

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

TESIS DOCTORAL

**EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU CONSOLIDACIÓN
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GUATEMALA**

M. Sc. MILTON ALFREDO HERRERA

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2019

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

**EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU CONSOLIDACIÓN
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GUATEMALA**

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

M. Sc. MILTON ALFREDO HERRERA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTOR EN DERECHO

Guatemala, septiembre de 2019

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

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

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: M. Sc. Gustavo Bonilla.
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Víctor Manuel Valverth Morales
SECRETARIO: Dr. Alejandro José Gutiérrez Dávila.

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

ALEJANDRO JOSÉ GUTIÉRREZ DÁVILA
ABOGADO Y NOTARIO
1 CALLE 3-47 COLONIA PANORMA, ZONA 8 DE MIXCO, CIUDAD SAN CRISTÓBAL
TEL. 51283532, CEL. 48592795
E MAIL: alejandrojgd@gmail.com

Guatemala 18 de Julio de 2019
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Post Grado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente

SECRETARÍA

18 JUL. 2019

RECIBIDO

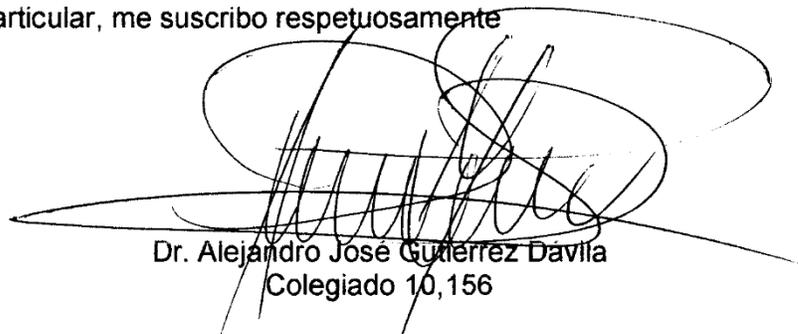
Hora: 12 Minutos: 15
OFICIAL

El Infrascrito egresado de la Escuela de Estudios de Post Grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, a usted informa:

Que fui nombrado como parte integrante de la terna examinadora del privado de Tesis de Doctorado en Derecho del maestro Milton Alfredo Herrera, la cual quedó titulada como "EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU CONSOLIDACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GUATEMALA"; examen que por unanimidad dimos por aprobado, sin embargo dicha aprobación fue condicionada al cumplimiento de recomendaciones vertidas por la honorable terna examinadora, la cual me designó para la verificación del cumplimiento de las mismas.

En ese sentido, el maestro Milton Alfredo Herrera, procedió a incorporar en su trabajo de tesis las recomendaciones antes relacionadas, por lo que habiendo revisado el mismo, considero, a mi juicio que el sustentante antes indicado ha cumplido con lo recomendado por la terna examinadora, por lo que emito dictamen favorable, recomendado que se continúe con el trámite de rigor

Sin otro particular, me suscribo respetuosamente



Dr. Alejandro José Gutiérrez Davila
Colegiado 10,156

Guatemala, 10 de septiembre 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:

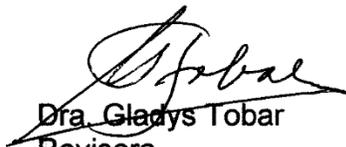
Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

**EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU CONSOLIDACIÓN EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GUATEMALA**

Esta tesis fue presentada por el **MSc. Milton Alfredo Herrera**, 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, 20 de septiembre del dos mil diecinueve.-----

En vista de que el MSc. Milton Alfredo Herrera aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho** lo cual consta en el acta número 71-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU CONSOLIDACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GUATEMALA”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

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

**Acto que dedico:
Al Gran Arquitecto Del Universo**

- A mi universidad:** San Carlos de Guatemala.
- A mi Facultad:** Que tanto amo y a la Escuela de Estudios de Postgrado.
- A mi padre:** הרב Salomón Sibony ✡.
- A mis Hermanos:** En especial a Simón Sibony (gracias por todo) y a Roberto Daniel.
- A mi familia:** Esta tesis está dedicada a mi familia.
- A mis amigos y amigas:** Muchas gracias por el apoyo y por ayudarme en momentos difíciles.
- A los profesionales:** Muchas gracias a todos los profesionales que me prepararon en este doctorado, en especial al jurista guatemalteco: Dr. René Arturo Villegas Lara, a los doctores: Aníbal González Dubón, Luis Felipe Sáenz, Melvin Portillo, Julio César Díaz, Saúl González, Jorge Mario Rodríguez y un agradecimiento muy especial a los doctores Jorge González y Alejandro José Gutiérrez D. (תודה לך).

“דל ו עסענאד א טודוס”

ÍNDICE



| | |
|--|----|
| Introducción | 1 |
| CAPÍTULO I | 1 |
| 1. El origen del constitucionalismo..... | 1 |
| 1.1 Concepto de derecho constitucional..... | 7 |
| 1.2 Antecedente histórico e ideológico constitucional..... | 11 |
| 1.3 Elementos básicos del constitucionalismo..... | 19 |
| 1.4 Una vista al poder constituyente y al poder constitutivo..... | 20 |
| 1.5 Clasificación de las constituciones..... | 23 |
| 1.6 Interpretación constitucional..... | 25 |
| 1.7 Métodos de interpretación..... | 35 |
| 1.8 Técnicas de interpretación..... | 39 |
| 1.9 Teoría de la interpretación constitucional..... | 42 |
| 1.10 Principios y su relación con las normas..... | 44 |
| 1.11 Concepto de Norma Jurídica..... | 45 |
| 1.12 Características de la norma..... | 47 |
| 1.13 Clasificación de las normas jurídicas..... | 48 |
| CAPÍTULO II | 53 |
| 2. El origen del neoconstitucionalismo..... | 53 |
| 2.1. Neoconstitucionalismo teórico..... | 54 |
| 2.1.1. Los derechos fundamentales dentro del neoconstitucionalismo..... | 54 |
| 2.2. Neoconstitucionalismo ideológico..... | 55 |
| 2.3. Neoconstitucionalismo metodológico..... | 55 |
| 2.4. Polémica respecto al término neoconstitucionalismo..... | 57 |
| 2.5. Control difuso y concentrado..... | 63 |
| 2.6. Derechos conocidos como de doble dimensión..... | 66 |



| | | |
|--------------------------|---|------------|
| 2.7. | Control de convencionalidad dentro del sistema difuso y control concentrado..... | 68 |
| 2.8. | Hans Kelsen y la teoría pura del derecho..... | 69 |
| 2.9. | Los derechos vistos y aplicados desde el punto de vista horizontal..... | 71 |
| 2.10. | Análisis de los derechos fundamentales desde las teorías mittelbare Drittwirkung y unmittelbare Drittwirkung..... | 74 |
| 2.11. | Los derechos humanos y el neoconstitucionalismo..... | 79 |
| CAPÍTULO III..... | | 85 |
| 3. | El neoconstitucionalismo previsto en la Constitución Política de la República de Guatemala..... | 85 |
| 3.1. | El neoconstitucionalismo en los derechos fundamentales en la constitución..... | 89 |
| 3.2. | La presencia del neoconstitucionalismo en la parte orgánica de la constitución..... | 100 |
| 3.3. | La esfera de protección de los derechos fundamentales y la violación de estos por el Estado | 103 |
| 3.4. | La presencia del neoconstitucionalismo en la Constitución Política de la República de Guatemala..... | 105 |
| CAPÍTULO IV..... | | 109 |
| 4. | La consolidación del neoconstitucionalismo en el ordenamiento jurídico guatemalteco..... | 109 |
| 4.1. | Mecanismos que previó la constitución política de la república de Guatemala para la consolidación del neoconstitucionalismo en el ordenamiento jurídico..... | 110 |
| 4.2. | Iniciativas de ley pendientes de aprobación en el Congreso de la República de Guatemala que permitirían un paso importante en la consolidación de la corriente de pensamiento jurídico llamada neoconstitucionalismo..... | 135 |



| | |
|---|------------|
| 4.3. Razones por las que no se ha logrado consolidar el neoconstitucionalismo en el ordenamiento infra constitucional de Guatemala..... | 138 |
| 4.4. Afianzamiento de la corriente neoconstitucionalista desde las resoluciones que emite la Corte de Constitucionalidad..... | 139 |
| 4.5. Aporte de los convenios y tratados en materia de derechos humanos para la consolidación del neoconstitucionalismo..... | 145 |
| CONCLUSIONES..... | 151 |
| REFERENCIAS..... | 153 |



INTRODUCCIÓN



La razón principal para elaborar el presente trabajo de tesis doctoral es tratar de hacer un aporte al derecho constitucional guatemalteco, el cual es hasta hoy, la base triangular y esencial del Estado constitucional de derecho. En ese sentido, los temas desarrollados en esta investigación se despliegan de manera integral a través del método bibliográfico, por lo que fue necesario para poder establecer si era válida la propuesta del neoconstitucionalismo como nueva teoría del derecho, citar en el capítulo I, todo lo referente a los antecedentes del constitucionalismo de manera histórica.

En el capítulo II, se procedió al desarrollo de la teoría del neoconstitucionalismo que se viene desarrollando en el derecho internacional a partir de mediados del siglo XX. Con el desarrollo de los temas anteriores se procedió en el capítulo III a comprobar la hipótesis que consistía en establecer la influencia del neoconstitucionalismo en la Constitución Política de la República de Guatemala, para lo cual se propuso demostrar, además, la siguiente pregunta problemática: *¿Es el neoconstitucionalismo una corriente de pensamiento jurídico que tiene influencia en la Constitución Política de la República de Guatemala?*

En ese sentido, dentro de la investigación se logró establecer que esta corriente jurídica sí tiene una gran influencia, especialmente en la aplicación de la justicia constitucional en Guatemala, no de manera consolidada pero sí con un gran impacto puesto que la Constitución Política de la República de Guatemala aprobada el treinta y uno de mayo de mil novecientos ochenta y cinco, tiene un alto contenido de derechos fundamentales y de instituciones de control que colocan a la persona humana y su dignidad intangible como primacía de un Estado constitucional, obligando a las instituciones de justicia para que justifiquen sus actos y decisiones, además de predominar la aplicación del principio de proporcionalidad o ponderación, entre otros, colocando de nuevo en una conexión



necesaria al derecho y la moral; además, trata de encontrar soluciones más integrales en beneficio de la persona humana cuando se trata de la aplicación de sus derechos fundamentales, en donde el efecto irradiador de estos cubre de manera más integral el campo de aplicación de la justicia constitucional y por ende, la esfera del propio ordenamiento jurídico, especialmente en la parte infra constitucional.

En el capítulo IV, se desarrolla la segunda hipótesis que consistía en establecer si se ha consolidado la corriente de pensamiento llamada neoconstitucionalismo en el ordenamiento infra constitucional, para lo cual fue necesario plantear una segunda pregunta problemática consistente en: *¿se encuentra consolidado en el ordenamiento jurídico guatemalteco la influencia de la corriente de pensamiento llamado neoconstitucionalismo?*

En ese sentido, se logró establecer que no obstante existe la presencia del neoconstitucionalismo en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 y en la aplicación de principios propios de esta corriente neoconstitucionalista, como lo es el principio de proporcionalidad o ponderación, el principio propersona, el efecto irradiación de los derechos fundamentales, un activismo judicial y jurisdiccional por parte de la Corte de Constitucionalidad y los tribunales constitucionales, nuevas maneras de interpretar el texto constitucional, entre otros, aún no se ha consolidado esta corriente dentro del ordenamiento infra constitucional debido a que, para poder hacerlo de manera integral dentro de nuestro sistema, requiere no solo de la creación de varias leyes ordinarias en diferentes materias, entre estas, niñez y adolescencia, adulto mayor, pueblos indígenas y otras poblaciones vulnerables, además de legislar en materia de seguridad alimentaria y nutricional, en protección a los recursos hídricos y edáficos, así como la protección al ambiente y recursos naturales entre otros, así como la promulgación de aquellas leyes que debieron crearse según lo ordena la Constitución Política de la República de Guatemala, siendo esta la respuesta a la segunda pregunta planteada.

CAPÍTULO I



1. El origen del constitucionalismo

Previo a analizar el denominado neoconstitucionalismo, es necesario analizar el constitucionalismo desde varios puntos de vista, entre estos: como un *sistema jurídico*; puesto que puede asimilarse a un conjunto de límites y vínculos, no sólo formales sino también sustanciales, impuestos de manera rígida a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas; y, desde otro punto de vista: como *teoría del derecho*; es decir, como una concepción con validez de las leyes ligadas ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con normas procedimentales sobre su formación, sino además, con la coherencia de sus contenidos y su relación precisamente con los principios de justicia constitucionalmente establecidos, sin dejar de lado la propia teoría del derecho la cual resulta ser esencial.

Al respecto el jurista guatemalteco Villegas Lara cita al profesor Ferrajoli, acerca del constitucionalismo, el cual dice al respecto que:

Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente, por los principios y derechos fundamentales en ellas establecidos, que deben respetar todos los derechos públicos incluyendo al legislativo. La garantía jurídica de efectividad de este sistema de vínculos reside en la rigidez de las constituciones, asegurada a su vez, en las cartas constitucionales de la segunda posguerra, por un lado con la previsión de procedimientos especiales para su reforma, y por otro lado la creación del control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes. El resultado es un nuevo modelo de derecho y de democracia (conocido como) el Estado Constitucional de Derecho, que es fruto de un



verdadero cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del Estado legislativo de derecho. (Villegas Lara, Teoría de la Constitución, 2017, pág. 27)

Ahora, lo anterior lo podemos analizar de dos maneras siendo estas: primero, como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista y segundo como la expansión o perfeccionamiento del propio positivismo jurídico. La primera concepción, etiquetada comúnmente de “Neoconstitucionalista” la cual es, con toda seguridad, la más difundida a partir de finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Sin embargo, esta será desarrollada en el capítulo III de esta tesis.

Además, resulta necesario ahondar en el denominado constitucionalismo moderno desde tres puntos de vista:

- i. Entender el constitucionalismo en sentido amplio y el constitucionalismo en sentido restringido; el primero, obviamente requiere la creación de cualquier constitución a fin de limitar el poder y eliminar el despotismo. En sentido restringido, requiere la creación de una constitución específica que también limite el poder y el despotismo. Cabe notar que el constitucionalismo en sentido amplio comprende el constitucionalismo en sentido restringido.
- ii. La dicotomía entre el constitucionalismo de las reglas y el de los contrapoderes. En el caso del constitucionalismo de los contrapoderes, este tiene como fin limitar el poder, garantizando los derechos fundamentales, en lo que denominamos *checks and balances*. En el constitucionalismo de las reglas se limita el poder y garantiza los derechos fundamentales, reconociendo la prioridad cronológica y axiológica en una esfera de libertades individuales respecto a la forma



en que acciona el Estado, pero cabe decir que estos muchas veces son incompatibles.

- iii. Y la diferencia entre el constitucionalismo reformista y el constitucionalismo revolucionario; en el primero, se requiere conceder el poder existente o, en el mejor de los casos, pactar la promulgación de una constitución. En el segundo, propone destruir el poder existente y requiere un nuevo poder revolucionario que otorgue una nueva constitución. Es decir, son mutuamente incompatibles.

Ahora bien, resulta necesario advertir, en primer lugar, que el constitucionalismo argumentativo o principialista, está caracterizado por la configuración de los derechos fundamentales, estos se analizarán más ampliamente en uno de los capítulos del desarrollo de la tesis, en virtud que se analizan como valores y en ciertos casos, algunos legisladores los llegan a confundir con los principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto a que están dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción, sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial.

Por otro lado, se abordará el Constitucionalismo normativo o garantista de manera amplia, pues este se caracteriza por una normativa fuerte, de tipo regulativo; es decir, por la tesis de que la mayor parte de los principales constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías, será definible como un sistema jurídico y/o una teoría del derecho que establece –en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable-.



Por otro lado, el Profesor Villegas Lara, cita en su obra que:

Las constituciones tenían dos funciones bien delimitadas: establecer las garantías individuales y controlar el ejercicio del poder público. Hoy los textos constitucionales se han ampliado en su contenido y dentro de sus partes dogmática y orgánica, incluyen otros temas que son producto de la evolución política y social. (Villegas Lara, Teoría de la Constitución, 2017, págs. 37-38)

En ese orden de ideas, muchos iuspositivistas estrictos en general, van a sustentar que el constitucionalismo es incompatible con el positivismo jurídico que aparece estrictamente ligado a las doctrinas iusnaturalistas; sin embargo, actualmente se considera que la argumentación moral es esencial a la ciencia jurídica y regresa al derecho positivo a una conexión necesaria entre derecho y moral, es decir de nuevo la migración de la moral al derecho constitucional.

En ese sentido, el constitucionalismo argumentativo y principialista comparte no solo el realismo, sino también, con el neopandectismo, que igualmente enfatiza el rol de la praxis, es decir, el “*derecho como hecho*” más que *como norma* y propone como alternativa a la crisis de la ley –que se juzga irreversible-, un renovado *rol de los juristas*, inspirado por una clara opción iusnaturalista.

Por ello, el constitucionalismo garantista desde varios puntos de vista completa de cierto modo al positivismo jurídico, como el Estado de derecho completa al positivismo jurídico, esto porque positiviza no solo el “*ser*”, sino también el “*debe ser*” del derecho; y completa al Estado de derecho porque comporta la sujeción también de la actividad legislativa, al derecho y al control de constitucionalidad. Así, el derecho en su totalidad se concibe como una construcción enteramente artificial, de la que no solo se regulan las formas, como



en el viejo paradigma formalista del paleopositivismo, sino también los contenidos, a través de los límites y vínculos impuestos a ellos por el paradigma constitucional.

El segundo iuspositivismo, que es el del Estado constitucional de derecho, equivale a la positivización del “*debe ser*” constitucional del derecho mismo, que permite la democratización de sus contenidos, condicionando su validez sustancial a su coherencia con los derechos de todos, que son los derechos fundamentales, en los que se funda la dimensión sustancial de la democracia constitucional.

En virtud de lo anterior resulta necesario analizar tres significados del constitucionalismo positivista o garantista, siendo estos:

- a. Como modelo o tipo de sistema jurídico: como modelo de derecho: el constitucionalismo garantista se caracteriza con respecto al modelo paleopositivista, por la positivización también de los principios a los que debe someterse la entera producción normativa.
- b. Como teoría de derecho: es decir, como una teoría que tematiza la divergencia entre deber ser (constitucional) y ser (legislativo) del derecho, y;
- c. Como filosofía política: el constitucionalismo positivista o garantista consiste en una teoría de la democracia elaborada no como una genérica y abstracta teoría del buen gobierno democrático, sino, más bien, como una teoría de la democracia *sustancial*, además de *formal*, anclada empíricamente en el paradigma de derecho ahora ilustrado.

Es decir, el constitucionalismo garantista se concibe como un nuevo paradigma iuspositivista del derecho y de la democracia, que –en cuanto positivamente normativo en relación con la misma formación positivista y en cuanto sistema de límites y vínculos sustanciales relativo al “*qué*”, junto a los formales relativos al “*quién*” y al “*como*” de las decisiones- integrales del viejo



modelo paleo-iuspositivista, visto desde este enfoque, porque al realizar la tesis principal se tendrán otros puntos de vista diferentes y con base a los cuales llegará a otro tipo de conclusiones seguramente. Pero, en lo que no variaré es en que se crea un modelo de derecho aparejado por un nuevo modelo democrático que se concibe como *Estado constitucional de derecho*, que digamos supera al modelo de los Estados Anteriores que se refería al Estado de derecho y al Estado de derecho social, este último como la superación del Estado de derecho.

Además, a partir de la obvia circunstancia de que las leyes y constituciones incorporan “valores” aunque no meramente estén o sean identificables, pero que, para algunos autores no puede sostenerse la derivación de la tesis de una “conexión conceptual” entre derecho y moral y para otros, es necesaria esa conexión entre derecho y moral. Pero evidentemente esta tesis de la conexión es bastante más comprometedora, no equivale solamente al insubstancial reconocimiento de la incorporación en los principios constitucionales de los “valores” considerados tales por el legislador o por el constituyente o, incluso, por los operadores jurídicos, pero con la moral migrando fuertemente al derecho, los valores pasan a ser como piedra angular para el desarrollo de estos, aunque no se precisan claramente estos valores en la constitución por ello es difícil poder individualizarlos, porque al menos en la Constitución Política de Guatemala, no son identificables al menos en este momento.

Así las cosas, El profesor René Arturo Villegas Lara, cita en su obra acerca del origen del constitucionalismo lo siguiente:

Según la idea feudal y medieval, los poderes del rey debían ser limitados. Estas ideas, que son el germen del constitucionalismo, se definieron después con más precisión en las colonias inglesas de América, que se unificaron en un Estado Federal, para formar lo que hoy son los Estados Unidos de América. Y fue precisamente en el Estado de Virginia, en donde en 1776, días anteriores a la

independencia del 4 de julio del mismo año que se promulgó la constitución que contenía una serie de derechos que más tarde se consagraron en el ideario de la Revolución Francesa en 1779. (Villegas Lara, Teoría de la Constitución, 2017, pág. 30)

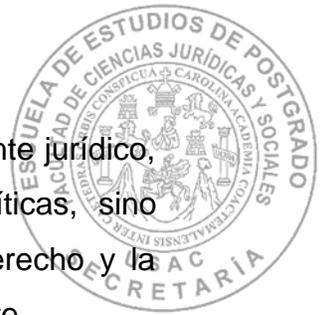


1.1 Concepto de derecho constitucional

El derecho constitucional puede ser concebido como una disciplina autónoma, con una fuerte relación o interacción con la ciencia política y, que tiene como base o piedra angular, una constitución; sin embargo, habrá diferentes autores con definiciones, según el sistema jurídico que se use en cada uno de los continentes y por ende que adoptan los Estados. En ese sentido, la ciencia política nos permite, de alguna manera, el poder establecer algunas de las causas de lo conocido como el fenómeno del poder, por lo que se puede determinar a nivel general el acercamiento a un concepto de derecho constitucional, desde esta visión política.

Para otros autores en general cuando se refieren a la definición del derecho constitucional lo definen casi siempre como una disciplina que no solo estudia a las normas en su conjunto, sino, además, pueden configurar la forma y el propio sistema de gobierno, las garantías individuales, la seguridad jurídica, los derechos considerados fundamentales, los derechos sociales, la parte organizativa del Estado, sus funciones y atribuciones, lo que es muy importante, porque el fin con esta organización de elementos es llegar a tener en marcha un Estado constitucional de derecho, y no un Estado de derecho.

Asimismo, desde ese punto de vista, el derecho constitucional pasa a ser una disciplina que permite estudiar, describir y analizar los fenómenos del poder, encontrando las herramientas que permitan mejorarse en un sistema político, porque al final están sujetos a este supremo orden normativo, apegado a la



realidad social de un Estado. Es decir, no se le da un enfoque puramente jurídico, es por esto que se pueden abarcar, no solo las instituciones políticas, sino también, las normas constitucionales, sin hacer la separación del derecho y la política como lo sostiene Kelsen y que lo veremos sin duda más adelante.

Además, es importante citar en la propia historia del constitucionalismo que, a finales del siglo XVII, a nivel mundial los gobernantes no estaban sometidos a la ciencia del derecho y, como es de conocimiento general, cuando se desarrolla el mismo se divide en dos ramas: la del derecho privado y la del derecho público; el desarrollo constitucional desde su surgimiento; es decir, desde los comienzos del siglo XVIII, empieza a mostrar el surgimiento de las primeras constituciones concibiendo estas, en primer lugar, como textos normativos superiores a las normas ordinarias. Estas constituciones también tienen componentes axiológicos que tratan de vincular de manera subjetiva a los ciudadanos con el Estado.

Por otro lado, cuando hablamos de una constitución, prácticamente se trata del documento fundamental proveniente precisamente del poder supremo y soberano de un Estado, porque va determinando el procedimiento de creación de las normas ordinarias entre otras, los órganos de control que permitirán los frenos y contrapesos, las instituciones de poder creadas, el funcionamiento de estas y el reconocimiento de las libertades fundamentales de los ciudadanos. Para esto, algunos autores como Badeni cita que:

Una constitución además de ser un instrumento jurídico fundamental y un instrumento de gobierno, es también, un símbolo de la unidad nacional. En este sentido, el concepto de constitución está integrado por un elemento que no se presenta en otros ordenamientos normativos: es un símbolo de la nacionalidad que refleja el sentimiento del elemento humano de la organización política global, interpretando en forma concreta su manera de ser y sentir... tal es el sentimiento constitucional de un pueblo, que trasciende sobre las pasiones, rivalidades y tensiones



que pueden existir en el seno de una sociedad, integrando gobernantes y gobernados en un esquema común explicitado por su pasado, su presente y su futuro. (Badeli, 1997, págs. 90-91)

Por otro lado, es necesario analizar que la constitución, como ley fundamental, arropa otros componentes sociales, jurídicos, políticos, axiológicos que se suman a maximizar la fuerza normativa. Es decir, que es obligatoria para todos; vincula a todos los ciudadanos y que para poder lograr su modificación es necesario observar los límites legales en el propio texto constitucional, así como los requisitos infra constitucionales en todo el sentido material de esta, por ejemplo, Robert Alexy nos indica acerca de los principios constitucionales, afirmando que:

Son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y tácticas. Los principios son en ese sentido mandatos de optimización, en cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno. (Alexy, 2017, pág. 37)

Otros autores como Biscaretti, citado por Cumplido Cereceda y Nogueira Alcalá, puntualizan que el concepto de constitución debe ser entendido como:

La constitución en un sentido lato y genérico es el ordenamiento supremo del Estado. Es la esfera más elevada de dicho ordenamiento que se presenta como el más perfecto y complejo entre los ordenamientos jurídicos contemporáneos. No hay norma ulterior que la proteja, debiendo encontrar en sí elementos y posiciones institucionales, la tutela y garantía correspondientes [...] todo aquel complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, capaz de trazar las líneas maestras del mismo ordenamiento [...] un

complejo de normas legislativas que se distinguen de las ordinarias por su más arduo y solemne proceso formativo.(Alcalá, 1994, pág. 63).



Por otro lado, a partir del siglo XX se da una relación entre el poder y el derecho, en la cual esta organización de los poderes es la que le da forma a la constitución, además, desde la doctrina del iusnaturalismo moderno es la expresión normativa del pacto político en que el propio Estado respalda su legitimidad. Es decir, encontraremos varias vertientes entre las cuales hay ideas de Hobbes en cuanto al denominado *pactum subjectionis*, pero que el mismo Locke afirmó en su momento que este *pactum* debía ser precedido por un *pactum societatis*, como una suerte de contrato social como en su momento fue propuesto por Rousseau, por otro lado, se desarrollará en el transcurso del trabajo de tesis lo referente a los primeros antecedentes históricos del constitucionalismo y su evolución.

Para el Jurista Guatemalteco, Villegas Lara, considera como definición de derecho constitucional lo siguiente:

El derecho constitucional en Guatemala es la rama base de todo ordenamiento jurídico nacional que regula los derechos humanos, como garantías individuales y como derechos sociales a la vez que organiza el poder público estableciendo cuales son los organismos que ejercen ese poder y la función de cada uno, así como sus atribuciones o competencias, los mecanismos de control de poder y los medios de defensa de la constitución. (Villegas Lara, Teoría de la Constitución, 2017, pág. 46)



1.2 Antecedente histórico e ideológico constitucional

Como se ha precisado, el constitucionalismo como proceso histórico tiene algunas discrepancias como; por ejemplo, que para algunos autores se considere que el movimiento constitucional pueda tener orígenes anglosajones, franceses y, en muchos casos, estadounidenses. Lo que se puede afirmar es que todo este movimiento político y jurídico fue gestado a partir del siglo XIII hasta llegar al siglo XIX, aterrizando en lo que hoy conocemos como una constitución, con conceptos contemporáneos básicos que incluyen valores axiológicos y, dentro de este proceso, haré un referente histórico de carácter constitucional, citando de manera básica y esencial, los diferentes registros y los antecedentes dentro de la historia de la humanidad. Entre estos:

- Al momento en que se funda la Roma republicana, aproximadamente en el año 509 a.C., se depone la autoridad real, arbitraria y majestuosa de los reyes, alternando otra forma de gobierno, en donde se establece la alternabilidad, los períodos para gobernar y se divide el poder público.
- Constitución de Clístenes, año 508-507 AC o la constitución de Pericles año 460-430 a.C. Estas dos constituciones, consideradas unas de las primeras relatan la experiencia política de Atenas, mostrando el comienzo de la democracia en un gobierno; es decir, se da una primacía absoluta de los ciudadanos para tomar decisiones, entre estos, el derecho de palabra y de propuesta; la elección por una especie de suerte de los cargos públicos y de las magistraturas, en total igualdad. Y, finalmente, la responsabilidad que cada uno de los electos tenía por ser fiscalizado por los gobernados o el pueblo.
- Para el año 494 a.C., surgen en Roma los tribunales de la plebe, en donde nace un poder negativo denominado Intercesión, el cual se oponía a todo proyecto y decisión tomada por los magistrados si esta contravenía a los propios intereses del imperio romano. Además, se tenía la facultad de prestar



auxilio como un ente tutelar en favor de los ciudadanos cuando estos lo solicitaban frente a un magistrado.

- Ley de las XII Tablas. (Año 451-450 a.C., Roma) denominadas *mores maiorum* o derecho consuetudinario; con la promulgación de esta ley se ponía fin al *ius incertum* (incertidumbre, variabilidad) seguido por las codificaciones de: el Código gregoriano en el año 291 d.C., el Código Hermogeniano en el año 295 d.C., posteriormente se codifica el denominado Código Teodosiano por el año 438 d.C., llegando hasta el Código de Justiniano y la codificación que este realiza en el año 534 d.C.
- Los fueros españoles tienen un antecedente que limita el ejercicio del poder, estaban compuestos por documentos que el rey otorgaba a las ciudades y sus súbditos, porque estos derechos obligaban también al monarca, entre ellos existieron los siguientes: año 1020, el Fuero de León; en el año 1064, el Fuero de Jaca; en el año 1076, el Fuero de Nájera y en el año 1073, el Fuero de los Burgos.
- Otro de los antecedentes importantes, son las diferentes cartas que se crearon en Inglaterra, entre estas: la del Rey Enrique I, el cual jura en una carta la necesidad de limitar el absolutismo monárquico, así como la sumisión, que les otorgaba ciertas libertades. Este fue el antecedente en el año 1100. Además, Esteban de Blois, concede dos cartas en el año 1135 y 1136, con las mismas limitaciones. Posteriormente, en el año 1154, el Rey Enrique II concede otra de las cartas en el mismo sentido, para que en el año 1215 todas estas cartas, que se consideraban fundamentales le permitieran a Juan sin tierra crear la famosa Carta Magna (*Magna Charta*).
- Posteriormente, en el reinado del Rey Eduardo I, a finales del siglo XIII, se promulga el estatuto *Tellagio Non Concedendo*, en el cual se estableció que ni el mismo rey o sus herederos impondrían o percibirían subsidios o impuestos



en todo el reino sin el consentimiento de la élite mayor que estaba conformada por arzobispos, condes, barones, caballeros, burgueses y otros grupos de hombres considerados libres.

