo austriaco o concentrado, pero con la modalidad dual: un Tribunal Extraordinario de Amparo, integrado por el presidente de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones o, en su defecto, por el de otra Salas, en orden numérico, seis vocales de las propias salas, designados por sorteo entre los propietarios y suplentes de esas salas, el sorteo es practicado por la Sala a la que pertenecía el presidente designado; la Corte de Constitucionalidad, se integraba por el presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia, siete miembros más electos por sorteo entre todos los magistrados de la Corte de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo.

Al Tribunal Extraordinario de Amparo le correspondía conocer y resolver los amparos a nivel doctrinario y legal, planteados contra la Corte Suprema de Justicia o cualquiera de sus miembros, el Congreso de la República y el Consejo de Estado, por los actos y resoluciones no legislativos. Además, se encargaba del conocimiento de las acciones interpuestas contra las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contuvieran vicio parcial o total de inconstitucionalidad. La existencia de los referidos órganos era limitada y temporal, pues se conformaban cuando necesitaba juzgar un caso que hubiese sido sometido a su conocimiento.

Se les confería independencia y autonomía relativas, en virtud de que los magistrados que los integraban formaban parte de los órganos de la jerarquía ordinaria; es decir, del Poder Judicial, el presidente de la Corte Suprema de Justicia ejercía, eventualmente, también, la Presidencia de la Corte de Constitucionalidad, lo que ocasionó, detrimento en la confianza y falta credibilidad del tribunal.

El ámbito de operación del amparo era sumamente restringido, puesto que se constreñía al control judicial de los actos de poder público, ejercido por la Corte Suprema de Justicia o cualquiera de sus miembros, el Congreso de la República y el Consejo de Estado.



El movimiento político militar que ocasionó el golpe de Estado en el año 1982 produjo la abrogación de la Constitución de 1965, lo cual abrió paso a una coyuntura esencialmente transparente para la instauración de un nuevo y firme orden constitucional. Las Primeras Jornadas Constitucionales organizadas por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala en 1984 concluyeron recomendando la creación de un Tribunal Constitucional concentrado, permanente y autónomo.

Tomadas las medidas necesarias a efecto de reconducir la vida democrática del país, en 1985 se impulsó la redacción, promulgación y entrada en vigor de un nuevo cuerpo normativo supremo, el que con algunas reformas, se encuentra vigente a la fecha, contempla la creación de la Corte de Constitucionalidad, con la especialidad y características que la caracterizan en la actualidad.

4.6.1 Atribuciones de la Corte de Constitucionalidad

Según lo establecido en el artículo 268 de la Constitución y lo previsto en la ley de Amparo y Exhibición Personal y 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 organismos del Estado y ejerce las funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia.



El artículo 272 de la Constitución y el 163 de la ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad, establecen una amplia gama de funciones que garantizan el control de constitucionalidad ejercido por el tribunal y la protección de los derechos humanos ejercida a través de mecanismos constitucionales que garantizan la vigencia y positividad de estos. Su competencia no solo es reparadora, dejando sin efecto leyes y disposiciones contrarias a la ley fundamental, posee facultades preventivas que ejerce a través de sus opiniones consultivas solicitadas por el Congreso de la República, el presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia y dictámenes previo a la reforma de las leyes de jerarquía constitucional.

Las funciones de la Corte, según las normas anteriormente citadas son: conocer en única instancia las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad, ejerciendo un control concentrado de constitucionalidad con efectos erga omnes; la declaratoria produce la expulsión de la norma jurídica.

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. Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos contra cualquiera de los tribunales de justicia.

Conoce en calidad de tribunal de alzada todas las apelaciones que se interpongan en materia de amparo. Conocer las apelaciones de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia. A solicitud de cualquiera de los organismos del Estado emite opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley.

Ejerce una función preventiva que permite revisar previamente a entrada en vigor de una norma, su constitucionalidad. Conocer y resolver conflictos de jurisdicción en materia de constitucionalidad. Compilar la doctrina y principios constitucionales sentados con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes.



Emite opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo cuando se argumenta inconstitucionalidad. Opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República es la más amplia de sus funciones, que le permite incluso actuar de oficio en asuntos que a su juicio sean de su competencia.



CONCLUSIONES



La Constitución democrática y regulativa debe ser de estructura abierta, sin que se mancille o dificulte su interpretación. Debe plasmar derechos fundamentales, deberes, fines esenciales del quehacer estatal y social mediante la regulación de principios y valores, erigidos con fundamento en la justicia; le corresponde, además, alcanzar y propiciar equilibrio jurídico, político y social. Se considera que una Constitución abierta permite que el sistema jurídico-político pueda reflejar alternativas jurídicas y políticas que operan a su amparo sin menoscabo o descuido de la seguridad jurídica que también es un derecho fundamental.

La Constitución, además de consagrar derechos fundamentales y garantizarlos, tiene como función fundamental e irrenunciable, orientar y contribuir a la solución efectiva de problemas sociales y políticos desde una perspectiva jurídica, por lo tanto, el poder judicial desempeña un papel preponderante en el control de observancia constitucional de las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general.

