

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



**LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL ESTADO DE DERECHO.
PROBLEMAS ACTUALES**

M. Sc. WENDY ISABEL RODRÍGUEZ ALDANA

GUATEMALA, ABRIL DE 2021

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

**LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL ESTADO DE DERECHO.
PROBLEMAS ACTUALES**

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. WENDY ISABEL RODRÍGUEZ ALDANA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTORA EN DERECHO

Guatemala, abril de 2021

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

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN

DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN

DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
DIRECTOR: M. Sc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar
SECRETARIO: Dr. Saúl González Cabrera

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

Guatemala, 17 de julio del año 2019.

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

Estimado Doctor Cáceres Rodríguez:

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

Por medio de resolución RES. D.E.E.P. D. D. 107-2015 de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado de fecha dieciséis de septiembre de dos mil quince, se me asignó para su tutoría, la **Tesis de Doctorado en Derecho** de la Maestra **Wendy Isabel Rodríguez Aldana**, titulada **"LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL ESTADO DE DERECHO. PROBLEMAS ACTUALES"**.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis de Doctorado en Derecho de la Maestra **Wendy Isabel Rodríguez Aldana** y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:



DOCTOR ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Guatemala, 5 de febrero de 2021

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

Señor director:

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

**La seguridad jurídica y el Estado de derecho
Problemas actuales**

Esta tesis fue presentada por la **Mtra. Wendy Isabel Rodríguez Aldana**, 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 realizadas las correcciones indicadas, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

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



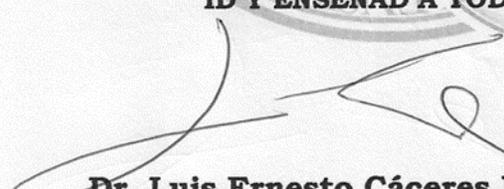
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 18 de febrero del dos mil veintiuno.-----

En vista de que la MSc. Wendy Isabel Rodríguez Aldana aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho** lo cual consta en el acta número 201-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL ESTADO DE DERECHO. PROBLEMAS ACTUALES”**. 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

- A DIOS:** Luz, esperanza, guía perpetua, amoroso padre protector que sostiene mi existir, a él sea el honor y la gloria.
- A MIS PADRES:** José de la Rosa Rodríguez y Emma Isabel Aldana, ángeles elegidos por Dios para guiar mi camino, mi meta es su triunfo, mi amor y agradecimiento para ellos.
- A MI HIJO:** José Manuel Rodríguez Aldana, pedacito de cielo anidado en mi alma, mi amor y agradecimiento por llenar mi vida y ser quien me motiva para ser mejor cada día, para que esta meta alcanzada sirva de inspiración.
- A MI COMPAÑERO DE VIDA:** JUAN CARLOS BARRERA SILVA, con amor.
- A MIS HERMANOS:** José Varonio, Carmen Aída y Vivian C. con amor.
- A MIS SOBRINOS:** José Alejandro, Andrea Isabel y Vivian Alejandra, con amor y que esta meta alcanzada sirva de inspiración.
- A MIS CATEDRÁTICOS** Dr. Jorge Mario Rodríguez Martínez, Dr. Aníbal González Dubón, mi agradecimiento y cariño por haber compartido sus conocimientos.
- Al Dr. Jorge Mario García Laguardia, Dr. Adolfo González Rodas y Dr. Ronaldo Porta España, hasta el cielo un saludo fraternal, mi agradecimiento eterno por el privilegio de sus enseñanzas.

A MI MAESTRO:

DR. RENÉ ARTURO VILLEGAS LARA, Maestro y amigo, no hay palabras para agradecer sus enseñanzas, aprecio y ejemplo a seguir, humildemente gracias MAESTRO.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

Mi profundo agradecimiento por tanto recibir y a quien espero honrar y servir.

A MIS COMPAÑEROS DE ESTUDIOS

Mi estima y agradecimiento por compartir.



Índice

Capítulo I	1
Seguridad jurídica: consideraciones generales.....	1
1.1. La necesidad básica de la seguridad.....	5
1.2. La seguridad en el Estado de derecho	16
1.3. Problemas de anomia en el derecho contemporáneo	22
1.4. Características conceptuales de la seguridad jurídica	24
1.5. Los problemas de la seguridad jurídica en la actualidad	34
1.6. La seguridad jurídica en Guatemala	40
Capítulo II	43
La seguridad jurídica: consideraciones axiológicas	43
2.1. Antecedentes históricos de la seguridad jurídica	44
2.2. La seguridad jurídica en el Estado moderno	49
2.3. La seguridad jurídica como valor	57
2.4. Problemas contemporáneos de la seguridad jurídica	64
2.5. La seguridad jurídica frente a otros valores	69
2.6. Axiología e historia	71
Capítulo III	77
La crisis de la seguridad jurídica.....	77
3.1. Seguridad jurídica, riesgo y libertad.....	80



3.2. Seguridad jurídica e ideología securitaria	83
3.3. La inseguridad constitucional	98
3.4. La carencia de derechos sociales	107
3.5. El carácter integral de la seguridad jurídica	109
Capítulo IV	115
La naturaleza de la seguridad jurídica en el mundo contemporáneo	115
4.1. La seguridad jurídica en la globalización actual	117
4.2. La economía mundial y la seguridad jurídica	122
4.3. La naturaleza plural de la seguridad jurídica	127
4.4. La seguridad humana	131
4.5. Los objetivos de desarrollo sostenible	133
Capítulo V	139
El fortalecimiento de la seguridad jurídica	139
5.1. La necesidad de una visión más amplia de la seguridad jurídica	141
5.2. Las dimensiones sociales de la vida constitucional	149
5.3. Renovación constitucional	153
5.4. Educación constitucional	156
5.5. Control constitucional internacional	159
5.6. El fortalecimiento del Estado	161
Conclusiones	167
Referencias	169



Introducción

La seguridad es una necesidad esencial del ser humano. Por su naturaleza racional, el hombre aspira a vivir en una comunidad que, en la medida de lo posible, no esté sujeta a continuas mudanzas y cambios, es decir, necesita estabilidad. Asimismo, necesita una sociedad que garantice la opción de que la vida de los individuos no estará sujeta a mudanzas arbitrarias debido a leyes ilegítimas. Una realidad social cambiante, en donde no se pueden asegurar ciertas condiciones básicas, impide que el ser humano pueda establecer sus proyectos de vida, según sus legítimos intereses y valores. Estos deben ser garantizados, de manera tal que hombres y mujeres puedan vivir con la convicción de que sus bienes y sus personas tienen una protección fundamental frente a la arbitrariedad.

A lo largo de la historia, el derecho ha sido un medio de garantizar la seguridad de la vida en común. El derecho establece reglas que, asumiendo un nivel fundamental de legitimidad, permiten la convivencia y generan soluciones para los conflictos más generales que plantea la convivencia humana. Tales reglas, por lo general, suelen vincularse a ciertos valores que el derecho considera como dignos de ser realizados. Por esta razón, la axiología jurídica constituye un área de reflexión desde la cual se puede analizar el significado de los valores que rigen el derecho.

Ahora bien, uno de los valores fundamentales del derecho lo constituye la seguridad jurídica. Este valor se ubica en diferentes contextos históricos, y, por lo tanto,



está sujeto a desarrollos evolutivos. Lamentablemente, como se tendrá la ocasión de comprobar en este trabajo, también está sujeto a regresiones, que puede calificarse como tales precisamente, porque el derecho ha evolucionado. Un ejemplo cercano de tales regresiones lo ofrece nuestro país, cuya situación legal es tan incierta que impide a los ciudadanos la elaboración de proyectos -personales, grupales, económicos y vitales- para el mediano y largo plazo.

Este trabajo parte del problema de que la seguridad jurídica se encuentra en crisis debido a los problemas contemporáneos que se le presentan, y desarrolla la hipótesis de que es necesario replantear los contornos conceptuales de esta para hacerla coincidir con los desafíos que enfrenta el Estado constitucional actual. La investigación es de naturaleza doctrinal puesto que, tomando en cuenta las presentes circunstancias y, asumiendo la naturaleza axiológica de las constituciones modernas, argumenta en favor de una profundización de tan importante valor. Se postula, siguiendo a García, que la seguridad jurídica es uno de los valores fundamentales, debido a que, junto con la justicia y el bien común, no puede hablarse de un sistema jurídico genuino sin su presencia. Este valor, en tanto ente general, tiene varias dimensiones, que, atendiendo de nuevo a García, citando a Theodor Geiger, apunta que la “seguridad de orientación” y a la “seguridad de realización” (García, 2009, p. 477).

Precisamente, esta tesis presta bastante atención a la seguridad jurídica como realización del derecho, puesto que, a nuestro juicio, en el paradigma constitucionalista contemporáneo, este supone un ordenamiento capaz de garantizar los derechos



humanos y las garantías que estos. El problema que tratamos de analizar es precisamente la situación en la que se encuentra la seguridad jurídica en relación con el Estado de derecho actual, esto es, el constitucional. La hipótesis que guía este trabajo es que el Estado constitucional de derecho plantea cambios respecto a la manera en que se concibe la seguridad jurídica.

En virtud de los problemas analizados, se ensaya, en el tercer capítulo de este trabajo, algunas formulaciones de seguridad de derechos humanos, que corresponderían al concepto de *valores consecutivos* e incluso instrumentales, en el sentido de García. A mi parecer, estas son las que se han desarrollado en los últimos años en el discurso actual de los derechos humanos e incluso al nivel de la Organización de las Naciones Unidas. Este recurso no permite reducir la seguridad jurídica a la certeza del derecho, esto es, la seguridad de orientación en la propuesta clasificatoria de García. En suma, se presenta una visión más compleja de la seguridad jurídica.

La metodología es interpretativa y cualitativa. De este modo, se examinan las ideas de destacados pensadores y se les confronta con las nuevas realidades en el campo. Se acude a destacados autores que apoyan las disquisiciones que se emprenden en este trabajo. El criterio que se sigue es precisamente fortalecer la idea de que la actual situación demanda una ampliación del sentido de seguridad jurídica. Su indispensable contenido empírico surge en la discusión de problemas ampliamente reconocidos en reportes y en la literatura que trata de tales problemas, así como en la propia vivencia social de la seguridad como experiencia colectiva.



Así, esta tesis parte del problema de identificar de donde surge la notable pérdida de seguridad jurídica en el mundo contemporáneo y se propone la hipótesis de que esta surge de la inobservancia y poca comprensión de las dimensiones realizativas del Estado constitucional. Ya no se puede reducir la seguridad jurídica a certeza jurídica, en el sentido antiguo, puesto que actualmente se vive en la época del constitucionalismo democrático basado en los derechos fundamentales.

Este trabajo se divide en cinco capítulos. En el primero se examinan las características generales de la seguridad jurídica. Se insiste en que esta es una necesidad natural de los seres humanos. Se analiza la seguridad en el Estado de derecho para insistir en los preocupantes rasgos anómicos de la sociedad contemporánea. Asimismo, se hace una breve descripción de los rasgos conceptuales de dicho valor y se presenta, a modo de contextualización de este trabajo, el tema de la seguridad jurídica en la actualidad en Guatemala.

El segundo capítulo se concentra en examinar la naturaleza de la seguridad jurídica como valor. Este es un referente axiológico que siempre se ha apreciado, pero que adquiere su preeminencia en el Estado que surge en la modernidad, precisamente en los inicios del desarrollo del sistema capitalista, el cual depende de la posibilidad de la acción libre de los agentes económicos. Con base en la axiología, se estudian los problemas contemporáneos de la seguridad jurídica, a la vez que se los contrasta con otros valores reconocidos en los sistemas constitucionales actuales. Dicho capítulo



concluye con una reflexión sobre axiología e historia, aspecto que resalta la necesidad de considerar la evolución de los valores.

En el tercer capítulo se examina la crisis actual de la seguridad jurídica. Esta se desarrolla de varias maneras: En primer término, se subraya la existencia de una mentalidad securitaria que genera un planteamiento penal regresivo que, como es de esperar, no permite la seguridad jurídica. En segundo término, se describen los problemas que implica la inseguridad constitucional, esto es, la reconocida falta de certeza en las decisiones judiciales que adoptan diferentes caminos, lo cual no permite la consolidación de la certeza jurídica. En tercer término, se analiza la falta de seguridad que se concreta en la inseguridad de los derechos sociales, fenómeno que no permite la consolidación de los planes de vida de las personas vulnerables y finalmente, se enfatiza que la seguridad jurídica debe pensarse de una manera integral.

En el cuarto capítulo se reflexiona acerca de la naturaleza de la seguridad jurídica en el mundo actual, el cual se ve influenciado notablemente por los procesos globalizadores. Se presta particular atención a los aspectos económicos de la seguridad jurídica. Asimismo, se consideran diferentes tipos de seguridad, relacionados con la alimentación, el ambiente y otros aspectos importantes que no deben descuidarse si quiere vivirse en un mundo que asegure un mínimo nivel de bienestar acorde con la dignidad humana. Estas reflexiones ayudan a construir la idea de una seguridad jurídica de naturaleza integral. Este capítulo ilustra estas ideas con los actuales Objetivos de



Desarrollo Sostenible, los cuales han sido promovidos por la Organización de Naciones Unidas, de la cual Guatemala es miembro.

En el quinto capítulo, se estudia la manera en que se ha desarrollado actualmente la seguridad jurídica y se analizan algunas maneras de promoverla. Se concluye en la tesis de que es necesario elaborar una visión más comprensiva de la seguridad jurídica. Para el efecto, se presta atención a las dimensiones sociológicas de la Constitución, así como se acuerda en la necesidad de buscar una renovación constitucional, en la cual se acuda a la educación ciudadana y a una participación democrática de la comunidad internacional, la cual ayuda a un Estado que recupera su fuerza.

La seguridad jurídica no puede limitarse a certeza jurídica; ahora es un valor importante del Estado moderno. Por lo tanto, debe rearticularse o retomarse para responder a los problemas sociales, económicos y políticos que enfrentan el mundo actual.

Seguridad jurídica implica seguridad en el ejercicio y disfrute de los derechos humanos, en su sentido más integral. Si no se logran estos objetivos, no puede hablarse de un nivel de seguridad adecuado para los seres humanos.

Esta tesis concluye con la propuesta de que la seguridad jurídica depende del cumplimiento holístico de la Constitución. Se debe fortalecer el Estado democrático y garantista para que las sociedades logren un nivel de vida consistente con el

reconocimiento supremo de la dignidad humana, retomando el valor jurídico de la seguridad jurídica como tema central del derecho guatemalteco.







Capítulo I

Seguridad jurídica: consideraciones generales

El tema de la seguridad jurídica constituye uno de los temas centrales en la actual práctica y teoría del derecho. Gran parte de los problemas jurídicos que enfrentan las sociedades contemporáneas se debe a la falta de observancia y escaso respeto de dicho valor. La deficiente observancia de la seguridad jurídica provoca graves problemas debido a que las sociedades contemporáneas, en rápido desarrollo, se vuelven más complejas e inestables, situación que demanda la existencia de órdenes jurídicos, no solo sólidos y eficaces, sino también actitudes de cumplimiento por parte de la ciudadanía.

La situación se vuelve más complicada cuando es difícil prever los cambios que necesitan los sistemas legales para que estos puedan funcionar de manera adecuada, respondiendo a las necesidades de la sociedad. En la actualidad, por ejemplo, se precisa de sistemas legales capaces de satisfacer las demandas ecológicas, locales y globales, las cuales adquieren cada día un cariz más crítico. En consecuencia, se torna más complicado garantizar que los ciudadanos adquieran la certeza y la seguridad jurídica imprescindible para que estos planifiquen su vida de una manera racional, haciendo uso de la libertad consubstancial al ser humano, así como para que experimenten un nivel adecuado de seguridad general en su vida.

En efecto, los sistemas jurídicos han experimentado los desafíos de un cambio acelerado en las últimas décadas a raíz de la globalización, la democratización y el



crecimiento económico. Se enfrentan problemas graves como la concentración desigual de la riqueza, los gobiernos autoritarios y el deterioro de las condiciones económicas de la mayor parte de los habitantes de la sociedad. Estos problemas plantean nuevos retos para las constituciones contemporáneas, las cuales funcionan como pactos políticos cuya legitimidad depende de la capacidad de garantizar la vigencia plena de los derechos fundamentales del ser humano.

Sin embargo, la situación social y política plantea nuevos retos cuando surgen nuevas estructuras de poder, así como importantes actores sociales, las cuales desarrollan ideas que entran en tensión con la tradición constitucional existente en un Estado. Entonces el problema del control institucional se vuelve más complejo, debido a que se deben implementar cambios substantivos para mejorar la efectividad y eficacia del sistema jurídica para afrontar las transformaciones profundas de la actualidad.

El presente estudio se ocupa de estudiar los problemas actuales que enfrenta la seguridad jurídica en el Estado de derecho contemporáneo. Esta tarea asume que la teoría axiológica del derecho actual debe responder a la transformación acelerada de las sociedades presentes. Siguiendo las ideas de García, este valor conforma, junto a la justicia y el bien común, la triada de valores fundamentales, que al igual que los principios generales de derecho, no han logrado una demarcación conceptual plena. Con base en esta renovada atención es menester preguntarse, por ejemplo, ¿cuál es la función esencial de la seguridad jurídica en el Estado de derecho? ¿Cuál es la naturaleza de la seguridad jurídica con relación a otros valores? ¿Cuáles son las manifestaciones de la



seguridad jurídica en un mundo con los problemas de políticos y económicos de la globalización?

Guía la presente investigación, la hipótesis de que la seguridad jurídica debe repensarse para hacerla coincidir con la seguridad de los derechos en un Estado constitucional de derecho. A la luz de esta hipótesis, se proponen una serie de formulaciones en la que la autora presenta su visión acerca de algunos de estos desafíos que enfrenta dicho modelo. En particular, llama la atención sobre los problemas que plantea el securitismo antidemocrático, la indeterminación de las decisiones en el Estado constitucional y el constante menosprecio de los derechos sociales. En consecuencia, se presentan algunos tópicos que no han sido considerados en las reflexiones acerca de la seguridad jurídica, como es el aseguramiento de los derechos básicos como el de alimentación.

Este primer capítulo establece las consideraciones teóricas que guía este trabajo de investigación. En la primera sección, se esbozan algunas consideraciones que subrayan la importancia fundamental de la seguridad jurídica como necesidad humana, su naturaleza conceptual, especialmente de acuerdo con los propósitos de este trabajo. En particular, se trata de hacer el deslinde entre la seguridad jurídica y la certeza jurídica, de manera que ambas nociones conceptuales, siempre relacionadas, puedan diferenciarse de manera consistente. Esta tarea permite dilucidar el concepto de seguridad jurídica que inspira la presente investigación, el cual presta atención a la llamada *seguridad de realización*, de la seguridad jurídica, para desarrollar una visión de esta que trasciende ampliamente la certeza jurídica.



En la segunda sección, se muestra la vinculación entre seguridad jurídica y el Estado de derecho, el cual adopta un tono constitucional en el mundo contemporáneo, razón por la cual desde ahora se privilegia la noción de Estado constitucional de derecho. Se hace posible, entonces, identificar la relación entre la seguridad realizativa y la certeza jurídica y el aparato institucional del Estado. En el tercer apartado se hace un análisis de los desafíos que la realidad anómica del derecho presenta para la seguridad jurídica en el mundo contemporáneo. Este aspecto debe ser estudiado puesto que también los aspectos culturales inciden en la inobservancia de la seguridad jurídica.

En la cuarta sección, se hace un análisis de los rasgos conceptuales de la seguridad jurídica en tanto valor fundamental del Estado constitucional de derecho. Se busca establecer la esencia ontológica de una concepción fundamental para este trabajo, el cual plantea una visión amplia de la seguridad jurídica.

En la quinta, para completar los aspectos introductorios, se desarrolla una breve descripción de los problemas de la seguridad jurídica en el actual Estado de derecho guatemalteco. Este análisis permite distinguir algunos de los cambios fundamentales que ha experimentado este concepto en los últimos tiempos. Se anticipan, asimismo, algunos de las modificaciones que precisa este concepto-valor en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, la sexta sección contextualiza el problema de la seguridad jurídica en Guatemala.



1.1. La necesidad básica de la seguridad

Es un hecho que todos los seres vivos, de una manera u otra, pugnan por vivir de manera segura; de ahí que la búsqueda de la seguridad sea un rasgo casi instintivo de cualquier ser vivo. Sin cierto nivel mínimo de seguridad, ningún ser viviente puede prolongar su existencia lo suficiente como para poder garantizar la supervivencia de la especie. Este es un rasgo natural que muestra la importancia suprema de la seguridad.

Por su naturaleza como animales racionales, los seres humanos aspiran a vivir en colectividades en las que la vida en común se encuentre sujeta a reglas comprensibles que, al lado de distribuir las responsabilidades y beneficios de una manera organizada, aunque no siempre justa, permitan establecer una vida en común previsible y regular. El ser humano es, por su naturaleza misma un ser gregario, un *zoon politikón* (animal político) concepto creado por Aristóteles haciendo referencia a los aspectos social y político del ser humano, y como alguna vez también lo dijo este filósofo de la antigua Grecia, solo los dioses y las bestias pueden vivir de manera aislada y solitaria. El género humano, a diferencia de los animales, no está capacitado para sobrevivir por sí mismo en el entorno hostil de la naturaleza, razón por la cual está programado para vivir en el ambiente seguro que solo puede garantizar una comunidad. En este sentido, Contreras (2007) afirma:

La seguridad es una necesidad esencial de los seres humanos, se manifiesta en la certeza de no sentirse amenazados en su integridad física, psíquica, afectiva y patrimonial. Las amenazas contra la integridad física y psíquica producen uno de



los sentimientos más lacerantes en las personas, el miedo, lo conocen solo quienes lo han sufrido, y es la evidencia de nuestra vulnerabilidad en el límite. (p. 152)

Desde siempre y, según las posibilidades que se abren en cada momento, las sociedades humanas, con las diferencias que surgen de las posibilidades de la región, la esfera cultural, el ámbito histórico y el conocimiento común alcanzado, se han esforzado por alcanzar una vida sujeta a principios comprensibles que garanticen el mayor grado de seguridad y estabilidad. Hubo un tiempo en que tales reglas eran sancionadas por los dioses o por mitos que explicaban la forma en que estaba organizado el mundo; tales creencias le brindaban un nivel básico de comprensión a la realidad. Posteriormente, sin negar el rol que juega la violencia, las normas tenían que ser dictadas por los que detentaban el poder en una sociedad. Estos administraban los sacrificios humanos o de animales a través de los cuales las sociedades trataban de ganarse el favor y la clemencia de los dioses, a menudo, según las historias contadas en los mitos y leyendas.

En ese sentido, el caos y la confusión, como sucede en las revoluciones o en las guerras, suelen ser señales de que una sociedad determinada colapsa o está sujeta a cambios profundos que no son rápidamente comprendidos por sus miembros. Una sociedad puede ser injusta y opresiva y, aun así, perdurar por mucho tiempo, pero una sociedad en la que no existe un mínimo de seguridad tiene dificultades para alcanzar su duración. De esta manera, la estabilidad solo puede lograrse efectivamente cuando existe un conjunto de creencias y prácticas compartidas por la sociedad respectiva. El derecho



cumple esta importante función. En este sentido, el jurista español Díaz, citado por García (1989) afirma:

El derecho proporciona al menos la seguridad mínima de poder saber con certeza lo que está prohibido y lo que está permitido. Y esto es siempre mejor, creo, que la total arbitrariedad o la absoluta inseguridad del no-Derecho. La mera existencia de un derecho produce seguridad; puede decirse, desde esta perspectiva, que el valor seguridad [...] es algo que aparece irremediabilmente cuando comienza a hablarse de lo que el derecho es y de lo que el derecho hace en la sociedad. (p. 479)

En las sociedades antiguas, carentes de la experiencia histórica de las instituciones basadas en disquisiciones racionales, el sentimiento de seguridad dependía de autoridades religiosas como el sacerdote, el chamán, los ancianos, dependiendo la cultura y el estadio histórico. Las plegarias y actividades de estos garantizaban la protección contra los animales y los fenómenos naturales, así como las enfermedades; con los ritos se buscaba garantizar la buena cosecha, la abundancia de agua, la buena salud y, otros bienes apreciados como la fertilidad. Asimismo, los mitos, transmitidos de generación en generación, ayudaban a explicar un mundo que, de otro modo, no podía entenderse y mucho menos controlarse. Estos permitían tener cierta certeza de lo que los dioses querían para actuar de manera que se pudieran evitar los grandes castigos que se atribuían al enojo o simple capricho de estos.



Puede suponerse, por lo tanto, que la existencia del derecho, esbozado desde las primeras sociedades, se subordina a la misión de atender a esa necesidad básica de seguridad. En esta dirección uno de los más destacados defensores de la seguridad jurídica, el jurista español Pérez (2000) escribe:

La seguridad constituye un 'deseo arraigado en la vida anímica del hombre', que siente terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido. La exigencia de seguridad de orientación es, por eso, una de las necesidades humanas básicas que el derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad. (p. 5)

Se puede concluir, en esta dirección, en que la seguridad jurídica hunde sus raíces en la misma necesidad humana de sentirse protegido ante los avatares de la existencia. Ahora bien, la seguridad jurídica, en su forma consciente de realización e implementación, depende del tiempo, la historia y del nivel de civilización que ha alcanzado la sociedad respectiva. Incluso, como se verá con detalle en páginas posteriores de este trabajo, esta idea no ha estado siempre presente, de manera explícita, en el pensamiento jurídico pre moderno y solo hace su plena aparición en el siglo XIX.

Esta noción adquiere su actual sentido a medida que surge y se desarrolla el concepto de Estado moderno. Así, la noción moderna de seguridad jurídica se desarrolla inicialmente con las propuestas del filósofo inglés Thomas Hobbes (1588-1679) cuyos influyentes escritos sostienen que el Estado se organiza para garantizar la seguridad de



los miembros del cuerpo social, dado a que en el estado de naturaleza la vida del ser humano es incierta, corta y brutal.

Ahora bien, el deseo de seguridad en la era moderna, no ha disminuido, como se tendrá la ocasión de ir comprobando en este trabajo. El incremento del nivel de civilización, especialmente el alcanzado dentro del mundo globalizado, no ha podido erradicar la inseguridad y el miedo del mundo humano. El desarrollo de la tecnología, especialmente la digital, puede ser una ventaja en muchos renglones de la vida social, pero también puede multiplicar los peligros a los que se está expuesto como los delitos cibernéticos y la violación a la intimidad entre otros. Los diferentes grupos terroristas, para brindar otro ejemplo actual, suelen usar la tecnología para planificar sus atentados, de manera que la inseguridad ya no solo se puede experimentar en países con pocos recursos para combatir este tipo de amenazas. Asimismo, este uso de tecnologías permite cometer fraudes en detrimento del patrimonio de las personas e igualmente hace posible la difamación, la desinformación y la exposición de menores a peligros como la pornografía, los secuestros, las extorsiones, por mencionar algunos de los peligros de inseguridad que se afrontan en el presente.

De este modo, se puede afirmar que la intensificación del deseo de seguridad es un rasgo de las sociedades contemporáneas. Parece que existe una obsesión con los riesgos de todo tipo. Al mismo tiempo, se puede comprender que el objetivo de conseguir esa seguridad se vuelve mucho más difícil en las sociedades modernas debido al aumento de la complejidad del mundo, lo que lleva, por ejemplo, a la criminalidad cibernética, como se apuntó en el párrafo anterior. De este modo, las concepciones de la



seguridad jurídica se ven obligadas reevaluarse y renovarse con el propósito de evaluar las leyes con el fin de hacerlas más eficaces para generar o devolver la confianza en la sociedad. En este sentido, Cabello y Hormigos (2005) afirman:

La seguridad es un concepto de vital importancia dentro de las sociedades contemporáneas. Todos los modelos de sociedad han desarrollado funciones de seguridad y control, pero estas nunca alcanzaron las dimensiones que están tomando hoy en día. El campo de acción de la seguridad se ha vuelto tan amplio que posee una naturaleza pluridimensional, conectada con instituciones jurídicas, políticas, económicas, policiales o asistenciales; y conforma el orden que demanda un nuevo tipo de sociedad donde el conflicto se presenta como algo natural dentro del proceso de interacción. Estamos enfrentados a continuas transformaciones en las cuales se plantean formas de riesgo que se apartan de las existentes en épocas pasadas. (pp. 27-28)

Incluso, de manera paulatina se va creando una necesidad de incrementar los niveles de seguridad para que la sociedad se sienta a salvo. Las personas exigen medidas de seguridad efectivas, debido a que se sienten inseguras en muchos renglones de su vida. En este orden de ideas, los autores mencionados continúan expresando:

Actualmente, los riesgos que debemos asumir tienen un origen incierto y sus consecuencias no pueden determinarse. Aparecen nuevas opciones y peligros para la vida en sociedad que demandan una nueva estructura para gestionar el conflicto, pues nos vemos obligados a responder constantemente a nuevas amenazas y a



una pérdida en el nivel de seguridad demandado por todos. Se impone un nuevo modelo de seguridad capaz de enfrentar peligros no limitados ni espacial ni temporal o socialmente. Este modelo debe adaptarse a profundos cambios en la sociedad, para así poder ofrecer soluciones concretas a los problemas sociales actuales.

(p. 28)

Con base en las disquisiciones anteriores se puede acordar que las sociedades actuales deben lograr una armonización pacífica de conductas que, a pesar de la creciente complejidad en su interrelación, deben estar dotadas de niveles adecuados de regularidad y constancia. Esta necesidad se refleja, por ejemplo, en la creciente importancia de la medición del tiempo y en la claridad, precisión y efectividad de los procesos.

Asimismo, los miembros de las colectividades actuales necesitan, sin duda con mayor intensidad que en épocas anteriores, expectativas más o menos fijas respecto a la conducta de las instituciones y las otras personas, para poder organizar la vida con base en pautas comportamentales regulares, establecidas de manera clara, explícita o comprensible. Sin ese rasgo de estabilidad y regularidad, sujeto siempre a expectativas fuertes de justicia y equidad, la acción humana no podría coordinarse dentro de estructuras sociales que aumentan su grado de complejidad. Este es el caso con las formas de vida de las sociedades contemporáneas, las cuales adquieren un alcance global mediado por la influencia de una tecnología comunicativa en desarrollo incesante.



La necesidad de la seguridad para la vida humana supone la creación de instituciones sólidas y transparentes, capaces de regir la vida humana con un adecuado grado de certeza. Por lo tanto, los miembros de las sociedades contemporáneas requieren de un conjunto de normas que aseguren el cumplimiento de las respectivas expectativas o aspiraciones. Puede imaginarse lo que sucede, por ejemplo, si las instituciones no cumplen a tiempo los procesos respectivos y en forma transparente; por lo general, esto implica pérdidas cuantiosas y de diversa índole, ya sea económicas o morales y que contribuyen a la desconfianza de la sociedad hacia dichas instituciones regidas por normas que no permiten alcanzar el fin del bien común. Muchas de estas normas deben estar reguladas dentro del sistema jurídico, nacional e internacional, de manera que su falta de cumplimiento pueda generar algún tipo de sanciones, que, a la vez, refuercen su vigencia y general observancia.

Es así que la seguridad jurídica, como una forma diferenciada de la seguridad en general, encuentra su razón fundamental para esta demanda lo cual radica en que una sociedad moderna, en tanto un sistema complejo de relaciones, descansa en la expectativa de que hombres y mujeres sean capaces de cumplir un conjunto de roles vinculados a actividades y posiciones sociales específicas. Dichos roles y expectativas de conducta deben fundamentarse en un conjunto de valores jurídicos, principios, normas jurídicas, permisos y espacios de acción que deben anticiparse, de manera que los miembros de la sociedad puedan organizarse y llevar una vida plena y racional que permita alcanzar las más altas aspiraciones del derecho, que permitan a su vez a futuras generaciones gozar de los esfuerzos jurídicos emprendidos a lo largo de la historia.



En este escenario, las leyes y el derecho constituyen esfuerzos propios a la racionalidad humana para que los miembros de la sociedad actúen de manera predecible. Estos esfuerzos también demandan una fuerte cultura del cumplimiento. Se asume y se confía, por ejemplo, que es seguro pasar cuando el semáforo se encuentra en verde, puesto que los que circulan en la vía que intercepta la nuestra respetarán la señal de rojo que les marca el mismo semáforo. De la misma manera, el sistema económico no puede desarrollarse de manera adecuada si los agentes económicos -inversionistas, trabajadores y funcionarios- no cuentan con las mínimas garantías tanto jurídicas como políticas, de que sus contratos, inversiones y emprendimientos no serán afectados, de manera imprevista, por arbitrariedades legislativas, por una interpretación antojadiza de las leyes, por las decisiones imprevistas de un gobierno autoritario o decisiones judiciales plagadas de rigorismos legales alejados de los cánones de justicia. Las leyes no pueden cambiar de manera antojadiza ni pueden ser aplicadas de manera arbitraria; asimismo, tampoco los gobiernos pueden violar las garantías constitucionales que protegen los derechos fundamentales de los habitantes del país, aun con el pretexto de proteger a la sociedad de ciertos males, sacrificando derechos fundamentales. En el Estado constitucional de derecho, existe una motivación de racionalidad que busca el balance, el buen sentido y la interpretación de buena fe de las disposiciones constitucionales como fundamento del sistema jurídico del Estado.

El mismo hecho de que las sociedades contemporáneas experimenten grados notables de ingobernabilidad y conflicto hace suponer que la seguridad jurídica plena se halla en crisis. En este sentido, Cossarini (2010) comenta que:



Las sociedades contemporáneas, aun aparentemente pródigas de todo tipo en bienes materiales y protecciones, son paradójicamente las mismas en las que el sentimiento de inseguridad parece penetrar en la cotidianidad de todos los estratos sociales. Sentimiento de aprensión por la vulnerabilidad del futuro económico, temor frente a la criminalidad organizada o a la inmigración; miedo frente a posibles epidemias de enfermedades, al terrorismo internacional o a la proliferación atómica. Son estas, en el más amplio aumento de incertidumbres, las manías que se expanden en miedos colectivos. La necesidad de seguridad, en este sentido, se ha convertido en un tema político de primer orden. Es decir, el miedo difuso tiene un gran impacto colectivo, tanto de movilización como de paralización. Y gestionar este sentimiento representa un horizonte de control y conlleva formas de poder para las instancias políticas o empresariales. (p.230)

Se puede acotar, pues, que la seguridad jurídica resume una necesidad humana que ha estado presente en la historia de la humanidad. Esta necesidad trata de ser resuelta, en la modernidad, al poner en práctica la idea del gobierno de las leyes, y no de los hombres, la cual se pone de manifiesto bajo la exigencia actual de que debe imperar la ley ante todo acto o conducta, de los gobernantes. Esta situación se establece en el artículo 153 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en cuanto a que “el imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la república”, lo cual hace observar y hacer hincapié que dicho imperio de la ley responde a contenidos constitucionalizados, para garantizar los derechos fundamentales.



Como se puede colegir, otros valores se incardinan dentro de la seguridad jurídica que provee el imperio del derecho. Por ejemplo, la transparencia, aunque no se encuentra concebida taxativamente en la Constitución Política es un principio que debe observar el sector público en el ejercicio de la gestión pública, legislativa y judicial, en virtud de que el Estado de Guatemala forma parte desde 2011 de la Alianza para el Gobierno Abierto, (2020) quien definiendo este principio dice que:

La información sobre las decisiones y el quehacer gubernamental deben ser abiertas, completas, oportunas, gratuitas y de fácil acceso para el público. Ello supone que los datos públicos deben cumplir con parámetros y estándares comúnmente reconocidos, tales como estar disponibles en formato brutos, susceptibles de ser procesados, que puedan ser accesibles a través de herramientas tecnológicas y de comunicación, etc. (Párrafo 8)

El principio de seguridad jurídica es un derecho complejo que, por su función esencial, recoge varios derechos. Estos aseguran las condiciones que son necesarias para que exista seguridad jurídica, para que el orden normativo vigente sea capaz de brindar certeza en toda actividad humana de orden social, jurídico, económico, ambiental, político, entre otros. Virtualmente, no existe hecho, acto o actividad que lleve a cabo la persona, que no necesite la seguridad jurídica de leyes generales, expresadas de manera clara, comprensible y publicitada de manera efectiva, de tal suerte que llegue a toda la población y que vinculen no solo a esta, sino también a los funcionarios públicos.



Por esta razón, en este trabajo se analizan varios derechos, los cuales son necesarios para el sentido realizativo del derecho distinguido por García. Es importante tomar en cuenta esto, puesto que la seguridad jurídica actual depende en gran medida de la noción de derechos fundamentales.

1.2. La seguridad en el Estado de derecho

En la sección anterior, se ha citado a Cossarini para recalcar la forma en que la seguridad jurídica se manifiesta como una necesidad urgente en nuestros días. Evidentemente, no se vive en tiempos primitivos de temor hacia la naturaleza, pero la seguridad, especialmente la jurídica, sigue siendo un tema fundamental, especialmente, porque las formas actuales de vida de los seres humanos son tan complejas que suelen tener consecuencias insospechadas, las cuales no se pueden ignorar.¹ Por ejemplo, es necesario establecer reglas para que el sector financiero no especule con el dinero de los cuentahabientes, así como es necesario asegurar los capitales que se arriesgan en actividades productivas.

De aquí, que la misma noción de seguridad jurídica, en la medida en que expresa un modo de la seguridad en general, vaya adquiriendo nuevos rasgos, profundizando su significado en un contexto en el cual el mismo derecho ha cambiado. La misión es más

¹ Debe mencionarse, sin embargo, que aún subsiste, en nuestro medio, cierta desprotección frente a los fenómenos naturales catastróficos. El ejemplo más reciente de este problema fue la erupción del Volcán de Fuego en 2018, el cual provocó un número indeterminado de víctimas. Debe notarse, en esta dirección, que hubo poca o nula reacción del gobierno, factor que se debe al proceso continuo del debilitamiento del Estado. Este aspecto será tratado directamente en el último capítulo de este trabajo.



compleja en la época actual del paradigma constitucional, porque se busca que predomine el respeto de los derechos humanos, tanto los individuales como los sociales.

Efectivamente, el derecho constitucional contemporáneo se ha propuesto que los derechos humanos contribuyan en la meta de controlar los poderes que dificultan el disfrute de las libertades y derechos de los miembros de la sociedad.

Cuando se desarrolló la tecnología, por ejemplo, no se preveía que llegaría el día en que esta podría ser un factor de destrucción de la vida humana; tampoco podían preverse las consecuencias que el desarrollo de la quema de combustibles iba a tener para la temperatura global. La tecnología es una parte de la cultura humana que puede traer beneficios, pero también crear serios problemas. En consecuencia, se necesita que el derecho esté siempre en evolución para poder regular nuevas situaciones. Así, se desarrollan campos como el de la propiedad intelectual, el de los derechos de la personalidad, el de las corporaciones, el de los medios electrónicos, entre tantos otros campos.

Aun asumiendo las ideas de sus críticos, los cuales la critican por su vinculación con grupos conservadores, la seguridad jurídica es una exigencia irrenunciable para garantizar el funcionamiento del Estado constitucional de derecho. En este sentido debe comprenderse que las reflexiones acerca de la seguridad jurídica deben tomar en cuenta la necesidad de proteger y garantizar los derechos fundamentales, como se acotó en la sección anterior. Tales derechos tienen como fin proteger a los seres humanos de las amenazas a su dignidad e integridad que surgen en las sociedades humanas.



Tales derechos, en efecto, surgen de la necesidad de proteger a los seres humanos de males evitables que han surgido del olvido del ser humano. Los derechos humanos promueven la dignidad humana, la cual ha sido objeto de atropellos a través de la historia, especialmente después de las atrocidades cometidas por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, también existe conciencia de los grandes males que ha vivido la humanidad por el hambre, las guerras, los dictadores y los desastres naturales entre otras tragedias, que generan crisis humanitarias. En consecuencia, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, promulgada por la ONU en 1948, denuncia todos estos males como violatorios de los derechos humanos. Existe en ella, no obstante, una misión evidente de proteger jurídicamente la vida humana.

En efecto, las normas que conforman los ordenamientos jurídicos son exigencias de conducta que podrían imponerse coactivamente, pero de manera racional, a sus destinatarios, para que estos en el ámbito de su actuación privada y social, se ajusten al contenido de esas exigencias normativas y eviten su transgresión. Este requerimiento es especialmente importante cuando se trata de las mismas instituciones del Estado.

En la medida en que el Estado suele conceptuarse como el ente y órgano institucional que posee el monopolio de la fuerza física legítima, debe sujetarse a la ley fundamental y a leyes generales, claras y consistentes con los valores que inspiran el texto constitucional. En particular, no debe aceptar aquellas políticas y acciones de gobierno que pongan en riesgo las libertades ciudadanas ni los derechos fundamentales. La defensa de la seguridad jurídica, por lo tanto, es una tarea que incumbe a todos los



sectores sociales, y no solo a los sectores económicos preocupados por sus inversiones y empresas.

Es necesario, sin embargo, aclarar el concepto de seguridad jurídica en el Estado constitucional de derecho, de manera que pueda responder a las necesidades que impone la época actual. Esta noción ya no puede entenderse dentro de los parámetros del pensamiento jurídico de hace siglos, cuando se buscaba únicamente la protección de las personas frente a la arbitrariedad de los monarcas absolutos o dictadores instituidos.

La situación es similar con respecto a otros conceptos jurídicos. Por ejemplo, la división de poderes ya no sigue teniendo el mismo significado desde su concepción, cuando fue formulada por el Barón de Montesquieu, en que se requería la independencia absoluta de los poderes del Estado. En la actualidad existen otros poderes, por ejemplo, los partidos políticos, los cuales deben tener limitado su radio de acción. Autores como Valadés y Carla Huerta Ochoa han puesto atención en un problema importante cuando insisten en que el control constitucional del poder debe trascender el estrecho principio de la división liberal de los poderes, puesto que el mundo actual registra la presencia de otras fuerzas, que como las militares, plantean nuevas tareas para la doctrina constitucional.

La seguridad jurídica necesita ponerse al día para enfrentar los nuevos desafíos que plantean la globalización y el desarrollo de la tecnología. Por esta razón, comprender la seguridad jurídica exige prestar atención a su historia para identificar las modalidades



de desarrollo y transformación. Este análisis, en efecto, permite entender cuáles son los desafíos que presenta la implementación de este valor en la actualidad.

Fruto de los cambios históricos, la misma noción de seguridad jurídica se ha transformado. De este modo, distinguidos autores han hecho hincapié en el amplio sentido de esta noción en el mundo actual. Para Sagüés (1997) la seguridad jurídica actual comprende varias dimensiones, las cuales el autor resume en los siguientes dos apartados que se cita en toda su extensión:

- a) «Seguridad del Estado», comprensiva de la «seguridad exterior» (relacionada con la integridad del Estado y con el respeto de sus derechos. A este subtipo de seguridad la Corte Suprema de Justicia Argentina, en el caso «Merck», la llamó la «suprema seguridad de la Nación»); y la «seguridad interior», vinculada a la noción de «orden público», o de tranquilidad social y respeto a los poderes del Estado,
- b) «Seguridad de las personas», que incluye un sistema de protección a los bienes y cuerpos de los habitantes («seguridad pública») pero, además, el respeto a todos sus derechos y una tutela efectiva para el caso de amenazas, riesgos o lesiones hacia ellos. En sentido estricto, es aquí donde se aloja mejor la expresión «seguridad jurídica», según el significado usual actual de ella. (p. 218)

Como puede verse, la descripción de la seguridad jurídica que ofrece este constitucionalista argentino va mucho más allá de la certeza jurídica. A esta visión de la seguridad se debe agregar, desde luego, esa seguridad que implica la protección de los derechos fundamentales, incluso aquellos colectivos, dirigidos al bienestar material de



las personas. La ciencia jurídica actual debe enfrentar los desafíos de un sistema social que presentan otros problemas que es necesario identificar para brindar una seguridad más comprehensiva. En consecuencia, la noción tradicional de seguridad jurídica se encuentra circunscrita dentro de un concepto mucho más amplio de esta.

Siguiendo de nuevo a Sagües, la seguridad jurídica actual debe ocuparse de la seguridad de la sociedad en términos de la protección de esta y los *bienes y cuerpos* de los miembros de la colectividad. En este sentido, la crisis actual de la seguridad jurídica se relaciona con el hecho de que el derecho no logra responder de manera adecuada a la complejidad social en la que funcionan los poderes que no son necesariamente estatales. Se puede pensar, por ejemplo, en las dificultades que los Estados tienen para controlar los poderes económicos y tecnológicos, así como factores que, como el crimen organizado o la corrupción pública y privada, se entremezclan con otras formas de actividad social legítima.

En ese orden de ideas, seguimos con la idea general que ha sido desarrollada por Valadés (1998) acerca de que es necesario repensar los métodos de control del poder y no quedarnos únicamente con los antiguos controles. En la actualidad, el sentido de la seguridad jurídica ya no puede reducirse a certeza jurídica; la seguridad jurídica, como lo señala Sagües apunta a un Estado en el que los miembros de la sociedad se encuentran efectivamente protegidos en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales.



1.3. Problemas de anomia en el derecho contemporáneo

Para comprender plenamente, el problema de la falta de seguridad jurídica que se enfrenta en la actualidad debe reconocerse la presencia de una anomia generalizada. Como causas de este problema se pueden mencionar la desigualdad, el descontento social, la poca cultura de cumplimiento de las reglas y, desde luego, una práctica jurídica que se ha quedado corta a la hora de realizar las nobles aspiraciones del derecho contemporáneo. De manera cotidiana se puede comprobar que las leyes y los principios constitucionales se vulneran, tanto por autoridades como por ciudadanos, quienes inobservan los mismos.

Por otro lado, también existe el problema cultural, que es de suma importancia. De hecho, hay áreas en las que las personas acostumbran a actuar de espaldas a la ley, consideran que a veces se toma solo ventaja del valor simbólico del derecho, sin prestar atención a sus verdaderas demandas, por lo que el incumplimiento del derecho pareciera una práctica planeada. Asimismo, el problema de la judicialización de la política y el de la politización de la justicia, tan presentes en la reciente historia guatemalteca, son expresiones del fenómeno estudiado por García. Esta situación negativa se ha hecho clara en el contexto del proceso electoral en Guatemala, en donde ha existido una gran incertidumbre, incluso en relación con los candidatos presidenciales que sí tenían el derecho de participar o no, que si son idóneos o no, el cúmulo de señalamientos mediáticos por organizaciones sociales, contrincantes políticos, sin que dichos señalamientos tengan fundamento en sentencias judiciales que les declaren



responsables o no de hechos delictivos, pero con un alto índice de condena social, lo que vuelca al sistema jurídico nacional en ineficaz e inseguro.

El tema de la ineficacia de los órdenes jurídicos ha sido abordado en la actualidad por varios pensadores del derecho. Una de las interpretaciones más llamativas es la creencia de que se vive en regímenes desconstitucionalizados. Este fenómeno es preocupante si se asume que se vive actualmente la época del constitucionalismo. En este sentido, Sagüés, se ha destacado por conceptualizar dicha situación como un fenómeno de *desconstitucionalización* de los órdenes jurídicos contemporáneos. Según este autor se ha vulnerado incluso la parte dogmática de las constituciones modernas. En términos más concretos este autor considera que el concepto de desconstitucionalización es multidimensional y se manifiesta de diferentes maneras:

Como reducción de la constitución, como abandono de los principios políticos liberales del constitucionalismo, como pérdida de rango constitucional de las normas constitucionales y como “derogación sociológica” de disposiciones constitucionales... [entre estos se encuentran] (a) el “desmontaje de la Constitución” conforme a nociones del tipo de derecho emergencia, doctrina del “quebrantamiento constitucional”, la “concesión de plenos poderes” al Poder Ejecutivo, entre otros; (b) la desvalorización de la Constitución por su falta de pleno cumplimiento, por la erosión de la “conciencia constitucional”, etcétera; (c) el falseamiento o fraude constitucional por la utilización de otros valores distintos de los constitucionales o por la práctica de una legislación inconstitucional no



declarada tal. Por último, el autor realiza un particularmente interesante análisis axiológico que desmitifica la cuestión. (Sagüés, 2016. p. 181)

En el escenario descrito por el autor argentino, no existe espacio para que el sistema constitucional pueda garantizar los derechos. Se vive en un virtual estado de anomia, puesto que los derechos son vulnerados de manera arbitraria. Estas sociedades son caóticas e ingobernables y poseen grados inmanejables de ingobernabilidad. ¿Cómo puede garantizarse cualquier sentido de seguridad en dichos contextos? En estos ambientes no pueden planificarse proyectos racionales de vida. El empresario no puede producir si no entra en el juego de la corrupción; no se puede garantizar que alguien ponga un negocio sin ser sometido a manipulaciones o extorsiones.

Por lo tanto, el sistema actual de derecho constitucional debe combatir esta anomia y cultura de incumplimiento. De otro modo, no puede haber seguridad jurídica, incluida la necesaria certeza jurídica configurándose la debilidad sistémica de la institucionalidad de un Estado. Por lo tanto, es indispensable abordar el tema de la seguridad jurídica desde diferentes ángulos para así poder alcanzar el fortalecimiento del Estado de derecho.

1.4. Características conceptuales de la seguridad jurídica

Por su misma naturaleza como institución fundamental y temprana de todas las sociedades humanas, el derecho ha buscado establecer la regularidad en el ámbito de las relaciones sociales. Una sociedad sin regularidad vive, indudablemente, en el caos;



en una sociedad de este tipo, la vida humana no puede realizarse como un proyecto de seres dotados de conciencia racional. Precisamente, la crisis de anomia que se ha descrito en la sección precedente, sugiere que es muy difícil planificar con debida anticipación cualquier proyecto, como es el caso de la economía como eje de desarrollo.

Precisamente, los pensadores que desarrollan la idea del contrato social, como los ingleses Thomas Hobbes (1588-1679) y John Locke (1632-1704) consideran que los seres humanos entran en dicho contrato para asegurar su mera supervivencia, como en el caso del primero², y el goce de sus derechos naturales (vida, libertad y propiedad) en el segundo. En todo caso, el propósito de entrar en el contrato social radica en la necesidad de escapar de los peligros que conlleva vivir en el Estado de naturaleza. La seguridad jurídica, por lo tanto, constituye uno de los valores fundamentales que justifican el orden civil.

Por tal razón, la seguridad jurídica hace referencia a la existencia misma del Estado como el ente en el que se concentra el poder legítimo de la sociedad. Este atributo estatal abarca no solo la certeza que abarca la publicidad de la ley y su aplicación, sino también su mismo contenido. Por lo mismo, la seguridad jurídica es un valor inscrito en la misma naturaleza de la ley y por extensión, del Estado de derecho, entre los cuales deben incluirse los sistemas constitucionales de la actualidad. En efecto, la ley no pierde

² Norberto Bobbio dice respecto a Hobbes (Bobbio, 2001, p. 101): “¿Por qué los individuos salen del estado de naturaleza y dan vida con sus voluntades concordantes al Estado civil? Como se sabe, la razón que esgrime Hobbes es que el estado de naturaleza, siendo un estado de guerra de todos contra todos, es un estado en el que nadie tiene la garantía de su vida: para salvar la vida los individuos consideran necesario someterse a un poder común que sea tan fuerte que pueda impedir el uso de la fuerza privada. Dicho de otro modo: el Estado surge de un pacto que los individuos establecen entre ellos y que tiene el objetivo de obtener la seguridad de la vida mediante la sumisión recíproca a un solo poder.”



su razón de ser, aun cuando en ocasiones, por irresponsabilidad, no es conocida, y, por lo tanto, ignorada, así como cuando siendo reconocida, no es cumplida, especialmente, porque no existe algún género de sanciones para su falta de observancia.

Sin embargo, antes de seguir con nuestras disquisiciones es conveniente preguntarse si la seguridad jurídica es un principio o un valor. Claramente, es ambas cosas. Es un valor en tanto remite a una característica que los miembros de la sociedad aprecian y consideran como digno de ser realizado; es un principio en tanto se introduce en un sistema normativo, el cual eventualmente se considera como fundamento perentorio para emitir normas, en este caso, leyes o derechos fundamentales. Así como la dignidad es un valor que percibimos los seres humanos, del mismo modo la dignidad puede contemplarse en una norma fundamental del Estado constitucional. En consecuencia, los argumentos de este trabajo se han elaborado tomando en cuenta esta distinción, y el contexto en el que se desarrollan los argumentos no permite una confusión en este sentido.

En un sentido más profundo, y ya más cercano a las concepciones actuales, la seguridad jurídica apunta a un valor el cual se realiza a través de un conjunto de leyes que se basa en una serie de condiciones que hacen factible la vida social. Según Elías, citado por Soriano la seguridad jurídica demanda:

- 1) la eliminación de la arbitrariedad mediante la implantación de la legalidad y sujeción de los órganos de poder a la misma; 2) El control jurisdiccional de un poder judicial independiente para que todos los órganos de poder se atengan a la



legalidad implantada por el Estado y para restaurar, además, el orden jurídico violado y 3) La presencia de principios jurídicos de seguridad en el ordenamiento jurídico de jerarquización normativa, irretroactividad de las leyes *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, etc., que representan una sucesión de conquistas históricas de la seguridad jurídica de los individuos. (Soriano, 1999, p. 19)

El rasgo esencial de la seguridad jurídica apunta, por lo tanto, a su funcionalidad básica como requisito para la existencia social. En ese sentido, Recaséns (2008) afirma:

El derecho surge precisamente como instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás -certeza-; pero no solo certeza teórica (saber lo que se debe hacer) sino también certeza práctica, es decir, seguridad: saber que esto tendrá forzosamente que ocurrir, porque será impuesto por la fuerza, si es preciso, inexorablemente. El derecho no es puro dictamen, mera máxima, sino norma cierta y de cumplimiento seguro (de imposición inexorable) norma garantizada por el máximo poder social, por el Estado, a cuyo imperio no se podrá escapar. Y es al conjuro de tal necesidad de seguridad, de garantía irrefragable, que surge el derecho. Esta es su motivación primaria, su más honda raíz en la vida humana. (p. 221)

En la opinión del filósofo citado, debe tomarse en cuenta que esto no impide reconocer la importancia de los valores supremos de la estimativa jurídica, como es el caso de valores como la justicia o el bien común -idea compartida por García Lo que se quiere resaltar es el marcado carácter funcional del concepto de seguridad jurídica, que



funciona como principio en el Estado de derecho liberal, el cual expresa una manera específica de concretizar el concepto el deseo de todos los seres racionales de vivir en un mundo en el que saben a qué atenerse respecto a las consecuencias de sus acciones. Ese carácter de funcionalidad de la seguridad jurídica debe tomarse en cuenta cuando este valor entra en colisión con otros valores, especialmente en el contexto del Estado de derecho. Si no existe seguridad jurídica, otros valores no pueden realizarse.

Como es ampliamente conocido, la seguridad jurídica tiene varias acepciones en la teoría y en la filosofía del derecho, según sean los elementos que se quieren enfatizar. Sin embargo, la naturaleza jurídica desde la que se enfocará dicha institución en la investigación aquí planteada será la de *derecho fundamental*, de acuerdo con lo que establece el artículo 2º. de la Constitución Política de la República de Guatemala, sin perjuicio de desarrollar otras concepciones de la seguridad jurídica, pertenecientes a los ámbitos de la teoría y de la filosofía del derecho. Este artículo ordena al 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”. Se busca identificar un sentido profundo de seguridad jurídica, en relación con la totalidad de los derechos reconocidos en la Constitución.

Ahora bien, aunque ya se ha mencionado en páginas anteriores, es necesario explicar por qué la seguridad jurídica no debe limitarse a la certeza jurídica. Hay certeza cuando los agentes saben a qué atenerse; en ese sentido, puede haber una serie de leyes injustas que son respaldadas por sanciones inexorables, de manera tal que los agentes saben que sucederá si actúan de una u otra manera. Sin embargo, la seguridad jurídica es



un valor más amplio, ya que este se basa en el respeto de los derechos fundamentales, lo cual excluye las leyes injustas o ilegítimas.

De este modo, lo que se busca es la seguridad jurídica y no solo la certeza jurídica; la primera incluye a la segunda, siendo más amplia, mientras que la segunda no contiene a la primera. El concepto de seguridad jurídica tiene, en el ámbito contemporáneo, un sentido amplio que será observado en todo este trabajo, en consonancia con el sentido realizativo que es enfatizado por García, y que asume, como es natural, el sentido amplio de seguridad que se supone en la teoría del contrato social.

Siguiendo esta distinción entre seguridad y certeza jurídica, en la vida contemporánea, sujeta a procesos estandarizados, la seguridad jurídica, se vincula con la necesidad de garantizar un orden que provea condiciones objetivas para que los seres humanos se sientan seguros de organizar sus vidas siguiendo sus particulares preferencias y valoraciones. Siguiendo esta línea de argumentación, Soriano (1999) define a la seguridad jurídica de la siguiente manera:

La seguridad jurídica puede ser concebida, en un sentido objetivo, como el conjunto de normas, instituciones y elementos que contribuyen a la certeza y eficacia de los derechos y a la estabilidad social y política. En un sentido subjetivo la seguridad jurídica es el sentimiento de protección que alberga el ciudadano cuando se dan las condiciones objetivas anteriores. (p. 17)



Desde la perspectiva de este trabajo, las principales manifestaciones de la falta de seguridad jurídica en los hechos son: a) el problema de la ignorancia del derecho y su solución jurídica; b) la institución de la cosa juzgada que desarrolla el principio denominado *ne bis in ídem o non bis in ídem*, para evitar una múltiple persecución por un mismo hecho; c) el problema de la irretroactividad de las leyes respecto a los derechos fundamentales y los derechos adquiridos; d) en el Estado constitucional contemporáneo también se toman en cuenta la subjetividad interpretativa del derecho; y e) la presencia de factores sociales y políticos que impiden la independencia judicial; f) la existencia de regulaciones jurídicas y prácticas sociales que niegan los derechos humanos y g) la inseguridad respecto a la posesión de los satisfactores mínimos que garantizan una vida digna.

Ya en un sentido más restringido, la certeza del derecho, esto es, el sentido orientativo de la seguridad jurídica se logra permitiendo que se desarrollen y respeten por lo menos, los siguientes aspectos:

- a. La garantía del respeto de la división de poderes, que permite la operativización de un sistema de pesos y contrapesos concebida conceptualmente por Montesquieu, la supremacía constitucional y la jerarquía normativa como controles del ejercicio del poder y un orden de prelación de las normas jurídicas.
- b. La observancia del proceso de formación de la ley hasta su promulgación (publicidad) para que sea conocida por sus destinatarios para que pueda ser cumplida;



- c. El uso de un lenguaje claro y comprensible para que los destinatarios puedan cumplirlas, evitando la indeterminación, vaguedad y ambigüedad, al respecto la Comisión para la Modernización del lenguaje Jurídico del Gobierno de España y Ministerio de Justicia, señalaron que:

Uno de los hechos lingüísticos que establecen una barrera, cuando no una sima, entre la formulación de las leyes y su comprensión por parte del ciudadano reside en una tradición inveterada que afecta a la sintaxis de los enunciados, a la configuración de los párrafos y a la conexión textual... Una estructura tradicional de las leyes un tanto alejada del resto de los textos que maneja el ciudadano; la longitud y complejidad en la construcción de oraciones, períodos, párrafos; la manera de ensamblarlos con marcadores de discurso y expresiones obsoletas; las particulares formas de denotar y referirse a hechos, conceptos y objetos... contribuyen a que el ciudadano se pierda como si estuviera en los laberínticos callejones de una ciudadela. El resultado es siempre el mismo: el ciudadano no entiende, ni en el nivel más bajo de comprensión, lo que esas leyes que garantizan sus derechos y formulan sus obligaciones. (p.7)

El respeto pleno al principio de legalidad en todos los ámbitos, como dice Pedro Salazar citado por Islas Montes (2009)

[...] en un Estado de derecho moderno, no basta con la existencia de normas jurídicas y con el apego a las mismas por parte de quién(es) detenta(n) el poder político, sino que es necesario, para garantizar efectivamente el imperio de la



legalidad, que esas normas cuenten con una serie de características en su origen y estructura... y que sean aplicadas respetando determinados criterios [...] (p. 103)

Asimismo, no únicamente la observancia de la legalidad por parte de los poderes del Estado sino de los administrados, bajo la premisa constitucional del artículo 5 que establece que toda persona puede hacer lo que la ley no le prohíbe, en este caso el quebrantamiento de la Ley debe estar explícitamente regulado para considerarlo así (lex previa), contrario sensu al servidor público que solo puede hacer lo que la ley le ordena;

- d. La estabilidad del derecho, es decir para que exista seguridad jurídica, debe existir estabilidad del derecho, no cambiar aceleradamente para afianzarse sus principios, según Ávila citado por sí mismo (2013):

Para poder confiar en el Derecho, es necesario conocerlo; de ese modo, el conocimiento del Derecho es un presupuesto para que sea estable; no obstante, un Derecho que cambia con frecuencia y, por ello, es inestable, difícilmente puede conocerse bien; así, la estabilidad del Derecho es una condición para que sea cognoscible. De esa forma, conocer el Derecho es un presupuesto para su estabilidad, pero su estabilidad también es condición para su conocimiento. Esta interpenetración impregna los elementos de la seguridad jurídica. (p.6)



Evitar los cambios constantes de normas jurídicas para promover la confianza de los ciudadanos;

- e. La garantía de la independencia judicial con relación al Estado y poderosas entidades sociales, para fortalecer la confianza en el derecho;
- f. La observancia del debido proceso y garantías que impiden el abuso de poder por parte del Estado y el abuso del derecho por organizaciones nacionales o internacionales que funcionan con tráfico de influencias;
- g. El adecuado uso, difusión y control de las nuevas tecnologías que promueven la intrusión en la vida privada de los ciudadanos;
- h. La sujeción de los poderes gubernamentales a las obligaciones que les exigen los derechos intrínsecos de los miembros de la sociedad, como es el caso de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Basándose en estos factores, se puede notar que la incidencia en el Estado de derecho, de los problemas que afectan a la seguridad jurídica son, en esencia, la ideologización e instrumentalización del derecho y los abusos tanto del legislador como del juzgador, en la determinación del contenido y en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas; esto, además, del incremento de las competencias del Estado en el sentido de disminuir las libertades de los ciudadanos y expandir el *ius imperium* más allá de lo



necesario, lo cual conduce a un grave menoscabo en las garantías de los derechos fundamentales.

Finalmente, se debe mencionar la inobservancia de los derechos que garantizan un nivel mínimo de vida. En esta dirección, se debe tematizar la inobservancia de los derechos fundamentales que surge de los inmensos poderes sociales, de naturaleza no estatal, que aún no son reconocidos de manera clara en diversos ordenamientos jurídicos. Como se verá en este trabajo, esta es una de las tareas fundamentales de la teoría jurídica contemporánea.

En este sentido, la seguridad jurídica es un ideal social y político que le proporciona amplia funcionalidad al derecho y sobre la cual gravita toda la validez y eficacia de este; sin embargo, no siempre es plenamente eficaz por razones extrajurídicas, por ejemplo, con una sentencia injusta o una ley con efecto retroactivo, o una mala costumbre arraigada en una sociedad, como la tendencia a ignorar a grupos de ciudadanos cuando se trata de buscar el bien común. Se debe encontrar una solución a este problema, debido a que el mismo derecho no puede alcanzar sus máximos fines sin tomar en cuenta el requerimiento, absolutamente básico, de seguridad jurídica, en su sentido amplio e integral, y no solo en la dirección de la certeza del derecho y sus leyes y regulaciones.

1.5. Los problemas de la seguridad jurídica en la actualidad

Como se ha insistido, la necesidad de seguridad es un atributo general de todos los seres humanos en tanto estos son entidades racionales que necesitan un ambiente



más o menos estable dentro del cual establecer sus planes de vida. Estos precisan de un ambiente en el cual puedan establecerse pautas de conducta que lleven a un mínimo los diferentes tipos de riesgo que pueden afectarlos, especialmente en el ejercicio de sus derechos fundamentales, los cuales suponen un piso mínimo de vida material. En el reino humano, la seguridad, con las características que supone cada momento de la evolución humana, ha sido objeto de búsqueda constante por parte de todas las sociedades que han existido a través de la historia. Esta aspiración, por lo tanto, depende del nivel de civilización alcanzado por la humanidad en un momento determinado de su desarrollo.

En las sociedades contemporáneas, sin embargo, el valor seguridad jurídica se ve cuestionada desde diferentes perspectivas, desde la falta de un ambiente adecuado para la actividad económica, hasta la inexistencia de un grado básico de certeza para la vida de las personas. En consecuencia, defender la seguridad jurídica exige prestar atención a todos estos desafíos, en la manera más integral que sea posible. Lamentablemente esta demanda aún no es reconocida plenamente en muchos países. En nuestro medio, por ejemplo, se insiste unilateralmente en la certeza jurídica, necesaria para la seguridad económica de las empresas e individuos, pero se hace caso omiso de otras dimensiones, en particular, la de la seguridad general de los derechos humanos de todos los miembros de la sociedad.

En este contexto, se da el caso de gobiernos que cambian los términos de su actividad económica, como es el caso del gobierno de Donald Trump en los Estados Unidos de América, el cual ha dictado medidas arancelarias que han llevado a una especie de guerra comercial con países como China y Rusia. En segundo lugar, el



carácter abierto del ejercicio constitucional está sujeto a procesos interpretativos en los cuales los agentes sociales no pueden prever con certeza las consecuencias jurídicas de sus acciones. En tercer lugar, no puede desdeñarse tampoco la nueva presión que ejercen los medios de comunicación, los cuales condenan a las personas, empresas e instituciones que se atreven a ir en contra de sentimientos populistas. En cuarto término, las tecnologías actuales hacen sentirse inseguros a los usuarios de Internet y las redes sociales (por ejemplo, Facebook, Twitter). En quinto lugar, se ha impuesto una política penal basada en medidas que violan el debido proceso, la presunción de inocencia, la excepcionalidad de la prisión, el invento de la prisión provisional mientras se escucha la declaración de un detenido y otras medidas supuestamente dirigidas a garantizar la seguridad de la ciudadanía. Finalmente, el Estado ha perdido su función garantista con respecto a los derechos sociales, los cuales no se pueden realizar debido a la notoria debilidad del Estado en la época contemporánea, especialmente frente a la carencia de recursos y la obligatoria austeridad. El resultado ha sido una desigualdad escandalosa que pone en cuestión la misma estabilidad que debiera ser un atributo del sistema social.

Asimismo, un gobierno penetrado por la corrupción no puede garantizar la seguridad jurídica y, desde luego, la certeza jurídica. En efecto, los poderes corruptos actúan con base en las prebendas que les aseguran los contactos respectivos. De esta manera, el que respeta las leyes se encuentra, paradójicamente en una situación de desventaja, a menos que se decida también a jugar de manera ilegal, con lo que a su vez se desmotiva la competitividad y la profesionalización. Sin embargo, cuando un número de actores actúan de esta manera, el Estado de derecho pierde su sentido y razón de



ser, pues no promueve el desarrollo integral y los demás derechos fundamentales para los cuales se organiza.

En un mundo inseguro se pierde la posibilidad de esperar una regularidad aceptable en el curso de las actividades humanas y, por lo tanto, los derechos fundamentales no pueden estar garantizados. Por lo tanto, la seguridad jurídica es la legítima aspiración del derecho como instrumento para alcanzar la paz, la justicia y el bien común. La seguridad jurídica crea confianza en la vida social e individual de las personas y potencia el desarrollo, este es el aspecto en que dicha institución desempeña su función con mayor relevancia y plenitud. No puede haber seguridad ciudadana si no existe una cultura de confianza. La confianza, en efecto, es capital social, sin el cual el desarrollo no se puede alcanzar prácticamente ningún fin ni objetivo.

En este sentido, pues, la satisfacción de la necesidad de seguridad jurídica no depende solo de un sistema estable de leyes, sino que también se relaciona con la misma racionalidad del desarrollo de las sociedades humanas y las leyes y principios normativos que regulan los procesos sociales. Depende, además, de sujetar al gobierno para que respete, de manera integral, los derechos de sus ciudadanos. De este modo, lo que ahora se denomina, con plena conciencia, seguridad jurídica es una función que cambia, según las transformaciones del derecho, como lo prueba el simple hecho de que se necesita estar en control de las tecnologías que pueden irrumpir en la vida privada de los ciudadanos, esto es, el área en el que estos ejercen su libertad y de la formación de opinión basada en información verdadera o creada para impactar en las masas conforme



al interés de quien promueve dicha información. En ese sentido, el ya citado Pérez (2000) vincula la necesidad de seguridad con el desarrollo del derecho, cuando escribe:

Si se parte de que las necesidades radicales humanas constituyen el soporte antropológico de todo valor, no entraña dificultad llegar a inferir que la lucha por la satisfacción de la necesidad de seguridad haya sido uno de los principios motores de la historia jurídica. La seguridad en cuanto valor jurídico no es algo que se dé espontáneamente, y con idéntico sentido de intensidad, en los distintitos sistemas normativos. Su función y alcance dependerá de las luchas políticas y las vicisitudes culturales de cada tipo de sociedad. (pp. 25-26)

Lo anterior implica que la seguridad que brinda el derecho se hace más necesaria en las sociedades modernas, en la medida en que las colectividades modernas son entidades que dependen de la coordinación más o menos precisa de las acciones de una gran cantidad de agentes, individuales y colectivos, organizados institucionalmente. De la misma manera en que cualquier imprevisto afecta el desarrollo de las actividades humanas, un sistema legal sin certeza no puede garantizar un funcionamiento real de los sistemas sociales de la economía, la tecnología, etcétera.

La economía moderna, por ejemplo, maneja ingentes inversiones que necesitan un mínimo de seguridad jurídica por lo que un fallo en el funcionamiento de una actividad social puede incidir en problemas en otras áreas de la vida social. Sin embargo, los habitantes del país también necesitan estar seguros de que los empleadores les respetaran sus derechos. La obstrucción de un sector de la vida económica puede incidir,



por ejemplo, en la satisfacción de necesidades básicas vinculadas a la ocupación y el empleo.³ De este modo, si no se protege dentro de límites razonables la propiedad intelectual, entonces se perderán algunos de los incentivos que permiten la innovación productiva y la apertura de nuevas fuentes de empleo.

Desde el siglo XVIII, la conciencia de que se debe respetar la seguridad jurídica reposa sobre la conciencia de que el sistema reconoce ciertos derechos básicos, en particular, la idea de que los individuos deben tener acceso a los frutos de su esfuerzo, en especial, los que se cristalizan en la propiedad privada. En esta dirección es preciso reconocer que la seguridad jurídica supone un sistema en el cual se necesita del concurso de voluntades libres y racionales. Por esta razón, Pérez (2000) afirma que la “formación conceptual de la seguridad jurídica, como la de otras importantes categorías de la filosofía y la teoría del derecho, no ha sido la consecuencia de una elaboración lógica, sino el resultado de las conquistas políticas de la sociedad” (p. 25).

En consecuencia, la seguridad jurídica debe entenderse hoy en día, en función de la idea de los derechos humanos que le da forma al Estado constitucional o de derecho, incluyendo desde luego el objetivo de la certeza jurídica. Los derechos humanos han evolucionado y ya no pueden reducirse a los individuales. De otra manera, no se puede garantizar la seguridad jurídica en el sentido amplio que se necesita en la actualidad

³ Las actividades actuales requieren de precisión. Un producto perecedero, por ejemplo, necesita la certeza de que las vías de comunicación se encuentren siempre abiertas, como lo sabe el vendedor o transportista de alimentos cuyo producto se puede echar a perder en un bloqueo de carreteras. La exigencia del respeto a la libertad de movilización no es un capricho, sino una necesidad sentida de los agentes económicos.



1.6. La seguridad jurídica en Guatemala

Guatemala es un país con marcados problemas en el terreno de la realización de los derechos y valores constitucionales, y, por lo tanto, no posee una tradición de existencia de seguridad jurídica. Debe reconocerse, sin embargo, que una gran cantidad de países enfrentan esta problemática general. Sin embargo, es necesario plantear una evaluación general de la seguridad jurídica en este país, con el fin de contextualizar esta investigación.

De hecho, durante gran parte de nuestra existencia como Estado, se ha experimentado la inestabilidad que se debe a la escasa cultura de cumplimiento del derecho. Esta carencia empero las condiciones sociales de existencia, de cuya situación lamentable dan cuenta los indicadores elaborados por instituciones dedicada a la investigación social. Las investigaciones históricas también demuestran, con suficiencia, este hecho.

Ha habido insistencia para que se garantice dicha seguridad, así como la certeza, pero dichos esfuerzos no han sido llevados a cabo de manera integral, de manera que se incluyan a todos los sectores del país. En general, los sectores empresariales exigen la realización de dicho valor, pero no puede negarse que su demanda es generalizada para toda la sociedad. En efecto, se necesita empleo para poder generar los recursos que la sociedad necesita para existir dignamente, pero también se necesita para que el empleado vea satisfechos sus derechos laborales, etc. La seguridad jurídica no es un privilegio de una sola clase social, sino una condición para la existencia de un régimen



en el que privan los valores constitucionales que giran alrededor de la dignidad humana y el bien común y, en general, los derechos exigidos por estos valores fundamentales, en especial el valor dignidad humana.

La seguridad jurídica debe aclararse debido a que existen muchos conflictos, de los cuales se informa día a día en los medios de comunicación. Como es evidente, estos problemas suelen relacionarse con la propiedad y con la explotación de los recursos naturales, así como con la utilización cuestionable del derecho penal como modalidad de control social. La necesidad de la seguridad jurídica, sin embargo, cubre todas las facetas de la vida social en la medida en que esta hace posible una realización balanceada de los intereses de los miembros de la sociedad respectiva. Por esta razón todo intento de incrementar el nivel de seguridad jurídica de una sociedad debe contemplar los diferentes aspectos que esta implica en la situación actual. Como en otros casos, los conceptos jurídicos deben examinarse continuamente a la luz de las circunstancias históricas de la vida colectiva a los que se aplican.

El conocimiento de estos aspectos ayuda a obtener una visión más exacta de tal concepto, el cual ha sido un tanto olvidado en el actual proceso de constitucionalización de los órdenes jurídicos. Sin embargo, se debe reconocer, que la seguridad jurídica es un rasgo axiológico que es hoy más necesario que nunca, especialmente frente a los grandes conflictos que atraviesan sociedades como la guatemalteca, así como los retos de transparencia y gobernanza, intensificados en la última década.



De este modo, la reflexión histórica que se aborda en el siguiente capítulo ayuda en la tarea de entender los problemas que enfrenta la seguridad jurídica actual. Este ejercicio de reflexión se complementa con un análisis axiológico de dicho valor.



Capítulo II

La seguridad jurídica: consideraciones axiológicas

Como todo concepto en el campo del derecho, la seguridad jurídica posee una historia que ha determinado sus distintas formas de ejercitarse a lo largo de la evolución del derecho. Como es de esperar, dicho desarrollo temporal refleja las condiciones de vida de las sociedades en cada uno de sus momentos históricos. Esto es así aun cuando, como ya se ha señalado en el capítulo anterior, no siempre se haya explicitado la necesidad de la seguridad jurídica como tal.

Con base en un análisis de dicha historia, especialmente en momentos más recientes, es posible entender algunos rasgos axiológicos de la seguridad jurídica. Dicho análisis deja claro, en particular, que no se puede reducir la seguridad jurídica a la certeza del derecho; asimismo se hace evidente que esta no sirve únicamente como valor que funciona para la actividad económica. La seguridad jurídica, en consecuencia, sigue siendo un valor fundamental para el Estado constitucional de derecho y su rol debe ser defendido frente a los continuos peligros en los que se encuentra en la presente etapa del desarrollo del derecho.

El otro propósito de este capítulo consiste en examinar la estructura valorativa de este concepto jurídico. Este análisis, histórico y axiológico, permite captar con mayor precisión las carencias de la seguridad jurídica en la actualidad. Este análisis axiológico se conjunta con el mencionado enfoque histórico para hacer comprensible los



particulares problemas que debe enfrentar la seguridad jurídica para ganar vigencia frente a las amenazas múltiples que la ponen en cuestión en la actualidad. Debe tomarse en cuenta, para entender este proceso, que después de la Segunda Guerra Mundial, el derecho ha pasado del Estado legislativo al Estado constitucional propiamente dicho.

En la primera sección se estudian los antecedentes históricos de la seguridad jurídica. En la segunda, se procede a investigar la naturaleza de la seguridad jurídica en el Estado moderno. Posteriormente, en la tercera parte, se analiza propiamente la naturaleza axiológica de la seguridad jurídica. En el cuarto apartado se procede a investigar la serie de problemas que enfrenta la actualidad la seguridad jurídica. El quinto apartado reflexiona brevemente sobre la relación de la seguridad jurídica con otros valores. En esta parte se explica la visión de la seguridad jurídica de García, la cual sigue teniendo mucha importancia para entender algunas de los desafíos que enfrenta este valor en la actualidad. Finalmente, en la sexta sección se realiza una breve reflexión acerca de la relación entre historia y axiología.

2.1. Antecedentes históricos de la seguridad jurídica

Como se ha dicho varias veces, el derecho es una realidad histórica que, en las diferentes culturas y sociedades, se ve sujeta a múltiples presiones de transformación. Estas mutaciones están influenciadas por la forma en que los seres humanos se ven a sí mismos; esta comprensión que los seres humanos tienen de sí mismos se transforma a lo largo de la historia. Por esta razón, para comprender los problemas actuales de la seguridad jurídica es necesario plantear una breve excursión histórica que tenga como



tema los antecedentes de este valor jurídico. Ya se ha mencionado atrás que la seguridad es una necesidad humana, hipótesis que puede guiar las reflexiones de este apartado.

Prescindiendo de las obvias referencias a la seguridad general en los tiempos primitivos, se puede decir que la seguridad jurídica está relacionada con el surgimiento de un derecho que tiene como función aclarar los términos en los que debe desenvolverse la vida social. Para lograr este objetivo, el derecho y sus normas intentan manifestarse de una manera accesible a todos, de manera que los miembros de la sociedad puedan tener una idea más o menos precisa de las consecuencias de sus acciones, así como de las estructuras normativas de cumplimiento obligatorio que les benefician. Por esta razón, la seguridad jurídica propiamente dicha necesita de un aparato institucional que administre la fuerza legítima. En la época moderna este aparato lo constituye el Estado, como ha quedado claro a partir de la obra del sociólogo alemán Max Weber.

Desde luego, las primeras manifestaciones de la seguridad jurídica no tienen que ser justas en el sentido actual con el que concebimos esta noción; a lo largo de la historia, el derecho entonces vigente ha establecido castigos y disposiciones que ahora parecerían sumamente injustas y arbitrarias. Como se ha dicho, el derecho es una realidad evolutiva y los niveles de racionalidad de la época moderna han sido producto del desarrollo histórico de las sociedades humanas, las cuales en la actualidad se rigen por los ideales del conocimiento científico. El reconocimiento de la justicia y los derechos humanos se basa en un proceso de transformaciones que a veces toman la forma de revoluciones.



Siguiendo esta línea de argumentación resulta claro que, entre los antecedentes históricos de la seguridad jurídica, como orden objetivo, se pueden mencionar las tablas del rey sumerio Hammurabi. Este documento contiene 282 reglas que establecen no solo penas y castigos, sino también regulaciones comerciales, así como multas por diferentes tipos de faltas. Posteriormente, ya en el mundo de la cultura romana, hace su aparición la Ley de las XII Tablas, las cuales constituyen un antecedente fundamental dentro de la época inicial del derecho romano.

Es racional pensar que la creación de dichos documentos legales estaba relacionada con la idea de que las sociedades respectivas tuviesen conciencia del marco normativo dentro del cual se podían evaluar las consecuencias de sus acciones. Esto confirma la idea de que la ley debidamente promulgada es un instrumento adecuado para garantizar la seguridad jurídica, en el sentido primordial de seguridad jurídica, pero también incluyendo la especificación de derechos y obligaciones que no pueden ser ignorados de manera impune. La misma forma del código realiza el deseo de crear un cuerpo normativo racional, fácilmente manejable, el cual no pueda ser acusado de arbitrariedad.

Prosiguiendo en el tema, se puede decir que desde tiempos antiguos existe una conciencia de que el gobierno de las leyes es superior al gobierno de los hombres. De este modo, se establece un sentido de observancia de la ley. En este sentido, Platón (citado en García, 1989) afirma que “en la ciudad donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de esa ley, veo realizada su salvación y todos los bienes que otorgan los dioses a las ciudades” (p. 17). Se puede ver, en consecuencia,



que las leyes siempre ha sido fuente de seguridad jurídica, aun cuando el mismo concepto de ley ha variado a través de la historia.

Siguiendo esta evolución histórica, la idea del gobierno de las leyes se confirma con el discípulo de Platón, Aristóteles, pensador que imprime su particular sello sobre la seguridad jurídica. Como lo resume Contreras (2014), Aristóteles vincula «el “gobierno de las leyes” con el imperio de la razón y el “gobierno de los hombres” con el de las pasiones» (p. 37). Según Contreras, esta idea del gobierno de las leyes es reconocida como un antecedente histórico del Estado de derecho, el cual, como ya ha sido recalcado con anterioridad, garantiza la seguridad jurídica en su sentido pleno.

Por su parte, en el mundo romano, la necesidad de las leyes promulgadas, de naturaleza permanente, se conoce desde muy temprano. Ya hemos mencionado la Ley de las XII Tablas. Sin embargo, citamos de nuevo a Pérez (1992) quien resume el desarrollo de la seguridad jurídica en el mundo romano en el párrafo que se cita a continuación:

La génesis del *ius civile* tiene lugar en Roma a través de un acto de afirmación de la seguridad jurídica. Tras el fin de la Monarquía, en los primeros tiempos de la República, la creación, aplicación y conocimiento del derecho era un privilegio de la clase patricia, ejercido por el Colegio de los Pontífices. El derecho constituía un arcano para el pueblo, al ser monopolizado por los patricios, quienes lo utilizaban con absoluta e impune arbitrariedad. Una de las reivindicaciones básicas de los plebeyos en su lucha por la igualdad política y jurídica fue el acceso al conocimiento



de las leyes, a través de su publicidad. El año 462 a.C., el tribuno Terentio Arsa propuso que se eligieran cinco hombres que redactasen un código de leyes que reglamentara la administración de la justicia. Tras vencer la larga y tenaz oposición de los patricios (la ejecución del proyecto se retrasó ocho años) finalmente, el nuevo código se grabó en Doce Tablas, que fueron expuestas en el Foro para que todos pudieran conocer las leyes. (p. 277)

En la Edad Media, se van generando nuevas modalidades de seguridad dentro del derecho. Debe notarse, que en el feudalismo existe una protección mutua entre el vasallo y su señor. El señor feudal garantiza la protección y el sustento del vasallo; este se compromete a pelear en favor de su señor. En este contexto, se van generando pactos entre los reyes y señores y sus vasallos e inferiores. Estos pactos se consolidaban en la costumbre jurídica (la cual todavía juega un papel importante en el derecho, especialmente en el internacional). Por esta razón, hay seguridad jurídica, aunque no en el sentido moderno. Como lo apunta Peces-Barba (1990):

La unidad en la interpretación del mundo y de la vida que produce el monopolio de la Iglesia católica en el ámbito de la fe y de las creencias y del imperialismo de la Teología en relación con todas las demás formas de conocimiento humano permite que todos sepan a qué atenerse sobre su destino último, sobre el camino para llegar a él, y difumina las incertidumbres. Los temores y las dudas. En cambio. Visto desde un punto de vista moderno, el derecho de aquel tiempo no genera seguridad. El pluralismo de fuentes, el entrecruzamiento de competencias, una creatividad judicial sin norma previa buscando el «id quod iustum est» en el caso



concreto y sobre todo la falta de un poder capaz de imponer sus normas jurídicas no permite hablar de certeza ni de ausencia de temor. (p. 216)

Generalmente, se considera el año del 2015 como referente fundamental con la Carta Magna en la que el rey inglés Juan Sin Tierra reconoce derechos, como el de *habeas corpus* a los nobles de su reino. Es evidente que entonces se empieza a consolidar el marco constitucional como modelo de control del poder arbitrario de los monarcas, señalando así un claro hito en el desarrollo del derecho público.

La seguridad jurídica aumenta su relevancia con el apareamiento del poder organizativo del Estado. Se toma conciencia de la estructura de este y, aunque al principio se manifiesta en su forma absolutista, la idea del Estado ira a tomar con el tiempo su actual tendencia hacia la democracia y el gobierno de las leyes. Es necesario, además, tomar en cuenta que la época de surgimiento del Estado coincide con el desarrollo del sistema de propiedad privada, el cual exige condiciones seguras para su consolidación, así como reglas claras para el intercambio comercial.

2.2. La seguridad jurídica en el Estado moderno

La noción de seguridad jurídica encuentra sus perfiles como se conocen hoy en día al comienzo de la Edad Moderna. A medida que se rompe el orden medieval, basado en el predominio de la visión cristiana, el ser humano comprende que él mismo es el creador de las instituciones que rigen su vida. De manera paulatina, va ganando auge la



idea del hombre como un ser racional, el cual puede conocerse a sí mismo y el mundo en derredor.

La visión religiosa del mundo cede su preeminencia a una perspectiva en la cual el hombre aparece ante sí como un ser dotado de dignidad. Estas ideas, propias del Renacimiento, irán generando la necesidad de que la seguridad se alcance en un sistema político basado en la razón, en el que domina la justicia y los derechos intrínsecos de los miembros de la raza humana. No es casual, por lo tanto, que en esta época surjan nociones como las del Estado y la soberanía. Es el tiempo de consolidación de las naciones-Estado.

La seguridad jurídica se convierte en una categoría fundamental del pensamiento moderno, el cual trata de construir órdenes políticos que se hayan sujetos a los imperativos que surgen del contrato social. Como se ha visto, esta surge en la misma necesidad de establecer el Contrato Social, una de las ideas fundamentales de la modernidad política y jurídica. El ser humano es un ente racional y el orden en que decide vivir surge de su propia reflexión y conveniencia. En ese sentido, la seguridad jurídica moderna supone al Estado, como orden institucional que concentra el ejercicio del poder legítimo y que se constituye en fuente fundamental de la ley.

Como tal, la seguridad jurídica se hace evidente en el pensamiento de los autores de la idea del contrato social, entre los cuales destacan los ingleses Thomas Hobbes (1588-1679) y John Locke (1632-1704) así como el ginebrino Jean Jacques Rousseau (1712-1778). Los pensamientos y enfoques de estos destacados intelectuales, desde



luego, se ven sometidos a la evolución propia de los distintos momentos históricos en las sociedades europeas y americanas. Estas ideas encontrarán su camino definitivo en la Revolución francesa, especialmente Rousseau y, en la Independencia de los Estados Unidos de América, especialmente Locke. En este sentido, la difusión mundial de estas ideas tenía que esperar todas las transformaciones y conflictos del siglo XIX.

Corresponde a Hobbes (citado por Contreras, 2014) la creación de la tradición contractual debido a que es la manera en la que se puede escapar de un Estado de naturaleza en el cual priva la violencia general y en el cual no puede existir seguridad de nada. Bajo los términos de este contrato fundante, los seres humanos renuncian a la lucha de todos contra todos y se someten a un gobernante que no es responsable frente a los súbditos. En la famosa formulación del pensador inglés acerca del Estado de naturaleza:

En una situación tal no hay lugar para la industria, ya que su fruto es incierto. Por consiguiente, no hay cultivo de la tierra ni navegación ni uso de los artículos que pueden ser importados por mar ni construcciones confortables... no hay cómputo del tiempo ni artes ni letras ni sociedad; y, lo que es peor de todo, existe continuo temor y peligro de muerte violenta, y la vida del hombre [es] solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve. (p. 105)

Para salir de ese orden violento e incierto, se organiza un contrato social el cual garantiza una seguridad jurídica precaria, basada en el total sometimiento a un poder que no es más que el que se encarna en un gobernante irresponsable ante sus súbditos. Ese



terrible poder se revela el nombre que Hobbes le adjudica al Estado, Leviatán, el cual es precisamente un monstruo demoniaco que aparece en las Sagradas Escrituras. Se puede adivinar que Hobbes ya piensa en el monarca de los Estados absolutos cuyo derribamiento corresponderá a la Revolución francesa, aunque el proceso llevará, especialmente en Europa, una gran parte del siglo XIX.

Con John Locke se avanza más en la concepción de la seguridad jurídica, debido a que con él se hace evidente que el Estado se hace para proteger la vida, la libertad y la propiedad, es decir, el orden civil surge para garantizar la seguridad en el goce de estos bienes; no se trata tan solo de la certeza jurídica. Este autor mantiene una idea más positiva de la naturaleza humana. Los seres humanos tienen derechos naturales que ya son reconocidos en el Estado de naturaleza. Los seres humanos entran en el orden civil por razones de pura conveniencia, para hacer más fácil la protección de los derechos, los cuales causarían mucho perjuicio si estuviesen en manos de cada quien. Como lo señala Contreras (2014) “el Estado está al servicio de la libertad: se trata de perfeccionar la libertad de que ya gozaban los hombres en el estado natural, no de destruirla” (p. 126). En este sentido “será preciso desarrollar mecanismos que permitan que las órdenes del soberano se correspondan con la voluntad de la mayoría” (Contreras, 2014, p. 127).

Con este pensador, el Estado promueve el bien y la conveniencia de los que entran en el contrato, pero con la cláusula básica de que no se violarán los derechos de los individuos, los cuales constituyen los límites infranqueables de la acción del Estado. Se puede ver en la posición de Locke, los postulados centrales del sistema liberal, el cual se orienta inicialmente a la consolidación de las posturas de la emergente clase capitalista,



especialmente en lo que concierne al respeto de los derechos fundamentales de los individuos, en especial, el derecho a la propiedad privada y a la libertad.

Lo dicho muestra que la seguridad jurídica se engarza con el surgimiento del Estado en su interpretación contractualista. Antes de este, no se puede hablar de seguridad jurídica, puesto que cada grupo, cada individuo, cada pueblo asegura su existencia de la manera que le es posible. No existe referencia a un orden legal del cual puedan emanar normas que sujeten a los actores a obligaciones y los beneficien con deberes. En ese sentido, Pérez (1992) remarca las ideas expresadas:

La apelación al valor de la seguridad como presupuesto y función de derecho y del Estado será un lugar común en la tradición contractualista. Desde sus premisas se explica el origen de las instituciones políticas y jurídicas a partir de la exigencia – empírica o racional, utilitaria o ética, a temor de las diversas interpretaciones del estado de la naturaleza y el pacto social– de abandonar una situación en la que el hombre posee una ilimitada (aunque insegura) libertad, a otra de libertad limitada, pero protegida y garantizada. Hobbes, Puffendorf, Locke, Kant, así como la gran mayoría de contractualistas, concebirán el tránsito desde el estado de la naturaleza a la sociedad como la superación del *ius incertum* y su conversión en estado de seguridad. (p. 278)

Sin embargo, Pérez parece reparar mucho en la certeza jurídica. En efecto, la cita anterior prosigue así:



Tras el pacto social los sujetos contratantes sabrán a qué atenerse, les será posible calcular las consecuencias de sus actos y prever los beneficios del ejercicio de sus derechos, ahora tutelados. Incluso Rousseau, pese a su nostalgia por la simplicidad e inocencia del estado natural, reconoce que la mudanza de la libertad natural en libertad civil regulada por la voluntad y general supone la transformación del individuo de “animal estúpido y limitado” en un “ser inteligente y humano”. Rousseau, que había responsabilizado a las leyes positivas de haber destruido la libertad natural, termina por reconocerles su función de garantía de la justicia y la libertad en la convivencia social. (p. 278)

Sin embargo, Pérez también reconoce la tutela de los derechos. Es este el sentido realizativo de la seguridad jurídica, esclarecido por García. En la época actual del constitucionalismo, la seguridad jurídica implica el respeto y aseguramiento de los derechos fundamentales.

Prosiguiendo con nuestro análisis se puede decir que la seguridad jurídica es uno de los logros fundamentales del Código Napoleónico de 1804. Se crea entonces un cuerpo normativo con intención de plenitud normativa que se constituirá en una aspiración general para las sociedades occidentales. Como lo dice el jurista colombiano López (2011):

Con anterioridad a la Revolución francesa de 1789 no se aplicaba el principio de seguridad jurídica, por cuanto se presentaban irregularidades al impartir justicia a los ciudadanos, marcadas en una excesiva parsimonia en los procesos por parte



de los jueces, quienes eran designados de acuerdo con las conveniencias del reino. De igual manera, los juzgadores decidían las controversias basados en los intereses del monarca y los miembros del reino, sumado al temor de aquellos, porque al no seguir las instrucciones del rey, eran castigados con la muerte. En respuesta a las mencionadas anomalías, nace la Revolución Francesa que trajo consigo la Declaración de Derechos de 1,789, la Constitución de 1,791 y el Código Civil Francés de 1.804, en los cuales se implementa el principio de seguridad jurídica. Uno de los fines primordiales de la citada revolución era organizar el sistema jurídico que operaba en aquella época, ubicando al individuo como sujeto de derechos sin discriminación alguna, y donde prime la supremacía de sus derechos. (p. 121)

Con este código, fruto de la racionalidad francesa, se desarrolla la creencia de que puede obtenerse un sistema de normas dotado de racionalidad y de plenitud jurídica. Esta visión general hace posible la creencia, expresada por el barón de Montesquieu, según la cual el juez solo puede operar como “boca de ley”. La seguridad jurídica se logra hasta el punto de que, aparentemente, la interpretación jurídica se hace innecesaria, solo se necesita descubrir el verdadero sentido de la ley. Se necesita en todo caso la exégesis de dichos sistemas normativos, los cuales gozan de plenitud jurídica dado que proveen una solución para cada caso que se les plantee.

De manera progresiva se va creando el Estado de derecho, el cual expresa el máximo de racionalidad del derecho. Según Böckenförde (2000) “la idea de Estado de derecho es una construcción de la intelectualidad jurídica alemana” (p. 18). Este autor



sostiene que tal noción fue usada por primera vez por Carl Th. Welcker, en un trabajo publicado en 1813 (Böckenförde, 2000, p. 19). Según Böckenförde:

El Estado de derecho es el Estado del derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional. (Böckenförde, 2000, p. 19)

La seguridad jurídica, por lo tanto, es una exigencia del desarrollo de la racionalidad jurídica, y como tal debe considerarse en la actualidad.

A las disquisiciones del jurista alemán debe unirse el ideal que trata de realizarse con la mentalidad codificadora del derecho que se hace presente en el mundo francés. Evidentemente, el Estado moderno, al brindar la importancia que merece a la libertad, busca que la libertad de cada uno se puede conciliar con la de los demás. Se deben crear sistemas en los que la libertad individual sea compatible con igual libertad para los demás. Pare evitar la confusión las codificaciones se prestan como expresiones de un derecho estatal que asegura un ambiente estable para el desarrollo de sus diversas actividades.

Es sintomático que la necesidad de la seguridad jurídica se manifieste en los comienzos del mundo liberal y capitalista. La seguridad jurídica es uno de los objetivos del Estado de derecho, en el cual se necesitan reglas claras y valederas para todos los miembros de la sociedad. La seguridad jurídica proscribire toda forma de arbitrariedad y abuso del poder. Hace realidad el orden y la estabilidad jurídica de las personas y del



Estado, por medio del ordenamiento jurídico. Estos objetivos son necesarios para que la clase burguesa, que entonces empieza su dominio histórico en el mundo occidental, pueda crecer y consolidar sus intereses económicos.

De este modo, ya en los tiempos de la modernidad, período en el cual el ser humano asumen su racionalidad, se genera el concepto de Estado en un sentido contemporáneo. La seguridad jurídica, por lo tanto, es una institución inescindible del Estado de derecho, pues solo en un aparato institucional de tal naturaleza y magnitud es posible que la seguridad jurídica no solo sea operativa y efectiva, sino que adquiera pleno sentido. En los Estados totalitarios o autocráticos en los cuales el poder se concentra en un solo órgano o en un solo individuo (esto puede darse, aunque exista una Constitución que regule formalmente la división de poderes, en el caso se le denomina una *Constitución semántica*) la institución de la seguridad jurídica, especialmente como garantía fundamental ni es operativa ni es efectiva, pues en estos Estados predomina el arbitrio de quien se encuentra en el poder. Algunas veces, el denominado terrorismo de Estado prevalece sobre cualquier derecho fundamental, aunque su Constitución los regule de forma semántica. La seguridad jurídica, por lo tanto, es un rasgo que debe verificarse, de manera real, dentro de un Estado constitucional de derecho.

2.3. La seguridad jurídica como valor

El desarrollo del concepto del valor seguridad jurídica no puede captarse plenamente sin prestar atención a investigaciones filosóficas que han tomado lugar durante la historia filosófica relativamente reciente, que desde Kant hasta Rudolf Herman



Lotze (1817-1881) no se había hecho explícito. Para De la Torre (2005) Lotze “es el filósofo que hace explícita por primera vez la escisión del ser y el valor, inaugurando con ello la reflexión autónoma del valor y la moderna filosofía de los valores” (p. 35)

De aquella moderna filosofía de los valores se permite estudiar de manera autónoma los valores en general distinguiéndole del ser. Antes de las reflexiones de este pensador germano, el valor se consideraba como dimensión del ser, como lo muestra el caso de Platón, para quien la idea del Bien constituye el fundamento del reino de las ideas. Se planteaba la reflexión acerca de valores concretos, y no del valor como un concepto en sí mismo.

El interés por los valores se prolonga a través de otros pensadores, especialmente de origen alemán, como es el caso de Edmund Husserl, Nicolai Hartmann y, ante todo, Max Scheler. Estos intelectuales, destacados exponentes de la corriente filosófica conocida como “fenomenología”, marcan el desarrollo de la reflexión sobre la forma en que captamos los valores, creando doctrinas de enorme influencia, como la del objetivismo axiológico, la cual sostiene que los valores tienen una existencia objetiva, pero son aprehensibles a través de una intuición especial del ser humano.⁴

Así, pues, se puede acordar que la teoría de los valores en la filosofía surge en la filosofía de lengua alemana, fenómeno que va a incidir en el posterior desarrollo de la filosofía del derecho constitucional, la cual toma en cuenta los logros jurisprudenciales

⁴ La fenomenología es una corriente filosófica que investiga las experiencias de los objetos, tanto materiales, como ideales.



que siguen a la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn (1949). Este texto constitucional, en efecto, ha dejado una marcada huella en la jurisprudencia constitucional moderna, a través de la influencia de sus doctrinas, apoyadas por destacados pensadores como es el caso del jurista alemán Robert Alexy.

En nuestro medio iberoamericano fue el iusfilósofo español de origen guatemalteco, Recaséns, quien introdujo el tema de la estimativa jurídica, siguiendo a su maestro, el gran filósofo español José Ortega y Gasset. Dicha influencia se acrecienta con las reflexiones de Eduardo García, quien estudio bajo la dirección del mismo Nicolai Hartmann. Por esta razón, la influencia de la teoría de los valores es particularmente intensa en el ámbito de lengua castellano. Para tener una visión más comprensiva, debe mencionarse que Ortega y Gasset también se formó en universidades alemanas, en donde recibió la influencia de Husserl.

Ahora bien, la introducción del estudio de los valores significó un cambio fundamental para el derecho debido a que el estudio de estos permite comprobar los ideales a los que se orienta dicha disciplina. Se hizo claro, entonces, que el derecho intenta realizar determinados valores, como la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. La tesis simple que dice “la ley es la ley” fue cuestionada y, por tanto, se hizo necesaria la contemplación del sentido moral de la ley.

Uno de los grandes problemas de la teoría de los valores es que estos exigen una especie de jerarquía normativa. Por lo tanto, cabe preguntarse cómo se manifiesta esta jerarquía en el campo del derecho. En este sentido, siempre se debe tomar en cuenta



que dicha jerarquía es conceptualizada de manera diferente por los diversos autores que han reflexionado sobre este tema. En este punto, surge de manera paulatina el derecho constitucional moderno, el cual plantea esquemas de interpretación en los cuales los principios privan sobre las leyes consideradas simplemente como reglas.⁵ El retroceso de la ley, por lo tanto, sitúa a la seguridad jurídica en un rol secundario, lo cual conlleva el surgimiento de problemas arduos, que aún deben ser adecuadamente valorados.

Se puede adelantar, pues, una posible solución: la seguridad jurídica debe buscarse en conjunción con otros valores. En nuestra opinión, esta idea es expresada por García, quien distingue entre valores fundamentales, consecutivos e instrumentales. Se presenta la definición de este autor:

Tienen el rango de fundamentales la justicia y la seguridad jurídica y el bien común. Les damos está el nombre, porque de ellos depende la existencia de todo orden jurídico genuino. Allí donde los mandatos de los detentadores del poder no persiguen como fin la implantación de un orden justo, Respetuoso de la dignidad humana, exento de arbitrariedad y eficazmente encaminado hacia el bien común, en los destinatarios de esos mandatos surge a la postre el convencimiento de que se hallan sometidos a la fuerza, no al derecho... Con el término valores jurídicos consecutivos queremos referirnos a los que son consecuencia inmediata de la armónica realización de los fundamentales. Los más importantes entre aquellos - aunque no los únicos- son la libertad, la igualdad y la paz social... La designación

⁵ La diferencia entre reglas y principios, cuyo proponente principal es Ronald Dworkin, será presentada en el próximo capítulo.



de instrumentales, por último, es aplicada por nosotros son los valores que corresponden a cualquier medio de realización de los de carácter fundamental y de los consecutivos. Se trata, para expresarlo con una sola palabra, de los que los juristas germánicos incluyen en el término *Zweckmassigkeit*, que hemos traducido por adecuación final o teleológica. Las llamadas garantías constitucionales y, en general, todas las del procedimiento, valen instrumentalmente la medida en que fungen como medios de realización de valores de cualquiera de las otras dos especies. (García, 2009, p. 439)

La certeza jurídica necesita, pues, de una plena orientación axiológica en consonancia con otros valores. La certeza puede encontrarse en cualquier sistema con tal que sus normas sean cumplidas. Sin embargo, la naturaleza integral del derecho exige un planteamiento más comprehensivo y sólido. Por esta razón, García (2009) dice lo siguiente:

Pero del hecho de que las normas jurídicas sean eficaces no se sigue, sin más, que su efectividad sea valiosa. La última solo tiene este atributo cuando el sistema de qué forma parte realizan los valores para cuyo logro fue instituido y, en primer término, el de justicia. Si tal es el caso, es decir, si las normas vigentes son justas y se hayan dirigidas hacia el bien común, el cumplimiento y la aplicación de aquellas realiza plenamente el valor de seguridad. Pero del hecho de que las normas jurídicas sean eficaces no se sigue, sin más, que su efectividad sea valiosa. La última solo tiene este atributo cuando el sistema de qué forma parte realizan los valores para cuyo logro fue instituido y, en primer término, el de justicia.



Si tal es el caso, es decir, si las normas vigentes son justas y se vayan dirigidas hacia el bien común, el cumplimiento y aplicación de aquella se realiza plenamente el valor de seguridad, en las dos dimensiones que distingue Geiger (orientación y realización, n. del autor) para expresarlo de otro modo: en la indicada coyuntura, seguridad jurídica y eficacia del sistema son lo mismo. La efectividad de las reglas ordenadoras engendra entonces un sentimiento de confianza en el orden y hace que en él coincidan las notas de vigencia, justicia y eficacia. (p. 479)

Desde luego, no se puede olvidar la ley misma como expresión de la certeza del derecho. Sin embargo, su valor es sumamente acotado, aun así, esté fundamenta. Es necesario, pero, no suficiente. En ese sentido, Elías (citado por García, 1989) escribe:

El derecho proporciona al menos la seguridad mínima de poder saber con certeza lo que está prohibido y lo que está permitido. Y esto es siempre mejor, creo, que la total arbitrariedad o la absoluta inseguridad del no-Derecho. La mera existencia de un derecho produce seguridad; puede decirse, desde esta perspectiva, que el valor seguridad [...] es algo que aparece irremediabilmente cuando comienza a hablarse de lo que el derecho es y de lo que el derecho *hace* en la sociedad. (p. 8).

Existe, por lo tanto, una consideración que le presta bastante importancia a la seguridad jurídica. Este es el hecho de que la seguridad jurídica garantiza un orden. En medio de una sociedad conflictiva, sin ordenamiento eficaz, no se puede garantizar prácticamente ningún derecho. En ese sentido, Soriano considera que la “seguridad



jurídica no solo es el valor más urgente, sino probablemente también el más tangible de cuantos constituyen el marco teleológico del derecho” (Soriano 1999: 25). En este sentido, el mismo Gustav Radbruch, también citado por García (1989: 7) afirma: ““Toda ley positiva lleva un valor en sí misma, independientemente de su contenido: es siempre mejor que la falta de ley, pues crea seguridad jurídica”.

Incluso aquellos que reconocen las limitaciones de la seguridad jurídica, en tanto valor cuando se confronta con otros valores, como Felipe González Vicén, reconocen el carácter axiológico de la seguridad jurídica. En la opinión de este jurista, “el problema que hay que plantearse no es el de si la seguridad jurídica constituye un valor, cosa evidente, sino el de si constituye un valor absoluto y supremo (citado en García 2000: 10). Sin embargo, las consideraciones de García instan a analizar este valor de una manera más integral.

Todo derecho realiza sin más, un valor o una función de seguridad, porque se concretiza en un sistema de legalidad. La sola formulación normativa del derecho, con independencia de los contenidos exigidos, logra un mínimo de seguridad jurídica al permitir al individuo saber a qué consecuencias atenerse en la realización de su conducta.

Sin embargo, las ideas de García, expresadas con absoluta presciencia, facilitan comprender que es necesario evaluar el ideal de la seguridad jurídica a la vista de la realidad del derecho constitucional contemporáneo. Este ideal llega en un momento dado a relegar a la ley en su sentido moderno: ya la ley no es única ni siquiera suficiente. Los principios, en efecto, constituyen elementos normativos que en un momento dado pueden



derrotar los enunciados legales. El problema que surge, en consecuencia, es que el tradicional rol de las leyes como expresión de claridad normativa se pierde y, al menos en apariencia, se pierde un aspecto positivo de la promulgación clara y general del derecho.

Esta idea sigue vigente en la apreciación que se tiene de las situaciones de excepción. Sin embargo, debe verse con mucha cautela, puesto que los gobiernos autoritarios pueden crear situaciones de caos para poder justificar medidas de emergencia.

2.4. Problemas contemporáneos de la seguridad jurídica

Como se ha insistido en varias ocasiones en este trabajo, las experiencias históricas dejan su huella en el desarrollo de las reflexiones jurídicas. Por esta razón, para comprender el sentido actual de la seguridad jurídica, tal y como fue señalado por Sagüés en el anterior capítulo, es necesario comprender las experiencias a partir de las cuales surge el interés contemporáneo en la vigencia de la dignidad humana. Este ha sido uno de los valores fundamentales de la época moderna, siendo su mayor exponente el gran pensador alemán Immanuel Kant (1724-1805).

Las experiencias de la Segunda Guerra Mundial, especialmente los excesos del pensamiento de dominación racial representado por Adolf Hitler, dieron lugar a un cambio de ruta en la teoría del Estado de derecho. Algunos pensadores consideraron que era necesario reflexionar sobre el surgimiento del derecho de la dictadura hitleriana. Se hizo



evidente que el derecho no podía prescindir de ciertos valores sustantivos que debían ser observados por todo sistema jurídico. Dicha tendencia se consolida con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. Entonces empieza a desarrollarse la idea que los cuerpos legales deben regirse por constituciones que reconozcan derechos fundamentales.

Uno de los grandes pensadores alemanes ocupados en la seguridad jurídica es Gustav Radbruch. En el caso de este pensador se busca, de cierto modo, una conciliación de la seguridad jurídica con otros valores. Este autor cambió su posición que en el caso de la tensión entre justicia y seguridad jurídica se le debe dar preeminencia a la seguridad jurídica, pero, en ciertos casos especialmente graves, esto no debe permanecer así. Esta famosa transformación en el pensamiento de Radbruch se vincula con la catástrofe del nacional-socialismo defendido por Hitler. En palabras de Radbruch (2009) el nazismo dejó “el derecho reducido a un campo de ruinas” (p. 11).

Dicho cambio, en la opinión de Radbruch, debía conseguir de nuevo el respeto por la ley. Por esta razón, el famoso profesor alemán consideraba que “importa erigir de nuevo la seguridad jurídica, renovar la atadura del Estado a su propia ley, reconstruir el Estado de derecho” (Radbruch, 2009, p. 12). Sin embargo, Radbruch no acepta la injusticia que se generó con el positivismo extremo de la dictadura nazi. De manera clara afirma:

En efecto, el positivismo, con su convicción de que *ley es ley* dejó a los juristas alemanes inermes frente a leyes arbitrarias y de contenido criminal... Con el poder



podrá fundarse una obligación, pero jamás un deber y una validez. Estas se fundan mucho más en un valor inherente a la ley; por supuesto, toda ley positiva lleva un valor en sí misma, independientemente de su contenido: es siempre mejor que la falta de ley, pues crea seguridad jurídica. Pero seguridad jurídica no es el único y decisivo valor que deba realizar el derecho. (Radbruch, 2009, p. 33)

De este modo, Radbruch postula que la injusticia suprema no es derecho. Este postulado ha sido seguido por el destacado pensador alemán Robert Alexy. Y, como tal, dicho postulado se convierte en una manera de reconocer el equilibrio entre justicia y seguridad jurídica. Se verá, sin embargo, que el análisis ponderativo de Alexy no parece responder al objetivo de consolidar la seguridad jurídica, puesto que permite la entrada en juego de un grado considerable de subjetividad en las decisiones jurisdiccionales.

Desde luego, la situación se puede volver más compleja. El conjunto de derechos humanos constituye uno de los valores más difíciles de comprender en el Estado constitucional de derecho. En un orden constitucional moderno, en particular, siempre existirá una tensión entre el individuo y la comunidad, la cual no admite una respuesta sencilla; incluso la resolución de estas tendencias varía de autor a autor y de juez a juez.

Kelsen vio alguno de estos problemas, y, por lo tanto, consideraba con cierta sospecha la presencia de valores en el ordenamiento jurídico. Desde luego, esto no implica una tesis cínica de este autor; lo que Kelsen objeta es el hecho del relativismo axiológico, el cual suele tener consecuencias negativas puesto que diferentes jueces pueden adoptar concepciones personales de la moral que no se pueden reconciliar entre



ellas. Para este pensador el orden jurídico no precisa más que de la norma fundamental. En ese sentido, los valores, por su propia naturaleza interpretativa que arroja diferentes formas de verlo, no contribuye a la certeza del derecho. La idea de justicia, por ejemplo, cambia su significado de una persona a otra.⁶

Así, uno de los problemas contemporáneos del derecho es comprender qué pasa con la seguridad jurídica cuando el ideal constitucional desplaza a la ley. Dejar la valoración de un problema a un tribunal determinado puede llevar a una situación en la que se impone la opinión particular de una persona, fenómeno que es en realidad una expresión de injusticia. Un abogado, una persona acusada, el legislador no puede saber que puede pasar con una decisión tomada por un tribunal. Como se sabe, en efecto, las decisiones pueden variar de juzgador a juzgador, lo cual introduce un elemento de incertidumbre en la vida de los habitantes de un Estado determinado. Es necesario encontrar soluciones a este problema.

El problema, sin embargo, es que la ley es necesaria para estabilizar las expectativas. ¿Cómo puede un inversionista arriesgar su fondo en una actividad que después sea considerada ilegal o ilegítima? Desde luego, este problema plantea una serie de preguntas difíciles de contestar. También debe haber cierta previsibilidad por parte de los inversionistas. Sin embargo, esta necesidad tampoco elimina la obligación

⁶ Por esta razón, el famoso jurista austriaco pensaba que el control de constitucionalidad solo podía ser un legislador negativo, esto es, debe únicamente ver que no se violente las disposiciones constitucionales. Sin embargo, no puede positivamente decir que se debe hacer, como es el caso en el mundo contemporáneo.



de crear las condiciones para que la estructura normativa del derecho sea objeto de formulaciones precisas.

Otro de los grandes problemas para la seguridad jurídica es el de la división de poderes. En el modelo constitucional actual se vive este problema con el conocido fenómeno del “gobierno de los jueces”. Importantes piezas de legislación son eliminadas por la Corte de Constitucionalidad. Por esto, cuando las leyes no son del gusto de algún grupo o persona simplemente se acude a dicha corte para que la ley que desagrada no pueda cumplir su cometido. Puede notarse como el poder legislativo es sobrepasado por el poder judicial. Un fenómeno parecido acontece con las medidas del Poder ejecutivo, las cuales quedan sujetas al parecer de los jueces. En cierta medida, por lo tanto, no se puede saber si el Congreso será capaz de cumplir su función.

La seguridad jurídica, en esencia, fundamenta la efectiva validez y solidez del derecho, características que también se revelan a través del ordenamiento jurídico, de sus principios (equidad, igualdad, orden, etc.) y de sus fines (justicia, paz, libertad, bienestar común, etc.). Existe, por lo tanto, la necesidad de matizar la defensa de la función securitaria del derecho. Así Pérez (2000) considera que:

En su acepción estrictamente empírica puede existir una seguridad impuesta a través de un derecho que garantice coactiva e inexorablemente el cumplimiento de una legalidad inicua. De hecho, la manipulación de la seguridad jurídica por los despotismos de todo signo representa una constante histórica. En los Estados totalitarios los dogmas de plenitud y autosuficiencia del ordenamiento jurídico, el



principio de la inquebrantabilidad e imponibilidad de la legalidad, la publicidad exagerada hasta la propaganda de la ley, así como el control de la discrecionalidad judicial, han sido instrumentos al máximo para la imposición del monopolio político e ideológico. La seguridad jurídica, así entendida y degradada, no ha impedido la promulgación de leyes dirigidas a consagran diversas formas de discriminación racial o política y, en suma, el control opresivo de la sociedad, estas manifestaciones de seguridad de la inseguridad son incompatibles con la razón de ser del Estado de derecho. En esta forma política se instaura la protección de los derechos y libertades en la cúspide de las funciones estatales. (p. 278)

Bajo esta perspectiva la seguridad jurídica sigue conservando su importancia a pesar de su tensión con otros valores. Desde el punto de vista de la autora, es necesario reconsiderar a este valor en el contexto del derecho contemporáneo. En particular, cuando se verifican fenómenos como la ponderación se hace claro que se sitúa el sentido de la seguridad jurídica como valor, dentro del orden complejo del derecho.

2.5. La seguridad jurídica frente a otros valores

Para encontrar la solución debe examinarse la seguridad jurídica como un valor condicionante de otros valores, un valor que los reafirma y no que los ignora u oculta. La certeza jurídica, como se ha visto, debe distinguirse de la seguridad jurídica; la segunda concepción es mucho más amplia. En efecto, el derecho no puede alcanzar sus funciones y fines si no garantiza su vigencia como contenido que ayuda a que cada



individuo y cada grupo puedan seguir, de manera racional, sus planes particulares, de existencia, siempre en consonancia con los valores o fines que otras personas o grupos han decidido seguir. Se necesita certeza en el sentido de predicción, pero también certeza en cuanto a que los derechos no se verán afectados por decisiones arbitrarios, no solo por parte de los que detentan el poder, sino también los que tienen una gran cantidad de poder social.

Precisamente, el propósito de esta investigación es comprobar que la seguridad jurídica tiene aspectos positivos que ofrecer en el contexto del constitucionalismo moderno. Esta tarea precisa desvanecer algunas de las ideas equivocadas que vinculan de manera ingenua la seguridad jurídica con la arbitrariedad legal o con posiciones conservadoras en el derecho. La seguridad jurídica constitucional es una noción que busca el bienestar integral de los seres humanos.

En particular, es necesario defender la seguridad jurídica en el momento en el que la ley, debidamente promulgada, retrocede frente a principios que introducen un nivel considerable de subjetividad en las decisiones jurisdiccionales o hacia políticas de gestión de problemas como el terrorismo y el crimen organizado. Sin embargo, tampoco se puede aceptar cualquier ordenamiento jurídico, especialmente si este viola los principios axiológicos del Estado constitucional de derecho.

En realidad, las amenazas a la seguridad jurídica son numerosas, si se presta atención de manera integral a las actuales estructuras globales de convivencia global; estas necesitan que los conceptos jurídicos se adecuen a las nuevas situaciones.



Precisamente, este trabajo aspira a recoger algunas de las reflexiones recientes sobre el concepto de seguridad jurídica, de manera que se puedan resolver algunos de los problemas pendientes, especialmente respecto a los rasgos de dicho valor.

Estos aspectos han sido puestos de relieve por destacadas figuras de la filosofía del derecho contemporánea. Algunas de estas ideas serán presentadas en capítulos posteriores. Todas estas propuestas coinciden en el objetivo de que es necesario consolidar la seguridad jurídica dentro del Estado constitucional de derecho, pero de manera que se logre construir un orden que promueva los valores de manera consistente, sin que todo se sacrifique a la tradicional necesidad de certeza del derecho. Se pide un Estado más fuerte, uno que sea democrático, pero que no se rinda ante las fuerzas que buscan su debilitamiento cuando no su desintegración.

2.6. Axiología e historia

Las bases históricas y axiológica del concepto de seguridad jurídica se integran para brindar una visión amplia de las diversas funciones del derecho a lo largo de su desarrollo. Después de asomarse a una caracterización de la seguridad jurídica, en tanto expresión de una necesidad humana básica relativa al logro de un ambiente social más o menos pacífico que garantice la existencia, se comprende que este valor constituye casi la misma razón de ser de existencia de un sistema jurídico en el sentido moderno. La seguridad jurídica es una necesidad que, aunque tiene validez respecto de los otros valores jurídicos, no puede desvincularse de estos. De ahí que el valor de la seguridad jurídica supone siempre el acceso a otros valores, puesto que la primera solo puede

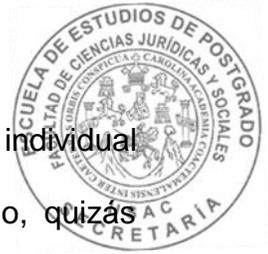


existir, en un sentido riguroso, cuando los agentes saben que tienen asegurada la vida y los bienes fundamentales asociados con esta.

En esta línea, una aproximación histórica a la naturaleza de la seguridad jurídica hace que se destaquen algunos de los problemas contemporáneos con esta noción. Al efectuar un breve análisis del recorrido histórico de esta noción se comprueba que la seguridad jurídica adquiere diferentes formas a lo largo de la historia. Se postula que existe una relación entre seguridad jurídica y la formulación de la ley debidamente promulgada, lo cual sugiere que logros tempranos como el código del rey sumerio Hammurabi se relaciona con el deseo de lograr seguridad jurídica.

Sin embargo, la opción fundamental por la seguridad jurídica se verifica con la idea aristotélica del gobierno de las leyes, y no de los hombres. Leyes que, como es de esperar, deben ser, en la medida de lo posible, justas y que tienen como mira fundamental el logro del bien común. Como se ha insistido en este trabajo, debe quedar claro que seguridad jurídica no se reduce a certeza jurídica y que su carácter de condición general de factor para garantizar estabilidad no debe sobrevalorarse. En un régimen tiránico se puede tener estabilidad y certeza, pero no es justo decir que en este se goza de la seguridad jurídica en el sentido pleno que esta debe poseer en tanto valor.

La seguridad jurídica se coloca en el contexto de su surgimiento en la Edad Moderna, precisamente en el momento en el cual surge el sistema liberal-capitalista. Aunque de naturaleza general, se puede ver que existe también un cambio de la forma productiva de la sociedad, la cual pasa del feudalismo al capitalismo. La actividad



productiva, en efecto, necesita de la confianza de que los frutos de la iniciativa individual no serán confiscados por el poder del Estado cuya cabeza es un individuo, quizás caprichoso, que no tiene la obligación de responder a nadie por sus acciones.

El análisis histórico que se ha llevado a cabo fundamenta la idea de que la seguridad jurídica alcanza mayor sistematicidad cuando se le considera en el contexto del Estado de derecho. A su vez, este aparato institucional implica un ideal racional de organización de la vida humana. En este sentido, el Estado de derecho debe contribuir a una estabilización de las expectativas por parte de una sociedad determinada. La seguridad jurídica no solo depende de la ley, en tanto exige una cultura de confianza por parte de la sociedad respectiva. En ese sentido, la conflictividad social, traducida en una notable ingobernabilidad, constituye un índice de la desconfianza social y del pobre respeto a la seguridad jurídica en la sociedad respectiva.

En la época actual, es necesaria la consideración de la seguridad jurídica es su relación con otros valores, centrales para el Estado constitucional de derecho. Recuérdese que en el modelo constitucional contemporáneo se privilegia la dignidad humana y pueden encontrarse contextos en los cuales la seguridad jurídica entre en colisión con la dignidad. El problema, desde luego, es complejo puesto que a veces las demandas de la dignidad no siempre son claras para diferentes intérpretes. Sin embargo, esto no es argumento para negarle al Estado actual la salvaguarda de la dignidad humana. Esta es una conquista jurídica de la época contemporánea.



Corresponde examinar con atención la estructura valorativa de la seguridad jurídica para solucionar los problemas que surgen de su cumplimiento en el Estado constitucional de derecho. Establecer cuáles son los elementos esenciales de la seguridad jurídica y sus diferencias con conceptos jurídicos de similar significación, de manera que puedan deslindarse sin confundir dicho valor con conceptos jurídicos análogos que también deben ser considerados en el derecho constitucional contemporáneo.

Como resulta natural, la revalorización de la seguridad jurídica se contrapone al eventual menosprecio de la ley en el Estado constitucional de derecho. Consideramos que dichas figuras se dan en algunas contribuciones del neoconstitucionalismo, en el cual las leyes, debidamente promulgadas, retroceden frente a los principios morales, los cuales no pueden ofrecer los mismos niveles de seguridad y certeza jurídica que la ley. De manera que se necesitan renovados esfuerzos para hacer que la concepción de la ley no pierda su capacidad de brindar certidumbre, pero siempre en la conciencia de que se busca evitar órdenes legales injustos.

De antemano se sabe que la seguridad jurídica no puede presuponerse sin más, especialmente en un mundo en el que subsisten visiones tan diferentes del derecho, debido a la interrelación cotidiana de diferentes culturas. La seguridad jurídica tiene que defenderse frente a los obvios conflictos que plantea su defensa en los complejos contextos en los que se vive la realidad concreta del derecho contemporáneo.

A examinar las bases históricas y teóricas de este problema se dedica el próximo capítulo de este trabajo, en el cual la seguridad jurídica se examina en sus relaciones



complejas con otros valores. Este paso permite apreciar algunas de las grandes conquistas que ha conseguido el derecho, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, no puede argumentarse en abstracto. Es necesario también observar los grandes cambios que se han dado en las condiciones generales de vida en los actuales momentos, los cuales se distinguen por la globalización. En ese sentido, las reflexiones teóricas sobre el constitucionalismo moderno deben comprender lo que se debe hacer frente a los poderes y las fuerzas sociales que no han sido adecuadamente identificados en el contexto actual y que, por lo tanto, afectan la vida civilizada alcanzada por el Estado constitucional de derecho, paradigma fundamental del derecho en el siglo XXI.





Capítulo III

La crisis de la seguridad jurídica

Como se ha podido observar en los capítulos precedentes, la seguridad jurídica, en sus múltiples facetas, atraviesa una situación de crisis en la época actual. Los cambios acelerados de alcance global, en diferentes áreas de la actividad humana, hacen que las concepciones consagradas en muchas áreas de la vida en común, especialmente en el campo del derecho y de la ciencia que lo estudia, no puedan responder de manera igualmente rápida o satisfactoria a los urgentes desafíos que se le presentan. El derecho no evoluciona a la misma velocidad de los cambios sociales.

En general, la época actual se caracteriza por transformaciones aceleradas las cuales traen consigo una serie de cambios para los que los especialistas en los respectivos campos jurídicos no han podido responder con la prontitud deseada. Se vive en la época de la disrupción innovadora. Se puede pensar, por ejemplo, en la forma en que se necesita reglamentar la propiedad intelectual e incluso la esfera de la privacidad, en un contexto de desarrollo acelerado de las tecnologías de la información y la biotecnología. Asimismo, es necesario comprender, por ejemplo, la manera en que se puede garantizar la seguridad de las personas en un medio que como el Facebook se presta a la conducta depredadora de individuos en búsqueda de víctimas. Estas tecnologías, no siempre de fácil y rápida comprensión para la mayoría de la población, suelen plantear transformaciones y riesgos que por lo mismo no pueden ser procesadas



adecuada e inmediatamente por el derecho institucionalizado que se creó cuando todavía no existían dichas amenazas.

Como resultado, los peligros correspondientes a las situaciones nuevas no son adecuadamente comprendidos por los ciudadanos de los países democráticos o que pretenden serlo. En esta dirección, se pueden considerar también los arduos problemas que plantea el desenvolvimiento de la economía, los cuales pueden llevar a una tecnologización de la producción, a un punto tal que eventualmente no será necesario contratar más personas en actividades de diferente tipo, hasta procesos mecánicos como los de las maquilas hasta actividades como las de la banca. Asimismo, se puede reflexionar en la manera en que las nuevas plataformas digitales transforman el mundo del trabajo, de manera que se hace más difícil establecer una legislación que pueda ayudar a contrarrestar la pérdida de garantías laborales.

Se vive, por lo tanto, en una época de cambios para los cuales no se encuentran recursos jurídicos adecuados a disposición de quienes lo necesitan. De por sí, este fenómeno provoca una carencia considerable de certeza jurídica, puesto que es necesario consultar un número cada vez mayor de documentos para encontrar respuestas que no siempre están claras, de manera que surgen problemas que deben ser resueltos en instituciones *ad hoc* como es el caso de los tribunales arbitrales destinados a resolver las múltiples disputas que no son previstas adecuadamente por los tratados comerciales.



En este capítulo se estudian algunos de los problemas que plantea la seguridad jurídica en la actualidad en estos tres aspectos. En la primera sección, se estudia el problema de la seguridad y la sensación de riesgo y peligro que se ha convertido en una constante en las sociedades contemporáneas. Se presentan, además, las consecuencias negativas de este tipo de problemas sobre las normas, especialmente las que asumen un orden garantista de los derechos. Se asume que estas genuinamente se destinan a promover la seguridad jurídica en su sentido general.

En la segunda sección, se examina la mentalidad securitaria, uno de los aspectos que, paradójicamente, han sido usados para justificar el retroceso de las garantías. Se estudian las dificultades que este acercamiento plantea para el surgimiento y desarrollo del derecho penal autoritario que se ha desarrollado en la actualidad. En la tercera sección, se analiza la inseguridad jurídica que se encuentra detrás de algunas maneras de organizar el orden constitucional. En esta dirección, se subrayan las consecuencias negativas de experimentar tensiones normativas entre el orden legislativo y el constitucional.

En la cuarta parte, se estudia el tradicional problema de la notoria inobservancia de los derechos sociales, lo cual lleva a una situación real de desconstitucionalización. Esta situación ha contribuido en gran manera a la crisis que actualmente experimentan las sociedades. Este fenómeno muestra que la seguridad jurídica solo puede lograrse de manera integral, asumiendo la defensa de otros valores. Este esfuerzo supone un intento de restringir nuevos poderes que afectan negativamente el orden constitucional. En la quinta sección, se analizar el carácter integral de la seguridad jurídica.



Estas secciones muestran el carácter comprensivo de la seguridad jurídica. Esta no se puede limitar a la necesidad de certeza; se precisa de un ambiente que proteja los valores cívicos y morales que rigen el pacto de ciudadanía racional que se expresa en la Constitución.

3.1. Seguridad jurídica, riesgo y libertad

En varias partes de este trabajo se ha insistido en que la época contemporánea se suele ver como un tiempo de riesgos complejos. Esta sensación no es gratuita ni injustificada, debido a una serie de factores entre los que destaca los recursos tecnológicos del crimen organizado y de las organizaciones terroristas -aparte de los mismos riesgos de una tecnología avanzada. Muchas veces, el poder financiero y tecnológico de estas organizaciones pueden superar al que poseen los gobiernos, especialmente, porque estos se ven afectados por la corrupción y la crisis económica. Por ejemplo, los recortes en el Estado de bienestar contribuyen a generar descontento social; asimismo, el debilitamiento del Estado determina que las fuerzas de seguridad carezcan de recursos para combatir la delincuencia, etc.

Como es de esperar, el miedo social y la sensación de inseguridad se multiplican frente a una serie de amenazas que van desde los problemas ecológicos hasta las amenazas vinculadas a la pérdida de empleo o una crisis económica. Sin duda, fenómenos como la creciente desigualdad generan una sensación de que no existe seguridad contra estos flagelos y que, en realidad, nadie está seguro en otras áreas como es el mundo laboral. La sensación generalizada es que el mundo se encuentra en una



situación volátil, en donde diferentes tipos de problemas pueden dañar las perspectivas de vida de las personas.

Este fenómeno, sin duda, plantea diferentes modalidades de inseguridad jurídica. Así, la ineficacia de los derechos sociales hace que el desarrollo de la economía no se refleje en sociedades más justas y equilibradas, sino en colectividades cada vez más afectadas por la desigualdad. En consecuencia, las sociedades, incluso las del primer mundo, se sienten desprotegidas frente a las eventuales acciones de sus gobiernos. Las sociedades viven afectadas por el miedo a la violencia y a la inestabilidad social y económica.

Ahora bien, el miedo es un sentimiento negativo que suele prestarse a manipulaciones por parte de sectores interesados; así, por ejemplo, un hecho violento puede servir como cortina de humo para ocultar algún tema molesto. Por otro lado, los países afectados por la violencia tienden a exigir a sus gobernantes medidas antidemocráticas y represivas. Esta tendencia eventualmente lleva a un recorte de las garantías fundamentales que protegen a los ciudadanos de las medidas represivas del Estado.

Este sentimiento de riesgo y miedo ha encontrado desarrollo teórico en el trabajo de destacados sociólogos contemporáneos, los cuales subrayan las consecuencias de este sentimiento general. Entre estos estudiosos se destaca el recientemente fallecido pensador alemán Ulrich Beck, quien se constituyó en uno de los principales estudiosos de la experiencia del riesgo en las sociedades contemporáneas (Beck 1998). Este autor



muestra que el progreso humano, especialmente el de orden tecnológico, está relacionado con la proliferación de riesgos (contaminación atómica, cambio climático, para mencionar algunos). En las palabras de Beck (1998):

En la modernidad desarrollada, que había surgido para eliminar las limitaciones derivadas del nacimiento y permitir que los seres humanos obtuvieran mediante su propia decisión y su propia actuación un lugar en el tejido social, aparece un nuevo destino «adscriptivo» de peligro, del que no hay manera de escapar... este destino tampoco se encuentra bajo el signo de la miseria, sino bajo el signo del miedo, y no es precisamente una «reliquia tradicional», sino un producto de la modernidad, y, además, en su estado máximo de desarrollo. Las centrales nucleares (que son la cumbre de las fuerzas productivas y creativas humanas) se han convertido a partir de Chernobil en signos de una Edad Media moderna del peligro, en signos de amenazas que, al mismo tiempo que impulsan al máximo el individualismo de la modernidad, lo convierten en su contrario. (p. 12)

La relevancia del enfoque desarrollado por Beck se hace evidente en que el mayor riesgo que enfrentan las sociedades actuales es la destrucción total que provocaría un enfrentamiento nuclear. Del mismo modo, la estrecha conexión digital de todo el mundo podría verse afectada, asimismo, por la acción terrorista de grupos que podrían afectar los sistemas de transporte, los bancarios, hospitalarios y otro tipo de servicios esenciales. Las guerras cibernéticas ya son una realidad en el mundo actual.



Desde luego, este caso no es el mismo en los países en desarrollo que en los países desarrollados, pero no se puede dudar de que existan también riesgos por la forma en que se utilizan los adelantos tecnológicos en los países como Guatemala. En todo caso, lo que subraya el ejemplo del análisis de riesgo es precisamente la obsesión con los peligros de todo tipo que viven las sociedades en la actualidad. Desde luego, no se quiere decir que no haya motivo para la preocupación; lo que se quiere subrayar es que el riesgo es un factor que se encuentra en primer plano en las sociedades actuales. Ese riesgo, sin duda, es un factor que afecta a la seguridad jurídica.

3.2. Seguridad jurídica e ideología securitaria

Sin embargo, el aspecto interesante del análisis de riesgo de Beck, lo cual hace relevante sus ideas en la ciencia jurídica contemporánea, es que también puede aplicarse a los peligros que presenta el terrorismo y por extensión, el crimen organizado. Desde los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, que causaron miles de víctimas, así como la increíble destrucción de los más altos edificios de Nueva York, aumentó la conciencia del peligro de ataques terroristas masivos en las poblaciones del primer mundo, fenómeno que antes estaba reservado a otros países de menor poder.

Como resultado de tales atentados, los gobiernos, especialmente el de los Estados Unidos de América, generaron una serie de medidas supuestamente destinadas a controlar la amenaza de atentados terroristas. Este espíritu se ha visto también impulsado por una serie de atentados terroristas en países como España e Inglaterra. Estas medidas muestran que la seguridad jurídica enfrenta el riesgo de la mentalidad securitaria.



Estos acontecimientos traumáticos marcaron un antes y un después en el desarrollo de las medidas de seguridad encaminadas a proteger a la ciudadanía. En ese momento surge la pregunta acerca de cómo los servicios de seguridad norteamericana habían fallado para que los autores de tales atentados hubiesen entrado en los Estados Unidos, se hubiese entrenado como pilotos y organizado un plan con una logística complicada.

Para afrontar esas críticas, el 26 de octubre que siguió al atentado contra las Torres Gemelas, el gobierno norteamericano, en ese tiempo encabezado por George W. Bush, estableció la denominada “Patriot Act”, la cual ha generado prácticas y concedido autorizaciones a las autoridades para monitorear a los ciudadanos y someterlos a control, violando abiertamente sus derechos privados. Tales medidas no son compatibles con los derechos humanos y los derechos ciudadanos en los Estados Unidos de América. Se hizo posible para las agencias estatales de seguridad aumentar su poder vigilar y espiar incluso a los gobiernos extranjeros. Valerosos ciudadanos, como Edward Snowden se atrevieron a denunciar estos abusos, aun a costa de su integridad física.

Las consecuencias generales de esta política de seguridad no han afectado tan solo a los Estados Unidos. De hecho, esta ha afectado la misma forma e ideología a partir de la cual se organizan las sociedades contemporáneas. Las redes sociales, por ejemplo, registran toda nuestra actividad en las redes. Precisamente, en este combate a la violencia terrorista y delincencial es en donde se ha establecido un endurecimiento del derecho penal, el cual responde a la mentalidad de un estado de emergencia. Como lo señala Calveiro el “terror es un miedo que inmoviliza y se conecta con lo ominoso que se



presenta cuando un horror nuevo se instala en medio de lo familiar, creando algo por completo desconcertante dentro de lo ya conocido, que impide orientarse” (Calveiro, 2012, p. 75).

En efecto, este modelo securitario ha desembocado en un repunte del derecho penal anti-garantista, lo cual representa un retroceso notable en el campo de la práctica del derecho. Bajo los imperativos de este enfoque se han restringido las garantías que definen el orden constitucional, incluso dentro de dicho país. Ha llegado a tal punto la situación que incluso la tortura ha regresado, como lo prueba las políticas estadounidenses que frente a la amenaza terrorista se pusieron en práctica en Irak. Este proceso, como es de esperar, tiene varias manifestaciones que poco a poco van restringiendo la seguridad jurídica en todos los países del mundo. Debe notarse, en esta dirección, que tales medidas con posterioridad ya no se aplican tan solo al fenómeno terrorista, sino también contra los adversarios políticos y otro tipo de colectivos que no sean del gusto de las personas y grupos que se encuentran en el poder.

Con estos antecedentes, no puede ser sorprendente que en los últimos tiempos se haya impuesto una teoría jurídica y política obsesionada con la seguridad. Puede verse, por ejemplo, cómo se han multiplicado los enfoques de seguridad que violan derechos de los ciudadanos. Por ejemplo, los gobiernos acusan a los grupos que protestan contra actividades polémicas, como la minería, como terroristas. A menudo se ven en las agendas legislativas intentos de criminalizar la protesta social, fenómeno que conduce al incremento del poder del Estado de tipo autoritario. En esta dirección, los recursos tecnológicos ayudan a consolidar este tipo de poder a través de interceptación de



llamadas telefónicas o vigilancia en las redes sociales; asimismo, se pueden usar tipos de tecnología de guerra como los drones. En consecuencia, muchos derechos son violados, poniendo en cuestión la seguridad jurídica en su aspecto realizativo y de certeza.

Esta tendencia se ha integrado con la creencia del derecho penal del enemigo de que existen una serie de guerras contra grupos de personas capaces de destruir el sistema. Se habla de guerra contra las pandillas juveniles, contra el tráfico de drogas, contra la corrupción, contra el contrabando, contra la violencia familiar y cualquier problema que afecte la seguridad general y jurídica de los ciudadanos. Como se sabe, lo que primero se viola en una guerra, son los derechos y sus garantías.

Desde luego, siempre es necesaria la seguridad contra la violencia, pero no es cierto que la única manera de combatir el flagelo de la violencia sea a través del derecho penal o secretas medidas de vigilancia. En todo caso, como lo dice la investigadora argentina Calveiro (2012) los “Estados nacionales se han disciplinado a las políticas de seguridad globales, tanto interna como externamente, haciendo propios los lenguajes bélicos, tanto de antiterrorismo como de la guerra contra el crimen” (p. 60).

Las consecuencias van más allá del ámbito puramente jurídico. De manera constante los grupos terroristas cometen atentados que generan el miedo de las sociedades europeas, lo cual ha ido generando una cultura del miedo y la inseguridad, así como de demonización de los musulmanes. Este fenómeno ha hecho que surjan actitudes de rechazo hacia los inmigrantes, así como el apoyo hacia grupos de extrema



derecha. En este contexto, se da un retroceso de los derechos humanos, el cual alcanza niveles inaceptables, en virtud de que dicho control se lleva a cabo en un momento en que desaparece el Estado de bienestar, especialmente en Europa.

Sin duda, esta situación se vuelve peor en un ambiente de incertidumbre y desigualdad. Muchas personas, especialmente jóvenes se involucran en grupos terroristas y delincuenciales. Se puede concluir, por lo tanto, que los problemas de violencia y los problemas sociales se interrelacionan, de manera que para combatirlos se necesita un sentido integrado de seguridad jurídica. Estos son examinados en las páginas que siguen de este capítulo.

El sentimiento de impotencia ante el peligro de la violencia común y la terrorista, junto con el problema de la conflictividad social (bloqueos, continuas protestas, etc.) hacen que la ciudadanía exija medidas draconianas para combatir tal sensación. En Guatemala, así como en otros países latinoamericanos, afectados crónicamente por la violencia, han surgido las políticas de mano dura, las cuales están lejos de haber rendido los frutos que sus defensores argumentaban.

El derecho penal, el cual se usa como medio principal para combatir todo género de transgresión e incumplimiento de normas. En este caso, se da una marcada pérdida de coherencia del Estado constitucional de derecho, puesto que este tipo anómalo de derecho penal autoriza el uso de la fuerza ilegítima en contra de los mismos ciudadanos. Desde luego, también se hace caso omiso de la enseñanza tradicional, que viene desde



la antigüedad del mundo occidental, de que es preferible el gobierno de las leyes que el gobierno de los hombres.

Las consecuencias de este enfoque se han hecho evidentes en las últimas décadas incluso en nuestro país. Muchas de las personas señaladas son exhibidas de corrupción son expuestas en los medios de comunicación esposados y en carceletas, mostrándolos como culpables sin necesidad de que el debido proceso haya empezado, mucho menos concluido. El principio de legalidad, componente básico de la seguridad jurídica, se ve vulnerado de maneras que no se pueden solucionar sin cambiar la manera en que se concibe el derecho constitucional de nuestra época. La seguridad lo justifica todo, incluso la inobservancia de los derechos y las garantías básicas que definen al Estado constitucional y democrático de derecho. Como lo dice acertadamente la jurista argentina Larrandart (2006):

La política criminal ha variado a lo largo de la historia, el modelo autoritario se caracteriza por subordinar la libertad al principio de autoridad, por lo que el alcance de la política criminal no tiene límites; el ejemplo claro es en las dictaduras, pero también puede serlo en una democracia. El concepto de seguridad nacional, que caracterizó a las dictaduras latinoamericanas durante el pasado siglo, correspondiente a la división del mundo en dos bloques y que caracterizaba al 'enemigo interno', entonces correspondiente al disidente político, pasó a ser, luego del fin de la 'guerra fría', la seguridad ciudadana y los nuevos enemigos con caracterizados como el 'narcotráfico', el 'terrorismo' y, en general, la 'delincuencia'. Se asiste entonces al reemplazo del concepto de seguridad nacional, con el que



se manejaron los gobiernos de facto, por el concepto de seguridad ciudadana que permite todo y todo lo subordina a ella, predominando la idea de que el fin justifica los medios. (p. 164)

Entre estos acercamientos negativos del derecho penal destacan dos enfoques: el planteamiento de la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. Ambas aproximaciones al fenómeno criminal son de naturaleza invasora y definitivamente antigarantista. Han sido criticadas ampliamente por diferentes pensadores, pero han logrado imponerse a partir de la manipulación del miedo en las sociedades contemporáneas, las cuales exigen que la ley autorice el tratamiento violento de los transgresores.

En el primer planteamiento, desarrollado inicialmente por Rudy Giuliani, ex alcalde del partido republicano de la Ciudad de Nueva York, en los Estados Unidos de América, se busca una legislación penal intransigente con cualquier violación de la ley, aun las relativamente pequeñas. La idea general es que la carrera criminal se puede detener en sus estadios iniciales, haciendo uso de diferentes medios entre los que destaca la cárcel. Este enfoque ha sido criticado por el influyente penalista español Francisco Muñoz Conde, quien ha señalado sus problemas de manera exhaustiva. Las posiciones de Muñoz Conde (2011) se resumen en este párrafo extenso que, sin embargo, merece ser citado totalmente:

La famosa « tolerancia cero» ha hecho también mella en la Política criminal adoptada por el legislador español para combatir la delincuencia callejera de baja



intensidad, o comportamientos simplemente molestos socialmente o de dudoso merecimiento de pena, pero que inciden directamente en la vida cotidiana de los ciudadanos que nutre principalmente el cuerpo electoral y que en las « encuestas de victimización» se sienten muchos más afectados por este tipo de hechos que incluso por otros más graves que solo raramente inciden directamente en estilo de vida («Ufe style crimes»). Los efectos negativos de esta Política criminal han sido ya denunciados repetidas veces y son tanto de carácter jurídico, como criminológico. Desde el punto de vista jurídico, suponen una infracción clara del principio de intervención mínima y de proporcionalidad («matar mosquitos a cañonazos») y la conversión del «derecho penal de acto», en un «derecho penal de autor» más propio de los sistemas penales autoritarios e incluso de carácter totalitario y racista. (p. 122)

El enfoque descrito criminaliza muchas actividades que, eventualmente, causan mayores problemas sociales. Incrementar el número de presos, incluso debido a transgresiones relativamente leves, aumenta el número de reclusos en un ambiente carcelario que más se asemeja a centros de formación de delincuentes. El resultado, a largo plazo, es un incremento de la violencia social, así como la pérdida de garantías para personas que no tienen por qué perder su vida debido a problemas relativamente pequeños. Se debe tomar en cuenta que en el orden constitucional tiene validez el principio de proporcionalidad, que como lo dice Muñoz Conde (2011)

Desde el punto de vista jurídico, suponen una infracción clara del principio de intervención mínima y de proporcionalidad («matar mosquitos a cañonazos»), y la



conversión del «Derecho penal de acto», en un «Derecho penal de autor» más propio de los sistemas penales autoritarios e incluso de carácter totalitario y racista. (122)

El segundo enfoque, es el del derecho penal del enemigo, un planteamiento penal desarrollado por el filósofo y penalista alemán Günter Jakobs. Este planteamiento constituye una particular y evidente aberración jurídica penal, la cual pone entre paréntesis la misma calidad moral de las personas que alcanzan un nivel considerable de transgresión de las normas sociales. Lamentablemente, este planteamiento se ha extendido, aunque desde luego, este fenómeno no se reconozca con la claridad con que debería hacerse.

En este planteamiento, bastante polémico y lamentablemente influyente, se hace una distinción entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo. Los que se colocan en contra del Estado, se conceptualizan como enemigos. Estos están desprovistos de derechos; son procesados sin garantías y sus derechos son sistemática conculcados. Apenas es posible imaginar las consecuencias negativas que se pueden deducir de esta posición, pero es obvio que se da paso a un gobierno antidemocrático que puede abusar del poder punitivo del Estado. Continúa Jakobs (2003):

Por lo tanto, el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su



lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado. (p. 47)

Como es esperar, Jakobs (2003) brinda argumentos para defender su posición acerca de la calidad de no-persona de aquellos que cuestionan el orden establecido. En sus palabras:

Como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Solo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. (p.47)

¿Existe mayor peligro para la seguridad jurídica que tener el riesgo de no ser tratado como persona? Las ideas de Jakobs se muestran idóneas para gobiernos autoritarios. En virtud de la misma falibilidad de las acusaciones, se puede pensar que alguien puede ser tratado como no persona por un error. La realidad, sin embargo, es



que teóricamente no se sigue a este autor, puesto que sus planteamientos son muy difíciles de aceptar. Sin embargo, en la práctica muchas de las agencias gubernamentales e intergubernamentales parezcan adoptar este enfoque en sus políticas de combate a la criminalidad organizada y el terrorismo internacional.

De este modo, en la actualidad, el derecho penal ha experimentado un desarrollo bastante problemático, puesto que parece alejarse de las restricciones que lo limitaban desde la perspectiva de los teóricos del Estado de derecho. Los tipos penales, por ejemplo, carecen de precisión y exactitud. Se busca incluso controlar a las personas en función de su individualidad, llevando entonces al problema del derecho de autor. Una persona puede ser tratada de manera desconfiada por su procedencia e indumentaria. En esta perspectiva una persona puede resultar afectada por su personalidad, con el problema de que se puede abusar del poder del Estado. ¿Puede hablarse de que se garantice la seguridad jurídica cuando se adopta este planteamiento?

Un aspecto bastante preocupante es el uso exagerado de la cárcel. Esta ya no es la excepción, sino más bien la regla. En Guatemala, por ejemplo, la prisión preventiva se plantea como la regla, y no como la excepción. Existe, de hecho, una criminalización previa a todo procedimiento penal. El proceso penal falla, haciendo que las personas se vean presentadas como criminales, aspecto que afecta el derecho al honor y desde luego la misma presunción de inocencia.

En este contexto, incluso la misma vida privada de los ciudadanos se ve afectada de la manera más arbitraria. Un ejemplo de esto se puede ver en el hecho de que los



gobiernos se han arrogado el derecho de intervenir las comunicaciones de sus ciudadanos. Este expediente desfigura la vida de las personas, porque se esfuma la posibilidad de tener una vida privada, en la cual se sabe que existe una esfera íntima a la cual no puede acceder ninguna persona, que podría utilizar tal información para dañar a los usuarios de los sistemas de comunicación de la actualidad. Como lo dice Díaz Ripollez citado por Arias (2015):

El manejo excluyente por la plebe y los políticos del debate político-criminal ha conducido a un marcado empobrecimiento de sus contenidos. Frente a la mayor pluralidad de puntos de vista que hubiera cabido esperar de la directa implicación de esos nuevos agentes sociales en la discusión sobre las causas y remedios de la delincuencia, lo que ha sobrevenido es un debate uniforme y sin matices, en el que se descalifican cualesquiera posturas que conlleven una cierta complejidad argumental o distanciamiento hacia la actualidad más inmediata. El afán por satisfacer antes y más que el otro las más superficiales demandas populares han metido a los partidos mayoritarios y sus acólitos en una atolondrada carrera por demostrar que son los más duros ante el crimen.

Los ejemplos se multiplican. Se puede mencionar, para mencionar otro ejemplo, la figura de la extinción de dominio, la cual se ha constituido en una figura bastante controversial, la cual se halla a medio camino entre el derecho civil y el derecho penal. En este tipo de institutos jurídicos se revierte incluso la presunción de inocencia, como lo prueba el hecho de que los acusados tengan que demostrar fehacientemente el origen



de sus propiedades, asumiéndolos como culpables, contrarrestando una de las normas básicas de la convivencia jurídica.

Como es de imaginar, los problemas anteriores han permitido el crecimiento inmenso de la discrecionalidad de las autoridades. Para esta función ayuda mucho la profunda influencia de los medios masivos de comunicación, los cuales fomentan la idea de que se viven emergencias con la violencia. Desde luego, no se trata de minimizar los problemas de transgresión ni de violencia, porque estos son innegables, sino simplemente de subrayar que el tema de la violencia es un tema social sensible, cuyo manejo permite ganar votos. No es raro escuchar a ciertos candidatos prometiendo políticas de “mano dura” para reducir la violencia que envuelve a los electores.

No puede dejar de mencionarse el problema de la guerra contra el crimen organizado. La guerra contra el narcotráfico organizado costó la vida de más de cuarenta mil víctimas en México, la mayoría de estas personas que no participan en dicha actividad criminal. Este alto coste, sin embargo, no fue exitoso, debido a que el narcotráfico todavía se encuentra vigoroso en ese país, así como en otros, incluido el nuestro, que se encuentran en la ruta del trasiego de drogas hacia los EE. UU.

Es indudable la manera en que este planteamiento domina la agenda actual de lucha contra la delincuencia. A menudo se usan hechos delincuenciales, que son manipulados mediáticamente, para crear una sensación profunda de inseguridad. En ese contexto se empiezan a exigir medidas más fuertes para atajar el crecimiento de las desigualdades. En el caso de los Estados Unidos de América ese peligro lo constituyen



los inmigrantes, los cuales son acusados de hacerle trampa al sistema e involucrarse en actividades al margen de la ley como es el tráfico de drogas o de personas. Este tema es manejado políticamente para ganar apoyo para ciertos candidatos.

Uno de los grandes problemas es que los Estados pueden acceder a tecnologías que no son accesibles desde el ámbito de los ciudadanos. En los últimos tiempos, la tecnología ha hecho posible la intrusión en la vida privada de los individuos. Este fenómeno se ha justificado en función de criterios relativos a la necesidad de reforzar la seguridad de las distintas sociedades. Esta situación, como se sabe, se ha tornado más o menos usual, especialmente a partir de los atentados terroristas que han sido organizados por diferentes grupos que llevan a cabo la guerra santa musulmana, la *yihad*.

En ese sentido, se debe reconocer que el crimen organizado no se combate de una manera adecuada, puesto que no se atacan las bases de este. Detrás de este existen una serie de factores sociales, en especial, la falta de educación y empleo, lo que lanzan a muchas personas, especialmente jóvenes, a una vida que promete grandes ingresos, que a menudo están asociadas con una vida violenta. Desde luego, jóvenes que vienen de sectores pobres o familias desintegradas, se sienten atraídos a una actividad que brinda riqueza y poder, aunque estos sean efímeros.

Este fenómeno puede verse en la guerra contra el narcotráfico, la cual ha cobrado la vida de millares de personas, especialmente en los países latinoamericanos que producen o se encuentra en la ruta de trasiego del producto respectivo. Para atacar este flagelo debe actuarse sobre uno de sus factores desencadenantes: la demanda y el



consumo, lo cual llevaría a la desaparición de la demanda. Las medidas de corte penal no son efectivas para combatir un problema tan generalizado. Un ejemplo lo constituye la guerra contra el narco que llevó a cabo el presidente de México Felipe Calderón. Esta guerra produjo miles de muertes, muchos de ellos civiles, sin haber erradicado este flagelo que sigue poniendo entre paréntesis la seguridad del Estado mexicano.

También se debe prestar atención a los nuevos peligros de la tecnología mal usada para el control y vigilancia de la población. Estas técnicas son cada vez más intrusivas en la vida de los miembros de la sociedad. Según Ramonet (2016):

Durante mucho tiempo, la idea de un mundo “totalmente vigilado” ha parecido un delirio utópico o paranoico, fruto de la imaginación más o menos alucinada de los obsesionados por las teorías conspirativas. Sin embargo, hay que rendirse a la evidencia: aquí y ahora vivimos bajo el control de una especie de Imperio de la vigilancia. Sin que nos demos cuenta, estamos, cada vez más, siendo observados, espiados, vigilados, controlados, fichados. Cada día se perfeccionan nuevas tecnologías para el rastreo de nuestras huellas. Empresas comerciales y agencias publicitarias cachean nuestras vidas. Con el pretexto de luchar contra el terrorismo y otras plagas, los gobiernos, incluso los más democráticos, se erigen en Big Brother, y no dudan en quebrantar sus propias leyes para espiarnos mejor. (pp. 9-10)

En resumen, es necesario adoptar una postura más crítica cuando se trata de lograr la seguridad tan ansiada frente a la violencia. En uno de los apartados de este



capítulo se plantean una solución para este problema que no descansa en el aumento del poder punitivo y represivo del Estado. Lo que sugieren las anteriores consideraciones es que la seguridad jurídica implica ciertos valores, como la paz, que, al hacer falta, denotan que no se está alcanzando la seguridad jurídica en su sentido básico. Una sociedad que no permite a los ciudadanos el disfrute de sus derechos, así sea en nombre de la seguridad, no puede ofrecer el sentido pleno de seguridad que legitima el contrato social.

3.3. La inseguridad constitucional

Lamentablemente, hasta las mejores acciones tienen consecuencias inesperadas que es necesario reconocer para poder evitar sus consecuencias negativas. En esta dirección, la siguiente crisis de la seguridad jurídica que exponemos en este capítulo consiste en el debilitamiento de la certeza que viene de la creciente importancia e influencia de los tribunales constitucionales alrededor del mundo. Como se hizo ver en el capítulo primero, una parte importante de la seguridad jurídica es la certeza jurídica; sin este tipo de certeza es prácticamente imposible que las personas puedan decidir sus acciones en función de los planes o proyectos que necesariamente deben decidirse con antelación. Es necesario, por lo tanto, examinar algunas de las consecuencias negativas que se relacionan con el ejercicio de interpretación constitucional que presentan las cortes dentro del sistema constitucional de derecho.

En efecto, este tipo de problema de falta de certeza se da en los actuales sistemas constitucionales. A menudo este modelo de control constitucional se basa en la tradición



norteamericana, en donde dicho control radica en la Corte Suprema de Justicia. El argumento simple es el siguiente: la Constitución es la ley suprema del país y su interpretación cae exclusivamente en manos de la Corte Suprema. Por lo tanto, los miembros de dicho organismo pueden derrotar cualquier pieza legislativa, así como cualquier decisión presidencial o decisión tomada por algunos de los tribunales. Por lo tanto, los que quieren oponerse a una medida legislativa o ejecutiva acuden a las instancias judiciales para tratar de impugnarlas, a menudo con éxito. Como es de esperar, la misma Corte de Constitucionalidad no es inmune a factores subjetivos.

Para comprender la importancia de este punto debe tomarse en cuenta que uno de los ideales más sólidos de la modernidad ha sido el gobierno de las leyes, el cual representa un avance en la certeza del derecho. Este modelo se ha ido desarrollando desde el siglo XVIII, logrando cada vez mejores resultados, sin embargo, sus concepciones originales vienen desde el mundo griego, especialmente con Aristóteles. Debe tomarse en cuenta que el pensamiento griego constituye uno de las fuentes de las ideas que han dominado el mundo occidental. Este ideal se consolida durante el siglo XIX, con los intentos de codificación que fueron ensayados en diferentes países. A pesar de sus obvias carencias, como el hecho de que ningún cuerpo normativo puede prever todas las circunstancias de su aplicación, este modelo ayudó a consolidar la seguridad jurídica alrededor del mundo.

Sin embargo, la situación cambió después de la Segunda Guerra Mundial, con el establecimiento del nuevo sistema constitucional de derecho. En ese momento, los derechos humanos se van consolidando de manera institucional en las comunidades



políticas. Entonces surge la tendencia a constitucionalizar el orden jurídico; si antes se reducía el derecho a la ley, ahora se tiende a comprender como derecho solo lo constitucional. Sin duda, este punto también representa un avance significativo, puesto que se puede cuestionar la legitimidad de promulgar de leyes evidentemente injustas, como las que fueron creadas durante la dictadura hitleriana.

El problema, sin embargo, es que los valores nunca dictan medidas de acción concretas. Sin embargo, sí pueden usarse para cuestionar leyes que han sido promulgadas por los órganos correspondientes. El problema radica en que, lamentablemente, las disposiciones constitucionales admiten cierto rango de variabilidad, lo cual hace que los miembros de las cortes con función constitucional tengan diferentes visiones acerca de un problema que les ha sido planteado; asimismo, un tribunal puede tomar una decisión en un momento dado, para después adoptar otra. Este fenómeno hace que se litigue calculando las decisiones que van a tomar los juzgadores con base en las tendencias de acción, o peor aún, con base en el sector que los apoya.

Este tipo de control constitucional plantea una serie de problemas, especialmente, porque se ha difundido a nivel global. A menudo las decisiones basadas en leyes establecidas no son respetadas en el contexto de los procesos que suelen prologarse por todos los medios, especialmente cuando estos no se cuadran a los intereses de los actores en los procesos. En este sentido, los tribunales constitucionales han venido a constituirse, en el imaginario popular, como auténticas “cortes celestiales”, cuyas decisiones suelen dependen de las creencias y posiciones de los miembros de estas. Desde luego, estas cortes pueden derrotar auténticas aberraciones jurídicas, pero



también pueden car en aspecto subjetivos que afectan la certeza de las leyes, el otro aspecto importante de la seguridad jurídica.

En el mundo de habla inglesa, este fenómeno ha sido criticado por el pensador neozelandés Jeremy Waldron. Este destacado pensador ha subrayado durante mucho tiempo el valor irreducible de la legislatura democrática en la sociedad liberal. La idea de este pensador es que los mecanismos democráticos tienen una dignidad e importancia que no puede ser ignorada. Entonces, en la medida en que la Corte Suprema o Constitucional es un órgano no electo, cualquier medida en que esta derrote una decisión legislativa, se está frente a un sistema no democrático. En consecuencia, Waldron desconfía de cualquier forma de predominio constitucional. La supremacía constitucional es un artilugio antidemocrático. Siguiendo estas ideas, Waldron ha criticado el activismo judicial, en particular el que ha sido difundido por el constitucionalismo norteamericano, mostrando las consecuencias negativas que plantea este para el pensamiento democrático.

Una de las corrientes que más ha sido cuestionada por su tendencia al gobierno de los jueces es el neoconstitucionalismo. Corriente popular en Iberoamérica. La etiqueta “neoconstitucionalismo” se le atribuye a Pozzolo (2005) quien dice:

Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho. He llamado a tal



corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y, solo en parte, Carlos S. Nino. Probablemente estos iusfilósofos no se reconocen dentro de un movimiento unitario, pero, en favor de mi tesis, en sus argumentaciones es posible encontrar el uso de algunas nociones peculiares que posibilita que sean agrupados dentro de una única corriente iusfilosófica. (p. 339)

Para Pozzolo (2005):

- 1) Principios versus normas... el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de normas y principios...
- 2) Ponderación versus subsunción... Los principios no serían interpretables/aplicables según el común método llamado «subsunción», peculiar de las normas. Los principios necesitarían un método llamado ponderación o balanceo...
- 3) Constitución versus independencia del legislador... Si la subordinación de la ley puede parecer obvia desde el momento que se afirma la superioridad del texto constitucional, lo que es peculiar de este modo de ver las cosas es la «materialización» o «sustancialización» de la constitución. Con el uso de estos términos se quiere indicar que la constitución no tiene por objeto únicamente la distribución y la organización de los poderes, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales...
- 4) Jueces versus libertad del legislador. Con esta formulación me refiero a la expresión de una tesis favorable a la interpretación creativa de la



jurisprudencia. Al juez, supuesta la presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción, la penetración general del texto constitucional, se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales... (pp 340-342)

La distinción entre principios y normas, según la cual los principios (especialmente los constitucionales) tienen preponderancia sobre las normas (especialmente las legales). En segundo lugar, la tradicional subsunción silogística, en el cual el caso concreto se lee a través de la norma general, se ve cambiar por la ponderación o balanceo entre los principios. En tercer lugar, la Constitución condiciona la actividad del legislador, desde el momento en que toda norma legal debe ser leída a la luz de su consistencia con las disposiciones constitucionales. En cuarto lugar, el juez supera su tradicional papel de “boca de ley”. Como lo resumen Pozzolo (2005):

Al juez, supuesta la presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción, la penetración general del texto constitucional, se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales. La sustancialización de la constitución sitúa en primer plano la consideración de las exigencias de justicia sustancial que el caso concreto trae consigo. Por lo cual, si con anterioridad el juez interpretaba/aplicaba el derecho independientemente de la valoración del caso concreto, ahora el juez debe interpretar el derecho a la luz de las exigencias de justicia vehiculadas por el caso. La interpretación moral del caso incide, de este modo, en la interpretación de las palabras del derecho. Debido a este peculiar papel asumido por el juez, este tiende



a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico.
(pp. 341-342)

Un ejemplo de este fenómeno puede verse con el constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky, quien llegó a ser miembro del tribunal constitucional italiano y quien se ha caracterizado como uno de los representantes más conocidos del enfoque neoconstitucionalista. Este reconocido jurista defiende una concepción del derecho al cual este denomina “derecho dúctil”, que como puede notarse, ve al derecho como material dúctil, sujeto a la interpretación, la cual depende de las circunstancias sociales en las cuales se ubica el intérprete constitucional. Desde luego, existe un llamado a la justicia, pero lamentablemente respecto a los valores existen muchas diferencias dentro de la sociedad.

El neoconstitucionalismo ha recibido una serie de críticas por parte de destacados juristas. El exagerado papel dado a los principios morales constituye un problema para esta doctrina. En el mundo iberoamericano, el predominio de las cortes constitucionales ha sido criticada por el pensador español Juan Antonio García Amado, quien se ha centrado en elaborar fuertes argumentos para desarrollar la crítica en contra del neoconstitucionalismo. Este autor ha desarrollado una crítica disciplinada de muchas de las ideas que han sido diseminadas por un constitucionalismo que, a su juicio, representa un peligro para la existencia de un sistema jurídico democrático y eficaz. En las palabras de García (2010):



De ahí que entre las notas distintivas del neoconstitucionalismo, por contraste con el positivismo jurídico, se suele mencionar la impugnación de la neutralidad de la ciencia jurídica y se haga la apología de una ciencia constitucional militante, moralmente comprometida con la verdad y las exigencias de los supremos valores, éticamente confesional. El entramado funciona a la perfección porque los jueces ven en esa doctrina la justificación perfecta para la ampliación de sus poderes frente al legislador y de su condición de oráculos de la Constitución profunda, mientras que los profesores colman sus aspiraciones cuando ven a los jueces construir la nueva Constitución con los elementos que ellos les van proponiendo.

Como se sabe, este fenómeno ha llevado a una serie de problemas. Cualquier pieza de legislación se somete a escrutinio constitucional por parte de aquellos a quienes afecta tal norma. A menudo estas acciones repercuten en demoras que no ayudan a la necesaria certeza jurídica. Es un factor que, por otro lado, lleva al interés en influir en los procesos de nombramiento de las distintas cortes.

Este fenómeno a su vez, lleva a dos serios problemas como la politización de la justicia y la judicialización de la justicia. Estos dos fenómenos hacen mucho daño a la seguridad jurídica. Ese problema es muy común en los países que replican el modelo norteamericano de gobierno de los jueces. En efecto, ese fenómeno se ha visto en Guatemala durante la nueva era constitucional. Generalmente, las piezas de legislación que no son del agrado de poderosos sectores son detenidas en el orden constitucional.



Desde luego, no es cuestión de oponerse a la interpretación constitucional, pero tampoco puede olvidarse el valor del derecho escrito. Ambos extremos, el puramente legislativo y el puramente constitucional, a nuestro modo de ver este tema, son inconvenientes, puesto que ambos enfoques poseen carencias notables y dejan cosas sin explicar. Por esta razón es necesario buscar planteamientos integrales en los que la ley establezca una relación armoniosa con los valores constitucionales.

Es innegable que actualmente las sociedades viven en la época del constitucionalismo de los derechos humanos. Sin embargo, estas no han podido ni se han decidido a diseñar las instituciones con base en los valores que constituyen la espina dorsal de este planteamiento. Se ha visto que el derecho constitucional tiene un carácter intervencionista que pone en entredicho la división de poderes y la seguridad jurídica de las sociedades. Sin embargo, este rasgo surge del hecho de que los derechos no son respetados de manera adecuada. Es necesario, por lo tanto, enfocarse en diseños constitucionales más adecuados a las diversas realidades que presentan la multiplicidad de sociedades contemporáneas.

En ese sentido, un aspecto importante es que el derecho constitucional no ha logrado detener el derecho penal de tipo represivo, el cual, como hemos visto, hace caso omiso de los derechos de los ciudadanos. Esto se debe al hecho de que muchos ordenamientos constitucionales simplemente son ignorados por los ciudadanos y por las autoridades. De hecho, este es un proceso preocupante que puede llevar a mayores niveles de conflictividad, puesto que al final se genera una cultura de violencia que constituye otro factor de desestabilización social, especialmente cuando las condiciones sociales son



marcadamente inestables. El problema de la influencia del Narco en algunos estados latinoamericanos es una muestra palpable de lo grave de este problema. En efecto, erradicar este problema significa involucrar a la sociedad en guerras en donde la mayoría de las víctimas suelen ser civiles y personas no involucradas.

3.4. La carencia de derechos sociales

Asimismo, el derecho constitucional no ha podido erradicar las condiciones sociales de penuria que han empeorado en muchas sociedades alrededor del mundo. Los problemas sociales han provocado fenómenos que apuntan, sin duda, a un empeoramiento innegable de las condiciones de vida de las grandes mayorías de la población. Por esta razón, se habla con relativa mayor frecuencia de “Estados fallidos”, los cuales son aquellos que no son capaces de garantizar condiciones mínimas para una vida digna.

Basta recordar, por ejemplo, las caravanas de migrantes que han salido de América Central para los Estados Unidos de América. Estos grupos de personas huyen de la falta de oportunidades y de la violencia extrema de las pandillas y del crimen organizado. Sin duda, estas sociedades no ofrecen las mínimas condiciones de vida para poder subsistir, lo cual, en cierta medida, recuerda que la seguridad que lleva al contrato social ya no es asequible, lo cual hace que el contrato social, que funciona como base del pacto constitucional, ya no sea considerado como vinculante por la ciudadanía.

En consecuencia, se presentan las condiciones para el aumento de la violencia y la desestabilización de las sociedades afectadas. Sin embargo, como se ha visto, este



fenómeno no puede detenerse con la implementación de métodos penales más severos. Lamentablemente, la violencia que surge del descontento social vuelve más difícil la generación de actividades económicas, haciendo más fuerte el grado de conflictividad social. Esto muestra que la seguridad jurídica, en su aspecto realizativo, cumple una función esencial para lograr la paz social, ante todo cuando la seguridad jurídica se integra armoniosamente con la justicia y el bien común.

Sin embargo, esta realidad hace pensar que se debe buscar que falla en el constitucionalismo, porque a pesar de que muchos países adoptan constituciones avanzadas, las circunstancias de vida no se mejoran de manera de la manera esperada. Sin duda, debe hacerse lo posible para que los fundamentos de la Constitución se conviertan en una forma concreta de vida, y no en un simple listado de virtudes y deseos que no son seguidos en la organización concreta de las sociedades. Se plantean algunas salidas para este problema en el capítulo final de este trabajo.

Lamentablemente, se viven retrocesos en todos en relación con estos requerimientos que tienen que ver con el valor de los derechos sociales. Los niveles de desempleo crecen y los trabajos que se abren muchas veces no son de tiempo completo. Este fenómeno crea una ingobernabilidad que termina por afectar a la misma vida económica de una sociedad, agravando entonces el mismo problema de la falta de empleo y del subempleo. Esta situación general incide en un ambiente de violencia que no ayuda al desarrollo de la economía, y, por lo tanto, la evolución social vinculada a esta. Sin embargo, tal situación todavía no ha logrado convencer a las sociedades contemporáneas del valor de preservar y desarrollar los derechos sociales.



Corresponde ahora plantear una visión más completa de la seguridad jurídica. Debe abandonarse la idea de que la seguridad jurídica solo les interesa a los propietarios de grandes empresas o capitales. La seguridad jurídica es un asunto de todos, puesto que en el Estado constitucional se exigen también otras medidas dirigidas al bienestar de las personas más necesitadas. Una persona que no tiene garantizada su vida por no poder acceder a los bienes necesarios para su subsistencia, por ejemplo, sufre de inseguridad jurídica extrema; una persona sin acceso a alimentación adecuada no va a desarrollarse para poder aspirar a una vida plena. Las personas que no pueden acceder a una educación de calidad tendrán problemas para realizarse en una sociedad que ha perdido los valores de la solidaridad.

Como todo valor, la seguridad jurídica siempre debe considerarse de manera simultánea con otros referentes axiológicos. De este modo, la misión de este estudio es precisamente establecer de manera conceptual, la relación existente entre la seguridad jurídica y el corazón axiológico del Estado constitucional de derecho para plantear algunos cambios de percepción que puedan servir para evitar el declive de este tipo de valor. Para el efecto es necesario estudiar los problemas que representa la adopción del modelo constitucional en relación con el desplazamiento del derecho producido legislativamente.

3.5. El carácter integral de la seguridad jurídica

En este capítulo se han estudiado las manifestaciones peculiares de la seguridad jurídica, el ideal y valor olvidado del actual mundo globalizado del derecho. Se ha visto que este valor constitucional es afectado de varias maneras en la época actual. Al final,



toda conculcación de derechos fundamentales genera un tipo de inseguridad, el cual se expresa de diferentes maneras, reduciendo de manera paulatina las oportunidades legítimas para organizar los planes de vida de muchas personas. El Estado incluso ha ido perdiendo sus facultades para ayudar a dichas personas, especialmente debido a las políticas de austeridad.

Es evidente, por lo tanto, que la búsqueda de la seguridad jurídica es necesariamente una tarea compleja, la cual debe contemplar diferentes ámbitos de acción, todas relativas al Estado constitucional. Esta no puede limitarse a la garantía exclusiva de la certeza jurídica. El constitucionalismo moderno debe controlar la multiplicación de las fuentes de poder que afectan la seguridad jurídica integral de las sociedades contemporáneas.

Al investigar la manera en que se impacta negativamente la seguridad jurídica por el marco de seguridad penal, por la inobservancia de los derechos sociales y por la ideología constitucional que viola el principio de la división de poderes, resulta claro que es necesario atender a los problemas respectivos de una manera unificada. El énfasis en la seguridad contra la criminalidad o el terrorismo no debe llevar a enfoques reactivos como el que propone el derecho penal del enemigo o el planteamiento de la tolerancia cero, puesto que, si no respetan las condiciones sociales, los problemas seguirán empeorando. Estos enfoques que se expresan en las ideologías securitarias que dominan actualmente las políticas gubernamentales en muchos países del mundo y que supuestamente han sido ideadas para garantizar la seguridad en contra de las amenazas que supone el crimen organizado y el terrorismo transnacional, ayudan a debilitar el



marco constitucional, hasta el punto que la gente ya no llega a respetarlo. Debe reconocerse, en este sentido, que estas políticas securitarias no siempre buscan defender los derechos y garantías del sistema democrático y constitucional de derecho, sino más bien buscan consolidar el dominio social y económico de ciertas élites a nivel nacional e internacional, especialmente ante los efectos negativos de la creciente desigualdad.

Existe un notable desajuste entre derecho constitucional moderno, tanto a nivel de interpretación como de los derechos sociales y el derecho penal autoritario. En este contexto, se ha generado una especie de género de derecho punitivo que se basa en el puro sentimiento popular, que, cansado de la violencia, exige políticas de mano dura. Lamentablemente, estas políticas no tocan la raíz de los problemas y la inseguridad y violencia también empeoran, hasta el punto de que estas sociedades llegan a tener áreas geográficas en las que el ciudadano medio no puede ni siquiera entrar sin poner en riesgo su vida. Guatemala, como es sabido, enfrenta este tipo de problemas, con territorios en los que la presencia del Estado es casi nula.

En segundo lugar, se ha estudiado el género de inseguridad que surge de la adopción del modelo constitucional contemporáneo, especialmente en sus versiones más difundidas en el mundo iberoamericano. En este caso, las presentes disquisiciones son especialmente aplicables al denominado “neoconstitucionalismo”. En esta corriente, la genuina importancia concedida a los valores jurídicos puede obnubilar la visión del orden legislativo, afectando la misma división de poderes. Esta modalidad de inseguridad viola la organización liberal del gobierno, la cual surge de la conciencia de los abusos que



surgen de la concentración del poder en un solo individuo o institución. Se llega, en consecuencia, a una problemática judicialización de la política o a una politización de la justicia.

Estos dos tipos de inseguridad se aúnan al crecimiento de los problemas sociales que surgen de la negación o inobservancia de los derechos sociales. Estos derechos aseguran condiciones mínimas de existencia digna y su incumplimiento se relaciona con una cultura de ineficacia de los derechos sociales, los cuales son tan fundamentales como los tradicionales derechos individuales. Al final, el irrespeto a los derechos sociales y, en general, a los de naturaleza colectiva (como los ambientales) lleva a que los derechos individuales no sean observados. Este problema genera condiciones graves de ingobernabilidad. Estas, en efecto, llevan a tomar medidas que afectan la garantía de los derechos fundamentales, como, por ejemplo, los del debido proceso.

Sin duda, las carencias en los tres ámbitos mencionados arriba muestran que la lucha por la seguridad jurídica debe ser integral y no limitarse únicamente a la certeza del derecho. No se puede avanzar mucho si se garantiza la certeza jurídica, pero se olvidan los derechos sociales; poco se puede lograr si solo se garantiza la certeza de las decisiones jurisdiccionales, mientras se olvida la protección de los derechos ciudadanos frente a la ideología de la seguridad frente al crimen organizado y el terrorismo.

En el siguiente capítulo, se distinguen las diferentes facetas concretas que deben trabajarse para mejorar la seguridad jurídica. En este sentido, se desarrolla una visión de la seguridad jurídica que respeta las garantías, sin caer en los extremos de corrientes



como el neoconstitucionalismo y que evita los excesos del Estado autoritario, al mismo tiempo que presentan argumentos para contrarrestar los peligros de la tecnología de la vigilancia. Asimismo, se argumenta en favor de un sistema social en el cual haya un reconocimiento básico de los derechos sociales, puesto que como se ha visto, no puede existir un sistema viable si no existe un nivel de bienestar básico para la ciudadanía.





Capítulo IV

La naturaleza de la seguridad jurídica en el mundo contemporáneo

Los capítulos anteriores han descrito los rasgos generales de la seguridad jurídica y, además, han señalado los mayores problemas que enfrenta este valor fundamental en los órdenes jurídicos, de orientación constitucional, que prevalecen en la actualidad. Se ha comprobado que la falta de seguridad jurídica se refiere no solo a las notables dificultades que plantea la incertidumbre que plantean la jurisdicción dentro del constitucionalismo contemporáneo, debido a la indeterminación de los valores y principios ponderados, sino también a un sentido erróneo de la seguridad, especialmente la del Estado y la del orden internacional en el que este se ubica. Asimismo, se ha prestado atención a la inseguridad que está provocada por la poca atención que se presta a los derechos sociales, fenómeno que provoca una serie de problemas de ingobernabilidad asociados con la conflictividad social.

Los problemas apuntados responden a varias causas, a causas sociales y al predominio de una mentalidad que busca la seguridad, sin que se preste la atención debida a los factores sociales que, como se sabe, suelen correlacionarse con los problemas de transgresión social. Asimismo, forman parte de este problema la tradicional falta de atención a los derechos sociales y la mala concepción de las prácticas jurisdiccionales que permite el modelo constitucional. A este problema contribuyen una serie de problemas, como es el caso de las cambiantes tecnologías de la comunicación,



los cuales hacen imperativo plantear nuevas regulaciones que superan el marco estatal tradicional. Gobernar las sociedades contemporáneas cada vez se hace más complejo.

Debe tomarse en cuenta que la tradición jurídica muestra que el sentido de las constituciones radica en el control del poder. Ahora bien, este control no puede reducirse a las funciones del Estado. En la actualidad, se han creado instancias de poder que, como las grandes empresas, influyen en los problemas actuales para garantizar los derechos humanos cuya vigencia constituye el núcleo de la auténtica seguridad jurídica.

La seguridad jurídica, dentro del enfoque liberal que se asume en este trabajo de investigación, plantea tres dimensiones interrelacionadas: 1) la seguridad jurídica de los ciudadanos y la seguridad del contexto social y político en el cual estos desarrollan sus planes de vida (derechos sociales) 2) la seguridad frente a las estructuras de opresión del Estado (desarrolladas en el derecho penal autoritario) y 3) un grado aceptable de certeza respecto a la aplicación del derecho (una judicatura apegada a un sentido predecible del derecho).

Estos tres aspectos contemplan la certeza jurídica, puesto que se necesita esta no solo para el empresario que invierte para obtener ganancias y generar empleo, sino también para el ciudadano que debe saber que sus derechos fundamentales no serán vulnerados de manera arbitraria y que, por lo tanto, puede desarrollar sus proyectos de vida, en consonancia con el derecho a la autonomía que le corresponde a cada ser humano en virtud de su racionalidad y dignidad. Por lo tanto, es necesario plantear



soluciones que consoliden los diferentes aspectos de la seguridad jurídica. En este capítulo se investigan en detalle varias de estas facetas.

En la primera sección se estudia el valor de la seguridad jurídica en el actual contexto globalizado. Posteriormente se argumenta que es necesario priorizar diferentes tipos de seguridad. La seguridad jurídica, en este sentido, se vincula con la seguridad democrática en su sentido más pleno. En la segunda sección, se examinan los perfiles del actual problema de la seguridad jurídica con relación a la economía contemporánea, la cual se caracteriza por la enorme influencia de una actividad económica con pocos niveles de regulación, lo cual impacta negativamente la realización de otros valores. En la tercera, se analizan las diferentes expresiones de la seguridad que se necesitan en el mundo actual, debido ante todo a las diversas situaciones problemáticas que se encuentran en el mundo contemporáneo. De ese modo, se llega a la idea más completa de la “seguridad humana”. El capítulo se cierra con una breve presentación de los Objetivos del Desarrollo Sostenible, los cuales establecen los objetivos a perseguir por los Estados y que nosotros interpretamos como capaces de orientar la visión de seguridad jurídica que se requiere en la actualidad.

4.1. La seguridad jurídica en la globalización actual

La globalización ha sido un proceso prácticamente indetenible en el contexto mundial contemporáneo. Este proceso tiene como base el desarrollo de la economía que logra superar las fronteras nacionales; en este contexto ampliado las actividades económicas alcanzan una velocidad vertiginosa que se hace posible debido a la



acelerada evolución de las tecnologías digitales, las comunicaciones y el transporte. Los conglomerados financieros e industriales llevan a cabo sus actividades en diferentes países, como sucede con compañías cuyos productos son manufacturados a partir de componentes elaborados en diferentes países. Asimismo, las grandes entidades financieras funcionan de manera simultaneas en diferentes continentes. Asimismo, muchas de las instituciones que rigen este nuevo orden -por ejemplo, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional- trascienden el orden nacional. En este orden de cosas, se genera el desarrollo de empresas privadas que muchas veces tienen mayores recursos que muchas naciones pequeñas; este es el caso de los grandes emporios digitales como es el caso de Microsoft, Facebook, Amazon, Apple y Huawei.

Como es de esperar, el desarrollo de este fenómeno ejerce presiones de cambio, bastante acelerados, sobre la estructura jurídica de las naciones. Así, por ejemplo, los diferentes países tratan de consolidar sus ventajas a través de la elaboración de tratados comerciales; asimismo, para garantizar un orden legítimo se lucha contra los paraísos fiscales, de manera que pueda lograrse la transparencia de las operaciones financieras. De la misma manera, el existente marco internacional de derechos humanos, cuya vigilancia y control le corresponde a la ONU, se enriquece y vuelve más complejo debido a la necesidad de proteger otros bienes que no fueron inicialmente contemplados, como es el caso actual del medio ambiente, el cual necesita ser protegido frente a las consecuencias que provoca una actividad económica contaminante.

Asimismo, este proceso ha permitido que surjan nuevos actores jurídicos como es el caso de tribunales regionales y globales, como la Corte Interamericana de Justicia o la



Corte Internacional de Justicia, organismos que pueden suplantar los tribunales nacionales cuando estos fallan en brindar la justicia esperada. En Europa, de hecho, se ha creado una entidad política, la Unión Europea, que comprende a diferentes naciones. Muchas veces se crean entidades arbitrales que sirven para manejar los problemas concretos que surgen a la hora de aplicar los acuerdos comerciales.

Aun así, han surgido poderosos agentes económicos que, como los emporios mencionados arriba, no son fáciles de controlar ni regular. Estas empresas funcionan dentro del mundo global o pueden ir de un lugar a otro, según les convenga. En consecuencia, muchos países se ven forzados a permitir acciones cuestionables, debido al temor económico que despierta la huida de capitales, inversiones y empresas. Esa economía en movimiento es disruptiva para la estabilidad jurídica de muchas naciones.

Para hacer las cosas todavía más complicadas, en los últimos tiempos han surgido de nuevo las acostumbradas diferencias entre grandes actores internacionales, como es el caso de los enfrentamientos, muchas veces sangrientos, en los que se oponen China, Rusia y los Estados Unidos. Estas naciones pelean duramente entre sí para posicionar a sus poderosas empresas y, por lo tanto, desarrollan prácticas proteccionistas que, desde luego, no se pueden implementar en países pequeños como es el caso de Guatemala. Los intereses geopolíticos son bastante decisivos puesto que siempre hay escasez de estos y los Estados quieren asegurarse un adecuado suministro de estos.

Sin embargo, es claro que no se puede regresar a un orden basado en el predominio del Estado aislado, aun cuando no es conveniente que los ordenamientos



estatales se vuelvan indiferentes entre sí y que se dediquen a estas guerras, que al final, solo benefician a los poseedores del poder económico. Como sucede en los países pequeños, los gobiernos de las grandes naciones también suelen responder a sus sectores con mayor poder económico, como es el caso de los grupos empresariales y financieros de orden transnacional (Monsanto, Esso, Nestle, etc.). Como se sabe, la manera en que estos grupos suelen alcanzar poder es a través del financiamiento a los partidos políticos.

Este proceso, desde luego, plantea nuevos desafíos para el derecho actual. Uno de estos cambios, como es de esperar, se vincula a las varias veces mencionadas transformaciones del Estado nacional. Por ejemplo, la economía actual es de naturaleza global, mientras los países se desarrollan todavía bajo el paradigma del Estado y el territorio nacional. Muchos países, por ejemplo, no pueden prohibir la salida de capitales internacionales de sus países, razón por la cual siempre es posible una huida de capitales que provoque grandes descalabros económicos como ha sucedido, en la década de los noventa del siglo recién pasado, en Asia y en México.

Desde luego, se han planteado cambios regulatorios al nivel internacional, pero estos suponen transformaciones que no dejan de tener sus problemas para las formas de gobiernos circunscritos a un territorio determinado. Esto provoca que países vulnerables, como es el caso de Guatemala, solo sufran las consecuencias de los problemas económicos internacionales, sin poder cambiar demasiado los términos de la actividad económica de la cual depende el bienestar de la sociedad respectiva.



Puede verse, en consecuencia, que los Estados pierden capacidades para costear los derechos sociales. Esta imposibilidad genera sociedades inestables, conflictivas, en las que los ciudadanos se afectan de manera mutua. En consecuencia, es necesario pensar en nuevos enfoques para controlar la realidad social y garantizar ese sentido de seguridad que se ha perdido en tantas sociedades a lo largo del mundo. Para decirlo en los términos clásicos, para repetir algo que se oye con frecuencia: se necesita un nuevo contrato social. Desde luego, el uso del derecho penal y la seguridad del control no pueden garantizar ese sentido de seguridad que se creó con el orden liberal. Con un nuevo contrato social se pueden especificar óptimos regímenes legales que no tengan que ser corregidos a cada momento por inconstitucionalidades que engendran más problemas.

En este sentido, puede plantearse una serie de distinciones necesarias para entender las diversas áreas que deben considerarse cuando se piensa en la seguridad jurídica en un sentido integral. Por ejemplo, se necesita seguridad jurídica interna, pero también una de naturaleza externa. Asimismo, se necesita considerar diferentes facetas de la seguridad jurídica en lo que respecta a derechos sociales. Asimismo, se debe garantizar cierta libertad para acceder a la alimentación, a la energía, etc. En resumen, se le debe prestar una atención simultánea a distintas áreas relevantes para pensar el bienestar de la humanidad en general.



4.2. La economía mundial y la seguridad jurídica

En la actualidad, especialmente desde la caída del socialismo real que se realiza, en definitiva, con el derrumbe del Muro de Berlín, el mercado se ha convertido en una de las áreas que ha recibido mayor desarrollo. Durante mucho tiempo se siguió la hipótesis neoliberal de que los mercados son entes que se autorregulan y que las leyes destinadas a normalizarlos crean distorsiones que impiden el funcionamiento espontáneo de estos. Asimismo, se pensaba que el advenimiento del mercado libre hacía que surgieran democracias constitucionales respetuosas de los derechos individuales.

Sin embargo, la apreciación del mercado no regulado ha ido cambiando en las últimas dos décadas. En particular, se ha comprobado de manera fehaciente que el mercado no sujeto a regulaciones es volátil, como lo demuestran las múltiples crisis que se han enfrentado en las últimas décadas. Entre estas se debe mencionar la inmensa crisis económica que tuvo lugar entre el año 2007 y el 2008, la cual se dio, porque se ofrecieron productos financieros tóxicos a personas sin mayor posibilidad de pago.

Esta crisis se debió al manejo irresponsable de algunos poderosos bancos que trabajaban sin ningún tipo de control. Sin embargo, a la hora de que la crisis explotara, estos poderosos entes financieros no solo fueron exonerados de cualquier responsabilidad, sino que además fueron rescatados con dinero público. Sin embargo, las víctimas de tales prácticas perdieron sus ahorros y en muchos casos sus viviendas y otros bienes; se hizo claro, a los ojos de la ciudadanía, que el interés de los gobiernos radicaba en los grupos poderosos, y no en la sociedad. Posteriormente, para solventar la



situación de deuda se establecieron políticas de austeridad que terminaron afectando a las personas particulares. Sin duda, esta política no ayudó a que se consolidara la auténtica seguridad jurídica. Los efectos de esta crisis se hicieron sentir con particular intensidad en el contexto de la Unión Europea.

Una de las consecuencias más negativas de este proceso ha sido el crecimiento de la desigualdad. Un informe reciente de la situación en Guatemala, elaborado por Oxfam (2019), muestra que en nuestro país;

- “El 1% de las personas con mayores ingresos perciben lo equivalente al 50% de menores ingresos.
- Las grandes empresas, que suponen apenas el 3% del total de empresas formales, se llevan el 65% del excedente generado...” (p. 6)

Como se sabe, este problema, cuando se agrava, contribuye a la inestabilidad social. La desigualdad exagerada crea un alto grado de conflictividad, fenómeno que redundará en el crecimiento de la transgresión social. La existencia de pocos ricos con mucha gente exageradamente pobre repercute en un resentimiento social que provoca protestas y todo tipo de acciones contra el sistema. Surge, entonces, el problema de la ingobernabilidad.

Poco puede lograrse si no se protege la actividad de las sociedades. Una colectividad no puede subsistir si sus miembros se ven incapacitados de producir y trabajar para poder resolver sus problemas. En este sentido, cabe mencionar que la



nueva *lex mercatoria* beneficia a las grandes empresas, en detrimento de la actividad de los agentes económicos de un país. Este es un fenómeno innegable que se ha desarrollado en nuestra época. Como lo dice Juan Hernández Zubizarreta y Pedro Ramiro, en publicación del Observatorio de Multinacionales en América Latina (2016):

Las empresas transnacionales se han convertido en poderosísimos agentes económicos que condicionan directa o indirectamente la producción normativa estatal e internacional, mediante acuerdos formales e informales a escala mundial y mecanismos específicos de resolución de conflictos, al margen de los criterios y fundamentos del poder judicial. Por otra parte, los criterios de legitimación, más basados en el poder que en la democracia, les garantizan la plena seguridad jurídica. No se está acuñando un derecho universal y sí un derecho global más privado que público. (párrafo 2)

Es necesario, por lo tanto, plantearse cambios de naturaleza profunda que regulen los mercados y que garanticen mayores cotas de bienestar general para la sociedad en su conjunto. La idea de que los mercados no deben tener regulaciones es una tesis que ya ha perdido validez frente a la continua crisis de la esfera económica, en donde existen agencias de capitales que arriesgan los recursos de las personas que invierten en estas. Las quiebras de bancos, por ejemplo, hacen que se pierda confianza en la solidez financiera de un país y que los capitales se vayan a otros lugares, en donde estas más seguros, aparte de gozar de mejores condiciones tributarias. Sin embargo, los pequeños ahorrantes suelen ser los más afectados. Además, las terribles consecuencias de la crisis global del 2008 todavía se pueden sentir.



Se necesitan, por lo tanto, repensar las estructuras jurídicas al nivel nacional, de manera que se puedan proteger los intereses nacionales. En ese sentido, el mencionado observatorio presenta el siguiente fenómeno:

Uno de los elementos centrales de la *lex mercatoria* son los contratos firmados por las empresas transnacionales. Su función es determinante en el sistema de fuentes del derecho corporativo global. El modelo de derecho privado clásico responde en términos jurídicos a los presupuestos del Estado liberal: la igualdad formal ante la ley y de las partes contratantes, la autonomía de la voluntad de las partes, el contrato como la institución jurídica para el intercambio de bienes y el Estado como garante de los negocios jurídicos. (párrafo 5)

Sin embargo, surgen conflictos, que en la práctica real se complican debido a la presencia de numerosos intereses. Generalmente, los que obtienen los mayores beneficios son los que tienen mayor poder; ellos financian a los políticos, sus empleados muchas veces son autoridades estatales. Juan Hernández Zubizarreta y Pedro Ramiro, en publicación del Observatorio de Multinacionales en América Latina (2016): describen uno de los conflictos fundamentales:

La igualdad ante la ley y de las partes contratantes, junto a la plena autonomía de estas, es el fundamento formal de los mencionados contratos. El conflicto que subyace de fondo es la tensión entre los estados receptores de la inversión, celosos de su soberanía y de sus intereses, frente a los de las empresas transnacionales y, por tanto, de la estabilidad de sus inversiones. Los estados



tienen como objetivo, en principio, adecuar los contratos de inversión a la normativa nacional y que sus tribunales resuelvan los conflictos que puedan surgir.

En otra dirección, las empresas transnacionales, en el marco de la globalización neoliberal y utilizando como argumento la necesidad de estabilizar las inversiones, equilibrar los riesgos y protegerse ante futuras modificaciones legislativas nacionales, pretenden enviar los posibles conflictos a sistemas internacionales de arbitraje intentando que la norma aplicable sea la que las partes pacten y, en su defecto, la que el tratado bilateral de inversiones establezca. El conflicto expuesto sucumbe a la lógica jurídica contractual asimétrica y la supuesta estabilidad de las inversiones desplaza a los derechos de las mayorías sociales. (párrafo 6)

Desde luego, no puede retornarse a modelos proteccionistas de antaño. Sin embargo, tampoco se puede olvidar el bienestar de un país. Esto muestra lo complicado que resulta gobernar un país en la actualidad. No obstante, se puede sostener que es necesario encontrar un punto medio que permita obtener las ventajas de la globalización, mientras se mantiene una economía nacional sana, capaz de brindar satisfactores a los ciudadanos, especialmente a través de las funciones de un Estado que ha logrado combatir la corrupción de una manera efectiva. En gran medida, un Estado saneado de corrupción podría tener los suficientes recursos para recuperar las funciones del Estado que se pierden cuando los fondos se pierden en las cuentas de los funcionarios corruptos.

De este modo, puede garantizarse una seguridad jurídica efectiva, una capaz de construir un orden en el que pueda garantizarse la seguridad en su sentido más amplio. Si se quiere fortalecer la seguridad jurídica en el ámbito económico se debe tomar en



cuenta también los derechos de las personas particulares y el ambiente económico en el que estas se desarrollan. No se debe ocupar únicamente de los intereses de las grandes empresas. Estas deben ser responsables de sus errores y no dependen del gobierno cuando enfrentan problemas, debido a que esto significa que las ganancias se privatizan mientras que las pérdidas se socializan. Esta práctica implica un desbalance de derechos y obligaciones que no se puede aceptar en un sistema estatal regido por los valores del Estado constitucional.

4.3. La naturaleza plural de la seguridad jurídica

En este punto se analizará con mayor cuidado el diseño de políticas que garanticen la estabilidad jurídica. Esta tarea es complicada debido a los múltiples desafíos que presenta la seguridad de los derechos humanos a nivel mundial. Como se ha insistido con anterioridad, ya no se puede mantener la idea antigua de que la seguridad jurídica solo depende de la formulación y cumplimiento de las leyes, es decir, que se reduce a la certeza jurídica. De este modo, la seguridad jurídica se ha convertido en un tema con múltiples aristas que deben ser contempladas y evaluadas al mismo tiempo.

La observancia de las leyes requiere que los ciudadanos se sientan incentivados a cumplirlas. Nada puede ayudar a generar este incentivo más que una sensación de orden social en el cual los ciudadanos pueden vivir con la convicción de que sus derechos serán respetados. Los ciudadanos se sienten, en este contexto, parte de una maquinaria social que actúa con eficacia. Un sistema social que garantiza seguridad integral para sus miembros goza de la confianza y apoyo de los ciudadanos.



Sin embargo, en escenarios complicados los miembros de la sociedad no cumplen con las reglas, situación generalizada que lleva al caos y que a menudo se consolida en una sociedad con una deficiente cultura de legalidad. En escenarios de pobreza, por ejemplo, muchas personas, en la búsqueda de bienes básicos, pueden sentirse incentivados a violar la ley. Por otro lado, la desesperación puede llevar a los ciudadanos a caer en vicios y adicciones, lo cual complica aún más el problema de la transgresión social. Como ya se ha visto en un capítulo anterior, estos problemas no pueden ser atacados solo con el endurecimiento del derecho penal. De este modo, la seguridad jurídica actual requiere concentrarse en garantizar aspectos básicos de la sobrevivencia y bienestar humanos.

Una de las realidades de la actualidad consiste en la amenaza de que se produzcan cambios ambientales que pongan en peligro las posibilidades de vida de las nuevas generaciones. Aunque existen desacuerdos en las comunidades de estudiosos, el cambio climático es una amenaza genuina al bienestar del mundo entero. En esta dirección, el principio de precaución sugiere que deben implementarse medidas que garanticen un ambiente seguro para las sociedades actuales.

Los desastres ambientales del cambio climático incluyen aspectos como las sequías y la consecuente desertificación. Estos desastres pueden provocar grandes movilizaciones migratorias que ponen en riesgo la paz social. En los últimos meses se ha visto que los Estados Unidos quieren incluso establecer sus tropas en nuestro país para evitar la migración no documentada a su país. Con la interrupción de la migración, surgen



otros problemas graves, especialmente, porque nuestro país depende, en gran medida, de las remesas que envían los guatemaltecos residentes en los Estados Unidos.

En este sentido debe recordarse que Guatemala tiene una posición bastante débil en este renglón, al igual que América Central. En un párrafo revelador, Castellanos (2015) investigador científico de la Universidad del Valle de Guatemala, reporta:

¿Qué efectos concretos podemos esperar para Guatemala? Investigaciones que hemos hecho en la Universidad del Valle de Guatemala preguntando a agricultores qué cosas han notado con el clima, muestran que ya es evidente un aumento de la variación del clima del país. Por su posición geográfica, Guatemala siempre ha tenido un clima muy variable, pero esa variabilidad ha aumentado mucho más en las últimas décadas. Por ejemplo, los agricultores reportan que es más difícil ahora predecir el inicio y el fin de la época lluviosa. Esto por supuesto les complica mucho determinar cuándo hacer la siembra. Las famosas “aguas de mayo” no han llegado en los últimos años ya que la época lluviosa ahora está establecida hasta junio... Esto por supuesto ha aumentado considerablemente el problema de inseguridad alimentaria y hambrunas especialmente en el llamado corredor seco del país. (p. párrafo 6)

Se confirma de nuevo que la seguridad jurídica ya no se puede limitar al respeto de la propiedad, o a la observancia simple de la generalidad y el carácter abstracto de las leyes. Los formidables problemas que enfrentan las sociedades actuales plantean necesidades mucho más amplias en el terreno de la seguridad jurídica.



La razón la proporciona Valadés, quien subraya la tarea de limitar las nuevas formas de poder. Se ha visto que es necesario poner un coto a los nuevos poderes, que no fueron contemplados cuando se creó la doctrina constitucional moderna, la cual surge en el tiempo en el que se combatían los gobiernos absolutistas de principios de la modernidad, es decir, alrededor de los siglos XVI y XVII. En ese tiempo, las formas de gobierno a combatir eran radicalmente diferentes, de manera que los antecesores de los actuales empresarios eran víctimas de las arbitrariedades de las clases aristocráticas.

Otro gran problema de la seguridad jurídica actual consiste en el peligro de las hambrunas. En un ambiente internacional tan volátil, los países necesitan garantizarse un nivel mínimo de capacidad alimentaria para sus poblaciones. Esto conlleva prestar atención a los factores que inciden en las garantías constitucionales que aseguran el acceso a una adecuada alimentación para la ciudadanía, especialmente la más afectada por este flagelo.

Como resultado de este esfuerzo, se ha creado el concepto de “seguridad alimentaria”. Como lo afirma la FAO (Food and Agriculture Organization) agencia de la ONU (2011):

La seguridad alimentaria existe cuando todas las personas tienen, en todo momento, acceso físico, social y económico a alimentos suficientes, inocuos y nutritivos que satisfacen sus necesidades energéticas diarias y preferencias alimentarias para llevar una vida activa y sana. (p. 1)



Por su parte, el International Food Policy Research Institute (IFPRI) (1998) al referirse a la conceptualización de seguridad alimentaria realizada por la FAO, sostiene que:

Se refiere al acceso de toda la población, en todo momento, a los alimentos necesarios para llevar adelante una vida saludable. Para garantizar esta definición de seguridad alimentaria deben ser satisfechas dos condiciones: i) asegurar que la disponibilidad de los alimentos se mantenga estable en todo momento, y ii) asegurar que cada hogar acceda a alimentos adecuados e inocuos. (p. 14)

En Guatemala se han dado brotes de hambre, debido a sequías y otro tipo de problemas para las cosechas -factores que se pueden explicar debido al cambio climático. Esto ha puesto en cuestión las actividades agrícolas dedicadas a monocultivos, como es el caso de la palma africana. Este hecho muestra que la seguridad ambiental y la alimentaria están relacionadas, como lo están los otros aspectos de la seguridad jurídica integral.

4.4. La seguridad humana

Como se ha visto, la seguridad puede ser usada como pretexto para imponer, a través de medidas represivas, los intereses de grupos políticos sobre el resto de la sociedad. La seguridad jurídica, en los tiempos actuales, debe ser consistente con los valores del Estado constitucional de derecho. En la sección anterior, se puede notar que



la seguridad jurídica debe hacer posible el acceso a una vida digna. La dignidad, en efecto, es un valor supremo dentro del actual paradigma constitucional.

Se necesitan, por lo tanto, enfoques de seguridad social que, necesariamente, son más amplios, democráticos y realistas. Estos enfoques deben superar las limitaciones de los antiguos modelos que fueron construidos cuando la sociedad no era tan compleja como ahora.

En los últimos tiempos, se ha desarrollado el planteamiento a nivel de la comunidad internacional el tema de la seguridad humana, el cual plantea perspectivas más amplias sobre la seguridad, señalando el Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Seguridad Humana (s.f.) que:

El mundo de hoy es para muchas personas un lugar inseguro, plagado de amenazas en múltiples frentes. Las crisis prolongadas, los conflictos violentos, los desastres naturales, la pobreza persistente, las epidemias y las recesiones económicas imponen privaciones y socavan las perspectivas de paz, estabilidad y desarrollo sostenible. Esas crisis son complejas y entrañan múltiples formas de inseguridad humana. Cuando esas formas se solapan, la inseguridad puede crecer de manera exponencial e invadir todos los aspectos de la vida de las personas, destruyendo comunidades enteras y cruzando las fronteras nacionales... Según se señala en la resolución 66/290 de la Asamblea General, “la seguridad humana es un enfoque que ayuda a los Estados Miembros a determinar y superar las dificultades generalizadas e intersectoriales que afectan a la supervivencia, los



medios de subsistencia y la dignidad de sus ciudadanos». En la resolución se exigen «respuestas centradas en las personas, exhaustivas, adaptadas a cada contexto y orientadas a la prevención que refuercen la protección y el empoderamiento de todas las personas». (párrafo 1)

Este párrafo recoge las ideas plasmadas en las secciones anteriores de este capítulo, a saber, la opinión de que la seguridad jurídica contemporánea es un objetivo complejo. No se trata tan solo de sujetarse a las demandas del liberalismo clásico, sino de reconocer que se vive una nueva época, de cambios rápidos, lo cual requiere soluciones creativas. El derecho, puede decirse, enfrenta revoluciones en la forma de vida de las sociedades y debe transformarse, siguiendo los valores que le han dado razón a lo largo de la historia. Se debe incluir lo bueno de otras épocas, pero los desafíos definitivamente exigen planteamientos renovados, en que el éxito de la seguridad humanitaria, debe traducirse en la formulación o fortalecimiento de las leyes, que brinden entre otras características de la seguridad jurídica, la certeza del ejercicio de los derechos y respeto a la dignidad.

4.5. Los objetivos de desarrollo sostenible

No está de más reflexionar, así sea brevemente, sobre los nuevos caminos que se están abriendo para garantizar la vida digna en el futuro inmediato. Estos funcionan a nivel global y presentan tareas concretas para determinar la seguridad jurídica en el sentido realizativo desarrollado.



Recientemente, la ONU, a través del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, ha propuesto metas comunes de desarrollo para el mundo entero. Estas deben lograrse hacia el año 2030. Anteriormente, se habían formulado los Objetivos de Desarrollo del Milenio, pero estos no fueron alcanzados como se esperaba. Las razones fueron varias, sin embargo, debe destacarse que casi nunca los gobiernos muestran una voluntad real para mejorar las condiciones de vida de sus sociedades. En muy pocos casos, los gobiernos intentan hacer los cambios necesarios, pero se enfrentan al boicot que viene de los poderes que son afectados por estructuras más justas.

Estas metas se han propuesto como objetivos que deben ser cumplidos por cada país. En un sentido importante, dichos objetivos buscan la seguridad humana, y, por lo tanto, se convierten en una serie de objetivos que deben ser protegidos y promovidos por el sistema jurídico. En efecto, en estos se pueden encontrar los tipos de seguridad que se han presentado con anterioridad. Los referidos Objetivos de Desarrollo Sostenible según la Organización de las Naciones Unidas (2015), son:

1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.
2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.
3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades.
4. Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.
5. Lograr la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas



6. Garantizar la disponibilidad de agua y su ordenación sostenible y el saneamiento para todos.
7. Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos.
8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.
9. Construir infraestructura resiliente, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.
10. Reducir la desigualdad en y entre los países.
11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.
12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.
13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos (tomando nota de los acuerdos celebrados en el foro de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático).
14. Conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.
15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, efectuar una ordenación sostenible de los bosques, luchar contra la desertificación, detener y revertir la degradación de las tierras y poner freno a la pérdida de la diversidad biológica.
16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.



17. Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la alianza mundial para el desarrollo sostenible. (Párrafo 10)

Debe tomarse en cuenta que el mundo no se cambia solo con declaraciones de derechos. Esta ha sido una lección de la actual época, la cual ha visto que los derechos humanos son muy difíciles de implementar. Estos necesitan cambios profundos de la sociedad vigente. Sin embargo, también es válido plantearse metas definidas y concretas.

Desde el punto de vista de la postulante, es necesario plantear cambios substantivos que permitan una mejor producción y distribución de la riqueza. Sin embargo, estos objetivos muestran un camino para decidir los cambios que se deben realizar. En este sentido, no solo se trata de hacer que los gobiernos se encaminen en la garantía de estos objetivos, sino que también no existan poderes que superen las leyes y hagan fracasar los nobles intentos que sin duda se encuentran detrás de estos objetivos. No se debe olvidar que ya fallaron los Objetivos del Milenio (2015) y que no se trata de cambiarles únicamente de fecha, puesto que se debe hacer el esfuerzo, porque estas metas necesarias se conviertan en realidad social.

Solo así se puede garantizar la seguridad jurídica en el sentido pleno que se ha defendido en este trabajo. Desde luego, también se garantiza la certeza jurídica para todos los agentes que realizan las actividades económicas de las cuales depende el bienestar de una sociedad. En este sentido, se debe comprender que la actual certeza jurídica demanda mucho más que claridad en las reglas, en el sentido de que exige que

las normas que dirigen la acción de los seres humanos sean justas y adecuadas a los valores del constitucionalismo contemporáneo. Este sistema, a pesar de sus problemas, es un ideal que comprende las ideas más avanzadas en la ciencia jurídica de la época actual.







Capítulo V

El fortalecimiento de la seguridad jurídica

Este capítulo final plantea una serie de reflexiones que tratan de elaborar algunas de las ideas presentadas en este trabajo, con el fin de orientar al lector respecto a la manera en que se puede garantizar la seguridad jurídica, dentro de un concepto amplio de esta, precisamente la que se exige dentro del Estado constitucional o de derecho. Este trabajo ha fortalecido la tesis de que no es suficiente quedarse con visiones conceptuales reducidas de la seguridad jurídica, especialmente con aquellas enfocadas en una ideología que ha superado las ideas neoliberales, planteamientos que parecían incambiables hace apenas algunas décadas.

De esa cuenta, conviene para el efecto, recordar de manera resumida lo que se ha venido argumentando al sostener que la noción de seguridad jurídica debe ampliarse en relación con sus formulaciones liberales, para configurar un concepto amplio que exija la realización de los derechos humanos, tarea que define al Estado constitucional o de derecho. Se ha argumentado por otro lado que no es suficiente postular visiones reducidas de la seguridad jurídica, especialmente aquellas atingentes a un contexto jurídico previo a la formulación de los derechos humanos universales, evento que tiene lugar inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial. Hemos argumentado usando las ideas clásicas de Eduardo García Maynez, quien ha sido uno de los más destacados exponentes de la filosofía del derecho en lengua española.



La seguridad jurídica entonces, comprende todas aquellas facetas de una sociedad que garantiza los derechos fundamentales y que, en consecuencia, permiten la formulación de leyes que proporcionan un sentido integral de la certeza jurídica, la cual no se puede limitar a garantizar la estabilidad a costa de la justicia. La seguridad jurídica solo es tal si se aborda desde una perspectiva integral que se ubique dentro de las condiciones de respeto de la dignidad humana. Se puede colegir que un sistema realizado de derechos, el cual garantiza la verdadera seguridad jurídica, hace posible la mejor certeza jurídica, esto es, aquella que deriva de saber que se vive en un orden justo y eficaz.

Los argumentos de este capítulo se concentran en el contexto de los desafíos que presenta la seguridad jurídica en Guatemala. Sin embargo, como ha sucedido con anterioridad, se presentan consideraciones basadas en los problemas jurídicos generales que se enfrentan en muchas sociedades latinoamericanas pertenecientes a la misma familia de sistema jurídico como el Continental o también conocido como Romano-Germánico, cuyas raíces son romanas y germánicas, caracterizado, porque su principal fuente es la ley. En los capítulos anteriores se ha mostrado que el problema de la seguridad jurídica es una faceta de los múltiples desafíos que enfrenta el Estado de derecho en el contexto de la globalización.

En la primera parte de este capítulo, en consonancia con los argumentos desarrollados, se insiste en la necesidad de operar con una idea mucho más amplia de la seguridad jurídica. En la segunda se maneja la idea de que se debe prestar atención a los diferentes aspectos que han sido subrayados y estudiados por la sociología



constitucional. La tercera sección se ocupa de la necesidad de buscar una renovación de la cultura jurídica del país. Por su parte, la cuarta sección se ocupa del importante renglón de la educación constitucional. La quinta sección se ocupa de la importancia de incrementar el control constitucional para someter a los poderes que ponen en riesgo los principios de la convivencia legítima que garantiza la seguridad jurídica. La última sección se ocupa del tema ineludible del fortalecimiento del Estado como garante último de la seguridad jurídica, siempre en el sentido integral que se ha defendido en este trabajo.

5.1. La necesidad de una visión más amplia de la seguridad jurídica

Los adelantos jurídicos en Guatemala son innegables, pero aún se necesita tiempo para que estos penetren en el ejercicio cotidiano del derecho. Estos avances se relacionan con el desarrollo de los estudios de postgrado en el terreno jurídico. El cambio de la práctica diaria del derecho es un proceso más lento, puesto que se deben superar costumbres e ideas jurídicas que se han ido consolidando con el paso de la historia nacional.

Sin demeritar los avances doctrinales nacionales, se puede sostener, pues, que en la cultura jurídica guatemalteca se ha impuesto una visión bastante estrecha de la seguridad y certeza jurídica. En especial, esta suele ser defendida por algunos sectores influyentes, en especial el sector empresarial guatemalteco, el cual sostiene, que la certeza jurídica es necesaria para garantizar la propiedad privada, así como el flujo de inversiones que necesita la economía guatemalteca para poder funcionar. En efecto, un país que no deje en claro que las leyes, establecidas con legitimidad, se respetaran de



manera consistente, será poco atractivo para inversiones, especialmente las duraderas. Las consecuencias de la falta de seguridad y certeza jurídica suelen ser devastadoras, puesto que se vive en un estado de perpetua crisis económica, la cual genera los conocidos problemas de inestabilidad, conflictividad y violencia. Estos problemas hacen que se recrudezca la falta de seguridad y certeza jurídicas.

Ahora bien, las peticiones del sector empresarial guatemalteco, aunque sin duda razonables desde su punto de vista comercial, han sido limitadas debido a que enfatizan los aspectos relativos a la inversión y al funcionamiento de sus empresas, sin tomar en cuenta el contexto general del bien común. Desde luego, es de esperar que de modo gremial exista un interés en estos aspectos, pero también se debe comprender, que la seguridad jurídica debe garantizarse para toda actividad humana, tomando en cuenta que existe gran vulnerabilidad social en nuestro país. Por lo tanto, debe enfatizarse que el logro de la seguridad jurídica necesaria para la inversión se consiga con base en el respeto de los derechos sociales. Sin embargo, las demandas en este sentido son usualmente cuestionados por estos sectores.

Un ejemplo de este fenómeno es el problema de la exploración y explotación mineras, hidrocarburos, hidroeléctricas y los monocultivos en Guatemala, entre otros, que siendo el Estado propietario de los recursos naturales y que está obligado a garantizar el desarrollo integral de su población, ha concedido una serie de licencias y contratos para esas actividades, de los cuales obtiene o percibe ínfimos ingresos en concepto de regalías o participación, según sea el tipo de explotación, lo cual lejos de traer la seguridad de un desarrollo incipiente, ha creado un cumulo de problemas ambientales y



conflictividad social y lo que es más grave es que cuando se concedieron las licencias, muchas de las empresas exploradoras o explotadores no tenían un plan de recuperación del medio ambiente, inobservando que estas actividades económicas deben realizarse observando el **Principio del desarrollo sostenible**: principio que implica el ejercicio de la actividad minera en concordancia con aspectos ambientales, de ordenación del territorio, de estabilidad económica y de responsabilidad social, conjugados con el principio de racionalidad y óptima recuperación del recurso.

La inobservancia de los aspectos securitarios de la sociedad guatemalteca, crean entonces un ambiente de inestabilidad, el cual impacta negativamente en la certeza y seguridad jurídica que necesita la inversión. Como se puede ver, estos renglones productivos, si no son debidamente controlados, pueden impactar negativamente en aspectos como la seguridad alimentaria.

Sin embargo, dichas empresas pese al daño que ocasionan al medio ambiente, exigen que el Estado les brinde seguridad jurídica al tenor de los compromisos adquiridos al suscribirse los contratos o concesiones respectivas. Las protestas, manifestaciones, es decir, la conflictividad, se presentan, interrumpiendo el desenvolvimiento de la sociedad.

La anterior exigencia nace de los fallos judiciales que le son adversos a estas empresas transnacionales, así como la afectación de los conflictos sociales, políticos y fiscales que suceden, especial referencia merece, mencionar que en Guatemala, existen dieciséis proyectos hidroeléctricos suspendidos de los cuales cinco se derivan de



conflictividad, según los medios escritos del país, asimismo, aconteció la suspensión de la Mina Marlin, que cerró operaciones y Minera San Rafael, a esta última minera, el Estado de Guatemala, le otorgó la licencia de Explotación denominada Escobal, en la que se le otorgaba la facultad, de explotar oro, plata, níquel, cobalto, cromo, cobre, plomo, zinc, antimonio y tierras raras, cuya área de influencia la constituye el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa. Este se brindó por un plazo de veinticinco años, proyecto cuya conflictividad condujo hasta la decisión de la licencia fue otorgada por un plazo de veinticinco años. tras varios años de encontrarse en esta situación. Finalmente, la Corte de Constitucionalidad dictó sentencia en el Expediente número 4785-2017, con fecha tres de septiembre de dos mil dieciocho, en la cual analizó todo el andamiaje jurídico interno e internacional, determinando la suspensión de las actividades mineras en tanto no se realizara la consulta respetiva al tenor del Artículo 15 del Convenio 169, el cual fue ratificado por Guatemala, el cinco de junio de mil novecientos noventa y seis, el cual entró en vigencia doce meses después, el cual establece:

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.



Lo anterior y el análisis contenido en la sentencia relacionada, deja al descubierto que las empresas mineras exigen seguridad jurídica para su actividad, su inversión y ganancias económicas, sin observar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y en general de los derechos humanos de la población del Estado guatemalteco.

En relación con la Consulta a los pueblos el mencionado convenio ofrece posibilidades de solución para encontrar medidas que creen un ambiente de paz relativo. Así, por ejemplo, en su artículo 6 determina que los gobiernos deben:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

(a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

(b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

(c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la



finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. (pp. 26-27).

Este convenio ha tenido una importancia significativa en la defensa de los derechos colectivos, especialmente de las colectividades indígenas. Se ha desarrollado en el derecho internacional, puesto que el derecho nacional suele no atender a las demandas de los colectivos carentes de poder. Fulmer (2011) opina al respecto:

En las últimas décadas, la movilización política de las poblaciones indígenas se ha convertido en una fuerza clave en América Latina, reflejando y también afectando las tendencias sociales, económicas y culturales generales en la región. Esta movilización ha tenido varias formas y ha usado diversos recursos, pero un elemento clave que debe ser notado es el papel que el derecho, en particular el derecho internacional, ha tenido en la política indígena. La principal herramienta del derecho internacional sobre los derechos indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT 1989) ha llegado a tener una influencia importante en la manera en que las comunidades indígenas y sus aliados buscan lograr y hasta percibir, sus metas y reivindicaciones políticas. Particularmente, uno de los derechos garantizados por este convenio, el derecho a la «consulta» en caso de la propuesta de un proyecto de desarrollo que afecta a los territorios indígenas, ha llegado a tener un significado destacado para la movilización indígena, efecto que no fue esperado de ninguna forma en el momento en que se formuló el Convenio 169. (p. 38)



Como se sabe, este problema ha sido de amplia repercusión en muchos países, especialmente en América Latina. Estos proyectos son autorizados sin tomar en cuenta los procesos que garantizan la estabilidad de estas empresas. A menudo, estos problemas, generalmente, a problemas de corrupción. En nuestro país, se han logrado detener algunas iniciativas que no han tomado debidamente en cuenta los intereses de las poblaciones afectadas

Desde nuestra perspectiva, tampoco debe demonizarse la actividad productiva. Lo que se necesita es que exista información adecuada y con base en esta, dejar que las comunidades decidan sobre aspectos tan importantes como el ambiente y el agua, así como promover la posibilidad del empleo y el desarrollo integral. Asimismo, es indispensable que toda empresa económica garantice el desarrollo sostenible, idea general que como hemos visto, anima a los Objetivos de Desarrollo Sostenible promovidos por la ONU y los cuales fueron brevemente presentados al final del capítulo anterior.

Otro problema lo constituye el sistema de incentivos para el desarrollo de las empresas. Se ha pensado que para desarrollar nuevos renglones de acción económica y para mejorar el empleo y la economía de alguna región, se necesita motivar a que las empresas se establezcan en ciertas áreas, siempre con el apoyo de medidas como exención de impuestos, cuando proceda etc. La idea suele ser apoyada puesto que la situación en ciertas áreas geográficas es bastante precaria. En consecuencia, se resuelve un problema en el corto plazo, en los lugares en los que se defienden dichas políticas de empleo.



Sin embargo, la situación a largo plazo es menos optimista. A menudo, muchas empresas exitosas, siguiendo sus tendencias a conseguir mejores condiciones para conseguir sus ganancias, toman ventaja de estos recursos. De este modo, se puede ver cómo las empresas se liberan de impuestos, con el pretexto de incentivar la creación de empleo, como es en el caso de las maquilas. Estas empresas violan las regulaciones laborales, lo cual contribuye a la inseguridad jurídica de la población trabajadora y la sociedad en general.

También es importante resaltar en este apartado sobre los problemas que la falta de transparencia deteriora la seguridad jurídica, siguiendo el tema de minería, por ejemplo, cuya preocupación a nivel global hizo surgir la Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva por sus siglas en inglés -EITI-, por sus siglas en inglés, de la cual Guatemala forma parte desde marzo de 2011, en la cual existe la obligación de presentar informes bianuales sobre esta actividad, en la que se deben plasmar los ingresos que el Estado obtiene, contando hasta el momento con cuatro informes.

Por otro lado, en los últimos años, la ONU se ha ocupado de estudiar la relación entre las empresas y los derechos humanos desde 1970 (Rodríguez Garavito, 2018, p. 36). Destaca el Pacto Global de Derechos Humanos, convenio a través del cual las empresas se comprometen a respetar los derechos humanos. Posteriormente, se han ido creando otros instrumentos, los cuales establecen posibilidades para decidir en sede judicial los problemas que plantean las empresas. De este modo, se puede anticipar una mejora de la seguridad jurídica en países como Guatemala.



5.2. Las dimensiones sociales de la vida constitucional

En los últimos tiempos se ha desarrollado con bastante ímpetu la sociología constitucional, disciplina que toma en cuenta la dimensión constitucional de la sociedad, o la constitución en su dimensión social. Este nuevo campo de estudio surge de la convicción de que la Constitución no puede funcionar si se limita a ser un cuerpo exclusivamente normativo, interpretable exclusivamente en sede judicial, puesto que esta debe influir en las condiciones de vida de las poblaciones, en especial, guiando las acciones de sus miembros. En este sentido, la Constitución, para ser eficaz, necesita de una cultura de cumplimiento del derecho y de reconocimiento de los valores que defiende. En consecuencia, se puede ver la necesidad de prestar mayor atención a los múltiples aspectos sociológicos de las constituciones contemporáneas.

Desde el tema de nuestro ensayo, se debe insistir en que el derecho fomente la seguridad humana en su sentido más amplio. Se busca que los ciudadanos vivan los valores en su plenitud. Entonces se trata de complementar el derecho constitucional tradicional con otras ramas que promueven la vigencia social del derecho. Los ciudadanos deben ver reflejado el imperio del derecho en las diversas esferas de su vida y esforzarse por cumplir con el profundo sentido axiológico que impregna un Estado de derecho moderno. Ya es un lugar común decir que la Constitución es un pacto de ciudadanía.

Es necesario trabajar en la concientización de los ciudadanos. Solo así se pueden controlar las raíces sociales de los males que afectan a los países en la actualidad. Sin



embargo, también debe exigirse que las instituciones sean dirigidas de manera que realmente funcionen y las personas tomen conciencia de que vivir en un Estado respetuoso de las leyes ofrece una ventaja para la seguridad de la ciudadanía en general.

Muchas veces se pide seguridad jurídica de manera unilateral, solo para asegurar la economía, pero sin tomar en cuenta que la verdadera seguridad solo surge en un contexto social justo. Una sociedad con grandes desigualdades no puede generar el nivel de paz que es necesario para que las actividades económicas se realicen de la mejor manera. Esta es una enseñanza que no debe ser olvidada, y no se debe permitir que los intereses particulares dominen al bien común o bien general.

Lo que pervive en los grupos más poderosos de la sociedad es la negativa a vivir, según la mejor interpretación del derecho. Este es un triste fenómeno que terminan llevando a una creciente distancia entre realidad y derecho. Es un fenómeno muy conocido el que los países latinoamericanos tengan constituciones avanzadas, a pesar de que sigan subsistiendo los problemas de pobreza y desigualdad. Un ejemplo de este fenómeno es el caso de Guatemala, el cual cuenta con un texto constitucional que representa avances substantivos en el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo al poner en el centro el respeto de los derechos fundamentales. Este problema histórico es observado por el sociólogo del derecho García (2004) cuando dice:

La idea de una ciudadanía universal fundada en los derechos humanos promovida por las revoluciones de comienzos del siglo XIX nunca logró consolidarse plenamente en América Latina. Por un lado, los 'ciudadanos' veían al Estado como



una fuente de obligaciones –sobre todo de impuestos y deber de alistamiento– de tal manera que, en la práctica, no encontraban mayor diferencia entre el nuevo Estado que predicaba la igualdad y los derechos y el viejo Estado colonial. Por otro lado, el Estado adolecía de grandes deficiencias en su función de hacer cumplir el derecho, lo cual convertía los postulados universalistas de igualdad y derecho en retórica más que realidad. (p. 96)

Se impone, en consecuencia, una mentalidad cultural que no es proclive a obedecer el derecho, aunque trata de aprovecharse de su existencia. El simbolismo jurídico es importante. De este modo, una sociedad no podría existir sin un sistema jurídico, aun cuando este sea disfuncional y no logre regular todas las conductas. De esta manera, la misma desobediencia al derecho se convierte en una actitud que se fomenta de manera racional. En este sentido, continua García (2004):

En estas circunstancias de desconfianza, prosperó una actitud de cálculo estratégico frente a las normas jurídicas. La ciudadanía y los derechos entraron a competir en la mente de los ciudadanos con las conexiones clientelistas, los mecanismos de justicia privada y las estrategias de evasión. Roberto Da Matta ha mostrado que en Brasil las personas se acostumbraron a defender sus ‘derechos’ a través de conexiones y contactos personales que con frecuencia resultan más eficaces que los derechos consagrados en leyes o constituciones. Su célebre distinción entre las expresiones populares ‘usted quién se cree’ y ‘usted no sabe quién soy yo’ –aquella propia de una reivindicación de la igualdad y esta propia de una sociedad en la que prevalece el estatus y las jerarquías– pone de presente la



diferente importancia del derecho en sociedades con distintos tipos de relaciones sociales. No se trata entonces de que el derecho o la conciencia de obligatoriedad del derecho no existieran, sino de que competían con otros mecanismos de protección informales y a veces ilegales. (pp. 96-97)

Nuestras reflexiones sobre la seguridad jurídica muestran que en el contexto actual dichas actitudes ya no son funcionales. Se ha visto que la tarea principal del orden constitucional es asegurar la observancia de los derechos fundamentales, poniendo atención a los factores que llevan a la inseguridad jurídica de la mayoría de la población mundial. Por esta razón, las personas actúan cada vez con mayor rechazo hacia la corrupción.

Los diferentes tipos de seguridad jurídica en el orden globalizado actual, algunos de ellos identificados en el capítulo anterior, apuntan a condiciones cada vez más apremiantes para que existan sociedades realmente dignas. Se puede decir, por lo tanto, que ya no podrá mantenerse un sistema si persiste en las actitudes denunciadas.

Si no existe alimento, si no existe seguridad ambiental, si la violencia sigue aumentando, si existe una cultura de desprecio de los derechos humanos, la sociedad puede llegar a un estallido incontrolable generador de incertidumbre y caos. El orden social debe consolidarse de manera que pueda hacerse posible el control social del poder en un sentido real, pero democrático. Para lograr este objetivo debe buscarse una renovación del constitucionalismo.



5.3. Renovación constitucional

Como ya se tuvo la oportunidad de comprobar en el primer capítulo, en la actualidad, se vive un proceso de desconstitucionalización de los órdenes jurídicos. Entre los factores que inciden en dicha situación, la cual se ha descrito en el capítulo inicial, siguiendo al constitucionalista argentino Sagüés, se destaca la derogación sociológica de las normas, las cuales hemos interpretado en función de la existencia de una cultura de falta de cumplimiento de la ley. Siguiendo esta idea, a lo largo de la tesis se ha hecho énfasis en las diferentes amenazas que el actual orden político y económico presenta para la genuina seguridad jurídica.

Este fenómeno debería mostrar que se deben plantear cambios profundos respecto a la manera en que una sociedad comprende su vida dentro del ámbito constitucional. La tarea no es fácil puesto que se debe, tratar de encontrar propuestas aceptables para posiciones y discursos que muchas veces son incompatibles respecto a problemas fundamentales. Sin embargo, las dificultades propias de los esfuerzos por arreglar la situación actual, no deben tampoco servir como pretexto para no intentar realizar los cambios requeridos en la situación presente.

En este orden de ideas, se debe evaluar cuidadosamente la necesidad de plantear reformas constitucionales. Para llevar este proceso a feliz término, debe tomarse en cuenta que los sectores implicados en la corrupción o los sectores de poder dominantes pueden influir estos procesos, logrando mantener sus privilegios espurios. En el caso de Guatemala se recuerdan las reformas de 1994, las cuales decidieron que el gobierno



central ya no dependiese del Banco de Guatemala para conseguir sus fondos, sino que lo hiciera a través de la banca privada del país. Desde entonces, la deuda privada del sector público guatemalteco ha aumentado sensiblemente, llevando a un endeudamiento considerable del gobierno con el sector privado nacional.

Sin embargo, por el otro lado, las reformas constitucionales suelen ser de muy corto alcance debido a que los problemas actuales exigen cambios dramáticos respecto a las formas de vida. Se tienen que limitar, por ejemplo, las actividades económicas que generan niveles inaceptables de contaminación o que aumentan la desigualdad.

Durante algún tiempo se ha argumentado que el país necesita una refundación. Esta propuesta, desde luego, demanda la elaboración de una nueva Constitución, la cual desarrolle nuevas ideas respecto a la forma de organización social y política. Este objetivo demanda, sin embargo, grandes acuerdos políticos, los cuales no han sido identificados por los grupos políticos de nuestra sociedad. La misma fragmentación partidaria, incluso entre los sectores de izquierda, muestra que el país se encuentra muy lejos de haber identificado puntos comunes que puedan ser desarrollados en un proceso de renovación constitucional. El resultado podría ser trágico debido a que en lugar de avanzar, se podría terminar sufriendo retrocesos en la vida jurídica del país.

Esta demanda es comprensible, pero también existe la tarea de crear una alternativa concreta al actual orden constitucional vigente. Este objetivo no es fácil de conseguir especialmente en una sociedad tan polarizada como la guatemalteca actual. En este sentido, uno de los problemas consiste en que, aunque la Constitución se pueda



cambiar, las actitudes sociales y culturales que la hacen ineficaz siguen estando presentes.

Sin embargo, no se puede ignorar el poder de los grupos dominantes de la sociedad guatemalteca. Este poder puede llevar a que los cambios constitucionales defiendan sus prerrogativas tradicionales o establezca protección para nuevos intereses. Este fenómeno es típico del país, puesto que muchas veces los ciudadanos han votado por gobiernos que después han ignorado sus demandas. Por lo tanto, se muestra la importancia de trabajar en los aspectos educativos del pueblo guatemalteco, especialmente en lo que concierne a la formación ciudadana.

Por lo tanto, es necesario buscar cambios constitucionales solo si los sectores democráticos de la sociedad guatemalteca son capaces de influir a toda la sociedad para elaborar un texto adecuado para las necesidades más urgentes. Para lograr este objetivo es necesario aumentar la conciencia ciudadana de la ciudadanía a través de diversos medios. La conciencia ciudadana debe alcanzar un nivel lo suficientemente alto como para hacer que los ciudadanos se resuelvan a incidir en la comprensión de lo que significa vivir en un auténtico Estado constitucional de derecho.

De otro modo, las reformas o los nuevos textos constitucionales serán incapaces de brindar la seguridad jurídica que le corresponde a un Estado democrático de derecho. Entonces se tendrá una renovación constitucional en sentido inverso, empeorando las actuales circunstancias de vida de la sociedad guatemalteca.



5.4. Educación constitucional

Como se ha insistido en este trabajo, una Constitución no puede fortalecerse en un ambiente en el cual no se crean las virtudes ciudadanas que corresponden al texto constitucional. En un ambiente corrupto, como se puede deducir de las observaciones del citado García, la Constitución es usada de manera estratégica para hacer avanzar los propios fines, sin que las personas se cuiden de las implicaciones profundas de un texto que trata de crear un pacto político basado en valores fundamentales.

Una de las grandes soluciones para este mal es la educación, entendida en toda su generalidad. Que la educación es importante para la estabilidad social es una de las grandes enseñanzas de la historia. Como dice Mayoral (2015):

Todas las sociedades, conscientes de las bases en las que se fundamenta su existencia han tratado, por medio de la educación, de transmitir a los ciudadanos que las integran un conjunto de valores. Se trata de una vieja historia, que Montesquieu reflejó en El espíritu de las leyes al afirmar que en los estados despóticos es preciso que la “educación sea servil”, cultive la obediencia ciega, el aislamiento insolidario, “reduciéndose a llenar de temor el corazón y a dar algunos conocimientos muy sencillos de religión”. Por el contrario, dice que en el sistema republicano se requiere de todo el poder de la educación para cultivar la renuncia del ciudadano a sus intereses particulares y promover la virtud, que “requiere una preferencia continua del interés público sobre el interés de cada cual”. (p. 2)



Precisamente, la educación es uno de los factores que incrementa la calidad de la vida social. Para ser ciudadano se necesita de la educación correspondiente. Las virtudes son hábitos y, por lo tanto, deben fomentarse en los diferentes ámbitos de formación de los miembros de la sociedad. La sociedad depende de dirigir en cierto sentido la educación.

En esta dirección, una sociedad educada evita ciertas prácticas negativas, que van desde el orden personal (por ejemplo, el cuidado de la salud) hasta el orden social (por ejemplo, el ejercicio de la tolerancia y el respeto a las diferencias de opinión). En esta dirección, se valora la opinión de Mayoral (2005) cuando dice:

La educación para la ciudadanía debe ser un factor que sirva para mejorar la convivencia, la cohesión y la integración social. La sociedad, valiéndose de los poderes públicos representativos, debe adoptar medidas que, por medio de la educación, sirvan para prevenir o corregir nuevos y viejos fenómenos que constituyan graves amenazas para la comunidad, como las diversas manifestaciones de violencia: escolar, juvenil, doméstica, de género, en el deporte, en el tráfico, terrorista, sexual o puramente criminal. También son graves amenazas las diversas formas de intolerancia, fanatismo y fundamentalismo; el racismo y la xenofobia; la marginación de minorías y la exclusión social; la insolidaridad social y territorial y el enfrentamiento incentivado entre comunidades territoriales, étnicas o culturales. Además de los peligros de control y monopolización de la opinión pública, del pensamiento y la libertad de expresión, a través de los grandes medios de comunicación de masas. (p. 1)



Por esta razón, los esfuerzos educativos destinados a romper la mentalidad de irrespeto e incumplimiento de la ley y la Constitución deben plantearse al nivel general de la sociedad de manera que contribuyan a la consolidación de una sociedad que respete los valores del ordenamiento jurídica. La Constitución no es un documento solo para juristas, porque en esta se concentran la enunciación de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Por esta razón, se entiende más bien como un pacto político de ciudadanía, cuya interpretación final suele dejarse en manos de jueces, pero que no depende enteramente de estos, puesto que siempre se encuentra la presión de la opinión pública. Como lo dice la profesora española Pérez (2017):

El Estado democrático de derecho heredero de la ilustración, del que participamos en la cultura occidental, se asienta sobre el postulado antropocéntrico humanista de la dignidad del ser humano. Frente al concepto de súbdito se afirma la condición de ser libre y responsable en una sociedad participativa y democrática, lo que nos lleva a plantear la necesidad de promover el aprendizaje cívico moral de la ciudadanía dado que la democracia no es algo natural al ser humano, sino un consenso sobre los valores ético-políticos de la libertad y de la igualdad para todos. Es una invención histórica particular para la gobernanza y la toma de decisiones en condiciones de pluralidad. (primer párrafo)

También se debe trabajar de manera intensa en la formación de los juristas. En nuestro medio, por ejemplo, la práctica diaria del derecho tiende a basarse en una concepción legalista y positivista. Este ideal formativo ya ha sido superado de manera evidente por el derecho contemporáneo, el cual demanda mayor atención a los aspectos



argumentativos que asume el sistema constitucional basado en valores, aun cuando, como se ha visto, se necesita también reducir el nivel de discrecionalidad de los jueces.

Esta formación incide en una perspectiva bastante reducida de la práctica jurídica. Incluso, el mismo texto constitucional se puede aplicar en su tenor literal cuando es obvio que los requerimientos interpretativos del derecho constitucional moderno son más sofisticados.⁷ Debe reconocerse, sin embargo, que la situación ha ido mejorando desde que se han vuelto comunes los programas de postgrado. Sin embargo, es necesario desarrollar estas tendencias de profundización formativa también en los abogados que obtienen sus licenciaturas en las diversas universidades del país. Se han hecho progresos, es innegable, pero aún es necesario trabajar para que la cultura constitucional domine la mentalidad del practicante del derecho guatemalteco.

De lo dicho en esta sección, se puede colegir que la seguridad jurídica tiene uno de sus fundamentos en la cultura que guía una sociedad. Se debe promover una cultura jurídica de respeto a los derechos de los demás, de observancia de la moralidad de las instituciones.

5.5. Control constitucional internacional

Uno de los grandes problemas contemporáneos es que las constituciones se manejan a nivel nacional, cuando los poderes más grandes e influyentes se mueven en

⁷ Desde luego, siempre esta necesidad interpretativa debe cuidarse de la judicialización de los problemas políticos y sociales.



el ámbito internacional. Este fenómeno se debe, sin duda, al notable adelanto de la globalización actual. Esta situación aumenta el nivel de la exigencia del ejercicio jurídico, puesto que se debe trabajar por un orden internacional que respete la dignidad humana.

En efecto, es muy difícil controlar los poderes que se constituyen en el ámbito internacional, debido a que estos no se encuentran sujetos a ningún Estado, al menos en teoría, puesto que los intereses de los Estados más grandes siempre son considerados, aun cuando muchas veces estos mismos Estados defienden los intereses de estos entes económicos que se manejan en el orden internacional. Esta situación pone en riesgo la seguridad jurídica de todas las sociedades nacionales alrededor del mundo.

Ya hemos visto en el capítulo anterior que uno de los problemas fundamentales, en este contexto, lo constituyen las grandes compañías internacionales, las cuales hacen que los gobiernos cambien sus políticas negativamente, debido a que desean la inversión de estos poderosos entes. Los intereses económicos de estas empresas son de tal magnitud que se ponen en marcha muchos esfuerzos para poder realizarlos sin mayor problema. La corrupción es un aspecto que juega un papel en la consolidación de los intereses de las grandes empresas.

Precisamente, uno de los escándalos más graves de los últimos tiempos lo constituye el promovido por la empresa brasileña Odebrecht, la cual llegó a sobornar a muchos de los gobiernos de la región latinoamericana, con consecuencias penales que aún se están desplegando al momento de concluir esta tesis y que han llevado a la caída de gobiernos e incluso el suicidio de ex gobernantes, como ha sucedido recientemente



con el expresidente de Perú, Allan García. En nuestro país aún están pendientes de dilucidarse los casos penales relacionados con la tristemente célebre empresa.

Se han creado entes para lograr este objetivo, pero aún no se ha llegado a formalizarlos de manera definitiva. Dentro de estos se encuentran las regulaciones de las empresas internacionales por parte de ciertas instituciones de la ONU. Estas son insuficientes por el momento. Sin embargo, es necesario trabajar en esta dirección, puesto que, si no se logra detener este proceso de desorden económico mundial, las sociedades serán incapaces de brindar seguridad jurídica a sus miembros.

En todo caso, es necesario desarrollar el sistema de cumplimiento de los derechos humanos universales. Si este objetivo no se consigue, nunca se podrá hablar de seguridad jurídica plena, aun cuando las personas y las empresas sepan que consecuencias pueden derivarse de sus acciones. El ideal constitucional es exigente y la seguridad jurídica que corresponde a este no puede satisfacerse con medidas parciales.

5.6. El fortalecimiento del Estado

A lo largo de esta tesis se ha insistido varias veces en que la actual situación de inseguridad jurídica se debe en gran parte a la relativa debilidad de los Estados. Durante varias décadas, especialmente a finales del siglo pasado, se pensó que el Estado debía ser limitado, que este no debía inmiscuirse en los ámbitos de la vida privada.



entran en el contrato social que legitima el pacto constitucional que legitima la ciudadanía. No se debe olvidar que la entrada en el pacto social, aun cuando este no sea democrático, como en el caso de Thomas Hobbes, se justifica a partir del escape de la extrema vulnerabilidad y violencia que se vive en el Estado de naturaleza. Resultaría, en consecuencia, que no se puede justificar la obligación de obedecer las normas en un sistema sociopolítico incapaz de garantizar la seguridad más elemental. Cabe recordar, en este sentido, que cuando una situación social es bastante caótica y anómica, la ciudadanía tiende a preferir un gobierno de mano dura.

Este Estado debe ser fuerte, no obstante, cabe recalcar que, en el sentido de una democracia funcional, la cual ejerce su poder de manera enérgica, pero sin trascender los derechos de los ciudadanos. Debe defender los intereses de su sociedad, siempre en armonía con los derechos de otros pueblos y sociedades. Estado fuerte no significa Estado autoritario, sino un aparato estatal legítimo que usa su fuerza, incluso su poder de violencia legítimo, de la manera debida, de acuerdo con el mandato constitucional.

Garantizar la seguridad jurídica, en su pleno significado y función realizativa, es la tarea y misión definitoria del Estado constitucional de derecho. Esta idea se puede desarrollar dentro del garantismo contemporáneo, el cual sostiene la idea de asegurar los derechos fundamentales. En ese sentido, refiriéndose al garantismo de Ferrajoli, García (2016) escribe lo siguiente:

El garantismo es una posición política en virtud de la cual el derecho consagra a los derechos de libertad y sociales un sistema de garantías, representadas en



límites jurídicos a todos los poderes públicos y privados, que consisten en prohibiciones y obligaciones. Los límites y vínculos que las constituciones contemporáneas establecen al poder político constituyen el sistema de garantías para propender por la defensa de los derechos frente a su violación por parte del Estado o de particulares. Las garantías constitucionales son entonces las prohibiciones o las obligaciones que corresponden a las expectativas positivas o negativas que se establecen normativamente, por lo regular, como derechos subjetivos. El garantismo, en el contexto del derecho, significa que los ordenamientos jurídicos tienen la vocación de garantizar prohibiciones, como a no ser lesionado por otros, el derecho de propiedad y obligaciones, como los derechos a prestaciones de otros y los sociales. (p. 916)

Debe haber una institución, de alcance comprehensivo, que se encargue de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Debe notarse que esta tarea, como lo han notado destacados constitucionalistas contemporáneos, como es el caso del mexicano Valadés (1998) incluye el ámbito de las relaciones entre particulares, atención que surge de la creciente convicción de que las violaciones de los derechos fundamentales surgen de la acción de entes no estatales.

En efecto, los grandes poderes económicos suelen afectar los recursos estatales para poder afrontar los compromisos consubstanciales al Estado constitucional. Estos poderes suelen actuar sin miramientos, muchas veces aproximándose o coincidiendo con grupos abiertamente mafiosos. Esta situación ya está fuera de toda duda razonable e investigaciones nuevas hechas por académicos serios, lo confirman a cada momento.



Por otro lado e insistiendo en la misma idea de la importancia del Estado, el orden jurídico internacional, basado en los derechos humanos universales, no puede funcionar si no se respetan los derechos soberanos de los miembros de los diversos países. Pero para lograr este objetivo se necesita un Estado de derecho que se encargue del ámbito nacional y que responda a los lineamientos de derechos humanos que se desarrollan en el área jurídica internacional. Es evidente que un Estado no puede escudar en su soberanía su mal proceder en el terreno de los derechos humanos.

De este modo, la defensa de la seguridad jurídica demanda una reforma integral del Estado y a través de esta, el fortalecimiento de la conciencia de los ciudadanos. Este es una continua demanda de las sociedades actuales, las cuales están cansadas de los niveles de corrupción que incapacitan las labores propias del Estado constitucional de derecho. Muchas sociedades viven bajo la impresión de que el Estado solo sirve para defender a los grupos de poder y no están lejos de tener la razón. Esta creencia debe motivar a buscar en el Estado la seguridad jurídica que la sociedad demanda con vehemencia.



Conclusiones



Este trabajo ha demostrado la tesis planteada, acerca de que la seguridad jurídica es un valor clásico que, sin embargo, debe redimensionarse en el mundo actual, de manera que pueda afrontar los problemas sociales, económicos y políticos que enfrentan las diversas sociedades en la globalización contemporánea. Procedemos a presentar algunas de las ideas fundamentales con las que se articula este punto:

- a) La seguridad que brinda este Estado ya no se puede limitar al concepto de certeza jurídica que esta adquirió durante el siglo XIX, período en que tal rasgo se veía necesario, debido a la relativa cercanía del Antiguo Régimen, el cual ejercía la autoridad despótica de las clases nobiliarias.
- b) El concepto de seguridad jurídica debe ampliarse para abarcar el marco de derechos humanos que garantizan la seguridad integral de los seres humanos.
- c) La seguridad jurídica actual solo puede conseguirse si se desarrolla, de manera adecuada, el orden constitucional de derecho. Esta aspiración exige un tipo de actualización para poder limitar el poder de grupos que no habían sido identificados hace unos siglos.
- d) Esta tarea demanda acciones enérgicas tanto al nivel nacional como en el internacional, especialmente en el terreno de la identificación, promoción y protección integral de los derechos humanos.



- e) La seguridad jurídica, en su sentido actual, consiste en garantizar el cumplimiento holístico de la Constitución más completa, de manera que los derechos humanos sean respetados de manera integral. Se debe fortalecer el Estado, objetivo que demanda la formación de una ciudadanía consciente.
- f) Es claro, por lo tanto, que la seguridad jurídica supera el objetivo de la certeza jurídica y que, en consecuencia, no puede limitarse a esta, sino incardinarse en la labor de asegurar la realidad del derecho constitucional como paradigma de una democracia digna de su nombre.

Referencias



Arias, D. (2015) *¿Reformar o abolir el Sistema Penal?* Bogotá. Siglo del hombre

Editores. Recuperado de

https://books.google.com.gt/books?id=9XwrDwAAQBAJ&pg=PT59&dq=El+manejo+excluyente+por+la+plebe+y+los+pol%C3%ADticos+del+debate+pol%C3%ADtico-criminal+ha+conducido+a+un+marcado+empobrecimiento+de+sus+contenidos&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjYwPvtAhWls1kKHWsmB_cQ6AEwAHoECAYQAg#v=onepage&q&f=false

Ávila, H. (2013). *Indicadores de Seguridad Jurídica*. I Congreso Bienal sobre Seguridad

Jurídica y Democracia en Iberoamérica Girona. Recuperado de

http://www.publicacionestecnicas.com/cmsbook2//biblioteca/documents//LSUBCAT_1781/1372193333_H-avila.pdf

Bacigalupo, E. (2012). Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el derecho penal. (Juan

Pablo Montiel, ed.). *La crisis de legalidad en el nuevo derecho penal*. Madrid:

Marcial Pons.

Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. (Jorge Navarro,

Daniel Jiménez y María Rosa Borrás, trads.). Barcelona: Paidós.

Bobbio, N. (2001). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento*

político. (José F. Fernández Santillán, trad.). Ciudad de México: Fondo de Cultura

Económica.



Böckenförde, E. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. (Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta.

Cabello, Antonio Martin y Jaime Hormigos Ruiz (2005). La sociedad del riesgo y la necesidad moderna de seguridad. *Revista Castellano-Manchego de Ciencias Sociales*, (7).

Castellanos, E. (2015). *Cambio climático en Guatemala: Síntesis práctica*. *Revista Entre Mundos*. Recuperado de <http://www.entremundos.org/revista/medio-ambiente/cambio-climatico/cambio-climatico-en-guatemala/>

Calveiro, P. (2012). *Violencias de Estado: La guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen como medios de control global*. Ciudad de México: Siglo Veintiuno.

Comisión Económica para América Latina -Cepal- (2020). *De Gobierno Abierto a Estado Abierto*. Recuperado de <https://biblioguias.cepal.org/EstadoAbierto/AGA>, octavo párrafo.

Comisión para la Modernización del lenguaje Jurídico del Gobierno de España y Ministerio de Justicia. *Estudio de Campo: Lenguaje de las Normas*. Recuperado de <https://www.parlament.cat/document/intrade/166416>

Contreras, F. (2014). *La filosofía del derecho en la historia*. Madrid: Tecnos.

Contreras, C. (2007). Seguridad humana. *Quórum: Revista de pensamiento iberoamericano*, (18)



Cossarini, P. (2010). Miedos y espacios de seguridad. *Bajo Palabra: Revista de Filosofía*, II Época, (5)

De la Torre, C. (2005). *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Díez, J. (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>

FAO, (2011) La Seguridad Alimentaria: información para la toma de decisiones Guía práctica Recuperado de <http://www.fao.org/3/al936s/al936s00.pdf>

Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Seguridad Humana. Blog ¿Qué es la seguridad humana? Recuperado de <https://www.un.org/humansecurity/es/what-is-human-security/>

Fulmer, A. (2011). La consulta a los pueblos indígenas y su evolución como herramienta de negociación política en América Latina. Los casos de Perú y Guatemala. *Apuntes, XXXVIII* (68). Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

García, J (2010). *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá, EpUB X Hipertexto Ltda. ISBN EBOOK

García, J. (2010) *El derecho y sus circunstancias, Nuevos ensayos de filosofía Jurídicas*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/NEOCONSTITUCIONALISMO.pdf>



García, L. (2016). Aproximación a la teoría democrática de Ferrajoli: A propósito de *Principia Iuris*. *Revista Direito*, 12 (3).

García, R. (1989). *Acerca del valor moral de la seguridad jurídica*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 24. Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho.

García, E. (2009). *Filosofía del derecho*. (17.^a ed.). Ciudad de México: Porrúa.

García, M. (2004). No solo de mercado vive la democracia: El fenómeno del (in)cumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo, la justicia y la democracia. *Revista de Economía Institucional*, primer semestre, 6 (10),

García, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho: Sociología política del campo jurídico*. (2.^a ed.). Bogotá: Debate.

García, M. (2017). *El orden de la libertad*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica de Colombia.

Garzón, E., y Laporta, F. (2000). *El derecho y la justicia*. (2.^a ed.). Madrid: Trotta.

Hernández, J. y Ramiro, P. (2016), *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para desmantelar el poder de empresas transnacionales*. Observatorio de Multinacionales en América Latina. Recuperado de <https://omal.info/spip.php?article7358>

Islas, R. (2009) *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano 97 AÑO XV*, MONTEVIDEO. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23516.pdf>



Larrandart, L. (2006). Política criminal y Estado de derecho: ¿Tolerancia cero? *Capítulo Criminológico*, Vol. 34 No. 2 pp. 161-200. Recuperado de file:///C:/Users/Wendy%20Rodriguez/Downloads/5166-5184-1-PB.pdf

López, J. (2011). *La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la Revolución francesa de 1789. Revista Prolegómenos-Derechos y Valores*, (II).

Mayoral, V. (2005). *Educación para la ciudadanía*. Madrid: II Foro «Iberoamérica en la escena económica internacional: Inversiones y educación para el desarrollo. Universidad Rey Juan Carlos. Recuperado de <https://rieoei.org/historico/deloslectores/1796SebastianMaso.pdf>

Muñoz, F. (2011). La generalización del derecho penal de excepción: Tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. *Ciencia Jurídica*, (1)

Naciones Unidas. Guatemala. *Objetivos de Desarrollo*. Recuperado de <https://onu.org.gt/objetivos-de-desarrollo/>

Núñez, J. (2015). Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: “Black holes & Revelations. *Revista Ius et Praxis*, (1)

Organización Internacional del Trabajo (2014) *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Declaración de las Naciones Unidas Sobre Pueblos Indígenas. Lima. OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe Edición 25 años.



Oxfam. (2019). *Entre el suelo y el cielo: Radiografía multidimensional de la desigualdad en Guatemala*. Guatemala. Impresiones A.G.

Peces-Barba, G. (1990). La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho. *Anuario de Derechos Humanos*, (6)

Pérez, A. (2000). La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, (15),

Pérez, P. (2017). *La necesidad de educación de la ciudadanía*. Blog de Sociedad Europea Sociedad y Educación. Recuperado de <http://www.sociedadyeeducacion.org/blog/la-necesidad-la-educacion-la-ciudadania/>

Pérez, A. (1992). La seguridad como función jurídica. *Funciones y fines del derecho: Estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*. Murcia: Universidad, Secretariado de Publicaciones.

Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. (Josep M. Vilajosana, trad.) *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (21)

Radbruch, G. (2009). *Relativismo y derecho*. (2.^a ed.). (Luis Villar Borda, trad.). Bogotá: Temis.

Ramonet, I. (2016). *El imperio de la vigilancia*. (Martín Sacristán, trad.). Madrid: Clave Intelectual.



Recaséns, L. (2008). *Tratado general de filosofía del derecho*. (19.^a ed.). Ciudad de México: Porrúa.

Fernández Bessa, C.; Silveira Gorski, H.; Rodríguez Fernández, I. (2010). *Contornos Bélicos del Estado Securitario*. Barcelona: Anthropos.

Rodríguez, C. (ed.). (2018). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Rolz, J. (1941). *El problema de la seguridad en la estimativa jurídica*. Guatemala: Universidad de San Carlos.

Sagüés, N. (1997). Jurisdicción constitucional y seguridad jurídica, *Pensamiento Constitucional*, 4 (4)

Sagüés, N. (2016). El concepto de desconstitucionalización. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay,

Sánchez, M (1998) *Seguridad Alimentaria y Estrategias Sociales Su Contribución a la Seguridad Nutricional en Áreas Urbanas de América Latina*. Instituto Internacional de Investigaciones sobre Políticas Alimentarias 1200. Washington, D.C.
Recuperado de <http://ebrary.ifpri.org/utills/getfile/collection/p15738coll2/id/125845/filename/125876.pdf>

Soriano, R. (1999). *Valores jurídicos y derechos fundamentales*. Sevilla: MAD.



Valadés, D. (1998). *El control del poder*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciudad de México.

Valadés, D. (2010). La protección de derechos fundamentales frente a particulares. *La justicia constitucional y su internacionalización: Hacia un *Ius Constitutionales Commune* en América Latina*. (Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi, eds.). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciudad de México.