- En Suiza, en el año 1291, se crea el Pacto de los 3 cantones suizos, que les permite independizarse del poder de la familia de los Habsburgo.
- Seguido de esto, en el año 1295, se celebra el denominado Parlamento en Westminster. Aquí radica su importancia, porque se da la primera asamblea, la reunión de todos los estamentos sociales de Inglaterra, en donde, en cada reunión solicitada, tendrían que estar presentes las tres clases sociales; es decir, el clero, los barones y los comunes, en donde se podía dictar una ley.
- Ya para el año 1352, Inglaterra se adelanta sustituyendo los juicios de Ordalías o los llamados Juicios de Dios, que consistían en rituales religiosos y torturas que buscaban probar la inocencia o culpabilidad de los sujetos mediante órdenes divinas, en donde los castigos eran sujetar hierros calientes, permanecer sumergido en el agua, exponer las manos al fuego en las hogueras, entre otros, castigos en los cuales, si el juzgado lograba sobrevivir se consideraba inocente por Dios. Por el juicio por jurados, se buscaba una especie de justicia popular, en donde se democratizaba el poder judicial y se incluía a la ciudadanía de manera directa en la administración y ejecución de la justicia, dejando la divinidad y los tratos crueles, inhumanos y arbitrarios de lado no tan visible al menos.
- En el año 1610, el extraordinario juez Edward Coke, en el denominado caso Bonham consigna al *commonlaw* o derecho común inglés por primera vez como derecho limitativo de los derechos reales; es decir, se declara la superioridad de la ley sobre el derecho real. Por esto, representa un gran adelanto para la época.



- Posteriormente, se suscribe por 41 personas el Pacto de Mayflower en el año 1620, considerado para algunos autores como la primera constitución escrita de América, porque es el documento inicial de la historia constitucional de los Estados Unidos de América.
- Subsiguientemente, se emite la petición de derechos en el año 1628, el cual es considerado el segundo más importante después de la emisión de la carta magna de 1215. Constituyendo esta petición de derechos, el primer paso de la transferencia de la soberanía del monarca hacia el parlamento.
- En el año 1640, se convoca el parlamento en el que se sanciona el acta trienal, que tiene medidas que limitan el poder, aboliendo la recaudación de dinero sin consentimiento del parlamento y uno de los adelantos es que, las cámaras de los Lores y comunes nombran a los jueces de por vida mientras estos tengan una buena conducta.
- En el mes de octubre del año 1641, en la denominada cámara de los comunes se le da vida al documento denominado La gran protesta, en el que se relatan las privaciones y los males en que el propio rey había sometido al pueblo. Además, realizan una especie de queja, porque consideran que no se ha respetado el principio de legalidad, porque se comenten arbitrariedades y excesos en cuanto a las penas que se imponen en la denominada cámara estrellada (*starchamber*) el cual era un tribunal que el rey Enrique VII había creado dentro del Consejo privado otorgándole poderes mayores que el de los propios tribunales.
- En el año 1642, se crean las 19 proposiciones, en donde se pretende que se transfiera el poder del rey al parlamento, reorganizando completamente el gobierno real.



- En enero del año 1649, nace el denominado Acuerdo del Pueblo. Este constituye el intento de constituir un Estado parlamentario que tenga su propia constitución escrita; a este se le da forma en el año 1653, con el denominado instrumento de gobierno, que es el primer intento fuerte para tener una constitución escrita en Inglaterra. En marzo de ese mismo año, el consejo de Estado abolió la monarquía inglesa iniciándose la República.
- En 1679, se emite la *habbeas corpus act* o Acta de exhibición personal. Debido a la demora en que se incurría por parte de los encargados de las prisiones, de llevar a los privados de libertad a los tribunales para ser juzgados.
- En el año de 1688, se da la llamada Revolución Gloriosa en Inglaterra produciendo la caída del gobierno, del derecho divino de los reyes consolidando la supremacía del parlamento.
- En 1689, se da la petición de derechos (*bill of rights*) en el cual se enumeran una serie de derechos, la que posteriormente se convierte en la denominada declaración de derechos inglesa.
- En el año 1754, en Estados Unidos se celebra el congreso de Albany, en donde se empieza a observar la necesidad de agrupar las colonias para enfrentar problemas comunes que en ese momento Gran Bretaña no tenía interés.
- En octubre de 1765, en el Congreso se da la denominada: Ley de los Sellos, la cual surge por una protesta general originada, porque se crea este impuesto y la asamblea aprueba la declaración de derechos. Algo importante que ocurre en este momento, es que se aprueba el derecho de petición.
- En el año 1774, del 5 de septiembre al 26 de octubre se crea en Philadelphia, Estados Unidos, el primer congreso continental. Este fue el encargado de



aprobar documentos importantes tales como: una Declaración de derechos humanos; en donde se establecían los derechos y obligaciones para los nuevos habitantes de las colonias. Un documento conocido como *The Articles of Association*, el cual, buscaba generar presión al parlamento inglés para que se derogaran las leyes violatorias.

- Posteriormente, en el año de 1775 se desarrolla en Philadelphia el II Congreso Continental, el cual avanza a lo largo de toda la guerra de independencia hasta llegar a 1789 en donde se crea la constitución.
- Asimismo, en el año de 1776, nace la primera constitución y ese mismo año, en Virginia, Estados Unidos, se da la declaración de derechos del buen pueblo de Virginia, acompañado de una constitución, declarando, ya para el 4 de Julio la denominada Declaración de independencia, la cual fue ratificada por el pueblo en el año 1780.
- Entre los años de 1787, 1788 y 1791 se crea la convención constituyente que aprueba la nueva constitución federal de Estados Unidos de América, así como las primeras 10 enmiendas, en donde se aprueba la declaración de derechos.
- En el año de 1789, con la llegada de la Revolución francesa y la emisión de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, se fundamenta el constitucionalismo y se destruye el absolutismo.
- En el caso de Guatemala, los antecedentes constitucionales se dan de la siguiente manera: a) La constitución de Bayona en el año 1808; b) La denominadas Cortes de Cádiz y la creación de la constitución del año 1812; c) Los documentos del Ayuntamiento conformado por una declaración de los derechos del hombre y el primer proyecto constitucional conformado por 112 artículos, estuvo vigente en dos periodos: 1812 al 1814 y luego en 1820; d) La constitución federal del año 1824, pero previo se conforma la Asamblea



Nacional Constituyente en 1823, para tratar la anexión a México y la Independencia de España declarada en el acta de 1821; e) Las Leyes constitucionales del año 1839; f) El proyecto Constitucional que propone de nuevo una Asamblea Nacional Constituyente a inicios de 1844 y el proyecto constitucional de 1847; g) El Acta Constitutiva del año 1851 y que se considera históricamente la presidencia vitalicia; h) La constitución del año 1879, que nace de las asambleas celebradas en el año 1872 y 1876; i) La constitución con reformas en el año 1885, 1887, 1897, 1903, 1921 y 1927; j) La constitución del año 1945; k) La constitución del año 1956; l) La constitución considerada en la historia guatemalteca como una de las peores en cuanto a limitación de todo tipo de derecho o garantía individual, que es la de 1965, esto por el golpe de Estado que realiza el ejército el 31 de marzo del año 1963 la cual estuvo vigente hasta el 23 de marzo de 1982; y por ultimo m) La constitución actual promulgada el 31 de mayo de 1985 y entró en vigencia el 14 de enero de 1986, con 281 artículos y 27 disposiciones transitorias, la cual incluía un pequeño catálogo de derechos fundamentales, pero que para la época fue de gran importancia, hoy necesita algunos cambios que veremos más adelante.

Dentro de los antecedentes históricos, podemos establecer que el constitucionalismo, efectivamente, ha sufrido diversos cambios que han permitido, hasta finales del siglo XX, la limitación del ejercicio del poder y el propio proceso constitucional, dejando de lado muchas de las desigualdades históricas; sin embargo, cabe resaltar que los estudiosos del derecho constitucional citan tres acontecimientos importantes como es: la revolución de Inglaterra de 1688, la revolución norteamericana, celebrada en el año de 1776 y la revolución francesa de 1789.

Aparte de estudiar el constitucionalismo de manera histórica, también es importante hacer anotaciones que sirvieron de base ideológica, dentro de los cuales hay aportes importantes y la manera argumentativa en cuanto a que el poder debe ser limitado, en lo cual también se han trazado muchos procesos,



entre estos, una cultura humanista que nace a partir del siglo XV. A continuación analizaremos algunos autores como Tomás de Aquino:

Porque si pertenece a alguna sociedad el derecho de darse un rey, el rey elegido también puede ser destituido sin faltar a la justicia o frenar su poder, si abusa del poder real como un tirano. Y no ha de juzgarse que esa sociedad actúa infielmente al destituir al tirano por más que le hubiera prometido antes obediencia perpetua. (De Aquino, 2001, págs. Cap.78-79)

Podemos también citar a Guillermo de Ockham, quien entre sus escritos más importantes que sirvieron de base al constitucionalismo ideológico tenemos: diálogo entre un maestro y un discípulo, acerca de la potestad del emperador y del pontífice y, dentro de sus obras principales “sobre el gobierno tiránico del papa”; con estas doctrinas atacaba a los gobiernos tiránicos papales, porque la idea era limitar el poder de los eclesiásticos, en esta última obra escribió lo siguiente:

No teniendo, pues, el papa poder dado por Dios... para destruir si no para edificar a los fieles, se sigue que el papa no tiene de Cristo tal plenitud de poder, ejercer tal poder sobre los fieles como lo ejercen los reyes y los príncipes sobre sus súbditos le fue prohibido por Cristo. (De Ockham, 2008, págs. 87-89).

O el caso de Thomas Hobbes, quien continúa con la doctrina de Jean Bodin, creando un concepto nuevo que da origen a la nueva teoría del Estado soberano en, quizás una de las obras más importantes de la historia humana como es el Leviatán, en el cual expone:

Así hallamos en la naturaleza del hombre tres causas principales de discordia. Primera, la competencia; segunda, la desconfianza; tercera, la gloria. La primera causa impulsa a los hombres a atacarse para

lograr un beneficio; la segunda para lograr la seguridad y la tercera, para ganar reputación. (Hobbes, 1940, pág. 100)



Siguiendo en la misma línea del análisis ideológico del constitucionalismo, encontramos otro filósofo: Jean-Jacques Rousseau, quien era el digno representante del más famoso contrato social el cual le da origen a la ficción de la sociedad civil y política, además de la transición del Estado natural de guerra o incertidumbre a un estado civil, quien señala que:

Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por lo cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes [...] tal es el problema fundamental cuya solución da el contrato social [...] las cláusulas de este contrato están de tal suerte determinadas por la naturaleza del acto [...] cláusulas que bien estudiadas se reducen a una sola a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera [...] porque la condición es igual para todos y siendo igual ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás. (Rousseau, 2007, págs. 23-24).

Por último, no sin ser algunos autores importantes no citados, encontramos al padre de la constitución de Estados Unidos de América, James Madison, cuarto presidente de este país, impulsor de la constitución y declaración de derechos y, dentro de los muchos artículos que escribió, ha dejado claro en la historia que solo en las tiranías los poderes públicos están depositados en unas mismas manos, en lo que él refiere:

La acumulación de todos los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean estas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, electivas o autonombradas puede decirse con

exactitud que constituye la definición misma de la tiranía. (Madison, 1776, pág. 9)



1.3 Elementos básicos del constitucionalismo

Existen elementos imprescindibles que permiten al constitucionalismo fundarse o refundarse en los denominados gobiernos constitucionales, en donde puedo afirmar sin duda alguna, que el constitucionalismo histórico, ideológico o como método lo que busca desde su inicio es terminar con los gobiernos despóticos, valiéndose de un nuevo régimen político, denominado la nomocracia o gobierno de la ley y, limitar el ejercicio del poder en una sola persona o en un grupo reducido y con esto evitar tiranías, regímenes absolutistas, dictaduras, entre otros. Aunque en la realidad práctica, al menos en los países latinoamericanos, en especial Guatemala estos grupos pequeños de cierto modo ejercitan cierta tiranía.

Dentro de los elementos que son esenciales para la base del constitucionalismo podemos citar:

- La organización y separación de los poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial.
- La aplicación del principio de frenos y contrapesos como equilibrio general.
- La representación, alternabilidad o periodicidad en el ejercicio responsable de la función pública.
- El ejercicio unipersonal por elección popular.
- La constitución y las leyes dentro del Estado de derecho están por encima de un gobierno.
- El correcto ejercicio del control constitucional en todos los actos que realiza el gobierno.
- El proceso ordinario a través de una Asamblea Nacional Constituyente, en cuanto a la creación de leyes.



- La supervisión, control y fiscalización en lo que se denomina: control de Constitucionalidad.
- El ejercicio y aplicación correcta de los derechos fundamentales.
- La participación popular en las elecciones.
- La permanencia de que el poder soberano es el pueblo.
- El poder constituyente, originario, derivado y constituido.
- La supremacía constitucional que incluye la libertad ciudadana y el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos, entre otros.
- El reconocimiento, aprobación y ratificación de pactos, convenios y tratados en materia de derechos humanos.

1.4 Una vista al poder constituyente y al poder constitutivo

Dentro de los registros históricos se considera que esta teoría del poder se origina en Francia a principios del año 1789, en donde el Abate Emanuel Sieyes escribió su famoso opúsculo ¿Qué es el tercer Estado? porque el objeto en esta etapa histórica era analizar la estructura de los Estados generales, porque como vimos anteriormente, las asambleas parlamentarias de Europa en general estaban conformadas por la nobleza, el clero y el denominado tercer Estado o Estado llano, en donde la votación se hacía por bloques de manera armonizada y el tercer Estado siempre estaba en desventaja con la unión de la nobleza y el clero. En ese momento en Francia, se pasaba por una recesión económica y, en donde, las ideas de la ilustración y de la revolución norteamericana plantean una reforma gubernamental, por lo que el tercer Estado, desde finales del siglo XVIII había logrado importancia, pero a la vez, inconformidad del clero y la nobleza lo que dificultaba ejercer claramente su postura.

Esta reflexión que realiza el Abate de Sieyes, establece un proceso de formación de un Estado en donde, todos los miembros de un Estado natural deciden el surgimiento de una nación, en donde se logran establecer las



necesidades y los medios para resolverlas entre estos, la creación de una constitución. En ese orden de ideas, se va concibiendo el poder constituyente; esto, como una voluntad política con una competencia establecida y con una estructura política y jurídica.

Al respecto el profesor Villegas Lara, escribe en su obra:

Conforme esta idea originaria de la doctrina política de la Revolución francesa, el poder constituyente originario radica en la voluntad popular, la voluntad del pueblo, que es depositario de la soberanía y expresa su voluntad política en ejercicio del derecho soberano al darse la constitución que define las características del Estado, su régimen político y los derechos fundamentales que este debe proteger y garantizar su ejercicio. En el caso de Guatemala, la existencia de ese poder del pueblo para darse su constitución está reconocida en los primeros términos del artículo 141 constitucional, al decir “que la soberanía radica en el pueblo. (Villegas Lara, Teoría de la Constitución, 2017, págs. 69-70)

Por otro lado, dentro de las principales características de este poder encontramos las siguientes:

- En primer lugar, se designa como originario, porque el órgano que lo aplica fundamenta el poder constituyente que se encuentra en sí mismo.
- Es de carácter permanente y, una vez institucionalizados los poderes constituidos, establecen de nuevo las bases de un nuevo sistema que es extraordinario e indivisible.
- Este poder constituyente pasa a ser una porción de soberanía; es decir, se convierte en la potencia de la nación en donde establece e implanta el derecho primario supremo expresado en una constitución.



- Debe ser hegemónico, con capacidad plena y autosuficiente de imponerse a otros poderes.
- Permanente y
- Inalienable, entre otros.

Es decir, que el contenido del poder constituyente coincide con la autodeterminación, así como, de crear un ordenamiento constitucional en donde nace una soberanía que tiende a estructurar de manera primaria y fundamental al pueblo mediante el origen de una constitución, porque esta tendrá normas supremas y que esta constitución no esté sujeta a ningún otro poder, fuerza o ente externo al de la propia nación o pueblo.

En cuanto al poder constituido, este encuentra su existencia en la constitución. Por lo tanto, se puede considerar como derivado y sujeto a límites. Es decir, estos poderes constituidos son todas aquellas herramientas o instrumentos que posibilitan el exacto cumplimiento de las funciones de un Estado cumpliendo con esto, los fines axiológicos.

Este poder, una vez se crea el orden constitucional, debe funcionar como un proceso dinámico. En ese sentido, el poder constituyente opera a un nivel singular y es el que les da la vida a los poderes constituidos; al poder legislativo, ejecutivo y judicial y que, dentro de una misma constitución, se le asignan sus roles, funcionamiento y límites.

1.5 Clasificación de las Constituciones

Resulta necesario clasificar y establecer el funcionamiento de la actividad constitucional, porque de conformidad con el contenido, estas pueden ser: constituciones escritas, las cuales han sido redactadas por una Asamblea Nacional Constituyente, en la cual se han cumplido con todos los procedimientos



establecidos por el poder soberano, que es el pueblo. Es decir, se asignan las competencias como límites que deben tener los órganos. Además, están las constituciones llamadas costumbristas o no escritas, que nacen de las conductas reiteradas a través de las tradiciones, pero no formulan ninguna consecuencia jurídica, porque se dan dentro del ámbito de la costumbre y esta, denominada costumbre constitucional, no es más que la conducta de un órgano sin atribuciones del poder constituyente. Esto quiere decir, que actúa dentro de un marco violatorio.

Asimismo, tenemos las constituciones denominadas extensas o desarrolladas, cuyo origen no es otra cosa que el desarrollo del sistema democrático. Además, contienen una connotación más detallada de la función de cada órgano.

Encontramos también las denominadas constituciones otorgadas, que como vimos anteriormente, se originan en Francia en donde el poder se limita y estas han nacido históricamente, porque el soberano ha realizado la presión necesaria y limitado a los monarcas a ceder parte de ese poder. Así también, tenemos las constituciones pactadas, que como su nombre lo indica, se originan de un pacto entre el soberano y el monarca o entre los políticos y el monarca.

Por otro lado, tenemos las constituciones democráticas o populares que surgen del soberano manifestado a través de una asamblea nacional constituyente. Además, encontramos las constituciones que tienen un contenido ideológico, que como lo analizamos anteriormente, ha sido la base de las constituciones modernas, entre estas, porque evidencian una parte dogmática en donde, tienen inmersos postulados ideológicos, que sustentan a esta.

Así también, podemos encontrar, las constituciones normativas, nominales y semánticas. Siendo las primeras aquellas que expresan una relación real con su



contenido; es decir, se adecúan entre el soberano y lo que debe hacer el órgano estatal.

Las segundas, no armonizan con la política de una sociedad y normalmente, habrá muchas discrepancias entre la norma constitucional y la realidad social; y por último, las denominadas semánticas, las cuales algunos autores las han considerado como un disfraz constitucional, porque disfrazan las fuerzas reales que detentan el poder.

Para finalizar, encontramos por razón de reforma, las constituciones rígidas, que tienen mecanismos distintos a los empleados dentro del ordenamiento ordinario, de tal suerte que algunos preceptos constitucionales, de ninguna manera pueden ser reformadas y las constituciones flexibles, que son aquellas que permiten una modificación mediante los mismos procedimientos que se emplean en las leyes ordinarias, y no necesitan de una asamblea nacional constituyente.

1.6 Interpretación constitucional

Antes de entrar al tema de la interpretación constitucional, se hace fundamental desarrollar, en primer lugar, el tema de la Hermenéutica jurídica; la cual, se define como aquella disciplina cuyo objeto de interés es sistematizar y estudiar todas aquellas técnicas interpretativas y los principios derivados de la actividad de interpretación. Es decir, interpretar es aplicar o dar uso a la hermenéutica.

Para el autor García Belsunde: “interpretar una norma jurídica significa establecer su verdadero sentido y alcance”. Agregado a esto, encontramos que, en los siglos XII y XIII, como parte de la corriente racionalista, se considera a la interpretación como algo nimio y redundante, pues las normas son claras y

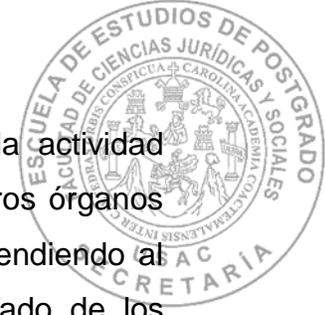


exactas en cuanto a que, proporcionan las normativas y soluciones a todos los problemas entre hombres, limitando a los jueces a una función automática, aplicando las disposiciones jurídicas solo dentro del marco de aplicación de estas.

La interpretación jurídica como tal ha presentado una doble polarización: por un lado, la corriente de la exégesis; por el otro, la corriente del derecho libre. La primera, proclamaba que se debía atender a la ley y hacía una excepción únicamente cuando el texto normativo resultare incompleto; en ese caso, se pasaba a estudiar la intención del legislador. La segunda corriente afirmaba que la interpretación era una actividad libre y creativa que permitía hallar una solución a las necesarias lagunas jurídicas que las leyes poseen, dado que los jueces, al ser seres humanos, no podían prever todas las posibles futuras situaciones; por lo que la interpretación le otorga cierta discrecionalidad al juez y al intérprete para aplicar la norma de manera extensa en los casos que la ley no rigiera ni tuviera contemplados.

La interpretación jurídica permite que las normas, que rigen conductas sociales, sean ponderadas y estudiadas. Se puede definir como la acción que tiende a saber y determinar qué se ordena y garantiza en cada uno de los textos jurídicos. Para el autor Ignacio Burgoa interpretar: “Denota una operación intelectual consistente en determinar el alcance, significado y extensión de cualquier norma jurídica, bien sea general, abstracta e impersonal, o particular, concreta e individualizada” (Burgoa, 1985, pág. 392).

Ahora bien, para iniciar con el tema de la interpretación constitucional es necesario hacer notar que, entre los estudiosos del derecho, hay una inclinación a considerar como fundamental el sujeto que realiza la acción interpretativa. Es decir, se considera a la interpretación constitucional como la actividad que busca establecer el sentido, significado, extensión y trascendencia de las disposiciones constitucionales, realizada por un órgano constitucional o tribunal análogo.



Sin embargo, este punto de vista es inexacto, pues limita la actividad interpretativa realizada por juristas, estudiosos de la materia y por otros órganos del Estado. Por lo que, se propone otro sistema de interpretación atendiendo al objeto sobre el cual recae. Este nos permite establecer el significado de los preceptos contenidos en la norma constitucional indagando el contenido y sentido de esta.

Con este nuevo marco ampliado, la actividad de interpretación realizada por diferentes sujetos crea dos grandes divisiones: la interpretación que al ser efectuada por un Tribunal Constitucional tiene Imperatividad y fuerza vinculante y la interpretación que, al ser realizada por otros sujetos que no poseen el carácter jurídico-oficial, no tiene ninguna autoridad ni produce vinculación. Aunado a este enfoque, se añaden dos aspectos importantes: la interpretación que se hace directamente a la constitución y la interpretación realizada con la guía de la constitución, evaluando normativa de menor jerarquía jurídica en el marco de las disposiciones constitucionales.

Partiendo de esta idea, podemos asegurar que la verdadera interpretación constitucional es aquella que, en sentido estricto, se desarrolla sobre las disposiciones y preceptos que la conforman, porque, la interpretación que se hace a partir de la constitución desatiende el objetivo central, pues se centra en leyes y normativa inferior a la carta fundamental del estado.

Para el constitucionalista José Arturo Sierra:

La interpretación jurídica en términos generales, es aquella actividad intelectual, subjetiva, tendiente a desentrañar o encontrar el sentido, significado, contenido o mandato de la norma. Es una operación humana teleológica, que tiene un fin específico y claro: saber o determinar qué se manda, ordena, otorga o permite, y a veces, con qué se castiga. Precisar en su alcance, extensión y limitaciones, qué deber

se impone qué derecho se otorga, qué se permite, qué conducta se prohíbe y, en todo caso, la sanción y su medida impuesta; esto último, si se tratase de normas positivas.(Sierra, 2000, págs. 81-82).



Para Karl Engisch, citado por el jurista Juan Francisco Flores Juárez la palabra interpretación jurídica se refiere a: “El entendimiento de una norma [...] interpretación consiste en comprender y hacer comprensible el sentido de la norma jurídica, delimitando su alcance y contenido”(Flores Juárez, 2009, pág. 107).

Para dicho autor guatemalteco, el vocablo interpretación es considerado sinónimo de la hermenéutica, la cual proviene del griego *hermeneia* que, a su vez, proviene de *hermeneum*, derivado del nombre de Hermes, hijo de Júpiter y Maya, quien, según la mitología, desarrollaba algunas funciones de mensajero e intérprete de los dioses. Respecto a la interpretación constitucional, este autor nos indica que:

Sobre la interpretación civilista me parece, fueron valladar para el surgimiento de una interpretación constitucional y, aunque en ese sentido, se ha ponderado la labor jurisprudencial y de interpretación de los jueces del mundo sajón y especialmente, de los jueces de Estados Unidos de América, tal ponderación resulta magnificada al advertir la exigüidad con la que operó en el siglo XIX, ya que hasta el muy conocido Jhon Marshall, el juzgador del caso Madison vs Marbury, según se dice, agotó su buena interpretativa, con la famosa sentencia de 1803 y, con la que se dictó en el caso Maculloch vs Maryland en 1819; al margen de ellas, su accionar en este campo fue restrictivo y conservador, su conducta, luego de propiciar el surgimiento del sistema difuso, fue durante los 34 que duró su gestión judicial [...] la misma situación prevaleció en Europa, pese a los llamados de atención formulados por Santi Romano en 1899 y por Smend en 1928; en España el profesor



Pérez Luño puntualizó que: no deja de suscitar cierta perplejidad comprobar la escasa atención que ha merecido en la teoría jurídica el tema de la interpretación constitucional. (Flores Juárez, 2009, págs. 107-108).

Para el profesor Juan Antonio García Amado:

La interpretación, por tanto, es la actividad que explica, aclara o precisa el contenido de ese mensaje que se contiene en la materia prima del derecho. La interpretación del derecho es la actividad consistente en establecer el concreto y preciso sentido de ese algo, de que el derecho se compone. El resultado de tal actividad es ese algo en cuanto precisado y aclarado. (García Amado, 2004, pág. 37).

Asimismo, la pregunta que se debe plantear el intérprete al momento de iniciar con la labor interpretativa se responde al determinar ¿cuál es el elemento básico o la esencia de las normas jurídicas?, partiendo de cómo se conciba este elemento básico se crean tres concepciones básicas de la interpretación: la primera, conocida como la Teoría Lingüística de la interpretación, la cual expresa que la realidad de la normativa jurídica está fuertemente vinculada con su condición de enunciados lingüísticos; es decir, el derecho se expresa mediante palabras y la actividad interpretativa consiste en el análisis semántico y la determinación de su significado.

La segunda concepción es llamada Intencionalista, esta se considera una teoría subjetiva de la interpretación porque expone que un texto legal es considerado como un vehículo relativamente certero y apegado a las intenciones del legislador. Por lo que, propone que la interpretación debe, en última instancia debe indagar y sacar a la vista el contenido de tal intención, la intencionalidad del creador de la norma o de aquellos, quienes la dictaron. Aunado a esta concepción

encontramos la tesis originalista la cual nos conduce a interpretar desde el punto de vista de los constituyentes, los creadores de la norma constitucional.



Esta nueva idea originalista encuentra su base en la idea de entender la intencionalidad del máximo ente legislador, como el órgano encargado de crear la constitución de un Estado. Desde este punto de vista, el legislador de la Asamblea Nacional Constituyente es considerado como legítimo, teniéndolo como la autoridad competente para emitir las normas jurídicas básicas de la organización social.

Es importante tomar en cuenta la extensión política de esta tesis subjetiva por lo que citaremos al jurista De Lora, quien explica la teoría originalista en materia de interpretación constitucional afirmando que:

Me parece que la idea básica del originalismo puede resumirse en que la intención (es) o pretensión (es) original (es) que animó a los constituyentes ha de ser primordialmente tenida en cuenta (es vinculante) a la hora de interpretar la misma para de esta forma mitigar los que se consideran, por parte de los autores que han defendido esta alternativa, como muy serios cargos de ilegitimidad contra la institución de la judicial review. (Toro, 1998, pág. 49).

Asimismo, uno de los defensores del originalismo en Norteamérica, Robert Bork, expresa en su obra que:

Una vez que la adhesión al significado original se debilita o abandona, un juez, quizá instruido por un teórico revisionista, puede alcanzar cualquier resultado, pues el entendimiento y la voluntad humanos, liberados de las ataduras de la historia y del sedimento de la historia que es el derecho, pueden llegar a cualquier resultado. (Bork, 1990, pág. 352)



Por último, la tercera concepción es la interpretación axiológica o material. Para esta doctrina, el derecho en su esencia es un conjunto de valores, por lo que la interpretación debe ser aplicada al contenido de las normas jurídicas. A diferencia de las concepciones previamente desarrolladas, esta interpretación parte del contenido lingüístico de los enunciados jurídicos, pero sin restringirse únicamente a esto, trata de explicar y concretar el alcance del valor que a través de la norma trata de expresarse.

Los valores axiológicos son la base y el pilar que permite al acto legislativo cobrar un sentido positivo. Esta concepción se percibe como una especie de interpretación neoconstitucionalista pues encuentra su piedra angular como una jurisprudencia de valores o valoraciones axiológicas.

Para los grandes precursores de la jurisprudencia de las valoraciones o intereses una norma jurídica debe servir a un interés; es decir, que toda norma debe ser capaz de ser solución para un conflicto de intereses antepuestos. El legislador, con cada norma, toma uno de estos intereses en conflicto y lo hace superior al interés contrario. Por lo que, el intérprete debe encontrar el conflicto de intereses que sirvió como base para la creación de la norma y determinar la causa por la que el legislador dio prevalencia a una sobre otra.

La teoría de la jurisprudencia de los intereses guarda cierta relación con la teoría Intencionalista, con la diferencia de que, la primera perfecciona las reglas de la hermenéutica al expresar que la voluntad del legislador se da en función de determinar la prevalencia de ciertos intereses frente a otros. Para ello, se articula un sistema jerárquico de valores; en donde la cima está ocupada por aquellos que se relacionan con el derecho y su finalidad, tales como la justicia, el bien común, la protección de la vida y la propiedad privada de las personas, entre otros. En segundo lugar, de jerarquía se encuentran aquellos que brindan la dirección central a cada rama del derecho: la justicia conmutativa, la protección de ciertos valores en el ámbito de lo penal, entre otros. Y, en último lugar, encontraríamos

todas aquellas normas que buscan dar solución a un conflicto determinado y que permiten la expresión de todos los valores más específicos y necesarios.



Para el autor Ricardo Guastini:

Las normas constitucionales están escritas en forma de principios, lo que impone ciertas dificultades al momento de interpretar. Algunos de tales principios constitucionales pueden entrar en conflicto, por lo que, el sujeto que realiza la interpretación tiene que llevar a cabo una actividad ponderativa, aplicando criterios como el de proporcionalidad para poder superar las contradicciones.(Guastini, 2008, pág. 11).

Desde este punto de vista, se pueden mencionar dos objetos regulados en las constituciones: los derechos humanos fundamentales y la organización del Estado y sus poderes. En cuanto a los derechos humanos, las dificultades de interpretación se encuentran centradas en dos aspectos importantes: primero, que los derechos sociales e individuales se pongan en práctica, exigiendo una materialización u objetivación de todas aquellas políticas que permitan el cumplimiento y goce real y efectivo de dichos derechos. Y, el segundo, el reconocimiento de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad; aquellos grupos que han sufrido vejámenes en sus derechos y que han quedado al margen del ordenamiento jurídico.

Frente a los conflictos derivados de los intereses contrapuestos se presenta otro problema: ¿quién debe decidir lo relativo a la resolución de los asuntos constitucionales? El mencionado autor nos guía sobre dos únicas respuestas: el juez constitucionalista o el legislador. Para algunos estudiosos de la materia, el Congreso debería ser el encargado de los asuntos constitucionales pues, al representar al pueblo soberano, sus decisiones serían democráticas e inclusivas a través del principio de mayoría.



Por otro lado, algunos autores se inclinan en que, las decisiones deben ser tomadas en cuenta por los jueces constitucionales. Para el modelo del Estado de derecho y constitucional, el legislador se encuentra subordinado a la constitución, por lo que, las decisiones emitidas por los parlamentarios no deberían tener carácter vinculante en cuanto a las normas constitucionales.

Para el jurista Miguel Carbonell:

Para entender la interpretación es necesario dividir en dos fases el concepto de interpretación: la primera, se refiere al concepto de interpretación y la segunda, al concepto de constitución; por otra parte, el estatuto lógico de la interpretación jurídica es controvertido en la teoría general del derecho contemporánea [...] en el lenguaje jurídico, el vocablo interpretación es doblemente ambiguo [...] la primera ambigüedad de la interpretación suele hacer referencia a la atribución de significado a un texto normativo o bien, a la calificación jurídica de un supuesto de hecho concreto [...] la segunda ambigüedad de interpretación se hace referencia en algunas ocasiones a un acto de conocimiento, en otras, a un acto de decisión y, en otras más, a un acto de creación normativa. (Carbonell, 2010, págs. 29-35).

Este autor citado, en la primera ambigüedad de interpretación, distingue lo siguiente:

La interpretación en abstracto, que consiste en identificar el obtenido de significado, es decir, el contenido normativo (la norma o normas) expresado por, y/o lógicamente implícito en un texto normativo (una fuente de derecho) sin referencia a algún supuesto de hecho concreto y, la interpretación en concreto, que consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada (en abstracto). (Carbonell, 2010, pág. 30).



Y en la segunda ambigüedad de interpretación en cuanto a los actos de conocimiento, decisión y creación distingue lo siguiente:

Interpretación cognitiva que consiste en la identificación de los diversos significados posibles de un texto normativo, sobre la base de las reglas del lenguaje de las diversas técnicas interpretativas, de las tesis dogmáticas difundidas en la doctrina [...] la interpretación decisoria que consiste en elegir un significado determinado en el ámbito de los significados identificados o identificables por medio de la interpretación cognitiva, descartando los demás [...] y la interpretación creativa, que consiste en atribuir a un texto, un significado nuevo, no comprendido entre los identificables a través de la interpretación cognitiva y/o en recabar del texto de las normas, llamadas implícitas a través de medios pseudológicos, o sea, mediante razonamientos no deductivos y por tanto, no concluyentes, por ejemplo, mediante el argumento analógico. (Carbonell, 2010, pág. 35).

Para Riccardo Guastini, la interpretación:

El vocablo interpretación, como en general los vocablos son la misma raíz, puede denotar bien, una actividad, la actividad interpretativa, bien el resultado o producto de esa actividad. Por ejemplo, las disposiciones legales sobre la interpretación son las que disciplinan la actividad interpretativa: por el contrario, una interpretación restrictiva, es el resultado de cierta técnica interpretativa. El resultado o producto de la actividad interpretativa no es otra cosa más que el significado del objeto interpretado. (Guastini, 2008, pág. 1).

Finalmente, el autor nos indica, respecto al vocablo constitución, se denota habitualmente como un conjunto de normas que regulan la organización de los poderes públicos, así como las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, que



es lo que se suele llamar: constitución en sentido material y la interpretación consiste en una serie de operaciones relativas al significado de un texto, por lo que, cuando se habla de interpretación constitucional, no puede ser más que una constitución escrita o denominada constitución formal.

1.7 Métodos de interpretación

Los métodos de la interpretación son mecanismos que nos brindan diferentes vías para poder percibir el sentido y extensión de las normas jurídicas. Dichos métodos son diversos y se focalizan en diferentes objetos de estudio. Para el autor Legaz y Lacambra es aconsejable que los métodos se conjuguen, pues no se excluyen entre ellos y su coordinación y aplicación simultánea traería un mejor resultado de la interpretación.

Entre dichos métodos de interpretación encontramos los siguientes:

- **Método gramatical:** se centra en las palabras con las que está redactada la norma, pues representan, de la manera más directa, la intencionalidad del legislador al momento de su creación. Con este método se entiende que, las palabras como tal carecen de un significado relevante y es, cuando se estudian en conjunto, que el contexto y la vinculación con las demás cobran importancia interpretativa. El problema que presenta este método es la variación en la significación de los términos que el legislador utilizó en un momento histórico determinado, el cual, ha cambiado o sufrido variaciones con la constante evolución del lenguaje.

Para el jurista guatemalteco, José Arturo Sierra:



El método gramatical consiste en determinar el sentido de la norma ateniéndose al significado literal de las palabras utilizadas por el legislador en la conformación de la norma. De la utilización de este método se han derivado máximas incorporadas a las legislaciones, acerca de que, cuando el tenor literal de una norma es claro no es válido consultar su espíritu. Se estima útil, cuando el significado de las palabras usadas es una regla jurídica y son suficientemente claras, sin dudas en cuanto a otras direcciones significativas que se pudieran derivar, sin embargo, puede conducir a interpretaciones y resultados inexactos, cuando para encontrar el verdadero mandato de una norma hay que atender aspectos políticos, sociales, culturales, económicos, financieros o históricos, por la especial naturaleza de la regla...(Sierra, 2000, pág. 83).

En nuestro sistema guatemalteco, la ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89, en su artículo 10 establece lo siguiente:

Interpretación de la ley. Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes pero los pasajes de la misma, se podrán aclarar, atendiendo al orden siguiente: a) a la finalidad y espíritu de la misma; b) a la historia fidedigna de su institución; c) a las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) al modo que parezca más conforme a la equidad y los principios generales del derecho.

- **Método lógico sistemático:** los conceptos y las diversas formas de pensamiento se ordenan de manera lógica y ordenada. Por lo que, la actividad de los jueces se encuentra subordinada a dichas reglas de lógica. Este método

propone que, la aplicación de las normas permite superar todas las contradicciones y lagunas jurídicas. Todos los preceptos ofrecidos por la lógica jurídica están íntimamente ligados a la interpretación y, no se puede llevar a cabo la labor interpretativa, dejando de lado u obviando las reglas de la lógica.



Para el jurista José Arturo Sierra:

El método conceptual o lógico es una modalidad hermenéutica que no repara en el tenor literal de los vocablos usados en la ley, sino que busca cuál es el mandato, hacia donde se orienta la Imperatividad de la norma, tomándose como índice el aspecto conceptual. Interesa determinar qué conceptos o ideas generales tratan de reflejar las palabras del texto, para integrar sobre esa base el sentido general de la norma.(Sierra, 2000, pág. 84).

- **Método del argumento *a contrari*:** este método nos permite interpretar la norma, partiendo de la falta de presupuestos necesarios para provocar una consecuencia jurídica determinada.
- **Método del argumento *a Fortiori*:** nos permite determinar que, si una norma puede ser aplicada a un caso general, asimismo, puede ser aplicada a un caso específico.
- **Método del argumento *ad absurdum*:** este nos propone que se debe calificar de incorrecta y descartar una determinada conclusión o resultado, si de aceptarlo deriva la aceptación de una segunda conclusión paralela que no se pueda cumplir en ninguna circunstancia.



- **Método de interpretación sistemática:** nos indica que hay una vinculación necesaria entre las normas jurídicas y las instituciones que las contienen y regulan, pues cada precepto jurídico siempre tendrá conexión con el sistema jurídico normativo del Estado. Partiendo de esta idea, es necesario tomar a todo el ordenamiento como un conjunto para poder interpretar una norma individual. Es decir, que este método tiene cierta relevancia, porque parte de la idea que todo conjunto, el cual está integrado por varios elementos, puede ser considerado como un sistema; es decir, se puede clasificar cada elemento como un subsistema o subsistemas.
- **Método de la interpretación histórica:** para poder darle sentido y desentrañar el significado de una norma es necesario estudiar todo el contexto social e histórico en el cual se creó esta. Se analiza el gobierno y la ideología política existente, los motivos sociales, culturales y económicos que conformaban la realidad del Estado al momento de la promulgación de la norma.

Para algunos autores, ha sido denominado como método histórico o causal teleológico y que tiene como piedra angular en su concepción que todo lo que está vinculado en una actividad humana, necesariamente tiene una causa final; es decir, que para interpretar un precepto es necesario auxiliarse y determinar qué otros factores entre estos, históricos, sociales o culturales, influyeron para que un órgano legislativo, emita una ley y cuál puede ser la finalidad que esta persiga.

- **Método teológico o funcional:** desde un punto de vista doctrinario, los estudiosos del derecho consideran a este, el método más importante debido a su objetividad para descubrir el sentido de la norma. Es decir, se trata de un modelo objetivo, ya que su aplicación rebasa la pretensión del propio legislador; los métodos que citamos anteriormente, son fases previas y entre

ellos, no se excluyen, porque pueden ser considerados como mecanismo de control en todos aquellos procedimientos que se consideran hermenéuticos



1.8 Técnicas de interpretación

Debemos considerar que una técnica de interpretación es considerada actualmente como un procedimiento que parte de un contenido o que su esencia contiene un enunciado normativo y que es considerado como un procedimiento intelectual para lo cual es necesario que el ser humano participe como intérprete. Esto ocasiona que, al hacer la interpretación este intérprete genere una especie de discurso y precisamente este discurso, es el que puede ser objeto de un análisis empírico o lógico y en el cual, se va a argumentar esa interpretación.

La primera de estas técnicas es la argumentación de la interpretación. Esta se aplica mediante una fórmula, en donde, el enunciado implica la disposición o norma jurídica expresa. Para llegar a esta conclusión se requiere de dos premisas: a) un argumento interpretativo; este nos permite expresar que todo lo contenido en la norma era voluntad del legislador y; b) un principio metodológico; el cual, realiza una observación y busca atribuir a cada disposición el significado que corresponde a la voluntad del legislador.

Para el autor Miguel Carbonell: “Todos los principios metodológicos admiten excepciones que no pueden enumerarse de forma anticipada [...] para cada principio metodológico, siempre es posible encontrar un principio opuesto que conduciría hacia una conclusión interpretativa diferente” (Carbonell, 2010, pág. 51).

La segunda de estas técnicas es la teoría e ideología de la interpretación constitucional. Las técnicas de interpretación pueden ser estudiadas desde dos puntos de vista: el punto de vista descriptivo y el prescriptivo. El primero, también

conocido como cognitivo, consiste en describir y analizar las técnicas utilizadas por los jueces o administradores de justicia cuando realizan la actividad interpretativa a la constitución. El segundo punto de vista, también llamado normativo, es llevado a cabo por aquellas personas que, sin tener interés directo sobre la constitución, recomiendan a los jueces en materia constitucional la forma en que deben realizar la interpretación adoptando una técnica en particular y excluyendo las demás.

Estos dos puntos de vista giran en torno de la persona que realice el análisis de la constitución; ya sea el juez o un estudioso del derecho y en el caso del punto de vista descriptivo o un agente externo que indica la forma en que debe realizarse la labor interpretativa, atendiendo al punto de vista prescriptivo.

Para el autor anteriormente citado:

La existencia misma de una amplia bibliografía sobre la interpretación constitucional sugiere con toda evidencia que la interpretación constitucional es algo decididamente distinto de la interpretación de otros textos jurídicos: se supone que la interpretación de la constitución demanda métodos especiales, diferentes de los que normalmente son utilizados en la interpretación de la ley. (Carbonell, 2010, pág. 54).

Esta idea es planteada por varios estudiosos de la materia; sin embargo, en muchas ocasiones no tiene los argumentos necesarios. Ahora bien, es posible enunciar cuatro argumentos fundamentales para sostener esta idea: el primer argumento propone que, el texto constitucional es diferente de cualquier otro texto del ordenamiento jurídico de acuerdo con su objeto. Esto es debido a que existe gran disciplina en torno a la materia constitucional. No podemos negar que la propia constitución regula la materia constitucional de manera completa; sin embargo, en los sistemas jurídicos, gran parte de la materia no es regulada por la carta fundamental, si no por las leyes ordinarias. De esto concluimos que, ciertas



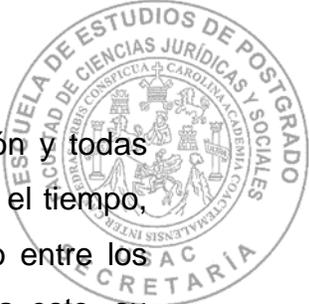


técnicas deben ser aplicadas tanto a la constitución como a ciertos textos ordinarios atendiendo a su contenido; como resultado, podemos determinar que la especificidad de la interpretación no se da.

El segundo argumento, nos indica que la constitución es diferente de cualquier otro texto normativo, porque no se encuentra limitado a establecer reglas, sino que, crea principios y proclama valores fundamentales. Las constituciones contemporáneas expresan valores, principios generales y políticas de reforma y promoción socioeconómicas.

Sin embargo, el hecho de que exprese dichos valores supremos no es una cualidad única del texto constitucional, pues algunas leyes ordinarias también crean sus propios principios y valores, cada norma ordinaria presupone una *ratio legis*, un fin y objeto a seguir. Por lo que, este argumento nos permite concluir que, deberían ser utilizados los mismos métodos de interpretación, tanto para el texto constitucional como para las leyes ordinarias. Dejando de lado la razón de ser de una especificidad constitucional.

El tercer argumento, aunque expone que, por su objeto, la constitución es diferente del ordenamiento ordinario, nos propone una nueva visión: las relaciones políticas entre los órganos del Estado, el Estado y los ciudadanos. Dichas relaciones, al ser tan cambiantes, requieren de un método capaz de adaptar el contenido normativo al incesante cambio de las relaciones sociales disciplinadas. Este argumento es eminentemente prescriptivo, dado que, sugiere una actividad interpretativa especial: la conocida como interpretación evolutiva o dinámica. El argumento de la interpretación evolutiva tiene cierta debilidad que puede ser estudiada desde tres enfoques: a) la regulación de las relaciones políticas no es una función exclusiva de las normas constitucionales; b) no es necesariamente real que la norma constitucional regule las relaciones políticas; c) la constante evolución es una característica de las relaciones entre personas; por lo que, la especificidad de la interpretación constitucional sigue sin ser demostrada.



Finalmente, el cuarto argumento nos expresa que la constitución y todas aquellas leyes de carácter constitucional, fueron creadas para durar en el tiempo, porque, la finalidad de estas es crear una organización estable, tanto entre los poderes públicos como entre el Estado y los ciudadanos. Agregado a esto, su modificación o sustitución es de difícil procedimiento, por lo que, todas sus disposiciones deben interpretarse de tal forma que, se adapten a las transformaciones y evolución de la sociedad, incluso cuando no se realicen revisiones o reformas a la constitución.

El autor Miguel Carbonell nos ilustra respecto al último argumento afirmando que:

La historia constitucional francesa demuestra que una constitución no necesariamente debe estar vigente durante siglos no todas las constituciones son difíciles de modificar: existen constituciones flexibles y, tampoco las constituciones rígidas son rígidas en su totalidad. Agréguese que no es verdad que toda ley tenga un carácter provisional, evanescente: no es el caso, por ejemplo de muchos códigos civiles (comenzando, evidentemente por el Código Napoleónico), que en algunos casos están destinados a durar mucho más que una constitución. (Carbonell, 2010, págs. 29-35).

1.9 Teoría de la interpretación constitucional

Dentro de las teorías de la interpretación constitucional se ha podido establecer con la evolución del derecho que se pueden interpretar desde tres visiones de la doctrina, entre estas: la primera se ha considerado por algunos autores como una ideología estática que, a su vez, en ciertos momentos puede ser una ideología dinámica. Está inspirada en los valores de la estabilidad y en el propio orden jurídico. Normalmente recomienda a los intérpretes practicar una

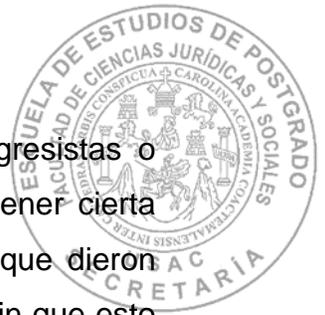
interpretación fiable o, de alguna manera, exacta. Algunos autores la consideran como originalista, porque está inspirada en la propia constitución.



Una segunda doctrina que es considerada como la oposición entre la doctrina particularista y la doctrina universalista. Se inspira en el valor de la adaptación continua del propio ordenamiento jurídico. Sugiere a los intérpretes que, cuando se realiza la interpretación, cambien el significado del texto de acuerdo con el espíritu o luz del valor axiológico denominado justicia, lo cual, en nuestro ordenamiento jurídico, estaría en oposición a lo que establece el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial. Y, finalmente, una tercera posición doctrinal entre una actitud judicial restringida y una actitud judicial activa.

En virtud de lo anterior es necesario analizar las propias técnicas de la interpretación constitucional. Entre ellas, la interpretación literal, que consiste en atribuir a un enunciado normativo en prima fase un significado que sea el inmediato y el que corresponde a reglas sintácticas y semánticas propias de un lenguaje. Y, es aquí, donde la interpretación originalista precitada utiliza reglas lingüísticas que se encontraban vigentes en el mismo período en el que se promulgó esa constitución. Y luego, el poder denotar la interpretación utilizando reglas lingüísticas vigentes, por decirlo comúnmente, en el momento actual, y no cuando se creó el texto constitucional.

Por otro lado, es necesario explicar que dentro de esta interpretación constitucional se puede dar también el argumento en contrario que tiene como fin justificar la literalidad de la propia interpretación, pero a la vez, puede tener dos variantes; entre estas, establecer que la interpretación literal no cumple esa función y, en una primera variante, el argumento a contrario que permitiría establecer el derecho que podría tener o no un sujeto, permitiendo a la vez concluir de manera lógica, si esa interpretación constitucional está acorde a las propias normas implícitas.



Asimismo, debemos analizar cuál fue la intención de los congresistas o constituyentes de cómo interpretar un texto constitucional. Es decir, tener cierta referencia de la intención de los constituyentes, revisando las actas que dieron origen a cada uno de los textos que están bajo la labor interpretativa, sin que esto nos deje inmersos en un campo subjetivo y que, esta intención que sea analizada, sea objetiva.

En cuanto a la interpretación constitucional restrictiva cabe resaltar que algunos intérpretes realizan la actividad interpretativa de forma restrictiva excluyendo ciertos supuestos concretos y utilizando un argumento de la disociación que lo que hace es, distinguir todos aquellos supuestos previstos en un texto normativo; a esta se le debe sumar, la interpretación extensiva, en donde se incluyen algunos supuestos concretos dentro de la misma interpretación extensiva, incluyendo la analogía y semejanza. Finalmente, se puede dar una interpretación sistemática, es decir, se da la interpretación aduciendo supuestos sistemáticos propios de la ciencia del derecho o del propio texto constitucional.

1.10 Principios y su relación con las normas

Antes de presentar un concepto de principio es necesario iniciar afirmando que, todo sistema jurídico se conforma de dos tipos de normas: las reglas y los principios. Para poder establecer una diferencia entre ambos recurriremos al concepto de cada uno. El autor Riccardo Guastini define a las reglas como:

Un enunciado condicional que concede una determinada consecuencia jurídica a una clase de hechos: “Si F, entonces G”. La consecuencia jurídica en cuestión puede ser una sanción, la adquisición de un status, el nacimiento de una obligación o de un derecho, la validez o invalidez de un acto.(Guastini, 2008, pág. 11).



Por otro lado, definir un principio es de mayor complejidad pues posee una serie de características diversas que deben estar necesariamente presentes para poder hablar de un principio, entre ellas enumeraremos: la posición de las normas dentro del sistema jurídico. Los principios son esenciales para la individualización de cada sistema.

Asimismo, los principios son la base axiológica de la pluralidad de normas de un sistema; es decir, le dan la apología ético jurídica al conjunto normativo de un Estado. Por último, un principio no requiere de una justificación imperativa pues es admitida como una cultura jurídica preformada, como una norma evidentemente justa y apropiada.

Una segunda característica de los principios es su contenido y su estructura normativa. Un principio es considerado una norma indeterminada; es decir, una norma abierta, que puede adquirir dos formas diferentes: a) defectibles; una norma es defectible cuando no establece de manera absoluta todos los hechos condicionales y, tampoco contiene todas las excepciones a la norma; b) genéricas: las cuales, exigen, en primer lugar, la formación de otra norma, permitiendo su efectividad o ejecución y, en segundo lugar, pueden ser concretizadas en muchos modos diferentes.

1.11 Concepto de Norma Jurídica

Vamos a empezar con el origen de la palabra norma jurídica que viene del griego *gromo o gromatos*, en ese tiempo se utilizó para denominar un instrumento de medida y al acto propio de medir, lo que se fue definiendo como una norma de aplicación general, para el jurista García Máynez: “La palabra norma suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto. Lato sensu aplicase a toda regla de comportamiento obligatoria o no. Stricto sensu corresponde a la que impone deberes y confiere derechos” (García Maynez, 1961, pág. 4)

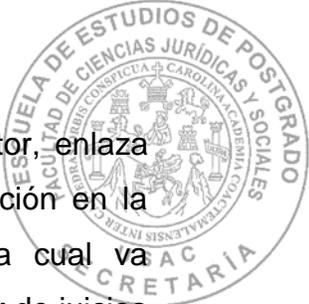


Es decir, este autor ubica a la norma como *stricto sensu*, porque impone deberes y confiere derechos; sin embargo, es necesario en este trabajo analizar otro tipo de reglas entre estas las reglas morales, porque estas son más de un orden subjetivo de cumplimiento. Por otro lado, las normas jurídicas, se deben cumplir objetivamente dentro del rol de la sociedad; es decir, que la norma jurídica dentro de cada Estado es el objeto por medio del cual el derecho ordena el funcionamiento de una conducta intersubjetiva que, lo que hace es, garantizar que se cumpla con el imperio de la ley que ejerce el Estado a toda costa.

Asimismo, la norma cuenta con una estructura que nos permite establecer con seguridad cuando nos encontramos con ella. Sus dos elementos son: los supuestos jurídicos y las consecuencias jurídicas. Los primeros son las hipótesis que se prevén como conductas y que, al darse en la realidad, van a producir las consecuencias jurídicas. Por ello, es necesario aclarar en este apartado, que no debemos confundir las normas con los artículos que conforman las leyes.

También es necesario establecer, al menos, algunas teorías que se basan sobre la estructura de la norma; entre ellas: la teoría de Hans Kelsen, en la cual, la regla de derecho, en sentido descriptivo, es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones. En ese sentido, en su obra de teoría pura del derecho, en cuanto a la norma como esquema de interpretación cita:

Que el hecho en cuestión recibe el sentido específicamente jurídico, su peculiar significación jurídica, mediante una norma que se refiere a él con su contenido, que le confiere la significación jurídica, de suerte tal que el acto puede ser interpretado de acuerdo con esa norma. La norma hace las veces de esquema de interpretación. Ella misma es producida por un acto jurídico que a su vez recibe su significación de otra norma... es decir: que el contenido de un acaecer efectivo concuerda con el contenido de una norma cualquiera supuesta. (Kelsen, 2013, pág. 4).



Es decir que la estructura de la norma jurídica, según este autor, enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones. Además, la condición en la que se puede describir la ciencia jurídica de la naturaleza en la cual va describiendo su objeto en proposiciones que pueden ostentar el carácter de juicios hipotéticos; por ejemplo, dicho jurista cita el principio de Arquímedes, el cual dice que cuando un cuerpo se sumerge en el agua, pierde parte de su peso, el cual es equivalente al agua que desaloja. La causa es sumergirse en el líquido, la consecuencia sería la pérdida del peso. Es decir “*si A es, B es*”; es decir, que la norma jurídica en cambio, prevé que “*si A es, debe ser B*”.

El jurista Carlos Cossio va más allá de la teoría de Kelsen, al considerar que la norma en la descripción de cómo es el derecho, de cómo opera por medio de la norma positiva, pero no entra a considerar el deber ser trascendental de todo el ordenamiento jurídico; se puede decir, lo axiológico o valorativo. Es decir, que si bien utiliza el procedimiento del juicio como Kelsen, este lo presenta de forma disyuntiva o como juicio disyuntivo porque el deber ser tiene una significación diferente para unir el supuesto y la consecuencia.

1.12 Características de la norma

Las normas jurídicas, doctrinariamente, se dividen en dos grupos, las cuales tienen características reales como la validez; es decir, que hayan sido emitidas por un órgano competente y conforme a un procedimiento establecido en la norma, que esté vigente y que no se contradiga con otra de mayor jerarquía. Además, esta debe ser bilateral, porque proviene de un sujeto distinto a su destinatario y debe llevar inmersa la coerción, porque puede constreñir al destinatario para que la cumpla.

En un segundo grupo tenemos las características ideales, como la legitimidad, pero entendiendo esta como la existencia de un procedimiento



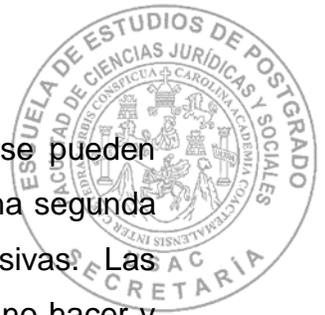
establecido, y no como una forma valorativa o subjetiva de verla, teniéndola como válida y eficaz al interés de la sociedad, lo de eficaz, porque sirve al propósito para el cual fue emitida.

1.13 Clasificación de las normas jurídicas

Dentro de las clasificaciones más importantes en cuanto a la norma tenemos las normas, según el ámbito espacial: es decir, que tiene un espacio o territorio en el cual va a regir, de acuerdo con la división que ordene el propio Estado. En nuestro caso, hablamos de una estructura unitaria; es decir, con una división de departamentos y municipios, clasificando en normas generales, si se aplican a nivel departamental, en todo el territorio, y municipales, las que emiten las propias comunas, entre estas los reglamentos; por ejemplo, el reglamento que rige lo referente a los recursos hídricos en de cada municipio, el pago de impuesto único sobre la renta entre otros.

Las normas, según su ámbito material, como se ha visto dentro del desarrollo de la sociedad, van originando nuevas ciencias que van clasificando al propio derecho en materias con normas civiles, mercantiles, internacionales, tributarias, penales, entre otras. Y, las normas, según su ámbito temporal, entendiéndose como las que tienen una vigencia temporal o de vigencia determinada. En nuestro caso, cuando existe una emergencia, al momento de desaparecer dicha emergencia, la norma deja de existir. Por otro lado, las normas, según su ámbito personal; es decir, aquellas que se encuentran en reglamentos y que su aplicación es a una persona en particular; con excepción de que sus destinatarios sean generales.

Para otros autores, como el jurista Puig Peña, las normas se deben clasificar en rígidas y flexibles. Las primeras, porque suponen que tienen previsto todos los hechos sobre los que se va a aplicar y las consecuencias que estas



producen. Y las segundas, las que se redactan de tal manera que se pueden adaptar a las circunstancias propias de la realidad. Además, realiza una segunda clasificación que denomina: normas imperativas y normas permisivas. Las primeras obligan a observar una conducta activa o pasiva, de hacer o no hacer y las segundas, aquellas que le dan al individuo la facultad de optar entre una conducta u otra que puede ser, hacer o no hacer.

Para el jurista García Máynez, las normas se clasifican de la siguiente manera:

- Por el sistema a que pertenecen: si son nacionales, extranjeras y de derecho uniforme.
- Según su fuente: estas pueden ser, legislativas, consuetudinarias y jurisprudenciales.
- Por el carácter sancionador: perfectas, *plus quam* perfectas (aquellas que norman un acto que al ejecutarlas ya no es posible la reparación; por ejemplo, las normas penales: pues, por ejemplo, en el caso de un asesinato, con la aplicación de la norma no se puede revivir a la persona). *Minus quam perfectas* (aquellas que prescriben que el acto ejecutado en su contra no es nulo, pero genera una sanción distinta que afecta al que la incumplió). Imperfectas (son las que carecen de sanción).
- Por su cualidad: estas pueden ser positivas y negativas.
- Por su función de complementación: siendo estas, primarias o principales y secundarias o de complementación.
- Por su relación con la voluntad de las personas: estas pueden ser, dispositivas y taxativas.



Para el jurista Eduardo García Máynez, dentro de la clasificación de las normas jurídicas cita las siguientes:

Principales criterios de clasificación: a) desde el punto de vista del sistema a que pertenecen [...] todo precepto de derecho pertenece a un sistema normativo [...] b) desde el punto de vista de su fuente [...] los preceptos de derecho pueden ser formulados, según hemos visto, por órganos especiales (poder legislativo), es decir, provienen de la repetición más o menos reiterada de ciertas maneras de obrar cuando a estas se haya vinculado el convencimiento de que son jurídicamente obligatorias, o derivar de la actividad de ciertos tribunales [...] c) desde el punto de vista de su ámbito espacial de validez [...] el ámbito de validez de las normas del derecho debe ser considerado desde cuatro puntos de vista: espacial, temporal, material y personal [...] d) desde el punto de su ámbito temporal de validez, las normas jurídicas pueden ser de vigencia jurídica determinada e indeterminada [...] e) desde el punto de vista de su ámbito material de validez [...] los preceptos del derecho también pueden ser clasificados de acuerdo con la índole de la materia que regulan [...] agrupándose en derecho público y derecho privado [...] f) desde el punto de vista de su ámbito personal de validez [...] las normas del derecho divídanse en genéricas e individualizadas [...] g) desde el punto de vista de su jerarquía [...] los preceptos que pertenecen a un sistema jurídico pueden ser del mismo o diverso rango [...] 1. Normas constitucionales. 2. Normas ordinarias. 3. Normas reglamentarias. 4. Normas individualizadas [...] h) desde el punto de vista de sus sanciones [...] inspirándose en doctrinas romanas el jurista ruso N. Korkounov divide los preceptos del derecho en cuatro grupos desde el punto de vista de sus sanciones: 1. Leges perfectae. 2. Leges plus quam perfectae. 3. Leges minus quam perfectae. 4. Leges imperfectae i) desde el punto de vista de su cualidad [...] se dividen en positivas (permisivas) y negativas (o prohibitivas) j) desde el punto de vista de sus relaciones de



complementación [...] hay normas jurídicas que tienen por sí mismas sentido pleno, en tanto que otras solo poseen significación cuando se les relaciona con preceptos del primer tipo [...] llámense primarias a las complementadas y secundarias: a) las de iniciación, duración y extinción de la vigencia; b) las declarativas o explicativas; c) las permisivas; d) las interpretativas; e) las sancionadoras [...] k) desde el punto de vista de sus relaciones con la voluntad de los particulares [...] normas taxativas y normas dispositivas. Son taxativas aquellas que obligan en todo caso a los particulares independientemente de su voluntad. Llámense dispositivas las que pueden dejar de aplicarse, por voluntad expresa de las partes a una situación jurídica concreta. (García Máynez, 1977, págs. 78-96).

Para el jurista Miguel Villoro Toranzo, la norma jurídica:

Es la formulación técnica de un esquema construido conforme a una valoración de justicia dada por el legislador a un problema histórico concreto. Si analizamos cualquier norma jurídica tendremos que descubrir: a) datos jurídicos que constituyen el problema histórico concreto; b) una valoración de justicia pronunciada ante dichos datos; c) la construcción de una solución conforme a esa valoración; y, d) las palabras y locuciones más o menos técnicas que formulan dicha construcción. (Villoro Toranzo, 1984, pág. 313).

En ese orden de ideas, podemos ir estableciendo la jerarquía de las normas jurídicas y su clasificación desde las normas superiores: a) normas constitucionales; b) normas y convenios de tratados internacionales sobre derechos humanos; c) normas de las llamadas leyes constitucionales; d) normas de leyes ordinarias y tratados y convenios internacionales; e) normas reglamentarias y; f) normas individualizadas. Todas estas, en virtud que la jerarquía constitucional establecida en el Estado de Guatemala indica que ninguna

ley podrá contrariar las disposiciones de la constitución y las que lo hicieran son *nulas ipso jure*, porque existe la supremacía de la constitución la cual prevalece sobre cualquier ley o tratado.



Sin embargo, como establecimos en este capítulo, el constitucionalismo, desde su origen o surgimiento, a raíz de la carta magna del año 1215, la petición de derechos del año 1640, la exhibición personal del año 1679, así como el acta de establecimiento del año 1701, tenía objetivos específicos que permitían la limitación del ejercicio del poder y, a su vez, otorgar libertades a los ciudadanos, así como la organización del Estado, las instituciones creadas desde un poder original así como sus funciones y competencias, posteriormente, se da una incorporación al surgimiento de los derechos humanos, pero su eficacia fue mermando a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI, porque la constitución ya no está siendo visualizada como la ley suprema del Estado de Guatemala y se da una crisis al constitucionalismo actual con el nacimiento e incorporación de los derechos fundamentales y derechos humanos, porque adquieren un carácter mayor en su aplicación y a la vez, se constituyen como normas constitucionales y se les da una valoración interpretativa y argumentativa de acuerdo con el contexto social, con lo cual, aumenta esta crisis al constitucionalismo moderno, por ello es necesario desarrollarla en el capítulo segundo de este trabajo de tesis.

CAPÍTULO II



2. El origen del neoconstitucionalismo

En primer lugar quiero empezar analizando el origen de cómo se ha ido acuñando el término neoconstitucionalismo y desde cuándo se cree que fue utilizado, al respecto, durante el desarrollo del XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, celebrada en Buenos Aires, Argentina en el año de 1997, en donde posteriormente fue invocada la palabra neoconstitucionalismo en muchas ocasiones, para indicar una serie de posiciones especialmente teóricas, defendidas por algunos autores y con esto crear un nuevo enfoque de derecho constitucional.

Al respecto, la jurista Susanna Pozzolo, indica que: “En particular, con la palabra “neoconstitucionalismo” se identifica una perspectiva iusfilosófica que se contraponía explícitamente a aquella iuspositivista y al mismo tiempo, trataba de diferenciarse de la opuesta y más tradicional posición iusnaturalista” (Pozzolo, 2009, pág. 363)

Ahora, es preciso ir señalando, aunque de manera amplia que el término neoconstitucionalismo en su significado ha tenido diversas modificaciones; sin embargo, es necesario poder ir desentrañando el uso del término desde su origen para su comprensión, porque uno de los primeros cambios es precisamente que fue utilizado para referirse al constitucionalismo, luego se incide sobre la capacidad no de señalar la filosofía constitucionalista, sino un tipo distinto de sistema jurídico.

Sin embargo, a la mitad del siglo XX, en particular señala aquel tipo de sistema jurídico el cual normalmente tiene una constitución extensa, garantizada y sobre todo rígida y que se referirá especialmente al denominado Estado



constitucional de derecho. Asimismo, es indispensable mencionar los comienzos del neoconstitucionalismo de tres formas:

2.1. Neoconstitucionalismo teórico

Como teoría del derecho normalmente aspira a describir los logros de la constitucionalización; es decir, la modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Este modelo que emerge con la reconstrucción llamada neoconstitucionalismo, está caracterizado, además, por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales; es decir, por la omnipresencia de principios y reglas, representando como nueva teoría del derecho y siendo alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional.

Este modelo teórico, en primer lugar, designa un conjunto de reglas positivas, contenidas inclusive en un documento con derechos consuetudinarios, teniendo determinados contenidos a los que el constitucionalista le atribuye un valor especial; al respecto, M. Dogliani afirma que: “está cargada de un valor intrínseco, la constitución es un valor en sí”(Comanducci, 2002, pág. 98).

2.1.1. Los derechos fundamentales dentro del neoconstitucionalismo

Para analizar los derechos fundamentales en donde muchos autores en común conciben la esencia de la gran parte de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos fundamentales, como principios ético-políticos; y que adoptan una distinción cualitativa y estructuralmente fuerte de principios y reglas, los primeros: objeto de argumentación y ponderación, los segundos: objeto de aplicación en la forma de la subsunción, corresponde esta precisión a Tecla Mazzaresse. esta por lo demás, aun siendo partidaria de una lectura iuspositivista del neo constitucionalismo), sostiene la intrínseca indeterminación de los

derechos fundamentales, semejante a la generalmente asociada a los principios en oposición a las reglas. cfr. T. Mazzaresse, en su *Diritti Fondamentali e neocostituzionalimo*, cit., S 3.1 en particular 38-39; Id., “Razonamiento judicial y derechos fundamentali. Observaciones lógicas y epistemológicas”, en *Doxa*, 26, 2003, 687-716.



2.2. Neoconstitucionalismo ideológico

Este tipo de neoconstitucionalismo aparece cuando se presenta una ideología marcada dentro de la constitución. Este tipo de neoconstitucionalismo se distingue del constitucionalismo porque coloca en un segundo plano la limitación del poder estatal que es *contrario sensu* en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, colocando los derechos fundamentales sobre el propio sistema; es decir, no se dedica a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente, destacando la tutela de los derechos fundamentales.

En ese sentido, podríamos hablar; por ejemplo, de un constitucionalismo de los contrapoderes, porque se muestra que puede sustituir una obligación moral de obedecer la constitución considerándose como una moderna variante del positivismo ideológico del siglo XIX que predicaba la obligación moral de obedecer la ley.

2.3. Neoconstitucionalismo metodológico

En este tipo de neoconstitucionalismo, la posición metodológica defendida por Alexy y Dworkin se contraponen al positivismo metodológico y conceptual que afirma la tesis, con la cual es siempre posible identificar y describir el derecho *como es* y, distinguirlo, por lo tanto, del derecho *como*



debería ser, teniendo dos tesis: la primera, la tesis de las fuentes sociales del derecho y, la segunda, la no conexión necesaria entre derecho y moral.

Por el contrario, el neoconstitucionalismo metodológico sostiene al menos, los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituye un puente entre derecho y moral; es decir, una conexión necesaria entre derecho y moral.

Luigi Ferrajoli, en su obra mayor, ha afirmado que la ciencia jurídica en pleno siglo XXI, en los países democráticos es necesariamente normativa:

Entendiendo que la descripción de la constitución es normativa respecto a los niveles inferiores del ordenamiento; es decir, una vez interpretada la constitución como contenedora de un conjunto de valores que cuentan con la adhesión política de Ferrajoli, esto pareciera que es la adhesión a un Neoconstitucionalismo ideológico y no teórico, porque se asigna un rol normativo a la ciencia jurídica (Ferrajoli, 1999, págs. 29-61).

Lo anterior, en virtud que, el neoconstitucionalismo ideológico, parece una consecuencia peligrosa para algunos teorías constitucionalistas, porque cuando se resuelve bajo esta franja se da una disminución de la certeza del derecho derivada de una técnica denominada: *ponderación de los principios constitucionales*, dándose una interpretación moral de la constitución, siendo Dworkin, uno de los principales exponentes del neoconstitucionalismo, en donde, un derecho formado se sostiene a través de reglas y principios fundamentales, pero, según el autor, con una fuente moral-objetiva, sin analizar el problema teórico de la cognoscibilidad, de las consecuencias jurídicas y el problema práctico de las justificaciones de las decisiones judiciales, en nuestro caso, las decisiones de la Corte de la Constitucionalidad.

Pero no podemos dejar de lado el neoconstitucionalismo metodológico, el cual está compuesto puramente por principios constitucionales, con una relación necesaria entre derecho y moral, teniendo la tesis neoconstitucionalista que



cualquier decisión jurídica o judicial se justifica si se deriva de una norma moral. Es decir, ¿qué tipo de norma moral sería la que debería fundar esta decisión judicial? y esta, según Paolo Comanducci tiene al menos cuatro soluciones posibles:

Que se trate de una norma moral objetiva verdadera en el sentido que corresponde a hechos morales. Que se trate de una norma moral objetiva racional en el sentido aceptable por parte de un auditorio racional. Que se trate de una norma moral subjetivamente escogida. Que se trate de una norma moral intersubjetivamente aceptada. Las primeras dos soluciones son objetivistas y las últimas dos son subjetivistas.(Comanducci, 2002, págs. 108-109).

2.4. Polémica respecto al término neoconstitucionalismo

Por otro lado para Miguel Carbonell, el término neoconstitucionalismo desata una polémica en los teóricos actuales del constitucionalismo, porque lo consideran como un nuevo o renovado constitucionalismo e inclusive la superación del positivismo jurídico, en ese sentido analizaré más adelante este punto de vista, que al menos el neoconstitucionalismo surge como un nuevo modelo de constitución, además de dar cuenta en la forma de interpretar los textos constitucionales y de argumentar con las normas que forman parte de ellos e implica una nueva teoría del derecho que va más allá de la simple descripción y una nueva forma de estudiar el fenómeno jurídico.

Para el jurista Raymundo Gil Rendón, indica que efectivamente el término neoconstitucionalismo surge en los siglos XVII y XVIII, teniendo como marco el continente europeo, desarrollándose en Inglaterra y especialmente en la revolución Francesa, lo que dio como consecuencia la existencia de nuevos modelos de organización política del Estado moderno que hasta hoy prevalece y

cuyo sentido se funda en la división de poderes y en la defensa de los derechos del hombre y que dichas revoluciones se hicieron basadas en el derecho natural como en el derecho supremo, además de la doctrina del *common law* como una lucha contra el absolutismo y con vital importancia porque trascendió luego en el continente americano, especialmente en Estados Unidos de América.



Dicho autor cita que:

La jurisdicción constitucional desemboca en dos puntos: por un lado, la organización de la justicia constitucional en la constitución de Weimar, así como la en la constitución como experiencia histórica del tribunal del imperio de Hans Kelsen. Kelsen abre un sistema de justicia constitucional basándose en su teoría del derecho, este autor fundador de la escuela de Viena sitúa en el vértice de su pirámide normativa de la constitución, concibiéndola como una garantía jurisdiccional de la constitución, concibiéndola Kelsen como un elemento que asegura un elemento de solidez del ordenamiento.(Rendon, 2005, págs. 49-50)

Es decir, que este autor tiene una visión de un nuevo constitucionalismo o bien una opción diferente para el Estado de derecho, en donde impera un concepto distinto del propio derecho; es decir, que bajo esta concepción la norma suprema sería la fuente de toda la producción jurídica la cual está compuesta de principios distintos a las reglas o preceptos del derecho determinados y su forma de interpretación y aplicación distinta al positivismo jurídico.

A ese respecto nos dice que:

Se puede distinguir históricamente al nuevo constitucionalismo como uno de los dos modelos del Estado de derecho, el primero y más antiguo se refiere al Estado legal de derecho, donde el principio de legalidad prima

sobre el principio de constitucionalidad, en el primero la ley impera y en el segundo la constitución y sus principios. (Rendon, 2005, pág. 50)



Al respecto, el autor Luigi Ferrajoli, menciona la existencia de la referencia cercana a Estado de derecho:

Denominado Estado legislativo de derecho con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido con independencia de su valoración como justo, es decir una norma jurídica es válida no por ser justa sino exclusivamente por haber sido puesta por una autoridad dotada de competencia normativa. (Ferrajoli, 1999, pág. 19)

Además, la expresión “neoconstitucionalismo”, puesto que, al referirse, en cambio –en el plano empírico- al constitucionalismo jurídico de los ordenamientos dotados de constituciones rígidas, resulta asimétrica respecto del constitucionalismo político e ideológico antes aludido en la justificación, que no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del derecho, sino que es poco más que un sinónimo de Estado liberal de derecho desde esta concepción.

Adicionalmente, dado que, en el plano teórico, la expresión “neoconstitucionalismo” se identifica, generalmente, con la concepción iusnaturalista del constitucionalismo, no capta sus rasgos esenciales y que lo distinguen de su concepción iuspositivista, la cual resulta, de hecho, ignorada (El término “neoconstitucionalismo” –como recuerda Tecla Mazzaresse, en su obra *Dirittifondamentali e neocostituzionalismo*, cit., 2, nota 2- ha sido introducido en el léxico filosófico-jurídico por algunos filósofos del derecho genovés) y que precité anteriormente en este capítulo.

De este modo, el neoconstitucionalismo resulta concebido, antes que como un nuevo y más desarrollado paradigma iuspositivista, como una superación del



propio positivismo, en sentido antipositivista. La pretensión de corrección de la que habla Alexy no es en modo alguno una pretensión entendida solamente en sentido subjetivo. Por el contrario, equivale a la pretensión de que las normas válidas no tengan el carácter de la injusticia extrema, de modo que las normas que son conforme al ordenamiento pierden validez jurídica, si son extremadamente injustas.

Por otro lado, el derecho, afirma Zagrebelsky, consiste hoy en “la fusión de la ley con principios de justicia independientes”. Sin embargo, otros autores sostienen que para fundar el universalismo de los derechos humanos es necesario asumir que existe una moral objetiva.

Para el autor Vicente Solano: “El neoconstitucionalismo en sentido amplio podría considerarse como una teoría del derecho, una ideología jurídica e incluso, un tipo de Estado de Derecho” (Solano, 2016, pág. 17).

Asimismo, en su obra plasma una serie de principios neoconstitucionales que pasaremos a analizar y ampliar. El primero de estos es el contenido y conexión moral de Constitución. La moral de la que el autor habla es aquella moral “social”, los valores éticos que la mayoría de las personas dentro de una comunidad acepta. O, interpretado desde otro punto de vista, la moral que contienen aquellos juicios y valoraciones que realizan los intérpretes de la constitución. Sin embargo, expone que al hablar de la conexión entre derecho y moral: “no necesariamente debemos recurrir a decir que tiene que ver con el concepto de derecho o su identificación, sino con la descripción que debe hacer la ciencia jurídica sobre el derecho y la valoración moral” (Solano, 2016, pág. 21)

El segundo principio se refiere a las reglas y los principios; los primeros aplicados mediante el método de ponderación y, los segundos, por el método de conjugación. Dichos principios del neoconstitucionalismo se consideran con carácter fundamental, pues dan una base axiológica a otras normas. Sin embargo,



esta base axiológica, cargada de elementos morales, deja la puerta abierta para que los jueces constitucionalistas realicen una exégesis basada en ponderaciones ciertamente alejadas del positivismo de las normas.

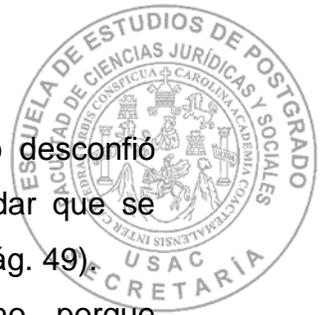
Así pues, analizando la postura del Autor Eduardo Hernando Nieto, encontramos el desarrollo del neoconstitucionalismo en el siglo XXI y una contraposición entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo popular.

En su fondo, el neoconstitucionalismo se encuentra íntimamente ligado al liberalismo; el constitucionalismo popular, por el contrario, está vinculado a la ideología democrática, siendo esta última la más cercana a la práctica política y la que mejor se empareja con el sentido de la norma constitucional moderna.

Desde el punto de vista del neoconstitucionalismo y el liberalismo el autor nos indica que: “la constitución orienta todas las conductas, pues somete la voluntad del pueblo y sus autoridades a su mandato, interpretado por los jueces constitucionales a través de su revisión judicial” (Nieto, 2013, pág. 16). Es decir, este nuevo modelo le ha dado al juez constitucional un poder para interpretar la norma más allá de la identificación y aplicación de esta a través de un método lógico deductivo.

Dado a ello, el profesor Richard Bellamy escribe en su respectiva obra acerca del principal problema de la propuesta neoconstitucionalista, remarcando: “el peligro de la tendencia, podría implicar no solamente una posibilidad de dejar sin soluciones las controversias, sino que también, claramente marcaría un alejamiento entre el neoconstitucionalismo y la democracia” (Bellamy, 2010, pág. 63).

Dicha separación entre el constitucionalismo y la democracia, recaería en dejar sin fundamentos sólidos al constitucionalismo y su justificación se tornaría más difícil con el avance de la nueva corriente.



Para el autor Jorge Guillermo Pórtela: “el positivismo jurídico desconfió absolutamente de la noción de principio jurídico, pues es un estándar que se relaciona con algo vago, ideal, absoluto y pragmático” (Portela, 2009, pág. 49).

Entendiendo que era necesario observar estos principios, no, porque favorecieran una situación económica o política, sino, porque es una exigencia de la justicia.

Sin embargo, el autor Alexy contradice el carácter idealista que le atribuyen a los principios propios del neoconstitucionalismo expresando que: “Los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con sus posibilidades jurídicas y fácticas. Son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados” (Alexy, 1993, pág. 19).

Dicho autor equipara a los principios con normas y plasma abiertamente la conexión entre derecho y moral; confundiendo, en cierto punto, los principios con valores, pues para él la dignidad, libertad, igualdad, democracia y estado social, son principios fundamentales de un neoconstitucionalismo moderno.

Esta confusión, deriva en una problemática mayor en la cual, al momento de la ponderación que realiza el juez constitucional, este debe decidir qué es lo correcto; desde el punto de vista normativo se puede decidir por aquel comportamiento que es obligatorio; sin embargo, desde el punto de vista moral, lo correcto es el comportamiento recomendable.

Respecto a lo anterior, Habbermas expone que:

Si partimos de un sistema de normas válidas la acción correcta es buena para todos por igual, mientras que, en una relación valorativa, correcto es aquel comportamiento que en conjunto y a largo plazo es favorable para quien califica la actividad. (Habbermas, 1998, págs. 51-52).



2.5. Control difuso y concentrado

Respecto al denominado Control difuso, la real academia de la lengua, nos dice que es la facultad constitucional concedida a los órganos revestidos de potestad jurisdiccional para revisar la constitucionalidad de las normas, haciendo prevalecer la constitución sobre la ley y esta sobre cualquier otra norma de rango inferior.

En materia puramente constitucional, entendemos que el denominado control difuso es el que se refiere a dos momentos o tipos de regularidad judicial, siendo estos el sistema concentrado y el sistema difuso, pero ambos están susceptibles de aplicación con parámetros de control constitucional o convencional, según sea necesario, por ejemplo:

| Tipos de Control | Sistemas | Sistema |
|-----------------------|---|---|
| Constitucional | Sistema Concentrado: Puede darse a través del Amparo o inconstitucionalidad | Sistema Difuso: considerada como obligación <i>ex officio</i> a cargo de cualquier órgano jurisdiccional, estableciendo que lo resuelto no contrarié a la Constitución. |
| Convencional | Sistema Concentrado (Cuando ejerce la CIDH o órganos nacionales) y el llamado Complementario (La CIDH lo ejerce cuando los órganos nacionales no cumplen esa función) | Difuso y Primario: (Lo ejerce el órgano nacional) |

Diseño propio del cuadro.



Es decir, el objeto en sí es preservar la supremacía del orden constitucional y que cualquier cosa que se resuelva, exista congruencia con el sistema normativo vigente y que en ningún momento sea contrario a la constitución.

Al respecto del control difuso Carlos Cossío nos dice:

El trabajo del juzgador no es en principio determinar la validez de las normas generales invocadas o aplicables en el juicio, sino resolver la lucha de intereses juridificados de las partes, sin embargo la supremacía constitucional y la obligación de acatarla y mantenerla el propio juzgador asume la tarea de enfrentar las normas contrarias al texto constitucional para...resolver la contienda.(COSSIO, 2012, pág. 42)

Es decir, que lo que se trata es evitar de que se dé un resultado que no esté apegado a la ley o sea de carácter ilegítimo, además que no vulnere lo que establece en primer lugar el artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial, en la cual se establece que los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno. Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.

En segundo lugar, lo que establece el artículo 44 del mismo cuerpo legal es precisamente el hermetismo del orden público, el cual nos dice que: no tiene validez ni efecto alguno en la República de Guatemala las leyes, disposiciones y las sentencias de otros países, así como los documentos o disposiciones particulares provenientes del extranjero si menoscaban la soberanía nacional, contradicen la Constitución Política de la República o contravienen el orden público.



Es decir, que lo que el juez constitucional que va a conocer en *prima face* debe garantizar en todo momento es la supremacía constitucional, porque en el Sistema Difuso es considerada como obligación *ex officio* a cargo de cualquier órgano jurisdiccional, estableciendo que lo resuelto no contraría a la Constitución principalmente y que parte del control difuso es precisamente la comprobación e intervención sobre lo que se conoce.

Por otro lado, tenemos aparejado el tema de la convencionalidad, que es necesario verla juntamente con el control difuso, en ese sentido, la convencionalidad se aplica cuando los actos y normas nacionales tienen incompatibilidad; por ejemplo, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, porque este es el que interpreta finalmente dicho pacto.

Si nos damos cuenta, el control difuso de constitucionalidad tiene como fin principal la correcta interpretación de la constitución; es decir, el control en sí se realiza cuando hay alguna acción u omisión por lo que sí es de constitucionalidad y el tipo de control fuera concentrado, normalmente lo hará un tribunal constitucional, por el referente son las normas, de lo contrario si es control difuso, lo podría hacer cualquier tribunal, porque lo que va a revisar son las prácticas o razonamientos que se han hecho de la constitución.

Por el otro lado, si el tipo de control es de convencionalidad, este puede ser complementario o subsidiario y lo que se analizan son las practicas, normas y las decisiones, en cuyo caso la convencionalidad, como cité antes, la haría la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, porque el referente a analizar sería lo que manda, en cuanto a los pactos y jurisprudencia en esa materia, además de las opciones consultivas; es decir, sería el corpus iuris, mientras si el control de convencionalidad fuera primario, podría ser la propia corte de constitucionalidad quien revisaría estas cuestiones.



Ahora el control difuso tiene ciertas etapas para que se pueda llevar a cabo, entre estas tenemos:

- a) La interpretación en sentido amplio.
- b) La interpretación en sentido estricto.

La primera, cuando se refiere a que la corte de constitucionalidad toma el análisis de derechos especialmente fundamentales, para tratar de analizar cuál es el problema que enmarca al momento de aplicar el texto constitucional y se determina una interpretación más adecuada de tal suerte que no afecte los demás derechos.

En la interpretación en sentido estricto, el sentido amplio, se puede dar cuando existen diferentes sentidos y hay que elegir el más correcto y que se apegue al derecho constitucional, pero aquí es donde tenemos el problema de interpretación subjetiva que muchas veces realiza la Corte de Constitucionalidad, porque lo que hace es adecuar muchas veces el texto constitucional, porque además consideran la vaguedad o ambigüedad como común en estos casos; sin embargo, se debería de dar solo en aquellos casos que nuestra máxima ley no tiene previsto un procedimiento o disposición constitucional para tratar un asunto determinado.

2.6. Derechos conocidos como de doble dimensión

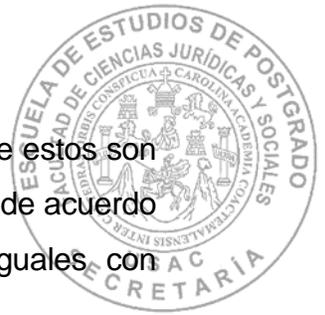
Este tema de los derechos de doble dimensión como se les ha ido denominando a los derechos fundamentales, son aquellos en los cuales se enmarca un sentido objetivo y subjetivo a la vez; es decir, se les clasifica como derechos fundamentales y de doble dimensión no solo, porque operan como normas atributivas de derechos subjetivos, sino a demás como normas que consagran valores objetivos.



Es decir, que tiene un ámbito de aplicación de derechos subjetivos en los cuales sus facultades y pretensiones pueden clasificarse como *altere licere*, porque las personas pueden pretender cuestiones concretas y en su aplicación como derechos objetivos operan como elementos del orden constitucional, es decir una especie de fundamento del orden político social que permite que el Estado de derecho se mantenga activo y vivo dentro de los países o Estados que han alcanzado una democracia plena o por lo menos estable, por eso, esta forma en que operan los derechos fundamentales de manera objetiva sucede al margen de cualquier situación por lo que la naturaleza de estos manda es proteger a toda costa los derechos fundamentales, además ya sabemos que lo hacemos valer a través de los recursos que consideremos y de conformidad con nuestra pretensión.

Además, de lo que se trata para hacer valer los derechos fundamentales y que no se recurra a criterios extrajurídicos, en cuanto a esa interpretación extensiva que realiza muchas veces la Corte de Constitucionalidad, porque al final los derechos fundamentales sí o sí se deben respetar y aplicar por parte de los Estados, pero esto no implica que cada vez que se presente un caso se utilizará una norma fundamental que no desvíe la verdadera naturaleza de estos y se convierta en un obstáculo insuperable por una inaplicación de una norma que interpretó otra persona y que no solventa la situación de manera sistemática, creando con el tiempo que esa misma norma se aplicará a dos casos iguales en el tiempo, pero con diferente resultado.

Además, recordemos que, en Guatemala, dicha disposición de los derechos humanos y fundamentales quedó establecida en el artículo 44 de la Constitución Política de la República, en la cual nos cita lo siguiente: derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.



El problema radica no en que estén claros, sino en la forma en que estos son interpretados por los magistrados de la Corte de Constitucionalidad, que, de acuerdo con su conocimiento personal, son aplicados por estos en casos iguales con diferentes sentencias como lo veremos más adelante.

2.7. Control de convencionalidad dentro del sistema difuso y control concentrado

El control de convencionalidad es considerado actualmente como una institución del derecho o un mecanismo de aclaración o depuración que fue creado por los altos organismos internacionales para poder examinar a fondo lo resuelto por los Estados y refiriéndose exclusivamente al derecho local, pero con un tinte de análisis supranacional, es decir se busca el diseño de este como un control *ex officio*, en el cual se ven las normas internas de un Estado y a la vez las normas aprobadas de la Convención de los Derechos Humanos.

En ese sentido, el control de convencionalidad *ex officio*, se ha considerado dentro del derecho mismo como un *deber ser* internacional y constitucional de los jueces de poder realizar en caso concreto una confrontación de una norma interna o la aplicación de una norma internacional aunque no figure dentro del sistema nacional, examinando y procurando la armonización de la que se va aplicar si y solo si, si es superior y de beneficio en materia de derechos humanos, porque estos van superando al mismo constitucionalismo, como lo vimos en el capítulo II de este trabajo de tesis.

Por otro lado, el control concentrado es el procedimiento constitucional de un acto de elaboración legislativa, pero puramente de cómo va a proceder la pretensión y anulando la disposición general en abstracto; es decir, lo que se quiere es propiamente expulsar la norma constitucional del orden normativo, es apuntar, la diferencia que radica en que un tribunal general ordinario aplica el derecho de una



manera y luego la Corte de Constitucionalidad de otra manera, el primero lo que hace es anular una norma general mientras que el constitucional origina actos individuales, en ese sentido, la corte lo que hace es una función política judicial, cuando su función debería ser más a limitar la compatibilidad entre dos normas que sean igualmente abstractas.

Por otro lado, el sistema difuso normalmente, según el Estado lo que hace es un análisis de compatibilidad de los actos frente a la constitución y que normalmente corresponde a los propios tribunales que lo ejercitan en cuanto a establecer si es de su competencia o no, pero en cada uno igual debe haber una especie de norma individualizada, partiendo de una norma general constitucional y adecuándola a las circunstancias concretas, es decir un silogismo que se integraría por una premisa para establecer los hechos concretos, una premisa que llevaría la norma implícita, esto para encontrar la mejor solución al problema que se presenta, porque el control difuso en si lo que quiere llegar es a resolver un caso concreto a través de la interpretación en sentido estricto, en sentido amplio y al final aplicar la norma que es no la que se supone que debería ser, como una especie de premisa normativa.

2.8. Hans Kelsen y la teoría pura del derecho

Para el jurista creador de la teoría pura del derecho, que creía y murió defendiendo que la validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia en estrecha relación con tales hechos y que es preciso que se haya creado por un acto en el espacio y en el tiempo, además de que regula la conducta de los individuos.

En ese orden de ideas, cuando nos habla de la teoría pura del derecho, Kelsen cita que:



La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho en particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de o cual orden jurídico, nacional o internacional. Quiere mantenerse como teoría y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar que es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o como debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica. (Kelsen, 2013, pág. 16)

En ese sentido, el jurista fue haciendo una separación en su obra *Teoría pura del derecho y la naturaleza, del derecho y la moral* en la cual incluyó la separación del derecho de uno de los valores axiológicos, como la justicia, mostró al derecho como ciencia y su diferencia con la sociología jurídica y sobre todo la estructura jerárquica del orden jurídico, el cual no es otra cosa que un orden jurídico como sistema de normas, en donde la norma fundamental es la constitucional; es decir la piedra angular de todo el sistema normativo de un Estado.

Es importante analizar que hasta hoy no ha sido derrotada dicha teoría; sin embargo, con el neoconstitucionalismo esta ha sido superada en muchos casos, no con la imposición progresiva o transición de un nuevo orden normativo, sino con la aplicación de los derechos fundamentales y por ende de los derechos humanos, como garantías inherentes de las personas dentro de los mismos Estados, pero el problema no radica en esto, sino en la aparición del denominado bloque de constitucionalidad y muchas veces por falta de instituciones y derechos constitucionales que entiendan y resuelvan los nuevos fenómenos del derecho, los jueces constitucionalista, fuerzan a toda marcha cualquier caso que consideran desde su particular punto de vista el poder superar hasta el propio constitucionalismo como base triangular de todo sistema democrático, con la ponderación, interpretación, principio por persona, entre otros, los cuales desarrollare más adelante, pero que superan al menos al constitucionalismo guatemalteco.



En cuanto a la norma jurídica fundamental del derecho internacional, Kelsen sostenía que el derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados o, más exactamente, por los órganos estatales competentes para ello, estas normas constituyen el derecho internacional general porque crea responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados bajo la fórmula del *pacta sunt servanda*, por la regulación de los tratados recíprocos entre Estados y a su vez entre los órganos y sus súbditos.

Pero divide la parte principal de la norma consuetudinaria, en el sentido de que explicó la división en cuanto al derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario, revelando que no son sistemas coordinados, porque el primero tiene su fundamento en una norma del segundo y le está por lo tanto subordinado. Y un tercer sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos cuyas normas están determinadas en los tratados, es decir pertenece al derecho internacional convencional que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

2.9. Los derechos vistos y aplicados desde el punto de vista horizontal

Los derechos fundamentales en su aplicación como derechos fundamentales se conciben con mucha fuerza a partir de la segunda guerra mundial; sin embargo, su desarrollo en los últimos sesenta y cinco años ha sido muy conservador en los Estados, esto en virtud que el derecho privado niega la eficacia y hasta el propio origen de los derechos fundamentales, deliberando que estos solo nacen para colocar un límite al propio Estado más no a las relaciones particulares.

En ese sentido, lo primero que debo tratar de aclarar es que si bien es cierto que nacen en un momento en que el mundo salía de la gran tragedia de la gran

guerra mundial, los derechos fundamentales surgen precisamente en la declaración de derechos humanos y se sumergen muchos de ellos en las constituciones y que la primera función es limitar el poder del Estado frente a los particulares.



Además, no solo se trataba de limitar el poder, sino, además de regular la vida de las personas que vivían en la sociedad, posteriormente como todos los derechos fundamentales van evolucionando y estos van tomando una defensa no solo frente al Estado, además frente a los particulares.

Es decir, que los derechos fundamentales no nacen solo como límite al poder del Estado, además fueron concebidos para regular las relaciones de los particulares, esto, porque se debía de dar la protección a los ciudadanos en general, porque muchos particulares en ese momento y hasta hoy ostentaban mucha riqueza, inclusive más que el propio Estado, por lo que las relaciones sociales entre ricos y pobres no podría ser en condiciones de igualdad, al menos que se pusiera en marcha por lo menos en papel la incorporación de los derechos fundamentales y la aplicación de estos de manera horizontal.

Por otro lado, la función u objetivo estatal es en sí, someter a todos y a la vez proteger y cuidar sus bienes, protegiendo en general a los sujetos jurídicos privados, de esta forma no se puede negar esa vinculación entre los derechos fundamentales y la relación con los particulares.

Para Cruz Villalón, nos cita al respecto de los derechos fundamentales:

Los derechos fundamentales, tal como hoy los conocemos, hacen su aparición inicial en el Estado constitucional en un documento frecuentemente diferenciado de la propia constitución para incorporarse pronto a los propios textos constitucionales, aunque sin perder nunca su propia identidad en el interior de los mismos. (Cruz Villalón, 1989, pág. 69)

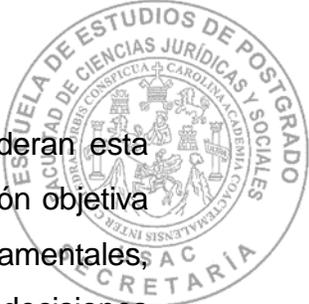


Asimismo, podemos ver que históricamente a partir de la segunda guerra mundial se incorporaron estos derechos fundamentales con el objeto de tener una eficacia horizontal, como las constituciones de Francia promulgada el cuatro de octubre de 1958, la cual establece en el artículo 2 lo siguiente: de la soberanía, el lema de la república es “*libertad, igualdad, fraternidad*”, su principio es: gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

El del proyecto de la constitución de la confederación suiza elaborado en 1977, artículo 1 inciso 1: la función legislativa y la ejecutiva que son las que habrían de mantener vivo el ordenamiento jurídico adecuándolo a la evolución social permanente y aplicándolo día a día.

En América del sur, Perú, en su Ley suprema, artículo 3, establece que: la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, de Estado democrático de derecho y de forma republicana de gobierno.

Por otro lado, no debemos dejar de lado que en muchos países se interpretan de la manera en que lo hace Perú, en su constitución, siempre que los derechos fundamentales sean inherentes a las personas, en ningún momento pueden no ser reconocidos por los Estados, sino naturalmente les corresponde abrigo, por así decirlo, dentro de la sociedad y el problema como hemos dicho a lo largo de este trabajo de tesis, no es que no se aplicaran en favor de las personas, sino la manera en que nuestra Corte de Constitucionalidad los valora al momento de aplicarlos; es decir, que estos pasan por un proceso político para determinar cuándo si se aplicaran a un caso concreto particular y cuando no se aplicaran, porque dañan intereses de particulares, pero que pertenecen a una clase política o adinerada en la sociedad.



Además, no podemos pasar por alto que muchos autores consideran esta clasificación de derechos fundamentales como derechos de otra dimensión objetiva en la cual inclusive la han denominado como valores a los derechos fundamentales, porque consideran que se han vuelto normas objetivas de principio y decisiones axiológicas.

Al respecto, Robert Alexy cita precisamente esta como una nueva dimensión objetiva de los derechos como resultado de hacer un triple abstracción de la prerrogativa fundamental que deje de lado el contenido subjetivo y se convierta en objetivo dentro del derecho, indicando que: “Por ejemplo, si: a tiene frente al Estado (e) un derecho a G (RaeG), entonces, y tiene frente a un deber con respecto a G (OeaG)...”(Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993, pág. 509).

Es decir, lo que se da aquí es el reconocimiento de los derechos como valores objetivos que impone al Estado mismo, no importa si va dirigido a lo privado o a lo público, lo que se busca es la protección integral de la persona frente al Estado o a los particulares desde este punto de vista.

Además, estos derechos desde estos puntos de vista fundamentales, legitiman en su aplicación la existencia hasta del mismo Estado, por lo tanto, aunque no estén expresos dichos derechos estos subjetivamente pasan al mundo de aplicación objetiva inmediata y obliga al Estado a proteger al particular frente al mismo Estado y frente a otros particulares.

2.10. Análisis de los derechos fundamentales desde las teorías *mittelbare Drittwirkung* y *unmittelbare Drittwirkung*

Previo a empezar a analizar cada una de las teorías siendo estas las que permiten el cumplimiento y eficacia de los derechos fundamentales, entre estos se miden de manera mediata es decir, *mittelbare Drittwirkung* y de manera inmediata

unmittelbare Drittwirkung, para establecer en este trabajo si estas se bastan así mismas o se contraponen en algún sentido y como esto es parte del gran grupo que desde finales del siglo XIX y comienzos del XX han cobrado relevancia con el neoconstitucionalismo, inclusive para muchos ya superó al propio constitucionalismo.

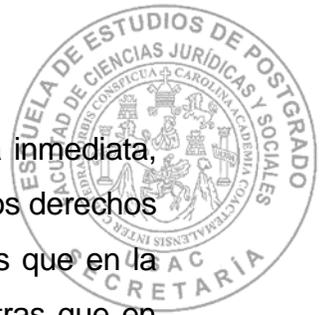


Primero analizaremos el cumplimiento manera mediata; es decir, *mittelbare Drittwirkung*, al respecto es preciso señalar que como cité antes el propio Estado tiene que garantizar la efectividad y cumplimiento de los derechos fundamentales no solo dentro la esfera pública o jurídica de los particulares sino, además de establecer las relaciones privadas.

En ese sentido, muchas veces que se da la violación; por ejemplo, a un derecho fundamental la imputación es hacerla en contra del Estado por no proteger a la persona, y no haber creado los mecanismos de protección y aplicación de la proporcionalidad del alcance de protección de estos derechos fundamentales en las relaciones entre el Estado y los particulares y entre estos, recordemos que estas corrientes lo que propugnan es que los jueces resuelvan en todo momento, pero siempre influenciados por aplicar los derechos fundamentales aun entendiendo estos como los valores casi supremos dentro de un ordenamiento normativo; es decir, se obliga al poder público a cumplir definitivamente, pero ojo, porque no es lo mismo hacia los particulares, porque este último estaría vinculado no de forma directa.

En ese mismo sentido, Bilbao Ubillos explica que:

La forma en que el legislador concretizara la eficacia horizontal de los derechos fundamentales será tomando en cuenta los valores objetivos que estos representan adaptándolos a la propia estructura de las relaciones privadas debiendo moverse entre el contenido esencial de los derechos y la garantía de la autonomía privada. (Bilbao Ubillos, 1995, págs. 290-291)



En el caso de la denominada *unmittelbare Drittwirkung* o manera inmediata, no es que sea una contraposición marcada en la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales, la diferencia aquí con la teoría *mittelbare Drittwirkung* es que en la que cité se ven a los derechos fundamentales como valores aun, mientras que en esta teoría horizontal mediata nos dice que los derechos fundamentales nos son valores, sino verdaderos derechos subjetivos contenidos en las constituciones y por lo tanto exigible por el particular frente al aparato estatal sin necesidad de que algún juez medie para que se puedan accionar a favor del particular, sino que es inherente a él.

En ese sentido lo que esta teoría trata de mostrar es que no es que sea necesario un juez para que justifique un derecho fundamental, sino más bien que no puede considerarse que un derecho que es inherente al particular no existe ya sea, porque una ley no lo tenga regulado, si es inherente e universal existe a todas luces, aunque las constituciones así lo han registrado a través del tiempo o por lo menos dejan un artículo que permita darle entrada y aplicación a ese derecho, como es el caso de la Constitución Política de la República de Guatemala, en la cual en el artículo 44 establece que: derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

En ese orden de ideas, muchas constituciones si previeron esta parte de los derechos fundamentales, el problema es quien interpreta, porque defender los derechos fundamentales con una eficacia horizontal por lo menos en nuestro medio es muy complejo, además estas teorías no son aplicables realmente en el sistema guatemalteco; sin embargo, hay derechos que por la naturaleza tanto el particular como el mismo Estado los hace valer sin que estos pasen por procesos de ponderación siempre como regla, y por supuesto hay otros derechos fundamentales

que aún no tienen la fuerza de aplicación cuando estos colisionan directamente con otras garantías constitucionales como la libertad de expresión, por ejemplo.



Ahora, hay algunos riesgos para nuestro sistema constitucional si se esté haciendo esto o aplicando aquello por el denominado bloque de constitucionalidad o por los magistrados de la propia Corte de Constitucionalidad, porque como en esta teoría de los derechos fundamentales en su aplicación amplia u horizontal se está poniendo en riesgo hasta la autonomía de la voluntad y por lo tanto el sistema constitucional, porque estaríamos dando paso a un control en donde los jueces constitucionales interpretan los derechos fundamentales como verdaderos derechos subjetivos y queda de lado la propia manifestación de libertad y de lado el reforzamiento de la autonomía privada del derecho.

Por otro lado, la aplicación de las teorías entre ellas como acoté anteriormente no se contradicen, sino que se complementan, porque ambas al final lo que están haciendo valer son derechos fundamentales, ya sea en primer lugar como simples valores subjetivos o en el otro caso como derechos fundamentales y en ambos casos se pueden llevar al control jurisdiccional para que un juez medie sobre la aplicación de estos, porque al final el juez debe aplicar o interpretar para luego ponderar cual es más eficaz al caso concreto, pero nuevamente es aquí en donde el juez de acuerdo con su conocimiento del derecho lo hará de manera subjetiva, y no como debe ser dentro del mundo objetivo de aplicación.

Además, lo que se esperaría en ambos casos al hacer la ponderación para resolver un conflicto es que el resultado debiera ser el mismo en casos concretos iguales, y no diferenciar por cuestiones políticas o de épocas para que en el mismo caso una corte resuelva de distinta manera un caso, porque al resolver no es que se esté conociendo a los derechos fundamentales como valores objetivos de un ordenamiento jurídico, porque los derechos subjetivos también se despliegan en ese momento hasta llegar a lo más hondo de las relaciones privadas del derecho mismo.



Por ejemplo, en España un 14 de julio de 1981, el tribunal constitucional español, el cual está conformado por 12 magistrados nombrados por el Rey de España, resolvió lo siguiente:

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo como derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento creativo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica.

En ese sentido precisamente es que a finales del siglo XX, ya se daba en muchos países esta interpretación a los derechos fundamentales, lo que nos lleva a considerar, porque el constitucionalismo ha entrado en crisis, esto debido a que más o menos en los años setenta se plantean la posible vigencia de los derechos fundamentales y las relaciones entre particulares; por ejemplo, en Estados Unidos de América se planteaba la doctrina de la *stateaction* del tribunal supremo, en Europa el famoso tribunal constitucional federal alemán, consolidaba la *Drittwirkung der grundrechte*, siendo un gran referente para toda Europa y luego la suerte que corrimos en Guatemala para considerar la acción de amparo a fin de amparar a los particulares frente al Estado de posibles violaciones a sus derechos fundamentales.

Es decir, en Guatemala se está en el comienzo de la aplicación de los derechos fundamentales; sin embargo, no existe dentro de nuestro ordenamiento un procedimiento para conocer estos derechos que no están positivados y mucho menos el cómo interpretarlos, ponderarlos y aplicarlos, más que la manera subjetiva con la que actualmente lo hace la Corte de Constitucionalidad, pero ahí entra precisamente la discusión de la eficacia propia de los derechos fundamentales y sus relaciones privadas porque estas corrientes se encuentran en su inicio de desarrollo, pero si no se tiene el control y registro de la jurisprudencia en esa materia estamos en un barco a la deriva, porque ni la misma Corte Interamericana de Derechos



Humanos CIDH, tiene en este momento los criterios jurisprudenciales porque son muy escasos los casos que se tienen actualmente resueltos por estos.

Algunos de los casos conocidos por dicha Corte Interamericana, han sido vistos en nuestro medio; por ejemplo, el caso Paniagua Morales contra Guatemala en el año 1998 y el caso Bámaca Velásquez contra Guatemala en el año 2000, casos que sucedieron durante el conflicto armado interno en nuestro país y algunos otros en los cuales se han tratado algunos derechos fundamentales que no fueron respetados por el propio Estado, pero que se encuentran increíblemente en trámite.

Sin embargo, aunque las condenas de la Corte Interamericana Derechos Humanos ha jugado un papel protagónico en el entorno centroamericano, tampoco ha dado las bases para conocer casos a través de jurisprudencia creada para que los Estados refuercen sus sistemas normativos sin entrar en contiendas con los mismos ordenamientos, lo que representa además un desgaste no solo para el constitucionalismo, porque muchas veces hay intromisiones de estos organismos que vulneran hasta la propia soberanía de los Estados.

2.11. Los derechos humanos y el neoconstitucionalismo

Los derechos humanos son todas aquellas condiciones que se encuentran relacionadas o que son inherentes a las personas, por lo tanto, son considerados como aquellas facultades y prerrogativas inherentes a la persona y que, por su propia naturaleza, son indispensables para que dentro de la sociedad se puedan desarrollar integralmente, los cuales tienen que ser protegidos por el poder estatal y por lo tanto, garantizados dentro de los ordenamientos jurídicos.

A nivel general dentro de la doctrina se han encontrado unas características específicas como:



- Aplicación general: se denominan generales porque su aplicación es para la protección integral general de las personas.
- Imprescriptibles: son imprescriptibles, porque no tienen una fecha de vencimiento; es decir, no se dejan de tener aún después de la muerte.
- Intransferibles: esto implica que los derechos humanos no pueden transferirse, porque cada persona es considerada de forma individual y sus derechos no pueden ser objeto de un contrato, en el cual se limiten los propios derechos.
- Permanentes: esto nos indica que son perdurables y, aunque no sean reconocidos por los Estados, los estos perduran en el tiempo.
- Universales: se consideran universales, porque los derechos son integrales e independientes de ideología, nacionalidad, sexo, religión, raza o color.
- Supra y transnacionales: como hemos venido tratando en este capítulo, los derechos se han convertido en transnacionales, porque ya no se considera el territorio o la nacionalidad distinta como una limitante para que el ser humano los pueda poseer; no debemos dejar de lado que en muchos países aún no se reconocen estos por creencias religiosas o prácticas culturales; sin embargo, estos, aunque los estados no los reconozcan, siguen siendo inherentes a las personas.
- Irreversibles: esto implica que no pueden ser suprimidos por los Estados o por particulares, además son inherentes a la persona.
- Exigibles erga omnes: dentro de uno de los puntos que antecedieron a este tratamos la horizontalidad de la aplicación de los derechos humanos y los derechos fundamentales en los cuales se estableció que estos no deben ser reconocidos únicamente por lo estados, sino también por los particulares y en



caso de que estos se vulneren en nuestro Estado se puede recurrir a la acción de amparo para restituirlos.

- Referenciales: se considera a la persona como piedra angular de la sociedad, en ese sentido, los Estados constitucionales consideran a la persona y a la protege en su dignidad del poder público y de los particulares.
- Expansivos: esto nace de uno de los principios denominados *favor libertatis*. Se ha considerado como la fuerza expansiva, porque se debe asegurar y garantizar el respeto a los derechos humanos y su aplicación de manera integral.
- Progresivos: esto implica que los derechos son transversales y la progresividad se va logrando en la medida que los Estados se comprometen a proteger a la persona, pero además, estos se deben mostrar como dinámicos lo cual ha permitido dinamizar y clasificar; por ejemplo, de la siguiente manera: a) derechos civiles y políticos, surgen a raíz de la revolución francesa y se han considerado como derechos fundamentales; b) derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, surgen en la reforma industrial para hacerle frente al Estado y los particulares; c) derechos específicos o derecho de grupos vulnerables o por población, surgen debido a que es necesaria la paz y convivencia pacífica en los Estados y; d) derechos de los individuos al acceso a las tecnologías e información, estos son unos de los últimos derechos reconocidos en el mundo porque protegen a las personas para que los mismo tengan acceso a las tecnologías de información, al espectro radioeléctrico, a los servicios satelitales, al derecho de habeas data y a plataformas digitales. En este último caso en el Estado de Guatemala, fue necesario crear la Ley de Acceso a la Información Pública.

Además, se ha dado la internacionalización de los mismos a través de los altos órganos y después de la segunda guerra mundial han sido protegidos para su cumplimiento a través de la organización de Naciones Unidas creada en 1945. Esto

ha tenido como objeto lograr la cooperación internacional y así solventar algunos problemas que se dan en los Estados, en nuestro caso, a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).



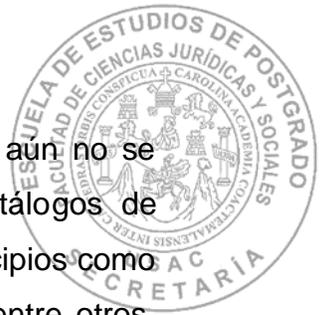
Este alto organismo de Naciones Unidas ha creado algunos instrumentos a partir de su creación, entre estos:

- 1) Declaración universal de los derechos humanos.
- 2) Pacto de Derechos Civiles y Políticos.
- 3) Protocolo facultativo sobre los Derechos Civiles y Políticos.
- 4) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- 5) Convención Americana Sobre Derechos Humanos o pacto de San José de Costa Rica.
- 6) Convención de Naciones Unidas Contra la Tortura.
- 7) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Estos son los instrumentos principales que la mayoría de Estados han reconocido; sin embargo, conforme al progreso de los Estados en materia de derechos humanos se han aceptado otros pactos y convenios que son necesarios para fortalecer los Estados de Derecho democráticos porque son un ideal para la convivencia de los pueblos y que más adelante en este trabajo de tesis, veremos la totalidad de lo que el Estado de Guatemala ha aceptado y ratificado y que hoy para algunos forma parte del denominado bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, el problema de la internacionalización de derechos es que muchos Estados no están listos para atender integralmente estos y, por el otro lado, de cierto modo afectan la soberanía, especialmente, porque llevan inmersos una norma imperativa de derecho internacional la cual normalmente es aceptada y reconocida no solo por el Estado, sino internacionalmente, por lo tanto ya no es un acto ajeno al Estado, sino que pasa a la universalidad del nuevo orden internacional en materia de derechos humanos.

Finalmente, se estableció que efectivamente en otros Estados aun no se cuenta con constituciones desarrolladas que contengan amplios catálogos de derechos humanos, nuevos métodos de interpretación, del uso de principios como la Ponderación, el efecto irradiador de los derechos fundamentales, entre otros, por lo que se encuentran en una fase previa al neoconstitucionalismo, en una especie de Preneoconstitucionalismo, pero que con el avance de los derechos humanos y en especial de los derechos considerados fundamentales, así como el surgimiento de nuevos derechos, en algún momento tendrán que migrar a esta nueva corriente de pensamiento que se ira consolidando conforme pase el tiempo en el ordenamiento infra constitucional de cada Estado.





CAPÍTULO III

El neoconstitucionalismo en la Constitución Política de la República de Guatemala



En el presente capítulo se desarrollará basado en el método de investigación bibliográfico y se procederá a demostrar el siguiente problema de investigación: ¿Es el neoconstitucionalismo una corriente de pensamiento jurídico que tiene influencia en la Constitución Política de la República de Guatemala?, para esto se irá desarrollando cada uno de los subtemas por medio de los cuales se irá estableciendo dentro del trabajo de investigación si existe esta influencia en la carta fundamental del Estado Guatemalteco, especialmente con los derechos fundamentales consagrados en la fuente principal del ordenamiento guatemalteco.

3. El neoconstitucionalismo previsto en la Constitución Política de la República de Guatemala

Como se estableció en el capítulo II de este trabajo, el neoconstitucionalismo se ha venido desarrollando en el ámbito del derecho internacional a partir de la segunda posguerra, dentro de esta corriente de pensamiento jurídico, se han creado constituciones más materializadas, con amplios catálogos de derechos humanos y fundamentales, con el uso de principios como: ponderación, la proporcionalidad, pro persona, con métodos de interpretación novedosos, con el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos fundamentales, en donde se le da preminencia a la persona en su dignidad intangible y pasa a ser el centro de protección de los Estados, además, porque esta corriente permite estudiar el fenómeno jurídico no solo como el ser, además como deber ser.

En ese sentido, muchas constituciones se van desarrollando en Europa, como la de Italia en 1947, la de Alemania en 1949, Portugal en 1976, España 1978 y en



América se empieza precisamente a seguir con estas corrientes, especialmente después de 1980, con países como Brasil, Colombia, Ecuador, Bolivia, Venezuela y Guatemala en 1985 cuando se da vida a una de las mejores constituciones consideradas en el mundo por su alto contenido de protección de los derechos fundamentales.

Además, en el marco histórico y político, una vez se reafirma el Estado soberano, es abolida la monarquía absoluta, se concentra la soberanía en el pueblo, se limita y descentraliza el poder de los órganos al momento de dividirlos y nace la función garantista del Estado, en donde este debe asegurar el goce de los derechos fundamentales y todos aquellos derechos humanos reconocidos universalmente; es decir, se da un total Estado de derecho en donde predominan las leyes, y no la voluntad de los gobernantes.

Respecto al logro de la Constitución de 1985, el profesor y exprocurador de los Derechos Humanos Jorge Mario García, nos dice:

Dictada en un momento de euforia democrática, al final de una largo periodo muy oscuro de gobiernos autoritarios, en su mayoría militares, es totalmente legítima, producto de un cuerpo constituyente libremente electo, en que las distintas fuerzas, ninguna mayoritaria, tuvieron que realizar permanentes negociaciones para obtener consensos y definiciones y su preocupación central es la de establecer la consagración y garantías de los derechos humanos, en un sistema democrático y que siempre estuvo presente la preocupación por el pasado autoritario que se pretendía rebasar. (GARCIA LAGUARDIA, 2015, pág. 100)

Otro de los juristas guatemaltecos, el Doctor Sergio Fernando, ex procurador de los derechos humanos, nos dice acerca de la constitución y las garantías fundamentales consignadas en esta:

El retorno a la legalidad y legitimidad. La Asamblea Nacional Constituyente redactó la Constitución Política de la República de Guatemala, que entra en vigor el 31 de mayo de 1985; la nueva estructura legal pretende legitimar al gobierno de Guatemala y garantizar ampliamente los derechos fundamentales tanto en su contenido individual como social. (MORALES ALVARADO, 2006, pág. 68)



Por otro lado, debemos recordar el largo camino que le ha llevado a la historia humana el poder ir luchando por sus derechos, y no digamos la historia constitucional, que hoy tengamos constituciones integrales en beneficio del ser humano, con referentes importantes en la historia misma, con los filósofos en la antigüedad clásica como: Epicteto, Séneca, Cicerón y Marco Aurelio los cuales desarrollaron principalmente uno de los derechos más importantes como el derecho a la Igualdad, o pensadores de la antigua Roma, que desarrollaron el derecho a la libertad, tutelando a la persona en las relaciones de poder inclusive con los particulares, entre estas la ley de las doce tablas que prácticamente sostenía derechos como libertad, propiedad y lo relacionado a la protección del ciudadano.

Mismo sentimiento de protección a la persona encontramos en el pensamiento cristiano, tanto en la patrística de San Agustín, como en la escolástica de Santo Tomás de Aquino, los cuales empiezan a crear una doctrina de protección a la persona, como individuo y algunos derechos que fueron desarrollándose a lo largo de la historia de la iglesia católica en las denominadas encíclicas de los papas: León XIII, Pio XI, Juan XXIII y Juan Pablo II, que sin duda el actual papa Francisco desarrollara un alto contenido de derechos humanos y fundamentales.

Además, la Carta Magna del año 1215 en Inglaterra, después de algunas cartas anteriores de Enrique I, Esteban de Blois y Enrique II, habían servido de base para crear esta famosa carta y que sin duda representa uno de los grandes antecedentes constitucionales, porque en ella se consignan un conjunto de normas y

principios consuetudinarios que se expresan con previsiones específicas y garantías individuales, así como las limitaciones a las cargas tributarias exageradas.



Otro de los hechos importantes se da cuando en 1689 en Inglaterra se promulgan la declaración de derechos, o petición de derechos Bill of Rights, que consagran algunas garantías individuales entre estos: el derecho de petición, el derecho del resguardo patrimonial personal contra las multas excesivas, la libertad, el derecho de hablar, entre otras que, si analizamos nuestra constitución hoy, estas mismas se encuentran desarrolladas de manera integral en el texto constitucional. Asimismo, vemos como la Asamblea Nacional Constituyente en Francia en 1789, proclama su independencia frente al absolutismo y emite la “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano”.

Por otro lado, en la petición de derechos de 1628, en Inglaterra se van reafirmando algunas limitaciones al poder del derecho real o monárquico y se va desarrollando poco a poco lo que hoy conocemos con el imperio de la ley, posteriormente con la necesidad que se tenía en cuanto a los privados de libertad que eran objeto de tratos crueles e inhumanos, se crea en el año 1679 el acta de habeas corpus, que sin duda alguna hasta el día hoy consagra la protección a la persona inclusive su libertad personal.

Otro de los acontecimientos importantes que le dan vida al constitucionalismo en la constitución de Estados Unidos de América, que se promulga después del acta de independencia de 1776, en el año 1787, seguido por la publicación de las primeras diez enmiendas que consagraban entre estas: la libertad de religión; el derecho a la palabra; La libertad de prensa y libertad de reunión; La inviolabilidad de la vivienda; la seguridad personal; el derecho a la propiedad y algunas garantías meramente judiciales, entre otras, que fueron desarrollándose en el siglo XX; por ejemplo, el 06 de enero del año 1941 se da el mensaje del presidente Franklin Delano Roosevelt frente al congreso donde insta a defender los derechos fundamentales de las personas en el mundo, para vivir en paz, y posteriormente

suscribe la carta del Atlántico con el primer ministro de Inglaterra Winston Churchill en 1941.



Finalmente, se van consagrando los derechos fundamentales en las propias constituciones y que tienen sin duda un antecedente importantísimo como la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 y la Convención Europea de los Derechos del Hombre y las libertades Fundamentales de 1950, que sin duda alguna le dan un gran paso a que en las constituciones actuales se cuente con un listado integral de derechos fundamentales y que por supuesto le dan origen al pensamiento jurídico llamado neoconstitucionalismo que se viene desarrollando en el ámbito internacional.

3.1. El neoconstitucionalismo en los derechos considerados fundamentales en la Constitución

Es aquí en donde tenemos que establecer la influencia en nuestra constitución del neoconstitucionalismo como corriente del pensamiento jurídico, para esto empezaremos a analizar esta, especialmente en los Artículos 44, 46, 66, 149, 150 y 272, entre otros, aunque la carta fundamental está concebida desde esta corriente de pensamiento progresista.

Previo al análisis de los artículos precitados, porque en realidad toda la Carta Fundamental está creada con un alto contenido humanista, y por ende neoconstitucionalista, se integra con un listado bastante completo e integral de derechos fundamentales, porque coloca a la persona, y no al Estado como piedra angular del ordenamiento mismo, le da prioridad a la familia como núcleo central de la sociedad, esto es precisamente lo que se logra después de la segunda posguerra, darle prioridad a la persona sobre la organización del Estado, porque en la constituciones anteriores principiaban con la protección a la República, al Estado o a

la Nación lo cual alejaba a la persona humana del centro de todo el ordenamiento jurídico y por ende esa piedra angular de un Estado constitucional de derecho.



El profesor Máximo Pacheco, al referirse a los derechos fundamentales nos dice:

El reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana y su manifestación en declaraciones de carácter político y jurídico se ha ido concretando y precisando a través de la historia, hasta constituir un testimonio del progreso de la conciencia moral de la humanidad. Este proceso no ha sido espontáneo sino consecuencia de una lucha del hombre por superarse; se ha realizado dificultosamente con avances y retrocesos, y se ha traducido en una ampliación del número y contenido de estos derechos y en una expansión del campo personal y territorial de su vigencia y protección jurídica. (PACHECO GÓMEZ, 1998, pág. 46)

En el artículo 1° de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa: Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.

La Constitución Política dice en su artículo 1 que el Estado de Guatemala protege a la persona... pero añade inmediatamente que su fin supremo es la realización del bien común, por lo que las leyes... pueden evaluarse tomando en cuenta que los legisladores están legitimados para dictar las medidas que, dentro de su concepción ideológica y sin infringir preceptos constitucionales, tiendan a la consecución del bien común. Al respecto conviene tener presente que la fuerza debe perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines particulares. Gaceta No. 1, expediente No. 12-86, página No. 3, sentencia: 17-09-86.

En el mismo sentido humanista el Artículo 2° nos indica los Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.



Al referirse a los deberes del Estado respecto a los habitantes de la República, le impone la obligación de garantizar no solo la libertad, sino también otros valores, como son los de la justicia y el desarrollo integral de la persona, para lo cual debe adoptar las medidas que a su juicio sean convenientes según lo demanden las necesidades y condiciones del momento, que pueden ser no solo individuales sino también sociales. Gaceta No. 1, expediente No. 12-86, página No. 3, sentencia: 17-09-86.

Además, este mismo artículo, le garantiza a la persona la seguridad jurídica, tal y como lo cita la Corte de Constitucionalidad:

El principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 2°. De la Constitución, consiste en la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible; en tal virtud, las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la ley fundamental. Gaceta No. 61, expediente No. 1258-00, sentencia: 10-07-01.

Ahora es importante analizar el contenido del Artículo 3°, porque aquí empieza la clasificación de los derechos humanos, el cual incluye del artículo 3° al artículo 46, en donde se consideran como derechos fundamentales o de primera generación.



Entre estos encontramos derechos que son producto de la lucha por rescatar la dignidad de las personas, que durante muchos siglos se vio sujeta por el totalitarismo y la arbitrariedad de los gobernantes, al respecto encontramos entre estos derechos: como el derecho a la vida, a la libertad e igualdad, a la libertad de acción, el derecho a la detención legal, el derecho de defensa, el derecho de presunción de inocencia, la protección a los menores de edad, adulto mayor, mujer, la inviolabilidad de la vivienda, la libre locomoción, el derecho de asilo, el derecho de petición, el libre acceso a los tribunales de justicia, el derecho de reunión y manifestación, el derecho de asociación, la libertad de emisión del pensamiento, la libertad de religión, la protección y derecho de propiedad privada, el derecho de autor y la libertad de industria, comercio y trabajo, entre otros derechos fundamentales citados en nuestra carta fundamental.

Nuestra Constitución agrupa los derechos humanos dentro del Título II de la misma, pero claramente se distingue que en el capítulo I, bajo acápite de Derechos Individuales, figuran los que la doctrina divide en civiles y políticos, mientras que en el Capítulo II, denominado Derechos Sociales, agrupa los derechos humanos que se conocen como económico -sociales- culturales. Los derechos individuales muestran claramente su característica: unos, los civiles, con un contenido negativo que implica obligaciones de no hacer y los otros, los políticos, el reconocimiento de la facultad que los ciudadanos tienen para participar en la organización, actuación y desarrollo de la potestad gubernativa. Gaceta No. 8, expediente No. 87-88, página No.184, sentencia: 26-05-88.

En el artículo 44. Establece: derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las

disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.



Además, este artículo contiene algunas citas de la Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad respecto a los principios fundamentales que cita:

Uno de los principios fundamentales que informa al Derecho guatemalteco, es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. La superlegalidad constitucional se reconoce, con absoluta precisión, en tres artículos de la Constitución Política de la República: el 44... El 175... Y el 204. Gaceta No. 31, expediente No. 330-92, página No. 7, sentencia: 01-02-94.

Por otro lado, en el artículo 46. nos dice: preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

El profesor García Laguardia, nos dice respecto al artículo 46, lo siguiente:

Debe interpretarse el artículo 46, que constituye una de las más importantes innovaciones del texto y que expresa que se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptadas y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, el cual introduce una nueva visión en el problema de la jerarquía normativa que los constituyentes omitieron resolver expresamente. Puede afirmarse que la fuente de esta disposición está en el artículo 105 de la constitución peruana de 1979, pero con diferencias importantes pues, mientras esta atribuye a los tratados sobre derechos

humanos jerarquía constitucional, la de Guatemala les da preeminencia sobre el derecho interno.(GARCIA LAGUARDIA, 2015, pág. 102)



Además, este artículo contiene algunas citas de la Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad respecto a los principios fundamentales que cita:

Esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto. Para ello parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto. En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino -en consonancia con el artículo 2. De la Convención- por la del primer párrafo del 44 constitucional...’ El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución.



(Artículos 44 párrafo tercero, 175 párrafo primero, 204, 277, 278, 279, 280 y 281 de la Constitución Política) Por otro lado, la pretensión de preeminencia sobre la Constitución tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Constitución, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contravenga..." Gaceta No. 18, expediente No. 280-90, página No. 99, sentencia: 19-10-90. "...los tratados y convenios internacionales -en cuya categoría se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos- no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma, pues si bien es cierto el artículo 46 de la Constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían estas últimas; pero ello no significa, como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad. Por consiguiente, en lo referente a este punto debe declararse que no se da la violación a ninguna norma de la Constitución Política de la República" Gaceta No. 43, expediente No. 131-95, página No. 47, sentencia: 12-03-97.

Y continua con otra cita jurisprudencial en la Carta fundamental respecto a la preeminencia de la norma constitucional para el resguardo de los derechos fundamentales que la propia ley ha conferido a la persona y el reconocimiento del derecho internacional de la siguiente manera:



Esta Corte debe abordar únicamente aspectos relacionados a la preeminencia de la norma constitucional en función del resguardo de los derechos fundamentales que la ley matriz le ha conferido a la persona humana, las obligaciones internacionales del Estado y la aplicación de tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, en cuanto a que su aplicación pueda ser más garantista que las normas de derecho interno. En cuanto a las obligaciones internacionales del Estado, se mantiene el criterio vertido en el precedente jurisprudencial de que Guatemala reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el *ius cogens*, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización. Lo anterior implica también el compromiso que tiene el Estado de Guatemala de observar y respetar lo dispuesto en dichos tratados, máxime cuando el asunto sobre el cual versaren fuere materia de derechos humanos. Según el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Gaceta No. 60, expediente No. 872-00, página No. 362, sentencia: 28-06-01.

Como se establece en los párrafos anteriores, efectivamente a través de los primeros dos artículos analizados que es el 44 y 46 de la carta fundamental del Estado, efectivamente se tiene una influencia del neoconstitucionalismo en el ordenamiento jurídico infra constitucional, pero para ir desarrollando el análisis de estos artículos constitucionales, veremos a continuación lo que establecen los derechos sociales citados en el capítulo II de la carta fundamental y que son considerados de segunda generación, entre estos tenemos: la protección a la familia y lo referente al estado civil, el derecho a la cultura, al patrimonio cultural y natural de la nación, la protección de los grupos étnicos, la educación y la educación superior, el deporte, la salud, seguridad social, el equilibrio ecológico, el trabajo, el régimen económico y social, el régimen de aguas, la electrificación, la prohibición de monopolios, los derechos cívicos y políticos, la ley del orden público y estados de excepción entre otros.

El jurista guatemalteco Villegas Lara, nos dice al respecto de los derechos fundamentales:



Recurriendo a Ferrajoli, en una monografía publicada en la revista Cuestiones Constitucionales de la UNAM, se refiere a este tema en un ensayo titulado “Sobre Derechos Humanos y Globalización”, y dice que para responder a esta pregunta sobre cuáles son esos derechos y porqué fundamentales, nos encontramos con tres respuestas a saber: a) La que da la teoría general del derecho, que identifica a los derechos fundamentales como aquellos que tienen como titulares a todas las personas con capacidad de obrar y que son por lo tanto indisponibles e inalienables. Esta propuesta dice Ferrajoli, responde a la pregunta que son los derechos fundamentales, pero no nos indica cuáles son. b) Otra respuesta es la que da el derecho positivo vigente en un Estado, afirmando que los derechos fundamentales son aquellos universales e indisponibles que están previstos en las normas jurídicas que forman el ordenamiento o sistema, ya sea que consten en el texto constitucional o en los tratados y convenciones en materia de derechos humanos. En esta respuesta para nuestro ordenamiento se podría decir que el derecho a la salud es fundamental por una norma positiva constitucional que así lo dispone y que cualquier otro que no sea el relativo a la salud se derivaría de la interpretación de la constitución y del goce necesario e ineludible para la persona humana. c) La tercera respuesta se obtienen de la filosofía política en donde se establecen cuales derechos deben ser garantizados como fundamentales, agrega Ferrajoli, que responder a esta pregunta implica recurrir a tres criterios axiológicos: el primer criterio establece un nexo entre derechos humanos y paz, según aparecen en la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. En ese orden todo derecho que condiciona y hace posible la paz, será un derecho fundamental: derecho a la vida, a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad y los derechos sociales, para la supervivencia como la salud, la educación,



la subsistencia y la previsión social. El segundo criterio afirma que son derechos fundamentales los derechos de las minorías y que tienden a lograr la igualdad entre las personas reduciendo las asimetrías económicas y sociales entre las personas y, el tercer criterio sostiene que son derechos fundamentales aquellos que protegen al más débil dentro de la estructura social. Si en el ordenamiento jurídico hay derechos que tienden a darle protección a una de las partes de las relaciones jurídicas, por estar en desventaja material frente al más fuerte, esos son derechos fundamentales. (Villegas Lara, Teoría de la Constitución, 2017, págs. 145-146)

Aquí nos vamos dando cuenta de inmediato cómo se va desarrollando la corriente de pensamiento neoconstitucionalista no solo en los derechos fundamentales, además en los derechos sociales, veremos a continuación lo que se refiere a las Comunidades indígenas Artículo 66.- Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

Aquí la Corte de Constitucionalidad aclara un poco lo referente a los diversos grupos étnicos entre los que figuran los de ascendencia maya, al respecto esta corte amplía lo siguiente:

De conformidad con el artículo 66 de la Constitución, el Estado de Guatemala, debe reconocer, respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso de trajes indígenas, cuyo fin es mantener los factores que tienden a conservar su identidad, entendiéndose ésta como el conjunto de elementos que los definen y, a la vez, los hacen reconocerse como tal. El Convenio 169 de la OIT versa sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes;



Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, dentro de la unidad del Estado y la indivisibilidad de su territorio, por lo que al suscribir, aprobar y ratificar el Convenio sobre esa materia, desarrolla aspectos complementarios dentro de su ordenamiento jurídico interno... Guatemala, ha suscrito, aprobado y ratificado con anterioridad varios instrumentos jurídicos internacionales de reconocimiento, promoción y defensa de los derechos humanos de los habitantes en general y de los cuales también son nominalmente destinatarios los pueblos indígenas; sin embargo, tomando en cuenta que si bien es cierto que las reglas del juego democrático son formalmente iguales para todos, existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país, por lo cual el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales, para que por lo menos los disfruten en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad. Guatemala es reconocida y caracterizada como un Estado unitario, multiétnico, pluricultural y multilingüe, conformada esa unidad dentro de la integridad territorial y las diversas expresiones socio-culturales de los pueblos indígenas, los que aún mantienen la cohesión de su identidad, especialmente los de ascendencia Maya. Opinión consultiva emitida por solicitud del Congreso de la República, Gaceta No. 37, expediente No. 199-95, página No. 9, resolución: 18-05-95.

A pesar de que la Constitución posee un adelanto tan grande de reconocimiento a los pueblos indígenas, somos un país con más discriminación que existe en el continente americano y este artículo en su esencia y origen es otro de los adelantos de la Teoría del neoconstitucionalismo, a pesar de que no se logró por parte del Organismo Legislativo el cumplimiento de crear leyes que protejan a estas comunidades, más, porque si analizamos lo escrito en los fallos de la Corte de Constitucionalidad que cite arriba nos dice: “El Convenio se diseñó como un

mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales”.



3.2. La presencia del neoconstitucionalismo en la Parte Orgánica de la Constitución

La parte orgánica de la Constitución Política de la República de Guatemala, inicia en el artículo 140, en donde sin ninguna duda se encuentra regulado la parte de la organización del Estado, la forma de gobierno, la soberanía, especialmente lo referente a los tres grandes organismos del Estado: el organismo Ejecutivo, Legislativo y Judicial, las instituciones que sirven de órganos de control al propio Estado, como la Contraloría General de Cuentas, La Procuraduría de los Derechos Humanos, La Corte de Constitucionalidad, entre otros. Pero sin duda alguna iremos desarrollando algunos artículos propios del desarrollo del neoconstitucionalismo, que a continuación veremos.

Por otro lado, otro de los artículos que le da vida y que refleja perfectamente el neoconstitucionalismo en la propia constitución es el Artículo 149 y 150, los cuales cito a continuación y que se refieren a las Relaciones internacionales del Estado:

El Artículo 149 nos dice lo siguiente: de las relaciones internacionales. Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.

Es de estimar que si bien un Estado no puede oponer su legislación interna para cumplir sus obligaciones internacionales válidamente contraídas,



situación reconocida en el artículo 149 de la Constitución Política, el caso de infracción a las normas Convencionales de Derecho Internacional Público tiene sus propios mecanismos de reparación, siendo titularidad del reclamo de los Estados partes y ante las instancias apropiadas. Gaceta No. 19, expediente No. 320-90, página No. 9, sentencia: 08-01-91.

En igual sentido nos dice la Corte de Constitucionalidad:

Esta Corte estima que las disposiciones convencionales de derecho internacional deben interpretarse conforme a los principios *pacta sunt servanda* y de buena fe, por lo que, salvo una confrontación abierta con el texto constitucional interno, su intelección deberá hacerse del modo que más armonice con la finalidad del instrumento que las contiene. Opinión Consultiva emitida por solicitud del Presidente de la República, Gaceta No. 59, expediente No. 482-98, página No. 696, resolución: 04-11-98.

En el Artículo 150. La constitución nos dice: de la comunidad centroamericana. Guatemala, como parte de la comunidad centroamericana, mantendrá y cultivará relaciones de cooperación y solidaridad con los demás Estados que formaron la Federación de Centroamérica; deberá adoptar las medidas adecuadas para llevar a la práctica, en forma parcial o total, la unión política o económica de Centroamérica. Las autoridades competentes están obligadas a fortalecer la integración económica centroamericana sobre bases de equidad.

La Corte de Constitucionalidad nos aclara este artículo indicando que:

La Corte advierte que el derecho comunitario que se perfila a los finales del siglo XX no sólo admite sino estimula a la perfección de acuerdos internacionales que progresen de la cooperación a la integración de las naciones. El derecho constitucional guatemalteco contiene claras indicaciones orientadas hacia la integración centroamericana. Opinión

Consultiva emitida por solicitud del Presidente de la República, Gaceta No. 59, expediente No. 482-98, página No. 700, resolución: 04-11-98. Se menciona en: - Gaceta No. 7, expediente No. 3-88, página No. 43, sentencia: 22-03-88.



En el Artículo 272, de la Constitución Política de la República de Guatemala, a parte de la gran riqueza neoconstitucionalista que nos provee la carta fundamental, porque encontramos uno de los principios más importantes del constitucionalismo en el siglo XX y XXI al decimos que: artículo 272.- Funciones de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones:

- a) Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad; Véase: - Gaceta No. 50, expediente No. 194-98, página No. 38, sentencia: 21-10-98.
- b) 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;
- c) Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia. Si la apelación fuere en contra de una resolución de amparo de la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad se ampliará con dos vocales en la forma prevista en el artículo 268;
- d) Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia; Se menciona en: - Gaceta No. 27, expediente No. 322-92, página No. 26, sentencia: 03-02-93.
- e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado; Se



menciona en: - Gaceta No. 37, expediente No. 199-95, página No. 5, sentencia: 18-05-95.

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

g) Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisprudencial; Se menciona en: - Gaceta No. 2, expediente No. 83-86, página No. 19, sentencia: 24-10-86.

h) Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad; e Se menciona en: - Gaceta No. 28, expediente No. 4-93, página No. 24, sentencia: 19-05-93.

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

Por otro lado, en la parte orgánica también vemos lo referente al Régimen Político Electoral, al Régimen Administrativo, el Régimen de control y fiscalización, el Régimen Financiero, el Régimen de las fuerzas armadas o ejército, el del Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación, así como el régimen municipal.

3.3. La esfera de protección de los derechos fundamentales y la violación de estos por el Estado

El Estado debe garantizar los derechos y protección de la persona humana, especialmente por el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, la proyección horizontal entre otros, lo cual constituye una variante histórica y teórica, dentro de un horizonte social amplio de aplicación e interpretación; en primer lugar, frente al propio Estado, el cual se fue moderando desde un iusnaturalismo racionalista, luego con la eliminación de privilegios para algunos grupos, hasta llegar a la declaración de derechos y libertades del ser humano como lo cité anteriormente, pero que permite además creer en esa libertad frente

al Estado, aunque sea conocida por algunos teóricos como derechos en papel solamente, inclusive no para el Estado como estructura, sino para el grupo de gobierno que es el responsable de esas violaciones.



En un segundo lugar, los Estados deben proveer una defensa a la dignidad de la persona humana, esa protección en la esfera del derecho debe ir más allá; es decir, hasta una protección entre particulares, porque surge como un sistema de protección de derechos y libertades frente al poder del Estado, pero, por el otro lado, frente a los particulares, creando una autonomía de la voluntad que es plenamente válida, pero que en muchos casos, no se ha tenido un sustento jurídico constitucional, dando lugar a una fuerza normativa entre los particulares y que, en muchos casos, a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI sobrepasa en algunos casos el propio ordenamiento jurídico infra constitucional.

Pero no solo sostener los derechos fundamentales es cosa fácil o semejante, para un Estado que como es nuestro caso es considerado especialmente por la institución del Procurador de los Derechos Humanos como el principal violador de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

En la institución del procurador de los derechos humanos, durante el año 2018, se pudo establecer, según el informe anual la violación sistemática del propio Estado de Guatemala, en cuanto a los derechos fundamentales, de un total de 15731 casos, en donde predominan la violación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales DESC con 4222 denuncias; los Derechos Civiles y Políticos, DCP, con un total de 3799 denuncias; Los Derechos Específicos, DE. Con un total de 3387, denuncias. Dentro de los Derechos Civiles las denuncias frecuentes se hicieron por la violación a derechos como: petición; seguridad; debido proceso; acceso a la información pública; integridad personal; igualdad; vida; derechos políticos; libertad personal; intimidad; nacionalidad; libertad de expresión; libertad de locomoción; libertad religiosa o de creencias; en los derechos económicos, sociales y culturales las denuncias frecuentes son en violación a derechos como:

educación ; salud; trabajo; seguridad social; ambiente sano y seguro; alimentación; deporte y recreación; dentro de los derechos específicos los derechos más denunciados son: niñez y adolescencia; mujer; personas mayores; personas privadas de libertad; Personas con discapacidad; población LGBTY; entre otros.

Lo anterior nos dice que aún falta desarrollar muchas instituciones y leyes infra constitucionales para la protección integral de las personas humanas y que finalmente la pureza de los derechos que se encuentra dentro del misma constitución sean respetados por la dignidad intangible de la persona humana y desarrollados por la normas infra constitucionales.

3.4. La presencia del neoconstitucionalismo en la Constitución Política de la República de Guatemala

Como vimos anteriormente la Constitución Política de la República de Guatemala, tiene un alto contenido de normas no solo fundamentales, además instituciones importantes para el desarrollo integral de la persona humana, lo que nos lleva a establecer que efectivamente el contenido neoconstitucionalista está inmerso en nuestra carta fundamental, esta corriente de pensamiento es considerado un paradigma que, en palabras del profesor guatemalteco, doctor Gutiérrez Dávila nos dice:

Una vez analizado el paradigma en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Teoría del Derecho (ciencia jurídica), a continuación se desarrollarán las razones por las que se considera que el neoconstitucionalismo es un paradigma: **a)** El neoconstitucionalismo constituye una modelo de pensamiento de la ciencia del Derecho constitucional, pues surgió en Europa después de la segunda guerra mundial para dar respuesta a las constituciones europeas; **b)** produjo



nuevas teorías, métodos y conceptos, como la constitucionalización del ordenamiento jurídico, el método de la ponderación y el concepto de Derecho dúctil; **c)** a este movimiento se la han sumado pensadores como Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, Robert Alexy, Manuel Atienza, Miguel Carbonell, Paolo Comanducci, etc., los cuales consideran que esta corriente es nueva e independiente de los paradigmas tradicionales del Derecho y **d)** no obstante, lo antes analizado, esta línea teórica es lo suficientemente incompleta, por lo que ha permitido que haya evolucionado por medio de nuevas teorías que se han incorporado como el denominado Bloque de constitucionalidad. Las razones antes vertidas, demuestra que el neoconstitucionalismo es un modelo de pensamiento que comparten los miembros de una comunidad académica en particular, también es la concepción del objeto de estudio de una ciencia acompañada de un conjunto de teorías básicas sobre aspectos particulares de ese objeto, coexiste con otros modelos o esquemas de pensamiento jurídico y finalmente es una teoría, que por su virtualidad, atrae un grupo duradero de partidarios y simultáneamente es lo suficientemente completa para permitir el desarrollo de nuevos trabajos en su interior, en consecuencia el neoconstitucionalismo es un verdadero paradigma.(GUTIERREZ DÁVILA, 2017, págs. 164-165)

Parte de lo que explica el profesor citado, es efectivamente que este pensamiento jurídico denominado neoconstitucionalismo es un nuevo modelo de pensamiento dentro del modelo constitucional y dentro de la ciencia del derecho constitucional, que tiene nuevos métodos y teorías, así como principios como el de ponderación y el del derecho dúctil, que por supuesto es necesario seguir desarrollándolo pero que sin duda alguna representa un conjunto de teorías básicas, así como una teoría que se irá desarrollando, conforme pasen los años, por lo que sin duda alguna hoy representa un verdadero paradigma.

Por otro lado, el Estado propiamente, al reconocer los derechos fundamentales, no como una especulación normativa, sino como derechos fundamentales propios, han adquirido una visión objetiva y una eficacia real al momento de ser invocados y que, en nuestro caso en Guatemala, la Corte de Constitucionalidad, de alguna manera, los ha ponderado, dándole una fuerza normativa constitucional, especialmente cuando aplican el efecto irradiación y el principio pro persona. Es decir, va más allá de lo que este escrito en la Constitución para defender la dignidad de las personas humanas.

Entre uno de los casos más importantes que marcan el neoconstitucionalismo en Guatemala y que hoy es referente en muchos países se da cuando la Corte de Constitucionalidad en el año 1993, emite el fallo contra el golpe de Estado en mayo de ese año, porque el ex presidente Jorge Serrano Elías pretendía dejar sin vigencia alrededor de cuarenta y cinco artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala, veinte artículos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad y la disolución de la Corte Suprema de Justicia, a través del documento denominado *Normas Temporales de Gobierno*, el cual más adelante se declararía de inconstitucionalidad, porque atentaba contra el propio orden constitucional y que la Corte hizo un gran activismo judicial no solo cuando emite el auto de seguimiento de la sentencia emitida el 31 de mayo de ese mismo año, sino un auto de fecha 04 de junio. Esto con el objeto de restaurar el orden constitucional y resguardar el orden normativo a nivel general. Este sin duda alguna marca el comienzo de lo que hoy en el ámbito internacional se ha desarrollado, y que es un gran referente para los estudiosos de la teoría del neoconstitucionalismo y que sin duda con la creación de importantes instituciones dentro del cuerpo constitucional como la Corte de Constitucionalidad, La Procuraduría de los Derechos Humanos, La Contraloría General de Cuentas, el mismo Tribunal Supremo Electoral, sirven de órganos de control y por ende de frenos y contrapesos al poder estatal.

Finalmente, si puedo afirmar con base en lo anteriormente visto y contestando al problema planteado *¿Es el neoconstitucionalismo una corriente de pensamiento jurídico que tiene influencia en la Constitución Política de la República de Guatemala?*, evidentemente si, especialmente en la aplicación de la justicia constitucional en Guatemala, no de manera consolidada, pero si con un gran impacto, puesto que la constitución de 1985 tiene un alto contenido de derechos fundamentales y de instituciones de control que colocan a la persona humana y su dignidad intangible como primacía de un Estado Constitucional, obligando a las instituciones de justicia para que justifiquen sus actos y decisiones, además de prevalecer el uso del principio de proporcionalidad o ponderación, colocando de nuevo en una conexión necesaria al derecho y la moral, además trata de encontrar soluciones más integrales en beneficio de la persona humana cuando se trata de la aplicación de sus derechos fundamentales, en donde el efecto irradiador de estos cubre de manera más integral el campo de aplicación de la justicia constitucional y por ende la espera del propio ordenamiento jurídico.



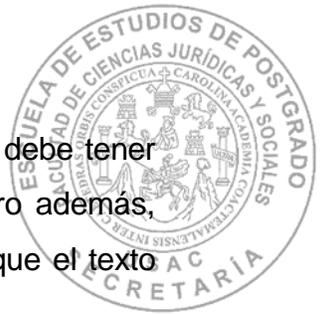
CAPÍTULO IV



En este capítulo, se tratará de establecer el segundo problema planteado en la investigación de esta tesis doctoral, que se refiere a: *¿Se encuentra consolidado en el ordenamiento jurídico guatemalteco la influencia de la corriente de pensamiento llamado Neoconstitucionalismo?*, en ese sentido se estableció en el capítulo III, que si existe no solo la presencia del neoconstitucionalismo en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, sino en la aplicación de principios propios de esta corriente neoconstitucionalista, como lo es el principio de proporcionalidad o ponderación, el principio pro persona, el efecto irradiación de los derechos fundamentales, un activismo judicial y jurisdiccional por parte de la Corte de Constitucionalidad y los tribunales, nuevas maneras de interpretar el texto constitucional entre otros, por lo que a continuación veremos si ese Neoconstitucionalismo se ha consolidado en la justicia constitucional o que necesita para poder hacerlo de manera integral dentro de nuestro sistema infra constitucional y sobre todo, porque coloca la dignidad de la persona humana como uno de los fines del propio Estado como parte medular de la comprobación de la segunda hipótesis.

4. La Consolidación del neoconstitucionalismo en el Ordenamiento Jurídico Guatemalteco

Como establecimos anteriormente la fuerte presencia del neoconstitucionalismo dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala, ahora toca desarrollar si es posible la consolidación en el orden infra constitucional del Estado de este neoconstitucionalismo, para esto analizaremos y desarrollaremos esta corriente de pensamiento que tiene realmente una nueva forma de aplicar la justicia constitucional dentro del ordenamiento jurídico, en donde el juez pasa a ser pieza esencial en la aplicación precisamente de la justicia constitucional,



porque no solo debe utilizar nuevos métodos de interpretación, además debe tener una amplio conocimiento del desarrollo de la ciencia constitucional, pero además, establecer si a la fecha se crearon más de 40 leyes secundarias para que el texto constitucional funcione de manera integral.

Al respecto el profesor guatemalteco, Jorge Mario García, nos dice:

Una constitución muy desarrollada con 281 artículos y 22 disposiciones transitorias y finales, que sin embargo necesita para funcionar adecuadamente la emisión de más de 40 leyes secundarias de las cuales a la fecha no todas, sino muy pocas se han dictado. Esta remisión de leyes secundarias ha sido el más socorrido recurso para alcanzar el congreso constitucional, que se logró en el texto como un compromiso histórico global para lograr la reconciliación de una sociedad escindida que es además de su legitimidad, el mejor logro de la constitución.(GARCIA LAGUARDIA, 2015, págs. 99-100)

En ese sentido, es necesario establecer cuáles leyes secundarias están en vigencia en el ordenamiento infra constitucional y cuáles faltan, esto nos ayudara a poder evidenciar si la corriente de pensamiento neoconstitucionalista se encuentra consolidada en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

4.1 Mecanismos que previó la Constitución Política de la República de Guatemala para la consolidación del neoconstitucionalismo en el ordenamiento jurídico

Nuestra constitución estableció el procedimiento ordinario para la creación de leyes que permitieran y coadyuvaran a la propia constitución a desarrollar la protección integral, en primer lugar, de la persona, la familia, el bien común, la justicia y la propia organización del Estado. Uno de los fines es organizar



jurídicamente y políticamente al Estado, afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y al Estado como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz inspirado en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia natural y cultural. Decididos a impulsar la plena vigencia de los derechos humanos de un orden institucional estable, permanente y popular.

Además, al momento de emitirse la Constitución Política de la República de Guatemala, en las disposiciones transitorias se ordenó dictarse algunas leyes importantísimas para el desarrollo en ese momento de la propia constitución, entre estas se señala lo siguiente: en el Artículo 1. Se indica que se debe crear la Ley específica que regule las relaciones del Organismo legislativo con su personal. En el Artículo 2. Referente a los Juzgados de Menores establece que: deberán dictarse las leyes y otras disposiciones necesarias para el debido cumplimiento de desligar de las municipalidades los juzgados de menores. En el Artículo 3. Referente a la conservación de la nacionalidad ordena al Congreso de la Republica emitir una Ley relativa a la Nacionalidad. En el artículo 9. Se ordena al Congreso de la Republica nuevamente para que en el tema de las municipalidades debe emitir un nuevo a) Código Municipal; b) La Ley de Servicio Municipal. c) Ley preliminar de Regionalización y d) Código Tributario. En el Artículo 10, que se refiere a la Corte Suprema de Justicia se le ordena crear una Ley de Integración del Organismo Judicial. Asimismo, en el Artículo 11. Se le ordena al Organismo Ejecutivo que debe enviar un proyecto de ley para el funcionamiento de dicho organismo. En el Artículo 14, se ordena emitir una ley de alfabetización a través del Congreso de la Republica. En el Artículo 15 se ordena la creación de una ley que determinara las medidas y actividades que tiendan a la integración del territorio. En el Artículo 26 la creación de una ley para el organismo Ejecutivo.

En ese sentido veremos a continuación por año, que leyes se han aprobado a partir de la creación de la actual constitución, dentro de la parte infra constitucional:



AÑO 1986

1. Ley de Sindicalización y Regulación de la Huelga de los Trabajadores del Estado
2. Ley Preliminar de Regionalización
3. Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente
4. Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del procurador de los Derechos Humanos
5. Ley Orgánica de la Escuela Nacional Central de Agricultura -ENCA-
6. Ley de Servicio Civil del Organismo Legislativo
7. Ley Orgánica y de Régimen Interior del Organismo Legislativo
8. Ley del Impuesto Extraordinario a las Exportaciones
9. Ley Transitoria de Régimen Cambiario

AÑO 1987

1. Ley de Creación de la Lotería Instantánea Pro Vivienda Popular
2. Presupuesto de Ingresos y Egresos del Ejercicio Fiscal 1988
3. Ley de Universidades Privadas
4. Ley Orgánica del Benemérito Cuerpo Voluntario de Bomberos de Guatemala
5. Ley del Impuesto sobre Circulación de Vehículos
6. Ley del Impuesto único sobre Inmuebles
7. Ley del Impuesto del Papel Sellado y Timbres Fiscales
8. Ley del Impuesto Sobre la Renta
9. Ley de Abastecimiento y Control de Precios de los Productos Esenciales
10. Ley Temporal de Exoneración de Convocatoria para la Celebración de Contratos de Exploración o Explotación de Hidrocarburos



11. Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural
12. Ley de Asistencia a Viudas y Huérfanos Menores, Víctimas de la violencia del país
13. Ley del Timbre Profesional de las Ciencias Económicas
14. Ley Temporal de Inscripciones de Nacimientos en los Registros Civiles de la República
15. Ley de Servicio Municipal

AÑO 1988

1. Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado
2. Código Municipal

AÑO 1989

1. Ley de Incentivos a los Medios de Comunicación
2. Ley de Fomento del Libro
3. Ley del Deporte, la Educación Física y la Recreación
4. Ley de Fomento y Desarrollo de la Actividad Exportadora y de Maquila
5. Ley de Áreas Protegidas
6. Ley del Organismo Judicial

AÑO 1990

1. Ley del Instituto de Previsión Social del Artista Guatemalteco
2. Ley de Reserva de Carga para Transporte Marítimo
3. Ley de Homenaje al Doctor Juan José Arévalo Bermejo
4. Ley Constitutiva del Ejército de Guatemala
5. Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 1991
6. Ley de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala



7. Ley de Régimen de Excepción para la Normalización del Impuesto Sobre la Renta y la Regularización de Otros Tributos
8. Ley de Supresión de Privilegios Fiscales
9. Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros
10. Ley de Compensación Económica por Tiempo de Servicio
11. Ley del Instituto de Previsión Social del Periodista
12. Ley de Fomento de la Pequeña Minería
13. Ley de Reformas a la Parte III del Arancel Centroamericano de Importación
14. Ley de Régimen de Excepción para la Normalización del Impuesto Sobre la Renta y la Regularización de Otros Tributos

AÑO 1991

1. Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 1992
2. Ley Temporal de Reposición e Inscripción de Partidas de Nacimiento de Registros Civiles Destruídos por la Violencia
3. Ley Extraordinaria de Regularización Tributaria
4. Ley de Medidas y Acciones Emergentes para Prevenir y Evitar la Propagación del Cólera
5. Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico Nacional
6. Ley de Colegiación Profesional Obligatoria
7. Ley de Impuesto Extraordinario y de Emisión de Bonos del Tesoro Emergencia 1991
8. Ley de Especies Monetarias Conmemorativas
9. Ley Reguladora del Uso y Captación de Señales Vía Satélite y del Servicio de Distribución por Cable
10. Ley de Educación Nacional
11. Código Tributario
12. Ley de Nacionalidad para Inversionistas Extranjeros

AÑO 1992

1. Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 1993
2. Ley Regularizadora para el Control de la Utilización del Plomo
3. Ley de los Bonos del Café
4. Ley de Unificación y Nivelación de la parte III del Arancel Centroamericano de Importación
5. Código Procesal Penal
6. Ley Contra la Narcoactividad
7. Ley General de Enriquecimiento de Alimentos
8. Ley de Bonificación Anual para Trabajadores del Sector Privado y Público
9. Ley Reguladora del Uso y Captación de Señales Vía Satélite y su Distribución por Cable
10. Ley del Impuesto a la Distribución de Petróleo Crudo y Combustibles Derivados del Petróleo
11. Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos
12. Ley de Fortificación y Enriquecimiento de Alimentos
13. Ley de Contrataciones del Estado
14. Ley de Liberación de Importación de las Medicinas
15. Ley del Impuesto Sobre la Renta.
16. Ley del Impuesto al Valor Agregado -IVA-

AÑO 1993

1. Ley Reglamentaria de las Franquicias del Servicio Diplomático
2. Ley de Extracción, Manejo y Comercialización del Chicle
3. Ley de Protección al Consumidor de la Energía Eléctrica
4. Ley del Fondo de Inversión Social -FIS-
5. Ley de Población y Desarrollo





6. Ley de Subsidio Estatal para el pago de incremento, bonificación y reajuste al salario mínimo de los trabajadores municipales del país
7. Ley Orgánica de la Empresa Portuaria Nacional Santo Tomás de Castilla

AÑO 1994

1. Ley del Impuesto Sobre Circulación de Vehículos Terrestres, Marítimos y Aéreos
2. Ley Orgánica del Organismo Legislativo
3. Ley Orgánica del Plan de Prestaciones del Empleado Municipal
4. Ley Orgánica de la Escuela Nacional Central de Agricultura -ENCA-
5. Ley Orgánica del Instituto Nacional de Electrificación -INDE-
6. Ley de Conservación de Tierras y Suelos
7. Ley de Creación del Consejo Nacional contra el Crimen, la Delincuencia, la Violencia y la Impunidad
8. Ley Orgánica del Ministerio Público

AÑO 1995

1. Ley de Bonos del Tesoro Ejercicio Fiscal 1996
2. Ley de Documentación Personal de la Población Desarraigada
3. Ley para la Reducción de Riesgos a los Habitantes de Zonas afectadas por el Enfrentamiento Armado, a través de Rastreo y Desactivación de Minas y otros Artefactos Explosivos
4. Ley del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias
5. Ley sobre Bancos de Sangre y Servicios de Medicina Transfusional
6. Ley del Impuesto sobre Productos Financieros
7. Ley de Institutos de Educación por Cooperativa de Enseñanza
8. Ley de Arbitraje
9. Ley de Anuncios en Vías Urbanas, Vías Extraurbanas y Similares

AÑO 1996



1. Ley de Reconciliación Nacional
2. Ley para el Aprovechamiento y Comercialización del Chicle y para la Protección del Árbol del Chicozapote
3. Ley de Protección y Desarrollo Artesanal
4. Ley de Especies Monetarias
5. Ley de Espectáculos Deportivos
6. Ley de Atención a las Personas con Discapacidad
7. Ley de Creación de la Autoridad para el Manejo Sustentable del Lago de Atitlán y su Entorno
8. Ley de Tránsito
9. Ley Reguladora del Registro, Autorización y Uso de Motosierras
10. Ley del Arbitrio de Ornato Municipal
11. Ley de Vivienda y Asentamientos Humanos
12. Ley de lo Contencioso Administrativo
13. Ley Reguladora del Uso de Placas de Circulación de Vehículos
14. Ley de Fomento a la Difusión de Conciencia Ambiental
15. Arancel de abogados, árbitros, procuradores, mandatarios judiciales, expertos, inventores y depositarios
16. Código de la Niñez y la Juventud
17. Ley Declaratoria de Área Protegida de Bocas del Polochic, ubicada en el Municipio de El Estor, Departamento de Izabal
18. Ley Forestal
19. Ley que establece el Procedimiento para la Ejecución de la Pena de Muerte
20. Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar
21. Ley para la Formación Científica de Recurso Humano para la Conservación y el Desarrollo Sostenible de las Regiones Tropicales Húmedas
22. Ley de Creación del Aporte para la Descentralización Cultural
23. Ley General de Telecomunicaciones
24. Ley General de Electricidad



25. Reglamento del Congreso de la República de Guatemala como Miembro de la Unión Interparlamentaria
26. Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos
27. Ley de Probidad y Responsabilidades
28. Ley del día del Garífuna
29. Ley del Timbre Forense y Timbre Notarial
30. Ley de Protección para las Personas de la Tercera Edad
31. Ley de Protección al Menor en Situación de Riesgo en Drogadicción
32. Ley General de Relaciones Laborales de la Escuela Nacional Central de Agricultura -ENCA- y su personal
33. Ley Para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal
34. Ley de Creación de la Autoridad para el Manejo Sustentable de la Cuenca del Lago de Amatitlán
35. Ley de la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres de Origen Natural o Provocado
36. Ley de Fomento al Transporte de la Ciudad Capital y Áreas de Influencia Urbana
37. Ley del Mercado de Valores y Mercancías.
38. Ley del Impuesto de Solidaridad, Extraordinaria y Temporal y de Emisión de Bonos del Tesoro de Emergencia Económica 1996
39. Ley Orgánica de la Zona Franca de Industria y Comercio del Puerto de Champerico
40. Ley de Fomento de la Educación Ambiental
41. Ley de Desnaturalización y Comercialización de Alcoholes de Tipo Medicinal

AÑO 1997

1. Ley del Impuesto Único sobre Inmuebles
2. Ley de Comercialización de Hidrocarburos



3. Ley de Supresión de Exenciones, Exoneraciones y Deducciones, en
Materia Tributaria y Fiscal
4. Ley del Organismo Ejecutivo
5. Ley de Minería
6. Ley de Prevención de la Violencia en Espectáculos Deportivos
7. Ley que Prohíbe la Importación y Regula el uso de los Clorofluorocarbonos
en sus diferentes presentaciones
8. Ley para la Prohibición de la Producción, Compra, Venta, Importación,
Exportación, Tránsito, Utilización y Posesión de Minas Antipersonales y de
Dispositivos Anti detectores o de partes de tales artefactos
9. Ley Normativa de la Bandera Nacional y del Escudo de Armas
10. Ley de Protección y Uso del Emblema de la Cruz Roja
11. Ley Orgánica del Presupuesto
12. Ley de Aviación Civil
13. Ley de Servicios de Medicina Transfusional y Bancos de Sangre
14. Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación
15. Ley Nacional para el Desarrollo de la Cultura Física y del Deporte
16. Ley Temporal Especial de Documentación Personal
17. Ley de Inmovilización Voluntaria de Bienes Registrados
18. Ley que Declara Área Protegida de Reserva de Uso Múltiple la Cuenca del
Lago de Atitlán
19. Ley que Declara la Reserva Forestal Protectora de Manantiales Cordillera
Alux
20. Ley que Declara Área Protegida la Reserva de la Biósfera Ixil, Visis-Cabá,
ubicada en el Departamento de El Quiché
21. Ley de Defensa de Derechos Procesales de Nacionales y Residentes
22. Ley del Servicio Público de Defensa Penal
23. Ley para la Reducción de Riesgos a los habitantes de zonas afectadas por
el enfrentamiento armado, a través del rastreo y desactivación de minas y
otros artefactos explosivos
24. Ley de la Policía Nacional Civil



25. Ley Reguladora de las Áreas de Reserva Territoriales del Estado de Guatemala
26. Ley de Transformación del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola BANDESA-
27. Ley de Creación de la Secretaría de la Paz
28. Código de Salud
29. Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos
30. Ley para la Disolución, Liquidación y Supresión del Banco Nacional de la Vivienda -BANVI-

AÑO 1998

1. Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT-
2. Ley de Impuesto a las Empresas Mercantiles Agropecuarias
3. Registro Nacional de Leyes
4. Ley de Migración
5. Ley de Accesibilidad a los Medicamentos
6. Ley de Creación de la Autoridad para el Manejo Sustentable de la Cuenca del Lago de Izabal, El Río Dulce y su Cuenca
7. Ley de Administración de Edificios Escolares
8. Ley que crea la Autoridad Protectora de la Sub-Cuenca y Cause del Río Pensativo
9. Ley de Sanidad Vegetal y Animal
10. Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos
11. Ley de Inversión Extranjera
12. Ley de Creación del Área Protegida del Volcán y Laguna de Ipala
13. Ley del Impuesto Sobre Inmuebles



AÑO 1999

1. Ley de Creación del Parque Regional y Área Natural Recreativa Volcán de Suchitán, Municipio de Santa Catarina Mita, Departamento de Jutiapa
2. Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial
3. Ley para la Protección del Ahorro
4. Ley de la Carrera Judicial
5. Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer
6. Ley de Fondo de Tierras
7. Ley que declara Área Protegida El Refugio de Vida Silvestre "Punta de Manabique"

AÑO 2000

1. Ley de la tarifa Social para el Suministro de Energía Eléctrica
2. Ley de Libre Negociación de Divisas
3. Ley de Aviación Civil
4. Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 2001
5. Ley del Impuesto Específico a la Distribución de Cemento.
6. Ley Temporal Especial de Documentación Personal
7. Ley de Apoyo a las Fuerzas de Seguridad Civil
8. Ley de Supresión de Privilegios y Beneficios Fiscales, de Ampliación de la Base Imponible y de Regularización Tributaria
9. Ley del Impuesto sobre la Distribución de Bebidas Alcohólicas Destiladas, Cervezas, Otras Bebidas Fermentadas y Bebidas Gaseosas
10. Ley de Propiedad Industrial
11. Ley General para el Combate del Virus de Inmunodeficiencia Humana -VIH- y del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida -SIDA- y de la Promoción, Protección y Defensa de los Derechos Humanos ante el VIH/SIDA

AÑO 2001



1. Ley de Colegiación Profesional Obligatoria
2. Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos
3. Ley del Impuesto Específico sobre la Distribución de Bebidas Alcohólicas Destiladas, Bebidas Alcohólicas Mezcladas y Alcoholes para fines Industriales
4. Ley del Impuesto Específico sobre la distribución de Bebidas Gaseosas, Bebidas Isotónicas o Deportivas, Jugos y Néctares, Yogures y Agua Natural envasada
5. Ley del Impuesto Específico sobre la distribución de cervezas y otras bebidas de cereales fermentados
6. Ley del Impuesto Específico sobre la Distribución de Vinos, Sidras, Vinos Vermouth, Vinos espumosos y otras bebidas Fermentadas
7. Ley Excepcional Temporal de Exoneración Parcial del Pago de Arancel de Importación sobre Vehículos Automotores Usados
8. Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos
9. Ley de Régimen Especial de las Clases Pasivas para Discapacitados del Estado en el Orden Militar
10. Ley de Desarrollo Social
11. Ley de Actualización de Tarifas Impositivas, de Ampliación y Regularización de la Base Imponible de Algunos Impuestos
12. Ley de Timbre de Control Fiscal
13. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
14. Ley Temporal de Apoyo al Ciclismo Nacional

AÑO 2002



1. Ley de Adjudicación de Bienes Inmuebles Propiedad del Estado, el Gobierno o la Nación, en favor de Familias en Situación de Pobreza y Extrema Pobreza.
2. Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural
3. Ley de Promoción Educativa Contra la Discriminación
4. Ley General de Pesca y Acuicultura
5. Ley General de Descentralización
6. Ley que Declara el Día Nacional de la Dignidad de las Víctimas de la Violencia.
7. Estatutos de la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura
8. Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente de Mar
9. Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados.
10. Convenio Básico de Cooperación Técnica y Científica
11. Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos
12. Reforma Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
13. Convención Centroamericana para la Realización de Exposiciones de Objetos Arqueológicos, Históricos y Artístico
14. Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas.
15. Ley para Concluir el Proceso de Disolución, Liquidación y Supresión del Banco Nacional de la Vivienda -BANVI-, el Liquidación.
16. Ley de Bancos y Grupos Financieros
17. Ley de Supervisión Financiera
18. Ley Monetaria
19. Ley Orgánica del Banco de Guatemala



20. Ley en Materia de Antejucio
21. Ley del Impuesto Específico sobre la Distribución de Bebidas Alcohólicas Destiladas, Bebidas Alcohólicas Mezcladas y Alcoholes para fines Industriales
22. Ley del Impuesto Específico sobre la Distribución de Bebidas Gaseosas, Bebidas Isotónicas o Deportivas, Jugos y Néctares, Yogures, Preparaciones Concentradas o en polvo para la elaboración de Bebidas y Agua Natural Envasada
23. Ley del Impuesto Específico sobre la Distribución de Cervezas y otras bebidas de Cereales Fermentados
24. Ley del Impuesto Específico sobre la Distribución de Vinos, Sidras, Vinos Vermouth, Vinos Espumosos y otras Bebidas Fermentadas
25. Código Municipal
26. Ley de Bancos y Grupos Financieros

AÑO 2003

1. Ley del Servicio Cívico.
2. Ley para el Control de Animales Peligrosos
3. Ley de Incentivo para el Desarrollo de Proyectos de Energía Renovable.
4. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.
5. Ley de Idiomas Nacionales.
6. Ley de Anuncios en Vías Urbanas, Vías Extraurbanas y Similares.
7. Ley que Declara el Día del Árbol y que Fomenta las Campañas Nacionales de Reforestación a Nivel Estudiantil.
8. Ley de Protección al Consumidor y Usuario.
9. Ley de Organizaciones no Gubernamentales para el Desarrollo.



AÑO 2004

1. Ley de Caza
2. Ley de Adjudicación de Bienes Inmuebles Ubicados en Proyectos Ejecutados por el Extinto Banco Nacional de la Vivienda -BANVI- en Favor de Familias en Situación de Pobreza y Extrema Pobreza.
3. Ley de Adjudicación de Bienes Inmuebles Ubicados en Proyectos Ejecutados por el Extinto Banco Nacional de la Vivienda -BANVI- en Favor de Familias en Situación de Pobreza y Extrema Pobreza.
4. Ley del Impuesto sobre la Distribución de Bebidas alcohólicas Destiladas, Cervezas y otras Bebidas Fermentadas
5. Disposiciones Complementarias que Regulan la Ejecución del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 2004
6. Ley del Impuesto Extraordinario y Temporal de Apoyo a los Acuerdos de Paz
7. Ley de Traslado de la Aldea El Porvenir del Municipio de San Lucas Tolimán, del Departamento de Sololá
8. Ley de Emergencia Para la Defensa, la Restauración y la Conservación del Parque Nacional "Laguna del Tigre"
9. Ley que Conmemora el 25 de febrero de Cada Año, como el Día Nacional de la Dignidad de las Víctimas del Conflicto Armado Interno

AÑO 2005

1. Ley del Registro Nacional de las Personas.
2. Ley Para la Ejecución del Proyecto Vial Denominado Anillo Metropolitano.
3. Ley Para la Ejecución del Proyecto Vial Denominado Franja Transversal del Norte.
4. Ley de Acceso Universal y Equitativo de Servicios de Planificación Familiar y su Integración en el Programa Nacional de Salud Reproductiva.
5. Ley del Programa de Aporte Económico del Adulto Mayor.



6. Ley del Sistema Nacional de Calidad.
7. Ley de la Dirección de Inteligencia Civil
8. Ley para la Restauración y Preservación de la Iglesia Parroquial de Santa Cruz Verapaz, del Municipio de Santa Cruz Verapaz, Departamento de Alta Verapaz.
9. Ley Para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo.
10. Ley Marco de los Acuerdos de Paz
11. Ley del Registro de Información Catastral.
12. Ley que Conmemora el Día 13 de marzo de Cada Año como el Día Nacional de la No Violencia Contra la Niñez.
13. Ley del Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional.
14. Ley de Garantía a la Imparcialidad de Comisiones de Postulación
15. Ley de Protección y Conservación del Patrimonio Cultural y Natural de la Ciudad de la Antigua Guatemala y su zona de Influencia
16. Ley que declara como Área Protegida el Monumento Natural "Semuc-Champey"
17. Ley que Declara Área Protegida el Refugio de Vida Silvestre "Punta de Manabique"
18. Ley del Timbre Médico Veterinario y Zootecnista
19. Ley que Declara el Área Protegida "Área de Uso Múltiple, Río Sarstún"

AÑO 2006

1. Ley del Régimen Penitenciario.
2. Ley Temporal y Especial de Reposición de Cédulas de Vecindad del Municipio de Retalhuleu
3. Ley Orgánica del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala
4. Ley del día nacional de los pueblos indígenas de Guatemala
5. Ley Contra la Delincuencia Organizada.
6. Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria.



7. Ley Temporal Especial para la Documentación de Personas.
8. Ley para Combatir el Crimen Organizado y la Delincuencia Común.

AÑO 2007

1. Ley de Educación Especial para las Personas con Capacidades Especiales.
2. Ley de Garantías Mobiliarias.
3. Ley del Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala.
4. Ley de Adjudicación, Venta o Usufructo de Bienes Inmuebles Propiedad del Estado de Guatemala o de sus Entidades Autónomas, Descentralizadas y de las Municipalidades con Fines Habitacionales para Familias Carentes de Vivienda.
5. Ley del Fondo de Cooperación a la Fruticultura Decidua Nacional
6. Ley General que Regula el Uso de Esteroides y Otras Sustancias Peligrosas.
7. Ley de Registro de Terminales Telefónicas Móviles Robadas o Hurtadas.
8. Ley de Regulación del Ejercicio de Enfermería
9. Ley que Regula las Funciones y Atribuciones de la Comisión Liquidadora del Fondo de Inversión Social (FIS).

AÑO 2008

1. Ley de Creación de los Ambientes Libres de Humo de Tabaco
2. Ley del Impuesto de Solidaridad
3. Ley del Fondo para el Desarrollo Económico de la Nación.
4. Ley de Frecuencia Televisiva, Canales 9 y 4 Televisión Legislativa, Canales 5 y 12 de Televisión Maya.
5. Ley de Apoyo al Programa Bendición para Todos.
6. Aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
7. Ley de Acceso a la Información Pública.



8. Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas
9. Día Nacional de la Juventud
10. Ley de Creación del Parque Regional y Área Natural Recreativa el Zoológico y sus Contornos, del Parque Minerva.
11. Ley Reguladora de Procedimiento de Extradición.
12. Ley de Incremento Económico a las Jubilaciones de los Beneficiarios de las Clases Pasivas del Estado
13. Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer.
14. Ley Marco del Sistema Nacional de Seguridad.
15. Ley de Aprobación de la Política Nacional en Discapacidad y Plan de Acción.
16. Ley Reguladora de la Conmutación de la Pena para los Condenados a Muerte

AÑO 2009

1. Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo
2. Ley de Comisiones de Postulación
3. Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal
4. Ley de Armas y Municiones
5. Ley que Prohíbe el Uso, Comercialización y Producción de Plaguicidas que contengan el Ingrediente Activo Metamidofos "METHAMIDOPHOS"
6. Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

AÑO 2010

1. Ley de Extinción de Dominio
2. Ley que regula los Servicios de Seguridad Privada.
3. Ley del Programa de Incentivos Forestales para Poseedores de Pequeñas Extensiones de Tierra de Vocación Forestal o Agroforestal -PINPEP-.
4. Ley que Promueve el Turismo Interno.



5. Ley de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
6. Ley de Educación Ambiental
7. Ley para la Maternidad Saludable.
8. Ley de Alianzas para El Desarrollo de Infraestructura Económica
9. Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth
10. Ley de Actividad Aseguradora
11. Ley para El Fortalecimiento y Mejoramiento del Transporte Público de Pasajeros
12. Ley Temporal Especial para la Reposición de Inscripciones Registrales.
13. Ley que Dispone Exonerar de todo Impuesto que Recaiga Sobre la Importación e Internación de Equipos y Suministros en Favor de los Clubes Rotarios de Guatemala.
14. Ley del Registro de Productos Agroquímicos

AÑO 2011

1. Ley para Combatir la Producción y Comercialización de Medicamentos Falsificados, Productos Farmacéuticos Falsificados, Medicamentos Adulterados, Dispositivos Médicos y Material Médico Quirúrgico Falsificado.
2. Ley Reguladora de las Notificaciones por Medios Electrónicos en el Organismo Judicial.
3. Decreto 5-2011 emitido por el Congreso de la República el 5 de abril de 2011, Reformas al Decreto número 135-96, del Congreso de la República, Ley de Atención a las Personas con Discapacidad.
4. Decreto 4-2011 emitido por el Congreso de la República el 5 de abril de 2011, Reformas al Decreto Número 63-94 del Congreso de la República, Ley Orgánica del Organismo Legislativo.



AÑO 2012

1. Ley de Declaración del Popol Vuh Como Patrimonio Nacional de la Nación
2. Ley Contra la Corrupción
3. Ley de Ampliación de la vigencia del Decreto 46-2002 del Congreso de la República
4. Ley de la Dirección General de Investigación Criminal
5. Ley de Actualización Tributaria
6. Ley de Vivienda
7. DECRETO: 003-2012Aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
8. Ley Orgánica del Consejo Económico y Social de Guatemala.

AÑO 2013

1. Ley Nacional de Aduanas
2. Ley de Equipos Terminales Móviles
3. Ley Marco Para Regular La Reducción De La Vulnerabilidad La Adaptación Obligatoria ante los Efectos Del Cambio Climático Y La Mitigación De Gases De Efecto Invernadero
4. Ley de Regularización Tributaria

AÑO 2014

1. Ley del Área Protegida Reserva Hídrica y Forestal Sierra Caral
2. Ley para la Protección y Obtenciones Vegetales
3. Ley de Control de las Telecomunicaciones Móviles en Centros de Privación de Libertad y Fortalecimiento de la Infraestructura para Transmisión de Datos
4. Ley para la Circulación por Carreteras Libre de Cualquier Tipo de Obstáculos.



AÑO 2015

1. Ley de Tarjeta de Crédito.
2. Ley de Fomento al Establecimiento, Recuperación, Restauración, Manejo, Producción y Protección de Bosques en Guatemala -PROBOSQUE-

AÑO 2016

1. Ley del Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales
2. Ley de Implementación del Control Telemático en el Proceso Penal
3. Código de Migración
4. Ley para el Fortalecimiento de la Seguridad Vial.
5. Ley para el fortalecimiento de la transparencia fiscal y la gobernanza de la Superintendencia de Administración Tributaria.
6. Ley de Servicio Civil del Organismo Legislativo
7. Ley de la Carrera Judicial
8. Ley del día del profesional del Trabajo Social.
9. Ley de Entidades de Microfinanzas y de Entes de Microfinanzas sin Fines de Lucro.
10. Ley para la Viabilización de la ejecución presupuestaria y sustitución de fuentes de financiamiento al presupuesto general de ingresos y egresos del Estado para el ejercicio fiscal 2016
11. Ley para exonerar del Impuesto al Valor Agregado -IVA- y Derechos Arancelarios a las Importaciones de Bienes, Suministros, de los Estados Unidos de América (USDA).
12. Ley Orgánica del Instituto para la asistencia y atención a la víctima del delito.
13. Ley que declara área protegida el área de usos múltiples Hawaii.
14. Ley de Incremento Económico a las Pensiones Otorgadas por el Régimen de Clases Pasivas Civiles del Estado

15. Ley para la Subvención Educativa en áreas Marginales y Rurales a través de la Fundación Educativa Fe y Alegría



AÑO 2017

1. Ley del Banco de Datos Genéticos para uso Forense.
2. Ley de Alimentación Escolar.
3. Ley de Protección y Bienestar Animal

AÑO 2018

1. Ley de Avisos Electrónicos.
2. Ley de Fortalecimiento al Emprendimiento.
3. Ley para la Agilización de la Ejecución del Libramiento del Tramo Carretero en los Municipios del Departamento de Chimaltenango
4. Decreto 17-2018. Aprueba el Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, 1972.
5. Ley que Declara el ocho de marzo, Día Nacional de las Víctimas de la Tragedia Ocurrida en el Hogar Seguro Virgen de la Asunción y Aprueba Pensión Vitalicia a las Niñas y Adolescentes Sobrevivientes.
6. Ley del Día Nacional de la Amistad entre la República de Guatemala y el Estado de Israel.
7. Ley del Día Nacional del Autismo.
8. Ley de los Contratos de Factoraje y de Descuento

Como vemos acá se han creado un promedio de más de 400 leyes, a partir de la creación de la actual Constitución Política de la República de Guatemala; sin embargo, aún no se han emitido algunas leyes que son muy importantes para el desarrollo de instituciones del derecho y que, por supuesto, coadyuvarían al

desarrollo integral no solo de la persona, además de las mismas instituciones creadas y reconocidas por la propia constitución y las demás leyes ordinarias.

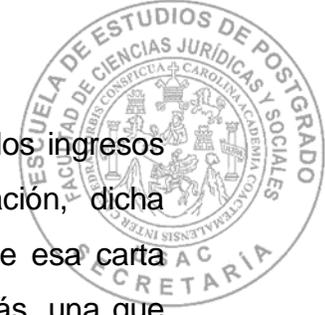


Por otro lado, se ha realizado una reforma a la constitución en el año 1993, luego propuestas posteriores como: la del grupo Pro reforma en el año 2008; la propuesta del Consorcio presentado por la universidades Rafael Landívar y San Carlos de Guatemala e instituciones como ASIES en el año 2010; luego se propuso en el gobierno del Exmilitar Otto Pérez Molina, una nueva modificación la cual no se llevó a cabo y la última reforma que se intentó y que aun suena en los pasillos del Congreso de la Republica, que es la identificada con el número 5179, la cual fue propuesta por la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala CICIG, El Ministerio Público, la Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas y el Programa de Naciones Unidas, así como los 3 representantes de los poderes del Estado.

En esta última propuesta de reforma, se incluyen principios de la carrera judicial, así como el ingreso y la estabilidad del cargo. Además del ingreso, evaluación y mecanismos de exclusión de jueces y magistrados, la reforma de la ley Orgánica del Ministerio Público, la reforma de la Ley del Organismo Judicial y temas como el Pluralismo Jurídico; sin embargo, aún no se tuvo la anuencia de los 105 votos necesarios, solo se llegó a 77 votos a favor y 43 en contra.

Además, en este tema es importante mencionar que, a partir del año 1992, se presentaron algunas otras iniciativas para reformar algunos artículos de la Constitución, sin que muchas de estas tuvieran éxito, por lo que citaré solamente un resumen de estas previo a pasar al siguiente punto de esta tesis doctoral, porque las que cité anteriormente a mi juicio son algunas de las más importantes:

En el año 1992: iniciativa de ley que reforma los artículos 161 y 165 de la Constitución Política de la República de Guatemala, relacionada con las prerrogativas de los Diputados. En el año 1997, se presenta una iniciativa que



pretende que se asigne el uno por ciento del presupuesto general de los ingresos ordinarios del Estado para erradicar el analfabetismo de la población, dicha asignación se deduciría del porcentaje establecido en el artículo 91 de esa carta fundamental. Además, en el año 1997 se introducen, dos iniciativas más, una que introduce 11 reformas a la propia Constitución correspondientes a los acuerdos de paz; sin embargo, el dictamen fue desfavorable y remitido al archivo legislativo. La segunda una iniciativa que aprueba reformas a la Constitución en la que se pretendía proponer la elección de fiscal general con el voto de la mayoría calificada, propuesto por la Comisión de Derechos Humanos, pero esta fue enviada al archivo legislativo. En el año 1998, se intentan algunas reformas a los artículos 100 que se refiere a la seguridad social, al 130 que es la prohibición de monopolios al 132 que se refiere a la moneda al 133 que es la junta monetaria, al 138 que es la limitación a los derechos constitucionales, al 168 que es la asistencia de funcionarios al congreso, las literales a) y c) del artículo 186 y que dichas prohibiciones están precisamente en el artículo 281 (artículo no reformable), pero esta fue archivada al igual que las anteriores por atentar contra el texto constitucional.

Nuevamente en el año 1998, se intentó con otra iniciativa reformar 8 artículos de la carta fundamental, entre estos los artículos 88, 94, 110, 135, 166, 167, 182 y 251 por algunos artículos nuevos y transitorios. En el año 2005 se presenta la iniciativa para aprobar la ley rectora del procedimiento de consulta popular estipulada en la constitución y posteriormente fue archivada de conformidad con el artículo 45 de la ley orgánica del organismo legislativo. En el año 2007, se presentó una iniciativa que pretendía limitar a 80 el número de diputados, reformando el artículo 157, pero esta fue archivada. En el año 2009, se propuso una iniciativa que disponía aprobar la reforma de la Constitución y que modificaría los artículos 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163 y 164; sin embargo, esta se envió al archivo legislativo.

Finalmente, en el tema de las iniciativas que se han presentado para querer reformar la Constitución Política de la República de Guatemala, no han tenido éxito, porque estas han respondido a intereses partidistas del gobierno de turno, sin

embargo veremos que hacen falta algunas leyes dentro del ordenamiento infra constitucional que hacen falta puedan nacer a la vida jurídica y con esto poder avanzar progresivamente en materia constitucional.



4.2. Iniciativas de ley pendientes de aprobación en el Congreso de la República de Guatemala, que permitirían dar un paso importante en la consolidación de la Corriente de pensamiento jurídico llamada neoconstitucionalismo

En diferentes materias o esferas del derecho, resultan necesarias alguna leyes y establecer cuáles son las más importantes para el desarrollo no solo del derecho constitucional, sino de la corriente de pensamiento neoconstitucionalista que podría desarrollarse paso a paso en la parte infra constitucional, para esto es necesario recordar que el génesis de las constituciones que nacen de la segunda postguerra son precisamente esas más materializadas, con amplios catálogos de derechos fundamentales, precisamente como nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, que a pesar de esto le hacen falta algunas leyes ordinarias que permitirán el desarrollo de aquellas grandes instituciones constitucionales que se han quedado como derechos en papel para resguardar la dignidad intangible de las personas, que son precisamente la piedra angular de todo nuestro ordenamiento jurídico.

En virtud de lo anterior se citaran algunas iniciativas que se quedaron como tal en el Congreso de la República de Guatemala, que a pesar de la gran importancia que estas representan, a algunos grupos con intereses posiblemente políticos, económicos e ideológicos no les conviene que finalicen el proceso de creación y nazcan a la vida jurídica del Estado, entre estas tenemos las siguientes:

En materia de Niñez y Adolescencia tenemos pendientes las iniciativas: Iniciativa: 5205. Iniciativa que dispone aprobar Ley de Educación Sexual Integral en la Niñez y Adolescencia. Iniciativa: 5285 Iniciativa que dispone aprobar Ley del



Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Iniciativa: 5511. Iniciativa que dispone aprobar Ley Marco para la Protección Integral a la Niña víctima de violencia sexual y la Iniciativa: 5537 Iniciativa que dispone aprobar Ley de Protección a la Niñez y Adolescencia que sean Traslados fuera de las Fronteras del País sin la Documentación Legal Migratoria. Entre otras. Estas iniciativas son muy importantes en esta materia por la protección integral que el mismo Estado le debe brindar a la niñez y adolescencia en virtud de que es una de las poblaciones más vulnerables en el país.

En materia de Salud tenemos pendientes algunas leyes que en este momento son iniciativas, tales como: Iniciativa: 5354. Iniciativa que dispone aprobar Ley para la Prevención de la Tuberculosis en Guatemala y su Control. Iniciativa: 5455. Iniciativa que dispone aprobar Ley de Fomento y Protección de la Salud Obstétrica. Iniciativa: 5461. Iniciativa que dispone aprobar Ley de Control del Tabaco y sus Productos. Iniciativa: 5479. Iniciativa que dispone aprobar Ley de Solidaridad Alimentaria y Nutricional de Guatemala. Iniciativa: 5502. Iniciativa que dispone aprobar Ley de los Programas Sociales para Erradicar la Desnutrición Crónica. Iniciativa: 5504. Iniciativa que dispone aprobar Ley de Promoción de Alimentación Saludable. Iniciativa: 5513. Iniciativa que dispone aprobar Ley para la Prevención y Atención Integral del Cáncer de Mama y Cáncer Cérvicouterino. A parte de las posibles iniciativas con las que se pudieran crear en todo el sistema nacional de salud nuevos hospitales por especialidad, para brindar una salud integral a toda la población.

En materia de Educación tenemos algunas entre estas: Iniciativa: 5476. Iniciativa que dispone aprobar Ley sobre la Inclusión en el Pensum de Estudios de la Educación en Derechos Humanos al Nivel de los Ciclos Escolares que Comprenden la Primaria y Secundaria. Y la iniciativa: 5289. Iniciativa que dispone aprobar Ley para la Implementación de Relaciones y Convivencia Pacífica en los Centros Educativos. Con estas dos iniciativas sin duda alguna mejoraríamos la educación integral de los niños y adolescentes a nivel nacional.



En materia Laboral tenemos algunas iniciativas muy importantes no solo para el trabajador, además para el patrono, entre estas tenemos: Iniciativa: 5529. Iniciativa que dispone aprobar Ley para el Fomento de Trabajo, Empleo y Emprendimiento para personas con Discapacidad. Iniciativa: 5477. Iniciativa que dispone aprobar Ley Reguladora del Convenio Internacional 175 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el Trabajo a Tiempo Parcial. Iniciativa: 5301. Iniciativa que dispone aprobar Ley de Protección Laboral de la Madre en Gestación.

En materia laboral tenemos, las siguientes iniciativas que realmente beneficiarían a nivel nacional a tener una mejor calidad de vida para todos los ciudadanos, entre estas: Iniciativa: 5539. Iniciativa que dispone aprobar Ley del Sistema Integral para la Gestión y Manejo de los Residuos y Desechos Sólidos. Iniciativa: 5526. Iniciativa que dispone aprobar Ley de Incentivos a la Importación de Automóviles de Energía no Convencional. Iniciativa: 5459. Iniciativa que dispone aprobar Ley de Regularización y Control de las Áreas de Reserva Bajo Dominio del Estado. Iniciativa: 5386. Iniciativa que dispone aprobar Ley para la Descontaminación y Desarrollo Sostenible de los Recursos Hídricos del País.

Finalmente, en materia civil hay un promedio de 898 iniciativas, que seguramente tampoco podrán ser aprobadas por un sinnúmero de factores e intereses que tiene cada grupo de diputados que conforman normalmente el Congreso de la República de Guatemala; sin embargo, son necesarias, además de otras materias como la esfera del derecho penal y procesal penal, en materia tributaria o en el caso del propio derecho constitucional.

4.3. Razones por las que no se ha logrado consolidar el neoconstitucionalismo en el ordenamiento infra constitucional de Guatemala



Dentro de las razones por las que no se ha podido consolidar el neoconstitucionalismo como corriente de pensamiento y como el desarrollo del propio constitucionalismo a pesar de que existe una gran influencia inmersa en nuestra propia Constitución Política de la República de Guatemala, pero que aún no se ha consolidado completamente, esto en virtud que no se ha cumplido con el desarrollo de alguna leyes mencionadas anteriormente y que debieron promulgarse posterior a la promulgación de la carta fundamental y es por esta razón que no se ha podido consolidar esta corriente de pensamiento que se presenta fuertemente a finales del siglo XX en el ámbito del derecho internacional y que sin duda alguna permitió esa influencia internacional de esta corriente, que se creara una constitución muy materializada con un amplio catálogo de derechos fundamentales, así como el mecanismo de reconocimiento e ingreso al ordenamiento jurídico constitucional de pactos, convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Además, debemos recordar que precisamente en la esencia de la Constitución Guatemalteca de 1985, se desarrolla dentro de muchos principios el *principio de progresividad* el cual está íntimamente relacionado con los derechos humanos y derechos fundamentales, tiene una naturaleza social muy fuerte especialmente, porque las conquistas que ha realizado el ser humano en la lucha por sus derechos, los mismo no deben disminuir, sino al contrario deben aumentar y progresar, además va de la mano del principio *propersona*, porque tiene un carácter humano que posee nuestro texto constitucional, desde el preámbulo de la constitución que establece que la persona humana es el centro del tejido social, es la base de toda sociedad.

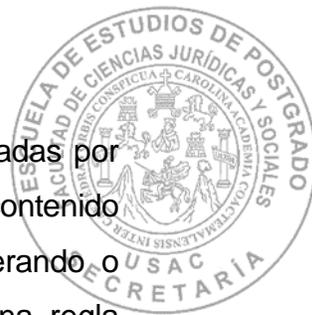


4.4. Afianzamiento de la corriente neocostitucionalista desde las resoluciones que emite la Corte de Constitucionalidad

Dentro de esta corriente es importante ir viendo como algunos fallos que emite la Corte de Constitucionalidad le han ido abriendo brecha a esta corriente, primero, porque se utilizan principios que van más allá del propio constitucionalismo, entre estos el principio pro persona, el principio de ponderación, el efecto irradiador de los derechos fundamentales así como otros principios y formas nueva de utilizar la hermenéutica, que en diferentes temas has ayudado al desarrollo de la persona humana, en temas de salud, medicamentos, atención integral, o en casos civiles y políticos. Ahora es importante establecer como los fallos de la corte de constitucionalidad se han considerado en algunos casos como atípicos, precisamente por el uso de estos principios, por lo que estas sentencias emanadas por los tribunales constitucionales difieren los fallos puramente estimatorios o desestimatorios propios de los órganos jurisdiccionales, y no se han apegado al derecho positivo como tal desde mi particular punto de vista.

Por otro lado, también es importante decir que estos tribunales constitucionales no han tenido las herramientas necesarias ni la legislación ordinaria para poder resolver, en algunos momentos muy puntuales, casos con distintas aristas y, por lo tanto, la normativa vigente ha resultado digamos que insuficiente o no ha llenado los espacios jurídicos necesarios para que el juzgador pueda resolver algunos conflictos complejos que llevan inmersas soluciones constitucionales, por lo que se van resolviendo de la manera que ellos en ese momento consideren pertinente y aunque sea de manera subjetiva en muchos casos como lo iremos viendo en este apartado del trabajo de Tesis.

Al respecto, dentro de algunos autores en otros países latinoamericanos resuelven casi de la misma forma que la Corte Guatemalteca, al respecto Chacín Fuenmayor nos habla acerca de la legitimidad de las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales:



Las sentencias constitucionales atípicas constituyen aquellas dictadas por los tribunales constitucionales o quienes hacen sus veces, cuyo contenido va más allá de la dicotomía inconstitucionalidad-nulidad, generando o modificando normas, ya que alteran, modifican o establecen una regla nueva con efectos generales. La investigación tiene como objetivo principal analizar los aspectos señalados de las sentencias atípicas, empleando para ello la indagación documental sobre textos doctrinarios y, referencialmente, normativos y jurisprudenciales; haciendo énfasis en la doctrina española y venezolana, es decir en el contexto jurídico del derecho continental...las sentencias...(pueden ser)...atípicas, intermedias, interpretativas, mutativas, o aditivas...por lo que aportan una regulación nueva...distinta a la prevista por el legislador con efectos generales que implican una función legislativa. (Chacín Fuenmayor, 2008, págs. 65-66)

Y para finalizar este punto cito al profesor Fuenmayor, que no dice al respecto:

El problema estriba cuando el tribunal constitucional rebasa lo convencional y dicta sentencias que han permitido al legislador convertirse de legislador negativo a positivo o legislador a secas y ejercer un poder exorbitante, porque no solo dicta sentencias con fuerza de ley, lo cual puede ser razonable cuando actúa como legislador negativo, sino que dicta leyes, es decir cuando dicta las sentencias no tradicionales calificadas por la doctrina como intermedias, manipulativas. (Chacín Fuenmayor, 2008, pág. 68)

En cuanto a lo que se denomina sentencia atípica, se refiere específicamente a todas aquellas sentencias que el tribunal constitucional resuelve convirtiéndose, según la doctrina, en un legislador positivo. Lo anterior, algunos Estados lo han solucionado solamente con una solución llamada intermedia, esto por el mismo temor de poder crear más problemas y, sin embargo, las sentencias intermedias por excelencia siempre se van a dar dentro de las leyes vigentes; no obstante, estas

sentencias al resolverlas pueden producir nuevos preceptos legales, pero se da la exclusión de otras interpretaciones con lo cual se relaciona una ineficiencia en el mismo Estado, porque muchos de estos no tienen la facultad de modificar las leyes de carácter general y, por lo tanto, se les da la legitimidad a estas sentencias aunque estas sean consideradas como atípicas dentro de la doctrina, aunque como vimos antes en este trabajo doctoral, esto se ha hecho así, porque no se han emitido algunas leyes que están pendientes dentro del ordenamiento infra constitucional y a la Corte de Constitucionalidad no le queda otra manera de resolver utilizando principios como la ponderación, el principio pro persona, utilizando nuevos métodos de interpretación, entre otros.

Chacín Fuenmayor cita al respecto:

Claro está esta legitimidad del tribunal constitucional y no consideramos que sea absoluta y generalizada, creemos que responderá también por su rectitud en no irrespeter la supremacía constitucional, como sería el caso de la producción de sentencias impredecibles, que violen la norma, es decir, la constitución, sus principios y reglas, en no excederse en el ejercicio de esa función, que sería el observar una evidente violación a la separación de poderes, enraizado en la cultura jurídica, tanto en el foro jurídico como en el ciudadano común. (Chacín Fuenmayor, 2008, pág. 70)

Al respecto, sobre los tipos de sentencias constitucionales atípicas Aja y González, las clasifican en dos tipos principales de sentencias atípicas, siendo estas:

- Unilaterales
- Bilaterales.

Las sentencias unilaterales resuelven la inconstitucionalidad e incorporan a la ley algún elemento normativo realizado de manera directa por el tribunal





constitucional y los autores citan dentro de estas sentencias unilaterales tres clasificaciones a saber:

- Sentencias interpretativas
- Las que contienen una declaración de inconstitucionalidad parcial cuantitativa
- Las que contienen una declaración de inconstitucionalidad parcial cualitativa.

En el caso de las sentencias enumeradas anteriormente, el autor precitado señala:

Sentencias interpretativas: son las que establecen una interpretación concreta diferente a la literalidad del precepto legal y por lo tanto una nueva norma, más amplia o más restrictiva que la creada por el legislador [...] sentencias que contienen una declaración de inconstitucionalidad parcial cuantitativa: se refieren a todas aquellas decisiones de los tribunales constitucionales que solo anulan una palabra o una frase del conjunto normativo impugnado [...] sentencias que contienen una declaración de inconstitucionalidad parcial cualitativa: refieren a aquellas sentencias que sin suprimir el precepto excluyen una norma contenida en el mismo, en la medida que su sentido resulta contrario a la constitución. Estas sentencias surgen de interpretaciones guiadas por el objetivo de depurar el precepto o norma de posibles sentidos. (Chacín Fuenmayor, 2008, págs. 71-72)

Finalmente, la Constitución Política de la República de Guatemala adopta un sistema de división de poderes atenuado por la existencia de una mutua coordinación y de controles entre los diversos órganos, que al desempeñar las funciones estatales, se limitan y frenan recíprocamente, en los sistemas constitucionales modernos la división de poderes no implica una absoluta separación, sino una recíproca colaboración y fiscalización entre tales órganos con el

objeto de que los actos producidos por el Estado se enmarquen dentro de una unidad jurídico constitucional.



Además, en el artículo 152 del mismo cuerpo normativo se establece que el poder público proviene del pueblo y su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por la misma constitución, además que ninguna persona, o sector del pueblo puede arrogarse su ejercicio. Esto, porque, el ejercicio del poder está sujeto a las limitaciones establecidas en la propia constitución.

En ese sentido, la función esencial de la Corte de Constitucionalidad establecida en el artículo 268 nos dice que la referida corte es un tribunal permanente de jurisdicción privativa cuya función esencial es la defensa del orden constitucional y que actúa de manera independiente de los demás organismos del Estado, esto, porque la constitución es vista como fuente unitaria del derecho de una nación; es decir, es la génesis del ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, la corte debe dar la tutela efectiva de los derechos a las personas, teniendo dentro de sus funciones la de interpretar el texto supremo y sin desviar la interpretación hacia ningún sector de la sociedad, además haciendo prevalecer en todo momento el contenido teleológico, finalista y objetivo del texto constitucional; y que, cuando concurre un vicio de inconstitucionalidad en algún acto legislativo que no se previó o ha existido una exclusión arbitraria o discriminatoria debe actuar de manera urgente para defender el orden constitucional.

Tomando el sentido anterior, la misma corte ha resuelto lo siguiente:

La corte de constitucionalidad no es un poder político, y de ahí que no le sea permitido sustituir al Congreso de la República en la oportunidad de emisión de una ley, sino que la labor de la corte debe circunscribirse a determinar si la ley objetada de inconstitucionalidad violenta o no el texto constitucional. Para realizar esta labor debe tener presente que este



tribunal, en su desarrollo jurisprudencial ha precisado que el análisis para establecer la compatibilidad entre un precepto constitucional y otro de inferior jerarquía debe ser eminentemente jurídico, sin sustituir el criterio del legislador sobre la oportunidad y conveniencia de las decisiones tomadas por él, no solo porque la función del tribunal constitucional es la de interprete y no de legislador, sino porque el Organismo Legislativo, como representante directo de la voluntad popular, dispone de distintas alternativas al momento de legislar, siempre dentro del marco fijado por la constitución. De ahí que debe declararse la inconstitucionalidad de un precepto legal cuando sea evidente su contradicción con la constitución y existan razones sólidas para hacerlo; en contrario, cuando dichas razones no concurren se debe respetar la decisión del legislador ordinario en observancia de los principios democráticos, de conservación de los actos políticos e *indubio pro legislatoris*. (Gaceta número 69 expediente número 825-00, 1305-00 y 1342-00, página número 46, sentencia de fecha 13/08/2003).

Esto nos indica, por otro lado, que, si bien se utiliza esta corriente de pensamiento denominada en el ámbito internacional como neocosntitucionalismo, nuestra Corte ha ejercido muchas veces la función de un legislador positivo, porque no se cuenta como hemos visto, con las leyes necesarias para resolver no solo conflictos nuevos, además con la creación de nuevos derechos. Por otro lado, es necesario como explique antes poder utilizar principios como el de ponderación, proporcionalidad, principio propersona, en estos nuevos derechos, siempre bajo el efecto irradiación de los derechos fundamentales en beneficio de la persona humana.



4.5. Aporte de los convenios y tratados en materia de Derechos Humanos para la consolidación del neoconstitucionalismo

Como hemos visto antes, aun no se ha podido consolidar la corriente de pensamiento Neoconstitucionalista dentro del ordenamiento jurídico nacional infra constitucional, esto, porque hacen falta algunas leyes que resultan necesarias para el desenvolvimiento de las instituciones del derecho que se mencionan dentro de la propia Constitución Política de la República de Guatemala; sin embargo, veremos a continuación algunos convenios, tratados pactos y protocolos aprobados y ratificados por el Estado de Guatemala, pero que por falta de conocimiento y aplicación en materia de Derechos Humanos, en la mayoría de casos no solo de los jueces constitucionales, sino de los abogados litigantes y del sector justicia en general no se están aplicando; es decir, si hay un activismo judicial, pero en porcentaje menor a la cantidad de jueces que trabajan hoy en el sector justicia.

En ese sentido, se ha dado un gran desarrollo histórico en el desarrollo de los derechos humanos y una lucha sin cesar para lograr al menos el reconocimiento y respeto de la dignidad de la persona humana, por lo que Guatemala cuenta con un amplio e importante marco legal de protección de los derechos humanos; sin embargo, en el ámbito interno está costando mucho que se realicen estos cambios y que, en definitiva, son de carácter obligatorio, porque se está precisamente en un proceso de nacionalización de estos derechos humanos por la inclusión fuerte en el derecho interno, pero aún siguen violándose los derechos de los grupos vulnerables, los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, niñez, adolescencia y juventud, diversidad sexual, ambiente y recursos naturales, entre otros.

En ese sentido, los instrumentos internacionales que ya son parte del ordenamiento jurídico infra constitucional tenemos los siguientes:



a) Derechos humanos en general:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada en Derechos Humanos (Pacto de San José)
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte.

b) En materia de derechos de los Pueblos Indígenas:

- Convención internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial
- Declaración de las Naciones Unidas sobre de los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de Intolerancia.
- Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural.



c) Derechos de la Mujer:

- Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
- Declaración Interamericana sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”.

d) De protección a la Niñez y Adolescencia:

- Convención sobre los Derechos del Niño
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en conflictos armados.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de libertad.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing).
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).
- Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada Transnacional.
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de personas especialmente Mujeres y niños. (Protocolo de Palermo).



e) Derechos de las personas migrantes:

- Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
- Protocolo contra el tráfico ilícito de Migrantes por tierra Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

f) Derechos de las personas con discapacidad:

- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- Protocolo facultativo de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad.
- Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

g) Derechos de las personas mayores:

- Plan de Acción Internacional sobre el envejecimiento y actividades conexas.

h) Derechos de las personas de la diversidad sexual:

- Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación sexual y la Identidad de Género.
- Derechos contra la Tortura y tratos crueles e inhumanos:
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
- Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.



- Conjunto de principios para la protección de todas las formas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.
- Principios y buenas prácticas sobre protección de las personas privadas de libertad en las Américas.
- Protocolo de Estambul.

i) Protección contra la desaparición forzada:

- Declaración sobre la protección de todas las formas contra la Desapariciones Forzadas.
- Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra la desaparición forzada.
- Convención Interamericana sobre desaparición forzada de las personas.
- Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.

j) Derechos socio ambientales:

- Convenio sobre la diversidad biológica.
- Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos Genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización.

En virtud de lo anterior, si se logra en Guatemala, que se creen aquellas leyes ordinarias pendientes y que todo lo relacionado a los Convenios, Tratados, Pactos y Protocolos se apliquen de manera integral estaríamos frente a la consolidación de la corriente de pensamiento llamada neoconstitucionalismo en su máxima expresión, de lo contrario aún no se ha consolidado en el ordenamiento jurídico Guatemalteco, síntesis argumentativa con la que se estaría comprobando la segunda hipótesis del presente trabajo de investigación.



CONCLUSIONES



Para desarrollar el presente trabajo de tesis, denominado *El neoconstitucionalismo y su consolidación en el ordenamiento jurídico de Guatemala*, fue necesario establecer lo siguiente:

En primer lugar, se planteó la primera pregunta la cual consistía en investigar: *¿si dicha corriente de pensamiento jurídico tiene influencia en el ordenamiento jurídico guatemalteco?*, al respecto se logró establecer la hipótesis con la anterior pregunta, afirmando que efectivamente si tiene una gran influencia en el ordenamiento infra constitucional y en la propia Constitución Política de la República de Guatemala.

En segundo lugar, como resultado de la comprobación anterior se estableció en la investigación la segunda pregunta que consistía en: *¿se encuentra consolidado en el ordenamiento jurídico guatemalteco la influencia de la corriente de pensamiento llamada neoconstitucionalismo?*, Y de inmediato en la investigación se logró dar respuesta a una segunda hipótesis, en la que se afirmó que aún no se ha consolidado completamente en la parte infra constitucional, esto en virtud que no se ha cumplido con la promulgación de leyes que debieron crearse, según ordena la Constitución Política de la República de Guatemala. Es por esta razón, que no se ha podido consolidar esta corriente de pensamiento que se presenta fuertemente a finales del siglo XX en el ámbito del derecho internacional y que sin duda alguna permitió que la Asamblea Nacional Constituyente de 1985, creara una constitución muy materializada, con un contenido iusnaturalista impresionante, con un amplio catálogo de derechos fundamentales, en donde es posible utilizar principios como la ponderación, el principio *propersona*, el efecto irradiación de los derechos fundamentales, con nuevos métodos de interpretación, entre otros, así como mecanismos de

reconocimiento e ingreso al ordenamiento jurídico constitucional de Pactos,
Convenios y Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.



Finalmente, se puede concluir este trabajo de Tesis dando una solución a la segunda hipótesis, la cual considero que, para que se logre consolidar esta corriente de pensamiento jurídico en el ordenamiento jurídico infra constitucional de Guatemala es de imperativa necesidad que se cumpla con emitirse las leyes que resultan necesarias para el desarrollo integral no solo de la propia Constitución Política de la República de Guatemala, sino de la persona humana y de la propia organización del Estado constitucional de derecho.

REFERENCIAS



Alcalá, C. C. (1994). *Teoría de la constitución*. Caracas, Venezuela: Universidad Nacional de Andrés Bello.

Alexy, R.(1993). *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

De Aquino, T. (1987). *La monarquía*. Madrid: Tecnos y Altaya.

Bellamy, R. (2010) *Constitucionalismo político, una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*.Madrid, España: Marcial Pons.

Bilbao Ubillos, Juan Maria.(1994). *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. (Tesis doctoral). Valladolid, España.

Bodenheimer, E. (1942). *Teoría del derecho*. Guatemala: Editorial Fénix.

Burgoa, I.(1985). *Derecho constitucional mexicano*. Editorial Porrúa, S.A..

Carbonell, Miguel & Ferrer Mac-Gregor. (2014). *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*. Editorial Flores. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

Carbonell, Miguel (2009). *Neoconstitucionalismos*. Editorial Trotta. Madrid.



Carbonell, Miguel. (2007) *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Madrid.

Chacín, R. (2008) *La legitimidad de las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales*. Revista de Ciencias Jurídicas de la universidad de Rafael Urdaneta.

Comisión Internacional de Derechos Humanos, C. I. (2017). *Informe de Situación de Derechos Humanos*, Guatemala. Organización de Estados Americanos.

Comanducci, P. (2013) *Positivism Jurídico y Neoconstitucionalismo*. Editorial Fontamara. México.

Cossio, C. (2012) *Acerca del Control Difuso*. Buenos Aires, Argentina.

Cruz, P. (1989). *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. REDC, núm 25.

De Ockan, G (2008). *Sobre el gobierno tiránico del papa*. Editorial Tecnos, Madrid, España.

Flores, J. F. (2009). *Constitución y Justicia constitucional, Apuntamientos Guatemala*. Editorial: Talleres gráficos de impresos.

García, J. *Breve Historia Constitucional de Guatemala*. Editorial Universitaria. Universidad de San Carlos de Guatemala.

García, E. (1977). *Introducción al Estudio del Derecho*. Argentina: Editorial Porrúa, S.A.



Gregorio, B. (1997). *Instituciones de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, Argentina : Ad-hoc.

Guastini, R. (2008). *La Interpretación Constitucional como problema*. Madrid, España: Editorial Trotta, S.A.

Gutierrez, A. (2017). *El Neoconstitucionalismo como Paradigma Epistemológico*. (Tesis Doctoral). Escuela de Estudios de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala.

Guzmán, A. (2013) *La jurisprudencia de la corte de constitucionalidad en relación con la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos*. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar.

Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez sobre el derecho y el estado democrático de derecho*. Madrid, España: Trotta.

Hobbes, T. (1940). *Leviatán*. Westport, Inglaterra: Fondo de Cultura Económica.

Kelsen, H. (2013). *Teoría pura del derecho*. Guatemala: Editorial Estudiantil Fénix.

Madison, J. (1776). *El Federalista*. Virginia, Estados Unidos: El federalista, publicación XLVII.

Morales, S. (2006). *Introducción a los Derechos Humanos*. Guatemala.

Moto, E. (1983). *Elementos de Derecho*. Mexico: Porrúa S.A.

Pacheco, M. (1998). *El Concepto de los Derechos Fundamentales de la Persona Humana*. Costa Rica.



Portela, J. G. (2009). *Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo*. Buenos Aires, Argentina: Dikaion ISSN.

Pozzolo, Susana. (2011). *Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos*. Editorial Palestra. Lima.

Pozzolo, Susana. (2011). *Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico*. Editorial Palestra. Lima.

Pozzolo, Sussana. (2011). *Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos*. Ediciones Palestra. Lima.

Rendon, R. (2005) *El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Mexico.

Rousseau, J.-J.(2007). *El Contrato Social*. Salvador, San Salvador. Editorial Juridica Salvadoreña.

Sierra, J. A. (2000) *Derecho Constitucional Guatemalteco*. Guatemala: Piedra santa.

Solano, V. (2016). *El Neoconstitucionalismo, una Taxonomía latinoamericana*. Ecuador, Ius Humani, Revista de Derecho,

Toro, D. (1998). *La Interpretación Originalista de la Constitución*. Madrid, España: Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Valadés, D. (Coordinador). (2011). *Ideas e Instituciones Constitucionales en el Siglo XX*. Editorial Siglo XXI. Madrid.



Villegas, R. (2011) *Temas de Introducción al Derecho y de Teoría General del Derecho*. Guatemala: Universitaria.

Villegas, R. (2017). *Teoría de la Constitución*. Guatemala: ESGER. Ediciones y Servicios Graficos El Rosario.

Villoro, M. (1984). *Introducción al Estudio del Derecho*. Argentina: Porrúa, S.A.

Zagrebelsky, G. (1995) *Il diritto mite, legge diritti giustizia*. Traducción al castellano M.Gascón Abellán, Madrid, Editorial Trota.

Leyes

Constitución Política de la República de Guatemala.1985.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad

Ley del Organismo Judicial.