Al Tribunal Constitucional le compete controlar los actos realizados por los poderes ejecutivo y legislativo, de esa manera vincula, con criterios de legitimidad, las relaciones sociales, las relaciones entre los órganos de poder y los ciudadanos. El medio para alcanzar su función es la interpretación de la Constitución, instrumento idóneo para encontrar la forma legítima y práctica de proteger los intereses de la sociedad civil frente a las desviaciones de los poderes legalmente constituidos, con funciones y atribuciones específicas otorgadas por la normativa constitucional.

Por las razones expuestas, se considera verificada la hipótesis formulada, porque: una democracia con un Poder Judicial vigoroso y efectivo es una democracia constitucional poderosa, porque es un régimen en cual los derechos fundamentales están garantizados. Si la justicia constitucional tiene como función

proteger los derechos fundamentales y si los derechos fundamentales tienen como uno de sus sustentos la democracia, entonces la justicia constitucional ejercida por el Poder Judicial deviene en garante del régimen democrático en un Estado de derecho.



REFERENCIAS



- Acosta, J. (1998). *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Aguiar, L. (2002). *El control de constitucional de normas en el modelo europeo de justicia constitucional*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José.
- Aguiló, J. (2004). *La Constitución del Estado constitucional*. Lima: Temis.
- Aguiló, J. (2001). *Teoría general de las fuentes del derecho y del orden jurídico*. Barcelona: Ariel.
- Álvarez, C. (1999). *Lecciones de historia del constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.
- Aragón, M. (1997). El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. En *Temas de Derecho Público, vol (44)*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, de la Universidad Externado de Colombia.
- Arenas, C., Ávila, R., Orozco, J. (2002). *El sistema mexicano de justicia electoral*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Böckenförde, E., y Wolfgang, E. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.



- Bovero, M. (2002). Globalización, democracia. Derechos. En Revista *Este País*, vol (138). México. Recuperado de http://archivo.estepais.com/inicio/historicos/138/1_Propuesta_Globalizacion_bovero.pdf
- Bulygin, E. (1991). Sentencia judicial y creación del derecho. En Alchourrón, Carlos E. & Bulygin, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Calamandrei, P. (2006). *Proceso y democracia*. Lima: Ara Editores.
- Cappelletti, M. (1987). *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*. México: UNAM.
- Cappelletti, M. (1974). *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: Ejea.
- Carbonier, J. (1998). *Ensayos sobre las leyes*. Madrid: Alianza.
- Castaño, L. (2010). *El poder judicial democracia y control de constitucionalidad*. Bogotá: Leyer.
- Chinchilla, T. (1997). *Fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional*. Anuario de derecho constitucional contemporáneo. Medellín: Díké.
- Comanducci, P. (1999). *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. México: Fontamara.
- Cossio, C. (1987). *Radiografía de la teoría egológica*. Buenos Aires: Depalma.
- Cossío, J. (2002). *La teoría constitucional de la suprema corte de justicia*. México: Fontamara.



Cossio, J. (1998). *Dogmática constitucional y régimen autoritario*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. México: Editorial Fontamara.

Cox, A. (1980). *El rol de la suprema corte en el gobierno americano*. Buenos Aires: EDISAR.

Del Real, J. (2016). *La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*. México: Flores.

Díaz, E. (1993). *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus.

Díaz, E. *El estado de derecho algunos elementos y condicionamientos para su efectiva vigencia*. Recuperado de http://www.tprmercosur.org/es/docum/biblio/Ruiz_Diaz_Labrano_El_Estado_de_Derecho.pdf

Dueñas, O. (2001). *Lecciones de teoría constitucional*. Bogotá: Librería del Profesional.

Dworkin, R. (1997). *Cómo el derecho se parece a la literatura*. En *la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Dworkin, R. (1992). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.

Elster, J. (1998). *Régimen de mayorías y derechos individuales*. En Shute, S., & Hurley, S. *De los derechos humanos*. Madrid: Trotta.

Ely, J. (1997). *Democracia y desconfianza*. Universidad de los Andes. Bogotá.

Esquiaga, F. (2008). *La argumentación en la justicia constitucional*. Colombia: Díké.



- Ferrajoli, L. (2001). Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero. En *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas, IFE-Temas de democracia, conferencias magistrales*. México.
- Ferreya, R. (2001). *Notas sobre derecho constitucional y garantías*. Buenos Aires: Ediar.
- Fioravanti, M. (2001). *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Garavito, F. (1915). *Jurisprudencia de la corte suprema de justicia (años 1886 a 1913)*. Colombia: Imprenta Nacional.
- García, E. (1983). *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*. (3ª ed.). Madrid: Civitas.
- García, E. (1997). La democracia y el lugar de la ley. En *El derecho, la ley y el juez*. Cuadernos Civitas. Madrid. Recuperado de http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/1/garcia_de_enterria_eduardo.pdf
- García, E. (1983). *Filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa.
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- Gargarella, R. (1991). La revisión judicial y la difícil relación democracia-derechos. En *Cuadernos y Debates No. 29*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Gascón, M., y Carbonell, M. (2001). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa-UNAM.



González-Trejiviano, P. (2000). *El Tribunal Constitucional*. España: Arazandi.

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. España: Marcial Pons.

Godoy, M. (s.f.) *Garantismo Activismo Judicial: Posiciones "En-Contradas"*. p. 4
Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/1147/1147>

Haberle, P. (2004). La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del estado constitucional. En *Teoría y Realidad Constitucional*, vol (14). México: UNAM. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976013.pdf>

Hamilton, M., & Jay, J. (2001). *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.

Haro, R. (2004). *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales*. En Anuario de derecho constitucional latinoamericano. (Tomo I). Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C.

Hart, J. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Hart, H. (1968). *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Held, D. (2001). *Modelos de democracia*. (2ª ed.). Madrid: Alianza.

Jellinek, G. (1943). *Teoría general del estado*. Buenos Aires: Albatros.

Jurado, J. (2003). *Jueces y Constitución*. Costa Rica: Juricentro.



- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (1988). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. En *Escritos sobre Democracia y Socialismo*. Madrid: Debate.
- Laporta, F. (2002). Imperio de la ley y seguridad jurídica. En Díaz, Eias & Colomer, José Luis. *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza. Recuperado de https://www.alianzaeditorial.es/libro.php?id=447222&id_col=100508&id_sub_col=100517
- Lasalle, F. (2001). *¿Qué es una Constitución?* Barcelona: Ariel.
- Llamas, A. (1993). *Los valores jurídicos como ordenamiento material*. BOE-Universidad Carlos III. Madrid.
- López, L. (1994). *Introducción al derecho constitucional*. España: Tirant lo Blanch.
- Marbury, W. (1919). *The limitation upon the amending power*. (Vol. XXXIII). Harvard Law Review.
- Martínez, M. (1981). El Tribunal Constitucional como órgano político. En *Dirección general de lo contencioso del Estado, el Tribunal Constitucional*. (vol II). Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.
- Moncada, J. (2000). Principios para la interpretación de la Constitución en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana. En *Revista Letras Jurídicas*.



Monroy, M. (2004). Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un estado social de derecho. En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. (Tomo I). Fundación Konrad Adenauer Stiftung. A.C.

Moreso, J. (2006). *Lógica, argumentación e interpretación*. Barcelona: UOC.

Naranjo, V. (1994). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis.

Nieto, A. (2004). *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta.

Nino, C. (2002). *Fundamentos del derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Patiño, S., & Orozco, V. (2004). *La inconstitucionalidad por omisión*. San José: Investigaciones Jurídicas.

Peczenik, A. (2000). Estado de derecho, seguridad jurídica y legitimidad del derecho. En *Derecho y Razón*. México: Fontamara.

Piza, R. (2004). *La justicia constitucional en Costa Rica*. San José: Investigaciones Jurídicas.

Quiroga, A. (2002). El derecho constitucional peruano. En *Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Constitucionalismo y derechos humanos*. México: UNAM.

Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho*. México: UNAM.

Revenge, M. (2005). Notas sobre justicia constitucional e interpretación de la Constitución. En *Teoría y Realidad Constitucional*, vol (16). México: UNAM.

Rousseau, D. (1998). *La justicia constitucional en Europa*. París: E. J. A.



- Rubio, F. (1997). *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Sanin, R. (2004). *Libertad y justicia constitucional*. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá.
- Sartori, G. (1988). *Teoría de la democracia. Los problemas clásicos*. Madrid: Alianza.
- Schmitt, C. (1998). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Smend, R. (1985). *Constitución y derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Sola, J. (2006). *Control judicial de constitucionalidad*. Buenos Aires: LexisNixis. Editorial: Abeledo Perrot.
- Solís, A. (2000). *La dimensión política de la justicia constitucional*. San José: Impresiones Gráficas del Este, S.A.
- Souza, M. (2001). *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. Bogotá: Unibiblios.
- Tamayo, R., & Salmorán, M. (1984). La división de poderes y los tribunales. Una desmitificación. En *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. México: UNAM.
- Tócora, L. (1992). *Control constitucional y derechos humanos*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Tocqueville, A. (1989). *La democracia en América*. (Tomo I). Madrid: Alianza.



Torres, A. (1996). *Introducción al derecho constitucional*. España: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Troper, M., & Guastini, R. (1999). *La maquinaria y la norma. Dos modelos de Constitución*. Doxa cuadernos de filosofía del derecho. No. 22. España: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

Troper, M. (2000). *Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1789*. Universidad Carlos III. Madrid.

Vázquez, R. (2001). *Liberalismo, estado de derecho y minorías*. UNAM. México.

Von, R. (1982). *La lucha por el derecho*. México: Porrúa.

Wróblewski, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas.