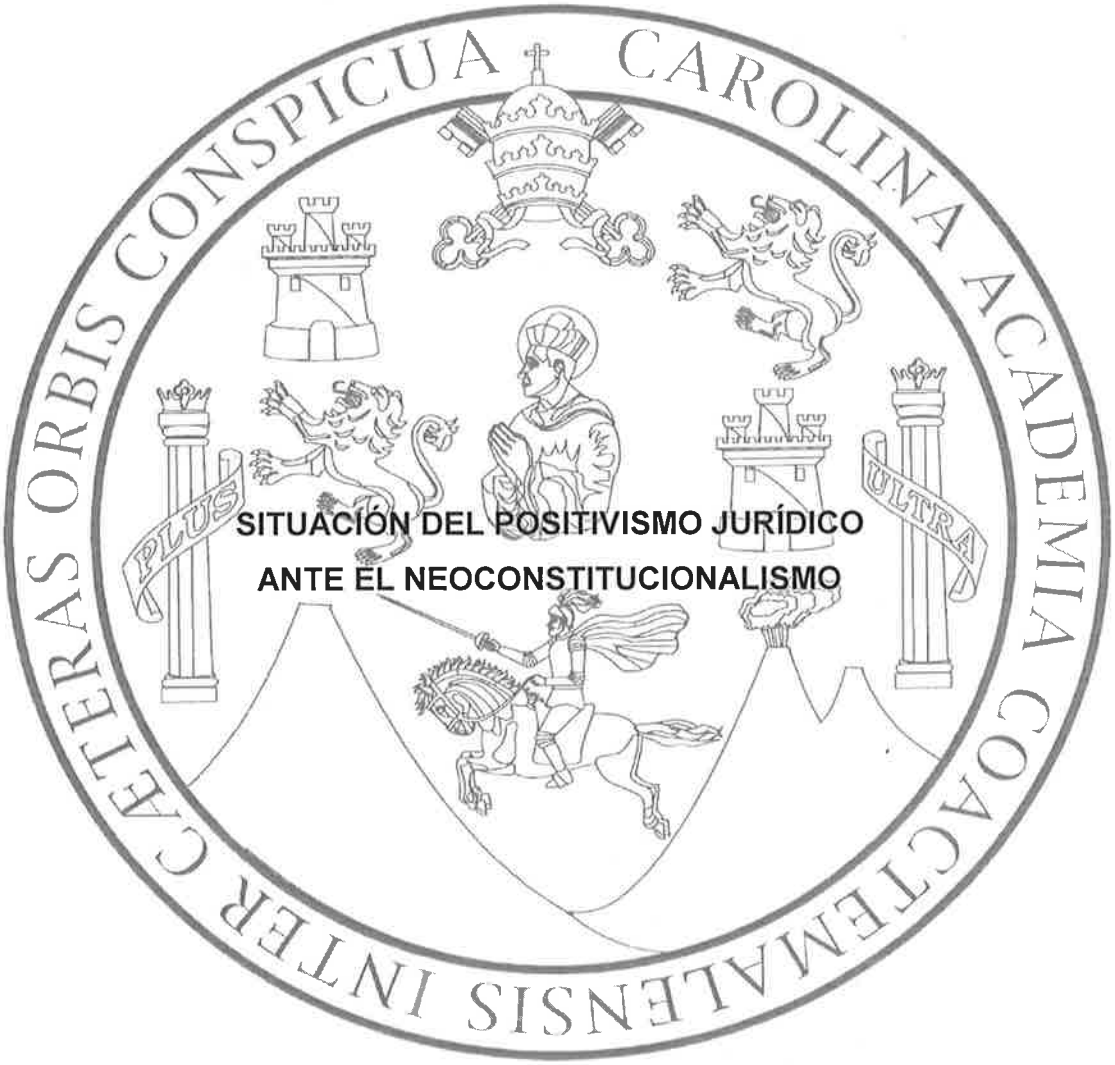
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



SITUACIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO ANTE EL NEOCONSTITUCIONALISMO

M. Sc. DANIEL HUMBERTO GONZÁLEZ CHANG

GUATEMALA, MARZO DE 2023

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

SITUACIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO ANTE EL NEOCONSTITUCIONALISMO

TESIS

Presentada a la honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el maestro

DANIEL HUMBERTO GONZÁLEZ CHANG

Tutor

DR. ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTOR EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Guatemala, marzo de 2023

USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

TRIBUNAL EXAMINADOR

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Presidente

Dr. Saúl González Cabrera
Vocal

Dr. Dr. Anibal González Dubón
Secretario

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

VOCAL: Dra. Herminia Isabel Campos Pérez

VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA FACULTAD DE CC.JJ. Y SS. USAC

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome

VOCAL III: Helmer Rolando Reyes García

VOCAL IV: Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera

VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Guatemala, 7 de marzo de 2023

Doctor:
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha veintidós de febrero de dos mil veintitrés, en donde se me pide dictamen gramatical; y, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que el maestro: **DANIEL HUMBERTO GONZÁLEZ CHANG,** del programa de **Doctorado en Derecho Constitucional**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de gramática, ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **SITUACIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO ANTE EL NEOCONSTITUCIONALISMO.**

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea; asimismo, aporta una serie de neologismos como contribución del estudio para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta las partes requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrados. De esta forma, el sustentante, ha referido con el modelo de la Asociación Americana de Piscología –APA- en su séptima edición, las fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.

USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

La metodología, técnicas y doctrinas que el estudiante y su parte asesora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contiene los requerimientos y extensión mínimos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron los enunciados del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria y la conclusión, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Gramática
Dr. William E. López Morataya
Col. 6149

welm
c. c. interesada/o, archivo.

Guatemala, 16 de marzo del año 2020.

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.

Se me asignó para su tutoría, la **Tesis de Doctorado en Derecho Constitucional** del Maestro **Daniel Humberto González Chang**, con número de carné 201790141, titulada ***"SITUACIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO ANTE EL NEOCONSTITUCIONALISMO".***

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis de Doctorado en Derecho Constitucional del Maestro **Daniel Humberto González Chang** 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

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, 10 de abril del año dos mil veintitrés.----------

En vista de que el MSc. Daniel Humberto González Chang aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 1-2023 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **"SITUACIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO ANTE EL NEOCONSTITUCIONALISMO".** Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

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

DEDICATORIA

A DIOS: Espíritu Santo todo poderoso, creador del cielo y las estrellas, todo el honor y la gloria sea para Ti, Señor, sin Ti nada hubiera sido posible.

A MI PAPÁ: Daniel Humberto González Pereira (*In memoriam)*. Amigo y mentor, ejemplo a seguir, quien con su disciplina y principios me inculcó el amor por el saber y dedicación por la educación.

A MI MAMÁ: Nohemí Chang González de González. Ser humano que con su amor creyó ciegamente en mis capacidades, brindándome apoyo en todo momento.

A MI ESPOSA: Cindy Teresa Mileny Mazariegos Hernández. Bastión importante en este logro, quien con su comprensión y cariño, contribuyó en la consecución de esta meta.

A MIS HIJOS: Liam André González Mazariegos y Thiago Daniel González Mazariegos. Dos seres de luz y mi inspiración para lograr el objetivo trazado.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ÍNDICE

Introducción i

CAPÍTULO I

1. El positivismo jurídico, origen y bases esenciales 1
   1.1. Origen del positivismo jurídico 1
   1.2. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico desde la perspectiva hobbesiana . 6
   1.3. Positivismo jurídico clásico 10
      1.3.1. El legicentrismo como consecuencia del positivismo jurídico 15
      1.3.2. Independencia de la política en cuanto al derecho y su relación con el positivismo jurídico 17
   1.4. Positivismo jurídico moderno 22
      1.4.1. Postura kelseniana del positivismo jurídico 24
      1.4.2. Pensamiento hartiano dentro del positivismo jurídico 28
   1.5. Positivismo jurídico contemporáneo 32
      1.5.1. Relación de la moral y el derecho según la perspectiva del positivismo jurídico 36
      1.5.2. Postura sobre la concepción epistémica del concepto de Derecho de Dworkin 38
   1.6. El positivismo jurídico incluyente, ético y excluyente 41
      1.6.1. Positivismo jurídico incluyente 42
      1.6.2. Positivismo jurídico ético 45
      1.6.3. Positivismo jurídico excluyente 48
   1.7. Replanteamiento del positivismo jurídico 51
      1.7.1. Tesis de la separación 54
      1.7.2. Tesis de las fuentes sociales 57
      1.7.3. Tesis de la discrecionalidad judicial 60

CAPÍTULO II

2. Teoría del neoconstitucionalismo 65

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES USAC SECRETARIA
Pág. 69

2.1. Concepto de neoconstitucionalismo 69
2.2. Notas características del neoconstitucionalismo 70
2.3. Derecho y la moral en el neoconstitucionalismo 76
2.4. El neoconstitucionalismo y el iusnaturalismo 82
2.5. Postura de Robert Alexy sobre el neoconstitucionalismo 86
2.6. División del neoconstitucionalismo 92
2.6.1. Neoconstitucionalismo teórico 94
2.6.2. Neoconstitucionalismo ideológico 97
2.6.3. Neoconstitucionalismo metodológico 100
2.7. Postura neoconstitucional sobre el control de constitucionalidad 102
2.7.1. Teoría de la representación argumentativa de Alexy 105
2.7.2. Teoría de la democracia de Ferrajoli 109
2.7.3. Teoría de la democracia deliberativa de Nino 113
2.7.4. Teoría de la democracia asociativa de Dworkin 118

CAPÍTULO III

3. Diferencias entre el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo 123
3.1. Antagonismo paradigmático 123
3.2. El positivismo y el neoconstitucionalismo como teorías generales del Derecho 130
3.3. Derecho y moral 137
3.4. Principios y reglas 145
3.5. Ponderación y subsunción 154
3.6. Los jueces y el estado democrático 162
3.7. Los derechos humanos desde el punto de vista del positivismo jurídico y su opuesto el neoconstitucionalismo 169
3.8. Discusión final 176

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA
Pag.

CAPÍTULO IV

4. El neoconstitucionalismo ante la interpretación y aplicación constitucional 181
4.1. La interpretación del Derecho 182
4.2. La hermenéutica constitucional del Derecho 189
4.3. La homogeneidad ideológica como antinomia a la aplicabilidad de valores .. 198
4.4. La misión de los jueces dentro de la democracia constitucional desde la perspectiva del neoconstitucionalismo 206
4.5. La interpretación constitucional y el *telos* del neoconstitucionalismo 214
4.6. El contenido meta jurídico del neoconstitucionalismo en la interpretación y aplicación constitucional 222
4.7. Especificidad de la interpretación constitucional y el neoconstitucionalismo . 229

CAPÍTULO V

5. Características de la jurisprudencia constitucional en Guatemala 239
5.1. Recorrido histórico de la jurisdicción constitucional 240
5.2. Las sentencias dentro de la jurisprudencia constitucional 246
5.3. Pensamientos filosóficos acerca de la jurisprudencia constitucional 252
5.4. Tendencias jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad 263
5.5. Incidencia del bloque de constitucionalidad en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad 278
5.6. La superación del positivismo 290

CONCLUSIÓN 297
ANEXOS 301
BIBLIOGRAFÍA 585

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

INTRODUCCIÓN

Es apropiado indicar en este exordio doctoral, que para Karl Popper lograr mantener la objetividad de una ciencia, exige que todos los enunciados científicos puedan ser contrastados intersubjetivamente; por lo tanto, dicha objetividad permitirá que todos los enunciados que se deriven de la contrastación de las teorías, así mismo, deben ser comprobados cuando así se requiera.

Es de tal suerte que, durante el desarrollo histórico de la filosofía del derecho, el neoconstitucionalismo y el positivismo jurídico, entre otras corrientes, se encuentran constantemente comparados. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse lo preponderante que resulta el hecho de que en las últimas décadas se ha producido una notable expansión y asentamiento de la Teoría Neoconstitucional en Europa, pero principalmente en países de América Latina, como Guatemala, tomándola como una firme y fuerte alternativa al positivismo jurídico.

Actualmente se encuentran presentes estas dos corrientes en los distintos órganos constitucionales, por una parte, algunos se apoyan en una interpretación positivista, mientras que otros en la neoconstitucionalista, lo cual se refleja en las motivaciones de los jueces, presentándose como digna de análisis. Consecuentemente ello ha generado que actualmente este tema sea de enorme debate, sobre todo por aquellos que estudian las cortes latinoamericanas; esto bajo el entendido generalizado de que, en los países de América Latina, como es el caso de Guatemala, se considera que la jurisdicción constitucional actualmente observa una condición de desarrollo, lo que la ha convertido en el modelo cultural del estado constitucional.

Es por ello, que se ha hecho imperante hacer un estudio constitucional de las resoluciones de los Tribunales Constitucionales de Guatemala, desde el punto de vista del positivismo jurídico, el cual se encuentra en contraposición del neoconstitucionalismo, como un proceso evolutivo de los mismos tribunales, al haberse integrado de una manera considerable el catálogo de derechos constitucionales, así como su protección.

En la investigación que se presenta en este trabajo, se busca primordialmente determinar y evidenciar el hecho de que la propia dogmática de la interpretación constitucional, se ha visto en la necesidad de adaptarse para ir explicando los cambios que ha supuesto la evolución que representa el pasar de un estado legislativo, o estado de Derecho a un estado constitucional en Guatemala, como en la mayoría de países de la región. Dicho aspecto ha influido no solamente en la concepción de la Constitución misma, sino también, en la forma en que resuelven los distintos órganos de interpretación constitucional en Guatemala.

Sin embargo, ha de dejarse claro que esto no implica renunciar por completo al constitucionalismo clásico y a su concepción de la norma suprema como limitante del poder, sino más bien, que se le da una preponderancia considerable al hecho de la primacía de los derechos humanos que en la actualidad se propugna.

Por lo tanto, al encontrarse en contraposición con la Teoría Positivista y ser una de las corrientes que han sido más debatidas en el Derecho actual, se ha procurado en el presente trabajo de investigación, abarcar las más relevantes propuestas sobre la temática de la evolución conceptual del texto constitucional; y, cómo esto ha influido en

la interpretación que realizan los Tribunales Constitucionales en Guatemala, desde la perspectiva del neoconstitucionalismo y viceversa; se ha tomado en cuenta la jurisprudencia pertinente para aclarar, si en verdad el positivismo jurídico ha sido superado por el neoconstitucionalismo, en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad.

El problema investigado se planteó de una manera dubitativa ¿cuáles son las ideas básicas que diferencian a la tesis del positivismo jurídico de las que propugna el neoconstitucionalismo?; ¿se reflejan estas corrientes en los fallos constitucionales de Guatemala?

La solución o respuesta hipotética al problema investigado se formuló de conformidad con la siguiente exposición: «las ideas básicas que diferencian a las tesis del positivismo jurídico de las que propugna el neoconstitucionalismo descansan en el hecho de que en el primero, el positivismo jurídico como ideología, el Derecho se considera un valor positivo y justo por el solo hecho de existir; y, el neoconstitucionalismo como ideología se caracteriza por valorar positivamente el proceso de constitucionalización del derecho y por propugnar su defensa y ampliación».

El positivismo jurídico como teoría del Derecho, propugna el resultado de la teoría del imperativismo, de la coactividad, de la supremacía de la ley, y de la consideración del sistema jurídico; mientras que el neoconstitucionalismo como teoría del Derecho, hace una referencia a los cambios que han tenido lugar en los sistemas jurídicos en los

últimos tiempos, tales como la existencia de constituciones con ciertas características que desempeñan una función especial y relevante dentro del ordenamiento jurídico.

Se puede observar que en los fallos constitucionales en Guatemala, sí se reflejan las corrientes del positivismo jurídico y del neoconstitucionalismo, sobre todo porque se observa al positivismo jurídico, puesto que se ha considerado por la Corte de Constitucionalidad al Derecho como un orden coactivo y se ha aislado el texto normativo de su contexto político, social, cultural y ético, tomando como norma únicamente a aquella que ha sido creada de conformidad con los procedimientos legítimamente instituidos conforme a Derecho.

Puede observarse también al neoconstitucionalismo en razón del Artículo 44 constitucional, el cual ha sido invocado por la Corte de Constitucionalidad, donde se observa una postura que considera existente, una lectura moral de la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual hace alusión a pautas relativas al reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales que resultan de observancia imprescindible.

El presente informe de investigación consta de cinco capítulos. En el capítulo uno, se desarrolla la corriente filosófica del positivismo jurídico, desde su inició hasta la actualidad, tomando en cuenta las principales posturas de los más importantes expositores de la misma; en el capítulo dos, se expone lo relativo a la teoría filosófica del neoconstitucionalismo, desde su concepto, características y la relación que esta ha tenido con otras corrientes como el iusnaturalismo, haciendo énfasis en la postura que Roberto Alexy tiene respecto del neoconstitucionalismo, en la división del

neoconstitucionalismo y en la postura neoconstitucional sobre el control de convencionalidad, en donde se desarrollan las teorías de la representación de Alexy, de la democracia de Ferrajoli, de la democracia deliberativa de Nino, y de la democracia asociativa de Dworkin; el capítulo tres, presenta una diferenciación entre el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo, tomando en cuenta los puntos clave en los cuales de alguna manera convergen y antagonizan; el capítulo cuatro, desarrolla lo concerniente a la posición del neoconstitucionalismo ante la interpretación y aplicación constitucional, partiendo desde los principales conceptos que sustentan a la misma, hasta llegando a abordar los principales aspectos que resultan ser de más discusión en la actualidad; por último, en el capítulo cinco, se presentan las características principales de la jurisprudencia constitucional en Guatemala, haciendo un recorrido en la historia constitucional del país y un análisis de sentencias, pensamientos y tendencias jurisprudenciales de la Corte de Constitucionales, así como abordando lo relativo a la incidencia del Bloque de Constitucionalidad en las sentencias de dicha Corte, para arribar en la temática de la superación del positivismo jurídico.

Lo antes expuesto, posibilitó llegar a la conclusión respectiva que permite acceder al fondo del conocimiento jurídico y científico de la hipótesis que fuera formulada en el diseño de la presente investigación.

CAPÍTULO I

1. El positivismo jurídico, origen y bases esenciales

La riqueza aportada al conocimiento del Derecho por parte del positivismo jurídico, es tan vasta que merece ser analizada detenidamente, ya que su estudio puede ser abarcado desde su consideración filosófica pura como lo hace Comte, así como también como un positivismo científico o como un positivismo iusfilosófico propiamente dicho; sin menospreciar ninguna de estas posturas, puesto que todas y cada una aportan importante contenido a la ciencia jurídica.

Por ello, aunque de manera un poco general, pues es demasiado extensa la profundidad de esta postura, se procurará abordar los matices más importantes y relevantes, según la orientación del presente estudio, con lo cual se pretenderá realizar un viaje que ahondará en la bibliografía que a lo largo de su desarrollo se irá aportando, con pinceladas de la vivencia personal que ha representado el incursionar dentro de tan extenso y apasionante territorio del saber.

1.1. Origen del positivismo jurídico

La existencia de una gran cantidad de teorías y orientaciones que existen dentro la corriente del positivismo jurídico, hacen casi imposible que con el solo término positivismo jurídico se pueda abordar todo su contenido. Sin embargo, si se hace un recorrido por todas esas escuelas, movimientos e ideologías que lo nutren se podrá generar de forma contundente una conceptualización del mismo; por ello su estudio a

lo largo de la historia es fundamental, ya que permitirá obtener una visión panorámica del mismo.

Se buscará entonces encontrar aquellos criterios, que sería muy aventurado denominarlos como últimos o definitivos, pero que de alguna manera permitan identificar las principales escuelas, pues por lo general cada uno de ellos encuentra la aceptación de unos, y el rechazo de otros; de aquí que uno de estos aspectos es el que considera que el derecho válido no necesariamente se encuentra relacionado con el derecho justo; o el que considera que el Estado es la única o principal fuente del derecho válido, entre otras muchas consideraciones que se han erguido en el positivismo que por lo general giran alrededor de los criterios antes mencionados.

Por otra parte, y únicamente con fines académicos, sin ánimo de establecer una nueva orientación, se debe considerar al positivismo desde dos de sus grandes divisiones, los funcionalistas o realistas y los estructuralistas o normativistas, famosa división encontrada por ejemplo en el pensamiento de Bobbio (1987), quien considera que "toda teoría puede ser considerada desde el punto de vista de su significado ideológico o desde el punto de vista científico" (p. 10), con la única diferencia de que este autor no considera a los realistas o funcionalistas dentro de los positivistas, cuestión que se obviará para lograr una mayor comprensión de la corriente que es de mayor interés para este estudio, la cual es el positivismo jurídico, ya que todos ellos nutren a aquellos.

De todas formas, las líneas fronterizas entre los funcionalistas o realistas y los estructuralistas o normativistas no se encuentran muy definidas, más bien sus

principales aspectos diferenciadores yacen en el hecho de que los primeros se ocupan, más bien, por la función del derecho en el ámbito judicial o social, a diferencia de los segundos quienes definen el derecho desde la perspectiva de la norma jurídica, en especial y el ordenamiento jurídico, en general. En todo caso, "(...) no ha podido prescindir por entero la una de la otra al momento de procurar comprender el laberinto del derecho (...)" (Guibourg, 2012, p. 331).

Otro aspecto a tener en cuenta dentro del estudio del positivismo es la división realizada por Bobbio (1999), para quien existen tres positivismos: "el positivismo ideológico, el teórico y el metodológico" (p. 37), donde en el primer caso se considera válido al derecho, tanto como justo y sabio, en este caso el respaldo de la justicia sería idéntica a la validez jurídica, y a la naturaleza erudita de la norma.

En el caso del positivismo como teoría, considera que existe una relación de este con la teoría estatal del derecho, pues es el fruto del estado que obliga y es coercible en relación al derecho válido. El positivismo jurídico metodológico, en el cual se sostiene que el derecho no es otro que aquel que se ocupa del estudio del derecho válido y positivo, y en ningún momento del derecho que debería ser derecho, el ideal, entonces este pensamiento determina que el único objeto de estudio nace del positivismo.

En todo caso, sea la orientación que se sea que se le pretenda dar al origen y evolución del positivismo jurídico, o si se le divide en positivismo jurídico del siglo diecinueve o del veinte, se debe llegar a la concreción de que es innegable que el gran movimiento cultural y social de un siglo antes, denominado Ilustración, dentro del cual

uno de los principales filósofos fue Kant, y a quien de alguna forma se le conoce también como uno de los autores condicionantes del origen del positivismo.

Ahora bien, es menester entender que en el siglo XIX se pretendió limitar la voluntad y la política, bajo el concepto de que el derecho es obligatorio porque es fruto del representante soberano, considerando que el parlamento es quien representa a los electores y a estos a través del soberano, pues ha sido elegido por la mayoría, de lo que se deriva que este sea superior a la voluntad del poder ejecutivo, y especialmente, del poder de los jueces; en donde se garantiza la democracia de los órganos democráticos.

A pesar de lo anterior, también existen pensamientos que se inclinan por reconocer una relación entre el positivismo y las corrientes totalitaristas estatalistas, quienes hacen esta vinculación sobre la base de que el derecho emitido por el Estado ha de estar precisamente siempre obedecido por la emancipación al Estado.

Claro que esta postura se puede contradecir fácilmente bajo la premisa de que este pensamiento es el que ha existido en los sistemas políticos totalitarios, sin embargo, quienes la sostienen argumentan, entre otras cosas que el medio no es realmente responsable de la intención con la cual se utiliza la cosa; y que, además, el positivismo, sobre todo el decimonónico, apostaba por la democracia representativa frente al despotismo ilustrado, que orientaba al derecho hacia el criterio absolutista del gobernante; así como que no es exclusivo totalmente del positivismo jurídico el contemplar el obedecimiento cegado de la ley, entre otros.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

De lo anterior, puede concretarse que si se analiza al positivismo jurídico desde la relación existente con cada una de las posturas antecesoras de contenido filosófico, se puede llegar a pensar que esta al ser totalmente "(...) analítica, descriptiva y explicativa (...)" (Waluchow, 2007, p. 44), como expone el autor en el capítulo segundo de su obra, comienza a nacer a la vida a partir desde que se procura proporcionar una caracterización del derecho tal y como este es en la realidad, cambiando la perspectiva general que tiende a verlo como debería ser.

Sin embargo, no puede dejar de considerarse que anegarlo en forma cerrada en este criterio, sería condenarlo a la confusión del análisis del derecho con su crítica, lo cual no sería del todo justo para esta corriente filosófica del derecho, pues en todo caso es mucho más esclarecedora y fructífera que esto; por ello es preciso considerar a esta teoría como aquella que procura conjuntamente lograr la determinación de qué debe ser el derecho, no tanto respecto de su contenido, sino más de acuerdo a su forma, tal y como lo expresan autores como Tom Campbell y Jeremy Waldron.

Nace así una manera más adecuada de la interpretación jurídica del positivismo jurídico, la cual además de que anula las controversias de naturaleza semántica sobre la definición del derecho, muestra las disconformidades alrededor de este, en cuanto al contexto significativo en el que se lleva a cabo el análisis y la descripción de sus competencias, hacia la concepción de que ellos poseen cierto enlace con los ideales jurídicos; lo cual soslaya de cierta forma, el ambiguo error de los desacuerdos estrictamente de definición sobre cualquier conceptualización jurídica que se pretende hacer. Y además conduce a un mejor abordaje de las variables del positivismo jurídico,

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

pues esta orientación normativa del positivismo aleja al estudioso de las vanas discusiones conceptuales de sí mismo.

1.2. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico desde la perspectiva hobbesiana

Hacer una relación con estos dos pensamientos tan contundentemente contradictorios puede resultar ser casi una locura; sin embargo, como se señaló anteriormente el positivismo jurídico posee, de cierto modo, algunas pinceladas o ideas derivada de los pensamientos antecesores.

Ahora bien, hablar del criterio de Hobbes y relacionar ambos pensamientos en el mismo, para muchos puede resultar contradictorio, sin embargo, este autor que esencialmente se ha considerado un teórico del Estado absolutista, por su inclinación hacia la monarquía absoluta, presenta argumentos suficientes para coincidir que el pensamiento del estudioso más que colocarlo con absoluto rigor en el estrado del absolutismo, le permitirían situarse en un lugar cercano a los liberales; con lo cual no quiere señalarse como un liberal, en lo absoluto; solo existe el afán de escudriñar su posición y de aclarar ciertos argumentos que el presenta del iusnaturalismo y el iuspositivismo, lo cual podría sustentar el punto de vista proferido anteriormente.

Es necesario traer a memoria, primeramente, que, para el autor, cuando eventualmente se encuentran en estado de naturaleza, los hombres deducen a través de la razón, que la única manera de resguardar la vida, es mediante la búsqueda de la paz y el acompañamiento de las leyes de la naturaleza o leyes morales. El problema yace en el hecho de que no es posible garantizar que todos los seres humanos actuaran siempre

en pos de la razón, y por el contrario son demasiadas las probabilidades de que se abandonen a sus pasiones.

Por otra parte, utilizando así mismo el argumento racional, llegan a la concreción de que la única manera de asegurar el cumplimiento de las leyes naturales es creando un poder común apto para imponer a todos el cumplimiento de las mismas, así como de las leyes civiles que este poder dicte. Lo cual no podría tener lugar si este poder no cuenta con el poder de decidir y aplicar las leyes, sin él no podría asegurar el cumplimiento de las leyes naturales; ya que de carecer del mismo cualquier persona podría sublevarse, y con ello poner en riesgo la existencia misma del Estado.

De aquí que Hobbes sostenga que todas las personas transfieran ese poder a la constitución del poder soberano, cediendo en tal caso todas sus cosas y su libertad de gobernarse a sí mismos a este poder absoluto; por lo tanto, se dotará a este el poder y la fuerza de todo el conglomerado social para legislar, juzgar y aplicar la ley. En este pensamiento yace la idea del autor citado de que "La ley civil no es otra cosa que la razón del Estado, porque ésta únicamente puede ser creada por el titular del poder soberano" (Hobbes, 1992, p. 222).

Siguiendo este orden de ideas, puede sostenerse consecuentemente que sin importar quién sea el que ostente ese poder soberano, si un parlamento o un hombre individual, este será el único que ostentará el poder de hacer, revocar e interpretar la normas jurídicas, lo que en la opinión del autor "(...) hará absurdo que él se encuentre ligado a ellas o a algo que él mismo puede cambiar según su criterio propio (...)" (Hobbes, 1992, p. 222). Este argumento muestra que el Estado será el único que no estará

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

sujeto a la jurisdicción de las leyes civiles, porque la validez de estas se originan en el poder soberano permiten pensar que precisamente se está frente al origen, un tanto rústico, del positivismo jurídico.

"Nadie puede hacer leyes sino el Estado (...), las leyes son normas sobre lo justo y lo injusto, no [podría] ser reputado injusto lo que no sea contrario a ninguna ley" (Hobbes, 1992, p. 218). Desde esta perspectiva, si es el poder soberano el que establece las leyes, y estas a lo justo o injusto, la justicia y la injusticia las determina así mismo el soberano. De lo cual se deriva el razonamiento que indica que apelar a un criterio de justicia, que hubiese nacido con antelación o que fuese superior a la ley natural simplemente sería una inconsistencia; pues antes de que estas existieran no existía lo justo o injusto en su caso, ellas son las que crean el concepto de justicia.

Hobbes (1992) sostiene que:

> Ley civil es, para cada súbdito, aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley. (p. 217)

Es con base en este pensamiento que se le enmarca al autor dentro del absolutismo, pues esta concreción marca su postura en cuanto a que el único camino para mantener al Estado era defendiendo el poder exclusivo y absoluto encomendado en el soberano, tanto de crear la leyes civiles como de hacerlas cumplir aun haciendo uso de la fuerza. Lo que mantenía al soberano fuera del alcance de la subordinación eclesiástica y del

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

derecho consuetudinario, pues esto convertiría al poder en limitado, lo cual para el autor resultaría un absurdo.

Derivado de estas ideas es que Hobbes puede ser considerado como iniciador del pensamiento del positivismo jurídico, pues al final de cuentas él termina sosteniendo que la única ley verdaderamente obligatoria es la ley o sea el derecho positivo; pues la natural no resulta ser más que una mera obligación moral, que puede ser violada en cualquier momento. Que lo justo o injusto, lo bueno o malo no está determinado por un poder supremo o extraordinario, como Dios o la naturaleza, ni aun la razón; que encaje con las leyes positivas de un Estado como supone que debería ser el iusnaturalismo puro, sino que más bien se está frente las exigencias del poder soberano.

En síntesis nacen los primeros razonamientos del positivismo jurídico cuando se concreta que no es la verdad sino el poder el que hace la ley, o como sostuviera el autor "lo bueno y lo malo, lo legítimo e ilegítimo en las acciones de los súbditos, son leyes civiles, es decir, leyes de cada Estado particular" (Hobbes, 1992, p. 146). Sin embargo, resulta injusto olvidarse que el autor sí establecía cierto límite al poder soberano, el cual puede ser el producto de una simple deducción lógica, pues este sostiene que en todo caso el soberano puede infligir la ley civil sin ser desobedecido por sus súbditos, pero si este atenta contra la vida de aquellos, ellos sí podrán desobedecer la ley civil, con base en que ningún poder o pacto está capacitado para despojar al ser humano del derecho de protegerse a sí mismo.

De esta dualidad de razonamientos es de donde surge la idea de que, pese a su estigmatización absolutista, a Hobbes ha de considerársele un filósofo iusnaturalista

que tuvo una gran participación como pionero del iuspositivismo, pues marcó la entrada de algunas concepciones de un alto valor en el orden social; lo que hace, así mismo, que pueda sostenerse que la forma de conceptualizar, más abiertamente de lo que se puede suponer, a la sociedad lo acerca de también más al liberalismo.

1.3. Positivismo jurídico clásico

Como puede apreciarse de lo indicado anteriormente, el iusnaturalismo y su derecho natural, y el positivismo jurídico y su derecho positivo, de alguna manera coexistieron juntos, y han mantenido desde siempre un arduo combate derivado de la conceptualización del derecho propiamente dicha.

Durante el transcurrir del tiempo, lo que ha propiciado la inclinación hacia una concepción iusnaturalista o iuspositivista ha sido el grado de influencia que ha poseído uno sobre el otro; aunque es importante resaltar que el iusnaturalismo en ningún momento se ha opuesto a la existencia y vigencia de un derecho positivo. "Pese a que la ley natural se encuentra perfectamente adecuada a la naturaleza del hombre, no se halla, sin embargo, completamente conformada a la condición del hombre que vive aquí y ahora" (Pizzorni, 2003, p. 619); eso da origen a que se termine la consideración cerrada del derecho natural y del derecho positivo, y hace nacer la posición que orienta al derecho en un inflexible sentido hacia el positivismo.

De esta suerte germina el concepto sustentado por el positivismo jurídico que señala que el derecho solo acoge un elemento que es el derecho positivado, puesto que el derecho natural no se encuentra conceptualizado como derecho propiamente dicho,

sino que más bien solamente como una pretensión que algún día podría llegar a devenir en positivado, y únicamente de esta forma considerarse derecho.

Es menester para entender de mejor manera al positivismo clásico o primer positivismo se analice lo aportado sobre el mismo por estudiosos como Austin y Bentham pues estos pensadores construyeron una perspectiva elemental que mantiene vigencia en el corpus teórico del derecho actualmente. En primer término, es importante señalar que se les considera a ambos autores como los máximos exponentes de este positivismo toda vez que, como lo hizo Austin (1861) al realizar una conceptualización de la existencia del derecho, elaboraron un vocabulario preciso y neutral que se extendió dentro de este pensamiento.

> La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra. Hay una investigación sobre si existe o no existe; otra investigación diferente, sobre si está o no está de acuerdo con una pauta asumida. Una ley que realmente existe es una ley, aunque suceda que no nos guste, o que no concuerde con el texto según el cual regulamos nuestra aprobación o desaprobación. Esta verdad, proclamada formalmente como una proposición abstracta, es tan simple y tan deslumbrante que parece inútil insistir en ella; pero, aun siendo simple y deslumbrante cuando se enuncia en expresiones abstractas, la enunciación de los casos en que ha sido olvidada llenaría un volumen. (p. 233)

El tipo de lenguaje que utiliza Austin en este discurso en definitiva es uno dirigido a lograr de forma práctica que el contenido del mismo fuera accesible no solo a los estudiantes, sino además a la gente corriente, de esta manera el positivismo clásico

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

fuera de fácil abordaje dentro de la sociedad, ya que más que filósofo y jurista, era sociólogo; de aquí su necesidad de expandir su pensamiento a las masas de una manera clara y concisa.

Bentham (1977), por su parte, considera que la corriente puede ser expuesta desde dos funciones que ejerce quien la realiza por una parte habla de que se puede:

> Exponer el derecho tal y como ha sido en épocas pasadas de su historia, o aquella que presenta al derecho tal y como es en la actualidad. La primera recibe el nombre de exposición histórica, mientras que la segunda el de simple demostración. (p. 141)

A esto se debe agregar el hecho de que el autor consideraba que por más perfecta que sea cualquiera de estas formas de exponer el derecho desde estas dos perspectivas, no se podría conocer a cabalidad el derecho existente; pues en todo caso siempre se tendrá que hacer un estudio ordenado y táctico, ya sea natural o artificial; pero que de todos modos hará posible la asimilación de los elementos del positivismo clásico como una representación universal de la ciencia del derecho como es y no como debería ser, y además tendría la opción de volverse, asimismo, en un tenue bosquejo de lo que debería ser.

Este autor parece seguir el pensamiento que indica que "tanto la moral como la legislación, el principio de utilidad (la mayor felicidad para el mayor número) es el que presenta a la vista el placer y el dolor como la única fuente y prueba de lo correcto e incorrecto" (Bentham, 1996, p. 11). Este pensamiento de Bentham sobre el positivismo jurídico clásico permite seguir la idea de que los frutos de esta corriente serán de sobra

visibles en el carácter del hombre, que sin importar y sin faltar en la profesión, se muestra como un conglomerado debilitado y abierto a consentir sin protesta alguna y a contentarse con casi nada, es incapaz de distinguir lo bueno de lo malo; por lo tanto les es inminentemente necesario una indicación definida para la mayoría de las cosas, aunque en algunos puntos pueda esta desbordar una sordera a la voz de la razón y una contradicción a la utilidad pública.

Por esta razón, desde el pensamiento de Bentham, someter la conducta individual propia a una autoridad se convierte en un elemento esencial para la consecución de la paz social, que brinda la propicia aparición de la seguridad y por ende el bienestar del conglomerado de personas que se encuentran bajo la misma. En sí lo que proponía el autor es que, si bien debía existir una obediencia a la norma positiva, debería de existir juntamente una crítica libre y pública de aquellas, que pudieran considerarse perjudiciales, lo que podría de alguna manera promover su reforma, para lograr la verdadera razón de la creación de la norma desde el punto del positivismo jurídico que sería el logro del bienestar y la felicidad de la sociedad.

Por último, conviene resaltar que el positivismo clásico fue hondamente ideológico, en tanto determinaba la forma en que deberían portarse los ordenamientos jurídicos, aspecto que Bobbio (1993) explicó ampliamente mediante el establecimiento de siete características de esta teoría, las cuales describía así:

> 1) El derecho debe ser estudiado como un hecho, no como un valor. El jurista se debe abstener de formular cualquier juicio valorativo sobre la realidad que encuentra, tanto en los hechos sociales como sobre el contenido traído por las

normas. 2) El concepto de derecho debe estar vinculado a la posibilidad de hacerse cumplir a través de la coacción y no por su cumplimiento voluntario. 3) La principal fuente del derecho es la legislación. La ley tiene preferencia sobre cualquier otra fuente del derecho. La costumbre como fuente de derecho está admitida en segundo lugar. 4) La norma jurídica es concebida como mandato, teoría imperativita del Derecho. 5) La teoría del ordenamiento jurídico, donde cada norma debe ser tratada como integrante de un ordenamiento que le condiciona validez y compatibilidad. 6) El positivismo sostiene como sistema de interpretación la interpretación mecanicista, que hace de la actividad jurídica mero hecho de declaración del derecho, ya que la regla jurídica ya contiene la solución al caso presentado, que se adapta al supuesto fático. 7) La teoría de la obediencia, según la cual la ley debe ser obedecida sea cual sea su contenido, ya que su obediencia consiste en un bien en sí mismo. (pp. 141-143)

Aunque encontrar todas estas características en una sola teoría positivista resulta prácticamente imposible, sí evidencia la diversidad de opiniones que se encuentran inmersas dentro del mismo positivismo jurídico de la época, esto quizá se deba a la falta de una teoría fundamental, pero de existir esta quizá se hubieran limitado las fuentes existentes del movimiento positivo, las cuales son las que lo han nutrido y fortalecido durante un largo tiempo; y le hubiera restado presencia a su carácter ideológico, el cual es tan marcadamente dirigido hacia crear una separación tangible de la cultura jurídica iusnaturalista.

1.3.1. El legicentrismo como consecuencia del positivismo jurídico

Como se puede observar de todo lo expuesto, se dio el paso del iusnaturalismo y iuspositivismo como una transición cultural. El positivismo jurídico, lejos de ser una imposición, fue más bien un proceso gradual de la construcción de la realidad jurídica, en virtud de la cual el derecho pasó a ser una producción del Estado. Para abordar desde esta perspectiva al positivismo jurídico, será menester dirigir la mirada nuevamente a los pensamientos de Hobbes quien, como se indicó anteriormente, puede ser considerado uno de los primeros positivistas, sino el primero, pues la reducida identificación de las fuentes del derecho al Estado en gran parte se le puede atribuir al mencionado estudioso.

El legicentrismo surgió primeramente en Europa, al momento en que se comienza un movimiento unificador de los sistemas jurídicos, esto a raíz de que se comenzó a oficializar las fuentes de derecho, esto se promovió pues provocaba a su vez de alguna manera la unificación política. Cuestión que se hizo tangible y viable después de la Revolución francesa, misma que marcó las pautas unificadoras de la voluntad popular y estatal, eliminando casi por completo del concepto del derecho la norma natural y la costumbre.

Es a partir de este momento que se comienza a observar que las fuentes del derecho se encontraban cada vez más concentradas en el parlamento, lo que fortaleció paulatinamente al legicentrismo; ahora bien, no puede ni debe ser sostenido que al simple hecho del surgimiento de esta unificación y de la sustitución del derecho natural, se debe el positivismo jurídico.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Más bien, debe ser entendido el legicentrismo como un paso consecuente al surgimiento del pensamiento del positivismo jurídico; a pesar de que algunos autores suelen ubicarlo a la inversa, considerando que el legicentrismo es el escenario anterior al positivismo jurídico, pues en aquel se ha producido la sustitución de las fuentes del derecho natural por las fuentes estatales, logrando de esta manera alcanzar la codificación.

Para Bobbio (1993), "el momento en el cual tiene lugar la codificación, y el derecho común es absorbido por el estatutario, es cuando efectivamente comienza el verdadero y estricto positivismo jurídico" (p. 50). Es a partir de aquí en donde se puede visualizar la verdadera mecánica motora encaminada a hacer del derecho una ciencia autónoma, libre de cualquier elemento externo, incluso la propia voluntad estatal.

Es en este momento de la historia en donde el positivismo jurídico comienza a experimentar una gran influencia de la filosofía del derecho positivo o positivismo filosófico, cuyo principal exponente era Comte; pero sin alejarse del pensamiento concreto y pragmático que considera que lo importante es conocer como son las cosas, como estas se desarrollan y no basarse solamente en problemas abstractos o en el porqué de las cosas.

Justamente con base en esto es que el positivismo jurídico propone una ciencia del derecho de carácter científico, descubierta por medio de sus elementos reales y que muestra una novedosa postura frente al derecho, haciendo de tal suerte, una separación de los ámbitos filosófico y político, de la ciencia jurídica, lo que dio paso a que en primer término tuviera lugar la inquietud el asentamiento de las fuentes del

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Derecho, las cuales se dan a través del Estado, tal y como lo sostiene Hobbes en su postura. Por lo tanto, se suprimió el sistema dualista seguido hasta el momento por el iusnaturalismo y que lo caracteriza por permitir la existencia coetánea de dos mandatos jurídicos. Cuestión que puede enfatizarse como una de las primeras y principales características del positivismo jurídico.

"La ciencia consta lo que es, sin crear nada" (Gahdoun, 2008, p. 260), desde este principio el positivismo clásico designó la nueva corriente teórica, que sobre todo enfatizaba su rechazo hacia cualquier concepción del trascendentalismo jurídico y del derecho natural. De aquí que, como sostiene Bergel (2001) los teóricos del positivismo jurídico se consideren los únicos conocedores de la realidad positiva, jurídica o científica.

Solamente el derecho que es impuesto por el poder político es el reconocido por el positivismo, que sin importar bajo qué forma se presente, siempre se llegará a la conclusión de que el derecho es el sistema de normas jurídicas que debe regular la conducta del ser humano en sociedad, como sostuviera Kelsen en su teoría normativista, en donde se evidencia la importancia y trascendencia que posee el legicentrismo, el cual se promueve por la misma necesidad de la existencia de ese ordenamiento jurídico regulador del actuar humano.

1.3.2. Independencia de la política en cuanto al derecho y su relación con el positivismo jurídico

Tanto el término "política" como el término "derecho" tienen una alta variedad de sentidos, poseen una polisemia casi interminable, por ello serán necesarias unas

consideraciones previas a abordar la temática de ambas desde el pensamiento positivista.

En cuanto a la primera será importante abordar el tema desde la perspectiva clásica de la misma, entendida esta como el arte de gobernar pronunciando preceptos con el objetivo de realizar la edificación del andamiaje social, así como para alcanzar el bienestar de una comunidad; aunque se debe estar plenamente consciente de que a pesar de que esta noción es bastante acertada, no agota por completo el fenómeno de la política en todo su esplendor.

Ahora bien, en cuanto a la noción de derecho, se ha de procurar estar en una que además de práctica y nutrida, sea pura, pues ha de tenerse en cuenta que el derecho posee una naturaleza mediadora y un carácter heterónomo, ya que en realidad no posee una esencia original debido a que no se constituye de un fenómeno en forma autónoma, sino más bien se encuentra configurado por varios componentes que estructurados y entrelazados forman las normas jurídicas, mismas que terminan siendo los nexos conductuales que precisamente se pretenden regular, para permitir a su vez alcanzar los valores que se ha propuesto por medio de esa regulación. Se está entonces frente al hecho de que el derecho se origina precisamente de la voluntad política preexistente, la cual, interviniendo en la sociedad, constituye y da un origen a determinado orden.

Toda esta descripción del derecho y la política permite llegar a incursionar en la relación existente entre ambas pues, en principio, muestra la magnitud normativa del derecho, teniendo en cuenta que este se encuentra conformado por varias dimensiones

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

que no son consideradas universalmente como partes inherentes del mismo. Pero, partiendo de la base de que el derecho es básicamente normativo, muestra el carácter mediador del mismo y deja al descubierto su esencia instrumental, su naturaleza útil, conveniente; puesto que en todo caso no tendría ningún sentido la existencia de una norma que no intentará regular una conducta o que careciendo de un fin determinado naciera a la vida.

Ahora bien, la relación existente entre el derecho y la política se deriva precisamente del carácter político que este posee y de la naturaleza reguladora de la otra; pues, como se pudo observar, si la política es el arte de gobernar eso lo lleva a cabo mediante la actividad de dictar leyes, y por lógica de hacer que las mismas se cumplan, en otras palabras, se logra mediante estos dos alcanzar el gobierno, el cual debe ser entendido como "El centro del poder último en la perspectiva social, que puede obligar a todos los demás grupos a acatar sus decisiones mientras estos los puedan coaccionar" (Downs, 1973, p. 339).

El derecho, entonces, si perteneciera a la razón del poder, el cual emanara de la política tal cual relación de fuerza nata y pura, se reduciría una superioridad de hecho la existencia de la vida jurídica, en donde el predominio del poder puro sería el opio de la estabilidad y fragilidad, careciendo de tal suerte de una duración, continuidad y estabilidad que efectivamente son notas características y necesarias del derecho, para ser considerado como tal.

La relación entre derecho y política obviamente no puede ser negada, existe una estrecha vinculación fáctica entre la política y el derecho, pues la validez de las normas

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

jurídicas se deriva de imposición hecha por el poder político. En consecuencia, la creación de normas generales expresa una voluntad política y persigue objetivos políticos, de donde surge la constatación de una conexión genética, por así llamarla, entre el derecho y la política: el derecho procede de la política y de la política depende.

Fue por esta cuestión que fuera muy bien determinada dentro del positivismo clásico, toda vez que en la búsqueda de la seguridad, la sociedad de la época, procuraba precisamente en el derecho una forma de protección de la inconstancia, que podía resultar la incertidumbre del derecho natural, que a su vez resultaba contraproducente en el mismo Estado, medio de una exacta determinación del ámbito jurídico y de la certeza que precisamente devenía del mismo, debido a su contenido, que la sociedad liberal pretendió reforzar el principio de la seguridad jurídica para todas y cada una de las relaciones que estaban siendo regladas por el derecho. Con ocasión de la enorme diversidad de valores que pueden encontrarse dentro de la sociedad, el positivismo liberalista de la época sostenía que ello era capaz de provocar una indeterminación del propio derecho, para consecuentemente desembocar en la inconsistencia de su contenido.

Es en este sentido que el positivismo clásico procura y promueve, no solo la creación de maneras de limitación del poder estatal mediante el derecho, sino que además propugnaba el desarrollo de una corriente ideológica capaz de determinar el entorno jurídico. De tal suerte que, por una parte, se prolifere la idea de la garantización de la libertad, lo que no es más que la protección efectiva del derecho en contra del poder institucionalizado; así como además se alcance satisfacer la necesidad de lograr la

determinación del contenido del derecho y de su poder de coerción, identificándolo de esta manera con el Estado mismo.

"Los positivistas construyeron así un concepto de derecho que es inmune a la incertidumbre del pluralismo axiológico y de la imprevisibilidad del arbitrio estatal" (Barzotto, 1999, p. 138), sin embargo, a pesar de estos axiomas, la teoría positivista clásica también pretendía en cierta forma el aislamiento del derecho, tratándolo como un sistema autónomo en relación a la política; por ello se erigió la teoría normativista, en donde el derecho es presentado como un sistema puramente normativo, en donde los criterios fueran plenamente tasados según su validez.

Es a partir de este pensamiento que se comienza a eliminar paulatinamente el vínculo existente entre el derecho y la política; convirtiéndose en dos ciencias absolutamente independientes, y se le otorgó con exclusividad al poder legislativo el accionar de la legitimación y valoración de los requerimientos de cada comunidad en cada uno de los momentos históricos, partiendo de ellos para realizar la elaboración de las normas que han integrado el marco jurídico tal y como se conoce, en donde el derecho no depende de la ley propiamente dicha, más bien del órgano del cual emana, mismo que a su vez obtiene su poder creador en otra norma jurídica, y es aquí en donde se contradice que el derecho deriva de la política, pues más bien será al revés, siendo este en todo caso anterior a la misma. Quiere decir que el reconocimiento de la validez de un sistema jurídico, de las normas jurídicas no depende su conformidad a criterios sobre lo justo y lo correcto. No importa el valor sino la validez del derecho. No importa la sustancia; interesa la forma.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

1.4. Positivismo jurídico moderno

Los principales teóricos que desarrollaron esta corriente fueron Kelsen y Hart, quienes marcaron el impulso del positivismo jurídico a partir de la segunda mitad del siglo anterior, llegando a crear grandes avances de esta como ciencia. Para este momento el positivismo comienza a tener una postura más científica, respecto del estudio que realiza en cuanto al derecho, favoreciendo con ello el desenvolvimiento de importantes debates sobre el derecho que es, y por supuesto, la manera en que desempeñan sus funciones los diversos sistemas jurídicos.

Como es lógico pensar, en esta etapa igualmente se estudia el contenido del derecho y la relación que posee con la ley natural; sin embargo, por lo que sobre todo apuesta el derecho en esta época es por crear un sistema o método a través del cual se pueda llevar a cabo el estudio del derecho. Realizar un estudio epistemológico del derecho, desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia, encaminado hacia la problemática del saber jurídico, utilizando como mecanismo la actitud reflexiva y crítica, del propio derecho.

A pesar de que "la ciencia es lo que conocemos y la filosofía es lo que no conocemos" (Pattaro, 1980, p. 48), el positivismo moderno procura realizar el abordaje del derecho desde una perspectiva más descriptiva que ideología, al contrario del positivismo clásico, forma de considerar al derecho, que a pesar de lo cambiante que ha sido el mismo sigue fincando sus pautas en la afirmación: "es legítimo y necesario definir el concepto del Derecho tomando en cuenta solo sus caracteres descriptibles y con entera independencia de cualquier elemento valorativo" (Dorado Porras, 2004, p. 37).

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Aunque no se puede dejar a un lado que la filosofía actualmente no puede vivir de espaldas al conocimiento científico, y mucho menos tratar de condicionarlo en un intento insignificante de conservar un espacio privilegiado o protegido, postura que han intentado algunos filósofos postmodernos observar con sus críticas desproporcionadas a la racionalidad y objetividad de la ciencia. La filosofía no debe estar divorciada de la ciencia en la actualidad, ya que esta permite comprender cómo son las cosas, no cómo parecen o se desea que fueran, lo cual la hace a largo plazo, más inmune a preconcepciones erróneas o falsas.

El positivismo jurídico en ninguna de sus etapas puede considerarse como concluido o definitivo, pues no se habla de un catálogo de normas caídas del cielo, que por lo tanto han de ser acatadas ciega e inflexiblemente, sino se está frente a una posición filosófica ante los problemas más relevantes del pensamiento humano, la moralidad y el conocimiento. Sin embargo, el punto focal de esta teoría es que la ciencia es el único criterio verdadero, y en todo caso será la ciencia el medio de tasar lo que es de lo que no es, lo que existe y lo que no existe, procurando de esta suerte lograr las respuestas correctas a las preguntas planteadas.

A esto habrá de aunarle que la Edad media se encontró permeada de religiosidad, a tal grado que no existía una sola actividad que tuviera lugar fuera de ella, de donde surgió el positivismo moderno con una orientación radicalmente antimedieval, en la cual no podía darse cabida ni legitimarse a ninguna cuestión de origen religioso. Esto se apoyó en el pensamiento de que, si la ciencia es el único conocimiento válido, solamente los hechos empíricos pueden ser objeto del conocimiento. Por ello se dice que el positivismo jurídico se finca en la idea de que es imposible que exista cualquier otro

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

conocimiento que no sea el conocimiento originado de hechos empíricos observables y por eso niega la existencia de fuerzas metafísicas creadoras de acontecimientos trascendentes o del derecho.

En este orden de ideas, comienzan autores como Kelsen a considerar que, en todo caso, debe considerarse al positivismo jurídico como aquella teoría del derecho que percibe o admite como su exclusivo objeto de estudio al derecho positivo, por lo tanto, no acepta ni concibe ningún derecho, cualquiera que fuera su orden normativo, si tuviera otro origen, aún que este ostentara ese nombre, tal es el caso del derecho natural. Por ello postula que el objeto de la argumentación de la ciencia jurídica es la norma positiva, como base fundamental de la ciencia del derecho; así como que también la función de esta ciencia se refiere a la descripción de las relaciones funcionales existentes entre las normas positivas; y por último, se descarta rotundamente toda existencia normativa que no tenga su origen en el derecho positivo.

La identificación del vocablo derecho directamente con el derecho positivo, la diferenciación entre el derecho que es y el que debería ser, la división pertinente entre derecho y moral, y la disconformidad entre el valor del derecho y la validez jurídica; son las principales posturas que esta orientación moderna del positivismo jurídico postula, procurando realizar una exposición de la evolución que ha sufrido el positivismo como una teoría del derecho, desde una postura descriptiva y alejada de los postulados ideológicos que caracterizan al positivismo clásico.

1.4.1. Postura kelseniana del positivismo jurídico

Hans Kelsen nació el 11 de octubre de 1881, en Praga; su inclinación hacia la literatura

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

y posteriormente a la filosofía lo llevaron a encaminar sus estudios jurídicos a aspectos prácticos relacionados con su futuro profesional, pues los orientaba a ser abogado y posteriormente juez; estudios que lo llevaron a confrontarse con la decepción de encontrarse con un derecho disperso, formado por varias ramas jurídicas aisladas; realidad que fuera el principio de la creación de su teoría kelseniana y que lo obligara a dirigir sus esfuerzos a convertirse en un escritor, llevando a escribir la teoría del Estado en Dante Alighieri y su teoría pura del derecho.

Esta segunda obra tan importante se llevó a cabo en un ambiente social y cultural muy particular, desarrollado en Viena, entonces capital del imperio austrohúngaro, ciudad en donde la brillantez de las aportaciones de grandes e ilustres estudiosos en diversas materias tuvieron lugar, como Freud, Verdross, Kraus, Wagner, entre otros. Kelsen (2009) refleja precisamente el estado propio, típico de su época, por ello procura liberar a la ciencia jurídica de elementos ajenos, ideológicos, políticos, éticos y sociológicos, que solamente le restarían fluidez. De aquí que sostenga, acerca de la teoría pura del derecho que:

> Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. (p. 19)

Kelsen es uno de los exponentes más reconocidos del positivismo jurídico, y quien se considera ha llevado al extremo la postura positivista, formando y presentando un

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

concepto autónomo de derecho. Autonomía que se deriva de la concepción normativa del derecho, de la cual se deriva la idea de que toda norma pertenece a un sistema jurídico, en donde mantiene un orden jerárquicamente determinado, ocupando el lugar superior o inferior que le corresponde. Considerando que la única norma que no encontrará su criterio de validez en otra, será la denominada norma superior o fundamental, la cual por lo mismo deberá ser determinada o creada como tal.

Se procura con esta concepción del derecho mantener la pureza del sistema jurídico; lo cual para Belloso no logró su finalidad plenamente, pues en último caso, sostiene que "condujo a una contradicción evidente, pues ese positivismo llevo a vincular al derecho, no a un hecho positivo, sino a una hipótesis" (Belloso, 2006, p. 793). Esta opinión, que no deja del todo ser aceptable, se afinca en que el concepto de derecho no puede considerarse en forma independiente de la moral, ni mucho menos de la política; por ello fue que Kelsen presentó además una división del poder jurídico frente al propio poder fáctico.

Ese poder normativo, que posee la capacidad de crear normas legales, únicamente consigue la autoridad que lo reviste, como se mencionó anteriormente de una norma jurídica previa, que además lo regula. De esta forma "el derecho no es contaminado con la política en la medida en que no es producido por un simple poder, sino por un poder constituido y fundamentado por el propio derecho" (Barzotto, 1999, p. 22).

Ahora bien, la noción de norma no es el continente de la definición de derecho, sino más bien se trata de todo un sistema de normas; esto debido a que la sola existencia de una norma, no la determina como jurídica, pues al satisfacer otros criterios puede

que no cumpla con los estandarizados por el sistema propiamente dicho. Lo que en realidad va a definir el criterio de validez de esa norma jurídica va a ser la juricidad de la que esta revestida la misma. Quiere decir que las normas se encuentras sometidas a un sistema de autorización que posee un carácter netamente dinámico, por pertenecer a una sociedad que ostenta la misma naturaleza y que le es imposible mantenerse estática, por lo mismo a aquel de igual forma.

De este pensamiento es que se comienza a visualizar el boceto de la famosa pirámide de Kelsen (2009) pues se habla de que una norma forma parte de un ordenamiento jurídico puesto que deviene en ser producto de la autorización de otra norma superior. Por ello se considera que el modelo de la concepción del derecho presentado por este pensador se encuentra fincado en las relaciones de validez que tienden a partir de una norma superior.

> Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden. (p. 111)

La postura de Kelsen encuentra una dificultad suscitada en la descripción que realiza de la relación entre el concepto de validez y de eficacia. Pues la primera se encuentra conceptualizada de una manera dinámica, bajo criterios formales de producción, lo cual

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

la lleva a ser una forma de producción de la norma estableciendo así mismo su juricidad. Ahora bien, visualizada esta norma desde la perspectiva de su aplicación judicial, en donde no se cumplen con los criterios de validez fijados por Kelsen, este autor parece disminuir su concepto esencial de validez a un concepto anterior, que depende de la eficacia.

Por otra parte, también es importante considerar que la forma en que el autor legítima la concepción del derecho únicamente de arriba hacia abajo, provoca la existencia de un sistema y ordenamiento jurídico completo, que sea creado a partir de la norma superior o fundamental, rectora de todo el sistema. Criterio alejado por completo de la ideación de que la producción del derecho es un proceso que posee una base social, la cual provoca la institucionalización del derecho de abajo hacia arriba, que además crea una teoría libre de influencias basadas en la moral, la política, la economía, la historia y la sociología, entre otras.

1.4.2. Pensamiento hartiano dentro del positivismo jurídico

Herbert Lionel Adolphus Hart, filósofo del derecho nacido en 1907 en Inglaterra, uno de los más importantes desarrolladores de la jurisprudencia analítica, como corriente del positivismo, dentro de la cual se hace un énfasis preponderante sobre la importancia del lenguaje como elemento fundamental de la comprensión del derecho. Al igual que Kelsen, posee una riqueza inmensa en cuanto a sus aportes dentro de la filosofía del derecho, y de este mismo, por ello resulta una tarea titánica procurar sintetizar en pocas líneas el frondoso pensamiento de Hart y sus aportaciones dentro del positivismo jurídico.

Hart, en su libro *El concepto del Derecho* (1963), inicia su orientación al realizar una reconstrucción de la teoría, en virtud de la cual muestra al derecho como un conjunto de ordenes generales que se encuentran amparadas por las amenazas emitidas por un soberano, en donde imperan dos características primordiales, la independencia y la supremacía. Es a partir de allí que se le ubica dentro de la corriente del positivismo jurídico, desde la perspectiva de que esta es una corriente o escuela filosófica que descansa sobre la base de que el único conocimiento auténtico es el conocimiento científico y que el mismo solamente podrá surgir de la afirmación positiva de las teorías que se alcanzan mediante la utilización del método científico.

Desde esta perspectiva, se cree oportuno comenzar por realizar una delimitación del problema que este se plantea y todo el contexto que además presenta, así como las motivaciones de cualquier índole, ya sea política, moral, histórica, entre otras, que evidencian las razones precisas de la elección de esos problemas por el autor y de esta forma proporcionar un estudio intelectual de la particular teoría hartiana.

Hart, habiendo sido catedrático de la Universidad de Oxford, presenta como fruto de los años de trabajo su obra principal, aunque al parecer una de las más importantes influencias del pensador se encontró afincada en la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, en donde la marcada derrota del régimen totalitario nacionalista, condujo a un sinfín de conflictos jurídicos, tanto prácticos como teóricos; que principalmente tuvieron lugar al llevar a término los juicios de la postguerra, mismos que exigían una justificación moral, lo que propicio de cierta forma un resurgimiento del iusnaturalismo y promovió el ataque desde todos los flancos del positivismo jurídico.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Mediante las teorías planteadas por Hart, el positivismo jurídico logra adquirir una perspectiva renovada, pues él busca con ellas, dilucidar la problemática de la eficacia en la postura positivista. Este autor partía de la norma básica, conocida como la regla del reconocimiento, que es una práctica compleja que se encuentra dirigida a identificar el derecho con referencia a ciertos criterios, mismos que permiten a su vez una postura idéntica de la norma como válida dentro de un determinado sistema jurídico. Se deja a un lado la existencia de una naturaleza metafísica, y se traslada entonces, a poseer una fáctica, pues será así que ahora dependerá del reconocimiento de todos los actores que participan dentro del referido sistema jurídico.

En la doctrina hartiana, se realiza la "afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así" (Hart, 1963, p. 30). Esto lo hace posándose en la controversia que surge entre el derecho natural y el positivismo jurídico, refiriéndose a este último dentro de esos términos; procurando hacer un énfasis en las formas que precisamente el derecho natural procura desvirtuar los postulados del positivismo; lo cual se considera totalmente imposible; puesto que según este autor "la existencia de un sistema jurídico implica las actitudes y la conducta que van involucradas en la aceptación voluntaria de reglas, y también las actitudes y conductas, más simples, involucradas en la mera obediencia o aquiescencia" (Hart, 1963, p. 249).

La característica más relevante del estudio analítico de este autor estriba, como señala Carrió (1962), en:

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> La posibilidad de una mejor comprensión del papel múltiple que en la vida social cumplen los términos y expresiones del derecho, y de una inteligencia más clara de las relaciones que exhiben los fenómenos a que se alude con las palabras derecho, coacción y moral. (p. 15)

Aspectos que fueron ampliamente criticados a pesar de que Hart, como lo indica Carrió (1962), continuamente se expresó sosteniendo que existía:

> Un estancamiento prematuro, motivado en parte por el hecho de que la atención de los juristas se había dejado absorber por el cúmulo de problemas que surgen de la necesidad de tomar decisiones razonables en los numerosos casos en que las reglas no determinan las soluciones. (p. 16)

Es a raíz de las referidas críticas y de ese estancamiento prematuro que Hart plantea una teoría del derecho en la cual destaca las disconformidades entre las normas que construyen el sistema jurídico. En todo caso, serían las dirigidas a los ciudadanos las normas primarias cuya función descansa en el crear obligaciones y otorgar derechos, ya que fijan conductas y establecen la prohibición de ciertas actuaciones o acciones, y las normas dirigidas a los operadores del sistema de justicia las normas secundarias.

Debido a la división de estas dos clases de reglas, Hart logra la introducción de un gran progreso en el análisis del derecho, sobre todo en cuanto a que el entendimiento del proceso de interpretación es elemental en la definición del derecho, dentro de la cual consideraba que "el derecho de todo estado moderno muestra en mil puntos la influencia tanto de la moral social aceptada como de ideales morales más amplios" (Hart, 1963, p. 251), aspectos que se consideran influencias que irrumpen dentro del

derecho en forma intrincada y manifiesta a través de la vía legislativa; o también de manera reservada y gradualmente mediante el proceso judicial.

La teoría de Hart analiza el derecho como hecho social, en donde él considera que la validez de una norma primaria se encuentra establecida por las reglas secundarias, y en última instancia, por la regla de reconocimiento, antes mencionada, y que prácticamente surgiera a la vida desde el momento en que tiene lugar la aplicación práctica de las normas secundarias, otorgándole así a su existencia un carácter de hecho.

Este reconocimiento que hace del derecho es la que otorga la posibilidad de que aun la regla de reconocimiento pueda ser alterada a través de la aplicación judicial, lo cual a su vez permite una teoría mucho más conforme a la realidad del derecho moderno. Es importante resaltar que a pesar de ello existe una preocupación latente en la postura de Hart en cuanto a la estructura abierta de las normas, no importando la clase de estas; sobre todo en cuanto a lo relativo al lenguaje, el cual ostenta un rol fundamental en la definición del contenido del derecho.

1.5. Positivismo jurídico contemporáneo

Para abordar el positivismo jurídico contemporáneo se considera oportuno incursionar en el pensamiento de León Duguit, quien es representante de la cúspide espiritual del positivismo francés, pues él hizo posible el traslado de las enseñanzas filosóficas de Comte, Spencer y Dukheim hacia el derecho, en virtud de lo cual se pasea en el afán del exterminio del subjetivismo jurídico y abre paso al racionalismo dogmático;

permitiendo de tal suerte que sean disueltas múltiples y variadas concepciones que hoy en día solamente quedan como base de algunas corrientes filosóficas.

En la obra de Duguit se puede observar el reconocimiento concorde y franco de un pensamiento enérgico y osado, aun para sus más duros críticos. Esto principalmente se debe por la enorme coherencia en sus afirmaciones y conceptos que resultan de un valor incalculable. Al respecto Martínez Paz (1940) se manifiesta señalando:

> (...) cuya vasta obra y cuya incesante transformación hacen insegura la clasificación. Si hemos de atender a sus constantes protestas contra toda metafísica jurídica a su ·propósito de buscar en un fenómeno natural la solidaridad, la fuente originaria del derecho, de la que surgen en las relaciones de la vida social las normas jurídicas, no vacilaríamos en colocarlo entre los realistas; pero no ha de olvidarse que su positivismo lo lleva a reconocer que no hay más realidad que la conciencia individual y a que el derecho se funda en el sentimiento de justicia, elementos subjetivos que comprometen la unidad de su positivismo y lo empujan hacia una especie de idealismo absoluto. (p. 66)

La doctrina de Duguit, afianzada en el pensamiento filosófico del positivismo jurídico, abandona los francos caminos del espíritu, basa el proceso de su pensamiento en la descripción de la materia, que gracias a la filosofía se sintetiza, siendo la comprensión de la realidad sensible la exclusiva preocupación del análisis que contiene la obra de este pensador, quien considera a la metafísica como una enemiga monstruosa del hombre y de la sociedad, pues fue a partir de las concepciones derivadas de ella que tuvo lugar el subjetivismo jurídico, a partir del cual prácticamente se promueve una

discordia entre la soberanía y el bienestar del individuo, siendo este último prácticamente exterminado por aquella.

Duguit considera que culpa a la metafísica es que el hombre comenzó a rendir culto a entidades que jamás podría comprobar como el alma en la psicología; por lo tanto creo al derecho como una esencia del hombre que no podía ser sujeto a la más mínima reducción. Con base en ello hace una mancuerna con el pensamiento de Comte, bajo la cual sigue la división clásica de la historia, a raíz de la cual ubica a la humanidad, debido al progreso que esta ha observado desde la perspectiva de la experimentación científica que se basa en la renuncia absoluta de la valoración del universo y en la unificación objetiva del conocimiento. En donde "la noción, de lo justo y de lo injusto es infinitamente variable, y cambiante, pero el sentimiento de lo justo y de lo injusto es un elemento permanente de la naturaleza humana" (Martínez Paz, 1940, p. 314).

Se minimiza al extremo, entonces el pensamiento de Comte, para quien el fenómeno jurídico se centra en una noción de carácter metafísico, surgiendo de esta forma el concepto del derecho subjetivo, mismo que casi es imposible sostener dentro de un ambiente científico, pues el reconocimiento de ellos lleva implícita la existencia de algunas voluntades superiores a otras. En todo caso se asevera que, al referirse al poder público, por ejemplo, como un derecho subjetivo, se carece totalmente de significación o sentido, pues en todo caso se estaría sosteniendo que ciertas voluntades se encuentran en un grado de superioridad en comparación a otras, lo cual solamente puede lograrse a través de la concepción de un ser o voluntad sobrenatural, una fuente sobrenatural de la cual emana el poder.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

De aquí que este sostenga en cuanto al derecho subjetivo que este solamente tiene validez bajo la idea de que proviene de un poder sobrenatural, lo cual es totalmente imposible de demostrar, así como de intentar sostener en estado positivizado dentro del cual se desarrolla la sociedad actual.

Otro autor que influyó en Duguit, es Durkheim quien, siendo un sociólogo francés, propugnaba que la colectividad social posee un carácter netamente objetivo, pues se encuentra fincada en una realidad estructurada estrictamente en un proceso de sintonización psicológica, cuyo alcance y dominio sobre el ser humano descansa en la fuerza que ese proceso conlleva en sí mismo. Por lógica, se debe tener en cuenta que el fenómeno social no es perceptible a los sentidos, como sucede con los fenómenos físicos; aunque no puede dejarse de considerar que el hecho objetivo social puede ser sujeto a observación y comprobación por otros medios, sobre todo los derivados de ciertos efectos.

Desde esta perspectiva el derecho, partiendo de que se le considera una forma simbólica del ser colectivo, es una realidad objetiva, hasta cierto punto empírico, por lo tanto se le identifica con el mismo método que al fenómeno natural. Para sostener esto, Duguit rige su pensamiento a partir de la solidaridad como un hecho observable, y que tiene como principal manifestación el derecho, así como la concepción de que el fenómeno social, sin importar su clase, no debe ni pueden explicarse mediante la observación de principios abstractos, sino ser analizados en sí mismos tanto como por sí mismos.

Con base en estos pensamientos es que se dice que Duguit se afinca en el método positivo, por lo tanto es uno de los grandes expositores de la corriente del positivismo jurídico contemporáneo, al sostener que "Para que el derecho cumpla su misión, es preciso que quede fijado en un precepto claro, que en ningún caso es la traducción de una situación real sino una interpretación, una apreciación de la vida social" (Martínez Paz, 1940, p. 267).

1.5.1. Relación de la moral y el derecho según la perspectiva del positivismo jurídico

El positivismo jurídico actualmente ha procurado dar respuesta a las contundentes objeciones que han surgido sobre todo de aquellos que hacen distinciones entre el positivismo simple, con el excluyente o el incluyente, "sofisticando de tal manera sus argumentos que en ocasiones no permiten distinguirlos de los propios antipositivistas" (Waluchow, 2007, p. 15).

La corriente que sostiene que es una incoherencia incluir a la moral dentro de un sistema jurídico es el positivismo excluyente, o como lo señala Raz (1985) al decir que "conceptualmente es incoherente incluir o hacer referencia a la moral en la regla de reconocimiento de un sistema jurídico" (p. 55). Esto en otras palabras, lo que significa es que la existencia y el contenido del derecho en ningún momento pueden encontrarse sujetos a criterios de moralidad o a juicios morales, sino más bien estos penderán en todo momento de los hechos sociales propiamente dichos. Más bien este estudioso hace una distinción clara entre "un razonamiento para establecer el contenido del derecho y un razonamiento con arreglo al derecho" (Raz, 2001, p. 348).

Desde esta perspectiva debe enfatizarse que no existe lugar para la evaluación moral cuando se habla de las fuentes del derecho, sin embargo no faltará quien pueda concluir que este razonamiento es la puerta de ingreso hacia la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales para que en sus resoluciones decidan según consideraciones morales, cuando se dice que existe un razonamiento para establecer el contenido del derecho; todo lo contrario ocurre cuando se habla de la existencia de un razonamiento con arreglo al derecho, el cual tiene lugar cuando el órgano jurisdiccional representado por el juez, tiene discrecionalidad para alejarse de las normas jurídicas identificadas según sus fuentes y aplicar en su caso razones morales.

Ahora bien el positivismo simple ve en esta última concreción una violación o trasgresión a las normas, aunque "el positivismo excluyente debe visualizarse como una excepción introducida y avalada a partir del mismo derecho" (Bayon, 2002, p. 61). Al contrario, el positivismo incluyente admite que "la regla de reconocimiento de un sistema jurídico pueda incluir estándares morales sin incurrir en inconsistencia o contradicción" (Rodenas, 2003, p. 445).

Quiere decir entonces, que el positivismo incluyente concede un aforo a las apreciaciones morales; por lo tanto, y en igual forma, este positivismo considera que la moral dentro de la política surge como un medio de evaluación y justificación de las diversas instituciones sociales, lo que de alguna manera permite que se logre la determinación tanto de la existencia, así como del contenido del derecho.

Todas estas cuestiones se abordarán más detalladamente cuando se desarrollen cada una de las posturas mencionadas, sin embargo por último es importante mencionar que

"al admitir la moral en la determinación del derecho, el positivismo jurídico corre el riesgo de confundirse con la teoría del derecho natural" (Waluchow, 2007, p. 47), aunque es una línea bastante delgada por dónde camina el positivismo incluyente pues este del todo no acepta que el derecho tenga una existencia únicamente en base a su valor moral.

1.5.2. Postura sobre la concepción epistémica del concepto de Derecho de Dworkin

Este autor aporta a la filosofía del derecho cuatro importantes conceptos de derecho. Uno de ellos, considerado por el mismo Dworkin (2006) como fundamental, es el concepto doctrinal, el cual según este, es utilizado cuando se hacen proposiciones jurídicas, como por ejemplo cuando se indica que el derecho guatemalteco tutela los derechos constitucionales a través del recurso de amparo. Esta proporción jurídica se encontrará en cierta forma sujeta a ciertas condiciones, lo que le da un carácter controvertido. Sin embargo, no puede dejarse a un lado el hecho de que, generalmente, las diversas proposiciones jurídicas se encuentran casi exclusivamente en las manos del Legislativo, pero también en los precedentes judiciales, así como en los principios morales, tal y como lo sostiene Dworkin.

Seguidamente, este estudioso presenta otro concepto de derecho, el cual es el concepto sociológico, con este hace referencia a una estructura social en particular, la cual tiene un carácter institucional. A esta concepción del derecho es a la que se hace referencia cuando se dice que el derecho de trabajo busca equilibrar la desigualdad

entre el capital y la mano de obra, como argumenta Dworkin (1986) señalando que "los romanos desarrollaron una sofisticada y compleja forma de derecho" (p. 223).

Este autor presenta, además, un concepto taxonómico de derecho. En este sentido se distinguen aquellas normas que integran los distintos sistemas jurídicos de otras como lo pueden ser las normas morales, éticas, matemáticas, entre otras, que no son parte del derecho mismo, aunque en algún caso se encuentran de alguna manera relacionadas, o presentan las condiciones de verdad de ciertas proposiciones jurídicas.

Esto se puede observar en aquellas normas que establecen de cierta forma una medida o cantidad específica dentro de sí misma, como supuesto necesario para su existencia. Por ejemplo, y a pesar de que nadie creería que el Sistema Métrico Decimal es parte del derecho, se deberá hacer uso de las normas del Sistema Internacional de Unidades, basado en dicho sistema, para establecer lo que señala el Artículo 52 de la Ley Forestal en su último párrafo cuando indica que "Para aprovechamientos forestales menores de cien metros cúbicos por año, no será necesario un Regente Forestal".

El último concepto que Dworkin presenta, es el concepto aspiracional del derecho, el cual sostiene que el derecho obedece a los estándares del Estado de Derecho o como lo denominara el autor "la rule of law" (Dworkin, 2006, p. 387). A pesar de que en muchas ocasiones esto no es realmente de esta forma. A pesar de que este pensador presenta los cuatro anteriores conceptos de derecho, no deja afuera la opción de que "podría tratarse de un solo concepto de derecho que es utilizado en diversas situaciones" (Dworkin, 2006, p. 263). Pero en todo caso sostiene que dichos conceptos se mantienen plenamente interrelacionados entre sí y rechaza absolutamente el

pensamiento que considera que se trata de realidades completamente separadas y diferentes.

Algunos autores, respecto de estas consideraciones de Dworkin, señalan que "los conceptos doctrinal y sociológico de derecho están interconectados es un understatement." (Gardener, 2012, p. 270). Dicho de otra forma, se encuentran ligados como una atenuación los conceptos sociológico y doctrinal, debido a que debe tenerse al derecho como una práctica social compuesta de un determinado contenido de la razón.

Ahora bien, en cuanto al concepto taxonómico, que hace referencia del uso de otras reglas como se explicó anteriormente, a pesar de que es en cierta forma apoyado por Raz, este se refiere al mismo de una forma que no es puramente taxonómico, sino más bien doctrinal; a este respecto este autor sostiene que "las normas jurídicas que remiten a otras normas pretenden hacer posible orientar el comportamiento del juez" (Raz, 2004, p. 101).

Es partiendo de esta idea que se sostiene que Raz parte de un concepto doctrinal del derecho, por lo que no acepta del todo el concepto taxonómico; esto bajo la premisa de que un juez siempre se encuentra sometido a las normas morales, las cuales deberá tomar de alguna manera en cuenta al momento de dictar una sentencia. Por último, debe señalarse en cuanto al concepto aspiracional del derecho que este más bien tiende a ser un concepto fincado en la idea del derecho ideal. En todo caso es pertinente concluir que solamente se habla de un concepto, el cual en último caso se encuentra conformado por varias manifestaciones y que por lo tanto favorece el hecho

de su división, no obstante no se trata de puntos totalmente controvertidos componentes de lo que es el derecho en realidad.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Esta división del concepto de derecho se tornó una crítica abierta sobre la concepción de Hart, sobre todo en lo relativo a observar otras pautas o normas a parte de las puramente jurídicas, la cual fue apoyada por la consideración de que el derecho no se encuentra únicamente constituido por reglas o normas, sino también se encuentra formado por principios, conforme de lo cual se erige una de las críticas que este autor hace sobre los razonamientos de Hart, en virtud que se habla que el juez goza de una discrecionalidad, pues en todo caso no existe una regla para considerar esto.

1.6. El positivismo jurídico incluyente, ético y excluyente

Desde que tuviera lugar la obra de Dworkin (2002) denominada *Los derechos en serio*, a partir de Hart (1988) quien en su obra *La ley en la perspectiva de la filosofía* reconociera que tenía lugar el final la hegemonía juspositivista, que por dos siglos se había posicionado a partir de los pensamientos que Bentham (1973) propusiera en su obra *Fragmentos sobre el Gobierno*. Esto solamente era la muestra de la crisis que se presentaba en el positivismo jurídico, que conllevaba el debilitamiento de sus postulados; los cuales surgían de las diversas corrientes que apoyaban unas al positivismo incluyente, otras al positivismo excluyente y en su caso las restantes al positivismo normativo o ético.

En este contexto es imperante mencionar que fue precisamente con Hart de donde partió esa aparición de variedades del positivismo, tal y como lo presenta Arena (2014) al señalar que "es una línea de discusión que se inicia a partir del presunto giro

convencionalista que habría dado Hart en las notas publicadas en 1994 como Postscript, en la segunda edición de El concepto de derecho" (p. 20). Se habla entonces de esas tres posiciones en torno de las cuales se desarrolla el positivismo jurídico contemporáneo, en donde el positivismo incluyente sostiene que no se necesita, pero sí es posible, que el derecho dependa de la adecuación a la moral, por lo tanto se erigió "la teoría de las fuentes de validez" (Coleman, 2006, p. 193); en contraposición Raz, el más importante representante del positivismo excluyente, citado por Villajosana, citado a su vez por Alzamora Muñoz (2015), sostenía que "La determinación de aquello que el derecho es no depende de su adecuación a la moral crítica" (p. 36).

Por último, se encuentra el positivismo ético o normativo, el cual propugna que el entendimiento del derecho no ha de estar sujeto a la adecuación de este a la moral; uno de sus exponentes es Campbell (1996) quien más bien a esta corriente la considera una teoría moral sobre el ejercicio del poder político, desde la perspectiva de sus actividades de control y coordinación que realiza sobre la sociedad. Sin embargo, para comprender mejor cada una de las posturas es necesario conocer más de cada una de ellas, por ello se tratan en forma individual a continuación.

1.6.1. Positivismo jurídico incluyente

Uno de los principales estudiosos que han aportado enormes contribuciones a la filosofía del derecho es Wilfrid Waluchow, de hecho podría osarse señalar que ha sido uno de los más grandes pensadores del reciente decalustro; este teórico no concuerda con las críticas que Dworkin hiciera de la postura de Hart, y lo hace desarrollando lo

que ha solido denominarse como positivismo incluyente. Esta corriente propugna el hecho de que "la coherencia del derecho con las normas morales puede llegar a presentarse como una condición de validez en algunos ordenamientos jurídicos" (Waluchow, 2007, s. p.).

Cómo bien es sabido ya, Hart (1988) delineó una nueva era en la historia del positivismo, preconizando la conocida tesis de la separación, a la cual le añadiría también la tesis social del positivismo jurídico, la cual no indica más que el derecho en cuanto a su existencia y contenido únicamente se encuentra determinado por los hechos sociales, visto así sería una creación humana generadora.

En contraposición a este pensamiento surge la postura de Dworkin, quien realiza severas críticas sobre las teorías de Hart, quien en principio considera que el "modelo hartaniano no puede explicar el rol que los principios juegan en el razonamiento jurídico" (Dworkin, 1986, p. 288). Para este último los principios no son más que el conjunto de normas morales que son utilizadas para resolver casos y que toman como parte del derecho los jueces en el ejercicio de sus funciones. Este criterio fundamenta su rechazo de las tesis de la separación y del hecho social, pues considera que "la validez de las normas es determinada por los principios morales que presentan a las doctrinas y prácticas jurídicas en su mejor luz" (Dworkin, 1986, p. 293).

En este orden de ideas, Waluchow, entre muchos estudiosos, se presenta como el más importante ponente del positivismo jurídico incluyente, ya que sostiene entre sus posiciones la que sustenta que algunos sistemas jurídicos pueden y han de incluir consideraciones morales entre los criterios de validez establecidos dentro de la regla

del reconocimiento; este a su vez defiende la tesis de la separación débil, en la cual "la moral puede hacer parte de los criterios de validez establecidos en la regla de reconocimiento, pero ello no ocurre en todos los casos" (Waluchow, 1989, p. 23). Quiere decir entonces, que esta postura propugna que para que conceptualmente sea posible, aunque no es indispensable, que una regla de reconocimiento incluya a criterios morales para la valides de dicha norma.

Según Waluchow, una regla de reconocimiento puede llegar a ser tan simple como cualquier códice antiguo, pero así mismo debe partirse de la concepción de que no hay nada dentro de la tesis del positivismo que prohíba la consideración de las pautas morales para la validez del derecho. Por ello las reglas de reconocimiento pueden integrar a ellos fundamentos morales como la igualdad. Lo cual a su parecer, es lo que constantemente puede observarse en las constituciones contemporáneas de orden liberal, en donde los criterios de moralidad y legalidad avanzan paralelamente, pero en ningún momento se llegan a mezclar o confundir, como lo proponía Dworkin; más bien existe una cierta relación accesoria y aleatoria en la manifestación que poseen frente a la regla del conocimiento.

Quiere decir que el positivismo jurídico incluyente sí acepta la postura de Dworkin en cuanto el rol que tiene la moral dentro de los sistemas jurídicos; sin embargo, la presenta de una manera más adecuada, mostrándola como una enunciación institucional apropiada, la cual es coherente con las tesis fundamentales planteadas dentro del positivismo jurídico. Por ello, el mismo autor considera que su positivismo incluyente representa una mejor opción en cuanto a describir los sistemas jurídicos

contemporáneos, que poseen el reconocimiento como derechos de varias pautas morales como la igualdad, la libertad y hasta el debido proceso.

Dentro de la misma corriente del positivismo incluyente se manifiesta Coleman, quien si bien es cierto de igual forma que Waluchow defiende esta postura, no está de acuerdo con este toda vez que considera que "si bien es cierto que sea la mejor descripción de los sistema jurídicos, la cuestión es conceptual y no una que se resuelva al proporcionar la mejor descripción de la práctica" (Coleman, 2001, p. 294). Este autor además considera que si es pertinente conceptualmente que las pautas morales funjan como condiciones de validez; o sea, considerar que una norma jurídica será válida solamente en cuanto reproduzca el contenido de una pauta moral incorporada en ella. De esta suerte, que su postura la denominó incorporacionismo, pues propugnaba que la moral se incorporaba a las pautas de validez.

Otro autor que necesariamente debe mencionarse en cuanto al positivismo incluyente es Kramer, quien presenta la defensa del positivismo incluyente, siguiendo de alguna manera el incorporacionismo de Coleman, con la variante definida por la concepción de que "los criterios de moralidad operan como una condición necesaria en la mayor parte de los casos" (Kramer, 2004, p. 263). O sea, este autor consideraba, entre otras cosas, que las pautas de la moral juegan un papel condicionante y necesario para la validez de la norma en la mayoría de los casos.

1.6.2. Positivismo jurídico ético

Como uno de los principales expositores del positivismo ético se presenta Campbell (1998), quien citando a Coleman señala:

> El positivismo ético presupone el positivismo blando, sosteniendo que un sistema jurídico, con propiedad conceptual, puede incorporar o no la moral dentro de su regla de reconocimiento, pero esta pretensión es secundaria con respecto a su opinión fundamental de que un sistema jurídico no debe incluir criterios morales en la lista autoritativa de las fuentes del derecho. Esta es una forma prescriptiva, no analítica ni descriptiva, de positivismo jurídico duro o excluyente. (p. 309)

Esta tesis en esencia sostiene la idea de que el derecho puede ser conceptual y operacionalmente separado de la moral; este positivismo no realiza proposiciones empíricas sobre la existencia de una separación autentica del derecho y la moral, más allá del hecho de que es posible en la práctica que tenga lugar cierto grado de separación entre ambos y la actividad jurídica de quien tienen a su cargo la aplicación de las normas jurídicas.

En todo caso, para Campbell (1998):

> Los sistemas jurídicos pueden incorporar contenidos morales de una manera formal. No forma parte del positivismo ético el hacer afirmaciones empíricas sobre la separación real entre el derecho y la moral con respecto, bien a los contenidos del derecho ordinario y la regla de conocimiento, o bien a las funciones sociales del Derecho y la moral, más allá de que es factible en la práctica alcanzar un grado de separación entre la moral y las actividades jurídicas de aquellos encargados de la implementación de las reglas jurídicas. (p. 310)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Ahora bien, no debe caerse en la confusión de considerarlo un positivismo formalista, pues si en todo caso se habla de un positivismo que posea esta orientación será con la que propuso Hart, solamente con la eliminación de algunas cosas en la determinación del derecho. Pues no puede obviarse que el positivismo jurídico se ha comprometido desde sus inicios a comprobar la relación existente entre el derecho y la moral, desde la perspectiva de que estos son subsistemas sociales, derivado de dos aspectos su contenido y su forma.

"La obligación jurídica como un subconjunto de obligaciones sociales, afirman las significativas conexiones empíricas entre Derecho y moral como fenómenos sociales" (Hart, 2007, p. 20). Esto hace pensar que se debe considerar al positivismo ético como una teoría que se extiende más allá de la tesis de la separabilidad, sosteniendo de tal suerte que no solamente puede, sino que se debe hacer una franca separación entre el derecho y la moral, dentro de la práctica del derecho pues, en todo caso, el simple hecho de excluir pautas morales, como lo propugna el positivismo excluyente, no quiere decir que no se pueda hacer ninguna referencia en cuanto a las creencias morales de todos los miembros de determinada sociedad.

En lo que respecta al positivismo ético, se considera que lo que ha de ser excluido de una regla del reconocimiento, más bien debe ser el lenguaje, mismo que pide que se realice desde la perspectiva de un juicio moral antes que dicha regla aporte bastante contenido para orientar una conducta concreta.

Es por ello que los estudiosos sostienen que el positivismo ético no es una tesis conceptual, que busca el significado del derecho; y que tampoco es una tesis empírica

con relación a la separación precisa entre derecho y moral en el proceso jurídico. El positivismo ético es una crítica, más que la sola calificación de lo que los jueces hacen o dejan de hacer; por lo tanto, en el mismo orden jurisdiccional este positivismo es incentivado por los órganos jurisdiccionales en cuanto a la evidencia de prejuicios sistemáticos que aquellos observan.

Será importante mencionar, según Campbell (1998), que uno de los problemas más importantes que tiene el positivismo ético es:

> (...) la asunción de que el positivismo jurídico no puede permitir que ninguna valoración del derecho entre en la sustancia de la teoría sin contradecir su premisa distintiva relativa a distinción entre el derecho y la moral e incurriendo en una forma de iusnaturalismo. (p. 315)

Este más bien es un problema que tiene un origen en la psicología y no en la filosofía, y se puede disipar con la sola concreción de que, toda vez se hace una distinción entre las diferentes posturas que nutren el positivismo, no existen inconsistencias al momento de analizarse cada uno en lo particular.

1.6.3. Positivismo jurídico excluyente

Uno de los exponentes más importantes de esta teoría es Raz (1980) para quien, si bien es cierto que existen muchas controversias acerca de la naturaleza y del carácter del derecho, también es valedero aceptar que un sistema de normas no es un orden jurídico a menos que:

a. Instaure instituciones judiciales que solucionen las controversias surgidas por la aplicación de las disposiciones de dicho orden;

b. Sea respaldado, aceptado o interiorizado por al menos ciertas parcelas de la sociedad;

c. Sea autoritativo; eso es, que el sistema jurídico disponga de una posición de supremacía dentro de la sociedad aspirando, consecuentemente, la potestad de legitimar o proscribir otras instituciones sociales. (p. 203)

Siendo el segundo el que según Raz es el requisito más importante para estructurar la noción de eficacia, al que en particular le otorga un amplio espacio dentro de su estudio. En todo caso, para que exista la eficacia de un sistema jurídico se deberán observar algunos factores, como lo es la aquiescencia universal de los ciudadanos en cuanto a la determinación del derecho, así como que los funcionarios del sistema jurídico, los jueces empleen las sanciones concernientes cuando se transgredan las normas jurídicas.

Para Raz, entonces, el derecho puede ser descrito bajo la consideración de que es "un sistema para guiar y decidir (jurídicamente) que pretende suprema autoridad dentro de una sociedad y, por tanto que, ahí donde es eficaz, goza de autoridad efectiva" (Raz, 1985, p. 63). Presenta de esta forma una explicación del derecho otorgándole una naturaleza institucional, por lo tanto no es bien recibida por los iusnaturalistas, precisamente por las consecuencias que de ella se desprenden: la primera que se percibe como una limitación del derecho por los estándares institucionales, lo cual se hace indiscutiblemente a través de una propuesta que se encuentre en total apoyo a la

relación existente entre el derecho y la moral. Otra se refiere a que se debe rechazar toda imposición de pautas morales que se presenten como condicionantes para una norma o un ordenamiento puedan ser tenidos como jurídicos, aunque ellos puedan ser moralmente refutados como tales.

Este autor, en cuanto al derecho, considera que existen aspectos muy particulares que muestran cierto grado de complejidad y que por lo mismo generan controversias teóricas, siendo una de ellas el valor moral, el significado terminológico fundamental y la identificación del derecho; cuestiones que dan paso a la creación de las tesis conocidas como la tesis moral, la tesis semántica y la tesis social, respectivamente.

En este orden de ideas, el autor citado como mejor exponente del positivismo excluyente, Raz, se refiere a las mismas señalando, en el caso de la tesis moral, que esta argumenta que el valor moral de una norma jurídica o de todo el ordenamiento legal en su conjunto es un asunto aleatorio que siempre se encontrará en estrecha dependencia del contenido del derecho de una determinada sociedad. Y que en todo caso el hecho de fijar la atención en aquello que es bueno y malo, conforme a la moral o no, deriva más bien de las concepciones iusnaturalistas que del derecho mismo, el cual indiscutiblemente deberá ser moral.

En cuanto a la tesis que procura explicar el significado terminológico fundamental o básico del derecho, la tesis semántica; el autor mencionado señala la mejor manera de entender el uso del lenguaje jurídico dentro del derecho, es tal y como lo sugiere Kelsen (Raz, 1985). Lo que sucede con esta teoría es que se puede catalogar de una

negativa, en la cual ciertos vocablos no pueden ser empleados como sinónimos cuando se les utiliza en el ámbito moral y luego en el ámbito jurídico.

Por último para Raz (1975), la tesis social es aquella que en pocas palabras puede ser entendida como la que "afirma que el derecho es una cuestión de hechos sociales" (p. 162). Para este existen ciertas cuestiones que respaldan esta teoría, la cual a su vez fecunda y forma las teorías del derecho, la primera cuestión relevante en cuanto al tema es la que sostiene que esta tesis realiza una correcta significación del derecho y de todos los términos que de él se desprenden dentro del lenguaje común.

La segunda, argumenta que su validez se deriva del hecho separatista absoluto de la descripción del derecho, lo que aporta una amplia claridad de pensamiento. Otra más es aquella que determina que la tesis de las fuentes anula los prejuicios del investigador; pues lo obliga a hacer caso omiso de sus opiniones basadas en la lógica de las normas y de las ideas normativas, haciendo que la investigación la dirija de una forma imparcial.

Por ello Raz considera que la piedra angular de la corriente positivista es la tesis social, específicamente la de las fuentes sociales del derecho; que sostiene que toda norma jurídica y consecuentemente todo ordenamiento jurídico propende de una fuente social, lo cual conlleva en sí mismo la imposición de principios y valores morales, que dotan de criterios de validez jurídica a las normas y a los sistemas jurídicos.

1.7. Replanteamiento del positivismo jurídico

Siguiendo el orden de lo relatado anteriormente, se debe hacer una relación de la tesis

de las fuentes sociales, unida a las otras dos tesis propuestas dentro del positivismo tradicional o clásico de Hart, que son la tesis de la separación y la tesis de la discrecionalidad, cada una con su respectivo planteamiento. Como ya se indicó en el punto anterior, la tesis de las fuentes sociales, es la que argumenta que el contenido y la existencia del derecho pende únicamente de factores sociales. Por otra parte, la tesis de la separación es la que propugna que la validez de una norma no necesariamente implica su validez moral, e inversamente igual. Para terminar con la idea de que la tesis de la discrecionalidad arguye que no son regulados en forma clara cada comportamiento por medio de las normas jurídicas válidas.

He allí la cuestión del positivismo, el cual constantemente intenta analizar al derecho dentro del ámbito de los hechos sociales. Pues ha de recordarse que dentro del pensamiento clásico de Hart del positivismo se consideraba que el derecho se debe a una concurrencia en cuanto a la relación de dependencia recíproca entre las conductas y actitudes sociales; la existencia de esta es creada través de un acuerdo como práctica social, que se encuentra formada por dos elementos que son la conducta convergente y la aceptación de la misma. O como señala Bernal (2014) citando a Shapiro:

> El punto de vista interno no se refiere simplemente al punto de vista de los miembros de la sociedad o de los participantes en la práctica jurídica social. El referente de este punto de vista es, más bien, un tipo especial de actitud que estos participantes pueden tener: la actitud de aceptación de las reglas. (p. 33)

En todo caso, el replanteamiento de estos pensamientos; por ende, del positivismo jurídico comienza con Dworkin, quien realizando una crítica de los postulados de Hart, inicia una nueva corriente positivista en donde se debería responder si es posible la aceptación de que el paralelismo moral pueda ser causal de la existencia de la legalidad o la validez de las normas, en el entendido de que las normas morales pueden encontrarse dentro de la estructura de un sistema jurídico, aun sin reconocimiento explícito de la autoridad.

Ha de enfatizarse lo que señalaba Bernal Pulido (2014) al respecto, haciendo referencia al pensamiento de Shapiro, en cuyo caso considera que "la aceptación de una regla debe interpretarse en el sentido de que implica el compromiso de actuar conforme a la regla. Shapiro considera que este compromiso es equivalente a tener la intención de ajustarse a la regla" (p. 35). O sea que este autor esboza que lo único necesario es la aceptación del concepto contenido dentro de la regla, lo cual formula de cierta forma un compromiso en su cumplimiento, existe una consciencia interna que va aún mucho más allá de la realidad misma que vive la sociedad; y que lo que en realidad se genera es más bien una forma de presión social.

Cuestiones todas que en un momento dado dieron paso a la creación de algunas teorías que fueron apoyadas por ciertas tesis tal es el caso del positivismo excluyente que es apoyado por las tesis de la separación, por ejemplo, que permiten adentrarse aún más profundamente en cada una de esas corrientes para permitir esbozar el contenido completo de lo que representa el positivismo jurídico dentro de la filosofía del derecho.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

1.7.1. Tesis de la separación

Esta tesis ha sido uno de los puntos en virtud de los cuales el génesis de la postura positivista marcó la diferencia con el iusnaturalismo, misma que a su vez fue muy bien explicada por Austin (1861), quien solía sostener al respecto que: "La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra" (p. 233). Lo que simplemente muestra esta tesis es la separación, por ello del nombre, de la ley y la moral; por lógica se erigió ésta a través de destrozar los argumentos que la sostenían aquellas teorías que asociaban estos dos términos.

La tesis de la separación es una tesis netamente positivista, y por esto aquellos que realizan críticas sobre la misma son considerados en su mayoría iusnaturalistas; se debe partir en todo caso, para abordar esta tesis, entendiendo lo que es la separación dentro de esta concepción, en cuyo caso es menester señalar que se trata de la inexistencia de una dependencia necesaria, ideal y progresiva entre lo que es el derecho y lo que debería ser.

La teoría de la separación se opone a la corriente de los teóricos del derecho natural, quienes se basaban en la máxima latina que señalaba que una ley injusta no es ley (*lex injusta non est lex*), a partir de la cual le daban vida a la teoría de la conexión, en la que creían que necesariamente debía existir una conexión entre derecho y moral, y en la que se basa Leslie Green para hacer una crítica sobre lo observado por Hart, más adelante relacionado.

Los autores que principalmente se ocuparon de realizar esta separación, además de Austin, son Hart y Bentham, quienes hicieron respectivamente sus propias

proposiciones que tendían a ello; Hart, por ejemplo, presentaba una postura que procuraba desvincular lo que él consideraría la mejor versión del positivismo jurídico, de las demás concepciones, las cuales por supuesto consideraba débiles y dignas de reproche; es así como surge la consideración de Hart, en la cual sostiene que la "tesis de la separación, que sostiene no hay ninguna conexión necesaria entre la ley y la moral o entre la ley como es y cómo debe ser" (Hart, 1958, p. 601).

Green (2010), una de las autoras que siguen una corriente negativa al respecto, considera que la tesis de la separabilidad es falsa, y por lo tanto hace una crítica de lo considerado por Hart al sostener aquello se encontraba basado no solo estrictamente en las necesidades conceptuales de la ley, cualquiera que esta sea, sino también en las necesidades, los hechos contingentes, la naturaleza humana y física, así como el medio ambiente e incluso las necesidades que dependen de la persistencia de ciertas actividades bien arraigadas, aunque históricamente muy variables (Green, 2010).

Sin embargo, una de sus principales consideraciones se basa en el hecho de considerar falsa la tesis de la separación de Hart, sosteniendo que es completamente complicado determinar qué ha de tenerse por conexión, así como establecer el tipo de moralidad a la que se refiere este.

Definitivamente, la problemática surge cuando se analiza la necesidad de la conexión entre la ley y la moral; debido a que la tesis propuesta por Hart no logra establecer claramente cuáles son los vínculos verdaderamente aleatorios o eventuales que la ley y la moral pueden constituir entre sí. En todo caso Green procura a través de su análisis presentar una clara diferenciación entre los vínculos eventuales y necesarios que

existen entre la moral y la ley; sobre todo cuando se expresa diciendo que no hay solamente una sola conexión necesaria entre la ley y la moral, es decir, el positivismo está comprometido en la tesis de la separabilidad, la cual tiene su base principal en la no conexión necesaria, lo cual es un problema para la tesis del germen de la justicia, lo cual se puede considerar realizado de esta manera por Hart, de manera poco comprometida, y galanteando con la tesis de la separabilidad, pues hay conexiones necesarias entre la ley y la moral que no son relaciones de reproducción o satisfacción propiamente dichas (Green, 2010, p. 5).

Esta autora parte de la idea de que cuando se habla de la moral en sí, de lo que habla es de establecer precisamente demandas de naturaleza moral, o sea, son demandas morales; mientras que la ley más bien tiene una orientación hacia lograr el germen de la justicia.

Ahora bien, se puede realizar una reformulación de la tesis de la separación, es precisamente lo propuesto por Bulygin, quien citado por Cajica Lozada (2019) presenta ciertos criterios: "a) la moral positiva no juega ningún papel en la definición del derecho; y la moral ideal no juega ningún papel en la definición de derecho" (p. 125). De lo cual se desprende que no existe ninguna vinculación entre el derecho y la moral positiva, debido a que desde la perspectiva interna de la norma, no existe la implicación de que se consideren moralmente obligatorias todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico.

Por ello, Bulygin sostiene que la premisa de que todo sistema jurídico tiene que adecuarse a la moral en el iusnaturalismo es ambigua, puesto que propone la previa

existencia de un sistema moral al que se adecúa el sistema jurídico, y por otro lado afirma la existencia de un único sistema moral al cual todos los sistemas jurídicos deben adecuarse. Lo cual para el autor es absurdo y refuerza su pensamiento separacionista de la moral y el derecho.

1.7.2. Tesis de las fuentes sociales

Esta tesis es aquella que sostiene que la existencia y el contenido del derecho de una sociedad dependen de un conjunto de factores sociales. Por ello propugna la necesidad de reconocer determinados hechos sociales que propician la creación del derecho. Esta tesis principalmente es apoyada por Raz, principalmente en su libro *La autoridad de la ley*, quien, no siendo totalmente indiferente a la moral, considera que existen algunas razones y hechos morales dignos de tomar en cuenta.

De esta cuenta, la tesis que señala Raz (2001) indica que:

> Una teoría jurídica es aceptable solo si sus criterios para identificar el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen exclusivamente de un conjunto de hechos de la conducta humana descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral. (p. 214)

Este autor presenta una defensa de esta tesis en franca contraposición de la tesis de la incorporación, a través de un argumento puramente conceptual; en donde se presenta como rasgo distintivo de la misma el hecho de que se tiene al derecho con una pretensión de autoridad que por lo tanto posee una capacidad de suministrar a aquellos

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

que serán los destinatarios de las normas establecidas por dicha autoridad, las razones que les permitan definir el por qué deben comportarse de determinada manera.

Esto permite argüir que si el derecho estuviera ineludiblemente ligado a pautas morales, no podría hablarse ni respetarse a la autoridad, pues en todo caso las normas jurídicas poseerían una validez derivada de las relacionadas pautas, las cuales las volverían válidas para sus receptores con total independencia de lo que la autoridad que la establece consideraría oportuno. De esta forma es que se argumenta que el derecho no puede, ni debe, incorporar los razonamientos morales, que son el fundamento de otras tesis, sobre todo desde la perspectiva conceptual.

Raz (1979) explica este punto señalando que esta tesis propondría considerar que:

> Según el derecho los contratos son válidos solo si son morales. Cualquier contrato puede ser considerado prima facie válido si se conforma a las condiciones neutras valorativamente, establecidas jurídicamente para la validez de los contratos. La proposición es jurídicamente concluyente que este contrato es válido no es verdad ni falso hasta que un tribunal dotado de autoridad determina su validez. Esta es una consecuencia del hecho según el cual, la tesis de las fuentes, los tribunales tienen discreción cuando son requeridos a aplicar consideraciones morales. (p. 75)

Esta concepción implicaría que se les otorgaría a los jueces cierta discreción, al haber incorporado criterios o pautas morales, lo cual permite dudar de lo meritorio de esta tesis; debido a que si una norma constitucional establece el derecho a la vida, y otra establece la pena de muerte, se abriría la controversia por determinar si efectivamente

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

la pena de muerte atenta contra la vida o no, cuando indubitablemente esta pena conlleva la cesación de la vida; entrando a determinar si en realidad se trata de una cuestión relacionada con la moral o se debe analizar desde una perspectiva puramente jurídica o normativa.

En ese orden de ideas es que Raz (1979) considera que aquellos que propugnan la concepción que incorpora la moral al derecho deben proporcionar un criterio adecuado para separar las referencias legales a la moralidad, pues al permitir al juez aplicar la discrecionalidad judicial, en base a las condiciones morales, se cambia el derecho.

Lo que en realidad propende esta tesis es que no pueda tener lugar una excesiva discrecionalidad de los jueces, y por ello la mayoría de los postulantes de esta tesis rechazan la idea de la inclusión de conceptos o pautas morales dentro de las fuentes del derecho, razón por la cual grandes teóricos como Kelsen se muestran reacios a tal incorporación pues lo que en realidad proponen estos autores es de alguna manera lograr la reducción en el ámbito de la divergencia causada por la discrecionalidad en la actividad de los jueces, proponiendo así de algún modo cierta disciplina en dicha actividad.

De aquí que se deba sostener que la eficacia y vigencia de un ordenamiento jurídico se derivará del hecho de que la generalidad de los miembros de la sociedad los aplique y los acepten como válidos y por lo tanto se sometan a él, y no de las cuestiones o pautas morales que se pretendan ligar al mismo.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

1.7.3. Tesis de la discrecionalidad judicial

Esta tesis es otra de las propuestas dentro del positivismo jurídico por Hart, la cual por lo general se conoce simplemente como tesis de la discrecionalidad. En ella se sostiene la existencia de un caso que no ha sido previsto ni se encuentra regulado por el derecho; hace referencia entonces al caso en que el derecho sea indeterminado e incompleto, y por lo tanto pone al juez en una posición de llegar a través de su propio entendimiento a una decisión, mientras no frene su jurisdicción.

Es así como Hart, citado por Charles Garza (2011), sostiene que "el juez debe ejercer la discrecionalidad judicial y por lo tanto a través de la jurisprudencia crear derecho, el cual será aplicable a resolver no solamente el caso concreto, sino posiblemente ser utilizado como base para próximas resoluciones" (p. 1). El juez en un momento dado puede encontrarse frente un caso difícil, en el que el derecho es indeterminado, lo cual lo obliga a buscar la solución fuera del derecho dado que no hay fuentes jurídicas para resolver el caso sometido a su conocimiento.

Toda vez que no existe una respuesta jurídica para el caso, al juez se le abre una multitud de opciones extrajurídicas que le permitirán resolverlo. Esto hace que, a su vez, no exista únicamente cierta respuesta correcta al caso, dicho en otras palabras, habrá una multitud de respuestas y no existirá una respuesta exclusiva y determinada previamente por una determinada norma jurídica. Al respecto Hart (1961) señala que "una vez tomada una decisión sobre la base de un material extrajurídico, el resultado es que el juez crea derecho ex post facto" (pp. 164 y 191).

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Esta tesis entonces, se basa en la existencia de lagunas y antinomias en los ordenamientos jurídicos, lo cual además ha permitido una apertura sobre la concientización de la vaguedad y la conicidad del lenguaje utilizado para expresar el derecho. Esto presenta la realidad de las lagunas legales en donde se puede apreciar la existencia de normas que no son capaces de dar una respuesta a todos o a cada caso, en virtud de lo cual el juez encargado de dirimir el conflicto en cuestión se ve obligado a escoger a través de argumentos y razonamientos propios, que se extienden más allá de las normas jurídicas positivas, un nuevo planteamiento que resuelva el mismo.

Por otra parte, existen las antinomias, que no son más que la existencia de dos o más normas positivas que pueden ser aplicadas a un caso, las cuales en sí conllevan a soluciones diferentes e incompatibles entre sí. Tienen lugar estas cuando el derecho de alguna manera se extiende en cuanto al contenido que posee, dicho de otra forma, dice más de lo necesario para el caso concreto, pero sobre todo porque no establece cual será el orden de aplicación de las normas, un orden de prelación que permita tener como primaria a una.

En este caso el juez, de igual manera que en el caso de las lagunas, deberá encargarse de resolver esa cuestión, haciendo con base en sus argumentos y razonamientos, los cuales se extienden más allá de las normas jurídicas positivas, creando un nuevo planteamiento jurídico que resuelve la antinomia. Tanto aquellas como estas son denominadas en la doctrina jurídica como defectos lógicos del sistema jurídico, y es lo que los pensadores relacionan con el I el lenguaje humano y lenguaje

jurídico, pues estos serán los que rijan la utilización de los términos en un sentido o en otro.

De aquí que se sostenga que:

> (...) no importando la técnica legislativa que se utilice para comunicar los criterios generales de la conducta, y que aunque en la mayoría de los casos esas pautas operen dificultades, algún punto de su implicación será dudoso, y, por lo tanto indeterminado. (Hart, 1963, p. 137)

Desde esta perspectiva se afirma que inevitablemente existirán casos dudosos en donde el derecho no resultará capaz de ofrecer una respuesta singular, exclusiva y adecuada o correcta sobre alguna situación jurídica.

Ahora bien, existe otra postura que indica que la discrecionalidad es algo conveniente y oportuno en el derecho o como lo expresa Hart, indicándolo como algo deseable, en cuyo caso lo que se propone es poseer un sistema jurisdiccional capaz de complementar todas las fallas o insuficiencias legales, moderar la rigidez de este y tutelar oportunamente los derechos de los sujetos involucrados en cada caso.

Esta postura habla de que no necesariamente debe existir una incongruencia o indeterminación jurídica para que el juez actúe con discrecionalidad, sino que de alguna manera se ha vuelto deseable y necesario que los jueces actúan de esta manera para complementar y perfeccionar las normas jurídicas generales que son aplicadas a casos muy particulares.

Hart sostiene lo anterior señalando que "la discrecionalidad que tienen los jueces en la actualidad para decidir no es únicamente fruto de la relativa e inevitable indeterminación jurídica, sino también del hecho de que los constituyentes y legisladores actuales en alguna medida la han considerado deseable" (Hart, 1963, p. 160). Lo que se pretende es que se puedan soslayar los defectos lógicos que poseen los ordenamientos jurídicos a través de la aplicación de ciertos principios y estándares que permitan establecer algunos márgenes de discrecionalidad en los tribunales, logrando de esta manera cierta determinación del derecho en los casos concretos mediante un procedimiento oportuno de decisión.

De todo lo expuesto anteriormente sobre el positivismo jurídico se puede llegar a la concreción de que nutren la gnoseología del derecho, las sendas posturas que lo estructuran, unas más nobles que otras, en donde resaltan aquellas que presentan conceptos fragmentados y enormes debates; por lo tanto desde una panorámica amplificada pueden observase distintos elementos identificativos y propios del positivismo jurídico, esto a pesar de que no se trata de un concepto ordinario, sino más bien se trata de un punto nodal dentro la cultura jurídica el cual, desde el plano epistemológico, marca una de las brechas más interesantes por las cuales se ha desarrollado el derecho.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

CAPÍTULO II

2. Teoría del neoconstitucionalismo

Desde una perspectiva genérica y amplia, el neoconstitucionalismo puede ser considerado desde tres puntos de partida diferentes, uno de ellos es que lo señala como una teoría del derecho, el otro lo retoma como una metodología jurídica y el último se inclina por abordarlo como una ideología jurídica, y no falta quien desde su perspectiva particular lo relaciona directamente con un tipo de Estado de derecho. Todas estas expresiones, al igual que el positivismo jurídico, se amalgaman en una multiplicidad de tantas posturas como autores existen.

Definitivamente el estudio de todos los textos y posturas que acogen el neoconstitucionalismo es casi imposible, sin embargo, se tomarán en cuenta los que se consideran más importantes, entre ellos Alexy, Ferrajoli, Nino y Dworkin; quienes adoptan posiciones bastante variadas, y que permiten conocer, de forma íntegra la compleja orientación del neoconstitucionalismo, el cual parte del estudio de ciertos cuestionamientos como lo es la conexión entre el derecho y la moral, la necesidad de la moral para la identificación y validez del derecho, entre otros.

2.1. Concepto de neoconstitucionalismo

Puede decirse que el neoconstitucionalismo es un fenómeno relativamente reciente, "se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente tomará todavía algunos años" (Ferrer Mac-Gregor, Martínez Ramírez y Figueroa Mejía, 2014, p. 935). Se presenta como una nueva forma de consideración de

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

la teoría del derecho; sus orígenes por lo general suelen ubicarse después de la Segunda Guerra Mundial, en donde fue expuesta la necesidad del replanteamiento de la manera en que se había venido suscitando la aplicación del Derecho.

Ahora bien, como primer inconveniente, al adentrarse en el estudio del neoconstitucionalismo se halla el hecho de que es casi imposible encontrar una definición o un concepto que abarque por completo el contenido de la teoría. Sobre todo se complica cuando son varios los autores que presentan sus opiniones y posturas, y en cada una de ellas se puede encontrar una variante o una exposición contraria; y precisamente esta diversidad y la falta de unanimidad es la que complica su conceptualización.

La teoría del neoconstitucionalismo presenta otro aspecto que denota la complejidad de la terminología del mismo, hablándose de constitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo y hasta post-positivismo. Aspectos que, además de crear cierta confusión, crearon cierto desacuerdo de ideas afincadas en la variedad de sentidos dentro de los cuales se le orienta.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el neoconstitucionalismo puede ser conceptualizado desde la perspectiva de ser un movimiento ideológico, cuyo origen se encuentra en el ámbito jurídico, por lo cual propone a su vez ciertos cambios en relación a la aplicación de las normas constitucionales, los cuales proponen de alguna manera una modificación en la labor de los jueces en lo que a la formación del derecho respecta.

"Del mismo modo que la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución invasora o entrometida (según la correcta observación de Riccardo Guastini), también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social" (Ferrer Mac-Gregor, Martínez Ramírez y Figueroa Mejía, 2014, p. 936). Asimismo, esta teoría está orientada hacia una concepción jurídica, la cual evidentemente plantea una nueva teoría del derecho, la cual lógicamente remplazaría al positivismo jurídico.

Autores muy importantes como Barberís (2003) lo consideran como "una postura filosófico-jurídica que ataca al positivismo con las armas y argumentos del constitucionalismo, combinados al mismo tiempo con elementos del iusnaturalismo, así como del denominado iuspositivismo inclusivo" (pp. 259-278). Razonamientos como estos permiten arribar a la idea de un concepto ideológico del neoconstitucionalismo, el cual parte de la idea de la limitación del poder la cual en todo tiempo ha sido el eje principal del constitucionalismo moderno que erige a la constitución como el fundamento del Estado, y garante de la libertad. Entre otras cosas esta se permite ejercer la limitación del poder, además de establecer los límites funcionales y estructurales de las instituciones estatales y del poder de la misma naturaleza; por una parte legitima el poder delegado del pueblo en el soberano e impide la utilización abusiva de este.

Comparando esta conceptualización moderna del constitucionalismo, se debe establecer que el neoconstitucionalismo busca de alguna manera seguir el mismo cause de estos objetivos, procurando entonces la libertad de los ciudadanos y la limitación del poder; sin que por ello se considere necesario rendirle culto a la ley, de la forma en que lo hace el legicentrismo, pues quedó demostrado a través de los

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

regímenes totalitarios que tuvieron presencia en el siglo XX, los cuales hicieron una manipulación de la voluntad de las mayorías, que este culto a la ley no es prudente.

De aquí que el neoconstitucionalismo, en vista de que el instrumento primordial que actúa como garante de la libertad y la limitación del poder no puede ser ciegamente la ley por haberse perdido la confianza plena en ella, propone una relectura de la Constitución como norma jurídica suprema limitante de la misma ley y de igual forma juzga oportuno tener a la actividad jurisdiccional como la pauta estabilizadora, igualitaria y armonizadora entre la razón y la voluntad de las mayorías, y entre estos y los valores.

Este concepto entonces presenta a un Neoconstitucionalismo crítico, garante de los catálogos de derechos fundamentales, así como de la implementación de un sistema jurídico que no se mantiene alejado ni ajeno en cuanto a las variables de estandarización de la justicia. Es de aquí que surge el planteamiento que sostiene que la Constitución simplemente representa el núcleo de la oposición directa de la sociedad ante el poder en su concepción más pura.

El concepto terminológico del neoconstitucionalismo se basa en el hecho de que a pesar de la existencia de varias formas de denominarlo, todas ellas se fundamentan en el mismo objetivo y posee igual significado; lo que doctrinariamente les da un carácter homogéneo. En todo caso, cabe señalar que cuando se utiliza el término neoconstitucionalismo se hace relación al prefijo "*neo*" que acompaña a la palabra "constitucionalismo", haciendo referencia a que está realizando cierta variante o alteración al mismo.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA

Quiere decir que el concepto terminológico hace hincapié a la nueva propuesta que se hace para el derecho, lo que sugiere un proyecto de mutación, formula ciertas alteraciones a la práctica jurídica original en pos de la sociedad misma con la cual el derecho se encuentra comprometido.

> Las alteraciones experimentadas afectan básicamente la estructura de las normas (debido a la inclusión constitucional de los principios y valores), a la teoría de las fuentes (una vez que la constitución opera verdaderamente como una norma jurídica y se instituye un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias) y a la teoría de aplicación de la norma jurídica (ya que el método de subsunción no dice mucho acerca de cómo deben ser aplicadas las normas constitucionales). (Sastre Ariza, 2001, p. 352)

Según este concepto, el neoconstitucionalismo deja de ser un plan, una intención, un ideal o un pensamiento, para convertirse en todo un hecho, cambiando de tal suerte "el modo tradicional de concebir legislación y jurisdicción" (Prieto, 2003, p. 132). Lo que trae consigo no solamente la limitación jurídica a través de los derechos fundamentales, sino también un cambio en cuanto al modo de afrontar estas normas.

No importa que se siga el concepto ideológico o el concepto terminológico, se llegará siempre al punto en el cual se entienda que ambos son complementarios del otro, aunque no puede negarse que son sustancialmente diferentes, pues este último se refiere exclusivamente a la teoría del derecho, mientras que el anterior se finca más bien en el ámbito dogmático, ideal.

2.2. Notas características del neoconstitucionalismo

Doctrinariamente hablando, no se puede observar uniformidad en la exposición de las características esenciales de esta teoría, esto se debe por la gran variedad de opiniones que emergen a su alrededor como se ha venido hablando, ha de recordarse que se han planteado versiones desde las más amplias hasta otras bastante restringidas del neoconstitucionalismo. Por lo tanto, para hacer una referencia de las mismas será necesario atender a un solo autor, y como señala Pozzolo, citado por Fabra Zamora (2015), "Ricardo Guastini, observando el uso que del discurso moral del neoconstitucionalismo hacen los juristas identificó algunas características (...)" (p. 372). Logra realizar esto principalmente porque encierra diversas exposiciones atribuidas al neoconstitucionalismo.

Ha de tomarse en cuenta que el neoconstitucionalismo "es un cambio cuyas características son propias de una innovadora corriente que, en sí misma, encierra un giro fundamental en la visión del funcionamiento del Estado y el ejercicio de los derechos" (Anchaluisa Shive, 2013, p. 117). Esto hace de su diversidad una riqueza en el pensamiento y en la concepción del Estado, del derecho y de su aplicación entre otros.

Es menester comenzar señalando que Guastini considera que el neoconstitucionalismo resalta la naturaleza progresiva de la constitucionalización en los distintos ordenamientos evidenciándolos como parte de una constitucionalización material gradual, lo que derriba de cierta manera su naturaleza ideológica y lo encamina a presentar un abordaje un tanto más analítico; o como señala Guastini (2005):

> (...) el concepto de constitucionalización, como yo lo entiendo, no es un concepto bipolar (verdadero o falso), de forma que un ordenamiento únicamente pueda estar constitucionalizado o no estarlo en absoluto, sin algún punto intermedio. Más bien sostengo que la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento. (p. 50)

En este orden de ideas, se visualiza una concepción del neoconstitucionalismo la cual revela la naturaleza ideológica de algunas exposiciones de esta teoría, pero que también lo presenta como una variante en la formación jurídica, que como toda formación presenta un desarrollo creciente y escalonado. De esta suerte es que Guastini (2005) considera que esta teoría es diferenciada por las características siguientes:

> a) constitución rígida; b) garantía jurisdiccional de la constitución; c) fuerza vinculante de la constitución, d) la sobre interpretación de la constitución; e) la aplicación directa de las normas constitucionales; f) la interpretación de las leyes conforme a la constitución y; g) la influencia de la constitución en las relaciones políticas. (pp. 50-58)

Para sostener que se está frente a una rigidez constitucional, deberá en principio estarse ante una Constitución escrita, una norma jerárquicamente ubicada en el escaño máximo superior del ordenamiento jurídico con un texto particular, el cual debe ser

protegido del actuar legislativo a través de los mecanismos adecuados, concediéndole a algunas de su partes una inmutabilidad prácticamente absoluta, o Artículos pétreos, los cuales no permiten ningún cambio, como lo presenta la Constitución Guatemalteca, en el Artículo 281, refiriéndose a los Artículos sobre la forma de gobierno, la soberanía, la continuidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, la prohibición de optar a los cargos de presidente o vicepresidente de la República, y sobre la reelección presidencial, Artículos 140, 141, 165, 186, y 187 respectivamente.

La exigencia de ser Constituciones escritas, para ostentar de rigidez, se basa en el hecho de que las constituciones no escritas pueden ser modificadas con el solo cambio de costumbres que se observe o en algunos casos a través de nuevas normas de carácter ordinario.

En cuanto a la garantía jurisdiccional de la Constitución, se debe advertir de que se trata de otro de los efectos que nacen de la misma superioridad jerárquica que posee la Constitución, de la cual se originan ciertos controles de constitucionalidad de las leyes, ya sea que se presenten antes o después de la promulgación de las normas de derecho; o en forma difusa, en cuyo caso será el juez quien frente a un caso concreto y el concentrado que en todo caso se deberá realizar respecto al texto de la ley propiamente dicho; surge a la vida entonces un control constitucional ajeno al Órgano Legislativo, mediante la creación de un Tribunal Constitucional, el cual, como ejemplo, en el caso de Guatemala es la Corte de Constitucionalidad.

La fuerza vinculante de la Constitución, por su parte, se trata de la capacidad que tienen las normas contenidas en ésta para producir los efectos jurídicos propuestos,

puesto que son genuinas normas jurídicas con fuerza oponible *erga omnes* y de observancia general, así como que además tienen una fuerza que como norma superior le permite rechazar a las leyes sin importar si poseen un carácter formal o material, siempre que contraríen de alguna manera a los postulados en ella contenidos. Esto, en opinión de Guastini (2005), se reduce a la idea de que "entre los principales elementos del proceso de constitucionalización está plasmada la difusión, de que esta es una norma jurídica genuina, vinculante y capaz de producir efectos jurídicos" (p. 53).

Respecto de la sobreinterpretación de la Constitución, es menester señalar que la entiende Guastini (2005) como "una extensión de la misma hacia todos los vacíos legales existentes en el ordenamiento jurídico, de tal suerte que aquellos aspectos no regulados por una determinada norma legal, encuentra constitucionalmente un amparo mínimo regulador" (p. 55), lo cual deja en evidencia el compromiso que recae sobre el actuar jurisdiccional, en cuanto a verse obligado a indagar respecto a la consecución, ante un vacío legal, de una solución constitucional a la situación que ha dejado la falta de regulación del derecho en la materia en particular.

La fuerza vinculante de la Constitución se encuentra íntimamente ligada con la siguiente característica a la cual se refiere Guastini, la cual es la aplicación directa de las normas constitucionales, puesto que la norma superior poseerá una fuerza vinculante toda vez que sea directamente aplicada; esto es entendible pues realmente si la norma no es aplicada, únicamente se quedaría como postulados ideológicos, quizá ilustrativos, sin ningún valor ni efectos jurídicos en la realidad del derecho.

Aunque al respecto también se debe tener en cuenta que:

> La aplicabilidad directa no es equivalente a la exigibilidad inmediata y, por lo tanto, surgen problemas con respecto a los derechos generales, libertades y garantías, en primer lugar para aquellos derechos cuyo ejercicio real depende necesariamente de una regulación complementaria, una organización o un procedimiento, por ejemplo, derechos políticos derechos de voto), derechos procesales (como el derecho de acción administrativa), algunos aspectos de las libertades (libertad de circulación de automóviles, libertad de educación privada), pero también con respecto a las garantías institucionales (donde hay un cierto alcance de conformación legislativa) e incluso otros tipos de derechos, incluidas las libertades y derechos relativos a la propiedad personal en relación con aspectos de su protección frente a terceros. (Vieira de Andrade, 2004, p. 210)

Visto desde esta posición, los derechos previstos constitucionalmente obtienen una nueva dimensión, puesto que se dejará a un lado el concepto de que exclusivamente en razón de la ley los derechos fundamentales tienen aplicabilidad, puesto que según lo establecido por el autor los derechos fundamentales poseen validez por sí mismos; de hecho la ley facilita su aplicabilidad, pero no puede determinarse como indispensable para ella, en todo caso se habla de que no es necesaria una concesión del legislador, ni mucho menos la concreción sobre la forma de estos que realice el mismo; más bien se está frente a toda la capacidad propia de la norma y de los derechos fundamentales que están contenidos en ella, de tener aplicabilidad por sí misma.

Uno de los postulados más importantes dentro del neoconstitucionalismo se encuentra en la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, esta se basa

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

principalmente en la idea de que es imperante observar en todo tiempo la interpretación de la ley conforme a la constitución; lo cual representa un paso más allá del concepto abordado anteriormente sobre el control de constitucionalidad. Mediante esta interpretación se logra que la Corte de Constitucionalidad le atribuya una determinada interpretación a una ley, de tal forma que se le aleje de la consideración de su inconstitucionalidad. Les permite a los jueces el aplicar la norma en atención a su relación con la constitución y no de una forma irreflexiva.

Por último, y no menos importante, se encuentra la característica del neoconstitucionalismo que lo entrelaza directamente con el sentido de la democracia, esta es la influencia de la constitución en las relaciones políticas que considera existente esta teoría. Entran aquí en juego algunas conceptualizaciones importantes en donde el neoconstitucionalismo establece que democracia no es hablar de un "mayoritismo irrestricto, el cual se utiliza como sinónimo de dictadura de las mayorías" (Bayo, 2005, p. 214). Lo cual representaría la sujeción de la minoría a las decisiones de la mayoría.

Más bien para esta teoría la democracia representa precisamente la defensa en contra del poder de decisión de estas; precisamente aquí es donde surge el Poder Constitucional el cual funge como un límite al poder de las mayorías, y se logra una democracia limitada pero amplia e institucionalmente protegida por el derecho, lo que le permite en sí un desarrollo pleno y formal.

En todo caso cabe señalar que:

> (...) el estado constitucional de derecho se nutre de una idea de soberanía

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> limitada, que a su vez se traduce en un entendimiento de la democracia compatible con la búsqueda de límites al poder de las mayorías. Esta concepción parte de reconocer la existencia y protección de las minorías como condición de posibilidad de la democracia y de considerar los derechos fundamentales como un coto vedado que modera el alcance de la regla de las mayorías, a fin de salvaguardar los presupuestos que hacen de ella un mecanismo de decisión colectiva especialmente valioso. (Lopera Messa, 2001, p. 23).

Se ve entonces una decisión racional que avala al legislador, en su actuar derivado de la concepción democrática en sí misma, quien en todo caso será el encargado de establecer ciertos estándares intocables que actúan como límites frente la decisión de las mayorías, con lo cual se procura disipar cualquier posibilidad del surgimiento a futuro de una disposición en contrario que atente contra ellas.

2.3. Derecho y la moral en el neoconstitucionalismo

Ferrajoli, es uno de los grandes expositores de la filosofía del derecho, presentando una extensa y detallada exposición clarificadora, teórica y conceptual sobre el neoconstitucionalismo; parte de una óptica fundamentada en el planteamiento iusfilosófico que permite la cohesión de algunas consideraciones sustanciales en el tema y cuyos postulados son fácilmente reconocibles, sobre todo porque se presentan como tesis negativas en tanto hacen patente su rechazo por el positivismo jurídico.

Este autor sigue la tesis separatista entre derecho y moral, en virtud de la cual considera que, como lo señala Pino al citarlo, "la existencia o la validez de una norma

no implica en absoluto su justicia, y ésta no implica en absoluto su validez" (Pino, 2011, p. 220). Esta tesis de divorcio entre los dos mencionados, no puede verse amenazada por el sobrevenir de la positivización de los derechos fundamentales en el texto constitucional de los diversos Estados.

Ha de traerse a memoria que el positivismo jurídico apunta hacia la imprescindible no conexión entre el derecho y la moral, lo cual siempre fue el foco de un gran número de críticas dirigidas hacia esta teoría jurídica; cuestión que con el nacimiento del neoconstitucionalismo y las alteraciones a las concepciones hasta ese momento sostenidas en el saber jurídico, originó nuevas discusiones sobre el derecho y la moral, principalmente basadas en la defensa de aquellos contenidos vinculantes existentes en las diversas constituciones.

Se erige sobre la presencia de los catálogos de derechos fundamentales en las constituciones y algunas otras normas de carácter constitucional que se basan en la preponderancia y manifestación de valores, aunado a la consideración que sobre las mismas se tiene respecto a su naturaleza normativa; lo cual le da una fuerza contundente a la discusión sobre la separación entre el derecho y la moral en contraposición a lo observado en la teoría positivista.

Alexy es uno de los autores que sostiene que la postura y argumentación positivista de la separación necesaria del derecho y la moral es incorrecta; su crítica la funda principalmente a partir de la consideración de que el derecho no puede admitir ninguna vulneración grave a los criterios de la justicia, por lo tanto, y en observancia a ello, se

presentan los criterios morales como preponderantes en la definición de todo aquello considerado como jurídico, así como a su vez de lo que no lo es.

En este orden de ideas Alexy (2012) considera que existen criterios morales que:

> Son clasificatorios si privan a las normas o a los sistemas normativos de su clasificación como jurídicos. Por el contrario, tienen un carácter meramente cualificatorio, si las normas o los sistemas normativos conservan el carácter jurídico, y presentan exclusivamente una deficiencia jurídica como consecuencia. (p. 54)

Muestra entonces el autor que existen, en primer término, defectos morales que se encuentran en ciertas normas dentro de los diversos sistemas jurídicos los cuales él tiende a denominar como criterios clasificatorios; se habla en este sentido de defectos valorativos que posee una norma, lo cual le impide completamente ser considerada como jurídica. También hace referencia a violaciones un tanto menos graves a los criterios morales, estos para el autor deben ser tenidos como calificatorios; pues en este caso se procederá a calificar a una norma o sistema jurídico como deficiente, aunque debe permanecer considerándosele como jurídica.

> La pretensión de corrección cumple un papel clasificatorio, si se la considera aisladamente, y no en interacción con otros argumentos, solo en cuanto a los sistemas jurídicos en tanto un todo; y allí también solo en cuanto a la formulación de la pretensión, y no así en cuanto a su satisfacción. Los sistemas normativos que no formulen, explícita ni implícitamente, la pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. De esta manera, la pretensión de

> corrección permite distinguir entre derecho y fuerza bruta. (Alexy y Bulygin, 2012, p. 55)

Aquí puede observarse que la teoría presentada por Alexy presenta, por un lado, el argumento de la injusticia, y por el otro el de la pretensión de corrección. En el caso del primero, este autor considera que los sistemas jurídicos abandonan su carácter jurídico en todo momento en que no se excedan los límites inadmisibles de justicia; en el segundo argumento sostiene que se debe presentar una pretensión de corrección por parte de todos los actores que participan dentro de los diversos sistemas normativos al momento de crearse y de aplicarse la norma legal.

Un razonamiento con el cual Alexy (2005) refuerza el rol que desempeña la pretensión de corrección como base de la conexión entre derecho y moral es el de la insuficiencia regulatoria del derecho positivo, y lo expresa de la siguiente manera:

> Que un caso caiga dentro del ámbito de apertura del derecho positivo significa que el derecho positivo no establece una solución. Si el juez estuviese vinculado exclusivamente por el derecho positivo, cuando se agotasen las razones jurídico positivas siempre podría resolver el caso según sus preferencias personales o simplemente, echándolo a suertes. Sin embargo, esto solo sería compatible con la pretensión de corrección si no existiese ningún otro tipo de razones para la corrección de una decisión jurídica, al margen de las razones del derecho positivo. Pues bien, las decisiones jurídicas son respuesta a cuestiones prácticas, y más allá de la categoría de las razones jurídico-positivas existe un sin número de razones para responder a cuestiones prácticas. El espectro va

> desde las consideraciones de conveniencia hasta los principios de justicia, pasando por las concepciones acerca del bien y del mal arraigadas en la tradición. (p. 22)

Quiere decir que los sistemas jurídicos tienen obligación de exponer, aunque sea una pretensión de corrección, tanto plenamente manifiesta como en forma implícita, si es el caso que estos esperan un reconocimiento como jurídicos; esto es extensivo en cuanto a los jueces, quienes serán los garantes de esta pretensión toda vez que la apliquen en sus decisiones, en este orden de ideas puede sostenerse en relación a la actividad que realiza el juez, impartiendo justicia, que:

> Justicia es la corrección en la distribución y la compensación, y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. Las decisiones jurídicas tratan, pues, esencialmente de distribución y compensación. Por ello las decisiones jurídicas tratan esencialmente de cuestiones morales. Esto, junto con la necesidad con la que se formula la pretensión de corrección en las decisiones jurídicas, da lugar a una vinculación necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación moral. Esta vinculación necesaria de argumentos no significa que las decisiones jurídicas moralmente defectuosas no puedan tener validez jurídica, pero sí que tales decisiones son defectuosas no solo moral, sino también jurídicamente. De esta manera la idea de justicia se incorpora al concepto del derecho. (Alexy, 2005, p. 23)

Sin embargo, se debe hacer hincapié en que a pesar de que el neoconstitucionalismo presente una aproximación del derecho hacia ciertas pautas valorativas, así como

también permite la apertura de nuevos senderos en los cuales se pueden abordar contenidos ciertamente limitados hasta hace poco dentro del ámbito político, parte de ellos la moral, no varía la relación entre el derecho y la moral de forma tal que sea imposible la continuación del sostenimiento de las posturas que apoya la teoría del positivismo jurídico en cuanto a su tesis separatista de aquellos.

Lo anterior, en principio porque el neoconstitucionalismo en ningún momento defiende la idea de que el derecho debiera encontrarse condicionado por algún valor o cierta norma moral. Esta teoría propugna que el texto constitucional deberá contener preceptos materiales con carácter vinculante originarios de los distintos ordenamientos jurídicos, motivado por el hecho de garantizar al menos ciertos derechos mínimos, que se encuentren directamente en relación con la dignidad del ser humano, los cuales además serán los postulados que establecerán el cauce de los demás preceptos que desarrollarán el ordenamiento jurídico.

Esta manera de consideración puede parecer un tanto fuera del derecho, pues en realidad lo único que lo relaciona con este es el hecho de la existencia de una Constitución. De tal suerte que se diga que para el neoconstitucionalismo exclusivamente serán considerados como parte del derecho únicamente a los valores positivados de forma constitucional, lo que deja fuera a los valores positivados en cualquier ley moral; esto permite visualizar que esta concepción hace una marcada diferenciación en relación con la forma en que las corrientes iusnaturalistas consideraban a la moral, teniéndola estas a la moral como universal; mientras que el neoconstitucionalismo reconoce, a través de la constitucionalización de los valores y la moral, un carácter institucional al derecho.

En todo caso será importante hacer una breve comparación de los pensamientos que sostiene el neoconstitucionalismo y el iusnaturalismo, para poder llegar a comprender más a fondo cada una de estas orientaciones y sus posturas diferenciadoras.

2.4. El neoconstitucionalismo y el iusnaturalismo

Al abordar estas dos teorías es imperante señalar que el Iusnaturalismo está más orientado a atribuir contenidos materiales al derecho que a explicar el funcionalismo del sistema jurídico; así como que el neoconstitucionalismo en cierta forma, precisamente renueva esas proposiciones del iusnaturalismo, sobre todo aquellas que se refieren a los valores materiales del derecho; ahora bien, antes de seguir desarrollando esto se debe recordar, que:

> La idea del derecho natural se encuentra en la filosofía griega y en la filosofía y jurisprudencia romanas. La distinción entre justicia natural y justicia legal encuentra su paralelismo en la jurisprudencia romana, como diferencia entre derecho natural, por un lado, y derecho positivo por otro. (Fabra Zamora, 2015, p. 23)

Desde un sentido estricto, el iusnaturalismo se inclina sobre todo por otorgarle al derecho contenidos materiales al momento de procurar esclarecer lo relativo al funcionamiento del sistema jurídico. El concepto que maneja el iusnaturalismo en general se encuentra siempre condicionado por el derecho natural, pues sostiene que este será el fundamento de validez de toda norma jurídica, entendida esta como "el orden de la razón humana que dirige la acción hacia el bien, no solamente del bien individual, como el de la auto conservación" (Fabra Zamora, 2015, p. 18).

De esta cuenta es que puede decirse que, según el iusnaturalismo, el sistema únicamente puede y debe existir en relación y orden con el derecho natural, este debe ser su fundamento y no la práctica jurídica; esto provoca que se encuentre no tanto involucrado con los hechos concretos, sino se exponga de una manera casi exclusivamente descriptiva, esto principalmente derivado de la intangibilidad de la cual ostenta el derecho natural.

Es en esta concepción en donde se considera a la moral de una forma universal, y esta moral universal de cierta manera era la que exclusivamente podía satisfacer adecuadamente toda circunstancia sometida a su conocimiento. Este y las demás orientaciones en que se basaba el iusnaturalismo, permitían constantemente el debilitamiento de las autoridades institucionalizadas; pues entonces se llegaba a pensar que el único argumento o la única solución a toda situación era el que dictaba la moral y este prevalecía, no importando la persona o autoridad que lo pronunciara.

Es innegable que el neoconstitucionalismo presenta una propuesta renovada que se erige puntualmente sobre las bases de la crítica del positivismo jurídico, lo cual hace asentado en las proposiciones del iusnaturalismo que sostienen un derecho relacionado con los valores materiales. Esto principalmente se puede observar cuando se analiza el realce que presenta el neoconstitucionalismo sobre la existencia de criterios materiales en los textos constitucionales, en cuanto a la consagración de los derechos fundamentales del hombre.

Lo cual se mantiene totalmente alejado a lo considerado por Kelsen, según Guastini (1989), "la constitución es obligatoria y debe ser observada. Pero desde este punto de

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

vista, no hay un estándar fundamental, hay tantas normas fundamentales como argumentos que se pueden avanzar para justificar la fuerza vinculante de la constitución" (p. 346). Ya que la existencia de principios y normas de carácter abierto que estructuran las constituciones modernas permiten un debate intenso sobre el contenido valorativo que ostenta el derecho.

Esto claramente puede evidenciar tanto un antagonismo con el positivismo jurídico como una franca diferenciación con la corriente iusnaturalista por parte del neoconstitucionalismo, aunque también se podría sostenerse que la mejor manera de entender la teoría del neoconstitucionalismo es partiendo de los postulados del iusnaturalismo; sin embargo, con la clara convicción de que el lazo existente entre el derecho y la moral no debe tenerse del todo como absoluta, puesto que ello conlleva a desvirtuar a los ordenamientos jurídicos en lo referente a la autoridad, pues el iusnaturalismo, al contrario que el neoconstitucionalismo, considera que existe una prevalencia de la moral ante el derecho, lo cual invalida la existencia de la autoridad, sin la cual cualquier ordenamiento jurídico vendría ilusorio.

Además, debe puntualizarse también que teniendo el iusnaturalismo una concepción dualista como la propuesta por Nino (1987) choca inevitablemente con el neoconstitucionalismo, esto debido a que, según el autor citado el iusnaturalismo tiene:

> Dos requisitos: a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA

> sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de jurídicos si contradicen aquellos principios morales o de justicia. (p. 28)

Esto choca contundentemente con el neoconstitucionalismo porque no puede pensarse que, por considerar la existencia de valores morales dentro de los preceptos constitucionales, las constituciones mismas deberían encontrarse regidas en forma absoluta por el derecho natural. De hecho, no puede pensarse desde la perspectiva dualista presentada por el iusnaturalismo sobre la existencia de una norma jerárquicamente superior dentro de un ordenamiento jurídico.

Lo anterior directamente también se enfrenta al neoconstitucionalismo puesto que la idea de la creación de una norma jerárquicamente superior dentro del ordenamiento jurídico nace en el constitucionalismo el cual propugna más bien un origen democrático de la misma, puesto que "aunque transciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres" (Zagrebelsky, 1995, p. 178).

Al sostenerse una orientación democrática se provoca el rechazo de la postura iusnaturalista, puesto que la correspondencia entre la constitución y el derecho natural induce a la fractura del origen democrático de la constitución misma, aspecto que propone el neoconstitucionalismo y no puede obviar.

Además el neoconstitucionalismo, como fiel seguidor de las fuentes oficiales del derecho, en ningún momento se niega rotundamente, permitir que se ponga en riesgo la epistemología del derecho, motivado por el regreso de las concepciones naturalistas. Desde esta perspectiva no puede decirse que el neoconstitucionalismo pueda ser

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

identificado de forma completa con el derecho natural, solamente porque reconoce contenidos determinados en este; en todo caso puede considerárseles con ciertos puntos de convergencia, pero con abismales diferencias conclusivas.

2.5. Postura de Robert Alexy sobre el neoconstitucionalismo

Robert Alexy, nacido el 9 de septiembre de 1945 en Oldernburg, Alemania, quien presentara su tesis doctoral denominada *Teoría de la argumentación jurídica*, con la cual ganara el premio de la categoría de filología histórica de la Academia de la ciencia de Gotinga, fue catedrático de Derecho Público y Filosofía en la Universidad de Kiel, Alemania, y es considerado como el padre del neoconstitucionalismo. Su argumentación presenta un viaje enriquecedor por las ideas de la universalidad, la justicia, el consenso, la pretensión de corrección, la participación y el procedimiento.

Dentro de esta orientación, Alexy concibe que siempre existe una mejor respuesta o solución de cada caso, únicamente habrá de acercase de la manera más o menos estrecha, siguiendo un modelo trazado sobre una base argumental que posea un carácter práctico y/o moral; además "impugna el positivismo jurídico acrítico, sosteniendo conexiones necesarias entre derecho y moral, y advierte a las autoridades que asumen un riesgo jurídico futuro cuando aplican normas extremadamente injustas" (Alexy, 2004, p. 227).

Sin embargo, la argumentación jurídica presentada por el autor más bien resulta ser una especie de lenguaje del derecho que se deriva de la aplicación actual de los principios y las reglas con motivo de hallar una solución a aquellos conflictos teóricos y prácticos que la colectividad social proyecta dentro del propio derecho. Lo que el autor

procura es dotar criterios de racionalidad y eficacia, dentro del concurso de normas que tienen lugar dentro del debate que se originan a raíz de los problemas jurisdiccionales que emanan de la aplicación del derecho.

Debe tomarse en cuenta también que este autor realiza una diferenciación, aunque poco perceptible, de los términos "argumentación jurídica" y "discurso jurídico", esto es posible notarlo cuando se presta atención a la ubicación que hace este, de aquellos. En este sentido, se considera que el primero figura en la parte activa del debate, en otras palabras, en el momento de argumentar, de intervenir, de mudar la aplicación de un procedimiento o una norma; mientras que el segundo más bien es una construcción teórica que podrá ciertamente utilizarse dentro de dicho debate, precisamente en donde se produzca la argumentación jurídica.

A su vez, Alexy se manifiesta en cuanto a los criterios principales que deberán orientar la concepción de los derechos fundamentales. Al respecto este gran pensador considera que la mayoría de las disciplinas que tienen lugar dentro del ámbito de las ciencias sociales han abordado, de más de alguna manera, la cuestión de los derechos fundamentales.

En el derecho, este autor suele denominarle a este estudio como "teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental" pues evidentemente lo que pretende es crear una diferenciación de esta en virtud de otras que se interesan por ejemplo únicamente en los derechos fundamentales desde una perspectiva histórica o teórica jurídica, etcétera.

Así Alexy (2008) muestra además una distinción entre los conceptos de normas, regla y principios, la cual la considera como la base de la teoría de los derechos fundamentales, ya que sin esta distinción no podría existir una adecuada teoría de los límites de los derechos fundamentales, así como tampoco se podría dar en forma adecuada una teoría satisfactoria de la colisión entre derechos fundamentales, ni una teoría suficiente relativa al papel que cumplen los derechos fundamentales dentro de los sistemas jurídicos.

Quiere decir que Alexy defiende en cuanto a este tema una tesis fuerte, con ciertas pinceladas de cualitativo, en virtud de la cual la exigencia de las reglas se torna en un cumplimiento de pleno derecho, mientras que los principios se consideran de tal forma que si fueran normas, que en su caso ordenan la realización de algo dentro de los estándares posibles. Poseen una fórmula de carácter jurídico, y un fondo moral.

Otro aspecto de la postura de Alexy digna de tomar en cuenta es la concepción de derecho que este ostenta, la cual tiene una orientación más ética que prevalece ante lo sociológico y hasta al propio aspecto jurídico. Desde esta perspectiva, prevalece un criterio ético de validez ante las teorías del derecho natural y racional.

Según esta postura, la validez de una norma no se basará estrictamente por su legalidad dentro del ordenamiento jurídico ni por su eficacia ante la sociedad, sino más bien con exclusividad se basara en su corrección, hasta el punto de señalar que "los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección, no son sistemas jurídicos" (Alexy, 2004, p. 40). Esta corrección, es

importante recordar que el autor señala que dependerá del hecho de ser demostrada mediante su justificación moral.

Es de esta manera que se comienza a considerar la existencia de un derecho que posee un contundente sustrato moral, lo cual es ampliamente defendido por Alexy, quien postula una vinculación entre derecho y moral; vinculación a la cual le concede una naturaleza clasificante y también calificante, puesto que las normas jurídicas y los sistemas jurídicos, que en su caso no llegan a cumplir con la satisfacción de las exigencias del criterio moral, no dejan de ser normas, pero sí deben ser consideradas deficientes jurídicamente.

Ha de considerarse también que Alexy presenta una serie de distinciones que prevalecen en la tesis de la vinculación entre derecho y moral, las cuales procura explicar a través de dos posturas que toma; una de ellas presenta al sistema jurídico como normas, es aquí en donde adquiere la posición del observador y trata de asumir sus puntos de vista, por lo tanto plantea una conexión definitoria; la otra perspectiva aborda lo relativo al sistema jurídico como procedimiento, aquí ya se toma la posición y punto de vista del participante, como conexión calificativa.

Su primera postura la expone juntamente con la idea de la corrección del derecho, que se mencionó anteriormente, en virtud de la cual considera no existir un sistema, si no existe esta; sobre este aspecto apuntala la perspectiva del observador, y realiza la unión entre el derecho y la moral a través de términos identificativos aunque de manera un tanto secundaria, esto debido a que como explica García Amado (2015), en realidad

"solo los sistemas absurdos o predatorios no serían considerados como sistemas jurídicos" (p. 27).

Ahora bien, para la segunda de sus posiciones, que evoca una conexión calificativa y por ello se encuentra relacionada con el punto de vista del participante, la conexión existente entre derecho y moral toma, en la opinión de Alexy (2004) "un lugar central" (p. 41). Él presenta tres teorías para explicar esta posición en donde aborda al sistema jurídico como un sistema de procedimientos, en las cuales no se perderá mucho espacio por no considerarlo necesario y resultar un tanto tedioso, según la orientación de este trabajo.

La primera de ellas que se mencionará es la teoría de la corrección moral, la cual se basa en el postulado que ya se ha mencionado, sostiene Alexy (2003), en cuanto a que "una pretensión de corrección se relaciona necesariamente con el acto de establecer una construcción" (p. 128). Aquí el autor considera que se trata de una pretensión de justicia, lo cual se hace evidente en el hecho de que siempre que un juez aplica el derecho, procura aplicarlo correcta y adecuadamente; por lo tanto considera que todos los actores que participan dentro del sistema de justicia buscan en cierta forma una pretensión de corrección, de lo contrario se estaría frente a un sistema jurídicamente deficiente.

García Amado (2015) es uno de los críticos más duros de esta teoría, y lo hace señalando que:

> Únicamente puede asumirse la existencia de una conexión entre derecho y moral mediante la pretensión de corrección, cuando se parte del axioma inicial

> que señala que no es derecho la norma injusta. Por ello la conexión entre derecho y moral vendría a ser una consecuencia de esa aceptación previa y no, en todo caso, ésta la prueba de vinculación entre derecho y moral. (p. 11)

Con esto lo que procura señalar el autor es que la afirmación de la conexión necesaria entre derecho y moral es en realidad lo que provoca la contradicción que sostiene Alexy, y no al contrario.

La segunda tesis que se está engarzada a la anterior, la tesis del discurso, es la que indica que

> (...) la pretensión de justificabilidad hace nacer a la vida la posibilidad de exponer mejores contraargumentos que permiten cambiar la práctica de la justificación en el futuro. De tal suerte que cualquiera que realice la justificación de algo admite que el otro es un igual dentro de un discurso en el que no realiza ninguna coerción, así como que puede defender su postura frente a cualquier otra persona. (Alexy, 2003, p. 131)

Según esta tesis, y siguiendo la orientación sobre el juez, es aquí donde este se pregunta no tanto qué es lo legal y cuáles son las condiciones jurídicas positivas de validez en que basará su decisión, sino que además meditará cuáles son las condiciones de validez práctica de esta. Buscará entonces una decisión justa, a lo que la crítica considera que propone un modelo de juez y no perfila al juez mismo.

La tercera tesis, la tesis de los principios de Alexy, es en donde el autor manifiesta que todo sistema jurídico que se encuentra mínimamente desarrollado contiene

necesariamente principios, los cuales han de ser obligatoriamente observados en los casos más difíciles, y que precisamente en algún punto estos principios se encontrarán vinculados de alguna manera con la moral.

Esta orientación se basa principalmente en que esta teoría "procura ampliar el concepto de derecho, a través de la incorporación a este, de estándares que se resistía a admitir el positivismo jurídico, lo que procura maximizar moralmente todo derecho" (García Figueroa, 1998, p. 77). Ahora bien, es importante añadir que esta teoría también pretende poner en evidencia alguna inconsistencia alojada dentro del sistema jurídico, una carencia de racionalidad, que se reflejaría en una ruptura de la legitimidad, la cual de alguna forma exigiría realizar el reconocimiento respecto a algunos principios morales y políticos dentro del derecho.

En fin, se trata de un pensamiento que procura adjudicar racionalidad a la aplicación del derecho, la cual ha sido bastante discutida en cuanto a su utilidad por diversos autores, debido a que se encuentra orientada no solamente a argumentar sino también a decidir. Sin embargo, en opinión del propio Alexy, el procedimiento discursivo más bien es una cuestión hipotética que de realización práctica, y justamente esto es lo que coloca en el medio del decisionismo y el cognoscitivismo a la postura de Alexy.

2.6. División del neoconstitucionalismo

Es ampliamente conocida la división que hiciera Bobbio (1988) del positivismo jurídico en teórico, ideológico y metodológico, fragmentación que tuvo un gran impacto en la teoría del derecho, y que propició una nueva manera de explicar y confrontar la filosofía

del derecho; es a partir de allí que, como una analogía, surge la idea de la división del neoconstitucionalismo, la cual es seguida de forma similar por Comanducci (2002):

> Parece oportuno, aunque sea un poco forzado, instituir una clasificación análoga en tres diversas formas de Neoconstitucionalismo -teórico, ideológico, metodológico– incluso, porque de ese modo, resulta más comprensible y significativa la confrontación crítica entre tipos homogéneos de positivismo y respectivamente, de Neoconstitucionalismo. (p. 96)

Aunque también es importante señalar que la opinión de Comanducci (2002) es un tanto más extensa, puesto considera que el neoconstitucionalismo designa:

> (...) en una primera acepción, una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. En una segunda acepción, designa algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo) constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo) constitucionalismo como ideología. (p. 89)

En todo caso, y en una forma breve, ha de señalarse que:

> El Neoconstitucionalismo teórico se puede concebir como aquel conjunto de ideas ordenadas que tienen como objetivo el describir e interpretar de manera generalizada el proceso de transformación de un sistema jurídico legalista y centralista a un sistema jurídico no formalista y de textura abierto, característico de los Estados constitucionales de derecho. (Romero Martínez, 2017, p. 21)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

En cuanto al neoconstitucionalismo ideológico, se debe señalar que "este emiten valoraciones positivas sobre el proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos, con el objetivo de apoyarlo e, incluso, defenderlo frente a otras realidades" (Romero Martínez, 2017, p. 24).

Mientras que el neoconstitucionalismo metodológico tiene más bien que ver con la precisión en el objeto de estudio que con el método para estudiar los fenómenos del derecho, por lo cual hace surgir los grandes problemas de la teoría del derecho, propios de la postura de Hart.

Ahora bien, esta postura surge por la conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho, que procura superar y hasta cierto punto suplantar al positivismo jurídico y al iusnaturalismo. En vista de lo cual resulta ser bastante pertinente seguir la división tripartita que Bobbio realiza para el positivismo jurídico, puesto que de esta manera se logrará una mejor exposición de las diferencias y de las simetrías que existen entre estas doctrinas, según sea su caso.

2.6.1. Neoconstitucionalismo teórico

Es una exposición del neoconstitucionalismo como teoría del derecho, procurando exponer los logros de la constitucionalización; de otra manera puede decirse que trata de describir el proceso trascendental que ha conformado la modificación de los más importantes sistemas jurídicos contemporáneos en relación a los que ya se encontraban antes del despunte de este movimiento.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Como señala Comanducci (2016):

> Es necesario observar que el neoconstitucionalismo teórico, que caracteriza también y sobre todo por centrar su propio análisis en la estructura y en el papel que en los sistemas jurídicos contemporáneos asume el documento constitucional, adopta a veces como objeto de investigación, lo que he definido como el modelo descriptivo de la Constitución como norma, y a veces por el contrario, el modelo axiológico de la Constitución como norma. (p. 44)

Este autor es uno de los estudiosos de la filosofía del derecho que al desarrollar al neoconstitucionalismo teórico procuran de alguna manera elaborar una teoría propia; otros, por su parte, centran como punto focal del neoconstitucionalismo teórico precisamente algunas posiciones antipositivistas, entre estos autores, los que mejor realizan esta tarea son Alexy y Dworkin, pues ambos procuran exponer de la mejor manera la insuficiencia del positivismo jurídico como teoría del derecho.

Esto quiere decir que es posible presentar un neoconstitucionalismo como una teoría del derecho, razón por la que se le denomine de esa forma. Desde esta perspectiva, esta corriente pareciera no importarle tanto definir ni enfatizar sobre la Constitución o las funciones atribuidas a ésta en el sistema jurídico, para presentar una nueva teoría del derecho. Sin embargo, puede decirse que respeta la misma definición que se da en el neoconstitucionalismo ideológico a la Constitución, pues propugna de igual forma que esta es el conjunto de normas positivas que se encuentran reunidas en un documento jurídico, el cual ocupa el más alto lugar jerárquico dentro del sistema jurídico al que pertenece.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Ahora bien, para que esta concepción sea viable presentarla como una nueva teoría del derecho es menester identificar algún aspecto del derecho actual que se encuentre en franca discrepancia con las doctrinas positivistas; por lo tanto, el neoconstitucionalismo teórico realiza una defensa de la concepción diversa de fundamentación de la constitución, la cual no ha de encontrar una justificación adecuada dentro del positivismo. Es a partir de aquí que el neoconstitucionalismo teórico presenta una concepción de la Constitución que rebaja de cierta forma el carácter normativo de esta.

Desde aquí se trata de una norma que aparte de ostentar una superioridad posee como señala Dogliani (1994) "determinados contenidos a los que se les otorga valor especial" (p. 14). Entonces se está frente a la concepción de que la Constitución no solamente es una norma sino que más bien ostenta un valor propio, que descansa en sí misma. Esto es lo que suele comprenderse al señalar que el neoconstitucionalismo considera a la Constitución como norma y metanorma, entendida esta última como lo explica Atienza (2003) al señalarla como aquella "que obliga a quienes establecen y aplican normas a dar razones que justifiquen el haber seguido esas normas" (p. 37).

Esta orientación de la Constitución le permite al Neoconstitucionalismo exponer de igual manera que el iusnaturalismo, una doctrina, que, por definición, no puede antagonizar con hechos concretos; lo cual muestra entonces que no surge de una exposición de la realidad jurídica, sino más bien de una concepción del derecho ideal. A partir de allí se visualiza que el Neoconstitucionalismo teórico se afirma en la concepción de la constitución como metanorma, o como norma que posee un valor implícito, lo cual lejos de poder ser demostrado, tiende a parecer más un legalismo,

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES SECRETARÍA

debido a que tiende a supeditar la actuación política y jurídica a esta, en virtud de considerarla con un valor intrínseco.

Al respecto siguiendo a Guastini (1989) se puede decir que se:

> Habla de una norma fundamental, o lo que algunos llaman la regla de reconocimiento, o norma de reconocimiento, es decir, la metanorma que gobierna la identificación de cualquier otra norma como miembro del sistema legal en cuestión. Desde este punto de vista, en todos los sistemas legales desarrollados, la norma fundamental no es una norma única, sino un conjunto de normas: precisamente, el conjunto de meta-normas sobre fuentes de derecho. (p. 344)

Quiere decir que esta norma debe ser obligatoria y correctamente observada, entonces la no observancia de la misma o su aplicación inadecuada devendría a causar una decisión no jurídica o fuera del derecho. Esto genera una serie de problemas al igual que pueden observarse en el positivismo jurídico, en donde el juez o autoridad encargada de su aplicación no cuentan con una explicación de los casos en donde se tendrían estados normas como eficaces o en su caso como no válidas; pero, esta serie de aspectos lo único que provocan es inclinar la teoría del derecho que presenta el neoconstitucionalismo más hacia la dogmática, lo que en muchas ocasiones le otorga más una orientación ideológica apartándose de lo descriptivo, puesto que en su caso se ocupa más de condicionar a la autoridad que de detallar los sistemas jurídicos.

2.6.2. Neoconstitucionalismo ideológico

Esta forma de considerar al neoconstitucionalismo principalmente posee como

expositores a Alexy, Dworkin, Zagrebelsky y Campbell, quienes lo presentan como una ideología, la cual además de sostener la tesis de la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, la estima como positiva, de acuerdo a su tesis normativa de la vinculación.

Así también, derivan de esta ideología algunos resultados tales como la constitucionalización de los sistemas jurídicos, y por lo tanto de alguna manera refuerza la exclusión hacia la obediencia ciega del derecho legislado no legalista y no formalista; en forma opuesta recomienda la obligación moral de obedecer la constitución conforme a ella, y de igual forma las demás normas.

Según Comanducci (2016):

> El Neoconstitucionalismo ideológico no se limita, por tanto, a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales, se podría en este sentido hablar de Neoconstitucionalismo de los contrapoderes, pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, podríamos en este sentido hablar de un Neoconstitucionalismo de las reglas. (p. 46)

Dentro del neoconstitucionalismo ideológico se tiende a distinguir cierto alejamiento de la orientación que sigue la ideología constitucionalista, puesto que procura poner a un lado el objetivo relativo a la limitación del poder estatal; lo cual constituía el punto focal

del Constitucionalismo del siglo XVIII y XIX. Al contrario, esta orientación pone en primer orden el objetivo relativo a la garantización de los derechos fundamentales.

Esta situación es fácilmente identificable por el hecho de que los ordenamientos democráticos contemporáneos, ya no ven más al poder estatal con temor debido a la misma ideología, la cual evidentemente se encuentra caracterizada por el favor que propugna hacia el modelo de Estado constitucional y democrático de derecho propio de occidente.

Bobbio es uno de los principales críticos de esta forma de considerar al neoconstitucionalismo, juntamente con Nino, quienes presentaron vastas argumentaciones para desvirtuar cada uno de los postulados en los cuales se apoya este. Ahora bien, parece imperante señalar que la principal crítica que debe hacerse del neoconstitucionalismo ideológico pende del hecho de que tiene como consecuencia la reducción del grado de certeza del derecho, que inevitablemente produce la técnica de ponderación de los principios constitucionales, los cuales ligados a la interpretación moral que se hace de la Constitución, presenta esta reducción como una amenaza al mismo sistema jurídico.

Las criticas principalmente se basan por el hecho de que el neoconstitucionalismo ideológico se asemeja mucho al positivismo ideológico, puesto que mientras en el primero se habla de una estimación positivamente valiosa de la Constitución como cuerpo contenedor de los derechos fundamentales, de la cual emana el poder constituyente y a la cual se considera moralmente correcto obedecer; el positivismo ideológico representa una obligación moral de obedecer al derecho por haber emanado

este de un procedimiento que se ha establecido con antelación, lo cual le da el carácter de válido. Esto evidencia únicamente un cambio de la norma a la cual se deberá obedecer, y por ello algunos se han atrevido a sostener de que esta orientación se debería considerar únicamente una variante del positivismo ideológico.

Sin embargo, es importante tomar en cuenta que "el Neoconstitucionalismo Ideológico particularmente se subraya la relevancia de los mecanismos jurisdiccionales de tutela de los derechos fundamentales, a fin de que los poderes públicos sujeten sus actividades a la concretización de éstos" (Romero Martínez, 2017, p. 24), tomando esto a partir de una estimación positiva, en donde se preponderan las valoraciones positivas sobre el proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos, con tal de apoyar y hasta defender al mismo frente a cualquier realidad que lo ponga en riesgo.

Esto quiere decir que se deberá obediencia al derecho solo mientras tanto este tenga un contenido constitucionalizado; o sea, siempre y cuando se encuentre conforme a la Constitución, la cual tiene un determinado contenido, que le permitirá a su vez estar estructurada por un conjunto de principios, valores y derechos que provocaran la positivización de la moral crítica. Visto desde esta perspectiva, el neoconstitucionalismo ideológico propugnaría entonces que el derecho se debe obedecer por razones morales.

2.6.3. Neoconstitucionalismo metodológico

Si bien se tiende a confundir este tipo del neoconstitucionalismo con el método que puede ser utilizado para estudiar a esta orientación, se debe tener en cuenta que esto es un error, puesto que se trata más bien de hallar la exactitud en el objeto de estudio.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Para la mayoría de autores, como Comanducci (2016), este se erige en franca oposición al positivismo metodológico, tal y como lo sostiene al señalar que el neoconstitucionalismo metodológico:

> Recuerda explícitamente al positivismo metodológico y conceptual, y se contrapone a él, que afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y describir al derecho como es, y distinguirlo por lo tanto del derecho como debería ser. Esta tesis tiene, como se sabe, al menos dos corolarios: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la de la no conexión necesaria entre derecho y moral. Desde este punto de vista, la tesis positivista tiene también al menos un presupuesto: la aceptación de la gran división entre ser y deber ser en su formulación lingüística, como distinción entre describir y valorar. No tiene sin embargo como presupuesto, la tesis meta ética no cognitivista en el ámbito moral: por lo menos no necesariamente, aún si de hechos muchos teóricos positivistas son no cognitivistas y la mayoría de los críticos del positivismo no cognitivistas. El Neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral, la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre derecho y moral. (p. 53)

La exposición de este autor no queda del todo clara cuando hace la relación entre el positivismo metodológico y el neoconstitucionalismo metodológico, sin embargo, la principal diferencia entre ambos es que el primero niega la existencia de una relación entre el derecho y la moral, mientras que el segundo, por el contrario, considera si

establece la necesaria conexión entre el derecho y moral. Asimismo, el neoconstitucionalismo metodológico considera que no puede ser entendido el derecho en su totalidad en forma separada del derecho ideal, pues este necesariamente deberá estar relacionado e identificado con él, con el discurso moral y el derecho que debería ser.

Esta relación que se hace entre derecho y moral, se extiende de tal forma que alcanza la interpretación de la Constitución, como una consecuencia de que esta norma suprema es la que resguarda un conjunto de derechos que son dignos representantes de la moral, la cual es imperante de ser reconocidos a través de las normas jurídicas, lo que hace que la autoridad y los órganos jurisdiccionales no puedan apartarse del campo de la moral al momento de tomar sus decisiones.

2.7. Postura neoconstitucional sobre el control de constitucionalidad

Se ha podido observar a lo largo del desarrollo de los puntos anteriores que el texto constitucional es el punto focal hacia donde dirige en gran parte su orientación el neoconstitucionalismo, y precisamente es en la premisa de una ley superior que ha surgido desde épocas pasadas la necesidad de establecer un control; esto se hizo evidente, y se cita como un antecedente, lo que el juez Marshall señaló en el caso Marbury Williams versus Madison James, en los Estados Unidos, aproximadamente en el año 1803:

> (...) hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay

términos medios: o la Constitución es la ley Suprema inalterable por medios ordinarios o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si, en cambio, es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. (Dorado Porras, 1997, p. 36)

Quiere decir que las razones para fijar un control constitucional nacieron hace más de doscientos años; ahora bien, no en todos los Estados del mundo este control se ha buscado y facilitado del mismo modo, pues tampoco se ha logrado encontrar una misma justificación en todos ellos para realizar dicho control. Pero no puede olvidarse que fue con la Declaración francesa de los Derechos del Ciudadano de 1789, que surgió la conceptualización de la necesaria existencia de la garantía de los derechos del hombre y de la separación de poderes, lo cual tuvo consecuencia la creación de las primeras constituciones, lo que provocó el nacimiento del Constitucionalismo y por ende la tan conocida cultura de respeto a la ley.

En este orden de ideas, se puede observar que se inicia por la rigurosa limitación en las actividades de los órganos de poder a través de la legalidad; surge paralelamente la garantía por parte de ésta de los derechos públicos subjetivos, a los que se les revista de esa cualidad por medio de su positivación, en forma separada de toda exigencia de carácter iusnaturalista. De tal suerte, del ámbito estricto y formal, lo jurídico pasa a ser una conexión sistemática, estructural, organizada y jerarquizada de normas abstractas y generales, que son el reflejo del derecho y del Estado.

Esta concepción llevó a considerar tanto al Estado como al derecho como una especie de un todo con dos rostros, procurando con ello generar cierta depuración de la noción jurídica de cualquier contaminación que pudiera afectarla, sin importar que tuviera un origen político, social o ético. Esta orientación no es aceptada por autores como Pérez Luño (2005) para quien este pensamiento encamina a sostener la idea de que cualquier Estado, entendido como un conjunto de reglas jurídicas sistematizadas como un ordenamiento jurídico, debe ser considerado un Estado de derecho, lo cual puede provocar que a cualquier Estado se le considere un Estado de derecho, únicamente por encontrarse desarrollándose a través de algunas matrices jurídicas.

Esta enmarañada forma de pensar ha llevado a autores de la categoría de Kelsen a sostener la idea de que "todo Estado es Estado de Derecho" (Kelsen, 1960, p. 314). Aunque posteriormente explicó que había utilizado esta frase como un pleonasmo, ha quedado sentado en la historia del derecho que es posible considerarlo de esta manera. Ahora bien, es importante tomar en cuenta también que si bien la idea del Estado constitucional de derecho surgió en países como Alemania, Italia y Portugal; fue en España alrededor de 1978, en donde surgieron las constituciones rígidas y por ende el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias, lo cual trajo consigo un cambio tridimensional en el paradigma hasta entonces sostenido respecto a la naturaleza y estructura del derecho, a la naturaleza de ciencia jurídica y la jurisdicción.

Esto solamente es una pequeña muestra de la extensa dimensión que tiene el control de constitucionalidad, al cual se considera no es pertinente adentrarse tan extensamente, pues se encuentra enarbolado por varias doctrinas, de diversos autores, que se han ocupado por exteriorizar sus concreciones y posturas al respecto del control

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

de constitucionalidad, que resulta sumamente importante dentro del Neoconstitucionalismo, entre ellos se pueden mencionar a Alexy, Ferrajoli, Nino y Dworkin, a quienes se abordará en particular a cada uno.

2.7.1. Teoría de la representación argumentativa de Alexy

Alexy (2013), de quien ya se tiene cierto conocimiento en cuanto a sus posturas, a este respecto se ve bastante influenciado por las orientaciones presentadas por Nino, de quien más adelante se conocerá su teoría de la democracia deliberativa. Esto se sostiene porque en principio ambos propugnan la existencia de una división entre "autonomía privada y autonomía pública".

Por su parte, este autor muestra una gran inclinación por enfatizar la protección de los derechos fundamentales, derechos que en el Estado alemán coinciden con los derechos constitucionales, de tal suerte que se puede visualizar una estrecha relación con ellos en su teoría del discurso, en donde presenta una tridimensionalidad filosófica, política y jurídica. Por ello sostiene el autor que los derechos fundamentales ostentan su "fundamento en los derechos humanos" (Alexy, 2003, p. 53), lo cual trae consigo la justificación de las normas morales. Según este autor, esta teoría "se centra en la noción de razonamiento; y ello constituye la razón más general para sostener la idea de que la teoría del discurso puede contribuir a la fundamentación de los derechos humanos" (Alexy, 2013, p. 57).

Ahora bien, en cuanto al Control de Constitucionalidad es importante reconocer que este autor Alexy (2006) considera que:

> Es la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a o en contra de la legislación parlamentaria. Su base lógica es el concepto de contradicción. La declaración de inconstitucionalidad de una ley implica que ésta contradice, al menos, una norma de la constitución. Esta contradicción a nivel normativo viene acompañada por una contradicción en el nivel de los juicios acerca de las normas. (p. 11)

Se puede observar nuevamente la orientación de Alexy hacia la defensa de los derechos fundamentales, en donde la supremacía constitucional no presenta un argumento directo, ni tampoco se puede visualizar la soberanía popular reflejada en la constitución jerarquizada, sino más bien se aprecia un argumento valorativo, en el cual se observa simplemente una preferencia hacia los derechos humanos y los derechos morales, que conforman en todo caso a los derechos fundamentales, ante cualquier otro contenido que muestre el texto constitucional.

En cuanto a la teoría de la representación argumentativa, el autor cuando se habla de un esquema democrático el cual se encuentra conformado únicamente por un sistema de toma de decisiones que se encuentra fundamentado en los conceptos de elección, así como en las reglas de la mayoría, se presentaría como un simple modelo democrático decisionista, el cual en todo caso se perfilaría como inadecuado. Para que se pueda hablar de un modelo adecuado, este se debe basar no tanto en la decisión como en la argumentación, apareciendo la democracia deliberativa como resultado de dicha argumentación.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

Alexy sostiene que "La democracia deliberativa es un esfuerzo para institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones" (Alexy e Ibáñez, 2006, p. 14). Se expone entonces una relación que surge entre el parlamento y el pueblo que no únicamente se encuentran entrelazados por los lazos de las elecciones, sino que además lo estarán en virtud de la argumentación. Se puede observar que el autor se inclina por considerar que basta con que los valores que son sostenidos por la sociedad sean observados por la autoridad o por los jueces, para que ellos a través de argumentación logren ilustrar correctamente dichos valores, y por consiguiente se logre la legitimidad democrática deliberativa por medio de la representación argumentativa.

Se está frente a una clase de legitimidad democrática en la que no es tan preponderante la participación e inclusión en la deliberación y mucho menos en la toma de decisiones. Más bien son importantes únicamente los contenidos que tengan lugar con motivo de la discusión y la decisión, la cual deberá tener lugar dentro de un foro o tribunal de orden constitucional.

Alexy presenta un concepto representación argumentativa que no es del todo armónica con el propio principio de representación, puesto que sostiene que los jueces ejercen la representación del pueblo como un resultado de las elecciones, lo cual resulta ser más un modelo decisional de representación. Le otorga al parlamento una representación el carácter de ser volitiva o decisional, como a su vez argumentativa o discursiva, así como considera que la representación que ejerce el tribunal constitucional es netamente argumentativa.

Esta postura en particular, que insiste en que la única manera de lograr una objeción opuesta a las decisiones mayoritarias es a través de demostrar que el Poder Judicial debe ser considerado como un órgano representativo, se ha presentado como una de las posturas que genera más debate en la época contemporánea. A lo cual Alexy responde considerándola por el mismo objetable, bajo la consideración de que puede ser solamente una sobre idealización o una quimera. Sin embargo, a pesar de que el autor esperaba duras críticas en realidad resultaron ser al contrario.

Alexy además sostenía que el control constitucional no es concordante con cualquier solución, es menester por ello realizar una distinción entre los argumentos constitucionales diferenciando los mejores de los perores, desde la perspectiva de la objetividad, aspecto que es dable en esta teoría. Ahora bien, se deberá tomar en cuenta que una de las herramientas propuestas por el autor precisamente para realizar esa argumentación es la ponderación, teniendo presente que esta no está basada en estándares racionales, por lo cual resulta ser un tanto débil.

Otro aspecto importante a resaltar en cuanto a esta tesis es que se debe hacer una diferenciación entre quién es representativo del pueblo y quién no, como puede ser el caso del juez en el primer lugar y de los demás profesionales de las ciencias en el segundo; sobre todo porque bien es sabido que también los filósofos, los juristas y los políticos, pueden así mismo formular argumentaciones sólidas para fundamentar sus acciones, pero ello no los hace representativos del pueblo. Esto genera también cierto recelo en cuanto a soportar la afirmación de que los jueces, por su capacidad argumentativa, son representantes del pueblo y por lo tanto se deben obedecer sus argumentaciones.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

2.7.2. Teoría de la democracia de Ferrajoli

Ferrajoli presenta un modelo ideal de la democracia constitucional dentro del cual se puede observar la fijación de las condiciones de una democracia completa, misma que, al seguir sus propias distinciones, se presenta un tanto formal como sustancialmente; por lo tanto, cabe ser calificada como política, liberal, civil y Social. Esta postura puede servir no solo como un ideal, sino también para medir y juzgar la distancia con la realidad, aunque de la forma en que Ferrajoli lo expone puede considerarse careciente de la flexibilidad necesaria para enfrentar la distinción entre aquellas que pueden denominarse democracias y las que no.

Puede sostenerse que la concepción de Ferrajoli quizá podría carecer de una adecuada caracterización de las condiciones mínimas o básicas de la democracia, sin embargo, como posee algunas reservas teóricas que permiten terminar por desvirtuar la relevancia de este concepto, se logra ciertamente identificar la democracia con el modelo ideal de la democracia constitucional, que se presenta de una forma mucho más exigente y sustantiva.

Ferrajoli ostenta una concepción que puede ser resumida a través de dos ideas intrínsecamente relacionadas: una de ellas es la original forma de visualizar que tiene en cuanto a la soberanía popular, a la cual la considera la suma de todos los derechos individuales y fundamentales. La otra se refiere a la articulación de los derechos según una categorización de cuatro niveles que al final se sintetizan en únicamente dos, pero a los que se refiere como derechos procedimentales, instrumentales o formales y derechos sustanciales, finales o sustantivos. Estas convergen hacia dos aspectos que

según Ferrajoli resultan ser complementarios en la democracia, como lo son su parte formal y su parte sustancial.

Lo anterior el autor lo basa en una presunción de cierta jerarquía axiológica en virtud de la cual los derechos procedimentales se encuentran limitados por los sustanciales y en definitiva subordinados a ellos. Es de esta manera que se visualiza la concepción de la democracia desde la perspectiva de un ideal que contrasta con los modelos reales, presentando una versión que se podría catalogar de menos exigente.

En este orden de ideas, se puede decir que como antesala a la teoría de la democracia sustancial, Ferrajoli menciona la garantía de los derechos, como parte de la derivación que trajo consigo el pensamiento de las democracias avanzadas sobre el rol del derecho íntimamente ligado al papel de la jurisdicción, en virtud de lo cual se logra una justificación del poder judicial por parte del autor.

En este sentido, Ferrajoli (2005) considera que:

> La sujeción a la ley y, ante todo, a la constitución, de hecho transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan esos derechos. (p. 88)

Quiere decir que, según este autor, el carácter mismo de la legitimación de los jueces, como no consensual ni representativa, se explica mediante la naturaleza cognoscitiva de la actividad que ellos realizan. Lo que sucede precisamente es que la función jurisdiccional precisamente desarrolla el rol de ser contralora del poder o como otros optan por llamar como contrapoder; por ello es de vital importancia que se le asegure la

independencia total al poder judicial, sobre todo en relación a los otros poderes. Por ello se les considera de una manera exterior dentro de los sistemas jurídicos y del sistema político mismo.

Esto es una negación a la expectativa que siguen otros juristas respecto a establecer una relación entre los órganos judiciales de la constitución hacia la ciudadanía, en virtud de la cual aquellos se deben acercar, dialogar y escuchar a aquella directamente o por medio de sus representantes, para entonces, solo así, después llegar a una acuerdo o solución.

Este aspecto lo reafirma Ferrajoli estableciendo que:

> Precisamente porque la legitimidad del juicio reside en las garantías de la imparcial determinación de la verdad, no puede depender del consenso de la mayoría que, desde luego, no hace verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero. (Ferrajoli, 2008, p. 214).

Esto se debe a que bajo esta concepción se deben tener a los derechos fundamentales como derechos contra la mayoría, por lo tanto, de igual manera el poder judicial instituido como ente tutelar de los mismos virtualmente debe ser oponible contra la mayoría, dicho de otra manera, ostentar un poder potencialmente contra la mayoría. En este sentido, se estaría frente al hecho de que la misma expansión de la jurisdicción representaría un límite de la democracia política, el cual ostenta una legitimidad no democrática sino legal, sobre todo si esta última se entiende como la supremacía de la mayoría; por ende, también de los poderes políticos representativos.

> El carácter democrático de la jurisdicción residiría en primer lugar, en tutelar los derechos fundamentales, empezando por la vida y la libertad, que no pueden sacrificarse a ninguna voluntad de mayoría ni interés general o bien común; y en segundo lugar, en la sujeción de los poderes públicos a la ley, que es garantía máxima contra el arbitrio y contra las violaciones de la misma voluntad de la mayoría que produjo la ley. (Ferrajoli, 2005, p. 96)

Lo que hace Ferrajoli es presentar una postura que se preocupa más bien en establecer qué no es licito decir y no tanto quién se encuentra capacitado para decidir, con lo cual presenta una nueva argumentación y un nuevo papel aplicable al juez democrático, que servirá como referente y refuerzo de la democracia política. En la cual la dimensión sustancial de los derechos fundamentales le ofrece la posibilidad de considerar una nueva democracia sustancial o constitucional; lo que lleva hacia una justicia constitucional que por excelencia deberá tratar de no ser mayoritaria, por lo tanto, apela a la naturaleza cognitiva que posee la jurisdicción y su específica legitimidad legal.

Así, para este autor se logra desmentir la concepción que considera a la democracia como un sistema político fundamentado en un conjunto de reglas que garantizan el absoluto poder de las mayorías. Prefiere entonces Ferrajoli identificar a la democracia política con la regla de la mayoría desde la perspectiva de un procedimiento utilizado para la toma de decisiones que más bien no se encuentra sometido a la restricción sustantiva en ningún sentido.

Recapitulando, se puede decir que la teoría de la democracia de Ferrajoli se encuentra constituida por dos dimensiones, una formal y una sustancial la cual se erige como base de su postura, y la utiliza como una esfera descriptiva de los diseños institucionales que se encuentran entrelazados como preponderante concepción democrática.

Al respecto de esta postura existen suficientes críticas, sin embargo, solamente se cree necesario mencionar que esta división formal y sustancial que el autor hace de la democracia, en donde en la democracia sustancial considera que se realiza la toma de decisiones con restricciones sustantivas resulta ser una mentira, puesto que la democracia en todo caso debe ser considerada como un andamiaje de procedimientos, acoplados de tal forma que ciertamente algunos podrán ser útiles en cuanto a la toma de decisiones colectivas sobre todo en lo relativo a los límites del funcionamiento entre sí, y no como se sostiene por Ferrajoli, mostrando que la democracia sustancial como si esta fuera la plataforma de toma de decisiones con restricción sustantiva, lo cual es imposible.

2.7.3. Teoría de la democracia deliberativa de Nino

Como uno de los máximos exponentes del neoconstitucionalismo se presenta Carlos Nino, quien es considerado uno de los constitucionalistas, iusfilósofo y teórico político más importantes de Latinoamérica. Este autor basa su pensamiento sobre la tensión que existe entre la democracia y la Constitución, y además se erige como uno de los más importantes críticos de algunos aspectos de la postura de Robert Alexy. Presenta

al momento de hablar sobre su teoría una referencia al discurso moral entrelazándolo con la regla de la mayoría, en los siguientes términos:

"Cuando el discurso moral es institucionalizado y reemplazado, debido a consideraciones operativas, por un sucedáneo regimentado, como la regla de la mayoría, (...) ese sucedáneo aún garantiza, aunque sea a un nivel menor, el requerimiento de imparcialidad" (Nino, 1997, p. 166).

Lo que el autor propone aquí es exigir unanimidad, lo cual acarrearía de alguna manera el favorecimiento de la minoría, como un cambio cualitativo, ya que mientras la minoría se erige como correspondiente de la imparcialidad, la mayoría puede llegar a comportarse de manera sumamente parcial en contra de ella. De esta suerte, Nino consideraba que el proceso democrático permite con mayor probabilidad arribar a decisiones correctas que cualquier otro método de decisión colectiva.

Nino (1997) consideraba también que el valor no es aplicable a algunos temas como el factico o científico, ya que no existe "ningún presupuesto a favor de los juicios científicos y fácticos en general solo porque ellos sean apoyados por una opinión mayoritaria" (p. 183). Se considera de esta forma que el derecho derivado del legislador democráticamente elegido es el que no puede ser considerado como inútil moralmente hablando, pues en todo caso su obligatoriedad gnoseológica sería necesaria. Lo cual vendría a ser una solución entre la problemática de la dimensión ideal sustantiva y la dimensión procesal ideal de la constitución.

Se puede visualizar que este autor analiza una compleja tensión que más bien parece tener una inclinación hacia el constitucionalismo y que dimana de la convergencia de

tres elementos centrales que son los derechos, la democracia y la práctica legal. La interesante mezcla de esos tres elementos resulta ser bastante complicada, aunque por lo general los estudiosos del tema han procurado pasarlos un tanto desapercibidos; sin embargo, en el caso de Nino, no duda en procurar desenmarañar precisamente esos problemas graves que presentan los elementos mencionados.

Uno de los primeros problemas que aborda Nino es el que surge en la mayoría de constituciones latinoamericanas en cuanto a la declaración de derechos con el establecimiento de ciertos procedimientos democráticos, a la cual considera más riesgosa de lo que puede considerarse a simple vista, puesto que los ideales en muchas ocasiones tienden a desarrollarse en forma perpendicular. En el caso de los derechos se supone la existencia de ciertos principios básicamente indiscutibles e irrenunciables, entretanto que la idea de democracia invita a que todas las cuestiones de interés público han de encontrarse sujetas a discusión.

Por otra parte, también puede observarse que Nino hace referencia a la problemática surgida alrededor de poseer un texto constitucional con una ambición inconmensurable de permanencia que deriva del mismo texto, lo cual resulta insostenible, esto principalmente porque la justificación de la Constitución no puede apoyarse ciegamente en las posibles virtudes de los autores de la misma, y mucho menos en las particularidades intrínsecas del momento en que fue redactada, es por ello que más bien se hace esa vinculación con relación a ciertos conceptos que se encuentran integrados en su contenido.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Se evidencia aquí que Nino (1987) favorece una tensión entre la Constitución y la democracia; este autor mantiene una teoría deliberativa de la democracia, en donde él considera que no existe tensión en relación al reconocimiento de los derechos y el proceso democrático; en cuanto al derecho, sostiene que este soluciona los conflictos entre los individuos y provee los medios de cooperación social, sin embargo, considera que:

> Decir que el derecho contribuye a superar algunos conflictos y a lograr cierto grado de cooperación social no es decir mucho, puesto que, como se verá, también se alega que la moral cumple la misma función de contrarrestar las circunstancias que llevan a los hombres a enfrentarse entre sí y a no colaborar mutuamente en el grado necesario. Lo importante es determinar de qué forma el derecho satisface esa función. (p. 3)

Por otra parte, este autor considera que "El valor del proceso no puede ser menospreciado por los resultados alcanzados a través de él, dado que el valor del proceso yace en producir los resultados que son presumiblemente valiosos" (Nino, 1997, p. 190). Si se analiza lo anterior, puede entonces concretarse que, según Nino, los derechos son un producto democrático, mientras que el valor que ostenta la decisión dependerá del procedimiento mediante el cual fue tomado y no tanto por su contenido. Esto entonces permite pensar que la postura de este autor es más bien una concepción procedimental de la democracia sin limitaciones, y que por lo tanto deja relegada a un plano fuera de la moral la revisión que realizan los jueces respecto de las leyes, pues su fundamento gnoseológico no sería el adecuado.

De esta suerte que será imperante analizar el papel de los jueces en una sociedad democrática desde la postura de Nino (1987) para quien:

> Los jueces tienen indefectiblemente, un ámbito considerable de discreción para cumplir con su responsabilidad de resolver casos sin el control de normas jurídicas generales. Parte de esta discreción es una discreción de derecho, es decir ella es otorgada por las reglas del sistema. ...Pero buena parte de la discreción judicial es una discreción de hecho que tiene su origen en la vaguedad o ambigüedad del lenguaje legal, o en las lagunas e inconsistencias del sistema jurídico. (p. 432)

Es aquí en razón de esa discreción que Nino centra su pensamiento confrontando la realidad en cuanto si tendrá que ser de hecho o de derecho. Esta problemática tiene lugar puesto que para él la discrecionalidad plantea serias dificultades muy particulares dentro de la sociedad democrática, entre las cuales se pueden evidenciar que los jueces por lo general no son funcionarios que han sido electos por el pueblo, sobre la fundamentación de algunos criterios ideológicos, más bien estos son nombrados de manera permanente y a través de procesos que no se encuentran bajo el control de los ciudadanos. Precisamente basados en eso es en donde puede cuestionar que los jueces tomen decisiones según los principios y conceptos ideológicos que no son paralelos a la base de los poderes del Estado que se encuentran dotados de representatividad democrática.

Por último, surge el problema de la posibilidad de que los jueces resuelvan un caso afincados en principios que no formaban parte del ordenamiento jurídico desde un

principio, lo cual podría equipararse a la aplicación retroactiva de la ley, creando así en los sujetos procesales la sorpresa de la inesperada aplicación de un derecho, o el reconocimiento de un deber, o la aplicación de una sanción, que no podía haber sido prevista al iniciarse el proceso. Por lo que se considera que la tesis de Dworkin es la más apropiada para restringir precisamente esa discrecionalidad de los jueces.

2.7.4. Teoría de la democracia asociativa de Dworkin

Dworkin es uno de los grandes autores que se perfilan como influyentes dentro de la filosofía jurídica, moral y política contemporánea. Se presenta como un activista que refleja un gran compromiso con la democracia, lo cual le permitió marcar el cauce de su contribución teórica, aspecto que se puede observar en sus estudios y que se ve reflejado en su diario vivir como un intelectual. Precisamente su concepción asociativa de la democracia es el punto de referencia actual en la controversia surgida en relación a las condiciones de legitimidad y justicia del derecho, así como de autoridad política.

En efecto, la democracia es un peldaño importante en el andamiaje construido por la postura de Dworkin, la cual además de extensa se presenta con un detalle bastante apreciado, puesto que no solamente aborda el problema del constitucionalismo y la democracia, sino que además explora el rol de los jueces frente a los casos difíciles. Su trabajo respecto de esta teoría comienza a partir de la idea de lo que él mismo suele llamar *comunal life,* en donde procuraba definir una comunidad política en la cual se podía observar la organización de los individuos que la conforman, la reconocen y actúan en forma cooperante, mediante los actos formales de las instituciones que se crean en dicha comunidad.

Es precisamente esta idea de comunidad la que posteriormente se traduce como comunal y después como constitucional, para finalmente llegar a ser asociativa; más tarde introdujo al problema democrático la revisión judicial, sin dejar a un lado su concepción acerca de que para resolver este problema se deberá primeramente entender el valor y el sentido de la democracia misma. Es de esta manera que comienza su defensa del control judicial de constitucionalidad basada en derechos, desde la teoría de la democracia.

En esta concepción lo que Dworkin logra es la eliminación de la tensión existente entre la democracia y el control judicial, en donde contempla que no es menos democrática aquella sociedad que no tenga establecido un control de constitucionalidad, esto lo hace señalando que "La democracia no insiste en la necesidad de que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco en que no deban tenerla" (Koh y Slye, 2004, p. 106).

Dworking incluye en sus postulados la idea de la dignidad humana mediante dos principios filosóficos y abstractos que incluye en su teoría los cuales son el principio del valor intrínseco, y el principio de responsabilidad personal; el primero afirma "que toda vida humana tiene un tipo especial de valor objetivo" (Dworking, 2008, p. 24); mientras que el segundo es entendido como "la responsabilidad especial en la consecución del logro que tiene cada persona en su propia vida" (Dworking, 2008, p. 25). Estos dos principios pueden equipararse con los de igualdad y de libertad que son más comúnmente conocidos. En base a ellos establece la existencia de una obligación elemental que recae sobre todo gobierno en cuanto a asegurar el respeto de la dignidad humana, misma que es la fuente de los derechos humanos fundamentales.

Por lo tanto, siguiendo esta orientación, se encuentra totalmente prohibido que un Estado se comporte de manera diferente al postulado señalado, y en consecuencia pusiera en riesgo o vulnerara los principios propios antes señalados al tratar a una persona de forma contraria a los ideales que se erigen mediante los dos principios sostenidos por Dworkin.

Es a partir de esa obligación atribuida a los gobiernos o Estados, que también se exigen acciones colectivas que promuevan y facilitan dicha protección, las cuales pueden ser de orden estadístico o comunal, y dependiendo de la clase que se adopte será así la clase de democracia que se refleje.

Se puede observar la acción colectiva estadística cuando el grupo hace únicamente una función de aquello que hacen sus miembros individualmente por sí mismos. Ahora bien, se observa la acción colectiva comunal, son las que no se reducen a función individual alguna, pues son una entidad única. Dworkin explica esta mediante el ejemplo de la orquesta en donde si bien existen varios músicos estos en lo individual no pueden ejecutar una melodía en forma exitosa, se necesitan en conjunto.

Todos estos conceptos llevan a Dworkin (2008) a referirse a la democracia también desde dos concepciones que se presentan como antagónicas, una de ellas, la ya abordada por otros autores concepción mayoritaria, frente a la otra que es la concepción asociativa, en donde se presenten acciones colectivas comunales integradas, en contraposición a las acciones colectivas de carácter estadístico de la concepción mayoritaria.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

> La concepción asociativa no considera la democracia independiente del resto de la moralidad política; según esta concepción, necesitamos una teoría de la igualdad asociativa para decidir qué es o qué no es una decisión democrática, y necesitamos recurrir a las ideas de justicia, igualdad y libertad para construir tal teoría. (p. 168)

Lo que Dworkin pretende exponer con esta teoría es que no existe absolutamente nada que pueda considerarse valioso en un proceso en donde se acepte que el mayor número de personas impongan su voluntad sobre el menor número de ellas. En esta orientación el autor sostiene que precisamente el autogobierno debe ser entendido desde la perspectiva en donde la gente como un todo actúa como asociados, y no al contrario en donde el gobierno es ejercido por la mayoría de la gente quien a su vez ejerce autoridad sobre todos.

Esta teoría postula que en esta forma de democracia la gente se gobierna a sí misma, cada una como una asociada dentro de una organización política colectiva, esto provoca que las decisiones de una mayoría sean democráticas mientras observan el cumplimiento de las condiciones que protegen los intereses de cada ciudadano en lo individual como en lo asociado.

Es a partir de estas concreciones que Dworkin considera que la democracia no es meramente procedimental, sino más bien es un ideal sustantivo; en donde ese prepondera las decisiones colectivas, mismas que deberán ser tomadas mediante instituciones políticas, las cuales en su esencia estructural tratarán a todos los individuos dentro de una comunidad como iguales en dignidad y respeto.

El Neoconstitucionalismo en esencia se trata de una perspectiva iusfilosófica que trata la exégesis del derecho de forma opuesta y contrapuesta a las corrientes iusnaturalistas y el positivismo jurídico, respectivamente. Esta corriente mediante el esquema de la alternancia presenta un análisis fenomenológico de la constitución dentro del ordenamiento jurídico, lo cual realiza desde una perspectiva metateórica, misma que se inclina por un análisis descriptivo del concepto del derecho, vinculándolo con la tesis de la conexión y de la separación del Derecho y de la moral.

Así también, realiza una incorporación de los principios constitucionales, y presenta una particular forma de la aplicación de estos en la resolución de los distintos casos, con una orientación netamente finalista, que aporta importantes elementos que enmarcan la taxonomía del derecho.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

CAPÍTULO III

3. Diferencias entre el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo

Las últimas décadas han mostrado una enorme sucesión de cambios en el ámbito jurídico tanto en lo concerniente a lo estructural como a lo doctrinal; por ello se han presentado orientaciones con visión y voluntad discursiva de carácter crítico sobre el contenido del derecho, entre otras posiciones, dentro de las cuales las que interesan a la orientación del presente estudio son principalmente el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo.

Ambas posturas presentan una serie de cuestiones y discusiones abiertas que finalmente resultan ser y han sido objeto de especial interés como corrientes doctrinales y analíticas del derecho; por ello se han interesado en aspectos como los valores de aplicación de este, su relación con la moral, la diferenciación entre la norma y la regla, el fundamento de validez de la decisión judicial, entre otros, que son los principales puntos de encuentro y desencuentro que pueden observarse en estas dos corrientes iusfilosóficas.

3.1. Antagonismo paradigmático

Partiendo de la idea de que un paradigma representa las "realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica" (Kuhm, 1996, p. 13), y no como un simple "ejemplo o ejemplar" (Real Academia Española, 2019) como lo define el

diccionario. Se analizarán aquellos aspectos primordiales que surgen en forma de oposiciones entre las dos teorías abordadas.

Es importante tomar en cuenta que entender cada una de estas orientaciones como paradigmas del pensamiento jurídico permite que se vea el panorama desde una perspectiva bastante diferenciada y a su vez compleja; ha de recordarse que el origen epistemológico de este vocablo es tan antiguo como la historia misma del derecho, remontándose quizá hasta los grandes filósofos como Platón, quienes consideraban al mismo como un patrón o modelo a seguir, como la esencia de lo real.

En este orden de ideas, considerar al positivismo jurídico como paradigma del pensamiento jurídico, será visualizarlo desde la perspectiva de que se presenta como una verdadera urgencia histórica con una trascendencia sumamente relevante en el mundo del derecho, que se presentó como una revolución de la forma de entenderlo y de acercarse a su estudio.

Fue a partir del surgimiento de este paradigma jurídico que se dio paso a una nueva fase de la ciencia del derecho, la cual permitió una profundización de los principales conceptos sobre los cuales se erigía hasta el momento el pensamiento imperante; naciendo de tal suerte una "ciencia del Derecho Público hasta entonces inexistente" (Wilhelm, 2013, p. 129), teniendo todo ello como consecuencia que se comenzara a plantear cierta disputa dentro de la misma postura, frente a dos subcorrientes que generaban una pugna respecto de los postulados de un positivismo jurídico fraguada al amparo del Estado de derecho y un positivismo jurídico del Estado constitucional.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Esta panorámica del positivismo jurídico permitió que se le considerara más bien un paradigma cultural necesario que arropaba todas las posturas iusfilosóficas que se han desarrollado desde hace más de dos siglos; lo que trajo como consecuencia que el positivismo jurídico desterrara totalmente al iusnaturalismo como una posibilidad científica, por lo cual se le comenzó a considerar de una manera más profunda, surgiendo opiniones como la González Vicén (1967) que señala:

> La filosofía jurídica positivista no es tan solo una escuela o una dirección más dentro de la filosofía del Derecho contemporánea, sino su modo constitutivo, aquella determinación histórica de su tema y de su objeto que condiciona todo su desarrollo posterior (...). El neokantismo, la fenomenología, el neohegelianismo no representan concepciones diversas del objeto y el tema de la filosofía jurídica, sino modos distintos de instrumentación de la idea de filosofía del Derecho formulada por el positivismo. (p. 135)

Vicén (1967) consideraba que el positivismo jurídico, en el momento en el que surgió, representaba una verdadera y nueva orientación con total y completo valor científico, la cual permitía de un modo complejo desintegrar la credibilidad que hasta el momento había ostentado las consideraciones del derecho desde la postura iusnaturalista. De esta suerte es que continúa señalando que, el positivismo jurídico en realidad representa:

> Una línea de pensamiento dentro de la cual se mantienen incluso aquellas doctrinas que, como la de R. Stammler o como la filosofía de los valores, centran expresamente el interés en el problema del ideal jurídico: en todas estas

> doctrinas, en efecto, el problema del ideal jurídico no significa, como a veces suele decirse erróneamente, un retorno al planteamiento tradicional de la especulación filosófico-jurídica, sino un medio para el entendimiento del Derecho Positivo, un instrumento con el que llegar a su comprensión formal. (p. 139)

Quiere decir que el positivismo jurídico, desde el punto de vista paradigmático, puede ser considerado como la transición del iusnaturalismo hacia la valoración de la seguridad, la autopreservación, la ostentación de un concepto absoluto de derecho, la determinación de lo justo y lo jurídico, entre otros.

Pero, como todo paradigma surge como oposición a otro de modo que su lógica afirmativa solo es transparente a partir del conocimiento del paradigma cuestionado; posteriormente al paradigma del positivismo jurídico tuvo lugar el constitucionalismo, y luego en franca oposición al primero el neoconstitucionalismo, término que únicamente alude a un nuevo constitucionalismo, en donde se da una diferente acepción al Estado de derecho y se conceptualiza de forma diferente al derecho mismo, lo cual lo convierte en una novedosa y diferente teoría del derecho.

Lo anterior, como paradigma, presenta una postura en donde se procura dar una explicación al fenómeno jurídico dentro de aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales el derecho se ha movilizado de la observancia de un legalismo a un constitucionalismo, en donde los derechos humanos institucionalizados y los principios jurídicos reconocidos constitucionalmente tienen una importancia sumamente relevante como actores activos dentro de los actos de autoridad.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> El Neoconstitucionalismo alude a una nueva visión del estado de derecho que parte del constitucionalismo, cuya característica primordial es la primacía de la constitución sobre las demás normas jurídicas y que vienen hacer la distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas constitucionales. (Gil Rendón, 2011, p. 43)

Una de las principales orientaciones que el paradigma del neoconstitucionalismo presenta es aquella que señala que la Constitución es una norma integrada por principios y reglas que sirven de rectores de la actuación de las autoridades estatales, así como de la aplicación del derecho. Por ello se le considera a la Constitución como una norma integrada, ya que contiene un conjunto de principios que son las que rigen todo el contenido del derecho

> Bajo esta concepción, la norma suprema o *noma-normarum,* es fuente de toda la producción jurídica, la cual está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados y su forma de interpretación y aplicación también es distinta al aleopositivismo, teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de la subsunción, muy distinto al nuevo método de la ponderación o balancing (balanceo). (Gil Rendón, 2011, p. 49)

Según esta orientación, la Constitución se encuentra integrada por principios institucionalizados que poseen una fuerza deóntica propia, esencial y característica de sí misma, pues ostenta la razón por su propia naturaleza; y hasta se asegura que su contenido es anterior al derecho positivo, esto con base en que este solo realiza el

reconocimiento de estos, pero en realidad no los crea. En todo caso, se considera que el contenido propio de esta es el único rector de su validez, debido a que este ostentará su misma naturaleza, reflejando de esta manera su realidad.

De esta orientación se desprende la postura que señala que "las bases axiológicas del Derecho y de todas sus ramas descansan en principios supranacionales que inspiran las normas jurídicas, al ser los elementos informadores del ordenamiento jurídico que se ubican en el plano de los valores" (Bejar Rivera, 2014, p. 3).

Dentro del neoconstitucionalismo se apertura la idea de que los derechos constitucionales son principios del tipo moral, esta postura la sostienen Alexy y Dworkin, entre otros, quienes así también consideran que este grupo de derechos se encuentran establecidos en la Constitución utilizando un lenguaje bastante amplio y abstracto precisamente para que a los operadores del derecho les sirvan de guía, mediante de una lectura moral que se hace del texto de la norma suprema.

Otro aspecto bien desarrollado en el neoconstitucionalismo es el de la aplicación del derecho, lo cual los autores neoconstitucionalista consideran tiene lugar mecánicamente subsumido en lo previsto dentro de la ley, pues ha dejado de estar identificado con el principio de legalidad; esto quiere decir que el derecho se estará aplicando en razón de las circunstancias específicas del caso concreto, teniendo siempre como principal fundamento la Constitución.

Luego de haber abordado de alguna manera los paradigmas del positivismo jurídico y del neoconstitucionalismo en forma separada, se pueden fácilmente denotar el antagonismo paradigmático que sucede entre ambos, sin dejar a un lado la idea de que

el término neoconstitucionalismo es posterior al de positivismo jurídico, por haber sido empezado a usar por los iusfilósofos de la escuela genovesa, aunque en opinión de muchos la primera exposición utilizando la terminología fue la realizada por Susana Pozzolo, quien en 1997 en Argentina participara en el Congreso de la Asociación Mundial de filosofía del Derecho y Filosofía Social, haciendo referencia al mismo sin poderse considerar como sustentadora de la misma; lo que hace de este primero una teoría que se contrapone a la ya existente, que en su caso era el positivismo jurídico.

Esta autora más bien deja claro que el neoconstitucionalismo se refiere a un movimiento teórico que aborda aspectos como la concepción, interpretación y aplicación del derecho, desde una perspectiva contrapuesta a la tesis propuesta por el positivismo jurídico; y precisamente esta división tripartita de la orientación iusfilosófica de esta corriente es la que hace que se le considere de cierta manera en forma plural, encontrándose autores como Carbonell que consecuentemente atiende a esta heterogeneidad, sin dejar a un lado el punto focal de esta teoría, que es el abordaje del Estado constitucional de derecho.

Por ello, el antagonismo no solamente radica en la conceptualización y concepción del derecho, y en la positividad del mismo como premisa imperante para su reconocimiento, sino que se agregan nuevas cuestiones, nuevas valoraciones, permitiendo entonces, un Estado constitucional de derecho, en el entendido de que al hablar del Estado constitucional se habla de aquel que cuenta con una Constitución, pero no considerada solamente desde su perspectiva formal, sino más bien material, lo cual la convierte en cierta manera en un tanto invasora.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Explicado de otra forma, en el primer caso la ley es la que impera, mientras que en el segundo caso la Constitución y sus principios son los que imperan. En cuyo caso se estaría frente un Estado Legislativo de Derecho, más que frente a un Estado constitucional de derecho.

En este sentido, mientras que el positivismo jurídico propugna que la ley positiva es la única capaz de imperar en un Estado de derecho, el neoconstitucionalismo, por su parte, establece que la Constitución es omnipotente desde cualquier perspectiva, asunto o caso, pasando a segundo plano la ley; aun va más allá en esta consideración al determinar que la ley y cualquier otro ordenamiento jurídico debe verse siempre desde el lente peculiar de la Constitución.

3.2. El positivismo y el neoconstitucionalismo como teorías generales del Derecho

No se considera ahondar demasiado en este apartado, puesto que ambas posturas ya han sido ampliamente desarrolladas en cada uno de los capítulos que se le ha concedido a cada una de ellas; sin embargo, es sumamente imperante hacer aquí un análisis puntual de cómo estas dos posturas como teorías generales del derecho han marcado evidentemente el curso del entendimiento de esta ciencia, contraponiéndose una a la otra.

Ha de comenzarse señalando entonces que luego del iusnaturalismo, como una tromba que buscaba la desintegración de las concepciones que fundamentaban aquel pensamiento, surgió el positivismo jurídico, el cual aunque con diversos significados y contenidos, puede decirse que fue una de las más importantes corrientes filosóficas y

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

científicas, de los siglos diecinueve y veinte; espacio de tiempo dentro del cual algunos autores como Kaplan (1968) consideran que existió "una variación considerable en esta postura" (p. 389).

Ha de tenerse en cuenta que, como teoría general del derecho, el positivismo jurídico tuvo como origen el movimiento cultural conocido como el Ilusionismo o la ilustración, dentro de la cual Immanuel Kant (2000) se distinguió como precursor del positivismo filosófico, ya que este autor consideraba que:

> La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. ¡*Sapere aude*! ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón! he aquí el lema de la ilustración. (p. 25)

Es a partir de este momento que el hombre comienza a tomar confianza en su propio entendimiento, así como también despertó a la idea de la autonomía de la razón, esto provocó que tuviera el comienzo de la comprensión de todo el sistema del mundo en forma autónoma e independiente de toda religión y autoridad, llegándose a observar que se dejó fuera a la teología y a la metafísica, por la descalificación que tuvieron sus pretensiones cognoscitivas y morales, por considerarse no confiables y a todas luces insuficientemente justificadas, por aquellas directrices únicas que han estructurado la razón y la experiencia del ser humano.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Todo ello hizo que el positivismo jurídico, como teoría del derecho, se concibiera como aquella "que concibe o acepta como su exclusivo objeto de estudio al derecho positivo y rechaza como derecho a cualquier otro orden normativo, aunque se le designe con ese nombre, como es el caso del derecho natural" (Kelsen, 2009, p. 465).

Esta forma de considerar la teoría del derecho orientaba al positivismo jurídico hacia tres experiencias fundamentales que propiciaban que este se erigiera como una ciencia del derecho, la cual a su vez promovía la concreción de ciertas descripciones relacionales funcionales que surgían entre las normas positivas y el objeto de la misma ciencia; y aterrizaban en la concepción de que era necesario negar toda existencia de normas que no fueran positivas, sin importar la fuente o el origen de estas, por ello se negaba la existencia de la metafísica jurídica.

Es con base en todos estos pensamientos que, como ya se ha señalado, Bobbio llegó a considerar al positivismo jurídico desde tres perspectivas distintas: como un modo de acercarse al estudio del derecho, como una concepción de este y como una determinada manera de conceptualizar la justicia. Lo que evidentemente denotaba la orientación positivista, puesto que esta en primer lugar exigía que se determinaran los elementos objeto de la consideración de la ciencia del derecho, y posteriormente se concretara en la unidad del concepto de que se trate.

El positivismo jurídico como una teoría del derecho brindó grandes aportes en muchas áreas de la ciencia jurídica, entre ellos se pueden mencionar: el derecho positivo nacional, el orden normativo constitutivo del Estado, y el derecho internacional, entre otras. En definitiva, porque la teoría del derecho a todas luces se ha dedicado

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

constantemente al abordaje del derecho positivo natural, por lo tanto esta orientación también lo hace, confirmando la existencia de un conjunto de normas, que se les debe conocer como derecho, las cuales desde varios aspectos deben ser considerados como el patrón de las normas jurídicas. Quiere decir que esta concepción es la que organiza al derecho como un medio integrados de las normas de derecho civil, de derecho penal, de derecho administrativo, etcétera.

Ahora bien, para completar el asunto abordado en este epígrafe, es menester también hacer una referencia al neoconstitucionalismo como teoría del derecho, a lo cual se hará referencia desde una perspectiva bastante paralela a todo lo que ya se ha hablado de esta corriente iusfilosófica. En todo caso, se debe tener en cuenta que la teoría del derecho precisamente en las últimas décadas se ha ampliado desde una multitud de contextos académicos, sobre todo en el ámbito europeo, ya que Latinoamérica se ha caracterizado más bien por el abordaje socio-jurídico de estas pautas de pensamiento.

Una gran transición de ideas y pensamientos se ha visto emerger a partir de la segunda mitad del siglo XX, en donde se comenzó a transformar la existencia de las constituciones que hasta el momento eran meros discursos que no poseían mayores vínculos con el ordenamiento jurídico, hacia convertirse en constituciones que pasaron a formar parte del eje central de los distintos ordenamientos jurídicos, lo que permite, a partir de allí, pensar en la supremacía constitucional, dentro de la cual los principios y derechos fundamentales ostentan un carácter obligatorio de parte del Estado.

Todo ello fue consecuencia del constitucionalismo que tuviera lugar más o menos a partir de 1950, en donde como señala Stone y Matthew, tuvo lugar "el nuevo

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

constitucionalismo que se extendió por todo el mundo, y que hoy en día no tiene rival como modelo de organización del Estado" (Stone Sweet y Matthews, 2013, p. 32).

Esto marcó una serie de preceptos que comenzaron a regir a los Estados, pero no circunscribiéndose exclusivamente a este ámbito, se extendió así mismo a lo penal, laboral, civil, entre otros, que comenzaron a no depender en forma propia únicamente del actuar legislativo o del principio de legalidad, sino que comenzaron a considerarse estrictamente condicionadas por la Constitución y el principio de legitimación que de ello se deriva, surgiendo de esta manera la constitucionalización del derecho.

Esta supremacía constitucional, o como algunos autores prefieren denominar control constitucional de las leyes, empezó a caracterizarse paulatinamente por la garantía y protección de los derechos fundamentales, lo cual primordialmente era conseguido a través del actuar de los jueces constitucionales; esto hace surgir a su vez una nueva perspectiva de Estado, entendiéndolo ahora como un Estado constitucional y democrático de derecho, modelo que se aprecia en un gran número de Estados contemporáneos. Esta nueva concepción impulso una diversidad de estudios y por ende de teorías relativas a la constitucionalización del derecho y del Estado, lo cual desembocó en el enfoque del neoconstitucionalismo como teoría del derecho.

O como señala Carbonell (2010):

> El Neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos que comienzan a surgir después de la Segunda guerra mundial, y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles

> de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones tienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre Estados y los ciudadanos sobre todo por la profundidad y el grado de detalle que recogen tales derechos. (p. 161)

Esta constitucionalización del derecho y del modelo de Estado ha permitido a su vez que sistemas como el guatemalteco, se acepte el control constitucional sobre las leyes que elabora tanto el organismo legislativo como el ejecutivo, realizado a través de la Corte de Constitucionalidad, la cual en forma continua verifica que todas ellas se mantengan en plena observancia y respeto de los postulados consagrados en la respectiva Constitución.

Dicha situación ha generado grandes transformaciones no solo en el ámbito jurídico sino en las sociedades y en los Estados de corte contemporáneo, puesto que en principio se ha impulsado cierto reconocimiento a nuevos derechos, los cuales dejan a un lado la antigua conceptualización de preponderancia única de los derechos individuales, para ponderar ciertos derechos colectivos, en donde se comenzaron a reconocer ciertos derechos culturales, o más bien a las distintas culturas existentes, sobre todo a aquellos pueblos nativos y ancestrales.

Todo ello ha marcado la nueva teoría del derecho, misma que se sustenta en el neoconstitucionalismo actual, o como algunos autores como Viciano y Martínez (2014)

han dado en llamar el "nuevo constitucionalismo", esto quiere decir que esta corriente como teoría del derecho:

> Apuesta, entre otros aspectos, a abrir espacios de participación directa de la ciudadanía para evitar la oligarquización del sistema político; extenderse las garantías y efectividad de los derechos sociales; establecer nuevos fundamentos axiológicos de vida en común; incorporar protección al medio ambiente como una política transversal que debe impregnar toda actividad social, extender los controles constitucionales a los poderes privados fundamentalmente a los poderes económicos que controlan y distorsionan los mercados; e intentar democratizar y garantizar la independencia del poder judicial, de los órganos de control de constitucionalidad y general de las instituciones de control sobre el poder político económico. Y por supuesto, resolver la exclusión u marginación de las minorías étnicas y sociales y los grupos vulnerables. (p. 72)

Estas concepciones principalmente dependen del hecho de que no puede hallarse una homogeneidad de conceptos entre los diversos autores seguidores del neoconstitucionalismo como teoría del derecho, pues se ha llegado a considerar hasta que el neoconstitucionalismo más allá que una teoría del derecho debe ser entendido como una teoría del poder, puesto que se considera esencialmente a esta postura, como un efecto del pensamiento analítico, debido principalmente porque se le tiene como el producto del análisis del valor jurídico que posee la Constitución, así como de otros aspectos, como su influencia y su jerarquía sobre el demás ordenamiento jurídicos; situando en el medio el papel y la aplicación de los principios constitucionales,

lo cual permite aterrizar, en el pensamiento que sigue Viciano y Martínez (2014), sobre que el neoconstitucionalismo:

> Es una teoría del derecho y no, propiamente una teoría de la Constitución, aunque tampoco pretende serlo. Su fundamento es el análisis de la dimensión positiva de la Constitución, para lo cual no es necesario adentrarse en los supuestos o condiciones de legitimidad democrática y de la formula a través de la cual la voluntad constituyente se traslada a la voluntad constituida. (p. 69)

Esto permite de alguna manera que el neoconstitucionalismo de lugar a una reivindicación del Estado de derecho, en su significación última, por lo que se puede considerar que esta corriente como teoría del derecho procura el sostenimiento de un Estado constitucional de derecho.

3.3. Derecho y moral

Partiendo de la idea de que mientras que el positivismo jurídico marca un desconocimiento rotundo del derecho natural, el neoconstitucionalismo considera un cierto retorno a la observancia de este; puede entonces comenzarse a analizar los dos términos de este tema; ahora bien, cuando se aborda el positivismo jurídico por lo general se atiende a la definición de Hart, quien se caracteriza porque sigue una postura abiertamente separa el derecho de la moral, llegaba a concretizar que las leyes son el derecho, y que por lo tanto aquella postura que sostiene que una norma injusta no es una norma jurídica es del todo falaz y no puede ser aceptada como cierta.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Autores como Atienza (2003) consideran que no existe una formula única para responder qué es el derecho, de hecho él sostiene que "no existe un concepto inequívoco de lo que es" (p. 25). Desde esta perspectiva ya no existen otros extremos además de las normas, que favorezcan la dilucidación de conceptos como norma y moral, por ejemplo.

Hart (1963) sostenía que:

> Dentro de esta corriente se puede afirmar que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral o entre el derecho que es y el que debe ser, que un sistema jurídico no tiene lagunas y las decisiones se deducen de reglas jurídicas preestablecidas. (p. 321)

Sin embargo, esta conceptualización presentó una crisis sumamente importante, la cual evidenció que era imperante realizar el análisis de la conexión entre derecho y moral, puesto que al momento en que se presentan problemas legales en los cuales el juez no puede recurrir a una norma jurídica específica, debe recurrir a la argumentación moral, de donde se deriva que es imperante que las normas posean un contenido ético y moral, lo cual les permitirá una aplicación justa y razonable.

Hart (1963), respecto de esta cuestión, considera que "en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así" (p. 230).

Aquellos que sostienen esta postura son quienes de alguna manera han discutido en forma contundente, sobre la naturaleza de la moral, por una parte, se le consideraba

desde la perspectiva naturalista y esto conllevaba a los pensadores a considerar que si el agua, el sol y otros elementos obedecían a las leyes naturales, porqué razón el hombre no procede de una manera idéntica, sino más bien se caracteriza por hacer lo contrario.

Como concepción teleológica se presenta una diferenciación entre aquellos enunciados que regularmente tiene lugar, y los que deben de alguna manera presentarse; por lo tanto, la orientación de lo que es el hombre y la moral se encuentra dirigido a considerar la consecución de su fin y objetivo específico, lo cual se realiza de forma consiente y no como otras leyes naturales que son concebidas en forma radical.

En fin, se debe entender que según el positivismo jurídico, existe cierta conexión que puede ser considerada contingente, pero no estrictamente necesaria, entre el derecho y la moral; de alguna manera existen algunos aspectos que permiten la conexión entre el derecho y la moral, entre ellos la existencia de un poder y autoridad, en donde se puede observar que "no solamente es posible que enormes cantidades de personas sean coaccionadas por normas que ellas no consideran moralmente obligatorias, sino que ni siquiera es verdad que aquellos que aceptan voluntariamente el sistema tengan que sentirse moralmente obligado a hacerlo" (Hart, 2007, p. 251).

Esto de alguna manera presupone que la mayoría de las personas sobre las cuales es aplicada la norma la aceptan sin limitaciones, pero además es necesaria la autoridad debido a que en definitiva es pertinente, porque la aceptación de la norma por parte de aquellos no proviene de una decisión u obligación moral, sino más bien es el simple

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

compromiso de aceptar lo que el derecho prescribe y por consiguiente de la aplicación de una sanción si este fuera el caso.

Ahora bien, debe tomarse también en cuenta el hecho de que la influencia moral en el derecho, si en dado caso existe esta tendrá lugar mediante de la incrustación de sus valores o principios, lo cual sucederá cuando precisamente estos se encuentren integrados al sistema jurídico. Además, como ya se procuraba abordar, el hecho de que el juez en un momento dado debe realizar una interpretación sobre aquellos casos que se presentan con un grado de dificultad mayor, deberá mediante la realización de una ponderación lograr alcanzar una respuesta justa para solventar la decisión que debe tomar.

Es precisamente en este actuar del juez en donde toman parte algunos principios morales; sin embargo, aun existiendo esta forma de deducir en forma lógica la solución para aquel conflicto difícil, no puede decirse que exista de igual manera una conexión entre el derecho y la moral. Esto va de la mano de la existencia de que existe un principio de legalidad, el cual refleja una moral interna del derecho, pero que no asegura enteramente que no puedan existir injusticias, ni opresiones.

Lo que se asevera en este sentido es que, aunque la norma en cierta forma sea injusta, no trae aparejado que sea inválida; dicho de otra forma, no puede sostenerse que, si la norma no es justa, este factor la pueda invalidar, o por el contrario que el solo hecho de ser justa conlleve su validez. Ahora bien, según el positivismo jurídico las normas más bien pueden tener cualquier tipo de contenido, y deberán ser respetados

independientemente de si tienen algún desmerito, por el simple hecho de que son parte del ordenamiento jurídico que rige a determinada sociedad.

En todo caso se debe decir que, desde la perspectiva del positivismo jurídico, aunque el derecho se encuentra influenciado por la moral, el concepto de este no posee una correspondencia necesaria en cuanto las normas morales, o sea que el derecho debe más bien poseer un concepto amplio con una variedad de cuestiones morales. Por otra parte, lo que trata de hacer aquí el positivismo jurídico más que diferencias, ha procurado separar al derecho y a la moral, lo cual ha sido altamente rebatido, concretamente por los constitucionalistas y neoconstitucionalistas.

Esto se debe porque existe una idea contrapuesta a aquella positivista que sostiene que prácticamente todo aquello relativo al cómo se debe comportar el ser humano debería ser considerado desde la pertenencia al ámbito moral, esto paralelamente a la ideación de que el derecho solo puede ser entendido como las normas positivadas.

Esta postura neoconstitucionalista, es desarrollado de una manera bastante importante por Dworkin, quien no se complica y fácilmente considera a los términos moral y derecho, como dos realidades intelectuales que aunque son distintas, pueden encontrarse interdependientes; sin embargo, aquel pensamiento tradicional no permite que se le piense de manera satisfactoria.

De tal suerte que concluye de cierta forma considerando que "el derecho no es algo distinto de la moral sino un aparte de esta" (Dworkin, 2007, p. 44) esta es la razón por la cual este autor considera que la teoría del derecho es una parte especial de la moralidad política, lo cual puede considerarse que es tratado de esta manera por

Dworkin, porque necesariamente está tratando de enfatizar que cuando él se refiere a la moral lo hace desde una perspectiva totalmente distinta de la cual lo harían la mayoría de juristas.

Este autor por otra parte, y en contraposición de la conceptualización positivista de que el derecho se trata de un conjunto de reglas que poseen cierta derivación formal y no de contenido, establece que si de confrontarse en cuanto a si el derecho se identifica con la moral se trata, a todas luces según el neoconstitucionalismo la respuesta sería que sí, puesto que únicamente a partir de allí, de la moralidad política, se podría revitalizar la consideración de que el carácter jurídico de esas exigencias, es precisamente lo que las lleva a criticarlas de esta manera, puesto que lo que se pretende es desligarlo del derecho natural.

De tal suerte que se considere a Dworkin (2002) como a quien se le atribuye:

> Las posturas que denomina neoconstitucionalismo ideológico (por la especificidad de la interpretación constitucional que presume la lectura moral) y neoconstitucionalismo metodológico (basándose en la conexión necesaria, identificativa o justificativa, entre derecho y moral que toma como parte de la teoría dworkiniana). (p. 96)

Desde estos parámetros, se puede decir que Commanducci caracteriza al neoconstitucionalismo metodológico como una tesis dentro de la cual cualquier decisión jurídica o judicial, se encuentra justificada si procede en última instancia de una norma moral. Lo cual es ampliamente sostenido por Raz (1975), quien, sin ser etiquetado dentro del neoconstitucionalismo, si sigue esta orientación; puesto que al

ser positivista jurídico lleva a cabo la "denominada tesis de la autonomía: consistente en que las reglas proporcionan razones adicionales" (p. 13).

Ferrajoli (2002) apunta mejor por señalar una postura diversificada en donde presenta alrededor de cuatro teorías, dentro de las cuales se encuentra la de la confusión:

> O sea, de la recíproca implicación entre cuestiones jurídicas y cuestiones morales; dicho en pocas palabras, entre derecho y moral. La (presunta) inmoralidad del aborto o de otras prácticas lesivas para el embrión, según este punto de vista, no es solo el presupuesto necesario, sino también la razón suficiente de su prohibición y punición. (p. 256)

Quiere decir que toda norma jurídica que pudiera ser creada dentro del contexto más terrible que provocara de forma indirecta un daño al menor, como es el caso de la norma del feto anteriormente abordada. Ahora bien, Ferrajoli (2002) establece una segunda posición, misma que es denominada "tesis de la separación", la cual se desarrolla bajo la consideración:

> Entre cuestiones jurídicas y cuestiones morales, es decir, entre derecho y moral. En ella, la reprobación moral de un determinado comportamiento, como por ejemplo la destrucción de un embrión, no es por sí sola una razón suficiente para justificar la prohibición jurídica. Se trata, como es sabido, de la tesis ilustrada sostenida por Hobbes, Locke y después por todo el pensamiento laico y liberal de Bentham y Beccaria a Mill, hasta Bobbio y Hart. Sobre esta tesis de la recíproca autonomía se basan tanto el derecho como la ética moderna: de un lado la secularización del derecho y del Estado, del otro el fundamento de la

> ética laica sobre la autonomía de la conciencia antes que sobre la heteronomía del derecho. Según esta tesis, el derecho no es no debe ser, pues no lo consiente la razón jurídica ni lo permite la razón moral un instrumento de reforzamiento de la moral. (p. 256)

Esta postura no procura únicamente ofrecer una tutela para la moral, sino que más bien se procura seguir dentro de esta postura la búsqueda de la tutela de las diversas concepciones morales presentes en la sociedad; pues lo que se persigue es asegurar la paz y la convivencia civil, evitando o disminuir los daños que las personas puedan ocasionarse unas a otras. Esto es lo que trata de asentar Hobbes, cuando señalaba que el derecho y la moral pueden representarse como dos círculos que tienen el mismo centro, pero a su vez penden de las mismas diversas circunferencias, más amplia la de la moral, más restringida la del derecho.

Entonces, no se trata de supeditar el derecho a la moral, sino de defender que el Derecho conlleva también un elemento moral, valorativo precisamente. De esta forma de considerar cada uno de los aspectos de la teoría del derecho, el neoconstitucionalismo arriba a la idea de que valorar positivamente el proceso de constitucionalización de los derechos y perseguir propugnar su defensa y ampliación.

Es a partir de ahí, y de la tesis de la necesaria conexión entre el derecho y la moral, que muchos de sus promotores como lo son Comanducci, Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, entre otros, pasan a sostener la tesis de la obligación moral de obedecer no solo a la Constitución, sino también a su contenido; de esta suerte tiene lugar la postura del neoconstitucionalismo bajo la consideración como una variante del positivismo

ideológico, es decir, la observancia de la doctrina que predica una obligación moral de obedecer el derecho, la cual para muchos puede ser tildada de errónea, arrogante y equivocada.

Por eso, en última instancia es importante señalar que según muchos autores, la idea de "la constitucionalización del Derecho ha hecho insostenible el principio positivista de la separación del derecho y la moral; por lo tanto se ha restablecido la conexión entre las dos esferas" (Ruiz Manero y Ferrajoli, 2014, p. 177). Quiere decir que según estos dos autores, no puede hablarse de una separación del Derecho y la moral, sino más bien esta unidad será la que propiciará de alguna forma la creación de las reglas y la aceptación de los principios que regirán la conducta del hombre.

3.4. Principios y reglas

Este aspecto resulta ser uno de los puntos más básicos dentro de los cuales se puede observar de forma aún más evidente la oposición entre el Positivismo Jurídico y el Neoconstitucionalismo, únicamente superado quizá por el debate existente entre derecho y moral que fue tratado anteriormente. Hay quienes hacen una diferenciación muy clara entre ambos, otros que se refieren a los principios como reglas, y otros que han llegado a considerar que "si existen principios en el derecho, entonces es inviable una concepción positivista del derecho" (García Figueroa, 1998, p. 29).

El origen de los principios y las reglas, tomados como verdaderamente ciertos y fundamentales, para algunos estudiosos como Comte (2017) tuvieron lugar luego de que:

> El organismo politeísta de la antigüedad, la moral, radicalmente subordinada a la política, mostrara que no podía nunca adquirir ni la dignidad ni la universalidad convenientes a su naturaleza. Su independencia fundamental, e incluso normal ascendiente, resultaron, por fin, en cuanto era posible, del régimen monoteísta propio de la edad media; este inmenso servicio social, debido principalmente al catolicismo, formará siempre su más importante título al agradecimiento eterno del género humano. Solo después de esta indispensable separación, sancionada y completada por la división necesaria de los dos poderes, pudo comenzar realmente la moral humana a tomar un carácter sistemático, estableciendo, al abrigo de los impulsos pasajeros, reglas verdaderamente generales para la totalidad de nuestra existencia personal, doméstica y social. (p. 43)

Este pensamiento orienta a la consideración de que según la teoría del positivismo jurídico, se inclinaba a apoyar la inmensa experiencia que posee actualmente la humanidad, y que precisamente las reglas de conducta, como corolario inevitable, del establecimiento de la especificación exacta de la influencia real, ya sea directa o indirecta, así como privada o pública, propia de cada acto, de cada costumbre, sentimiento o inclinación, saldrían a regir estos aspectos de forma general o especial, marcando un orden universal, teniendo por lo tanto una exigencia primordial orientada hacia la consecución de la felicidad y bienestar individual.

En realidad lo que este autor perseguía era dejar claro que para el positivismo el conocimiento no tenía nunca como único y ulterior fin el ahora mismo, sino por el contrario se encontraba dirigido hacia el logro de una eliminación progresiva de la

irracionalidad inherente a lo individual, esto principalmente porque propugnaba una reducción de los esquemas de constantes generales; esta es la razón por la cual, como otros positivistas de su época, él consideraba que a lo que se solía denominar existencia de los seres, no era más que la determinación de un lugar cierto en donde tenía lugar un fenómeno en la serie casual de los esquemas.

Dworkin, por ser un jurista que aportó un gran contenido e ideas únicas a la teoría del derecho, también fue quien en principio se refiriera a la existencia de principios dentro del orden jurídico, realizando de esta manera una franca critica al positivismo jurídico por no haber podido identificar la validez formal de los principios que tienen lugar en todo sistema jurídico, puesto que estos precisamente llevan a cabo diferentes e importantísimas funciones dentro del derecho, aspecto que sostiene Cárdenas Gracia (2005), para quien estos realizan una función importante "en la producción, en la interpretación y en la integración del derecho" (p. 117).

Es fácil entender la postura de este estudioso, puesto que debe tenerse presente que cuando se habla de la producción del derecho, es lógico considerar que los principios se encuentran presente limitando el actuar legislativo; por lógica este no podrá entonces crear normas que atenten en contra de los principios fundamentales de la ley, pues esto convertiría a la norma en inválida, ya que los principios mismos son una especie de parámetro de medición de la legalidad misma.

Ahora bien, los principios nutren de igual manera la interpretación que se haga de la norma, puesto que pueden llegar a ser utilizados para justificar las interpretaciones jurisdiccionales, las cuales para ello deberán adaptar la misma a un determinado

principio. Asimismo, cuando se habla de la integración del derecho mediante los principios, se sostiene que el órgano jurisdiccional, luego de intentar el argumento analógico en forma fallida, debe recurrir a los principios como premisas propias del razonamiento que permiten arribar a conclusiones específicas, que en su caso serán elaboradas y formuladas por quien realiza la interpretación.

Estas tres funciones nutren la idea de que los principios deben identificarse de cierta forma como normas, tal y como lo sostiene Guastini (1999):

> Bajo el entendido de que únicamente se estará hablando de alguna forma de una cuestión de grado, puede decirse que los principios son normas generales y quizá hasta vagas, sobre todo porque tienen un contenido ideológico y pragmático, toda vez que lo que expresa es un valor, el cual de cierta manera persigue un fin. (p. 39)

Atienza y Ruiz Manero (2001), por su parte, consideran que debe existir otra forma de distinción de los principios, ya que estos "deben distinguirse hacia afuera, externamente de otras pautas de comportamiento que integra un derecho. Se parte de la idea de que los derechos están formados por normas, (...) y que las normas pueden a su vez ser reglas o principios" (p. 106).

Este autor, para entender la problemática de los principios y las reglas, sigue dos enfoques, uno de ellos es el estructural de la distinción y el otro aborda a estos como razones para la acción. En el primer caso, Atienza presenta la solución desde la perspectiva de la formulación de un esquema condicional. Esto quiere decir que parte de la idea de que debe crearse una "correlación caso/solución (lo que significa no

aceptar, ni negar que las normas sean entidades lingüísticas, sino tan solo que puedan expresarse en un lenguaje)" (Atienza y Ruiz Manero, 2001, p. 107). La otra manera de entender los principios y reglas, según Atienza, es aquella que las tiene como razones para la acción, en donde marcadamente se entiende a los primeros como pautas dirigidas a las autoridades normativas y a los órganos jurisdiccionales, quienes son los encargados de resolver los asuntos de derecho sometidos a su conocimiento, y que tienen el deber de hacerlo jurídicamente.

Kelsen tuvo también una participación bastante importante sobre el tema, puesto que en el momento en que él realizó su teoría pura del derecho, reconoció que la validez de una norma jurídica positiva descansa en la fundamentación que obliga a la obediencia de determinada conducta, mediante un procedimiento argumentativo en el cual por una parte se debe observar una premisa mayor, la cual estará representada por una norma válida que ordena cierto comportamiento específico para una determinada persona; y por otro lado, una premisa menor que afirma un hecho, el cual es el que dicta que dicha persona ha de actuar de la manera determinada.

En este orden de ideas, "la premisa menor funciona como la constatación de un hecho, en tanto, la premisa mayor determina la validez de la norma que obliga obedecerse, que funciona como conclusión" (Kelsen, 1993, p. 201).

Frente a la forma en que Kelsen aborda el tema se encuentra la opinión que señala existe un problema en cuanto a la identificación de los principios no expresos, principalmente porque estos se derivan de la actividad jurisdiccional; o sea, que estos principios nacen de la interpretación que realizan los jueces, lo cual la convierte en una

fuente creadora de principios. En este caso, se habla de que el juez al momento de invocar principios no expresamente consignados en la constitución o una ley, este obligará al cumplimiento de la sentencia, basada en un principio no expreso.

El punto de vista de Hart, respecto a los principios y las reglas es uno de los más importantes dentro de la teoría jurídica contemporánea, juntamente con la opinión opuesta que sostiene Dworkin, aspecto que más adelante se tratará, pues por el momento se centrará en el estudio de la regla del reconocimiento que expresa Hart como fundamento del sistema jurídico. Esta postura, que es un tanto compleja parte de la idea de que tanto los particulares como los órganos jurisdiccionales tienen autoridad para determinar e identificar aquellas reglas primarias de obligación.

Lo anterior puede seguir un sinfín de criterios identificadores del derecho, aunque por lo general se encuentran en la Constitución escrita, en las prácticas consuetudinarias, los precedentes judiciales, y las sentencias jurisdiccionales; pues todos ellos permitirán alcanzar una provisión de posibles soluciones a conflictos posteriores. "La regla de reconocimiento, en la mayoría de los casos, no se expresa abiertamente, sino que su existencia se muestra en la forma en que las reglas particulares se encuentran identificadas, en los tribunales o por otras autoridades" (Hart, 1963, p. 125).

Quiere decir que, según Hart (1963) el simple hecho de que tenga lugar el reconocimiento de un principio, a través de las distintas resoluciones de las autoridades correspondientes, le da vida al mismo, y por ello si este es utilizado con frecuencia se encontraría formando parte de este reconocimiento, lo cual de cierta forma lo hará

formar parte de los enunciados internos que se aplicaran a la regla particular dentro del sistema jurídico.

Este autor continúa señalando que:

> (...) la regla de reconocimiento resulta ser de alguna manera aquella que determina la validez de las demás reglas del sistema como una regla última; lo cual cuando existen varios criterios, empuja a que se cree una subordinación y supremacía relativa entre estos, en donde prevalecerá uno de ellos como superior; siendo necesario en todo caso que las reglas identificadas por referencia a él sean reconocidas como regla del sistema, aunque contradigan algún criterio, salvo que el criterio de referencia del que se trate sea el supremo, pues en este caso no serían reconocidas. (Hart, 1963, p. 125)

Esta postura hace una diferencia respecto a lo considerado por Kelsen, como se pudo ver anteriormente; aunque es una diferencia muy sutil, puesto que este considera que una norma puede ser válida aunque contradiga el contenido de una norma superior, según su postura de la regla fundante básica; mientras que de lo referido en el párrafo anterior por Hart es evidente que la regla de reconocimiento no únicamente fija criterios formales de validez de otras reglas sino también se encuentran aquellos criterios de orden material, pero que esencialmente deberán ser interpretados por una autoridad por medio de criterios formales, que le permitan ser considerados como tal.

Ahora bien, entre las posturas de Dworkin y Hart también existe cierto debate, que es importante mencionar, puesto que el primero sigue la orientación que señala que la regla del conocimiento no establece ninguna clase de criterios para identificar los

principios del Derecho, mientras que el segundo basa su argumentación en forma opuesta al considerar que la regla del reconocimiento efectivamente establece criterios que identifican a dichos principios. Es inevitable darse cuenta que Dworkin arremete contra el positivismo metodológico, cuestionando sobre todo la temática dirigida a abordar la discrecionalidad judicial.

Es a partir de aquí de donde este autor considera que el positivismo jurídico podría decirse que agota de alguna manera al derecho dentro de las normas jurídicas, de manera que cuando tiene lugar un caso específico que no cuenta con una norma que lo sustente, es precisamente el juez quien se encargara de resolverlo mediante su discrecionalidad, de tal suerte que la autoridad jurisdiccional en este caso no estaría imponiendo derecho; por ello este autor sostiene que estos órganos hacen uso de aquellas directrices políticas y de los principios, al momento de aplicar la mencionada discrecionalidad.

Por esta razón se puede decir que él establece ciertos criterios que hacen una distinción entre las normas y los principios, puesto que considera que los criterios que forman una norma, hacen que el hecho sea válido o no, automáticamente en todos sus aspectos, o a la vez en ninguno; sin embargo, cuando se trata de los principios se deberá tener en cuenta que estos instituyen consecuencias que no necesariamente serán obedecidos en forma automática; puesto que estos en principio para ser ascendidos en su importante observancia tendrán previamente que haber "luchado a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúa" (Dworkin, 2002, p. 99).

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Lo anterior trae consigo una falta de positividad en los principios, así como un carácter variable e innovador, por lo tanto, se convierte de alguna manera en casi imposible el establecimiento de criterios simples, lo cual hace que la regla del reconocimiento comprenda tanto a los principios como a las reglas.

Hart por su parte tiene una sustentación totalmente opuesta a la de Dworkin, y de la cual este último ha presentado críticas bastante regias como las anteriormente señaladas; sin embargo, Hart procura hacer entender que la distinción que tiene lugar entre los principios y las reglas es una cuestión meramente de grado como se señalaba anteriormente, y que no se trata de un carácter del todo o nada, como lo pretende sostener Dworkin; en todo caso, una regla no puede determinar el resultado de un caso dentro del cual se aplica, bajo la observancia de que si el principio que la justifica es desplazado por otro este entonces tendrá una naturaleza subordinada.

Por último, es importante mencionar que Hart considera que no puede erróneamente creerse que los principios no identifiquen a la regla de reconocimiento; así como que esta exclusivamente proporciona criterios relativos a las reglas; esto debido a que no todos los principios pueden ser identificados a través de una interpretación constructiva, en este orden de ideas este autor sostiene que "las reglas jurídicas y las prácticas, que son el punto de partida de la labor interpretativa de identificar los principios jurídicos no-expresos, constituyen al derecho preinterpretativo" (Hart, 2000, p. 43).

En este orden de ideas, es preciso establecer que la distinción entre principio y regla dentro del positivismo jurídico se basa casi exclusivamente en criterios de grado, el

cual radica en su contenido propiamente dicho; mientras que para el neoconstitucionalismo consideran que esta distinción "es vital para la teoría de los derechos y sobre todo los fundamentales" (Alexy, 2008, p. 81), puesto que estos son evidentemente mandatos de optimización, desde el entendido de que los principios son normas que ordenan que algo sea llevado a cabo dentro de los parámetros mejor posibles, tanto dentro del ámbito jurídico como real, mientras que las reglas son más bien mandatos definitivos; dicho de otra forma, son normas que únicamente pueden ser cumplidas o no, puesto que si una norma es válida se tendrá que hacer o dejar de hacer lo que ella ordena.

3.5. Ponderación y subsunción

Existen dos métodos u operaciones básicas al momento de realizar la aplicación de la ley, estas son la ponderación y la subsunción, esta segunda mucho más abordada por la doctrina en las últimas décadas en comparación de aquella primera, en la cual aún hacen falta muchos aspectos por aclarar y comprender. La gran mayoría de aquellos que apuestas por la ponderación, apuestan por sostener que este es un método que posee dos estadios, en donde el primero se ha de realizar la ponderación propia, sobre uno y otro de los derechos o principios que se enfrentan en el caso que se enjuicia, a la vera de las circunstancias que individualmente este presenta. Esta ponderación hace surgir una regla, en donde el supuesto de hecho se encuentra formado por las particulares circunstancias del caso en cuestión, y además por las consecuencias jurídicas que se encuentran contenidas dentro del principio vencedor.

En aquel segundo estadio que se menciona, existe una subsunción de los hechos que se juzgan en el caso concreto y que resultan del paso anterior, bajo la proyección de la regla que hubiese resultado, tal y como se señaló. Esto quiere decir que según este proceso existe una fase de pesaje de principios y una de subsunción bajo la regla surgida de la primera. Al respecto Alexy (2009) señala:

> La estructura formal de la subsunción puede ser representada en un esquema deductivo, el que puede llamarse, la fórmula de subsunción. Existe además un esquema análogo para la estructura formal del balanceo o evaluación ponderativa, el cual se denomina, la Fórmula del Peso. En resumen, la subsunción y la ponderación tienen esquemas análogos, mediante los que puede ser identificada la estructura formal de un conjunto de premisas que garantice la inferencia de un resultado legal. La relación en ambos casos, entre las premisas y la derivación del resultado legal, es, sin embargo, diferente. La Fórmula de Subsunción es representada por un esquema que funciona de acuerdo a las reglas de la lógica, mientras que la Fórmula del Peso lo hace mediante un esquema que opera de acuerdo a las reglas de la aritmética. A pesar de esta diferencia, las dos fórmulas son similares, en cuanto refiere al juicio existente en la base de la argumentación. (p. 40)

El otro método u operación que tiene lugar al momento de la aplicación de la ley, es aquella de la subsunción, y que no es demasiado complicado de explicar puesto que puede resumirse diciendo que consiste en la simple mecánica de hacer encajar, subsumir, los hechos bajo el supuesto de la norma considerada como general y abstracta, y que además tiene un carácter preexistente; en otras palabras, será el

actuar mecánico que mediante el uso de las reglas más elementales de la lógica deductiva, le presentan una solución al caso concreto.

Ahora bien, es importante señalar que para el positivismo jurídico; en donde se considera que el derecho se encuentra compuesta de manera exclusiva y predominante, por preceptos de orden legislativo, los cuales han sido promulgados en forma explícita y deliberada por aquellos órganos centralizados específicamente creados para ello, y no por la influencia creadora de las normas consuetudinarias o por la jurisprudencia; la inferencia lógica deductiva del razonamiento jurídico procede precisamente de la necesidad elemental de concebir un orden jurídico inflexiblemente dividido entre las fuentes de creación y los órganos de aplicación del derecho.

Esta forma de consideración positivista únicamente se logra a través de que se le otorgue al legislador y a su función, el carácter de ser un acto racional supremo del cual no dimana ningún cuestionamiento; esto de cierta forma propiciaría que se obviaran un sinfín de aspectos prácticos, que se encuentran involucrados precisamente con ese actuar jurídico que tiene presencia día a día.

Si se quiere comprender bien lo que es cada uno de estos métodos, lo mejor es estudiarlos tratando de seguir alguna de las tantas orientaciones que presentan en su caso, por ser la ponderación la más basta respecto a literatura, se tratará de seguir lo expresado por Moreso (2002) al citar a Guastini, en donde se pueden distinguir tres aspectos distintivos de la ponderación:

1) La ponderación se realiza entre dos principios en conflicto, P1 y P2, cuyos supuestos de hecho se superponen parcialmente, entre los que hay una

antinomia de carácter parcial-parcial. Siendo así, no vale para resolver esta antinomia ninguno de los tres criterios generales para la resolución de antinomias: no vale lex superior derogat inferiori, porque por hipótesis se trata de principios del mismo rango jerárquico: principios constitucionales, no vale lex posterior derogat priori, porque por hipótesis se trata de principios expresados en un mismo documento normativo, de principios coetáneos, no vale tampoco lex specialis derogat generali, dado que la antinomia es parcial-parcial no hay relaciones de especialidad entre dichos principios.

2) La ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor. Como resultado de la valoración, un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable.

3) La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que se establece en su aplicación al caso concreto. Por ello Guastini la denomina, de forma muy adecuada, como jerarquía móvil, es decir, aunque en un caso concreto P1 desplace a P2, bien puede ser que en otro caso P2 desplace a P1. La conclusión es, en palabras de Guastini (p. 171), la siguiente: "el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro (...); toda solución del conflicto vale solo para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros. (p. 230)

Esta forma de considerar la ponderación la presenta como una actividad radicalmente subjetiva, esto derivado por la consideración del mismo autor sobre que la jerarquía axiológica a la cual él se refiere, se trata del resultado de los juicios de valor que hace quien interpreta la norma, y en definitiva como señala este todo juicio de valor radicalmente tendrá una naturaleza subjetiva. Además, también debe tomarse en cuenta el carácter móvil que este autor le otorga a la interpretación de los principios y normas, estableciendo que solo valen para el caso concreto; lo cual puede redundar en el rechazo de la racionalidad subsuntiva; por ende, sustituirla por la racionalidad narrativa, lo que limitaría su aplicación a la generalización de casos o circunstancias.

Se debe tener presente que la ponderación se encuentra presente a lo largo de todo el derecho. Aunque como se verá seguidamente hay casos sencillos en que se puede resolver por medio de la subsunción; pero, en aquellos casos en donde se encuentra un grado de dificultad mayor puesto que se pueden hallar razones tanto a favor como en contra será en donde la ponderación tendrá que entrar a participar, esto se debe a la ubicuidad de esta dentro del derecho, lo cual es reforzado por la estructura que presenta el Estado constitucional, puesto que al tenerse como superiores a los derechos constitucionales, las decisiones judiciales y las demás leyes se encontrarán restringidas a lo establecido en la propias constituciones.

El uso de un enunciado de subsunción cumple una doble finalidad:

i) Opera de acuerdo con una lógica deductiva, como la operación mediante la cual se declara que un hecho jurídicamente relevante se adecúa a la norma jurídica que lo determina.

> ii) Opera como herramienta de identificación o pertenencia de un elemento a su sistema. En el caso del derecho, bajo el uso de un enunciado de subsunción se declara al ser una norma jurídica general aplicable a un caso particular, que dicha norma hace parte del sistema jurídico en términos de validez donde, el operador judicial en el momento de determinar solución normativa hace un examen de la aplicabilidad de la norma jurídica en cuestión, presentándose como criterio primigenio de aplicabilidad de las normas jurídicas su validez y, si esta es válida, es por lo tanto, una norma jurídica que hace parte del sistema jurídico. (Agudelo Giraldo, 2017, p. 24)

Esta inclinación por considerar que la subsunción se inclina por la lógica deductiva no es exclusiva de este autor, puesto que otros, como Alexy con una fórmula que se abordará más adelante, también así lo consideran, aunque lo explican de una manera un poco más compleja e integral puesto que incluyen en la resolución de los conflictos también a la lógica formal, esto principalmente porque aunque así se quisiera estos no tienen una aplicación general o suprema en todos los casos que tienen lugar en el derecho, esto principalmente debido a que el derecho mismo, las normas jurídicas y los conflictos que surgen de ellas tienen un carácter y naturaleza dinámica, aunque no han faltado juristas que traten de generar teorías como la del silogismo jurídico de Karl Engisch, en donde presenta dos modos, en los cual existe una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión; la primera constituye una proposición jurídica concreta, la segunda consiste en la subordinación de un hecho concreto o un caso, dentro del supuesto de hecho de la proposición jurídica, para llegar al tercero, que es la

conclusión, que se trata ni más ni menos de la consecuencia jurídica concreta, o sea la aplicable al hecho concreto.

Por otra parte, a sabiendas que la omnicomprensión o la omniaplicación, en el derecho no es más que una utopía que se ha procurado seguir por algunos soñadores es que han surgidos fórmulas para tratar de resolver de una manera matemática y lógica la subsunción de las normas. En este orden de ideas, Alexy (2009) señala que:

> La Fórmula de la Subsunción contiene premisas que se incluyen en la subsunción en sí, una norma, ya sea expresado en una regulación o emanada judicialmente, las reglas semánticas que vinculan el concepto empleado para expresar el antecedente de la norma con el concepto empleado que describe el caso, la descripción del caso y finalmente, el juicio legal que expresa la solución del caso, el cual se sigue lógicamente de la norma y de la descripción del caso. (p. 40)

Esta fórmula que presenta Alexy para explicar la subsunción, no resulta del todo una excelente manera de agotar la deducción de la ley, puesto que en primer lugar se pueden encontrar otras normas que resulten aplicables y que prevean una solución distinta. Entrando aquí la ya abordada ponderación, pues esta podría representar en este caso una forma de solución; pero si lo que se está aplicando es la subsunción, se tendría que ir a la consideración de los meta principios o principios generales antes mencionados que indican que la ley superior deroga a la inferior, o la más antigua a la nueva o la especial a la general. Esto prácticamente tendría que ser una segunda subsunción o como algunos prefieren denominarle meta-subsunción.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES USAC SECRETARÍA

La fórmula presentada por este autor resulta ser un intento por formalizar la estructura deductiva en la resolución de un conflicto de normas, mediante la utilización de las herramientas que presenta la lógica estándar. Sin embargo, el problema que se presenta en este caso primordialmente yace en el hecho de que aún no se ha logrado aclarar si la lógica estándar debería ser modificada según las particularidades del hecho de la resolución de frecuentes conflictos.

Observando estos dos métodos de aplicación de la ley desde el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo, se debe señalar que la ponderación dentro del primero se le realizan numerosas críticas, pues ha de recordarse que esta corriente filosófica no sostiene la jerarquización de las leyes, como lo hace el constitucionalismo, en cuyo caso principalmente existe una oposición en cuanto a que la fundamentación de la decisión preexista a la decisión del caso individual, pues entonces se le otorga al legislador y no al juez la capacidad de aplicación de la ley, lo cual podría considerarse una errónea manera de distribuirse el poder.

Otro aspecto que puede considerarse como un problema desde la orientación del positivismo jurídico es que este propugna y apoya la subsunción de la ley, desde el planteamiento de la conducta del ser humano hasta la norma, por ello se sostiene que el juez será quien al momento de resolver anteponga sobre cualquier otro el caso concreto que analiza, esto podría propiciar que fuera influenciado por algún factor extrajurídico, lo cual no solo llegaría a ser un grave problema en el ordenamiento jurídico, sino que además atentaría contra la predictibilidad y la pretensión de justicia que deben ostentar las decisiones judiciales.

En cuanto al neoconstitucionalismo, que prefiere el método de la ponderación, y en donde se valora la existencia de una naturaleza axiológica de las normas constitucionales, que pueden y deben ser observadas como modelos argumentativos dentro de las relaciones que tienen lugar entre la Constitución y la actividad legislativa, la cual de cierta manera se encontrará a su vez bajo un control judicial, para lo cual cuidadosamente se procura no dejar ningún espacio exento del mismo.

Por ello, resulta más acertado señalar que en este caso la seguridad y predictibilidad dentro de las decisiones judiciales es más fácil de ser alcanzadas cuando se refiere a reglas, ya que hablar de subsunción implicaría exclusivamente de un acto de fundamentación en derecho, un simple ejercicio de racionalidad pura, de actividad lógica, el seguimiento de un silogismo. Lo cual se trata de evitar mediante la ponderación, misma que se encuentra dirigida a tutelar la discrecionalidad judicial.

3.6. Los jueces y el estado democrático

Hablar del actuar de los jueces dentro de un Estado democrático es comenzar a remover algunas de las más escabrosas discusiones que han tenido lugar entre los estudiosos de la teoría del derecho, puesto que la democracia misma no puede definir lo que es ella en sí misma, sino únicamente puede llevar a cabo esta cuestión mediante el respeto a la ley que expresa la voluntad de la mayoría, de igual forma no puede aceptar bajo ninguna circunstancia actos de poder público, que integren o que apoyen la ilegalidad o en su caso la ausencia o contravención del Derecho.

En este orden de ideas, se debe estar claro que el actuar de los jueces se encuentra asentado en las bases que los consideran como garantes de los valores, principios y

derechos que son identificadores de la democracia constitucional, ya que precisamente ellos serán los encargados, entre otros, de estructurar el andamiaje político con los métodos y teorías que tienen lugar al momento de la interpretación constitucional como garante de la justicia material y vivo reflejo de la importancia del papel de los jueces dentro del estado constitucional de Derecho.

Claramente, se debe entender que se ha promulgado que, en toda democracia constitucional, se puede observar la efectividad de la justicia a través de cada una de aquellas decisiones que toman los diversos órganos jurisdiccionales expresando de tal suerte la majestad que conlleva la administración de justicia, la cual innegablemente es propia del Estado de derecho.

Bockenforde (2000) considera además que existe una inclinación ávida hacia un concepto material de Estado de derecho, el cual se encuentra orientado a "determinar los valores y principios superiores del Derecho" (p. 40) lo cual de alguna manera permite el nacimiento de cierta situación jurídica justa desde la perspectiva del sentido material.

Aunque no es necesario hacer una línea del tiempo bien definida de cómo la teoría del derecho en primer término comenzó con las orientaciones iusnaturalistas, para luego dar un salto dentro del positivismos jurídico, en donde surgieron fuertes discrepancias y controversias, como la existente entre Hart y Dworkin, pues mientras que el primero introduce dentro del concepto del derecho, la diversidad de decisiones propias de la discrecionalidad, esto es abiertamente cuestionado por el segundo, quien afirma que en las decisiones judiciales, los jueces únicamente pueden conceder una respuesta

correcta en el momento de tener lugar un caso difícil, porque la respuesta exclusivamente se basara en aquellos aspectos que sean parte de los principios que constituyan el derecho constitucional que se está administrando.

Esta disputa entre dos grandes representantes de dos posiciones sumamente importantes de la teoría del derecho, como lo es el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, sigue siendo una de las controversias teorías más interesantes que han tenido lugar dentro de la filosofía del derecho en la última mitad del siglo pasado; a la cual por no ser el objeto de nuestro estudio no le prestaremos la atención que de ser otro el caso sería pertinente.

Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que una mejor convivencia social puede ser garantizada de una manera más amplia, a partir del respeto a los principios, sin pretender entrar a considerar que esto agota la solución correcta de los problemas jurídicos, pues debe tenerse en cuenta que estos podrían ser reducidos y serían de más fácil solución si se llegara a lograr que las políticas constitucionales y, por ende, los ordenamientos jurídicos de alguna manera garantizaran la prestación de los derechos sociales, económicos y culturales de los ciudadanos, como parte del compromiso ineludible del Estado; procurando de tal suerte una distribución de los recursos de una manera más equitativa para todos los ciudadanos, lo cual a su vez permitiría un libre juego sobre todo en el ámbito económico y promovería el desarrollo de los derechos individuales, sin dejar a un lado las limitaciones que estos les imponen a los derechos de justicia.

Regresando de nuevo a reflexión que se hace del actuar de los jueces y el Estado democrático, también es menester señalar que cuando se trata del derecho dúctil, algunos autores como Zagrebelsky se alejan de la orientación del positivismo jurídico y prefieren inclinarse un tanto más hacia al naturalismo, aspecto que caracteriza de alguna manera al neoconstitucionalismo, y su inclinación por la interdependencia entre derecho y moral, lo cual permite que pueda sostenerse que el Estado constitucional responde de cierta forma a la tesis que afirma:

> 1) Los derechos subjetivos (inviolables) son completamente independientes de la ley; es más, son previos y supraordenados a la ley, y protegidos, porque encentran su fuente en la constitución.
>
> 2) Los principios de justicia positivizados en la Constitución son igualmente independientes de la ley, previos y supraordenados a ésta, y por tanto inviolables para el legislador. (Guastini, 1996, p. 112)

Estas reglas de alguna manera son las enmarcadas por Hart en su regla del reconocimiento, cuando reconoce como legítimas las prácticas sociales al ser aplicadas por el juzgador cuando resuelve un determinado conflicto, tomando en cuenta que estas se aplicarán a falta de reglas primarias, puesto que aquellas como una forma de presión social, ejercen en cierta forma una función conceptualizadora del derecho, por la misma observancia de las reglas del reconocimiento que marcaran los parámetros de aquella justicia material que se busca alcanzar dentro del positivismo jurídico.

No puede dejarse de observar la postura opuesta al positivismo jurídico que dentro del neoconstitucionalismo se puede visualizar, entendiendo este desde la perspectiva de la

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

teoría del derecho, se puede observar como imperante y característico, en las funciones de los jueces, un control difuso de la constitucionalidad; por ello se puede observar la gran labor de grandes estudiosos por desarrollarlo y procurar comprenderlo, haciendo cierta diferenciación entre los jueces ordinarios y los jueces constitucionales como tiende a ser la inclinación dentro del neoconstitucionalismo.

A pesar que el control difuso, desde una perspectiva general tiene como antecedente al *judicial review,* que no se encuentra ejercido en el contexto institucional del primero, sino que más bien representa una estructura jurisprudencial, como se pudo observar en el caso Marbury vs. Madison, en donde el juez Marshall marca un precedente en la práctica judicial del momento, abriendo la brecha a la nueva conceptualización del papel del juez; sigue siendo una de las maneras más importantes de control dentro de los distintos sistemas y ordenamientos jurídicos.

La manera en que el control difuso de constitucionalidad se lleva a cabo permite que este sea ejercido no únicamente por el órgano especializado creado para ello, sino que también por los jueces ordinarios, quienes llevarán a cabo esta labor en aquellos casos concretos que así lo exija; este aspecto, bajo el lente del neoconstitucionalismo, muestra una orientación bastante amplia de cómo debe ser analizado el papel y la aplicación de los principios constitucionales en la función que juega el juez, pues como señala Pozzolo, citado por Viciano y Martínez (2014), a este es a quien "le corresponde el conocimiento de los principios para realizar una interpretación y argumentación idónea" (p. 66).

Esto se debe porque la característica más importante del neoconstitucionalismo precisamente es la observancia de la supremacía de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico. Por ello se ha de sostener que precisamente el control difuso de constitucionalidad ha representado una relación sumamente importante y directa en el desarrollo del neoconstitucionalismo, esto debido a que desde a todas luces se evidencia que esta orientación ha puesto extremas responsabilidades a los jueces, puesto que ha dejado a un lado la idea de subsumir la ley, del planteamiento de la conducta del hombre hacia la norma.

Es imperante además tomar en cuenta que en el neoconstitucionalismo enaltece el actuar de los jueces frente a los legisladores, puesto que este le permite a aquel la aplicación de las normas de acuerdo con sus convicciones ideológicas sobre aquello que ha sancionado el legislador, por lo cual algunos estudiosos consideran que puede llegar a observarse un cierto detrimento en la labor del Poder Legislativo.

Ahora bien, si esto se analiza a la sombra de la democracia semidirecta, rápidamente se puede concluir que el pueblo es precisamente quien encomienda la creación de la normativa que lo regirá a sus legisladores quienes, como los representantes de dicho conglomerado de personas, son electos democráticamente precisamente para llevar a cabo esa función; y si en verdad se atenta contra el Poder Legislativo al darle al juez la potestad de interpretación y de decisión sobre la aplicación de la norma, se podría poner en riesgo justamente esa potestad que ostenta el pueblo y que la otorga al Poder Legislativo.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Pero, en realidad tampoco se puede dejar de observar que los jueces en su labor diaria llevan a cabo una serie de peripecias para poder ir soslayando aquellas deficiencias, tanto técnicas como legales que muchas veces se presentan dentro de los diversos ordenamientos jurídicos y que evidencian cierto grado de error en el actuar legislativo, puesto que no se puede obviar que la tan sola existencia de las pautas o clausulas generales, ya marcan un problema para determinar la correcta aplicación de las normas a casos concretos.

Por otra parte, también es importante resaltar que el neoconstitucionalismo sigue una orientación en la cual se puede observar el reconocimiento del pluralismo valorativo, lo cual va en franca oposición a lo que sería una homogeneidad ideológica. Puede llegar a pensarse que esta postura del neoconstitucionalismo permite la existencia de la diversificación de criterios o interpretaciones, según sea la cantidad de jueces que existan, esto podría generar una limitación en el espacio del legislador en cuanto a la creación de nuevas normas. Pensamiento que colisiona con la necesaria creación de la jurisprudencia, puesto que esta exige la existencia de una unificación de criterios a nivel de los jueces, para que no puedan llevarse a cabo interpretaciones diferentes, lo que es un rasgo característico del mencionado pluralismo valorativo.

Lo que se encuentra dentro del neoconstitucionalismo es la existencia de una discrecionalidad bastante marcada, puesto que al propugnar este la aplicación directa de la Constitución, marca un panorama muy amplio en donde se deben observar los distintos principios que se encuentran contenidos en la misma y que por lo general no se encuentran reglados, por lo cual no facilitan la forma de hacerlos efectivos, y hacen

un claro llamado a la utilización de la discrecionalidad por parte de los jueces para hacerlos valer.

Para evitar que esa discrecionalidad no tuviera límites, Ibarlucia (2013) indica que Dworkin:

> Afirma que se debería formular un modelo descriptivo-justificativo adecuado a la solución de casos difíciles en el contexto del Estado Democrático de Derecho, primero por la vía de la conformación del ordenamiento jurídico, por medio de principios y reglas, de forma tal que, si bien un sistema de reglas podría tener lagunas, los principios garantizaban su completitud. (p. 380)

Puesto que el actuar no puede ser sin límites, sobre todo cuando se le otorgan hasta cierto punto capacidades legisladoras, interpretativas, y hasta discrecionales, para que no se sobrepasen los demás sistemas y poderes que conforman en su conjunto la democracia dentro del Estado. En todo caso, se puede decir que mientras que el positivismo jurídico promueve un actuar más conservador y limitado del juez; el neoconstitucionalismo propugna una libertad justificada en el actuar del juez que asegure en cualquier caso concreto, la observancia de los principios constitucionales que les sean aplicables en particular.

3.7. Los derechos humanos desde el punto de vista del positivismo jurídico y su opuesto el neoconstitucionalismo

Luego de haber incursionado de lleno dentro del pensamiento que siguen los principales estudiosos de la teoría del derecho, tanto desde la perspectiva del

positivismo jurídico como del neoconstitucionalismo, se hace verdaderamente muy complicado poder englobar bajo tal expresión tantas y tan diferentes posturas que sigue cada una de estas corrientes, puesto que en el caso del positivismo jurídico, se pueden observar muchas variantes, entre ellas:

- El positivismo tradicional o clásico
- El positivismo normativista
- El positivismo sociológico
- El positivismo corregido
- El positivismo incluyente o suave
- El positivismo excluyente o duro
- El positivismo presuntivo
- El positivismo crítico
- El positivismo prescriptivo
- El positivismo democrático
- El positivismo ético

Cuando del neoconstitucionalismo se trata este tampoco se queda atrás, pues por lo general va casi de la mano, contraponiéndose a varias de estas orientaciones. Por ello lo que se ha propuesto en esta investigación es abordar los puntos más importantes de

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

cada una de estas posturas, prestándole una atención superior a aquellos puntos que pueden llegar a considerarse de mayor importancia dentro del conocimiento de la teoría del derecho.

Ahora bien, los derechos humanos, considerados indistintamente como derechos fundamentales, desde el punto de vista del positivismo jurídico deben sostenerse que existen por el simple reconocimiento que de ellos hacen los ordenamientos jurídicos, puesto que para alguien que sigue esta orientación no existirá más razón que la propia existencia de la norma jurídica para que tenga lugar el reconocimiento y tutela de un derecho.

Ha de tomarse en cuenta que para los positivistas el derecho, desde esta perspectiva, es una figura deóntica, exclusiva del lenguaje que se refiere a las normas y debate propiamente sobre las normas; derivándose de aquí que la fundamentación de los derechos es evidente y únicamente la norma, sin importar si esta tiene un rango constitucional o no, lo que impera es la necesaria existencia de su reconocimiento en ella.

Esto, desde la postura del positivismo jurídico le da a los derechos fundamentales una conceptualización que nunca resulta ser absoluta, más bien como señala Bulygin (1987), esta doctrina considera que "todo derecho positivo y en particular toda norma jurídica emanada del poder estatal es válida en el sentido de que debe ser obedecida, cualquiera que sea su contenido" (p. 80), consideración que le otorga a los derechos humanos o fundamentales proporciones bastante interesantes, puesto que las proposiciones que los contienen también se encontrarán presentes en las normas

jurídicas del ordenamiento de que se trate; esto hace que las líneas generales que rigen el concepto y el fundamento de estos derechos, para el positivismo jurídico son evidentemente indistinguibles.

Asimismo, se considera importante hacer una breve referencia a las etapas que el positivismo jurídico presentó a lo largo de su desarrollo en el tiempo, y en este orden de ideas, se puede señalar que:

> En la primera de ellas, aproximadamente hasta los años 60 o 70 del siglo, las contribuciones más relevantes marcarán una perspectiva acerca de los derechos que hoy podría denominarse como tradicional u ortodoxa dentro del movimiento iuspositivista y en la que el concepto de derecho no puede desligarse del prisma jurídico ni, en cierto sentido, de las potestades o limitaciones jurídicas que el Derecho concede en un juego de relaciones entre sujetos. La segunda etapa, que cubrirá las décadas de los años 70 y 80 aproximadamente, se caracterizará por un profundo giro en el pensamiento dominante y supondrá la relevancia, e incluso la prioridad, del punto de vista moral sobre el jurídico acerca de los derechos. Las reflexiones de esta época permitirán admitir, no sin reservas, entre los positivistas que dentro del lenguaje de los derechos tiene cabida hablar acerca de "derechos morales". Finalmente, la tercera etapa, que se extenderá desde los años 80 hasta la actualidad, supondrá cierto regreso a las preocupaciones de la primera etapa y se retomará, con fuerza, como prioritario el análisis jurídico de los derechos. (Peces Barba, Ansuátegui Toig, Rodríguez Uribes, Fernández García, 2014, p. 888)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Quiere decir que los derechos humanos en el positivismo jurídico tuvieron un desarrollo paulatinamente lento de aceptación que siempre ha mantenido de alguna manera un cierto recelo en tanto al análisis jurídico que debe realizarse de los derechos, para que de cierta forma mantengan esa sustentabilidad, reconocimiento, aceptación y tutela que reclaman abiertamente, frente a la sociedad y a los distintos ordenamientos jurídicos de los cuales forman parte. Esto se debe a que el positivismo jurídico en cierta forma considera a los derechos fundamentales como ciertos privilegios o inmunidades que se ostentan frente al Estado, por esta razón es que también suele conocérseles como libertades.

Hart ha sido uno de los grandes desarrolladores del positivismo jurídico, y que de alguna manera sigue el pensamiento antes mencionado, puesto que es evidente que deben considerarse a los derechos humanos como derechos constitucionales, y a su vez a estos como límites al poder de promulgación de leyes que puedan en algún sentido negar o disminuir esas libertades que suelen ser consideradas como esenciales y necesarias para el fundamental bienestar del hombre. Lo que hace que de esta manera los derechos fundamentales sean considerados como "la libertad de una persona frente a la potestad jurídica de otra" (Hohfeld, 1968, p. 81).

Lo excelente no solo de la doctrina, sino también del ámbito jurídico, es que no ha permitido que los derechos fundamentales exclusivamente sean categorizados como inmunidades, ni como derechos en sentido estricto, se les ha dado un carácter mucho más amplio y especial que el que se esperaba, lo cual ha permitido que se puedan considerar de una manera mucho más variada, en donde las posiciones (por ejemplo de Hart) ostentan casi imperceptibles distinciones en cuanto a las consideraciones que

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

de estos hace Hans Kelsen, a pesar de que este es quien en principio respeta mucho más el concepto de la jerarquización.

Ahora bien, dentro del neoconstitucionalismo se podrá topar con igual cantidad de opiniones respecto de la conceptualización del derecho en sí, y de los derechos humanos en específico. Como anteriormente ha sido mencionado, Commanducci ha seguido la división que presentara Bobbio sobre el positivismo jurídico, para abordar al neoconstitucionalismo; esto ha permitido que se observe este desde la perspectiva que lo ve como una ideología en donde se pondrá en un segundo plano la limitación del poder, y se garantizarán los derechos humanos, como se puede observar en las posturas que presentan autores como Ferrajoli y Alexy.

Otra forma de considerarla tendrá que ser como una metodología, la cual sostendrá que los principios constitucionales y los derechos fundamentales serán el enlace entre el derecho y la moral.

Por último, se le debe considerar como una teoría en donde brillara el hecho de que de abandona el estatalismo, el legicentrismo y hasta el formalismo interpretativo, para adoptarse un modelo descriptivo de la norma constitucional y al mismo tiempo un modelo axiológico de esta que permita de una mejor manera su comprensión.

En este orden de ideas, el neoconstitucionalismo sostiene que la Constitución no puede ser entendida como un simple catecismo político, ni mucho menos como una trivial guía moral, más bien debe ser entendida como una norma como cualquier otra, con la salvedad de que esta incorpora la pretensión de que la realidad debe ajustarse taxativamente a lo que ella prescribe.

Por ello, desde esta concepción se tiene a la Constitución como una norma suprema, de donde se deriva que esta condicionará la validez de todos los demás componentes del ordenamiento jurídico, y provocará que esta represente frente a ellos una pauta de interpretación preeminente, lo que determinará que no requiera de ningún acto jurídico ni previo, ni posterior, para que se logre desarrollar su fuerza vinculante y su validez.

Todo lo anterior ha derivado en grandes discusiones puesto que el neoconstitucionalismo y el positivismo jurídico consideran desde perspectivas muy distintas el actuar jurisdiccional del juez, como puedo observarse anteriormente; actuar que no solo se encuentra íntimamente ligado al contenido constitucional y por ende a los derechos humanos o fundamentales.

Todas estas cuestiones se derivan, como señala Ferrajoli (2006), de "la creciente afluencia de constituciones rígidas en sincronía con la adherencia de los estados a las convenciones de derechos humanos, dentro del plano del derecho internacional, ha configurado una destacable transformación en el modelo paleo-positivista" (p. 65).

Evidentemente, la opinión de este estudioso se desprende de todo el movimiento constitucionalista originado a través de la Segunda Guerra Mundial, el cual tuviera un impacto bastante contundente y considerable en muchos de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial, pero que además tuvo un particular efecto en aquellos sistemas y ordenamientos pertenecientes a los países latinoamericanos, esto debido a diversos factores, como que se encontraban en franco desarrollo, que habían sufrido en su mayoría sendas dictaduras y que además se encontraban completamente

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

comprometidos con lograr una protección en contra del poder supremo de cualquiera de los organismos del Estado.

De aquí que actualmente se evidencie la adopción de novedosos principios en relación con la justicia, y comience a tener un auge bastante importante el reconocimiento de los derechos sociales, que apertura el paso a nuevos compromisos de los Estados frente a las sociedades, sus economías, su cultura, su idiosincrasia y otros aspectos que nutren en sí la vida dentro de un conglomerado de personas con vínculos comunes de alguna naturaleza.

Por último, es importante señalar que el reto más importante que representa la consideración de los derechos humanos por el neoconstitucionalismo es la inminente globalización que se ha observado activamente en estos tiempos, la cual se ve continuamente influida por factores tan importantes como lo es el financiero, pues todo este proceso de cambio, sin necesidad de llegar a serlo, puede representar una amenaza para la estabilidad y seguridad de algunos derechos, tales como los económicos, que de alguna manera trascienden del aforismo social, y que se despoja de alguna manera del carácter democrático de estas figuras tan importantes, ya que indiscutiblemente son parte de aquellas que nutren el bienestar de toda ciudadanía.

3.8. Discusión final

Prácticamente, el positivismo jurídico ha originado al neoconstitucionalismo, puesto que este último se ha postulado precisamente como una franca oposición a los criterios sostenidos por el primero; por ello se encontrará una contrariedad, si no en todos, en la gran mayoría de los criterios sostenidos por uno y por otro de ambos paradigmas.

Por esta razón, ha surgido la necesidad de generar una exposición de las posturas como una teoría, y definir la oposición que existe entre el derecho y la moral, los principios y las reglas, la ponderación y la subsunción, el papel del juez dentro del Estado democrático, y los derechos humanos desde la perspectiva del positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo.

Pues bien, el positivismo jurídico como teoría juega un papel sumamente importante puesto que marca el final de la consideración y dominio del iusnaturalismo; por lo cual le da un nuevo sentido al concepto de derecho y marca desde allí la importancia de la norma jurídica reconocida como tal; por su parte, el neoconstitucionalismo en cuanto teoría nace en franca oposición a tesis como la del estatalismo, el legicentrismo o el formalismo interpretativo, que formaron parte de las posturas defendidas por los positivistas sobre todo de las épocas anteriores al siglo XIX, las cuales a pesar de brindar algún tipo de ilustración, resultan ser obsoletas.

El neoconstitucionalismo, se trata de una teoría que procura dar cuenta de las nuevas realidades de los derechos y, por tanto, del cambio que representa que las normas constitucionales se sitúen en la cúspide de los ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, como siempre, cada una de las posturas pueden ser comprendidas desde dos puntos de vista distintos, tanto el positivismo jurídico como el neoconstitucionalismo pueden ser entendidos desde un sentido débil o desde un sentido fuerte; en el caso de este último, se le comprende en un sentido débil cuando quienes lo siguen consideran a la Constitución simplemente como un conjunto de

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

normas que se diferencian de las legislativas u ordinarias por tener una jerarquía superior.

Esta concepción no sería valedera para quienes suscriben al neoconstitucionalismo desde el sentido fuerte, esto es, quienes sostienen un concepto sustantivo o valorativo de Constitución, el cual les mueve a defender la concepción de que la ciencia del derecho; también goza de un carácter normativo, por lo tanto, no es meramente descriptiva o explicativa; así mismo contemplan que la ciencia del derecho debe producirse desde un punto de vista interno, en donde sus seguidores se mantienen adheridos a los valores constitucionales.

En este orden de ideas, se debe señalar que Prieto (2003) presenta cinco características que definirían lo que significa hoy el neoconstitucionalismo:

a) El predominio de los principios sobre las reglas;

b) El empleo frecuente de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción;

c) La presencia relevante y activa de los jueces, por encima de los legisladores;

d) El reconocimiento del pluralismo valorativo, en oposición a lo que sería una homogeneidad ideológica; y

e) El constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del derecho. (p. 101)

En todo caso, y para cerrar esta discusión final, es menester señalar que al neoconstitucionalismo lo diferencia, en términos de la oposición, que presenta en tanto a principios frente a reglas, ponderación contra subsunción, sujeción constitucional versus independencia del legislador o jueces versus libertad del legislador, que este se encontrará representado por aquellos que defienden la prevalencia del primero de los términos en cada una de esas oposiciones.

Aunque es importante resaltar que no es del todo cierto, pues como teorías filosóficas continúan siendo complicadas, puesto que autores como Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y solo en parte Nino, no fundamentan sus pensamientos en la orientación de que los jueces deben recurrir en la mayor medida posible a los principios, ni que deben absolutamente plantear únicamente la ponderación como un procedimiento casuístico, ni tampoco promueven que los jueces deben llevar a cabo una interpretación moral del caso exclusivamente, ya que en la actualidad se insta a que el juez recurra a la interpretación del derecho a la luz de las exigencias de justicia vinculadas en cada caso.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

CAPÍTULO IV

4. El neoconstitucionalismo ante la interpretación y aplicación constitucional

La interpretación constitucional puede visualizarse desde dos perspectivas, una de ellas es la que se hace de la Constitución, atribuyendo cierto significado a su texto; otra es la interpretación que se hace desde la Constitución misma frente a otras normas jurídicas. Dicho de otra forma, es la interpretación que se hace de las normas ordinarias a la luz de la norma superior.

Indiscutiblemente, la interpretación de la Constitución (o desde la Constitución) lleva consigo la aplicación de aquellos criterios constitucionales que se deriven de la misma, tomando siempre en cuenta que la misma en cualquiera de los casos deberá ser realizada por los operadores de justicia, ya sea aplicando el control constitucional difuso o el concentrado; lo cual creará jurisprudencia, y además generará seguridad y certeza jurídica sobre la cuestión resuelta; fortaleciendo de esta manera al llamado así por la doctrina postpositivista "Estado constitucional de derecho".

Labor que trasciende debido a que, a través de esta actividad, no solamente se crea jurisprudencia, sino que se puede llegar a expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas o leyes, que consecuentemente se tengan como contrarias a la Constitución y los principios, valores y reglas que se incorporan a la misma. Esta trascendencia hace necesario que se aborde desde la perspectiva de la doctrina filosófica del neoconstitucionalismo tanto la interpretación constitucional, como su aplicación, como a continuación se hace.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

4.1. La interpretación del Derecho

El debate sobre la interpretación jurídica hoy en día además de altamente difundido se ha encuentra ampliamente desarrollado, a pesar que podría considerarse un aspecto relativamente nuevo; puesto que la interpretación prácticamente surgió a raíz de la codificación, misma que tuvo lugar aproximadamente en el siglo XIX en Francia, siendo las principales promotoras de este movimiento la escuela de la exégesis a la cual se opondría más adelante la escuela histórica de los métodos dogmáticos.

Ha de recordarse que la escuela de la exégesis tuvo lugar poco después de que tuviera lugar el Código Civil de Napoleón en 1804. Esta escuela propugnaba esencialmente la interpretación de la norma por la norma misma, lo cual redundaba en una exaltación del derecho escrito, puesto que se le daba cierta preeminencia al texto de la ley sobre cualquier otro planteamiento, esto provocaba que en todo momento se mantuviera una mentalidad antehistórica respecto a la creación de la norma.

> Bonnecase sistematizó su pensamiento, a partir de 1918-1919, en su estudio titulado *L'école de l'exégèse en droit civil*, aparecido en primer término en la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, y más tarde en edición separada. Bonnecase afirmó alto y claro al referirse a los propósitos de Glasson la existencia de una Escuela de la Exégesis como "marca" de la historia de la ciencia del derecho civil en Francia en el siglo XIX. (Halpérin, 2017, p. 267)

Esta escuela sigue presentando una gran influencia entre los abogados prácticos, algunos académicos, y los órganos jurisdiccionales, según sea el caso. Ahora bien, no solamente Francia, y esta escuela expusieron sus enfoques al compás de la

codificación, puesto que también Alemania presentó con Savigni, su postura con la escuela histórica de los métodos dogmáticos.

Por su parte, en América Latina se comenzó a conocer al respecto de la interpretación a través del estudiosos del derecho Eloy Merino, quien escribiera el libro titulado *La interpretación constitucional* (1949), en donde se puede observar una exposición de diversos principios que se derivan de la práctica jurisprudencial, a la luz de los comentarios que el jurista considera oportunos; con posterioridad otros autores retomaron el tema para ahondar en él, tales como Linares, Tapia Valdés, Fix-Zamudio, Carpizo, Tamayo y Salmorá, Oliveira, Quiroga, entre otros.

Aunque en todo el siglo XIX se consideraba que el tema de la interpretación del derecho, era únicamente una cuestión de interés para la filosofía del derecho y que por lo tanto eran más que todo una labor desempeñada por los civilistas y los filósofos del derecho, quienes encontraban una inclinación por socavar el viso de esta para desenmarañar la ciencia jurídica.

Esto muestra que a la interpretación del derecho se le puede otorgar, en esencia, un origen afincado en el pensamiento filosófico, de donde surgen máximas como la que sostiene: "Dime cómo entiendes la norma jurídica y te diré cómo interpretas" (Reale, 1980, p. 763). Desde esta perspectiva, se está frente a una concepción del derecho que no se encuentra intrínsecamente bajo el pensamiento positivo, sino que se inclina más al ámbito filosófico.

Quiere decir que la interpretación desde una perspectiva amplia se trata de encontrarle el sentido a la norma para poder aplicarla; lo cual obliga a llevar a cabo un cierto tipo de

razonamiento para alcanzar los fines que se han propuesto dentro del derecho. Lo cual a lo largo del tiempo ha exigido la existencia de un método que facilite el hallazgo del sentido de la norma.

Mucho tiempo se afianzó este método en la lógica, bajo la idea de que la interpretación era más bien un problema lógico o de resolución lógica; sin embargo, actualmente se considera que esta pende del razonamiento del jurista, quien de alguna manera presenta una particular y propia manera de argumentar su decisión, lo cual trasciende la lógica e incluso presenta en muchas ocasiones contenidos extralógicos, que resultan ser de suma relevancia dentro de la concepción del derecho.

> El proceso de interpretación normativa implica los siguientes pasos: a) el signo representativo; b) la aprehensión de su contenido logicogramatical; c) la comprensión o intelección de la norma jurídica allí contenida; d) con la finalidad de aplicar la norma abstracta al caso concreto. (Galindo Garfias, 2006, p. 4)

Es aquí en dónde nacen los criterios orientadores de la interpretación jurídica, que no son más que las pautas que establecen el cauce de los valores y fines que debe mantener la ley dentro del ordenamiento jurídico; el objetivo que persiguen estos en esencia se traducen en la armonización de manera equitativa del contenido del derecho cuando entre dos posturas existiera cierta antinomia o colisión.

Los criterios lo que hacen es realizar una ponderación de los distintos valores y fines, que en cada caso existen, desde cada una de sus perspectivas los observan, determinan los puntos entre los cuales existe una disparidad o disputa. En este sentido,

Savigny, citado por Galindo Garfias (2006), indica que la interpretación se integra por cuatro criterios:

"a) El gramatical o filológico,

b) El racional o lógico,

c) El histórico, y

d) El Sistemático" (p. 8).

En este sentido, puede sostenerse que se trata del criterio gramatical cuando lo que permite es conocer y acceder al lenguaje empleado dentro del precepto por parte del legislador, mientras que a través del criterio lógico lo que se logra es la descomposición del pensamiento de este, lo que permite de alguna manera el establecimiento de las relaciones entre aquellos distinto elementos que lo conforman.

El criterio histórico permite que se conozca al derecho desde la perspectiva del tiempo, en las distintas épocas en que la ley ha sido elaborada, así como los cambios que ella ha ido experimentando con el paso de los años. Por último, el criterio sistemático, permite el establecimiento del vínculo que entrelaza al precepto con la institución y con el sistema mismo del cual se deriva.

Estos criterios pueden ser aplicados por cualquier órgano que se encuentre en la necesidad de realizar la interpretación, esta puede hacerse de normas ordinarias y de las normas constitucionales, aunque se debe tener muy claro que el proceso de interpretación en estos dos casos no puede ser llevada de la misma manera pues la de

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

las normas ordinarias difiere de las constitucionales en cuanto a que estas últimas poseen principios, métodos y argumentos muy particulares parar sustentarse.

Ahora bien, dependiendo de cuál sea el órgano que realiza la interpretación, así será llamada la misma, puede hallarse entonces, una interpretación legislativa, que es la realizada por el Congreso de la República de Guatemala, como institución que debe analizar y estudiar las leyes, no solo antes de promulgarlas, sino que en caso de que se encuentre alguna laguna o error que enmendar. Los criterios del Congreso puede que no sean estrictamente jurídicos, pues en algunos casos son políticos, económicos y sociales, puesto que precisamente es en las necesidades de esta índole que se basa el Congreso para abordar la interpretación que hace de las leyes.

El Organismo Ejecutivo también puede ser un órgano que en un momento dado pueda llegar a presentar un interés en cuanto a interpretar la ley, puesto que este al tener la capacidad de emitir decretos legislativos, previa delegación de facultades por parte del Congreso de la República de Guatemala, debe entrar a conocer y a interpretar el contenido por ejemplo de los decretos de urgencia, los cuales en esencia son los que lo convierten en un ente legislativos de asuntos de suma importancia para el país.

Sin embargo, uno de los órganos de más importancia en cuanto a la interpretación de la ley sin duda alguna es el Organismo Judicial, pues este por la naturaleza de sus funciones y actividades, constantemente se encuentra vinculado a la misma. Los jueces juegan un papel preponderante en cuanto a este tema, puesto que ellos no pueden aplicar la ley porque sí, sino que toda sentencia debe ir no solo fundamentada,

sino debidamente razonada, y dentro de este razonamiento es donde la interpretación se luce en el actuar jurisdiccional.

Por último, quizá más importante, se encuentra la interpretación que realizan los tribunales constitucionales y la Corte de Constitucionalidad, los cuales se revisten de este carácter al momento en que exclusivamente son investidos para entrar a realizar la interpretación de la norma constitucional; en esencia se ejerce el control de constitucionalidad, a través del ejercicio de esta labor; puesto que se procura establecer que las normas, resoluciones, y todas las actuaciones dentro del ordenamiento jurídico se mantengan apegadas al contenido y a los principios constitucionales.

Esta interpretación en particular será analizada más adelante puesto que es pertinente por la orientación del estudio realizado que se le brinde un poco más de atención que la interpretación realizada a la norma en general u ordinaria.

En este sentido, es importante tomar en cuenta que Maynez (2002) considera que la interpretación puede ser:

> Privada, judicial y autentica. La primera es obra de particulares. Si éstos son especialistas se habla de interpretación doctrinal. La segunda proviene de los jueces o tribunales encargados de aplicar el derecho a casos concretos. La última la realiza el mismo legislador, con la mira de fijar el sentido de las leyes que ha dictado. Se le da el nombre de interpretación legislativa. (s. p.)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

En todo caso, no puede dejar de observarse que el principal papel de la interpretación de la norma la convierte en toda una técnica jurídica, y entendida como tal ofrece un amplio espectro dentro de la filosofía y de la ciencia del derecho. Es importante también tomar en cuenta que la técnica jurídica debe ser entendida como "(...) el estudio de los problemas relacionados con la aplicación del derecho objetivo a casos concretos" (García Maynez, 2002, s. p.). Quiere decir que se trata del arte de interpretar y aplicar las disposiciones jurídicas vigentes.

En cuanto a la técnica jurídica de interpretación del derecho, es menester señalar que se trata de encontrar el camino que permita arribar al enunciado de las reglas a las cuales se sujetó el pensamiento del jurista al momento de realizar su labor interpretativa dentro de la formación del precepto legal, es decir, abordar las palabras empleadas en el texto del mismo, penetrar en su contenido, así como en el sentido que este posee, logrando así comprender lo que expresa con tal de poder aplicarlo al caso concreto, presente y real que debe resolverse, estrictamente apegado al conocimiento que por medio de la dogmática jurídica, permite que se lleguen a conocer los caracteres jurídicamente relevantes que presente determinado caso.

Lo anterior Maynez (2002) lo explica partiendo de la idea de la interpretación, en virtud de la cual señala que:

> (...) todo precepto jurídico encierra un sentido. Pero este no siempre se halla manifestado con claridad. Si la expresión es verbal o escrita, puede ocurrir que los vocablos que la integran posean acepciones múltiples, o que la construcción sea defectuosa y haga difícil la inteligencia de la frase. En tal hipótesis, el

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> intérprete se ve obligado a desentrañar la significación de la misma. El conjunto de procedimientos destinados al desempeño de esta tarea constituye la técnica interpretativa. (...). (p. 129)

Es decir, la interpretación del derecho en los casos concreto resulta ser la que le da sentido a la norma jurídica, mostrando y desentrañando su sentido y lo más profundo e íntimo de su contenido, con tal de lograr exteriorizar cada uno de los aspectos, pensamientos, principios e ideales que tomaron parte importante al momento de la creación de la misma.

4.2. La hermenéutica constitucional del Derecho

El sustantivo de raigambre más antigua que se ha utilizado en la ciencia jurídica para referirse a la interpretación, explicación, o traducción, entre otros términos derivados, es el de hermenéutica, cuyo origen dimana del griego "*jermenéuein*"; y que fue sustituido en el latín por la palabra interpretación, ambos con la misma connotación y contenido intrínseco; aunque podría considerarse que la hermenéutica es el arte de interpretar los textos para determinar su contenido, mientras que la interpretación puede resultar únicamente como la explicación de una cosa o texto.

Dicho de otra forma, la hermenéutica se trata del proceso de interpretar la ley, proceso que se lleva a cabo mediante una serie de proceso, los cuales:

> Los proporciona la Hermenéutica para la interpretación y los pone a disposición del encargado de impartir justicia y que de su forma de aplicación dependerá que esta sea un arte, una técnica o ambas a la vez. Así tenemos al juez que se

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> circunscribe únicamente a aplicar la norma que elaboró el legislador. Esta visión está relacionada con la implementación de la codificación, cuya norma inflexible es propia de aquellos que proporciona la historia como los únicos creadores del derecho. Este es el caso de los monarcas, o bien en el inicio de la creación de los gobiernos democráticos con la Revolución Francesa, cuya ideología se traducía en que solo el pueblo soberano representado en la Asamblea Legislativa debía determinar cuál debería ser la conducta de los ciudadanos, en cuyo caso los jueces solo eran considerados servidores de la mencionada voluntad popular. La forma de actuación del juzgador en estas circunstancias se identifica con la técnica toda vez que su función principal resultaría solo reconstruir el significado que el legislador quiso dar a la norma. (Escobar León, 2001, p. 50)

En el ámbito de lo constitucional, esta función por lo general es llevada a cabo por un órgano especializado; este es el caso de Guatemala y su Corte de Constitucionalidad, la cual se encarga de ejercer el control constitucional, aunque por mantener un sistema mixto, en donde coexiste el sistema concentrado y el difuso; también participan en este control constitucional los órganos jurisdiccionales ordinarios cuando ante ellos se presentan casos en los cuales deba entrarse a conocer sobre la constitucionalidad de las normas que deban aplicarse al caso concreto sometido a su judicatura.

En este sentido, se cree oportuno traer a memoria que el control de constitucionalidad en Guatemala se inició durante la vigencia de la Constitución promulgada 1921, la cual introdujo el sistema difuso o descentralizado, mediante el cual se otorgaba al Poder Judicial la capacidad de ejercerlo, esto lo hace en su Artículo 129, el cual establece:

> Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde al Poder Judicial declarar la inaplicación de cualquiera ley o disposición de los otros Poderes, cuando fuere contraria a los preceptos contenidos en esta Constitución; pero de esta facultad solo podrá hacer uso en los casos concretos en que tenga que pronunciar sentencia.

Posteriormente, la reforma de 1927 que se hiciera a la Constitución de Guatemala estableció que el Artículo 85 quedaría así:

> Corresponde a la Corte Suprema de Justicia declarar, al dictar sentencia, que una ley, cualquiera que sea su forma, no es aplicable por ser contraria a la Constitución. También corresponde a los tribunales de segunda instancia y a los jueces letrados que conozcan en la primera, declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros poderes cuando fueren contrarias a los preceptos contenidos en la constitución de la República.

Esta norma se mantuvo con este contenido hasta 1945, en donde la Constitución de ese año reguló que esta actividad tendría lugar exclusivamente en sentencia; posteriormente, se promulgó la Constitución de 1956, la cual mantuvo el control difuso de la constitucionalidad, aunque presentándola con dos particularidades, la primera que confiere a las partes interesadas, en los casos concretos, la facultad de pedir la declaratoria de inconstitucionalidad; lo cual se aprecia en el Artículo 80, mismo que señala en los incisos b y c que:

> (...) b) Para que se declare, en casos concretos, que una resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente, por contravenir o restringir cualesquiera de los

> derechos garantizados por la Constitución. c) Para que, en casos concretos, se declare que una disposición o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República no le es aplicable al recurrente, por violar un derecho constitucional.

El Artículo 187, último párrafo que indicaba que "En cualquier instancia y en casación podrán las partes interesadas pedir, en casos concretos, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley".

La otra particularidad con la cual observaba el control de constitucionalidad esta Constitución se trataba de la inexistencia del límite de los tribunales a declarar la inconstitucionalidad únicamente en la sentencia, lo cual se observa en el Artículo 187 ya citado en donde se establece que podía conocerse en cualquier instancia sobre la inconstitucionalidad, lo cual redundaría como consecuencia en que en cualquiera de ellas, también se podría resolver al respecto.

Más tarde, en 1965 se vuelve a promulgar una nueva Constitución, en la cual se crea la Corte de Constitucionalidad, dentro del Capítulo V del Título VII, estableciéndose, entre otros aspectos, en el Artículo 263 que:

> La Corte de Constitucionalidad conocerá de los recursos que se interpongan contra las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad. La inconstitucionalidad solo podrá declararse con el voto favorable de por lo menos ocho miembros de dicha Corte. En caso que la votación diere resultado menor la sentencia se limitará a declarar

sin lugar el recurso. La Corte deberá dictar sentencia dentro del término máximo de dos meses a partir de la fecha en que se haya interpuesto el recurso.

Esta Corte de Constitucionalidad fue creada con facultades diferentes a las que ejerce actualmente la misma, además de que tenía un carácter no permanente, pues solamente se integraba cuando un determinado caso era sometido a su conocimiento; y se reconocía un sistema mixto, puesto que el Artículo 246 de la referida Constitución establecía, que:

> Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional. En casos concretos, en cualquier instancia y en casación, antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear la inconstitucionalidad total o parcial de una ley y el tribunal deberá pronunciarse al respecto. Si declarare la inconstitucionalidad, la sentencia se limitará a establecer que el precepto legal es inaplicable al caso planteado y será transcrita al Congreso.

Esto dejaba claro que no solamente se permitía un control difuso, puesto que permitía que las partes promovieran la inaplicación de una norma contraria a la ley fundamental, sino que además establecía la Corte de Constitucionalidad con facultades para conocer la interposición de inconstitucionalidades de carácter general, como un control concentrado.

Por último, en 1982 se suspende la vigencia de esa Constitución para promulgarse hasta 1985 la actual Constitución Política de la República de Guatemala, en donde se establece el actual sistema mixto de control Constitucional, además de garantizar la

supremacía Constitucional, a través de una serie de mecanismos que aseguran la protección de la misma; lo cual se encuentra dentro del Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, el cual señala que "Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza", además del Artículo 175 y 204 del mismo cuerpo legal.

Esta postura ha sido reafirmada por la Corte de Constitucionalidad como lo demuestra al señalar que:

> Uno de los principios fundamentales que informa al Derecho guatemalteco, es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. (Gaceta número 31, 1994, p. 7)

Según la actual Constitución Política de la República de Guatemala, se observa un sistema mixto de control de constitucionalidad, toda vez que en su Artículo 268 se establece que:

> La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia.

Por lo cual se le otorgan características de ser un tribunal colegiado, autónomo y con jurisdicción privativa, cuya función principal es la defensa del orden constitucional, lo que muestra el sistema concentrado de control de constitucionalidad; aunque en el Artículo 266 se observa también el sistema difuso, cuando se señala:

> En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.

Ahora bien, luego de la breve exposición del origen del control de constitucionalidad y la consecuente interpretación constitucional del derecho en Guatemala, se debe señalar que:

> La interpretación constitucional si bien tiene semejanzas con la interpretación de leyes, también muestra acusadas diferencias. El carácter fundamental de las normas constitucionales, su alcance más amplio, sus términos generales, su redacción sintética, el condensamiento de principios referidos al provenir, al orden, a la libertad, hacen que la temática interpretativa cambie a particularidades propias, cuando se trata de preceptos constitucionales. (Sierra González, 2006, p. 105)

Los principios rectores de la interpretación constitucional marcan los parámetros diferenciadores de esta con la interpretación de las leyes ordinarias; entre ellos es pertinente mencionar:

a) El principio de unidad constitucional, mediante el cual se establece que la norma constitucional no puede ser interpretada en forma aislada, sino que debe considerarse dentro del conjunto constitucional, debe abordarse de manera integral.

b) El principio de concordancia práctica, que señala la existencia de una conexidad entre los bienes constitucionalmente protegidos, quiere decir que estos deben ser compatibilizados en la solución de los problemas interpretativos, de manera que cada uno conserve su identidad.

c) El principio de fuerza normativa de la Constitución, el cual indica que los textos constitucionales poseen un valor normativo.

d) El principio de eficacia integradora, que se refiere a que así como la Constitución busca establecer cierta unidad política, la interpretación de esta debe dirigirse a potenciar las soluciones que precisamente refuercen a la misma.

e) El principio de corrección funcional, el cual establece que la interpretación que se realiza no debe interferir en ningún momento, dentro del ámbito de las funciones asignadas por la Constitución a los diferentes órganos del Estado, quiere decir que el intérprete debe mantenerse respetuoso del marco de distribución de las funciones estatales señaladas en la Constitución.

f) El principio de la eficacia o efectividad, mediante el cual se obliga al intérprete a que se ciña a las directrices hermenéuticas que promuevan la optimización y maximización de la eficacia de las normas constitucionales, sin provocar distorsión

alguna del contenido de las mismas, sino que al contrario realicen una actualización de ellas respecto a la realidad que se vive en el momento.

Por otra parte, se considera importante señalar las finalidades que posee la interpretación constitucional, aunque bien es sabido que la finalidad primigenia de la interpretación constitucional es el esclarecer el texto normativo; sin embargo, también se ocupa de realizar la actualización de la constitución, para extender su fuerza normativa, estableciendo de tal suerte una consonancia con la Constitución misma.

Así también, realiza la integración del ordenamiento constitucional a través de la formación de la doctrina constitucional, lo cual se lleva a cabo mediante los pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad, por medio de tres fallos contestes en el mismo sentido; asimismo, permite que tenga lugar la regularización de las leyes, o lo que en otras palabras se puede comprender como aplicación efectiva de la Constitución, la cual provoca que las leyes mantengan sus parámetros ajustados a esta; por último, también permite que se puedan elegir las soluciones más adecuadas y correctos según sea el caso.

Ahora bien, en el neoconstitucionalismo un tema de relevante importancia es el de la interpretación constitucional, que tiende a direccionar la mirada siempre hacia la actuación judicial. En cuanto a este tema el neoconstitucionalismo muestra una postura relativamente abierta sobre todo en lo que a la discrecionalidad judicial se refiere. Para Dworkin (2002) "(...) presupone cierta objetividad de principios morales; en particular presupone que los ciudadanos tienen algunos derechos morales frente al Estado (...)

solo de esta manera el activismo judicial se justifica sobre la base de algo más que las preferencias personales del juez" (p. 138).

Alexy, citado por Carbonell (2005), expresa su postura al respecto sosteniendo que la interpretación constitucional pende de la particularidad de tres aspectos, "máximo rango, máxima fuerza jurídica, y la máxima importancia del objeto de regulación, esto solo se convierten en un verdadero problema a través de su conexión con un cuarto extremo, el del máximo grado de indeterminación" (p. 35).

En este orden de ideas, se está frente a la razón que señala que aquel que consiguiera transformar en vinculante la interpretación que hace de los derechos fundamentales, habría de haber logrado lo impensable de lograr mediante el proceso político habitual; por decirlo de otra manera, estaría convirtiendo, en parte, la Constitución hacia su propia concepción y conceptualización de los aspectos más importante dentro de la sociedad y la política; lo que en su caso mostraría una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales, por el órgano jurisdiccional especializado que fuera creado precisamente para ello.

4.3. La homogeneidad ideológica como antinomia a la aplicabilidad de valores

Dentro del neoconstitucionalismo es de suma importancia la aplicabilidad de los valores; este motiva a que ya no se pueda considerar un criterio uniforme cuando a valorar los principios que contiene la Constitución se trata, pues en todo caso crear esta estandarización sería mostrar un regreso hacia el constitucionalismo clásico, en virtud del cual no solamente se niegan los principios, sino que también se niegan los

valores, por lo cual se crea una homogeneidad al momento de llevarse a cabo la aplicación del derecho.

De todas formas, no se está frente a principios con un contenido variable, sino más bien se habla de principios inmutables que única y exclusivamente varían en su aplicación. Esto se debe, esencialmente, a que precisamente lo que el neoconstitucionalismo trata de establecer en forma clara es que dentro de la Constitución reinan los valores y principios, que no solo son parte de ella, sino que se difunden a todos los ámbitos del que hacer estatal, jurídico, social, económico, laboral, etcétera.

En ella se encuentran un conjunto de los más diversos principios, de las más diversas índoles, por ello se sostiene que no solamente se hallan algunos, sino que más bien en la Constitución se halla todo un universo de estos, mediante los que se procura llevar a cabo la regulación de la mayoría de situaciones que pueden tener lugar en todos los ámbitos de la vida, pero principalmente en el jurídico.

Como señala Bernal Pulido (2006), "Los derechos de la Constitución son principios, que se aplican judicialmente, mediante su ponderación" (p. 29).

Estos se presentan como una opción para resolver los casos que se presentan ante los jueces, pues son precisamente estos quienes, al llevar a cabo su función dirimitoria de conflictos o controversias, se apoyan en los relacionados principios y valores para poder llevar a cabo su respectivo análisis, ponderación, y para arribar a la solución de los mismos.

En este orden de ideas, se debe recordar lo que señalaba Prieto Sanchís (2001) cuando indica que "(...) el Neoconstitucionalismo no representa un pacto en torno a unos pocos principios comunes y coherentes entre sí, sino más bien un pacto logrado mediante la incorporación de postulados distintos y tendencialmente contradictorios" (p. 9).

Este autor hace una referencia al mencionado universo de valores, los cuales se presentan de tal forma que pueden entenderse de una manera amplísima la introducción del neoconstitucionalismo como un actor principal dentro de la orientación que mayormente alberga soluciones interpretativas en relación a aquellos principios que colisionan, entre sí o con aquellos, y que por lo tanto exigen soluciones complejas.

Desde esta perspectiva debe entenderse que la esencia del impulso argumentativo del neoconstitucionalismo es sorbida de los principios que se encuentran conformando el texto constitucional, realizando una ponderación de los mismos para llegar a sopesar cada uno de los derechos que de una u otra manera defienden.

Ahora bien, el neoconstitucionalismo no para allí, puesto que un gran número de principios no llegan a ser lo suficientemente claros, y requieren o exigen una valoración particular para cada uno de los casos a los cuales se fueran a aplicar, por lo tanto, no pueden homogenizarse, puesto que ello como, se refería anteriormente, resultaría en reducir al derecho a un solo criterio, cuando en realidad este se encuentra constituido por toda una constelación infinita de valores.

Esto resulta ser bastante claro para Figueroa (2019) quien explica:

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> Se logra acrisolar un resultado material a la luz de los supravalores de la Constitución, luego de una confrontación que bien puede expresar, en la posición de otras teorías, la prevalencia de un puñado de principios apenas coherentes entre sí. En el Neoconstitucionalismo valores diferentes coexisten entre sí. (p. 1)

> Entiéndase que tanto el término ideología como la homogeneidad de este son conceptos, prácticamente de reciente utilización, sobre todo dentro del ámbito de la interpretación constitucional; se debe tomar en cuenta así mismo que "el término "ideología" fue pronunciado por primera vez entre 1796 y 1798 en el *Institut national des sciences et des arts* dentro de las clases correspondientes a la sección de Análisis de las sensaciones y de las ideas, a lo largo de unas lecciones dictadas por Antoine Louis Claude, conde Destutt de Tracy, quien define la ideología como ciencia de las ideas. (Fernández Tellechea, 2008, s. p.)

Más tarde, como bien es sabido, este concepto fue desarrollado por Marx y Engels, quienes más bien lo presentaron como ideas falsas o como ideas que desvirtuaban la realidad, cuya motivación se encontraba en las clases sociales; razón por la cual desde la percepción de muchos estudiosos la ideología posee una apariencia peyorativa, carga negativa que hasta el momento actual pesa sobre ella. Geiger (1972) por su parte toma una postura un tanto diferente puesto que la procura emplear "la ideología solo a formulaciones de las cuales no es posible anunciar su valor de verdad" (p. 175).

Ahora bien, desde la perspectiva jurídica el concepto de la libertad ideológica no siempre ha recibido la atención que merece, aun cuando se ha tratado de Estados

democráticos que presencian textos garantistas, en su mayoría se pueden observar serias presiones y discriminaciones derivadas de las posiciones ideológicas desiguales a las sustentadas por las autoridades estatales; aspecto del cual tampoco se han escapado los jueces o como señala Hernández, citado por Sainz Arnaiz (2012), "El Poder Judicial tampoco ha escapado a esto sino que parece ineluctable" (p. 65), por lo cual el mismo autor considera que "la libertad ideológica se convierte en el núcleo duro de un estatuto iusfundamental lleno de singularidades y de enormes trascendencias (...)" (Sain Arnaiz, 2012, p. 66).

Quiere decir que el actuar jurisdiccional navega por las vertientes de la necesaria homogenización ideológica, lo cual en verdad lo que hace es no dejar abierta la puerta para que los jueces en su caso puedan extender el dominio de los valores y principios que ellos consideran que son imperantes dentro de los asuntos sometidos a su conocimiento.

Esta orientación que se evidencia en los Estados democráticos, principalmente se basa en la concepción de que es imperante y necesaria la eliminación de la posibilidad de que las decisiones judiciales se encuentren determinadas o quizás influenciadas por la subjetividad de jueces y magistrados; por lo que esto, como un *desiderátum*, procura que no exista dominio entre unos y otros, sino que más bien se exige la existencia de una motivación y fundamentación basada exclusivamente en la objetividad, la cual será la que ineludiblemente mantenga una sana práctica judicial.

Es aquí en donde puede observarse lo que Aragón (1986) plantea:

> La incapacidad de los métodos tradicionales está clara, pero los peligros de subjetivización (y de arbitrariedad e incluso politización de la justicia) también. De ahí que, sin renunciar enteramente a una hermenéutica valorativa, F. Müller haya reclamado el derecho fundamental a la igualdad del método (derivado del principio constitucional de igualdad). (p. 121)

La interpretación valorativa, indudablemente, ha marcado un extenso debate entre algunos de los estudiosos más importantes como lo son Perry, Hart, Dworkin, Devlin, Wechsler, entre otros; pero no importando cual sea la postura de cada uno de ellos se debe estar bajo el entendimiento de que en la actualidad difícilmente se puede hablar de la hermenéutica constitucional de una forma ajena a la valoración, puesto que aunque si se han mantenido latentes algunas posturas estructuralistas, siempre ha prevalecido la idea de la necesaria crítica e interpretación jurídica.

Ahora bien, como aquí no se trata de la forma en que se llevará a cabo la interpretación sino más bien, se trata de establecer si es conveniente que se hable de una homogeneidad ideológica como una contraposición de la aplicación de los principios o no; al respecto es pertinente señalar que los valores pueden ser entendidos como valores que pueden ser capaces de dotar unidad y homogeneidad al derecho; lo que hace de la función interpretativa una función trascendental para de alguna manera unificar los criterios bajo los cuales se resuelvan los casos particulares.

A esto se debe aunar el hecho de que la interpretación de la cual se habla, siendo de carácter constitucional, obliga al jurista a realizarla de una manera profunda, detallada y altamente analizada; la misma doctrina y realidad ha orientado al jurista a no solo tomar

en cuenta las normas jurídicas, sino que además la función interpretativa de los hechos, y los valores imperantes en la sociedad, puesto que ellos representaran elementos de gran incidencia en la ciencia jurídica inevitablemente.

Toma lugar entonces la progresiva creencia que los nuevos fenómenos que afectan al Estado social de derecho en el ámbito constitucional, con sus particulares dimensiones, es prácticamente imposible resolverlos desde una interpretación textual de las normas. Más bien, exige una interpretación que "requiere un criterio científico, unitario y capaz de integrar toda la multiplicidad de valores capaz de integrar que entran en conflicto para señalar los lineamientos de la materia en forma creativa y ordenada" (Recaséns, 1956, p. 182).

Esto obliga a que, imprescindiblemente, sea analizado el destinatario de la función interpretativa, así como sea conocida no solo la estructura, sino además la jerarquización de los valores, principios y hasta normas constitucionales, que se tomen en consideración en la decisión, ya que en esencia será sobre ellas sobre las que recaerá ineludiblemente la labor hermenéutica.

Entendida desde esta perspectiva la problemática presentada ante la homogenización ideológica y la aplicación de los valores, se debe asegurar que la única manera de llevar a cabo una interpretación constitucional completa es a través de disponer de un punto de partida de lo que puede entenderse como un criterio científico y unitario de interpretación de la Constitución, el cual sea extensivo, de tal forma que no llegue a agotarse únicamente en la norma, ni tampoco en el análisis históricos o sociológicos,

mucho menos que niegue los elementos formales por medio de criterios estrictamente valorativos.

Se refiere, entonces, de una interpretación constitucional que se lleve a cabo bajo un criterio integral, de "los aspectos formales, valorativos y fácticos dentro del proceso único de la interpretación jurídica" (Reale, 1980, s. p.).

En fin, es imperativo tener en cuenta que lo que deben asegurar los principios constitucionales y la interpretación es que el juez constitucional garantice que las leyes ordinarias y superior, posean una eficacia concreta, sometiéndose las primeras a las constitucionales, para que de tal forma se logre el fortalecimiento de los derechos.

Por último, es menester tener en cuenta que procurar aplicar un criterio de homogeneidad pugna abiertamente contra las ideas neoconstitucionalistas, puesto que esto representaría no solo mermarle por completo su finalidad, sino la esencia misma de esta orientación filosófica del derecho; puesto que lo que ella procura es que mediante la aplicación del método se implementa la ponderación, misma que permite la aplicación de los principios al derecho.

Todo este proceso exige un apego total al carácter axiológico de los propios principios, de los cuales se puede encontrar de los más variados, pero precisamente esa variedad es la que permite que el neoconstitucionalismo no apoye la aplicación de la homogeneidad de ideologías en los distintos casos, sino más bien que la pluralidad de valores sea la que enriquezca la aplicación de los principios al derecho.

Se debe tomar en cuenta además que, desde la postura del neoconstitucionalismo, la interpretación constitucional pasa a desarrollar un papel decisivo en el quehacer jurisdiccional, tiene principios y reglas propias que la distinguen de la interpretación legal; puesto que esta esencialmente incorpora el criterio de ponderación, que hasta cierto punto completa y puede llegar a reemplazar al paradigma de la subsunción, así como al mismo silogismo judicial, propio de la anterior etapa iuspositivista. Considerado desde este punto de vista, puede sostenerse que la interpretación se transforma gradualmente en una argumentación basada no solamente en normas sino también en principios.

Es desde esta perspectiva que se puede sustentar cierta superación del positivismo jurídico por el neoconstitucionalismo, el cual, mediante esta forma de considerar la interpretación y la aplicación de los principios al derecho, presenta ciertamente una relegación de los postulados sustentados en la postura positivista; abriendo paso a una nueva y más completa forma de interpretar al derecho.

4.4. La misión de los jueces dentro de la democracia constitucional desde la perspectiva del neoconstitucionalismo

Como ya se dejó claro en el segundo capítulo, siguiendo la división propuesta para el positivismo jurídico, el neoconstitucionalismo, también puede ser abordado como teórico, metodológico e ideológico; cada una de estas formas de abordar el pensamiento filosófico del derecho desde una perspectiva distinta; sin embargo, interesa en este punto tomar en cuenta que el neoconstitucionalismo también puede

ser abordado como una ideología institucional el cual de cierta manera valora positivamente y promueve la defensa y ampliación del proceso de constitucionalización.

Al respecto Comanducci (2002) señala que:

> El Neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales, podríamos en este sentido hablar de Neoconstitucionalismo de los contrapoderes, pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución. (p. 100)

Este pensamiento lo que realiza es la promoción del modelo de Poder Judicial con carácter activista, que se encuentre directamente orientado a la tutela de los derechos humanos para lograr su plena vigencia práctica. Esto a su vez provoca la existencia de una nueva visión del ordenamiento jurídico, la cual de cierta forma llega a exigir la existencia de una nueva postura institucional de parte de los órganos jurisdiccionales; esto a su vez marca también una nueva actitud institucional de los jueces, sobre todo en aquellos casos en que son investidos con carácter constitucional.

Todo lo que conlleva el pensamiento antes descrito es a lo que puede llamarse activismo judicial, el cual en todo momento se encontrará fundamentado en los derechos humanos constitucionalizados o considerados parte del bloque de constitucionalidad. Pero es precisamente allí donde el neoconstitucionalismo muestra

otra vez su inclinación en plantear el difícil y complejo desarrollo de lo relativo a la misión de los jueces, sobre todo de aquellos que ejercen el control constitucional, y que se encuentran comprometidos con el cumplimiento y tutela de la democracia constitucional.

De esta manera, se puede observar que el neoconstitucionalismo propone y fomenta la existencia de una nueva relación del ámbito judicial con los demás órganos de gobierno, y de la misma forma con la sociedad civil, para la consecución de la efectiva vigencia de los derechos humanos. Quiere decir que desde esta perspectiva los jueces son los encargados de realizar el control, así como de llevar a cabo el resguardo debido de los otros órganos estatales, para que de esta manera no solo se logren proteger los derechos, sino que además se hagan efectivas las garantías constitucionales.

Ahora bien, el actuar judicial se encuentra enmarcada en una misión de suma importancia llevada a cabo por los jueces, dentro de los sistemas democráticos, la cual no es más que la de realizar una interpretación por demás, creativa, dinámica y vigorosa de la Constitución Política de la República y del bloque de constitucionalidad, cuando se trata de derechos humanos, pues ha de tenerse en cuenta que el papel del juez dentro de la sociedad antidemocrática únicamente se presta para servirle al dictador, mientras que el papel del juez dentro de una sociedad democrática es servirle a la Constitución.

Se afirma lo anterior debido a que, según el neoconstitucionalismo, los jueces deben fungir como garantes de los valores, principios y derechos que identifican plenamente a

la democracia constitucional, lo que permitirá crear el cauce dentro del cual se desarrolla el andar del vivir político, mediante establecer una serie de métodos y teorías aplicables a la interpretación constitucional, cuestión que destaca el protagonismo de la justicia material, dentro del rol de los jueces en el estado constitucional de Derecho.

Cuando se habla de una democracia constitucional, se debe tener en cuenta que la efectividad de la justicia se visualiza al momento de que cada una de las decisiones que son expresadas por el juez manifiestan el esplendor y solemnidad de la justicia misma, la cual resulta ser propia del Estado de derecho tal y como lo afirman grandes pensadores como lo es Gustavo Zagrebelsky, quien observa hasta cierto punto esta situación desde el concepto material del Estado de derecho, puesto que de esta manera se le puede asociar a aquellos principios y valores supremos del derecho, lo que provocaría la creación de una "situación jurídica justa en sentido material" (Bockenforde, 2000, p. 40).

Se hace evidente que cuando los jueces dictan sus distintas resoluciones de manera totalmente comprometida con su función no solo de intérpretes, sino además de garantes investidos de esta capacidad por medio de la Constitución, se refuerza y consolida tanto la confianza como la credibilidad en cuanto a la administración de justicia propiamente dicha.

Esta credibilidad y confianza se encuentran directamente unidas al principio de independencia y autonomía judicial, que determina que la democracia es representativa de la independencia existente entre las distintas ramas del poder público.

Es innegable la existencia de una gran lucha por el reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos fundamentales que dimanan de ella, hitos dentro de la historia muestran cómo paulatinamente se ha logrado avanzar hacia la modernidad social en este sentido, lo cual ha venido a provocar que cada espacio o lugar, dentro de sí mismos, generen sus propias estrategias locales encaminadas a limitar el poder del Estado.

Esta organización social ha permitido que se alcancen las capacidades y facilidades oportunas para exigir y garantizar plenamente los resultados tanto individuales como colectivos, tendientes a tutelar los bienes jurídicos fundamentales que todo sujeto de derecho tiene potestad de promover.

Es desde esta perspectiva que se refuerza la expresión "la vida del derecho no ha sido la lógica, sino ha sido la experiencia" (Arjona, 2006, p. 19). Aquí este autor lo que procura dejar claro es que este asunto debe visualizarse desde el punto de vista de los paradigmas epistemológicos que trascienden la tradición del derecho como ley.

Precisamente estos paradigmas epistemológicos son los que ayudan a construir el andamiaje constitucional de la democracia judicial, en donde han jugado un papel sumamente importante juristas como Zagrevelsky, Bockenforde, Bobbio, y Ferrajoli, entre otros grandes pensadores, los cuales presentan posturas en donde en esencia se considera que "el protagonismo de los jueces responde a la misma visión del derecho, creando de tal suerte una alianza con la justicia, y es precisamente allí en donde se indaga por la relación entre derecho legal y derecho constitucional" (Zagrebelsky, 1995, p. 9).

Al respecto, es importante traer a memoria, solo a modo de ilustración, el hecho de que Hart fue quien introduce en el concepto de Derecho, la noción de la diversidad de decisiones propias de la discrecionalidad, sobre todo en cuanto a los casos con límites discutibles; aspecto que Dworkin (2005) cuestiona, afirmando que:

> En las decisiones judiciales, los jueces solo pueden dar una respuesta correcta cuando se presenta un caso difícil, ya que la respuesta únicamente puede tener como fundamento las cuestiones de principio que según el derecho como integridad constituyen el derecho constitucional que administra. (p. 267)

Es a partir de este momento en dónde comenzó la controversia entre Hart y Dworkin, y sus postulados en cuanto al positivismo y el derecho natural, uno de los más relevantes debates dentro de la historia de la filosofía del derecho, la cual, asimismo, abrió paso a otras posturas como la de Zagrebelsky (1995) quien, como ya se ha podido observar, consideraba esencialmente que mediante el constitucionalismo se responsabiliza al Estado, por varias razones, dentro de las cuales prevalece que:

> Dentro de las declaraciones constitucionales de derechos subyace una distinción fundamental relacionada con el *ethos* de los derechos, el cual vincula dos tradiciones que son la libertad o humanismo laico, y la justicia o humanismo cristiano, en el primero de los casos al transgredirla se violenta la pretensión de libertad, en el segundo se lesiona la pretensión de justicia. (p. 76)

Este estudioso Zagrebelsky (1995) considera que el derecho no es el que encierra totalmente la solución, sino que más bien por los principios que ostenta es que se logra

establecer la correcta y concreta dimensión de lo que se plantea; por ello afirma que el derecho por principios implica:

> (...) el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquellos; el rigor en la aplicación de la ley pero también la solidaridad ante sus consecuencias más rígidas, la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo de los más débiles. (p. 144)

Se logra observar en este pensamiento, a su vez, una inclinación hacia el derecho natural, lo que apunta a un neoconstitucionalismo, el cual como bien es sabido se fundamenta no solo en la supremacía de la Constitución, sino que además en el reconocimiento de los principios y derechos que de la misma dimanan; sin embargo, como se ha podido constatar, el neoconstitucionalismo no presenta un juez demasiado distinto al tradicionalmente observado, pues desde esta postura el deberá someter al ejercicio de la validación constitucional, todas aquellas normas que se consideraban acabadas por las posturas anteriores.

Desde esta perspectiva, es el juez quien se convierte, mediante la interpretación, en el dador de esa consumación de las normas; de tal suerte que se exige que toda decisión que este haga, deba ser razonable y prudente, o sea, debe poseer argumentos que la justifiquen y que se mantenga en estricta observancia de los derechos fundamentales del ser humano.

Esto hace que se ubique el pensamiento frente a la concepción de un Estado social de derecho, un juez y una justicia que se inclinan hacia la idea de que todos ellos deben partir de la humanización del derecho, la cual será posible únicamente desde la perspectiva de la dignidad humana; lo que provocará que los justiciables se vean compelidos a cumplir con sus responsabilidades sociales, manteniéndose siempre bajo la protección y tutela integra de sus derechos humanos, los cuales son los únicos fundamentos de la verdadera paz social y de la legitima convivencia democrática.

Por ello, desde la perspectiva del neoconstitucionalismo, el papel que desempeñan los jueces dentro de las democracias constitucionales los convierte en verdaderos protagonistas y artífices no solo de la concientización, sino además de la protección de los derechos humanos.

Su actuar, en tal caso, resulta ser fundamental, tanto por lo que han logrado mediante los fallos que dictaminan, como también porque provocan que los demás órganos estatales se mantengan pendientes de actuar en forma paralela a esta postura instituida por ellos.

Es aquí en donde aparece que tanto el Poder Judicial como la Corte de Constitucionalidad, desde la perspectiva neoconstitucionalista, ya no tienen un carácter moderador sino más bien provocador, puesto que esta última lo que en todo caso buscará es asegurar los derechos personales y colectivos, y ya no se ocupará por el control o la división de los poderes; o sea, que a través de este pensamiento se considera con mayor importancia el establecer cómo se decide, y ya no tanto quién es el que decide.

De tal suerte que, como señala Ferrajoli (2009):

> La democracia no debe concebirse únicamente de manera formal, aun cuando ésta sea un requisito *sine qua non*, pues es necesario también concebirla en sentido material, ya que la democracia solo es posible a través de su concreción en todos los ámbitos de la realidad social. (p. 33)

Esto denota la trascendencia de la participación de los jueces, pues ellos mediante su labor logran garantizar los derechos fundamentales, "dimensión sustancial de la democracia" (Ibáñez, 2003, p. 247) y evitan cualquier autoritarismo del poder público, de allí que se afirme que la verdadera democracia es la de los jueces, ya que ellos serán los garantes de la dignidad del ser humano en todos los ámbitos de la vida.

4.5. La interpretación constitucional y el *telos* del neoconstitucionalismo

Pretender señalar la existencia de un concepto homogéneo y mayoritariamente aceptado para este nuevo término jurídico es demasiado aventurado, por no decir casi imposible; aunque sí presenta cierta paridad dentro de sus características propias como se pudo ver en el capítulo segundo, el cual además de mostrar que son muy variadas, ha dejado en claro que sí pueden concordarse de alguna manera.

Ahora bien, el *telos* del neoconstitucionalismo descansa en la orientación hacia la protección y garantía de los derechos fundamentales dentro de la interpretación constitucional; aspecto que resulta del todo importante de analizar, no es sí misma, sino más bien en el cómo esto verdaderamente llega a ser una realidad indubitable.

De lo que se trata desde esta perspectiva es de estudiar cómo el neoconstitucionalismo llega a garantizar y proteger esos derechos, partiendo de la idea de la existencia de un vínculo entre la moral y el derecho, tanto dentro del ámbito de la justicia como dentro de su aplicación en este último; teniendo en todo momento presente que tanto el papel que juega el juez constitucional, como el del juez ordinario son de suma importante para llevar a cabo esta función.

Partiendo de aquí, es imperante afirmar también que el derecho y la justicia jamás pueden hallarse en contraposición, de hecho, no se hallan en contraposición; sino más bien, una complementa al otro y viceversa.

Un orden jurídico justo será en el cual la teoría neoconstitucionalista podrá coronar al Estado como constitucional. Por ello se hace imperante abordar el tema de lo justo, de la justicia, pues es pertinente establecer que la justicia no es la distribución equitativa de bienes propiamente dicha, más bien se trata de procurar que a cada cual se le otorgue lo que le corresponde.

Aquí de lo que se trata cuando se habla de justicia es de impartir lo suyo a cada quien, según lo que la misma virtud orienta; mientras que el derecho es justamente aquello que busca declarar la justicia; o sea, que este es lo que en justicia le ha de corresponder a cada uno.

Visto de esta forma, el derecho es el que materializa la aplicación de la justicia, procurando de tal suerte la satisfacción de esta máxima superior. No puede negarse que desde el comienzo tanto derecho como justicia se han hallado relacionados, hasta

el punto que ha esta se le ha identificado como sinónimo de aquel, y hasta se les ha confundido entre sí.

Sin embargo, el ámbito del derecho se desarrolla todo el tiempo bajo la imperatividad de la justicia, lejos de la cual no es posible considerar la existencia de aquel ni tampoco tendría sentido la misma. Tal relación posee tan viejo raigambre que se remonta al origen mismo de ambos términos, pues mientras que en el latín se hacía referencia al derecho utilizando el término *ius,* para la justicia se utilizaba *iustus.*

Por esta razón, es que la idea originaria de la palabra derecho tiene una connotación a lo correcto, lo recto; aspecto que puede observarse cuando se estudia que:

> Su raíz se refleja en el latín como *directum*, señalando rectitud, no obstante en su forma original se lo encuentra como *ius, iuris*, entendiendo lo justo. Sobre *directum*, se observa referencia el prefijo de-, en la forma latina -de, que pauta un orden o dirección descendiente, y por el otro lado, *rectus*, con raíz en el indoeuropeo *reg*, que se interpreta explícitamente como recto. (Veschi, 2019, s. p.) (sic)

Por su parte, la palabra justicia:

> Se distingue en el latín como *iustitia*, asociado al adjetivo justo, que se observa en el latín como *iustus*, y a instancias del término derecho, que se expone en las formas latinas ius, *iuris.* La idea de justicia tiene una doble valoración, ya que por un lado expresa la cualidad de ser justo y equilibrado en la toma de decisiones y, paralelamente, hace referencia a un sistema legal. (Veschi, 2019, s. p.)

Este último término, puede ser orientado hacia tres aspectos, el sentido moral o ético, en el cual se le tiene como una cualidad de este carácter; mientras que también puede observarse desde el punto de vista jurídico en donde se le tiene en concomitancia con el derecho; y también se le puede observar desde el ámbito institucional, como los órganos encargados de administrar la justicia; sin embargo, el que ocupa un lugar preponderante en este estudio es el que se encuentra ligado al derecho como un valor intrínseco del mismo; ya que este tendrá como finalidad la realización de la justicia.

Partiendo de esta idea, es conveniente traer a memoria que la justicia "es un valor que permite diferenciar lo que es jurídicamente valioso: lo justo, de lo que, por no serlo, entraña el desvalor de la injusticia" (Perez Luño, 2004, p. 213). Esta es en sí una máxima netamente emanada de la conciencia del hombre tanto en lo individual como en sociedad, ya que está en esencia tiene únicamente potestad de aplicación sobre el ser humano, pues es en este en donde descansa la forma material de esta ante el derecho.

Deóntica es la relación que existe entre la justicia y el derecho, pues esta es la que marca el deber ser de aquel, así como el ser y el deber ser de las acciones del hombre mismo, tanto en lo individual como en conjunto, lo cual es enmarcado por la naturaleza ontológica de dichos términos; por ello, el derecho a través de las normas procura alcanzar la justicia, y la justicia procura mantener que se cumplan las normas establecidas en el derecho.

Ahora bien, en el entendido de que el neoconstitucionalismo busca conjugar no solamente la aplicación del derecho positivo, sino además la afirmación de un derecho

natural inmutable y universal, como parte de la consecución de la seguridad jurídica que presta el derecho mismo; se puede afirmar que "debe elaborarse una definición y la aplicación del neoconstitucionalismo, a partir de que la justicia es algo esencial al derecho, tanto en lo natural como en lo positivo" (Martínez Roldán y Fernández Suárez, 2000, p. 53).

La correcta determinación de lo justo resulta ser entonces el *telos* del neoconstitucionalismo, dentro de las teorías de la justicia; pues precisamente esto es lo que esta teoría procura alcanzar mediante la protección y garantización de los derechos fundamentales del ser humano. Las teorías de la justicia:

> Suelen dividirse, al menos, en materiales y procedimentales. Las primeras aspiran a fijar directamente qué es lo justo, mientras que las segundas pretenden establecer el itinerario a seguir para llegar a conocerlo. De acuerdo con esta división, cabría afirmar que las principales constituciones europeas han establecido una teoría material de la justicia basada en el reconocimiento de que la dignidad humana y el respeto a los derechos fundamentales de la persona son las bases en las que se funda una ordenación justa de la comunidad política. (De Domingo, 2007, p. 248)

No puede dudarse que desde este punto de vista se le otorga un valor especial al ser humano, el cual pende exclusivamente de la dignidad humana, la que a su vez exige el respeto incondicional de este.

Ha de mencionarse además que para el autor antes referido los derechos fundamentales:

> Son propiamente lo justo, aquello reconocido y/o atribuido a cada ciudadano mediante normas de rango constitucional, mientras que la dignidad es el título en que se funda dicho reconocimiento y/o atribución. Los derechos fundamentales se convierten en el criterio básico de justicia: aquellas acciones tanto de particulares como de poderes públicos y normas que los lesionen podrán calificarse de injustas y, por tanto, sería lógico que el ordenamiento jurídico dispusiera de mecanismos adecuados para reaccionar frente a ellas. Ahora bien, esta reacción institucional admite diversos grados. Sería posible limitarse a articular unos procedimientos que anularan cualquier acción o norma lesiva de un derecho fundamental, pero también podría ser que, además de garantizarse la protección de los derechos fundamentales, se hiciera recaer sobre los poderes públicos la obligación de organizar la sociedad con el fin de lograr que el pleno ejercicio de estos derechos fuera real y efectivo. (De Domingo, 2007, p. 251) (sic)

Es en esta postura que se puede observar que el neoconstitucionalismo refleja claramente esta última orientación; pues establece que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, expresión que refleja algo más que una exigencia de respeto. Puesto que esta orientación busca la correcta determinación de lo justo más allá de lo que se pueda conocerse a simple vista. Además de que ese rol de consecución de lo justo es el que juega la justicia dentro de esta orientación filosófica de forma activa, pues ya no es más solo un espectador, más bien se convierte en un ejecutante de los diversos supuestos sostenidos por este.

Esto quiere decir que la justicia no solamente penetra dentro del neoconstitucionalismo sino que al mismo tiempo lo ordena y guía de conformidad con su finalidad; lo que provoca que a razón de esta postura filosófica el derecho se convierta en cierta forma en más complejo, esto derivado del desarrollo de los derechos fundamentales, la convergencia de principios y la determinación de los variados cauces que estos establecen para la resolución de controversias de orden constitucional; aspecto que para muchos resulta no solo complicado al entendimiento sino además a la práctica, pero que el neoconstitucionalismo rescata para procurar demostrar que no solo es posible sino que además necesario.

Es a partir de allí que el neoconstitucionalismo se fundamenta en dos concepciones, una que indica que existe una conexión real entre el derecho y la moral, como anteriormente se ha dejado claro, y otra que establece que necesariamente un ordenamiento jurídico necesita leyes que por naturaleza tengan un carácter justo; o sea que las normas sean justas.

Al respecto de las normas justas, Alexy (2004) al referirse al argumento de la injusticia, en tanto haciendo referencia a las normas aisladas, señala que:

> Las normas aisladas de un sistema jurídico pierden el carácter jurídico. Su variante más conocida es la fórmula radbruchana cuya sostenibilidad desde el punto de vista de un observador ya fuera analizada y rechazada. La cuestión es ahora saber si el argumento de la injusticia bajo la forma de la fórmula radbruchiana es aceptable desde el punto de vista de un participante. Aquí hay que subrayar que la fórmula radbruchiana no dice que una norma pierde su

> carácter jurídico cuando es injusta, el umbral es más alto. El carácter jurídico se pierde cuando la injusticia alcanza una medida insoportable. (p. 45)

Desde esta postura se presenta al juez como aquel que deberá establecer que una norma no puede ser aplicada por encontrarse fuera de lo que debe ser considerado como justo, puesto que lo que no es justo no puede ser parte del derecho, y un juez no podría jamás resolver algo alejado del derecho; de aquí que se sostenga que si el juez es llamado a resolver un asunto en base a una norma injusta, tiene solo dos opciones caer en falsedad tomando aquella como parte del derecho, o simplemente exponerla como tal.

Ahora bien, parece importante tomar en cuenta que la situación definida anteriormente dependerá de la capacidad de valoración que se le pueda otorgar a el juez, por esto es que tiene un papel sumamente trascedente, este último dentro del neoconstitucionalismo; además de que mediante la incorporación de los elementos morales este hace al derecho lo convierte en un discurso mucho más amplio y complejo entre los actores que forman parte de él.

Esto prácticamente hace que el positivismo jurídico resulte inservible, que sea superado por el neoconstitucionalismo pues este último crea una robusta amalgama entre la ética, la moral y el derecho, así como de estas tres con el actuar jurisdiccional, el cual será el encargado de determinar y poner en evidencia aquellas normas que deben ser tenidas notoria y absolutamente como injustas, desterrándolas absolutamente del ordenamiento jurídico, y despojándolas de su carácter jurídico por poseer una naturaleza injusta y por lo tanto contra derecho.

4.6. El contenido meta jurídico del neoconstitucionalismo en la interpretación y aplicación constitucional

A partir de que Dworkin abiertamente iniciara su desafío contra el positivismo jurídico inició una profunda discusión dentro de la filosofía del derecho, y se comenzó a realizar un tratamiento especial para dar con la explicación de un sinfín de fenómenos en desacuerdos jurídicos fundamentales; surgiendo paulatinamente el término metajurídico, el cual al analizarlo permite observar que siendo una palabra compuesta se refiere en primer término a el prefijo meta, el cual por lo general es utilizado para definir algo desde la perspectiva de otro concepto que ya es conocido por la inmensa mayoría. Quiere decir que cuando se une a lo jurídico lo que se pretende aclarar es que se refiere a que va más allá de lo estrictamente jurídico; o sea, se trata de aquello que se superpone a las reglas ya existentes.

Partiendo de allí, se puede comenzar a abordar este tipo de contenido que posee el neoconstitucionalismo y que se utiliza tanto en la interpretación como en la aplicación constitucional, aunque hay que tomar en cuenta que indudablemente cuando se aborda esta postura filosófica que:

> La primera dificultad reside en el carácter gravemente ambiguo extremadamente vago que presenta el uso de este neologismo: se puede enarbolar el Neoconstitucionalismo en sentidos muy distintos y, luego, una vez fijado el sentido, tampoco resultan nada claros los rasgos o elementos que han de concurrir para ostentar legítimamente dicho título. (Figueroa Gutarra, 2010, p. 1)

> La profusión de investigaciones y estudios, a nivel transnacional y local, sobre los elementos medulares del Neoconstitucionalismo no ha conducido sin embargo a una clarificación particularmente meridiana del concepto a una delimitación precisa de los límites de su contenido. (García Jaramillo, 2016, p. 39) (sic)

Esto principalmente porque existe una gran diversidad de textos, argumentos, opiniones y orientaciones, que estructuran el andamiaje del neoconstitucionalismo y que hasta cierto punto complican el consenso general, el cual hasta el momento no ha logrado aclarar aspectos como el ateniente a lo que es o en qué consiste esta postura. Quienes desarrollan esta postura presentan notables diferencias en sus planteamientos, lo que la vuelve una doctrina vasta y con un gran contenido.

Por lo tanto, y en vista de la variedad, resulta un poco complicado establecer su definición, elementos, características, y otros aspectos que la describen; por lo cual, la generalidad de las veces se opta por escoger la postura del jurista que parece más acertada. Es de esta suerte que se le considera por lo general como una doctrina de carácter difuso, ya que los principales estudiosos que esgriman el contenido de la misma como lo son Dworkin, Alexy, Nino y Zagrebelsky, cada uno tiene una muy particular forma de presentar sus planteamientos, complicando de esta manera la ponderación de los elementos comunes e identificatorios de esta orientación filosófica del Derecho.

Ahora bien, no debe confundirse lo basto de la doctrina del neoconstitucionalismo con el hecho de su estudio, el cual se ha llevado a cabo a fondo por sus grandes seguidores; por ello es que García Jaramillo (2016) citando a Pozzolo, considera que:

> El Neoconstitucionalismo ha abrazado amplios rasgos que inevitablemente lo han conducido a una amplitud semántica. Algunas de las tendencias adeptas al modelo procuran enmarcar ideas diversas e incluso divergentes de autores provenientes de variadas tendencias surgidas en distintos países y durante muchos años. El uso del concepto en la terminología iusfilosófica y constitucional extendió su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas. (p. 40)

En realidad, no se habla aquí de la existencia de dos doctrinas, ni mucho menos que existan antinomias entre las posturas, sino que se trata de una discusión compleja y diversidad de opiniones difusas entre sí, esto es lo que permite que el neoconstitucionalismo también pueda ser enfocado desde las tres perspectivas propuestas para el positivismo jurídico, como se ha explicado anteriormente.

Lo más relevante de esos tres planteamientos, metodológico, ideológico y teórico, es que representan formas que buscan de manera amplia conceptualizar el término neoconstitucionalismo, presentando de tal suerte cada una de las formas en que se presenta el neoconstitucionalismo de una manera integral al final.

Comanducci es quien ha planteado más concretamente una visualización de estas tres orientaciones del neoconstitucionalismo, permitiendo de tal manera, mediante el entrelazamiento de estas tres, concebir de una manera más profunda la finalidad del

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

neoconstitucionalismo; ya que cada una de estas tres perspectivas desde las cuales se puede abordar esta doctrina no solo existen en lo individual, sino además son complementarias la una de las otras y viceversa.

Quiere decir entonces que, si solamente se analiza al neoconstitucionalismo desde una de las formas de abordarlo, no se logra ver el panorama completo, ni se llega a conocer someramente la conceptualización completa e integra de esta doctrina, puesto que hacerlo de esa manera sería como pretender reducir un concepto tan amplio como lo es el neoconstitucionalismo a una sola forma cuando las tres estructuran de manera completa y esencial su contenido.

Ahora bien, la trascendencia del influjo de estas tres perspectivas en que se presenta el neoconstitucionalismo, en cada uno de los Estados en donde se ha presenciado, puede además de observar un carácter orgánico uno de carácter dogmático, sobre todo a nivel del texto constitucional; puesto que esta doctrina propone que tenga lugar en primer término la renovación de las prácticas jurisprudenciales, ya que plantea que estas no solamente sean vistas como la mera solución en ulterior instancia de las controversias jurídicas entre particulares o contra los órganos estatales, sino que se les postula como la principal forma de la evolución cambiante del derecho.

Además, presenta también una mudanza en cuanto a la literatura jurídica, pues propone que su marco teórico, así como sus pretensiones, se lancen al ámbito académico de golpe promoviendo el desarrollo del mismo así como el ensanchamiento de las principales doctrinas jurisprudenciales observando no solamente las propias o nacionales, sino además las extranjeras.

De esta manera, el neoconstitucionalismo le otorga cierta naturaleza o identidad dinámica al derecho, así como muestra una tendencia teórica hacia el activismo, así como también presenta importantes argumentos que preservan y protegen la convivencia de esta dentro de los diversos procesos de constitucionalización del Derecho.

Quiere decir que, actualmente, gracias a la orientación filosófica del neoconstitucionalismo se puede hablar de sitios locales de producción del nuevo modelo transnacional del derecho, así como sitios donde se puede observar la recepción con una mínima influencia retributiva hacia aquel país que ostenta y ejerce la influencia transnacional.

Es así como el contenido metajurídico del neoconstitucionalismo se presenta implicando una nueva teoría del derecho que se distingue de los fundamentos teóricos del positivismo jurídico que fueron el marco conceptual del Estado de derecho decimonónico; esto lo hace mediante de tres grupos medulares, acerca de los cuales García Jaramillo (2016) establece en cuanto a la Constitución:

> A nivel de la constitución se establece que está cargado de un valor intrínseco, o sea es un valor en sí; que su contenido es fundamentalmente sustantivo por los derechos y principios que consagra que se debe interpretar sistemática en lugar que aisladamente; que debe ser rígida por las altas exigencias para su propia reforma; y que toda la normativa del sistema se debe interpretar conforme a los mandatos constitucionales. Dentro de los aspectos más importantes se establece que la Constitución tiene garantía jurisdiccional debido a la creación

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> de tribunales especializados y que su naturaleza es normativa propiamente hablando, cuyos mandatos son obligatorios e impositivos en lugar que meramente declarativos o programáticos. (p. 45)

García Jaramillo (2016) presenta así de forma resumida la manera en que dentro del contenido metajurídico del neoconstitucionalismo se presenta la conceptualización de la Constitución, esbozando de manera bastante puntual los principales aspectos, en los que se basa este para la consideración de aquella, así como determina las exigencias que en sí misma presentará esta. Continúa indicando el contenido de los derechos al señalar:

> A nivel de los derechos se establece que tienen valor normativo pleno en lugar de ser normas programáticas que serán eventualmente desarrolladas por el Legislativo; efecto de irradiación hacia todo el ordenamiento jurídico; fuerza vinculante no solo hacia organismos del Estado, sino también hacia privados y particulares; y tiene un contenido esencial que se debe respetar cuando se resuelven casos de tensiones entre derechos mediante el principio de proporcionalidad. (p. 46)

Se expone por el autor que los principios y derechos contemplados constitucionalmente la convierten en una Constitución sustantiva, por lo cual, para el neoconstitucionalismo son valederas las razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictoras evocadas tanto por los jueces como por los legisladores, y que en un momento dado llegan a formar parte de aquella.

Dentro del contenido metajurídico del neoconstitucionalismo, también es importante referirse al Poder Judicial; por lo cual, es conveniente tomar en cuenta lo que García Jaramillo (2016) señala al respecto:

> A nivel del Poder Judicial, como novedad, se establece que interpreta, pero también crea derecho; que es un poder político porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia; y que sobre todos los poderes puede recaer el control jurisdiccional, lo cual ha derivado en una judicialización de la política. Estrechamente relacionado con el cambio de rol del juez, se encuentran el cambio de la jurisprudencia. Ahora se establece que la aplicación efectiva de los derechos se debe a la renovación en las prácticas jurisprudenciales, incluso más que a su consagración constitucional. (p. 47)

Vista de esta manera, la jurisprudencia determina que la Constitución se configura en razón de los derechos y no los derechos en razón de la Constitución. Aspecto que hace una variación de la concepción constitucionalista, en donde se consideraba que la jurisprudencia era la expresión fundamentalmente basada en el conjunto de decisiones judiciales reiteradas y tomadas con anterioridad, las cuales carecían de carácter obligatorio para casos futuros.

Ahora, desde la perspectiva neoconstitucionalista, se ha observado un involucramiento del estudio de los conflictos teóricos generales que se derivan de la naturaleza propia del derecho, y su correspondencia con la justicia y la moral. En este sentido, se ha llegado a sostener como parte del contenido metajurídico del neoconstitucionalismo que la jurisprudencia ha constituido en varios sistemas jurídicos una de las fuentes

principales del derecho, tal y como se puede considerar en la doctrina; esto principalmente por la aplicación e interpretación constitucional que se realiza desde esta perspectiva.

4.7. Especificidad de la interpretación constitucional y el neoconstitucionalismo

Dentro de este apartado, el término menos desarrollado es el de la especificidad, pero por la simplicidad de su contenido, no será muy complicado comprender el ámbito que abarca dentro de este punto; en todo caso, la Real Academia Española (2019) señala que este término denota la "cualidad y condición de específico. La adecuación de algo al fin al que destina" (s. p.).

Quiere decir que se tratará de abordar el contenido específico de la interpretación constitucional desde el ámbito de la orientación filosófica del neoconstitucionalismo, por lo tanto se tomaran en cuenta los principales modelos constitucionales, así como se hará referencia de algunas de las principales características constitucionales que desde el punto de vista de esta doctrina permiten referirse a una especificidad.

Uno de los elementos dentro de los cuales se puede identificar cierta especificidad de la interpretación constitucional, yace en los sujetos de la interpretación, cuando se habla de ellos se tendrá que tomar muy en cuenta que esto obedece a la configuración y disposición del ordenamiento al que se encuentran vinculados.

Esto quiere decir que si el ordenamiento jurídico examinado prevé un juez constitucional concentrado en un órgano especializado y manifiesto, se puede identificar una especificidad de la interpretación constitucional en relación a la

interpretación general de la ley, esto en razón de la competencia tanto para la interpretación como para la aplicación, pues en dado caso se les concederá cada una de estas actividades a distintos sujetos.

Ahora bien, si por el contrario, se está frente a un control de constitucionalidad difuso, no habrá especificidad de la interpretación constitucional en comparación con la realizada a la ley general u ordinaria; puesto que, en tal caso, existirá un sujeto competente común tanto para la interpretación como para la aplicación de la interpretación constitucional y de la interpretación de la ley en general.

En cuanto al sistema utilizado en Guatemala, siendo este mixto, presenta definitivamente la especificidad de la interpretación y aplicación constitucional, en cuanto que posee a la Corte de Constitucionalidad como órgano especializado de sustentación de los asuntos constitucionales que se deban conocer; pero también permite que se invistan de carácter constitucional otros órganos jurisdiccionales cuando tienen que conocer de la constitucionalidad en los casos particulares que se someten a su jurisdicción, habiendo una especificidad en cuanto a que además de existir un órgano especializado para resolver los conflictos constitucionales, sino que en aquellos que en los casos específicos se invistan de tal carácter, y se convierten en un tribunal especial, conociendo un asunto específicamente constitucional.

Otro aspecto en el cual se puede observar especificidad en la interpretación constitucional, en cuanto a los efectos que poseen las sentencias que se derivan de los jueces constitucionales. Quiere decir, que se pueden observar ciertos efectos peculiares producidos por las sentencias que dimanan de los jueces constitucionales.

El texto constitucional, a través de su aplicación, puede generar efectos muy específicos y particulares, los cuales tendrían lugar dependiendo de la clase de control constitucional del cual se hable, o en su caso el cual se ejerza dentro del sistema jurídico. Derivado del sistema de control constitucional concentrado, las decisiones de los jueces constitucionales tienen efectos *ergas homnes;* ahora bien, en el caso del sistema de control constitucional difuso, esas sentencias tendrán validez solo *inter partes.*

Entonces, cuando se trata como se ha especificado anteriormente de un sistema mixto como el de Guatemala, se pueden observar ambas consecuencias en cuanto a las sentencias, puesto que, en el caso de las emanadas de la Corte de Constitucionalidad de carácter general, tienen aquella validez *erga homnes,* mientras que cuando se trata de las que tienen un carácter particular solo afectaran a las partes que intervienen en el conflicto.

No puede dejarse de mencionar, como aspecto que muestra la especificidad de la interpretación constitucional, la utilización de técnicas propias, interpretativas y/o aplicativas, que se acogen precisamente para el texto constitucional. Al respecto de las técnicas, se debe aclarar que estas pueden presentar la especificidad abordada cuando se le atribuye una calidad argumentativa del derecho constitucional.

Es con base en esta especificidad que cuando el juez constitucional, sobre todo el que actúa bajo el sistema de control de constitucionalidad concentrado, motiva sus decisiones lo hace en base a argumentos afincados en los principios fundamentales y

morales; así como también partiendo de los argumentos basados en lo justo, en la justicia.

La especificidad de la argumentación constitucional tiene un carácter contingente, puesto que no tendrá lugar necesariamente, y por lo tanto penderá de la flexibilidad o de la rigidez que ostente el propio texto constitucional del cual se haga la interpretación.

Al respecto de la argumentación, se debe tener muy claro que:

> La argumentación jurídica constitucional, y el rasgo central distintivo de ella reside en la apelación a argumentos o razones tomados de la constitución, por supuesto asumida ésta en un sentido mucho más amplio que el mero texto constitucional. De esa manera esa argumentación constitucional puede ser esgrimida por distintos operadores y también por distintos jueces, aunque corresponde destacar que en los modernos Estados de Derecho se han instituido jueces específicos a los que se les encomienda pronunciar autoritativamente la última palabra en esa materia de la argumentación constitucional. Por ende, así como hay un ámbito privilegiado para estudiar las características de la argumentación jurídica que es precisamente el judicial, también hay un ámbito privilegiado para estudiar la argumentación constitucional que es el de los jueces constitucionales y sus decisiones resolutorias. En definitiva, la argumentación constitucional es quizá uno de los temas más importantes de la materia constitucional, y a su vez ella constituye la matriz de la

> argumentación jurídica respecto al particular derecho vigente desde el que se argumenta. (Vigo, 2008, p. 33) (sic)

Por último, también se halla otro elemento en donde se puede denotar la especificidad de la interpretación constitucional, este es el objeto constitución, al respecto señala que "sobre esta base se plantea generalmente el problema de la especificidad de la interpretación constitucional, que dependería por tanto, de las diferencias que se dan entre la constitución y los otros objetos de interpretación" (Comanducci, 2016, p. 27).

Tanto para Comanducci como para otros autores, la especificidad en cuanto al objeto constitución, penderá de la naturaleza del objeto de la interpretación, el cual en su caso podrá presentar un modelo descriptivo o un modelo axiológico de constitución como norma.

En el primero de los casos, el modelo descriptivo de la constitución como norma, considera al documento constitucional de la misma manera como si fuera un texto normativo cuyo nivel es el mismo que el de la ley. Por lo tanto, la interpretación de la Constitución, teniendo el mismo nivel que la ley, estriba en la dación de significado al texto normativo.

> De modo más preciso, Constitución designa en esta acepción, un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que respecto a las otras reglas jurídicas son fundamentales, es decir, fundantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas. (Comanducci, 2016, p. 29)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

En cuanto al segundo modelo, el modelo axiológico de la constitución como norma, por el contrario, considera al objeto constitución, desde la conceptualización de que este en todo momento deberá ser tenido como documento normativo, con un carácter específico; por lo tanto, que merece un tratamiento distinto al de la ley. Es desde esta perspectiva que se considera a la constitución como el vínculo entre el discurso jurídico y la moral, lo cual provoca que la interpretación en ninguna circunstancia pueda excluir las valoraciones éticas.

> De modo más preciso, constitución designa en esta acepción, un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento, que respecto a las otras reglas jurídicas son fundamentales, es decir, fundantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas, con la condición de que posean determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico. En este modelo, como sostiene Dogliani, la Constitución aparece cargada de un valor intrínseco: La Constitución es un valor por sí misma. (Comanducci, 2016, p. 30)

Desde esta postura se observa que el intérprete constitucional, con el objeto de atribuirle significación a las disposiciones de orden constitucional, sobre todo aquellas que contienen principios, ha de estructurar su argumentación bajo las sólidas bases de la moral, lo cual quiere decir que el texto constitucional no ha de poderse interpretar utilizando los instrumentos comunes que son empleados para llevar a cabo la interpretación del derecho infraconstitucional.

En el caso de la Interpretación constitucional, no será suficiente hacer una referencia al sentido común de las palabras que se encuentran conformando la disposición. Ya que empleando esta forma lo que se podría conseguir sería la expulsión de algunos principios por haber hallado únicamente conflictos absolutos, en donde también se generaría la aplicación de esos principios como si fueran absolutos, lo cual conduciría a decisiones axiológicamente intolerables.

Por ello, es menester sostener que ostentando una gran diversidad el objeto constitución, tendrá un fundamento esencialmente en la existencia de principios en el texto constitucional. Los cuales no son más que los valores morales positivizados, mismos que, para que puedan comprenderse, han de requerir el empleo de apreciaciones morales.

Quiere decir que el acogimiento del modelo axiológico de la interpretación de la Constitución como norma conlleva sostener una interpretación que está apegada de cierta forma a la moral que conforma el mismo texto constitucional. Entonces, el intérprete se verá compelido a actuar mediante la comparación del modelo ideal de constitución y el modelo real de la misma, y por lo tanto derivará en su decisión la influencia de los valores derivados del primer modelo; siempre y cuando se hable de casos concreto y no abstractos; lo cual ciertamente le exigirá al juez que al momento de realizar las interpretaciones deberá realizar una argumentación enmarcada coherentemente.

Ahora bien, también debe tenerse presente que desde el modelo axiológico se abre paso a que la interpretación constitucional se mantenga continuamente cambiante,

debido a que esta se desarrollará conforme a las exigencias de la justicia sustancial que imperen en cada caso concreto.

Es por ello que este modelo deja de considerar al texto constitucional como un obstáculo o freno del poder; más bien, en forma contraria, reconoce en el texto constitucional un objetivo, una guía, el vademécum del legislador. Debido a que no solamente deberá acondicionarse, sino en base a la cual deberá desarrollar y modelar todas las normas jurídicas; resultando de tal suerte así la constitución en el timonel regulador de las relaciones sociales, así como el instrumento limitante del poder político, pero sobre todo el garante de los derechos fundamentales.

Para concluir este capítulo será importante entonces resaltar que derivado de que el neoconstitucionalismo, como corriente filosófica del derecho, mantiene una sustanciación afianzada en la preeminencia de una Constitución normativa, rígida y concebida como un modelo axiológico; se puede reconocer indudablemente que favorece no solo el desarrollo de la jurisdicción constitucional, mediante la función de los jueces constitucionales, sino que además a través de la interpretación que estos realizan, conforme al texto constitucional, obedeciendo a su finalidad, manteniendo su supremacía y reconociéndolo como garante de los derechos y garantías que dimanan del mismo.

Esto ha tenido como consecuencia que tenga lugar un proceso de concretización dentro de lo que puede considerarse como Constitución formal y material, en donde dentro de esta última se sitian aspectos que son atinentes a la realidad política y social del Estado actual; lo cual favorece el que el texto constitucional se mantenga no solo

vigente sino que mediante de la integración extensiva de todo el contenido constitucional se logre definir una madura y culta realidad jurídica, basada en los fundamentos esenciales que propugna el neoconstitucionalismo.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

CAPÍTULO V

5. Características de la jurisprudencia constitucional en Guatemala

Todos los jueces y tribunales, tanto generales como los específicos, tal sea el caso de los constitucionales, que se encargan de resolver cada uno de los conflictos jurídicos que surgen en el país, dentro de sus respectivas competencias son los principales guardianes y garantes de los derechos de carácter constitucional, así como del resguardo de que ninguna ley pretenda sobreponerse al contenido del texto constitucional.

De allí que las diversas sentencias que han sido dictadas en cuanto a la tutela de la constitución que ellos realizan, han sido las cuales de manera paulatina forman la jurisprudencia constitucional, dentro de la cual evidentemente será de mayor realce la creada por la Corte de Constitucionalidad, como órgano superior en cuanto al control de constitucionalidad.

Para comprender lo relativo a la jurisprudencia constitucional, se considera pertinente hacer un recorrido por la historia en cuanto a la jurisdicción constitucional se refiere, la cual consecuentemente permitirá el asentamiento de la jurisprudencia; además es importante realizar un estudio de las sentencias dentro de la jurisprudencia constitucional; así como del pensamiento filosófico que existe al respecto; sin embargo, lo más importante es el estudio de las tendencias jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad, las incidencias del bloque de Constitucionalidad en las sentencias de la misma, y la existencia de la opinión controvertida con respecto al bloque de

convencionalidad, y por último, la superación del positivismo jurídico, que se puede observar precisamente en la jurisprudencia constitucional en Guatemala.

Todo lo anterior se desarrolla con el afán de conseguir una panorámica ampliada y hasta cierto punto, conclusiva, que permita lograr establecer si el positivismo jurídico ha sido superado por el neoconstitucionalismo dentro de los criterios empleados por la Corte de Constitucionalidad al sentar jurisprudencia, así como por ende en el sistema de derecho mismo, que se observa en Guatemala.

5.1. Recorrido histórico de la jurisdicción constitucional

Es menester conocer algunos por menores de la jurisdicción constitucional, antes de poder hacer una referencia sobre la jurisprudencia constitucional. En dado caso, se debe comenzar por saber que uno de los logros más relevantes que ha tenido lugar dentro del constitucionalismo del siglo XX, es precisamente el surgimiento y la consolidación de la jurisdicción Constitucional; a tal punto que no puede pensarse actualmente en un Estado de derecho, sin que presente el desarrollo adecuado de un sistema de protección, tutela y garantía de la preeminencia de la Constitución, así como establecimiento de los límites del poder público, lo cual lo convierte indefectiblemente en un Estado constitucional de derecho.

En épocas anteriores a esta, prácticamente no se presentaron manifestaciones de control de poder público, ha de recordarse que los monarcas eran quienes gobernaban y tenían el control total sobre los territorios supeditados a su poderío; es precisamente este en el tiempo en que las Constituciones poseían un papel meramente político y por

lo tanto lo que en realidad hacían era un afianzamiento de la supremacía de los gobernantes en el poder.

Sin embargo, con el inicio de los Estados modernos, la supremacía constitucional cobra un mayor auge, puesto que expande el desarrollo de mecanismos de control del poder público, los cuales, de alguna manera, al favorecer la división de poderes, definió la necesidad precisa de establecer ciertos límites al ejercicio de las funciones públicas, lo cual desembocó en la creación de los controles de constitucionalidad.

Coke es el principal exponente de la génesis del control constitucional, lo cual hizo siendo uno los grandes integrantes del poder judicial inglés, que procurara sujetar los actos parlamentarios de ese país a los principios rectores del derecho común; este juez consideraba que ellos debían predominar en contra de los despreciables actos contrarios a la razón y al derecho común.

> El Derecho viene a ser así para Coke una ciencia que, con un cierto sentido aristotélico, se presenta como una ciencia práctica, uniendo la razón al conocimiento de aspectos particulares, contenidos no en los libros como un cuerpo de conocimiento, sino en las mentes de los que pueden utilizarla. La definición que de la ley del Derecho en más amplios términos, hará nuestro Juez, recurriendo de nuevo a una máxima latina: *Lex est ratio summa, quae jubet quae sunt utilia et necessaria, et contria prohibet* (la ley es la razón culminante, la perfección de la razón, si así se prefiere, que ordena lo que es útil y necesario y que prohíbe lo contrario) ha sido una de las más persistentes y fructíferas definiciones que se ha dado de la ley, pudiendo verse definiciones

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

paralelas en autores tan diversos como Cicerón, Aristóteles, Henry de Bracton, Jean de Gerson, el gran teólogo francés de la segunda mitad del siglo XIV y primeros lustros del XV), Grocio o Santo Tomás de Aquino. (Fernández Segado, 2013, p. 179)

Bajo esta y otras consideraciones Coke, analizó la sentencia que tuviera lugar en 1610, dentro de la cual el decreto parlamentario instituía al Colegio Real de Médicos como Juez y parte en un proceso, lo cual para él resultaba nada más y nada menos en ser un absurdo jurídico, y haciendo uso de su razón artificial expuso su postura, en el célebre razonamiento que señala: "Aparece en nuestros libros que en muchos casos el *common law* controla Leyes del Parlamento y que a veces los relega a la absoluta nulidad: porque cuando una Ley del Parlamento se opone al derecho común y a la razón, o repugna o es de imposible aplicación, el common law lo controla y se impone sobre tal Ley, anulándolo". (Velásquez Rizo, 1999, p. 140).

Coke de cierta forma materializa por primera vez la supremacía constitucional frente a los actos parlamentarios; la cual debe ser observada y resguardada por el poder judicial; lo cual a su vez traía aparejada la independencia de este poder. En realidad, lo que tuvo lugar en esa época fue que los monarcas absolutos provocaron la lucha por el derecho a ser juzgados por jueces independientes, así como competentes, en forma apegada al principio del debido proceso.

Posteriormente a estos primeros destellos, bien es sabido que el constitucionalismo se consolidó mediante la Constitución de Filadelfia de 1787, en virtud de la cual se

estableció el concepto de soberanía constitucional y abrió paso al Constitucionalismo norteamericano; sin embargo, la definición plena del control constitucional no tuvo lugar sino hasta el juicio Marbury vs. Madison, en donde "Marbury trata de un asunto de teoría general de la Constitución (la supremacía constitucional) y de teoría de derecho procesal constitucional (el papel de los jueces ante las leyes inconstitucionales)" (Carbonell, 2006, p. 289).

Sin embargo, en cuanto a Marshall:

> El dato jurídicamente más relevante es que supo combinar el poder judicial que la Constitución le reconocía a la Corte en su Artículo III con la cláusula de supremacía del Artículo VI de la misma Constitución, creando el mecanismo de la judicial review. (Carbonell, 2006, p. 291)

Sin lugar a dudas, la supremacía constitucional, el deber judicial de proteger la Constitución, la normatividad y rigidez de la misma. Etcétera, son ideas que, fueron precisadas de forma magistral por Marshall; es por ello que Nino, describe sus razonamientos a través de 7 premisas que define así:

> Premisa 1. El deber del poder judicial es aplicar la ley. Premisa 2. Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra.
>
> Premisa 3. La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley. Premisa 4. La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser

> válida. Premisa 5. La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso. Premisa 6. El Congreso está limitado por la Constitución. Premisa 7. Si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria. Conclusión: una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial. (Carbonell, 2006, p. 295) (sic)

Estos razonamientos no son más que los cuales propiciaron el desarrollo del Estado moderno, juntamente con la Revolución Francesa, que termino con la idea del monarca como una fuente preconstitucional de poder, terminando de tal suerte con el poder absolutista del rey. Es de esta suerte que el desarrollo del control constitucional se gesta de igual forma en Europa, en donde tuvieron lugar una serie de precisiones contextuales, culturales, históricas y coyunturales, que fueron sentando los precedentes necesarios para que en el siglo XX se dieran los fundamentos de estos controles, dentro de los Sistemas de los Estados europeos.

Es de tal suerte que se puede observar que la jurisdicción constitucional tuvo lugar:

> Como resultado del fracaso de la justicia ordinaria de la legalidad, que no pudo contener el aluvión autoritario que eludió los enunciados políticos y programáticos de un sistema constitucional que carecía de garantías efectivas. (Maldonado Aguirre, 2011, p. 1)

En virtud de lo que surge el constitucionalismo racionalizado, el cual a raíz de la Segunda Guerra Mundial se vio fuertemente influenciado por dos orientaciones, dentro de la primera se ha evidenciado la introducción cada vez mayor de normas que

contienen principios tales como la justicia, la libertad, la igualdad, y otros; mientras que la segunda establece la necesidad de adoptar aquellos mecanismos necesarios para que la Constitución se convierta en una norma directamente aplicable sin diferir con la eficacia de sí misma ante la existencia de normas posteriores.

Kelsen, fue el primero en diseñar los tribunales constitucionales, y Estados Unidos en América el primer país en establecer el sistema constitucionalista, siguiéndolo inmediatamente los demás países, después de lograr su independencia de España, Portugal e Inglaterra. Actualmente los Tribunales constitucionales ya sea ejerciendo un control judicial concentrado, difuso o mixto, se han definido como los órganos jurisdiccionales especializados en la resolución de los conflictos constitucionales que tengan lugar dentro de un determinado ordenamiento jurídico.

De tal suerte, se constituye "una autoridad superior al propio legislador, una autoridad encargada de imponer al legislador el respeto de la Constitución" (Agudo Zamora, 2007, p. 7), la cual tendrá como finalidad y objetivo el "conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este como de los poderes públicos" (Agudo Zamora, 2007, p. 8).

Es de esta manera que actualmente se presenta como toda una institución de naturaleza jurídica propia, con competencias específicas, en la cual tiene lugar la designación de sus integrantes en forma que establece la ley, asegurando de tal suerte la imparcialidad y la independencia de ellos.

Guatemala, dentro de los países Latinoamericanos, se erige como el primer país que, observando el modelo europeo de control de constitucionalidad, introdujo a su ordenamiento jurídico interno la figura del Tribunal Constitucional, mediante la creación de la Corte de Constitucionalidad, como parte de las novedades que contenía la Constitución de 1965; pero que tenía como debilidad su falta de permanencia pues esta se constituía únicamente cuando tenía lugar alguna cuestión que resolver; sin embargo, fue en 1985 cuando se le establece como tribunal permanente, dentro de la Constitución del mismo año, en donde se le integra con magistrados propios, con competencias particulares dirigidas hacia el control constitucional, invistiéndosele como máximo órgano en esta materia.

5.2. Las sentencias dentro de la jurisprudencia constitucional

A lo largo de la historia se ha podido observar que la jurisdicción constitucional en la mayoría de los países latinoamericanos se ha ido formando a través de la creación de tribunales y cortes especializados en materia constitucional, como es el caso de Guatemala en donde tuvo lugar la creación de un órgano especializado superior quien es el encargado de este ámbito, la Corte de Constitucionalidad; lo anterior se debe a que en primer lugar los ordenamientos jurídicos latinoamericano se encuentran caracterizados por su tendencia a tener como base el reconocimiento de la supremacía constitucional, heredada por los hechos históricos acaecidos en Estados Unidos de América, y que marcaron de alguna manera el rumbo constitucional del resto de países del continente; lo que además trajo consigo un alto compromiso jurídico frente al reconocimiento de los derechos fundamentales, los cuales exigen una tutela indiscutible, por su inherencia a la dignidad humana.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES USAC SECRETARÍA

Sin embargo, no se debe dejar de considerar que otro aspecto que ha influido en gran manera en la jurisdicción constitucional latinoamericana descansa en el ámbito político, ya que en la mayoría de los países de esta región se han vivido experiencias diversos gobiernos autoritaristas principalmente de corte militar; los cuales constantemente pusieron de manifiesto que "no hay derecho sin democracia, como tampoco democracia sin derecho" (Bockenforde, 2000, p. 118). América Latina se ha caracterizado también por constantes golpes de Estado, lo que trae abruptos cambios de gobiernos, lo que ha traído consigo cierta inestabilidad tanto en el ámbito político, como en el social; lo cual se ha traducido igualmente en muchos cosas en un desequilibrio jurídico; todo lo cual ha influido directamente en la jurisprudencia en general, y en la Constitucional en específico, ya que se han planteado constantemente reformas orgánicas, institucionales y sistemáticas urgentes, para la consecución de la verdadera democratización del poder y la reducción de la desigualdad social en sus múltiples manifestaciones.

Es precisamente dentro de esta convulsa espiral en donde se sitúa la jurisprudencia constitucional, la cual tiene lugar mediante la justicia constitucional, la cual, como el núcleo del nuevo Estado constitucional de derecho, encauza y resuelve de forma jurídica las diversas controversias que se suscitan. Esto no le permite escapar a la justicia constitucional de los grandes retos, que surgen de las diversas realidades de cada Estado; sin embargo, la respuesta que esta ha dado a los mismos se centra como señala Fix-Zamudio, en "la incorporación jurisprudencial de la doctrina comparada acerca de la naturaleza, tipos, alcances y límites de las sentencias constitucionales" (Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor, 2009, p. 7).

Es conveniente inicialmente hacer hincapié en el hecho de que el fallo constitucional posee una investidura jurídica de igual naturaleza que las sentencias dictadas en el ámbito ordinario; sin embargo, debido a la finalidad material a la cual se encuentra ligada esta y el proceso constitucional mismo, se le ha concedido inconscientemente a la sentencia constitucional una falsa dualidad que solamente posee la sentencia ordinaria; toda vez que se entra a determinar sí la demanda que la pruebe es fundada o infundada, produciendo con ello la expulsión de una normativa del ordenamiento jurídico o por el contrario manteniéndola dentro del mismo.

Lo anterior sucede de esta manera, debido a que el órgano jurisdiccional constitucional, una vez que descubre alguna carencia, defecto o vicio afectando a una norma legal, desde el punto de vista constitucional, se presenta a sí mismo un despliegue enorme de alternativas, las cuales indefectiblemente deberán decantar en la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma que adolezca de aquella carencia, defecto o vicio identificado, teniendo a partir de este momento el juez Constitucional la capacidad de erigir la estructura que considere más oportuna para su fallo, haciendo entonces nacer las diversas sentencias atípicas, las cuales encontraran sus diferencias dependiendo de los efectos jurídicos que tengan, así como también de sus alcance y sus límites muy particulares.

Las sentencias atípicas, saliendo de los moldes tradicionales, y de los diseños primigenios que ostentaban hasta la Segunda Guerra Mundial, tuvieron lugar a partir de ella, pues no fue sino hasta entonces cuando surgieron de nuevo los Tribunales Constitucionales, "Principalmente en Europa (por ejemplo, en los Tribunales Constitucionales de Alemania, Austria, España y la Corte Constitucional de Italia,

aunque con irradiaciones hacia la región latinoamericana" (Bazán, 2012, s. p.). La razón principal por la cual tuvo lugar la creación de este nuevo tipo de resoluciones pende esencialmente del hecho de que se integraran los derechos humanos como herramientas de efectividad no solo de los sistemas jurídicos en general, sino también de los sistemas jurisdiccionales, sin escapar el de orden constitucional.

Estas sentencias han sido definidas por una singular cantidad de estudiosos; sin embargo, es pertinente atender lo que al respecto cita Díaz Revorio (2011) quien señala que estas:

> Se tratan de fallos que no son propiamente ni de estimación pura ni de desestimación plena, sino que, sin anular totalmente el precepto impugnado, condicionan su constitucionalidad a que sea interpretado en un sentido determinado, o de alguna otra manera restringen su ámbito de aplicación, limitan su sentido o matizan su eficacia jurídica. (p. 196)

Las sentencias, atípicas entonces, aparte de formar instrumentos legítimos de resolución de conflictos, son prácticamente genuinas creaciones instrumentales para hacer más operativos los valores y principios constitucionales, debido a que entre otras cosas lo que hacen es realizar una explicación de su fuerza normativa, a la vez de que garantizan una mejor adecuación del sistema jurídico infraconstitucional respecto a la Constitución misma.

Se entiende entonces que las sentencias atípicas esencialmente son las que precisamente emanan de los Tribunales o Cortes Constitucionales, en tanto que difieren de las puramente estimatorias o desestimatorias que son pronunciadas por los

tribunales ordinarios porque ellas las dictan con carácter de legisladores negativos. La atipicidad se halla descansando sobre el hecho modulador de los contenidos de los enunciados normativos que son examinados, o en su caso por las adiciones, sustituciones o exhortaciones que sobre ellos se dictaminan.

Ahora bien, existe una variedad de sentencias atípicas, por lo cual es importante atender a alguna de las clasificaciones que de los mismos existen, entre ellas, una de las más importantes es la presentada por Sagües (2006) para quien las misma pueden ser:

"a) Manipulativas admisorias,

b) Manipulativas desestimatorias,

c) Manipulativas aditivas,

d) Manipulativas sustitutivas,

e) Exhortativas, apelativas o con aviso" (p. 192).

> Las primeras son aquellas que admiten como inconstitucional una interpretación de la disposición examinada, pero no el texto normativo, que puede aceptar otras interpretaciones conforme a la Constitución; las segundas son las que reputan como constitucional cierta exégesis de alguna disposición normativa; de esa forma se desestima la inconstitucionalidad de una interpretación; esto supone la posibilidad de estimar la legitimidad constitucional de otras; las terceras tiene por función, agregar algo, vía interpretación, a la disposición

> normativa, para hacerla compatible con la Carta Fundamental; las cuartas son las que reputan la inconstitucionalidad de una disposición, señalando otra que debe sustituirla para hacerla conforme a la constitución, según el jurista que propone esta clasificación, esta es la manifestación más dura y discutible del poder legisferante positivo de un tribunal constitucional; las quintas son las que ante la presencia de una disposición normativa inconstitucional o presuntamente inconstitucional, indican al órgano emisor qué criterios debe tomar en cuenta para crear un enunciado normativo que sea conforme a la Constitución. (Sagües, 2006, p. 193)

Ahora bien, dentro de las sentencias constitucionales existen aquellas que se ocupan de la inconstitucionalidad por omisión, en donde se resuelven los asuntos relacionados con supuestos que sobrepasan la configuración inicial de la inconstitucionalidad abstracta. Existen sentencias que se dictan al examinar la constitucionalidad de omisiones normativas, en donde se presentan aquellas que son absolutas, totales o materiales y relativas o formales, en el primer caso es menester la existencia de la total inacción del encargado de dar cumplimiento al mandato constitucional en un plazo razonable; mientras que en las segundas, tienen lugar al existir cierta disposición normativa, en la cual su regulación se encuentra incompleta o en su caso es deficiente o discriminatoria, por lo cual no se ajusta a las exigencias constitucionales.

No pueden dejar de mencionarse las sentencias constitucionales dictadas de oficio, que son las que propiamente muestran la esencia de las sentencias atípicas, puesto que son las que son emitidas saliendo del contexto de normalidad en ocasión de realizar el examen de constitucionalidad de disposiciones normativas; es decir, se trata

de aquellas dictadas por los tribunales constitucionales sin que exista una solicitud por alguna parte interesada, que exija la declaración de inconstitucionalidad de una disposición o normativa jurídica, y que trae aparejada como consecuencia la inaplicabilidad de la misma no solo en el caso concreto, sino que muchas veces en forma extensiva, *erga homnes.*

Aunque pueden mencionarse un sinfín más de opciones, por la orientación que posee el presente estudio, es mejor conformase con esta clasificación y la explicación que al respecto da el autor, ya que no es en sí lo que ocupa la orientación académica propuesta.

5.3. Pensamientos filosóficos acerca de la jurisprudencia constitucional

Jürgen Habermas, sociólogo y filósofo alemán, quizá el principal representante de la segunda generación de la escuela de Frankfurt, sucesor de la dialéctica de la ilustración de Horkheimer y Adorno, es uno de los grandes pensadores de la jurisdicción constitucional y quien propusiera un marxismo no ortodoxo que lo separa de la idea marxista de la existencia de una organización exclusivamente productivista de la sociedad, causa del empobrecimiento de la esfera vital.

Es importante surcar el pensamiento de este autor dentro de la jurisdicción constitucional, debido a que se encuentra enriquecido y orientado por las decisiones, que en los más de cincuenta últimos años, el tribunal constitucional alemán ha promulgado, y en las cuales reiteradas veces se podrá encontrar el orden concreto de valores; el cual según ese tribunal se considera necesario de observar en la resolución de disputas jurídicas, ya que imperativamente afirma que la Constitución no contiene

un orden neutral de valores en el cual pudieran tener lugar aquellos valores coexistentes en una sociedad plural, sino el referido orden concreto.

Habermas (2001) desde su postura respecto a la jurisdicción constitucional, considera que:

> Al Tribunal Constitucional, las razones legitimadoras que tiene que tomar de la constitución le vienen dadas desde la perspectiva de la aplicación del derecho, y no desde la perspectiva de un legislador que ha de interpretar, desarrollar y dar forma al sistema de los derechos al perseguir sus propias políticas. (p. 335)

Desde este punto de vista, se puede justificar el porqué de que la interpretación judicial se ha considerado por muchos pensadores como aquel instrumento que favorece la mutación constitucional, el cual tiene lugar mediante las sentencias conocidas con el nombre de aditivas; sin embargo, puede hablarse de un consenso doctrinal en cuanto a la teoría procesal del ordenamiento jurídico, aunque en realidad no es al juez a quien le compete legislar, ni mucho menos determinar el contenido de las leyes ni de la Constitución.

Ahora bien, lo que motiva esta orientación yace sobre el hecho de que una Constitución rígida, tarde o temprano resultaría obsoleta, por lo que esta interpretación la dota de dinamismo y le permite que de una manera natural se vaya ajustando a la realidad del momento, así como a los valores sociales según estos vayan teniendo una evolución.

A partir de estas concepciones tiene lugar la controversia surgida entre la teoría unitaria del ordenamiento jurídico y la teoría dualista del ordenamiento jurídico. Siguiendo la

teoría unitaria, se puede decir que el derecho concretado dentro de una sentencia no puede ser considerado como el fruto de la creación del juez, ya que el proceso que se lleva a cabo dentro del Estado democrático deliberativo, obliga a que el juez de cierta forma resuelva con la extensiva participación de quienes son partes, por lo tanto su resolución debe estar fundamentada según los argumentos que le fueron presentados; desde esta perspectiva se tendría que sostener que quienes crean el derecho son las partes en forma conjunta con el juez, por medio de la circularidad discursiva que tiene lugar entre ellos, y no exclusivamente será el juez.

Esta situación tiene lugar a través del discurso constitucional. Por lo tanto se hace sumamente imperante hacer una distinción entre los postulados de Günther y de Habermas sobre el discurso. Al respecto Machado Martins (2017) señala refiriéndose al primero, que este:

> Tiene por objetivo justificar la validez de una norma, justificación que viene dada por el principio de universalidad. Sin embargo, el que una norma esté justificada y sea considerada válida no significa que esta norma será aplicada automáticamente a la situación concreta, sino que tiene *prima facie,* una pretensión de validez y de constitucionalidad, según el principio que determina que todas las normas son presumidamente constitucionales hasta la declaración de su inconstitucionalidad. (p. 93)

Ahora bien, refiriéndose a Habermas, Machado Martins (2017) indica que este:

> Corresponde a los discursos de aplicación o de adecuación. A una situación jurídica determinada, toda vez la circunstancia fáctica, es decir, la situación de

> aplicación. De este modo, el discurso de fundamentación y el discurso de aplicación son tarea del Poder Legislativo, mientras que el segundo es tarea del poder judicial. (p. 94)

Este último, visualiza entonces que dependiendo de la concepción que se ostente sobre la constitución esta poseería un carácter procedimental; puesto que en este caso la Corte de Constitucionalidad se vería obligada a actuar como garante de los procesos de producción de las normas, los cuales en todo caso deben ser completamente respetuosos de la democracia deliberativa. En este orden de ideas, se estaría frente a la realidad de que, a través de las sentencias, el juez podría crear derecho, bajo el concepto del discurso de fundamentación, negando de esta manera la existencia de la pluralidad de discursos y la participación de estos en la elaboración del Derecho.

Este discurso se llevará a cabo tomando como base los principios y los valores jurídicos; al respecto ha de recordarse que:

> Ronald Dworkin ha sostenido que una visión no unidimensional del Derecho considera que, al lado de las normas, hay en él principios que traducen valores y, además, directrices políticas (policies); y Robert Alexy halla, junto a las reglas, principios como mandatos de optimización. También Habermas habla de principios, pero que no corresponden a lo que Dworkin y Alexy comprenden por tales. Cuando Habermas se refiere a principios entiende por ellos los de la seguridad jurídica, el principio democrático de la separación entre el Estado y la sociedad, etc. Antes bien, rechaza la confusión que cree hallar entre las normas, que se refieren a la acción deontológica, y los principios que defiende Alexy, que

> apuntan a la acción teleológica. Curiosamente Habermas cree que en los casos difíciles, se puede llegar a una única respuesta correcta, como sostenía Dworkin ante el escepticismo al respecto de Alexy, pero no hace en esta situación uso de los principios para encontrar la solución del caso sino que apela a los discursos de justificación y aplicación de las normas ideados por Klaus Günther. Tampoco habla por cierto de directrices políticas en el Derecho. (Sobrevilla, 2007, p. 566)

Es de tal suerte que se puede sostener que Habermas tiende a considerar a los principios como verdaderas reglas jurídicas, debido a que obligan a practicar un comportamiento determinado; mientras que los valores, por su parte, más bien representan una elección que tiene lugar por la decisión de la colectividad, en razón a preferir determinados bienes según el momento histórico de que se trata. Por lo tanto, una resolución que se base en un principio puede ser diferente de aquella que considera un valor, pues en el caso de la primera resolverá como es obligatorio hacerlo, mientras que en el según lugar se resolverá según sea mejor o más recomendable.

Esta concepción de Habermas tiene lugar puesto que él sostiene cierta diferencia entre el Derecho y la moral, entre los procedimientos jurídicos y los morales; aspectos que tanto Alexy como Dworkin entrelazan desde la perspectiva de cada uno de ellos, pues este considera que:

> El núcleo de la razón práctica es la idea de imparcialidad y que, por lo tanto, aquélla intenta fundamentar las normas tanto morales como jurídicas a través de sendos procedimientos ad hoc. Que existen tales procedimientos lo atestiguan la

> teoría moral de L. Kohlberg y la jurídica de John Rawls, a las que se agregan los planteamientos morales desarrollados por K.O. Apel y por él mismo. Se trata de teorías procedimentales que bien pueden servir para satisfacer la necesidad de fundamentación del Derecho convertido en positivo. (Sobrevilla, 2007, p. 267)

Ahora bien, ha de recordarse que con base en todo lo relacionado en el presente trabajo sobre el neoconstitucionalismo, este ha denotado que desempeña la Constitución una función gravitante, dentro de los diversos sistemas jurídicos, conectando de tal suerte a la moral y al derecho, y dejando por lo tanto ser solo un mecanismo de control, el cual resulta siendo un parámetro sustantivo de validez de las normas; por lo tanto dentro de esta orientación se convierte en un movimiento que centra su atención en aquellas características particulares que ostentan los preceptos constitucionales, así como en sus conexiones axiológicas y lógicas propiamente dichas.

Al respecto Núñez Leiva (2018), citando a Bickel y Ferreres, señala que existen ciertos factores que mantienen el debate respecto a la Constitución dentro del derecho comparado:

> 1) La menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional. La ley que hay que enjuiciar proviene de un congreso elegido periódicamente por el electorado, por sufragio universal. El juez constitucional, en cambio, no es elegido periódicamente por el electorado por sufragio universal. (...) 2) La rigidez de la Constitución. El Congreso no puede neutralizar fácilmente (a través de la reforma constitucional) la decisión del juez constitucional de declarar inválida una ley, pues la constitución solo puede reformarse a través de un

> procedimiento gravoso. (...) 3) La controvertibilidad interpretativa de la Constitución. La interpretación del texto constitucional es problemática (especialmente materia de derechos y libertades), dada la abundancia de conceptos esencialmente controvertidos y de colisiones entre las diversas disposiciones. (p. 175)

Los factores señalados por este autor, solamente son la antesala de la problemática real que se instaura al momento de hablar sobre la jurisdicción constitucional puesto que esta afincada en aquellos, debe también soslayar sus propias disyuntivas, como lo es la existencia de un órgano especializado y autónomo, con rango constitucional, dentro del sistema de control constitucional concentrado, en donde se ha dado por denominarle como tribunal o corte constitucional; o en su caso, la concesión a cualquier tribunal jurisdiccional, de la labor de control constitucional, cuando se habla de un sistema difuso; así mismo, mezclando los dos sistemas, en uno mixto, el cual presenta no solo una Corte o Tribunal especializado, sino también se autoriza a los jueces de orden común resolver ciertas controversias de carácter constitucional, como es el caso de Guatemala.

Tanto los factores de la Constitución como los de la jurisdicción constitucional en cuanto al control de constitucionalidad, vistos desde el neoconstitucionalismo, denotan que la segunda se encuentra fundamentada en los presupuestos que señalan la jerarquía de la Constitución sobre cualquiera otra norma dentro del ordenamiento jurídico, de donde se deriva cierta necesidad de someter a la racionalidad del derecho, el ejercicio de la fuerza estatal, tomando en cuenta que según la orientación filosófica mencionada la Constitución misma, así como la jurisprudencia constitucional se

ocuparan por garantizar y tutelar el pleno respeto de los principios, valores y normas establecidos en la norma suprema, en el texto constitucional.

Quiere decir, que es dentro de la jurisdicción constitucional donde se ejerce el control constitucional, y por ende es precisamente allí en donde se visualizan todos los procesos que permiten, no solo la plena vigencia, sino también el respeto del orden constitucional; siendo precisamente este último al cual se encontrarán sometidas todas las demás normas que conforman el sistema jurídico, como también los poderes constituidos, así como la conducta de los actores políticos.

Al respecto es razonable citar lo que Ferrajoli (2001) señala en cuanto a que:

> En el paradigma del Estado Liberal, la ley, fuera cual fuera su contenido, era considerada fuente suprema e ilimitada del Derecho. En el paradigma garantista no solamente se programan las formas de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que además, se diseña sus contenidos sustanciales y se los vincula normativamente con los principios de justicia derivados de los derechos fundamentales inscriptos en las Constituciones definidas como un sistema de reglas formales y sustanciales, y que, en su naturaleza de pacto fundante, están dirigidos a asegurar la paz y la convivencia civil. (p. 65)

En esencia este autor lo que pretende establecer es que:

> La esencia del constitucionalismo y del garantismo, lo que denomina democracia sustancial, reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las

> constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar la esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de la libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales derechos a la salud, a la educación, a la seguridad social, a la subsistencia que toda mayoría está obligada a satisfacer. (Curtis, 2009, p. 431)

Ambos autores lo que presentan es, en esencia, la descripción de la propuesta del neoconstitucionalismo respecto de la supremacía constitucional, vinculada a los principios y valores que la conforman, mediante el control constitucional, que en todo caso se presenta como un garante de los mismos, a través de las decisiones del o los órganos constitucionales, según sea el sistema de control que se ha fijado.

Teniendo siempre presente que en un Estado de derecho, todos los derechos fundamentales, detentan a *priori* y en abstracto de la misma jerarquía, de lo contrario, no se presentaría como prioridad la ponderación frente a la subsunción, ya que de lo contrario solamente se impondría el derecho de mayor relevancia; puesto que la ponderación se basa en el hecho de que se debe buscar la mejor decisión, concurriendo así mismo una argumentación adecuada, tanto como las razones justificatorias que poseen igual valoración.

A partir de esta concepción es que se puede sostener la Regla del Reconocimiento Constitucional, la cual, desde la postura neoconstitucionalista, se estructura sobre la idea de la existencia de una convergencia entre una fuente interna, que se encuentra conformada por el texto constitucional; y otra fuente externa, que se referiría al *ius cogens*, los instrumentos internacionales, la costumbre internacional, entre otros; bajo el entendido de que cada una de ellas siempre mantiene su estructura de validez propia.

> La conceptualización de los principios como normas morales positivizadas conduce a sostener que la regla de reconocimiento iuspositivista regla que, como es sabido, se identifica sobre la base de un análisis de la génesis de las normas del ordenamiento no está en condiciones de dar cuenta de estos estándares normativos o, mejor dicho, está en condiciones de reconocer solo algunos de ellos. Los principios son, empero, fundamentales a nivel de justificación: permiten el paso del discurso jurídico a la moral proveyendo, en última instancia, la justificación última de las decisiones jurídicas. Es preciso, pues, modificar la regla de reconocimiento y aceptar el hecho de que, en ciertos casos, y dado que los principios son jurídicos, el derecho es considerado válido no en razón de un test de pedigree sino en razón de un test moral, el cual, por definición, no se basa en la génesis de los principios sino en su contenido. (Pozzolo, 2005, p. 343)

Esta regla se aparta del positivismo jurídico y se orienta sobre el neoconstitucionalismo toda vez, que otorga una conexión entre el derecho y la moral, la cual tiene lugar a nivel interpretativo, en donde el juez o tribunal constitucional deberá atribuirles

determinado significado a los valores morales subyacentes; por lo tanto tendrá que virar su atención hacia el contenido moral de los mismos, y dejar a un lado su sentido literal. Esto lleva a creer que los principios deberían ser entendidos mediante su *ethos*; por lo cual el producto de la interpretación que realiza el órgano jurisdiccional deviene indefectiblemente en una norma que justifica su decisión en cuanto presenta determinado origen moral.

Esto permite que, por lo menos en Guatemala como en otros países Latinoamericanos que se han visto influenciados en los últimos años por el neoconstitucionalismo, se puedan observar una considerable cantidad de sentencias en las cuales el recurso a los valores se encuentra acompañado de la referencia a las normas y a los principios constitucionales. Esto podría ser tomado hasta cierto punto como la superación del positivismo jurídico por el neoconstitucionalismo dentro de las sentencias de los órganos constitucionales; sin embargo, no pueden dejarse de observar ciertas contradicciones que deslucen esta orientación, y que brindan preponderancia a la concepción iuspositivista, centrándose exclusivamente en la ley.

Lo anterior, a pesar de que el neoconstitucionalismo ha nacido a raíz de la ruptura precisamente de las rígidas normas positivistas, bajo el razonamiento de que la ciencia del derecho, el cual resulta ser fundamental para la organización estatal y la protección del individuo y sus derechos, ha de realizar un gran esfuerzo por ir más allá que la simple aplicación estricta de la norma positivizado; para convertirse en aquel medio, a través del cual el Estado logre de manera adecuada la real y eficaz satisfacción de los derechos de los seres humanos que se encuentran dentro de su territorio.

Esta es la razón porque en muchos países latinoamericanos, como en Guatemala se utiliza al menos un sistema de control constitucional mixto, puesto que el sistema de control de constitucionalidad concentrado resultaría ser el más afín al positivismo jurídico, el cual no llena las expectativas en cuanto a la tutela y protección de los principios y valores propios de la constitución como garantes de los derechos de los individuos; quiere decir que desde la perspectiva del neoconstitucionalismo el sistema de control de constitucionalidad sería el difuso.

5.4. Tendencias jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad

Dentro de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, existe una serie de sentencias que son representativas de las tendencias que tiene esta Corte al momento de resolver las controversias que involucran la aplicación de los principios constitucionales, sobre todo aquellos relativos a la preeminencia de los que conforman el Derecho Internacional, o en su caso los que tienen que ver con los derechos económicos, sociales y culturales, o también a los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, la integridad, el derecho a la propiedad, entre otros.

En cuanto a los primeros, los relacionados con el derecho internacional, así como los mecanismos internacionales de protección de los principios y derechos humanos, resultan ser herramientas sumamente valiosas para la labor de los órganos jurisdiccionales, pues son garantes de una eficaz y adecuada interpretación y aplicación de las disposiciones de derecho interno.

Ahora bien, resulta de mucha importancia tomar en cuenta a los principios internacionales mínimos de protección, los cuales no son ni más ni menos que aquellos

instrumentos internacionales que por su naturaleza, contenido y demás efectos jurídicos, establecen las obligaciones de los Estados en cuanto a la protección de la dignidad del hombre, por lo tanto también sirven para explicar y desarrollar el contenido, alcances y límites dentro de los cuales los órganos jurisdiccionales tendrán que resolver los conflictos sometidos a su conocimiento con plena observancia a la mencionada dignidad.

En cuanto a la materia de derechos Humanos, es importante mencionar que según las Naciones Unidas (2010):

> Se han detectado fallos que contienen un gran avance y que representan pleno desarrollo y apoyo en esta materia tan importante. Pero, al propio tiempo, existen otros que representan una aplicación tradicional y positivista de la ley, pero influidos de los valores y principios que inspiran a los derechos humanos, y específicamente, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto, a pesar que en esta materia, la interpretación debe ser extensiva, a manera de procurar la adecuada protección a los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensa del orden constitucional. (p. 13)

En este orden de ideas, debe recordarse que la historia de la Constitución de Guatemala resulta ser bastante accidentada, sobre todo por la gran cantidad de normas supremas que se han formulado a lo largo del tiempo; siendo la última Constitución la de 1985, la que verdaderamente cuenta con un catálogo de derechos, contenidos en su parte dogmática, mismos que a la larga pueden hasta resultar aún muy limitados.

Sin embargo, la relacionada Constitución reconoció y estableció dentro del contenido de su texto, principios que resultan ser de mucha preponderancia, en cuanto al resguardo de la dignidad del hombre, así mismo presenta la innovación de incluir los derechos humanos que no estuvieran incorporados en su texto, tal y como lo establece el Artículo 44 de la misma, el cual señala "Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana".

Además de lo anterior, la Constitución de 1985 estableció la preeminencia del derecho internacional convencional vigente en materia de derechos humanos sobre el derecho interno, según el contenido del Artículo 46 el cual establece: "Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preminencia sobre el derecho interno".

En este mismo sentido, en el Artículo 149 la Constitución crea una vinculación del orden nacional hacia las reglas y principios de derecho internacional, tanto en el ambito general, como en lo relativo a los derechos humanos:

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

Quiere decir que a raíz de las normas antes citadas, no solo se debe hablar de la vinculación del derecho nacional con el derecho internacional, sino más bien de un bloque de constitucionalidad, además de que también las normas *ius cogens* resultan ser vinculantes para Guatemala; de tal suerte, que en base a estos Artículos se debe analizar cómo ha resuelto la Corte de Constitucionalidad, cuando ha existido algun conflicto al respecto.

En este orden de ideas se puede citar la Sentencia 1193-2018, de fecha cuatro de octubre de dos mil dieciocho, en la cual en amparo la Corte de Constitucionalidad resuelve la acción promovida por Julia Alicia Jordán Arita, quien en nombre propio y en representación de su hijo Ángel Alexander Andrade Jordán, actua contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, reclamando el auto que esta última dictará con fecha ocho de enero de dos mil dieciocho, en el cual se rechazó el recurso de casación que interpusiera la accionante, contra el fallo de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, la cual acogío la apelación planteada por la Fundación Pediátrica Guatemalteca, y que revocara la decisión del juez primero de Primera Instancia Civil del Departamento de Guatemala, la cual declaraba con lugar el juicio ordinario de daños y perjuicios que la accionante promoviera contra dicha fundación, por haberle causado daño cerebral a su hijo, por una mala práctica. Se consideraban violados los derechos de defensa y de tutela judicial efectiva, así como el debido proceso.

Ante esto, la postura que observó la Corte de Constitucionalidad muestra su inclinación por no solamente tender a la estimación de los principios del derecho interno sino también de los de carácter internacional, o como suelen denominarse, la observancia de los estandares internacionales; puesto que en el considerando tercero además de

invocar la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discrimiandción contra las Personas con Discapacidad:

> En el Artículo 1 que define la discapacidad: deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social... (...). Asimismo, en cuanto a la discriminación por discapacidad determina que es: ...toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. (Amparo, 1193-2018, 2018)

Asimismo, esta corte invoca que la Declaración Américana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en el Artículo XVII, "(...) Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones y a gozar de los derechos civiles fundamentales..." (Amparo, 1193-2018, 2018). Además que toma en cuenta la jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha promulgado, entre otros, en casos como el Caso del Pueblo Saramka vs. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007, que:

> (...) la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones, lo cual pone al individuo en una posición vulnerable en relación con el Estado o

> tercero"–el resaltado no aparece en el texto original–, arguyendo también (Caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006) que el Estado debe procurar los medios para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se ejerza libremente; asimismo, debe garantizar a las personas vulnerables y marginadas las condiciones jurídicas y administrativas para ejercer ese derecho. (Amparo, 1193-2018, 2018)

Por otra parte, también hace mención de algunos principios aceptados y seguidos por la misma Corte de Constitucionalidad, así como algunas normas internas, cuando indica:

> Esta Corte estima relevante señalar que el principio procesal de motivación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales consiste, esencialmente, en que las decisiones dictadas por estos deben contener argumentación lógica y estructurada de los motivos que basan sus pronunciamientos, los cuales serán producto del análisis lógico-jurídico de los hechos sometidos a su conocimiento, con sustento en los preceptos legales aplicables al caso concreto. La debida motivación de los fallos se obtiene al aplicar las disposiciones que rigen el caso concreto, función que se complementa con la indicación expresa de los argumentos que permitieron arribar a la conclusión de que se trate, debiendo el juzgador expresar la conclusión a que se arribe, luego de efectuada esa operación lógica. (Criterio sustentado por esta Corte en sentencias de seis y veintiuno de enero, ambas de dos mil dieciséis, así como en la de veinte de julio de dos mil diecisiete, dentro de los expedientes 3403-2015, 4653-2015 y 3455-2016, respectivamente.) En el presente caso, si bien el Código Civil establece en

el Artículo 252 que "...Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción...", en aplicación a los estándares internacionales citados, el acto reclamado, mediante el cual se cuestiona la legitimación de la ahora amparista, para comparecer en casación en representación de su hijo mayor de edad, por no existir anotación legal en la certificación de nacimiento que permita determinar la legitimidad de su comparecencia, transgrede el Derecho de Defensa de Ángel Alexander Andrade Jordán, pues durante el desarrollo del proceso es posible que se incorpore la decisión del juez respecto a su representante legal; asimismo, debe tener en consideración, que de conformidad con el Artículo 48 del Código Procesal Civil y Mercantil "...Cuando falte la persona a quien corresponda la representación o la asistencia, y existan razones de urgencia, podrá nombrarse un representante judicial que asista al incapaz, a la persona jurídica o a la unión, asociación o comité no reconocidos, hasta que concurra aquél a quien corresponda la representación o la asistencia..." y no, como en el presente caso, rechazar el recurso extraordinario, pues ello afrenta contra los derechos denunciados. Razón por la cual, con base en lo anterior, se evidencia que el acto reclamado vulneró los derechos fundamentales de la amparista y de su hijo, por lo que debe dejarse en suspenso y como consecuencia conminar a la autoridad impugnada a efecto emita una resolución en la que se garanticen tales derechos, sobre todo, tratándose Ángel Alexander Andrade Jordán es una persona en situación de vulnerabilidad. (Amparo, 1193-2018, 2018)

Evidentemente, en la manera de resolver de la Corte de Constitucionalidad en la acción de Amparo antes referida, se puede denotar la superación del positivismo, y la nueva orientación a observar los criterios del neoconstitucionalismo al momento de resolver; esto a razón de que en lo que se ha fundamentado la Corte de Constitucionalidad en la resolución dictada dentro del expediente 1193-2018, no solo son los principios de orden interno como el principio de motivación, sino además los estandarers internacionales en la materia de que se trata en el mismo; lo que le permitió al tribunal observar un poco más allá de lo que la norma interna señala, y tutelar a la persona que se encontraba en un estado de vulnerabilidad.

Otra sentencia de la Corte de Constitucionalidad que, por su contenido, es oportuno relacionar en el presente análisis, es la dictada en el expediente 2112-2016, la cual fuera dictada el 24 de octubre de dos mil diecisiete. En esta sentencia en el considerando cuarto, la Corte, realiza el análisis de varios elementos dentro de los cuales se encuentra la propiedad intelectual, la cual aborda desde los criterios y principios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; asimismo, lo relativo a la regulación local de la propiedad intelectual, lo cual lo desarrolla desde la observancia de la normativa constitucional, como lo son el Artículo 42, 59, 63; así como también el Artículo 470 del Código Civil, que se refiere al derecho de autor, de forma genérica; además del Artículo 1 y 3 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, y el Artículo 1 de la Ley de Propiedad Industrial.

Además analiza lo relativo a la normativa internacional sobre la propiedad intelectual, en donde toma en cuenta el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el Convenio de París para la protección de la Propiedad

Industrial, la Convención Universal sobre Derechos de Autor, y el acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio; todos ellos, instrumentos internacionales que consagran principios básicos sobre la propiedad intelectual, industrial, artística y literaria, entre otros; que permiten de alguna manera armonizar los sistemas estatales de protección y tutela de aquellos a quienes puede considerarse como ostentadores de los derechos de autor.

Analiza también la Corte de Constitucionalidad lo relativo a los conocimientos tradicionales indígenas y las expresiones tradicionales culturales; así como lo concerniente a: de la propiedad intelectual colectiva indígena; de la vulnerabilidad de los conocimientos tradicionales indígenas y expresiones culturales tradicionales; de las reivindicaciones de las comunidades indígenas ante la vulnerabilidad a la cual se han visto expuestas; de la necesidad de protección de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales a la luz del contenido del magno texto; de los mecanismos de protección de la propiedad intelectual colectiva con relación a los textiles indígenas; aspectos dentro de los cuales esa Corte evoca principalmente la opinión de la Organización Mundial de la Propiedad intelectual, así como en algunos de los puntos los criterios de la Comunidad Andina y la doctrina legal que considera pertinente.

En cuanto al análisis que hace de la necesidad de protección de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales de conformidad con instrumentos internacionales, la Corte de Constitucionalidad se refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural

Inmaterial, y la Convención para la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.

Cuando analiza lo relativo a la posibilidad de adecuar la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales al marco normativo vigente, la Corte de Constitucionalidad evoca la opinión del Comité Intergubernamental sobre la Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradiciones y Folclore; mientras cuando trata lo atinente a la necesidad de un mecanismo específico de protección de la propiedad intelectual colectiva indígena, la Corte de Constitucionalidad se refiere al Decreto 426 del Congreso de la República, que en su parte considerativa y en su Artículo primero, exterioriza claramente la necesidad e imperatividad no solo de proteger la producción textil, sino que además lo imperante que resulta la existencia de una normativa especializada; además en este punto atiende a lo considerado por la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, así como los Artículos 3, 4 y 5 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, así como, el 4 y 5 de la Ley de Propiedad Industrial.

Con todo lo anterior relacionado, se puede observar que la Corte de Constitucionalidad, si bien es cierto observa la normativa interna del país, también lo es que no deja afuera, los principios constitucionales, ni tampoco los principios o estándares internacionales atinentes a la materia que resuelve en este caso; por lo tanto, la tendencia que muestra la Corte, al momento de resolver la inconstitucionalidad general parcial por omisión relativa promovida por todos los sujetos que forman la parte actora en ella, y declararla con lugar, evidentemente muestra una tendencia

neoconstitucionalista que se fundamenta en la observancia de los principios del derecho, tanto generales, nacionales como internacionales.

Ahora bien, parece importante analizar de igual forma la inconstitucionalidad de ley de carácter general, total y parcial, por vicios *interna Corporis*, de la Ley de Tarjetas de Crédito, Decreto 7-2015 del Congreso de la República, que fuera dictada por la Corte de Constitucionalidad con fecha 20 de Diciembre de 2018, en los expedientes acumulados 1028, 1029, 1036, 1037, 1038, 1042, 1043, 1044, 1047, 1051, 1053, 1061, 1062 y 1294-2016; promovida por Asociación Bancaria de Guatemala, por medio del presidente del Consejo Directivo y Representante Legal, Luis Rolando Lara Grojec; Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras -CACIF-, Eric Jaschkowitz Schifte; Asociación de Emisores de Medios de Pago de Guatemala, por medio del Presidente de la Junta Directiva y Representante Legal, Juan Bernardo Rivera Nuila; Banco Industrial, Sociedad Anónima, por medio del Administrador Único y Representante Legal, Luis Rolando Lara Grojec; Contecnica, Sociedad Anónima, por medio del Administrador Único y Representante Legal, Edgar René Chavarría Soria; Cámara de Comercio de Guatemala, por medio del Presidente de la Junta Directiva y Representante Legal, Jorge Eduardo Briz Abularach; Credomatic de Guatemala, Sociedad Anónima, por medio del Gerente General y Representante Legal, Francisco Roberto Fuentes Bonifasi; Cititarjetas de Guatemala, Limitada, por medio del Gerente General y Representante Legal, Jorge Mario Ruiz Rodas; Banco Citibank de Guatemala, Sociedad Anónima, por medio del Gerente General y Representante Legal, José Eduardo Luna Roshardt; Banco Promerica, Sociedad Anónima, por medio del Gerente General y Representante Legal, Edgar Rolando Bran

Alvarado; y Banco de Guatemala, por medio del Vicepresidente, Sergio Francisco Recinos Rivera.

Antes de entrar a conocer el contenido de la Resolución de la Corte de Constitucionalidad, cabe resaltar, en primer lugar, que el término utilizado, hace referencia a nivel internacional a los vicios que adolece una ley por error del legislativo. Ha de tomarse en cuenta que:

> La tradición inglesa, como se verá en el punto específico, niega la doctrina del control judicial de los *interna corporis* casi por completo. En el otro extremo, el sistema español, ha configurado a través de su Tribunal Constitucional, la doctrina más evolucionada en pos del avance del control judicial de estos actos. (Amaya, 2013, p. 52)

Quiere decir, que se está frente a los vicios en el procedimiento legislativo, de lo cual se desprende la importancia de esta sentencia, dentro de la cual se transita por una estrecha brecha entre el respeto de la división de poderes y la transgresión de esta; puesto que prácticamente es aquí en donde la Corte de Constitucionalidad ejerce cierto control sobre el actuar legislativo, lo cual puede hacerlo si se considera que dicho actuar resulta en la violación de los derechos fundamentales.

Una vez aclarado este extremo, es pertinente observar que en el considerando tercero de esta sentencia se establece que:

> Las denuncias de inconstitucionalidad bajo análisis, fundamentadas en vicios *interna corporis*, pueden agruparse en dos categorías principales: i) la normativa

> impugnada fue aprobada con un número de votos inferior al exigido por la ley y ii) la normativa impugnada fue aprobada sin dar participación ni requerir informes a las instituciones encargadas, por mandato constitucional, de velar por la estabilidad del sistema crediticio del país (...). (Inconstitucionalidad general total y parcial de la Ley de Tarjetas de Crédito, 2018)

Con base en esta división, la Corte de Constitucionalidad comienza analizando algunos aspectos que estiman pertinentes como lo es el Artículo 133 de la Constitución Política de la República, el cual establece que:

> La Junta Monetaria tendrá a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país y velará por la liquidez y solvencia del Sistema Bancario Nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional. Con la finalidad de garantizar la estabilidad monetaria, cambiaria y crediticia del país, la Junta Monetaria no podrá autorizar que el Banco de Guatemala otorgue financiamiento directo o indirecto; garantía o aval al Estado, a sus entidades descentralizadas o autónomas ni a las entidades privadas no bancarias. Con ese mismo fin, el Banco de Guatemala no podrá adquirir los valores que emitan o negocien en el mercado primario dichas entidades. Se exceptúa de estas prohibiciones el financiamiento que pueda concederse en casos de catástrofes o desastres públicos, siempre y cuando el mismo sea aprobado por las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso a solicitud del presidente de la República. La Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e

inspección de bancos, instituciones de créditos, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga.

Asimismo, hace referencia a otras sentencias anteriormente dictadas con relación al asunto tratado, así como el Artículo 4 bis, de la Ley de Libre Negociación de Divisas, la cual fuera modificada, mientras que al respecto no se hiciera dicha modificación a la Ley Orgánica del Banco de Guatemala; en donde se deja claro que precisamente es voluntad del texto Constitucional la creación de instituciones específicas que velen por el sistema crediticio nacional; aspecto que fue dejado a un lado al momento en que el legislador creo una ley, sin haberseles dado audiencia para que se manifestaran al respecto, lo cual resultó redundando en la violación del Artículo 133 de la norma superior.

Ahora bien, también fueron analizados por la Corte de Constitucionalidad los Artículos 111 y 112 de la Ley del Organismo Legislativo, que:

> Indican que el proyecto de ley se pondrá a discusión en tres sesiones celebradas en distintos días y no podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido en su tercer debate; no obstante lo anterior, dicho procedimiento en cualquier momento dada las circunstancias o situaciones ya sea económica o social del país, puede sufrir alteración mediante la presentación ante el Pleno del Congreso de la República de Guatemala, de mociones privilegiadas ratificadas por él mismo y éstas pueden presentarse durante una de las sesiones plenarias; ello de conformidad con lo regulado en el séptimo párrafo del Artículo 112 antes referido, que determina: "El debate sobre

> el proyecto de ley y dictamen se efectuará en tres sesiones diferentes celebradas en distintos días y no podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido en su tercer debate. Se exceptúan aquellos casos en que el Congreso declare el proyecto de urgencia nacional" (...). (Inconstitucionalidad general total y parcial de la Ley de Tarjetas de Crédito, 2018).

Así también, se tomaron en cuenta dentro del análisis de la Corte de Constitucionalidad los Artículos 92, 113, 125 y 176 de la Ley Orgánica del Organsimo Legislativo; en virtud de lo cual se evidencia que con exclusividad el análisis presentado en ella es netamente con orientación en el positivismo jurídico, puesto que no se tomaron en cuenta principios nacionales, ni mucho menos estandares o principios internacionales, para declarar en el presente caso, con lugar la inconstitucionalidad de la Ley de Tarjeta de Crédito, contenida en el Decreto 7-2015 del Congreso de la República de Guatemala, por vicios *interna corporis.*

Lo anterior evidencia que no se logrado superar totalmente el positivismo jurídico dentro de las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad; sin embargo, esto no quiere decir que se pueda negar que la mayoría de resoluciones que dicta esa Corte se encuentran orientadas hacia la observancia de las directrices del neoconstitucionalismo, por su regreso a la consideración de los principios internos o nacionales, así como de los principios o directrices interenacionales, sobre todo cuando se trata del tema de los derechos humanos.

5.5. Incidencia del bloque de constitucionalidad en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad

Otro aspecto importante de tomar en cuenta dentro de este estudio es la presencia del bloque de constitucionalidad dentro de las resoluciones que dicta la Corte de Constitucionalidad, pues ha de recordarse que este ha servido como un mecanismo de interpretación constitucional, y por ende de aplicación del texto que contiene la Constitución.

Este término fue utilizado por primera vez dentro del derecho constitucional por el Consejo Constitucional Francés, según Favoreu (1984):

> El Consejo Constitucional se ha declarado competente para censurar leyes contrarias a los derechos y libertades fundamentales. Su primera decisión en ese sentido se produjo el 16 de julio de 1971 cuando, en base a una demanda del presidente del Senado, el Consejo se opuso a una ley que no reconocía la libertad de asociación. Dos años más tarde, el 27 de diciembre de 1973, de nuevo en base a una petición del presidente del Senado, el Consejo se opuso a una ley que consideró contraria a la Declaración de 1789, en la medida en que ésta significaba un atentado a la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la justicia (...). (p. 59)

Opinión que es reforzada al señalar Carpio Marcos (2005) que:

> La expresión "bloque de constitucionalidad", de origen francés, y desconocida en el derecho constitucional de todo el siglo XIX y casi todo el XX, no es de cuño

legislativo o jurisprudencial, sino doctrinal. La opinión más extendida es que ésta fue acuñada a mediados de la década de los 70' por Louis Favoreau, quien la utilizó en un trabajo dedicado a explicar la Decisión D-44, de 16 de julio de 1971, emitida por el Consejo Constitucional francés. (p. 81)

> Aunque el bloque de constitucionalidad no tenga un significado preciso generalmente aceptado y se considere que tiene gran elasticidad semántica, en términos generales podemos sostener que se trata de una categoría jurídica (un concepto) del derecho constitucional comparado que se refiere al conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país; así, el bloque de constitucionalidad parte del supuesto según el cual "las normas constitucionales no son solo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite. (Rodríguez Manzo, Arjona Estévez y Fajardo Morales, 2013, p. 17)

> (...) el bloque de constitucionalidad es el conjunto de normas, principios y valores fundamentales equiparados y asimilados en la propia constitución, que los órganos encargados del control constitucional emplean en los juicios valorativos que aplican a casos concretos, siempre y cuando ello sea admisible en la propia Constitución y se haya establecido el procedimiento para integrarlas (...). (Ardón Sandoval, 2011, p. 10)

Según la Corte de Constitucionalidad (2012):

> El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. (Inconstitucionalidad General Parcial por Omisión, 2012, p. 14)

La existencia del bloque de constitucionalidad en un determinado ordenamiento jurídico y consecuentemente la observancia de este por los órganos jurisdiccionales, conlleva la identificación de todas las normas, en donde también se encuentran las reglas y los principios, así como los valores, que a pesar de que no se encuentran expresamente establecidos en la Constitución escrita, son esencial y materialmente constitucionales; por antonomasia se encuentran los estándares o principios internacionales sobre derechos humanos, dentro de este.

Esto quiere decir que al momento de realizar un análisis confrontativo cuando se requieren acciones de inconstitucionalidad, se debe facilitar la verificación de que el ejercicio de la función legislativa, se encuentre adecuada no solo a las normas contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también a los estándares internacionales en materia de derechos humanos que representan a aquellas directrices que impulsaron los compromisos de carácter estatal para determinar, reconocer y establecer los derechos fundamentales del ser humano, lo que los convierte en normas de carácter constitucional por incorporación; por lo tanto, si no se respeta lo anterior se estarían contraviniendo los Artículos 44, 46, y 149 constitucionales, los cuales literalmente establecen:

Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

El interés social prevalece sobre el interés particular.

Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preminencia sobre el derecho interno.

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

Estos tres Artículos constitucionales sirven de base para que se observe la implementación del neoconstitucionalismo como una nueva cultura jurídica, como lo señala Contreras (2013):

> (...) el neoconstitucionalismo es una nueva cultura jurídica que corresponde a una teoría del derecho significativamente distinta a la teoría positivista, cuya singularidad puede resumirse según sus palabras en la frase constitucionalismo de los derechos, o si se prefiere, Constituciones materiales y garantizadas. Esto implica (...) que se trata de constituciones que presentan un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices), cuya fuerza normativa vinculante es directa e inmediata (...) su aplicación se encuentra encomendada primordialmente a los jueces y a los tribunales constitucionales (...). (p. 32)

No está demás resaltar que, según lo señalado por Contreras (2012), los encargados del resguardo e interpretación judicial son los jueces y tribunales constitucionales, por ello los fallos que estos emite, se convierten prácticamente en criterios, que reflejan el espíritu de la Constitución; de tal suerte que para conformar el Bloque de Constitucionalidad a la luz del Neoconstitucionalismo los órganos jurisdiccionales constitucionales han recurrido a ciertas doctrinas jurídicas como lo son:

> 1) Carácter operativo de los derechos constitucionales y los reconocidos en Tratados Internacionales; 2) Utilización del principio *pro homine,* para escoger las normas que mayor tutela y protección otorguen a los derechos de las personas; 3) Análisis intensivo de razonabilidad por parte de los jueces, especialmente en materia de libertades preferidas; 4) Máxima protección del derecho de privacidad y a la autonomía personal; 5) Máxima tutela del derecho a la igualdad que se transforma en derecho a la no discriminación y surgimiento de las denominadas categorías sospechosas, con una clara presunción de

> inconstitucionalidad; 6) Surgimiento de los denominados derechos sexuales; 7) Efectivización de los derechos sociales; 8) Protección judicial de los derechos colectivos; 9) Vasto desarrollo de la doctrina de constitucionalidad por omisión; 10) Obligatoriedad de seguir las pautas de los tribunales internacionales; 11) Control de convencionalidad y no solo de constitucionalidad de las normas internas; 12) Flexibilidad y distintas clases de sentencias que pueden dictar los tribunales constitucionales (...). (Pereira Orozco y Richter, 2012, p. 63)

Ahora bien, la Corte de Constitucionalidad, según el expediente, número 1822-2011, en la Inconstitucionalidad General Parcial por omisión promovida por el abogado Najman Alexander Aizestatd Leistenschneider contra el Artículo 201 Bis del Código Penal, en el cual se tipifica el delito de tortura, por la comisión legislativa de incluir:

> (...) el castigo, cualquier tipo de discriminación, o con cualquier otro fin, como finalidades del delito de tortura, y la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica (...).

Supuestos contenidos en el Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en el Artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Habiendo observado la Corte de Constitucionalidad criterios específicos respecto al tema, dentro de su jurisprudencia, pudiéndose citar los expedientes "90-90, 159-97, 3004-2007, 3878-2007, auto de 4 de octubre de 2009, expediente 3690-2009, 1940-2010 y 3086-2010, entre otros" (Inconstitucionalidad General Parcial Por Omisión,

2012), en esta sentencia se toma en cuenta lo señalado por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su Artículo 1), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en el Artículo 2; por lo cual se llega a la conclusión por parte de la Corte de Constitucionalidad, que el Artículo 201 bis, del Código Penal, no incluye todos los elementos descritos en los tratados internacionales antes mencionados y:

> (...) se omite: el castigo, la discriminación y cualquier otro fin como parte del tipo penal, así como la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. (Inconstitucionalidad General Parcial Por Omisión, 2012, p. 18).

Por lo tanto, en observancia del bloque de constitucionalidad que conforma y sustenta la tutela contra los delitos de tortura y tratos crueles, se declaró con lugar la inconstitucionalidad, con la salvedad de que no se dejó fuera del ordenamiento jurídico al Artículo 201 bis del Código Penal, puesto que no era inconstitucional en forma intrínseca, sino que más bien con base en la omisión inconstitucional de la cual adolecía, se le exhortó a los órganos correspondientes que tienen iniciativa de ley, que pudieran promover la reforma de dicho Artículo para ser adecuara al contenido de las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad en Guatemala en la materia.

Otra sentencia que es importante tomar en cuenta dentro de este aspecto, es la Inconstitucionalidad General Parcial por omisión dictada contra los Artículos 4, 10, 43 y 79 de la Ley de Nacionalidad, Decreto 1613 del Congreso de la República de

Guatemala, promovida por 33 postulantes; la Corte de Constitucionalidad en su considerando III, señala:

> El marco jurídico invocado por los accionantes y los intervinientes está limitado a los Artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala (4, 28, 47, 146 y 175), sin invocar disposición alguna de convenciones internacionales en materia de derechos humanos, referente a la migración, la apátrida y la nacionalidad. Debe recordarse que en la jurisprudencia constitucional guatemalteca se ha reconocido la figura del "bloque de constitucionalidad", definido en la sentencia de diecisiete de julio de dos mil doce, dictada en el expediente 1822-2011, el cual implica realizar el análisis confrontativo que requieren acciones de inconstitucionalidad como ésta, por el que se posibilite verificar si en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad no solo con normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que conlleven compromisos estatales. El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. Constituye un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal. Su función esencial es la de valerse como herramienta de

> recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. (Inconstitucionalidad General Parcial, 2019)

El bloque de constitucionalidad, según la Corte de Constitucionalidad, ha venido a variar el criterio de consideración de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, por lo tanto es obligatoria la observancia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de que en cuanto a los derechos de los migrantes los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que deben observarse son:

> La Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (aprobada por el Decreto 1368 del Congreso de la República, desde 1960); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW- (aprobado por Decreto Ley 49-82 del Jefe de Estado de Guatemala, de fecha 29/06/1982 y Ratificada por Acuerdo Gubernativo 106-82 del 08/07/1982); la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (aprobada por el Decreto 61-97 del Congreso de la República, de 23/07/1997) y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (aprobada por el Decreto 5-96 del Congreso de la República, de veinte de febrero de mil novecientos noventa y seis). (Inconstitucionalidad General Parcial, 2019)

Por lo cual la Corte, al llevar a cabo su análisis respecto de la regulación de la naturalización de persona extranjera por razón de matrimonio con persona guatemalteca, lo hace conforme las disposiciones legales, constitucionales, interamericanas y universales en materia del derecho humano a la nacionalidad y ya no se limita únicamente a las normas internas generales, específicas y constitucionales del país, concluyendo al final declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad por omisión relativa promovida contra los Artículos 4, 10, 43, y 79 de la Ley de Nacionalidad, puesto que ellos en realidad no pueden ser considerados como inconstitucionales por la Corte, en tanto que lo que en realidad de lo que se carece en Guatemala es de una ley que regule la materia de la nacionalidad, razón por la cual la misma, ordena se emita una ley relativa a la nacionalidad a la brevedad posible.

Por lo tanto, se puede decir que el neoconstitucionalismo deja atrás el constitucionalismo positivo, como algunos suelen llamarlo; o más bien, supera la orientación del positivismo jurídico, toda vez que la propia Constitución es el instrumento adecuado para dirimir los conflictos suscitados en el orden social, pues esta contiene las directrices necesarias que deben inspirar al resto de los ordenamientos jurídicos. Es por ello que citando a Ramiro Ávila Santamaría, Contreras (2013) señala que el Neoconstitucionalismo surge como una solución a ciertas problemáticas, como lo son:

> (1) los derechos fundamentales responden a la violación de derechos; (2) la rigidez de la Constitución, a la arbitrariedad de los parlamentarios; (3) la Constitución como norma jurídica directamente aplicable sin que se requiera desarrollo legislativo para su eficacia al requisito de la ley para reglamentarla

> (...); (4) los jueces de la Constitución a la inexistencia de una autoridad que sancione la inobservancia de las normas constitucionales (...). (p. 32)

Lo anterior muestra la necesidad del surgimiento del neoconstitucionalismo como una evidencia de la ineficacia que se observaba dentro del positivismo jurídico, abriéndole paso así a que no solo los principios, valores y derechos consagrados constitucionalmente sean los que imperen el orden social, sino que además se extiendan a aquellos que aun sin ser parte del texto constitucional, por formar parte del bloque de constitucionalidad, imperan cuando de tutelar la dignidad humana, y los derechos del hombre se trata.

A este respecto, parece imperante señalar que a pesar de todo lo anteriormente relatado existen posturas de estudiosos del derecho constitucional muy importantes que consideran que en realidad en Guatemala no existe un bloque de constitucionalidad como tal, bajo la perspectiva de que este en realidad para existir verdaderamente, provocaría la reforma del texto constitucional, ya que al no existir ésta, más bien se estaría hablando de un bloque de convencionalidad.

Visto el bloque de convencionalidad como una orientación paralela al bloque de constitucionalidad; puesto que la conceptualización del primero se construyó a semejanza del segundo, por así decirlo siguiendo la idea misma de la pirámide kelseniana, la cual obliga a su establecimiento desde la perspectiva de las normas superiores que de alguna manera validan las normas inferiores; y aquellas que de cierta forma se encuentran fuera de la normativa interna.

Lo que en realidad se propone con el término convencionalidad, es una cuestión que a simple vista, orienta a que se haga alusión privilegiada de los tratados y convenios internacionales, tanto como la palabra constitucionalidad, orienta hacia la constitución; ambos concebidos en el seno de la interpretación jurisdiccional; sobre todo la originada dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en su jurisprudencia busca de alguna manera privilegiar la postura del neoconstitucionalismo, propiciando de esta manera la ruptura del positivismo jurídico; lo que trae consigo la consecución de un derecho universal, aplicable tanto a los Estados, pero también a todos los seres humanos.

En todo caso, hablar del bloque de constitucionalidad es hablar de "la aplicación preferencial del derecho convencional internacional de derechos humanos y a la aplicación de los preceptos del derecho interno conforme al derecho convencional de derechos humanos y a la Constitución" (Noriega Alcalá, 2012, p. 174).

Ahora bien, siguiendo la postura de Villegas Lara, según lo referido por Noriega Alcalá, se puede llegar a considerar que en Guatemala al no llevarse a cabo una reforma constitucional, solamente se está frente a un bloque de convencionalidad, pues ha de recordarse que solamente por dos medios puede ser reformada la Constitución Política de la República a través de dos procedimientos; uno de ellos mediante la creación de una nueva Asamblea Nacional Constituyente que reforme parcialmente la Constitución existente, y el otro es el señalado en el Artículo 280 de la norma superior, en virtud del cual la reforma Constitucional puede tener lugar por la vía legislativa, en donde se requiere que el Congreso de la República la apruebe con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados; tomando en cuenta que dicho Artículo también

añade que las reformas no entrarán en vigencia sino hasta que sean ratificadas mediante la consulta popular a que se refiere el Artículo 173 del mismo cuerpo legal; este Artículo a su vez indica que: "La consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del Presidente de la República o del Congreso de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos".

Dentro del bloque de convencionalidad, entonces, se hallarían los convenios y tratados internacionales que deben tener una categoría de tal envergadura como el texto constitucional, lo que lo convierte de cierta forma en un bloque con un contenido amplio, evolutivo y progresivo; que se refleja como un proceso vivo que crea importantes interacciones entre el derecho interno y el derecho internacional.

5.6. La superación del positivismo

Indudablemente, los fallos que se han estudiado anteriormente pueden considerarse como magníficas expresiones de la más notable labor de la Corte de Constitucionalidad, como lo es la resolución de conflictos constitucionales, en donde hasta el momento se ha podido observar una superación de los postulados del positivismo jurídico, por el neoconstitucionalismo.

Esta superación resulta ser paulatina, y no instantánea, García Jaramillo (2016), citando a Alexy y Bulygin, señala que:

> El Neoconstitucionalismo se opone explícitamente al iuspositivismo, pero al mismo tiempo trata de desmarcarse del iusnaturalismo, aunque la importancia asignada a los preceptos morales en la interpretación jurídica y la vinculación

> entre el derecho y la moral, ha desembocado en una identificación iusnaturalista de emblemáticos representantes del Neoconstitucionalismo como Alexy, Dworkin y Nino. (p. 41) (sic)

Ahora bien, esta superación puede ser observada toda vez que se puede visualizar que la nueva modalidad de las sentencias constitucionales, que se perfila desde hace más de cincuenta años, y que iniciara luego de la Segunda Guerra Mundial, a raíz del surgimiento de los tribunales constitucionales y de la mano de la corriente neoconstitucionalista que favorece que no solamente se observe el texto constitucional, sino que más bien se fundamente el análisis y contenido de toda la ley, sobre los principios del derecho tanto interno como internacional.

> El Derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del Derecho (...) La ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente de Derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista. (Zagrebelsky, 1995, p. 65)

Esta forma de considerar al derecho y de superar el Positivismo Jurídico se debe a que ha existido una gran influencia de algunos conceptos y orientaciones, como la norteamericana, sobre la Constitución Viviente, o *living constitution,* que en franca oposición de las tendencias de esta orientación, propugna que la norma superior cambia con el paso del tiempo y se adapta a las circunstancias nuevas que se le presenten, aunque formalmente su texto no muestre ninguna reforma.

Es precisamente allí, en donde se fundamenta una nueva forma de entender la Constitución y los mecanismos jurisdiccionales que la hacen efectiva, lo cual trae aparejado como resultado una nueva visión del estado de Derecho.

No obstante, no faltan aquellas opiniones reticentes que no se encuentran de acuerdo con la forma de resolver de la Corte de Constitucionalidad, ni mucho menos con el hecho de seguir las posturas neocosntitucionalistas, principalmente por aquellos que se apoyan en los postulados del positivismo jurídico, quienes exigen y se mantienen firmes en las consideraciones de que los tribunales constitucionales han de regir toda su actuación a las facultades que expresamente le son encomendadas, y esperan que ellos se conviertan únicamente en legisladores negativos.

Aún más extremadamente radical resulta ser la opinión de aquellos propulsores del apotegma de Montesquieu, "El Juez es la boca de la ley; es decir, al momento de resolver un caso concreto solo debía realizar el silogismo de la subsunción" (Talavera Fernández, 2012, p. 33). En otras palabras, debe ser un mero aplicador de las disposiciones normativas.

El hecho de que estas posturas existan no es de extrañarse, ya que, aunque ahora se muestre como una orientación superada, por un largo periodo de tiempo no lo fue. Esto se evidencia desde el primer fallo que se tiene como control de constitucionalidad, el de Marbury versus Madison, en donde la postura positivista se manifiesta en su máximo esplendor, y por lo tanto la actuación jurisdiccional, se enmarca exclusivamente dentro de las atribuciones contenidas dentro del texto escrito.

Sin embargo, la observancia del neoconstitucionalismo jurídico dentro de la resolución de las controversias, por la Corte de Constitucionalidad, dentro de los parámetros que marcan los principios y valores constitucionales, convierten a este proceso en un acto más dinámico en cuanto a la tutela que realiza, puesto que el compromiso que fuera adquirido por el Estado en la Constitución no podrá ser abiertamente incumplido, mucho menos con la venia de los Tribunales Constitucionales, bajo el pretexto que sus funciones se encuentran restringidas por la norma misma.

Pese a que muchos aún se rigen por lo propuesto por Zagrebelsky (1995) cuando señaló que:

> Quien, en nombre de los orígenes, esto es, de la fidelidad a una constitución inerte, entiende que cualquier nueva exigencia constitucional debe manifestarse no a través de renovadas respuestas a los nuevos interrogantes, sino solamente a través de reformas con el objeto de que se garantice de esta manera la separación de los poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia como la importancia de la duración en la vida constitucional. Es decir, desconoce la función de la Constitución. (p. 165)

Postura que muestra un Positivismo Jurídico cerrado, en donde el control constitucional normativo se encuentra limitado por la estimación o desestimación del planteamiento, lo cual encierra al derecho procesal constitucional, dentro de una vitrina insondable de rigideces y de limitaciones hermenéuticas. Esta posición ha sido superada al lograr alcanzar la consideración de una Carta Fundamental que no es simple letra muerta, sino más bien que es un texto en constante trasformación, como se ha venido

sosteniendo, y que va tomando forma mediante la realización del trabajo interpretativo que realiza la Corte de Constitucionalidad, y cuyo cumplimiento puede ser exigido.

La función de la Corte de Constitucionalidad se ha podido evidenciar con las Sentencias acotadas anteriormente, lo cual permite observar así mismo los grandes avances locales para llevar a cabo la superación del positivismo jurídico, mediante la utilización de mecanismos creativos que viabilizan la realización actual de los principios, valores y reglas de la constitución misma, de tal forma que sean de un sencillo cumplimiento y no queden únicamente como promesas que no serán reales.

En todo caso esa Constitución viviente que se mencionaba anteriormente es precisamente la experiencia que día a día presenta la Corte de Constitucionalidad, en donde tiene lugar la construcción del andamiaje de los derechos, por ello esto resulta opuesto al pensamiento de aquellos que se mantienen en dirección opuesta a este pensamiento; y quieren seguir creyendo en una constitución estática e inerte.

Para cerrar este último capítulo, es trascendental acotar que la jurisprudencia constitucional ha de tomarse de cierta manera como una fuente formal del derecho, como lo establece Arellano García, citado por Silva Nava (2018), al decir que esta "es la fuente formal de derecho que origina normas jurídicas generales, abstractas, imperativas e impersonales del sentido interpretativo o integrador que se contiene en decisiones jurisdiccionales precedentes" (p. 134).

Quiere decir que dentro de las características de la jurisprudencia se encuentran: a) que es una fuente formal del Derecho, b) que despersonaliza a la norma para convertirla en general, abstracta e impersonal, c) que cumple una función integradora e

interpretativa; d) que esencialmente se desprende del actuar jurisdiccional, específicamente de la Corte de Constitucionalidad.

Ahora bien, este estudio viene a ser nada más y nada menos que el corolario de todo lo analizado dentro del presente estudio, puesto que luego de abordar el contenido de la posición sostenida por el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo, analizar las diferencias entre ambos; estudiar como el neoconstitucionalismo se ha hecho presente en la interpretación y aplicación constitucional; para finalizar con el estudio de los elementos característicos de la jurisprudencia constitucional en Guatemala, es importante resaltar que si bien, no del todo, el positivismo jurídico ha sido superado por el neoconstitucionalismo precisamente en los criterios sostenidos en las sentencias que la Corte de Constitucionalidad emite.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

CONCLUSIÓN

Se ha podido observar mediante la contrastación de las teorías del positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo, en relación con los textos constitucionales, que ha existido un verdadero desarrollo, o mutación por así decirlo, que los ha llevado a ser de simples instrumentos limitantes del ejercicio del poder a verdaderos catálogos de derechos fundamentales, lo cual se refleja dentro de la justicia y jurisprudencia constitucional guatemalteca, en donde se hace evidente la interpretación de los derechos constitucionales, no solamente a la luz del texto, sino en concordancia con los principios, valores y reglas propias del derecho nacional y supranacional.

El positivismo jurídico visto desde la perspectiva clásica, se presenta como hondamente ideológico; por lo tanto, propone que el Derecho debe ser estudiado como un hecho y no como un valor; que se ha de vincular el concepto de Derecho a la posibilidad de que se haga cumplir mediante la coacción y no voluntariamente; asimismo, que el Derecho tiene como principal fuente la legislación, en donde las normas jurídicas esencialmente son concebidas como mandatos, y deben ser tenidas como parte integrante del ordenamiento jurídico; igualmente, que en todo caso debe ser aplicada la interpretación mecanicista para comprender la ley, la cual esencialmente debe ser obedecida por su contenido.

El neoconstitucionalismo siendo también un movimiento ideológico, como un fenómeno relativamente reciente, se presenta como escasamente estudiado y apunta a que su completa comprensión pueda llevar aun varios años, esta nueva forma de considerar la teoría del Derecho, propone una serie de cambios en la aplicación de normas

constitucionales, los cuales propenden a una modificación de la labor de los jueces en lo que a la formación del derecho se trata, hasta el punto de que juristas como Ferrer consideren que en esta orientación la Constitución resulta ser invasora y entrometida, por lo cual la tarea judicial constitucional tiene la potestad de inmiscuirse en todos los ámbitos de la vida social.

Prácticamente se puede sostener que, el positivismo jurídico ha originado al neoconstitucionalismo y este último, se ha posicionado como una franca oposición a los criterios sostenidos por aquel; en donde lo que pretende es generar la exposición de las nuevas realidades del Derecho, lo cual permite que las normas constitucionales sean situadas en la cúspide de los ordenamientos jurídicos con una preponderancia mucho más relevante que como lo considera el positivismo jurídico, para el cual se trata únicamente de una jerarquía superior, mientras que para el neoconstitucionalismo existe un claro predominio de los principios sobre las reglas, por lo tanto se le da prevalencia a la aplicación de la técnica de la ponderación en detrimento de la de subsunción; así como existe una relevante y activa presencia de los jueces, por encima de los legisladores; existiendo por tanto, un constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del Derecho.

No existe un criterio uniforme por parte de la Corte de Constitucionalidad en cuanto a resolver los casos que se someten a su conocimiento, sobre todo en materia de derechos humanos; puesto que del análisis realizado a la jurisprudencia emanada de la misma, se ha logrado establecer que, si bien es cierto existe una gran tendencia a resolver conforme a la imperatividad de los principios tanto nacionales como internacionales; también, se puede evidenciar que en algunos casos las posturas

positivistas, formalistas y restrictivas, todavía se encuentran presentes; lo cual tiene lugar en razón a la sobrevaloración que se hace de la soberanía interna del país, cerrando de tal suerte la amplitud de la observancia de los derechos que reconocen, fortalecen y son garantes de la dignidad del ser humano.

Del análisis de la evolución de la teoría del positivismo jurídico y del neoconstitucionalismo, desde el marco de la norma superior y la justicia constitucional, como bien se ha visto, no deja de tener incidencia el primero, en algunos casos, que por su naturaleza cerrada así lo exigen; sin embargo, en su gran mayoría el criterio sostenido en la actualidad se refiere a que para que se logre una adecuada justicia constitucional el marco de la norma superior debe ser tenido como dinámico, y jamás estático, de tal forma que aunque no se modifique materialmente el texto constitucional, si se mantenga este actualizado a las necesidades del momento, a través de la complementación que se hace de esta por medio de la observancia de los principios, valores y reglas del derecho interno, pero también del derecho internacional, que en gran manera no solo lo respaldan sino que lo amplían.

Lo anterior evidencia que se ha establecido ampliamente el problema planteado en la investigación, puesto que se han determinado cuales son las ideas básicas que diferencian a la tesis del positivismo jurídico de las que propugna el neoconstitucionalismo; así como se ha realizado un exhaustivo análisis sobre estas corrientes en los fallos constitucionales de Guatemala. Lo cual a su vez permitió llegar a la comprobación de la hipótesis planteada en cuanto a que la investigación evidencia que la ideología del positivismo jurídico, considera al derecho como un valor positivo y justo por el solo hecho de existir; mientras tanto, la ideología del neoconstitucionalismo

valora positivamente el proceso de constitucionalización del Derecho; por lo tanto, se ha evidenciado que propugna su defensa y ampliación, de igual forma, porque se pudo observar que los fallos de la Corte de Constitucionalidad en Guatemala, si bien es cierto que reflejan ambas corrientes, puesto que por una parte el Derecho es considerado como orden coactivo, con un texto aislando de los demás contextos que pudieran influenciarlo; por otra, se ha realizado constantemente una lectura moral del texto constitucional, resultando ello en la observancia imprescindible del reconocimiento y garantías de los derechos fundamentales.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ANEXOS

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ANEXO I

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

REPÚBLICA DE GUATEMALA, C.A.

AMPARO EN ÚNICA INSTANCIA

EXPEDIENTE 1193-2018

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, EN CALIDAD DE TRIBUNAL

EXTRAORDINARIO DE AMPARO: Guatemala, cuatro de octubre de dos mil dieciocho.

Se tiene a la vista para dictar sentencia, del amparo en única instancia promovido por Julia Alicia Jordán Arita, en nombre propio y en representación de Ángel Alexander Andrade Jordán, contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil. La postulante actuó con el patrocinio del abogado Carlos Enrique Ortega Salguero. Es ponente en el presente caso la Magistrada Vocal II, Gloria Patricia Porras Escobar, quien expresa el parecer de este Tribunal.

ANTECEDENTES

I. EL AMPARO

A) Solicitud y autoridad: presentado el nueve de marzo de dos mil dieciocho, en esta Corte. B) Acto reclamado: auto de ocho de enero de dos mil dieciocho, dictado por la autoridad denunciada, que desestimó la reposición interpuesta por la postulante contra la decisión que rechazó para su trámite el recurso de casación que interpuso contra el

fallo proferido por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, que acogió la apelación planteada por la Fundación Pediátrica Guatemalteca y, como consecuencia, revocó la decisión del Juez Primero de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala que declaró con lugar el juicio ordinario de daños y perjuicios que la accionante promovió contra la fundación aludida. C) Violación que denuncia: a los derechos de defensa y de tutela judicial efectiva, así como al principio jurídico del Debido proceso. D) Hechos que motivan el amparo: de lo expuesto por la accionante y del estudio de los antecedentes, se resume: D.1) Producción del acto reclamado: a) la Jueza Primera de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala, dictó sentencia, declarando con lugar el juicio ordinario de daños y perjuicios que Julia Alicia Jordán Arita, en ejercicio de la patria potestad de Ángel Alexander Andrade Jordán (menor de edad en esa fecha) promovió contra la Fundación Pediátrica Guatemalteca, en virtud que la mala práctica médica en sus instalaciones ocasionó daño cerebral a su hijo; b) la parte demandada apeló, recurso que la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de ramo Civil y Mercantil acogió y, como consecuencia, revocó la decisión impugnada; c) la postulante en la calidad con que actuaba, interpuso casación por motivo de fondo, invocando como sub motivos: i) violación de ley (por inaplicación); ii) aplicación indebida; iii) error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, que la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil –autoridad reprochada–,rechazó de plano aduciendo que a la fecha del planteamiento de la casación, Ángel Alexander Andrade Jordán, era mayor de edad, por lo que la casacionista carecía de facultades para representar a su hijo y, como consecuencia, no tenía legitimación activa para instar el recurso; c) la amparista planteó reposición, la

cual fue declarada sin lugar, por la autoridad reprochada, el ocho de enero de dos mil dieciocho –acto reclamado–. D.2) Agravio que se reprocha al acto reclamado: la postulante estima que la autoridad reprochada, al resolver en la forma que lo hizo, vulneró sus derechos y principio mencionados, pues se le vedó la oportunidad de recurrir en un proceso en el cual se ventilan los daños y perjuicios que se causaron a su hijo Ángel Alexander Andrade Jordán (menor de edad al iniciar el proceso) por mala práctica médica que ocasionó daño cerebral severo, que le impide hacer valer por sí mismo sus derechos fundamentales. D.3) Pretensión: solicitó que se otorgue el amparo y, como consecuencia, se deje sin efecto, en forma definitiva, el acto reclamado. E) Uso de recursos: ninguno. F) Caso de procedencia: invocó el contenido en la literal h) del Artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. G) Normas que estima violadas: citó los Artículos 12 y 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

II. TRÁMITE DEL AMPARO

A) Amparo provisional: no se otorgó. B) Terceras interesadas: i) Fundación Pedriática de Guatemala y ii) Procuraduría General de la Nación. C) Remisión de antecedentes: i) expediente de casación 1002-2017-597 de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, ii) sentencia de quince de junio de dos mil diecisiete, dictada por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil y iii) fallo de veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis, dictado por la Jueza Primera de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala dentro del juicio ordinario de daños y perjuicios. Estos dos últimos en copia certificada identificados con el número único de expediente 1045-

2013-8. D) Medios de comprobación: se prescindió del periodo probatorio, incorporando como medios de comprobación los antecedentes.

III. ALEGACIONES DE LAS PARTES

A) La postulante reiteró el agravio que se expresó en el escrito de amparo y agregó que no se ha declarado en estado de interdicción a su hijo, ya que no contaba con los recursos económicos para iniciar el proceso, sin embargo, este se instó, pero el cual a la fecha no ha sido resuelto. Solicitó que se otorgue el amparo. b) La Procuraduría General de la Nación –tercera interesada– expresó que la autoridad denunciada actuó de conformidad con la ley, pues la amparista no tenía la representación legal de su infante, toda vez que el mismo cumplió la mayoría de edad, por lo que para hacer valer los derechos de este debió ser nombrada por juez competente como tutora, ante tal falencia la autoridad denunciada no podía admitir a trámite la casación. Solicitó que se resuelva lo que en Derecho corresponda. c) El Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparo y Exhibición Personal, manifestó que la autoridad cuestionada actuó con excesivo rigorismo, pues, si bien la madre perdió la representación de su hijo por la mayoría de edad, existe interés para hacerlo y ostenta la legitimación natural (vínculo entre madre e hijo), pues el proceso subyacente fue planteado con la finalidad de determinar que existen daños y perjuicios por lo ocasionado a su hijo, por lo que debe ordenarse que se conozca la reposición planeada. Solicitó que se otorgue la garantía constitucional instada.

IV. ALEGACIONES DE LAS PARTES EN EL DÍA DE LA VISTA PÚBLICA

a) La postulante expresó: i) un relato de los hechos antes, durante y después de la operación; ii) que no le fue posible ubicar el expediente médico de su hijo en el hospital en el cual fue ingresado, dado que le indicaron que el mismo se extravió; iii) que no se inició con antelación el proceso para declarar en estado de interdicción a su hijo al no tener las posibilidades económicas para el efecto, no obstante proceso se encuentra en trámite; iv) no es admisible que por un formalismo, no se garanticen los derechos fundamentales de las partes, evadiendo la obligación de conocer el fondo del asunto. Solicitó que se otorgue el amparo. b) La Procuraduría General de la Nación –tercera interesada– expresó que: i) debe ordenarse a la autoridad denunciada que conozca la reposición planteada, toda vez que la madre ya inició las diligencias para declarar interdicto a su hijo; ii) debe tomarse en consideración que el codemandante, aún tiene el plazo de quince días para el planteamiento de la casación, ya que de conformidad con el Artículo 1505 del Código Civil no corre la prescripción cuando el incapaz se encuentre sin representante legal, por lo que es válido que declarada la interdicción pueda hacer uso del recurso de casación; iii) la decisión de la autoridad denunciada no garantiza el derecho de defensa, ni toma en consideración que se inició el trámite para declararlo legalmente en estado de interdicción. Solicitó que se otorgue el amparo. c) El Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparo y Exhibición Personal, manifestó que la autoridad cuestionada actuó con excesivo rigorismo, ya que si bien la madre perdió la representación de su hijo, por la mayoría de edad, existe interés para hacerlo, pues el proceso subyacente fue planteado con la finalidad de determinar la existencia de daños y perjuicios ocasionados a su hijo, por lo que debe ordenarse que se conozca la reposición planeada, al tener la legitimación

natural para defender los derechos de Ángel Alexander Andrade Jordán. Solicitó que se otorgue la garantía constitucional instada.

CONSIDERANDO

- I -

Existe transgresión a los derechos fundamentales, cuando la autoridad denunciada, al conocer la reposición planteada por el postulante, la desestima sin tomar en consideración la obligación que el Estado tiene de protección a las personas en situación de vulnerabilidad, omitiendo razonar su decisión en atención a la equiparación y protección que se debe en su condición, lo cual evidencia agravio reparable por medio de la presente garantía constitucional de amparo.

- II -

Julia Alicia Jordán Arita, en nombre propio y en representación de Ángel Alexander Andrade Jordán, acude en amparo contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, señalando como acto reclamado el auto de ocho de enero de dos mil dieciocho, por el que la autoridad denunciada desestimó la reposición interpuesta por la postulante contra la decisión que no admitió para su trámite la casación planteada contra el fallo de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, que declaró con lugar la apelación planteada por la Fundación Pediátrica Guatemalteca y, como consecuencia, revocó la decisión del Juez Primero de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala que declaró con lugar el juicio ordinario de daños y perjuicios que la postulante promovió contra la fundación aludida. La razón que esgrime

la amparista para formular su petición de amparo, quedó reseñada en el apartado de resultandos del presente fallo.

- III -

Esta Corte estima relevante hacer alusión a las siguientes actuaciones: A) Julia Alicia Jordán Arita interpuso casación por motivo de fondo, aduciendo actuar "...en nombre propio y en ejercicio de la patria potestad de mi hijo Ángel Alexander Andrade Jordán, calidad que acredito con la certificación de nacimiento, el cual acompaño a la presente casación..."; B) la autoridad reprochada emitió decreto de veintiocho de septiembre de dos mil diecisiete, por medio de la cual estimó "...No se reconoce la representación que aduce tener la presentada toda vez que a la fecha Ángel Alexander Andrade Jordán es mayor de edad..." y requirió los antecedentes respectivos; C) la autoridad denunciada el veinte de noviembre de dos mil diecisiete consideró: "... Para resolver sobre la admisibilidad se tiene a la vista el recurso de casación interpuesto por Julia Alicia Jordán Arita....", manifestando que: "... Al realizar el examen del memorial contentivo del presente recurso se estableció que Julia Alicia Jordán Arita, adujo actuar en ejercicio de la patria potestad de su menor hijo (...), acompañando para el efecto certificación de nacimiento extendida por el Registro Nacional de las Personas del departamento de Guatemala en el que se puede constatar que la persona que pretende representar es mayor de edad sin que exista anotación en el documento relacionado que haga procedente que tenga que ser representado, por lo que se advierte que Julia Alicia Jordán Arita no es sujeto procesal en el mismo, por lo que de conformidad con lo citado en las normas transcritas, la interponente del recurso de casación no cuenta con la legitimación activa para el efecto..."; D) la postulante planteó reposición, la cual fue

declarada sin lugar el ocho de enero de dos mil dieciocho, al estimar la autoridad denunciada que: "...Al hacer el análisis del auto que ahora se impugna, se establece que en el mismo se hace ver por parte de este Tribunal una falencia insubsanable, pues la casasionista indicó actuar en nombre propio (sin ser sujeto procesal); asimismo, en representación y en pleno ejercicio de la Patria Potestad de su hijo Ángel Alexander Andrade Jordán, justificando la personería a través de la certificación de nacimiento, no obstante que dicha persona ya no es menor de edad, aunado a que tampoco existe anotación legal en dicha certificación que permita la legitimidad para comparecer y representarlo; esto con fundamento en lo que regulan los Artículos 44, segundo párrafo y 45 del Código Procesal Civil y Mercantil, de ahí que no concurren las violaciones..." Al respecto, es importante traer a colación que la Convención Interamericana Para La Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad en el Artículo 1° define la discapacidad como: "deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social..." –el resaltado no aparece en el texto original–. Asimismo, en cuanto a la discriminación por discapacidad determina que es: "...toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales"–el resaltado es propio–, agregando que: "no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por

un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en si misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, esta no constituirá discriminación"–el resaltado no aparece en su original—. En ese sentido, se debe atender que uno de los deberes del Estado es el de garantizar los derechos fundamentales de las personas en condiciones de vulnerabilidad, tomando en consideración que es inviable que la circunstancia que lo sitúa en esa condición de desventaja, no puede ser una circunstancia que justifique la restricción de sus derechos fundamentales; por el contrario, es un deber del Estado adoptar las medidas para garantizar su desarrollo integral. De esa cuenta, en el presente caso, es importante referir que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Artículo XVII, preceptúa: "...Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones y a gozar de los derechos civiles fundamentales..."; en ese mismo sentido, Antonio Cancado Trindade (sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, voto disidente de la sentencia de 1 de marzo de 2005) expresó: "la personalidad jurídica, a su vez, se manifiesta como categoría jurídica en el mundo del Derecho, como la expresión unitaria de la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes en el plano del comportamiento y las relaciones humanas reglamentadas". En análisis de lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos

Humanos consideró (Caso del Pueblo Saramka vs. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007) que: "...la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones, lo cual pone al individuo en una posición vulnerable en relación con el Estado o tercero"–el resaltado no aparece en el texto original–, arguyendo también (Caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006) que el Estado debe procurar los medios para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se ejerza libremente; asimismo, debe garantizar a las personas vulnerables y marginadas las condiciones jurídicas y administrativas para ejercer ese derecho.

Por tales razones, el reconocimiento a la personalidad jurídica obliga a los Estados a un trato igualitario entre sus habitantes, sin que esto limite que el goce y ejercicio de sus derechos sea igual para todas las personas, pues atendiendo a las circunstancias particulares, el Estado debe intervenir para equiparar a los sujetos en sus oportunidades para que hagan valer sus Derechos. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que: "...no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí mismo, de la dignidad humana. (...) Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún tales distinciones pueden ser instrumento para la protección de quienes deben ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran...".

Debe tomarse en consideración que los grupos en situación de vulnerabilidad, refieren a los sujetos que, por intervención o no del Estado, se les despoja del goce y ejercicio

de sus derechos fundamentales, encontrándose entre estos las personas con discapacidad mental. Por ello, los órganos jurisdiccionales deben resguardar los derechos fundamentales de estos grupos ya sea interpretando la norma de la forma que más favorezca al sujeto o grupo vulnerable u omitiendo exigencias legales, cuando por la condición del sujeto sea necesaria la protección especial y así equipararlo en igualdad de condiciones, debiendo para el efecto justificar legítimamente su actuar.

En este sentido, toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, por razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

Siendo insuficiente que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que por el contrario es indispensable tomar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012).

En el presente caso, la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil desestima la reposición que Juliana Alicia Jordán Arita planteó contra el rechazo liminar de la

casación, al estimar la autoridad reprochada que no podía ejercer la representación de su hijo Ángel Alexander Andrade Jordán al ser este mayor de edad y debía hacer valer sus derechos por sí mismo, por lo que al no haber sido nombrada por juez competente, no puede hacer valer su representación, pese a que el proceso subyacente al recurso es por la discapacidad mental que se generó a su hijo por mala práctica médica.

Esta Corte estima relevante señalar que el principio procesal de motivación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales consiste, esencialmente, en que las decisiones dictadas por estos deben contener argumentación lógica y estructurada de los motivos que basan sus pronunciamientos, los cuales serán producto del análisis lógico-jurídico de los hechos sometidos a su conocimiento, con sustento en los preceptos legales aplicables al caso concreto. La debida motivación de los fallos se obtiene al aplicar las disposiciones que rigen el caso concreto, función que se complementa con la indicación expresa de los argumentos que permitieron arribar a la conclusión de que se trate, debiendo el juzgador expresar la conclusión a que se arribe, luego de efectuada esa operación lógica. (Criterio sustentado por esta Corte en sentencias de seis y veintiuno de enero, ambas de dos mil dieciséis, así como en la de veinte de julio de dos mil diecisiete, dentro de los expedientes 3403-2015, 4653-2015 y 3455- 2016, respectivamente.)

En el presente caso, si bien el Código Civil establece en el Artículo 252 que "...Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción...", en aplicación a los estándares internacionales citados, el acto reclamado, mediante el cual se cuestiona la legitimación de la ahora amparista, para comparecer en casación en representación de su hijo

mayor de edad, por no existir anotación legal en la certificación de nacimiento que permita determinar la legitimidad de su comparecencia, transgrede el Derecho de Defensa de Ángel Alexander Andrade Jordán, pues durante el desarrollo del proceso es posible que se incorpore la decisión del juez respecto a su representante legal; asimismo, debe tener en consideración, que de conformidad con el Artículo 48 del Código Procesal Civil y Mercantil "...Cuando falte la persona a quien corresponda la representación o la asistencia, y existan razones de urgencia, podrá nombrarse un representante judicial que asista al incapaz, a la persona jurídica o a la unión, asociación o comité no reconocidos, hasta que concurra aquél a quien corresponda la representación o la asistencia..." y no, como en el presente caso, rechazar el recurso extraordinario, pues ello afrenta contra los derechos denunciados.

Razón por la cual, con base en lo anterior, se evidencia que el acto reclamado vulneró los derechos fundamentales de la amparista y de su hijo, por lo que debe dejarse en suspenso y como consecuencia conminar a la autoridad impugnada a efecto emita una resolución en la que se garanticen tales derechos, sobre todo, tratándose Ángel Alexander Andrade Jordán es una persona en situación de vulnerabilidad.

Por lo antes considerado, esta Corte concluye que la protección constitucional instada es procedente, por lo cual debe declararse con lugar, haciéndose los demás pronunciamientos que en Derecho corresponde.

- IV –

De conformidad con lo regulado en los Artículos 44 y 46 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, es obligación del Tribunal decidir sobre la

carga de las costas. Esta Corte considera que, en el presente caso, no resulta procedente condenar en costas a la autoridad denunciada, por estimar que la misma actuó de buena fe en el ejercicio de su función jurisdiccional; declaratoria que se hará en la parte resolutiva del presente fallo.

LEYES APLICABLES

Artículos citados y 265, 268, 272, literal b), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8º, 10, 42, 43, 44, 46, 47, 56, 57, 149, 163, literal b), 179, 185 y 186 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad 7 Bis del Acuerdo 3-89 y 29 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Por ausencia temporal del Magistrado Neftaly Aldana herrera se integra el Tribunal con el Magistrado José Mynor Par Usen, para conocer y resolver el presente asunto. II) Otorga el amparo solicitado por Julia Alicia Jordán Arita, en nombre propio y en representación de Ángel Alexander Andrade Jordán, contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil y, como consecuencia: a) restablece a la postulante en la situación jurídica afectada; b) deja en suspenso, el auto de ocho de enero de dos mil dieciocho, dictado por la autoridad denunciada, que desestimó la reposición interpuesta por la postulante contra la decisión que rechazó para su trámite el recurso de casación planteado contra el fallo proferido por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil; c) para los efectos positivos de esta sentencia, la autoridad impugnada deberá emitir la resolución que en Derecho corresponda, tomando en

cuenta lo aquí considerado, lo cual deberá realizar dentro del plazo de cinco días contados a partir de que reciba la ejecutoria de este fallo, con apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, incurrirá en una multa de dos mil quetzales (Q 2,000.00), sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales consiguientes. III) No se condena en costas a la autoridad reprochada. IV) Notifíquese y, remítase la certificación de lo resuelto, devuélvase el antecedente.

DINA JOSEFINA OCHOA ESCRIBÁ

PRESIDENTA

BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA	MAGISTRADO
JOSE FRANCISCO DE MATA VELA	MAGISTRADO
GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR	MAGISTRADA
JOSÉ MYNOR PAR USÉN	MAGISTRADO
MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ	SECRETARIO GENERAL

ANEXO II

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

REPÚBLICA DE GUATEMALA, C.A.

INCONSTITUCIONALIDAD GENERAL

EXPEDIENTE2112-2016

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS JOSÉ FRANCISCO DE MATA VELA, QUIEN LA PRESIDE, DINA JOSEFINA OCHOA ESCRIBÁ, BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA, GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR, NEFTALY ALDANA HERRERA,HENRY PHILIP COMTE VELÁSQUEZ Y MARÍA CRISTINA FERNÁNDEZ GARCÍA: Guatemala, veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete.

Se tiene a la vista para dictar sentencia, la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por Florentina Con Juárez, Elvia Modesta Orozco Zacarias, Milvia Aspuac Con, Dina Judith Satz Puc, Josefina Con Cuc, Rosalina Tuyuc Velásquez, Ixkik Isabel Zapil Ajxup, María Sofía Iquic Guamuch, Gloria Estela García García, María Apolonia Choc Sian, Marta Julia Puac Camey, Margarita Quel Itzol, Modesta Culajay Socorec, Rosa Estela Tomas Atz, Josefina Itzol Xulú, Rosa María del Carmen Chávez Juárez, Gladys Elizabeth Tzul Tzul, Rutilia Quel Ticún, Evelyn Adriana Sunun Pablo, María Corina Puac Con, Casilda Jovita Tzul Tzul, Rosa América Puac Capén, Odilia Griselda Ixjotop Sépez, Dina Mateli Sactic Yucute, Aura Leticia Choxin, Leticia Ixcajoc Sactic, Dominga Por Con, Marta Odilia Bucu Aspuac, Marena Ixel Guoron Rodríguez,

Sandra Elizabeth Xinico Batz, Mary Suceli Granados Iquic y María Angelina Aspuac Con –designada como representante común– contra los siguientes preceptos normativos: a) 5, 12 y 113 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Decreto 33-98 del Congreso de la República; b)11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal, Decreto 141-96 del Congreso de la República; c) 4 y 152 de la Ley de Propiedad Industrial, Decreto 57-2000 del Congreso de la República; y d)274 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República. Las solicitantes actuaron con el auxilio de los abogados SaknictélshchelRacancoj Sierra, Juan Geremías Castro Simón y Cristian OwaldoOtzínPoyón. Es ponente en el presente caso el Magistrado Presidente, José Francisco De Mata Vela, quien expresa el parecer de este Tribunal.

ANTECEDENTES

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DENUNCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD GENERAL PARCIAL

En primer término, las promotoras de la garantía constitucional expresaron que su planteamiento se apoya en denuncia de contravención —por omisiónll a disposiciones constitucionales y a normativa internacional de derechos humanos que forma parte del bloque de constitucionalidad. A su juicio, esa infracción se produce porque el Congreso de la República ha omitido incluir disposiciones normativas y medidas indispensables para garantizar los derechos de propiedad intelectual colectiva, especialmente en lo concerniente a textiles e indumentaria de los pueblos indígenas, de tal cuenta que resultan incompletas, de ahí que se —impugna parcialmente las mismasll. Con relación a la modalidad de inconstitucionalidad que promueven –inconstitucionalidad por

omisión relativa–, refirieron que ya la Corte de Constitucionalidad se pronunció sobre su viabilidad en la sentencia de diecisiete de julio de dos mil doce (expediente 1822-2011); igualmente, precisaron que si bien este Tribunal, mediante fallo dictado en el expediente 266-2012, resolvió que era improcedente la inconstitucionalidad por omisión parcial dirigida contra el título II del Código Civil, Decreto-Ley 106, por no regular la propiedad comunal de los pueblos indígenas, aduciendo esa improcedencia en el hecho que el cuerpo normativo cuestionado era preconstitucional, en el presente caso —distinto es nuestro planteamientoII. Establecidas las generalidades de su pretensión, las accionantes evocaron la definición de propiedad intelectual que aporta el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, el cual refiere que es la que el autor de una obra artística, científica o literaria tiene sobre ella y que la ley protege frente a terceros, concediéndole la facultad de disponer de ella, publicarla, ejecutarla, representarla, traducirla o autorizar su traducción y reproducción por otras personas. La protección alcanza a toda clase de escritos, obras dramáticas, musicales, cinematográficas, coreográficas, dibujos, pinturas, esculturas, arquitectura, modelos y obras de arte para el comercio y la industria, impresos, planos, mapas, fotografías, grabados y discos fonográficos, plásticos, entre otros. De igual forma, evocaron el Diccionario de la Lengua Española, que define la propiedad intelectual como la modalidad de propiedad que, como producto de la inteligencia, pertenece al autor de una obra literaria, artística o científica, cuyo autor puede publicarla, reproducirla o ceder sus derechos a otra persona. Para Ernesto Rengifo García, el término propiedad intelectual comprende la propiedad industrial, al cual trata principalmente de la protección de las invenciones, las marcas de fábrica o de

comercio, los diseños industriales, los modelos de utilidad, el nombre comercial, la enseña y la represión de la competencia desleal; asimismo, comprende el derecho de autor, el cual tiene como objeto las obras literarias, científicas y artísticas y también otorga protección a los artistas, intérpretes y ejecutantes a los productos de fonogramas y a los organismos de radiodifusión. Las promotoras de la acción refirieron también que las definiciones anteriores solo hacen referencia a la protección de las creaciones que ha realizado un ser humano y no construcciones colectivas derivadas de la cultura, la historia y conocimientos ancestrales de una colectividad, que es el caso de los pueblos indígenas. La visión que tienen estos pueblos sobre los sistemas políticos, sociales, económicos, culturales y espirituales es diferente a la de la sociedad no indígena. Todos los conocimientos y creaciones de los pueblos indígenas son colectivos, por ejemplo: los textiles y la indumentaria, ya que han surgido gracias a la participación de los miembros de ellos. La cosmovisión de los pueblos indígenas se basa en la colectividad; es decir, la propiedad pertenece a la comunidad; por ende, todos sus conocimientos y creaciones intelectuales pertenecen a todos ellos. En el mundo no indígena existe la preeminencia del interés individual mientras en los pueblos indígenas el interés colectivo es la regla general; por lo tanto, el concepto de propiedad intelectual de la sociedad occidental se diferencia de la visión que de ese tipo de propiedad tienen los pueblos indígenas; en la vida de estos, la propiedad colectiva es la base de su existencia. Añadieron que, dentro del marco de la necesidad de proteger el dominio intelectual, en junio de mil novecientos noventa y tres, en Aatoaroa, Nueva Zelanda, se llevó a cabo la primera Conferencia Internacional de los Derechos Culturales y de Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas, en la cual estuvo

presente Guatemala; su finalidad fue analizar el valor del conocimiento indígena, biodiversidad y biotecnología, el manejo tradicional ambiental, artes, música, lenguaje y otras formas culturales, espirituales y físicas. Uno de los resultados de esa conferencia fue la adopción de la Declaración del Mataatua sobre los Derechos de Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas, en la cual se recomendó a las agencias estatales, nacionales e internacionales lo siguiente: a) reconocer que los pueblos indígenas son los guardianes de sus costumbres y conocimientos y que tienen derecho a proteger y controlar la difusión de su conocimiento; b) reconocer que dichos pueblos tienen el derecho de crear nuevos conocimientos basados en las tradiciones culturales; c) notar que los mecanismos de protección existentes son insuficientes para la protección de los derechos de propiedad cultural de los pueblos indígenas; d) aceptar que los derechos de propiedad cultural e intelectual de esos pueblos permanezca con quienes los han creado; e) desarrollar un régimen en cooperación completa con los pueblos indígenas, creando un derecho adicional de propiedad cultural e intelectual que incorpore lo siguiente: e.1) propiedad colectiva (como individual) y origen; e.2) alcance retroactivo de trabajo tanto histórico como contemporáneo; e.3) protección contra la falsificación de Artículos culturales significativos; la cooperación en lugar del entramado competitivo; e.4) los primeros beneficiados deben ser los descendientes directos de los —tutoresll tradicionales de ese conocimiento. Además de lo anterior, las accionantes trajeron a cuenta el informe de la quinta sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en la que se acordó: —Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales se han referido a la necesidad de

poder proteger los diseños incorporados en textiles, tejidos y accesorios hechos a mano que han sido copiados y comercializados por personas ajenas a esas comunidades. Entre esos ejemplos cabe destacar los siguientes: los amuti del Canadá; los saris de Asia Meridional, el batik de Nigeria y Malí, el tejido kente de Ghana y otros países de África Occidental; los sombreros de Túnez; el huipil maya de Guatemala; los paneles de mola de las mujeres kunas de Panamá; los (sic) tapicerías y bandas de textiles tejidas del Perú; los tapices (de Egipto, Omán, República Islámica de Irán y otros Países); las carpas (como los tradicionales tipi de América del Norte)...ll; agregaron otro segmento del acuerdo alcanzado en esa sesión, en la que se indicó: —La imitación de diseños textiles tradicionales no solo genera (sic) un perjuicio económico sino que amenaza (sic) con destruir los textiles tradicionales y los oficios basados en el tejido...". Lo expuesto anteriormente permite formular las siguientes cuestionantes: — ¿Está reconocido nuestro derecho de propiedad colectiva intelectual como tejedoras indígenas? ¿Cuál es el contexto socioeconómico de las mujeres tejedoras en Guatemala? ¿Cuál es el lugar de los tejidos en el marco de las cuentas nacionales? ¿Cuáles son los costos de los tejidos y qué ingresos tienen las mujeres por su trabajo? ¿Por qué es importante el reconocimiento de los conocimientos de las mujeres mayas como parte de los derechos colectivos? ¿Qué pasa Honorables Magistrados si no se reconoce nuestra propiedad colectiva intelectual?ll. Además de lo anterior, han existido casos de regulación emblemáticos de protección a los derechos de propiedad colectiva intelectual, tales como: i) en dos mil doce, la nación Navajo –Estados Unidos de América– inició juicio contra la tienda de moda UrbanOutfitters por el uso del nombre Navajo en líneas de ropa y accesorios en el mercado con su marca

registrada; en abril del año antes indicado el juez —Blackll de la Corte Federal del Estado de Nuevo México admitió la demanda sobre la base de que en el caso podría concurrir violación a los derechos de autor en la legislación sobre marca registrada –trademark– y violación de la Ley Federal de Artes y Artesanías Indígenas de 1990 –IndianArtsandCraftsAct–; ii) la República de Panamá ha creado un sistema de derechos de autor para proteger la producción de bordados por artistas indígenas que crean la tradicional mola, generando propiedad colectiva; dentro de ese marco, en el año dos mil se creó la —ley 20ll, que permite a pueblos indígenas tener derechos de autor en un trabajo creativo, en lugar de reservar este derecho a individuos o negocios, como se hacía en el pasado. Esta ley permite registrar los derechos colectivos de los pueblos indígenas para la protección y defensa de la identidad cultural y saberes ancestrales; por ello reconoce el tradicional bordado mola, como herencia cultural colectiva del pueblo kuna. El citado Estado centroamericano no es el único en crear leyes sui generis para proteger expresiones culturales colectivas, ya que Nigeria y Túnez tienen ese tipo de cuerpos normativos; de hecho, Estados Unidos de América tiene la Ley de Artes y Artesanías Indígenas, de mil novecientos noventa; así también la Constitución venezolana protege, desde mil novecientos noventa y nueve, la propiedad intelectual colectiva. A pesar de lo laudable de esos ejemplos, las accionantes destacaron que la referida ley panameña también regula sanciones penales a quienes infrinjan la norma, reciben beneficios y han demandado a varias empresas por el uso indebido de su propiedad colectiva individual; iii) otro ejemplo de protección es lo suscitado en mil novecientos noventa y seis, en Australia, donde se dilucidó el caso Milpurruru y otros versus Indofurn, que se generó porque un productor de alfombras de Vietnam copiaba

obras de arte ancestrales –dentro de ellas australianas– y las imprimía en las alfombras que producía, las cuales vendía en los mercados internacionales, inclusive en Australia; en esa ocasión, el juez del caso ordenó la compensación a los artistas aborígenes con una suma de un mil quinientos dólares –no precisaron el origen de la moneda– por obra de arte copiada según derechos de autor, además de una suma de setenta mil dólares por daños culturales inmateriales; de esa forma, según criterio de las accionantes, el juzgador demostró que —reconocía la jurisdicción indígena sobre el tema de propiedad cultural.ll; y iv)un hecho reciente ocurrido en Oaxaca, México –para respaldar su existencia, hacen remisión a la página electrónica: https://www.youtube.com/watch?v=DPsJ7qSVKQI–, da señales de lo que podría seguir ocurriendo en el futuro cercano si se legitiman procesos de privatización de sus textiles ancestrales; en esa ocasión, las autoridades del pueblo Mixe de Santa María Tlahuitoltepec manifestaron que la diseñadora francesa Isabel Marant, en su colección primavera-verano, presentó diseños que incluyen patrones de la blusa femenina de esa localidad, sin dar los créditos correspondientes a la comunidad; según aquellas autoridades, ese acto representaba un plagio, significaba la expropiación, apropiación y privatización, por parte de la diseñadora, de un patrimonio que pertenece a la comunidad. En términos generales, las solicitantes estiman que la normativa objeto de examen viola los siguientes Artículos constitucionales: a)el 2, que regula el derecho a la vida y el principio de seguridad, ya que con esos preceptos normativos no se tiene ninguna certeza con respecto a la propiedad colectiva intelectual relacionada con los textiles y la indumentaria indígena; además, lo regulado en aquellos les niega el derecho a gozar de nuestra forma de vida; b) el 4, que regula el derecho a la igualdad,

porque con esa normativa se ven excluidas de una regulación específica que proteja sus conocimientos y saberes, los cuales son ancestrales y corresponden a la colectividad; c) el 42 y el 66, que respectivamente regulan lo relativo a los derechos de autor y las comunidades indígenas; según su criterio, ambos preceptos fundamentales deben ser interpretados en forma armónica, ya que el contenido de ambas disposiciones implica que el Estado reconoce, respeta y promueve las formas de organización social; sin embargo, no están protegidas de forma especial sus creaciones que son de carácter comunal; en ese orden de ideas no se tipifica un delito que castigue a quienes les despojan o puedan patentar como propia una —propiedad que tiene carácter colectivo y pertenece a los pueblos indígenasll; d) el 58 y el 62, porque no existe un pleno goce de su cultura y no existe protección especial a sus creaciones; e) el 44 y 46, que establecen la preeminencia del Derecho Internacional y la incorporación de los derechos humanos que no están regulados en nuestra legislación como parte integral, pero que, por interpretación de esta Corte, forman parte del bloque de constitucionalidad; dentro de la normativa contentiva de esos derechos se encuentran los Artículos 23 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas; 17 y 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1 del Convenio Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; f) el 58, relativo al derecho a la conservación de su identidad, que se materializa en los tejidos; g)el 62, relacionado con la protección especial del Estado al folclore y las artesanías, lo que, en el presente

caso, no existe, por lo que se demanda que sea emitida la normativa específica; h) el 149, que establece los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos, lo que ha sido ignorado; e i) el 21 y el 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el entendido que los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad y a la protección de las leyes sin discriminación alguna. Ahora bien, al aportar argumentos para evidenciarla confrontación entre las disposiciones normativas cuestionadas con las constitucionales que se estiman vulneradas, las accionantes expusieron lo siguiente: A) respecto de la violación del Artículo 4 de la Constitución, que establece la libertad e igualdad, refirieron que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos; dentro de ese contexto, el Estado guatemalteco ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, obligándose a reformar las leyes vigentes para tal fin; a su juicio, eso torna indiscutible la confrontación del Artículo 5 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, porque en ese texto legal la persona física que realiza la creación intelectual es quien crea una obra; de esa forma se excluye la posibilidad de que las comunidades indígenas o nuestras autoridades ancestrales e, inclusive, los colectivos de tejedoras puedan acceder a los registros de la propiedad intelectual y cumplir con los requisitos que establece el Artículo 113 de la Ley de Derechos de Autor. Además, trajeron a cuenta que el Código Civil es de tradición francesa y no está contextualizado con la realidad de los pueblos indígenas, ya que incluso el concepto propiedad no se puede interpretar para pueblos indígenas bajo el prisma occidental, porque va más allá de una relación individuo-objeto; en su cosmovisión, es una relación individuo-colectivo-naturaleza-cosmos. El reconocimiento

de sus formas propias de organización no encuadran en los preceptos relacionados –Artículos 5 y 113 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos– y adolecen de vicios de omisión porque no son reconocidas –las promotoras de la acción– como —sujetas de derecho y para que se reconozca la protección de [sus] textiles e indumentaria y poder acceder a la protección de [sus] conocimientos plasmados en [sus] textiles e indumentaria [deben] dejar de ser lo que [son] y eso es discriminatorioll. Agregaron que la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal, en el Artículo 11, otorga a los artesanos que trabajen en forma individual y a las asociaciones y gremios artesanales con personalidad jurídica, —a) exoneración del impuesto sobre importación de materias primas, herramientas y equipos utilizados para la fabricación de artesanías; b) exoneración de los impuestos de exportación de esos Artículos ya terminados; c) exoneración de los impuestos de exportaciónll; al respecto, se formulan las siguientes interrogantes: —¿Cómo podríamos gozar nosotras de los mismos beneficios señores magistrados, si estamos excluidas de una protección específica de nuestro derecho? ¿Quiénes se están beneficiando de la exportación de nuestras creaciones en estos momentos? ¿Es necesario que renunciemos a nuestra forma de ser para poder acceder a beneficios fiscales?ll. Si bien el Artículo admite la posibilidad de actuar individualmente para ese propósito, esa no es la forma cómo actúan, por lo que, para poder exonerarlas en las exportaciones, se les está obligando a desnaturalizar sus formas de organización y transformarse en asociaciones civiles, lo cual atenta contra sus formas de vida y restringe el acceso a los beneficios, porque no está regulada una normativa más específica para tejedoras indígenas y para las comunidades indígenas. Refirieron también que las políticas para promover el territorio nacional como destino

turístico se contradicen fuertemente ante la falta de protección de los conocimientos ancestrales de las mujeres mayas sobre los tejidos que elaboran; de hecho, el Instituto Guatemalteco de Turismo, en sus múltiples campañas para promocionar Guatemala—como corazón del mundo mayall, utiliza reiteradamente los tejidos como promoción, así como la imagen de las mujeres mayas como atractivo, dándole un enfoque folclorista al trabajo, la espiritualidad y los conocimientos ancestrales; cabe reiterar que esa institución estatal reportó que, en dos mil catorce, el ingreso de divisas por turismo ascendió a siete mil cuatrocientos sesenta y dos millones de dólares; pese a ello, las tejedoras no recibieron incentivos ni apoyo para la protección de sus tejidos, ni mejoras en sus condiciones de vida. Por último, indicaron que el hecho que no existan normativas que regulen la propiedad colectiva intelectual de pueblos indígenas las pone en una situación de desigualdad frente a los particulares y empresas que pretenden patentar sus textiles o indumentaria. B) Con relación al Artículo 2 de la Constitución, primeramente, expusieron las siguientes preguntas: —¿Cómo hacemos honorables magistrados para ser titulares del derecho si no existen condiciones jurídicas para hacer valer nuestras comunidades, ni existen registros? ¿Cómo sabemos señores magistrados si nuestros textiles y nuestra indumentaria no ha sido registrada a favor de personas individuales o empresas, que cumplieron con los requisitos impuestos por la ley de derechos de autor y la ley de propiedad industrial?ǁ; de hecho, el Artículo 3, inciso k), de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal establece la creación de un registro de artesanías; pese a ello, en el informe del Ministerio de Economía, de nueve de octubre de dos mil quince, se hace constar que en la Ley de Propiedad Industrial no establece protección a través de patentes, tejidos, textiles o

diseños de huipiles indígenas, a pesar de que es posible la inscripción del diseño industrial cuando se cumple con el requisito esencial de la novedad al tenor del Artículo 152 de esa ley; además –indica el informe– no existe un registro sobre la propiedad colectiva de pueblos indígenas, ya que no se encuentra regulada en ninguna normativa. Ese informe deja claro la inexistencia de normativa que proteja sus derechos colectivos y que estos están expuestos a que terceros registren y estén ahora mismo patentando su propiedad; en ese orden de ideas, los Artículos 4 y 152 de la Ley de Propiedad Industrial contravienen, por omisión, el Artículo 2 de la Constitución, porque atenta contra la seguridad y la certeza jurídica de sus derechos colectivos como tejedoras y como parte de las comunidades indígenas que son propietarias de las creaciones que reproducen como parte de su cotidianidad y de sus saberes y conocimientos ancestrales, en primera instancia porque no se define la propiedad colectiva intelectual y en el Artículo 152 ibídem no se prohíbe el registro de sus textiles e indumentaria a favor de particulares o de empresas. Refirieron que las visiones colonialistas niegan la capacidad de cambio y permanencia al modelar imaginariamente a los pueblos mayas como grupos estáticos, no creativos, museísticos y congelados en el tiempo; sin embargo, la permanencia y el dinamismo de los textiles mayas hablan de comunidades vivas y creativas que han resistido y sobrevivido a los múltiples intentos de aniquilación colonial tanto humana como cultural; es decir, los tejidos mayas tan ancestrales como coetáneos son una evidencia importante de la continuidad de los pueblos mayas; en ese contexto se cuestionan, entonces, cómo hacen tanto el Registro de la Propiedad Intelectual y el Registro de la Propiedad Industrial para distinguir las innovaciones —o ¿puede entonces una empresa registrar cada una de las

innovaciones de nuestros textiles?ll. Añadieron que el Artículo 274 del Código Penal confronta con el Artículo 2 de la Constitución, que establece el principio de seguridad jurídica, ya que se omite una tipificación especial a quien viole la autoría de las comunidades indígenas; el resguardo de estos derechos, es una obligación de Estado y deben ser castigadas por medio de sanciones penales la violación de esas autorías y debe regularse, como mínimo, la prohibición de los actos que constituyan la apropiación, el despojo, el plagio de terceros sin autorización de los legítimos propietarios de los textiles, que debe alcanzar los conocimientos y los procesos de elaboración de un tejido o indumentaria. Igualmente, los Artículos 5 y 133 de la Ley de Derechos de Autor violan el derecho a la vida, regulado en el Artículo 2 de la Constitución, porque la exclusión de la protección especial para pueblos indígenas atenta contra sus formas de vida con su cosmovisión y con el pleno goce de su buen vivir –refirieron que la noción de buen vivir es concebida por los pueblos mayas, así como por las naciones aymaras, quichuas, quechuas y otras más como un modelo alternativo al capitalismo, a la modernidad, al desarrollo y al extractismo–. No tener una protección especial y que se les excluya de las condiciones mínimas para poder vivir de sus creaciones, que no reciban incentivos del Estado, hace que se sientan —utilizadasll. C) Estiman violados los Artículos 42 y 66 de la Constitución: el primero de esos Artículos constitucionales reconoce el derecho de autor y el derecho de inventor; los titulares de esos derechos gozarán de la propiedad exclusiva de su obra o invento, de conformidad con la ley y los tratados internacionales. El segundo de los Artículos hace referencia a la protección de grupos étnicos, dentro de los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya; además, refieren que el Estado reconoce, respeta y

promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos. En ese orden de ideas, es importante resaltar que esta Corte ya ha considerado como sujetos de derecho a las comunidades indígenas con sus propias instituciones al tenor tanto del Artículo 66 de la Constitución y el 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; de esa manera, —debe interpretarse que [son] titulares de los derechos de autor de [sus] textiles e indumentaria, en la lógica comunitaria y que los derechos de autoría únicamente pueden ser transferibles, por consentimiento de las comunidades indígenas y [sus] autoridades legítimas.ll Con base en ello, el Artículo 5 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos establece que se puede autorizar el uso de las creaciones, y los Artículos 4 y 152 de la Ley de Propiedad Industrial permiten que puedan ser transferibles inclusive pudiéndose patentar sus tejidos e indumentaria sin restricción alguna. Según esa normativa, para obtener protección, esta debe ser gestionada de forma individual o lo deben hacer como asociación civil; sin embargo, esto atenta contra sus principios, además el cumplimiento de los requisitos regulados en los Artículos 12 y 113 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos resulta oneroso; ello implica que las millones de tejedoras tengan que inscribir y patentar individualmente cada una sus creaciones en lo individual; el sistema jurídico les obliga a individualizarse y ser ajenas a su vida comunitaria, por ello consideran que los Artículos antes indicados –12 y 13 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos– restringen el ejercicio de los derechos de autor desde sus propias formas de organización, bajo el prisma de sus costumbres y su vida comunitaria. Por lo expuesto, no admitirán argumentación alguna que refiera que no tienen —voz o legitimatium ad

causamll para gestionar por el resto de los pueblos, ya que se expresan en su calidad de agraviadas de un sistema que las excluye; de hecho, hacen un reclamo por este conducto, ya que, como parte de sus comunidades y como titulares de derechos, nunca han autorizado a terceros o a empresas a que patenten sus textiles; todo lo contrario, demandan protección para evitar que se apropien de estos y sean despojadas de sus saberes y conocimientos heredados de una cultura milenaria. Aducen también que el Artículo 274 del Código Penal omite tipificar delitos específicos para quien vulnere su autoría colectiva, esto en virtud de que no se puede hacer analogía en el Derecho Penal, de ahí que estiman que ese Artículo contraviene, por omisión, el 42 constitucional. D)Con relación a la violación del Artículo 58 de la Constitución, el cual reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural, de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres, los Artículos 7 y 113 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, al regular únicamente como titulares de derechos a los individuos y personas jurídicas, al tenor de lo que establece el Código Civil, limitan el ejercicio de su derecho a la identidad, pues les imponen adoptar una forma de organización ajena a su forma de vida y, por ende, una identidad cultural que no les corresponde, por lo que restringe el ejercicio de la disposición normativa constitucional. Además, el Artículo 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal, al otorgar incentivos únicamente a particulares en forma individual o personas jurídicas y exonerarles de impuestos, no les permite tener una libre determinación y desarrollarse con base a sus valores y principios culturales, contraviniendo también el Artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que establece el derecho a determinar libremente su desarrollo económico, social y cultural,

estando excluidas; además, prácticamente las condena el sistema estatal porque no les da opciones y beneficia en forma discriminada a empresarias y empresarios que se aprovechan de su cultura. E) De la infracción al Artículo 62 de la Constitución, el cual prescribe que la expresión artística nacional, el arte popular, el folclore y las artesanías e industrias autóctonas deben ser objeto de protección especial del Estado, con el fin de preservar su autenticidad. Esa disposición colisiona con los Artículos 5, 12 y 113 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos porque –según las accionantes– no tienen las condiciones igualitarias para reclamar sus autorías, pues estos imponen que primeramente tengan que registrar sus derechos individuales o como asociaciones civiles. Así también, confronta con el Artículo 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal, porque no pueden acceder a las exoneraciones y a los incentivos; igualmente, los Artículos 4 y 152 de la Ley de Propiedad Industrial, pues no se define en la ley el derecho de propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas y no se prohíbe ni existe limitación para que personas ajenas a sus comunidades se apropien de sus derechos textiles o utilicen ensambles creando bolsos, o hagan pasarelas adjudicándose la propiedad. También el Artículo 274 del Código Penal vulnera el referido Artículo constitucional, ya que no existen normas que sancionen la violación de su autoría. Todo lo anterior implica la concurrencia de omisiones del legislador, dejándoles en total desprotección, así también —concurre vicio de inconstitucionalidad en un acto legislativo por exclusión arbitraria (ilegal e irrazonable) de un beneficio...II.F) De la vulneración al Artículo 44 y 46 de la Constitución: los Artículos referidos fundamentan la inclusión del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo dentro del bloque de constitucionalidad y de otras normas como la Declaración

de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo cual conlleva que esos instrumentos internacionales sean tenidos por medida para determinar la coherencia de determinadas disposiciones legales con la normativa superior, sobre la base del principio de supremacía constitucional. De manera particularizada: a) el Artículo 23 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece que las artesanías, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos; con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar porque se fortalezcan y fomenten dichas actividades. Así también dispone que, a petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo económico sostenido y equitativo. Agregaron que las mujeres tejedoras, como múltiples productoras de la vida, han generado una forma particular para administrar su producción, ya que ellas mismas financian sus costos en un intercambio monetario entre sus diversas actividades, se someten a un estricto control de calidad en sus tejidos y aunque no llevan registros de sus ingresos y gastos logran mover los pocos recursos para su familia, dejando remanentes para poder contar con materia prima y producir los tejidos de su propio consumo; por tal razón, lo dispuesto en el precepto normativo convencional confronta con los Artículos 4 y 154 de la Ley de Propiedad Industrial, porque —no se define ni se

incluye una definición no se protege la forma de desarrollo que tenemos los pueblos indígenas desde nuestra propia cosmovisión.ll; b) los Artículos 17 y 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos refieren que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente; así también que tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. El último de esos Artículos establece que toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que les correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora; a su juicio, el reconocimiento a la originalidad, belleza y calidad de los textiles y vestimentas va de la mano de la folclorización, la exotización y la subordinación de sus creadores y legítimos dueños culturales e individuales. La necesidad de una normativa que reconozca la autoría individual y colectiva como pueblos mayas sobre sus artesanías y manufacturas es urgente antes de que la misma producción y creación cultural maya sea también otra mercancía y otra excusa para mantener a los pueblos originarios subordinados a los poderes tradicionales y al capital. Añadieron que, a diferencia de las sociedades occidentales, donde la autoría está más centrada en el individuo, en las sociedades mayas se da un esquema dual en el que la autoría individual también es colectiva, en el sentido de que hay un origen común compartido y reconocido por todos, que además influye en la producción individual. De este modo, aunque no se conozca alguna autoría individual, sí es posible reconocer la comunitaria; es más, existe la posibilidad de una autoría más general: la maya. La necesidad de normas específicas de protección de sus derechos deriva del contenido de los Artículos 4 y 152 de la Ley de Propiedad Industrial, siendo

también necesaria su inclusión en el Artículo 11 del Decreto 141-96 del Congreso de la República, pues ello les permitirá gozar de su propiedad y de su cultura; c)el Artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales refiere que todos los pueblos tienen derecho de libre determinación; en tal virtud, pueden establecer libremente su condición política y proveer, asimismo, a su desarrollo económico, social y cultural. Para lograr esos fines, disponen libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como el Derecho Internacional; en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. Si los pueblos se ven perjudicados con la privatización de sus conocimientos comunitarios, por parte de empresas que les son ajenas, —podrían dejar de ser los autores de su propio arte textilll. El paradigma empresarial como la mercantilización de la totalidad de la vida se extiende desconociendo que existen otras maneras de entender y de vivir la vida; bajo esas lógicas empresariales capitalistas, no se comprende que muchos pueblos del mundo, entre ellos los indígenas, no rigen su vida bajo la lógica de la explotación económica, sino bajo principio de equilibrio, cuidado y reciprocidad con todo lo que existe. El enunciado normativo convencional antes referido confronta con los Artículos 5 y 13 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, porque se trata de encuadrar su forma de vida a un pensamiento occidental ajeno; por ello es que es preciso establecer normativa que esté más ajustada a su contexto; d) el Artículo 13 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que dispone que toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y

disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tienen asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor. Aunado a ello, deben analizarse los Artículos 21 y 25 del citado cuerpo normativo convencional, ello en virtud de que para el mundo occidental la autoría está centrada en el individuo, distinto de las sociedades mayas en las que opera un esquema dual, ya que la autoría individual también lo es colectiva, en el sentido de que hay un origen común compartido y reconocido por todos, que además influye en la producción individual; de ese modo, aunque no se reconozca alguna autoría individual, si es posible reconocer la comunitaria; es más, si no conociera esta última existe la posibilidad de reconocer una autoría más general, es decir: la maya. De ese modo, una legislación o políticas específicas que busquen reconocer las autorías mayas sobre sus productos textiles y otras artesanías deben reconocer esos niveles varios de autoría y los derechos que conlleva; ello permitiría que individuos y comunidades mayas pudieran reclamar regalías y derechos sobre el uso de diseños o artesanías de su autoría, así como autorizar o no el uso de estas en diferentes contextos. Por lo anterior, estiman que el Artículo 274 del Código Penal, que no regula una sanción ni prohibición para que terceros se apropien de sus creaciones, confronta con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente en cuanto a los Artículos 21 y 25. Una situación contraria ocurre en la legislación sustantiva penal de Panamá, en la que los Artículos —270 y 271 regula[sic] delitos como de producción, y se sanciona de 4 a 6 años por la reproducción, copia, modificación íntegra o parcialmente una obra [sic]por el derecho colectivo de pueblos

indígenas y sus conocimientos tradicionales, almacene distribuya exporta ensamble instale fabrique importe, venda alquile o ponga en circulación de cualquier otra manera reproducción ilícita de una obra colectiva por el derecho colectivo de los pueblos indígenas. [...] También se tipifica si alguien fabrica, ensambla o comercialice o haga circular un producto amparado por el derecho colectivo de pueblos indígenas tradicionales sin el consentimiento de los titulares del derecho. La misma sanción se impondrá un [sic] procedimiento, modelo o dibujo industrial amparado por los derechos indígenas sin el consentimiento de los propietarios legítimos.ǁ. H)Con relación a la violación del Artículo 149 de la Constitución, el cual dispone que Guatemala normará sus relaciones con otros Estados de conformidad con los —principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, el respeto y defensa de los derechos humanosǁ, estiman que este es violado, pues, entre los compromisos de Estado que obliga adaptar la normativa interna para estar ajustada a los estándares internacionales, está el Artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que establece que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar, entre otros, su patrimonio cultural y sus conocimientos tradicionales; igualmente, se establece que tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y expresiones culturales; conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán las medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de esos derechos. Así también se produce contravención a la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales, específicamente el Artículo 5,

relativo a los derechos y obligaciones de los Estados partes suscriptores; el 6, sobre la obligación de aplicar políticas y medidas culturales para la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales; y los Artículos 7 y 8, que hacen referencia a las medidas concretas para promover expresiones culturales. Agregaron que, en atención a la interpretación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, referente a la protección de los conocimientos tradicionales, es relevante que se tome en cuenta la necesidad de reafirmar el reconocimiento de la titularidad colectiva, el carácter intergeneracional e integral de tales conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, a favor de los pueblos indígenas y comunidades locales, que son las generadoras y poseedoras de tales conocimientos. Ello no lo hacen los Artículos 5, 12, 113 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos; 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal; 4 y 152 de la Ley de Propiedad Industrial; y 274 del Código Penal, los cuales son —Artículos incompletos y omiten una regulación específica que proteja la propiedad intelectual colectiva de pueblos indígenas, en especial de nosotras las tejedorasll, por ello —[e]s necesaria una legislación y políticas especiales que busquen reconocer nuestras autorías y derechos de propiedad intelectual colectiva como pueblos indígenas sobre nuestros textiles e indumentarias, para generar protección sobre el uso, diseño, conocimientos del ensamble, instalaciones, fabricas, importaciones, venta o alquileres o cualquiera otra manera de reproducción ilícita de nuestra propiedad intelectual colectivall. Con relación a su pretensión concreta en el planteamiento de la inconstitucionalidad, adujeron que cuando se denuncia violación

constitucional por omisión, según Luz Bulnes Aldunarte, autora del trabajo La inconstitucionalidad por omisión, se pueden distinguir tres tipos de sentencias: —a) las que constatan la omisión del legislador; b) las que ordenan o recomiendan al legislador que legisle sobre una determinada materia, porque así lo exige la Ley Fundamental o se desprende de la naturaleza del precepto para que sea eficaz, y c) las que junto con recomendar que se legisle le indican al legislador cuál debe ser el contenido de la leyll; en ese orden de ideas, es importante que esta Corte establezca la necesidad de una norma que proteja sus derechos constitucionales pero que también dé los lineamientos al Congreso de la República sobre el contenido y los parámetros de la normativa que debe ser emitida. Con base en el criterio que sustenta la sentencia dictada por esta Corte dentro de expediente 1822-2011, lo que corresponde en estos casos es encomendar al poder legislativo que emita un nuevo texto acorde a la Constitución, por lo que pretenden que —se exhorte al Congreso de la República a que emita la normativa que complete y garantice [sus] derechos vulnerados, debiendo emitir los lineamientos sobre los cuales debería basarse dicha normativa, y en un plazo prudencial de sanción.ll Si bien en el fallo antes referido, este Tribunal indicó que estaba limitada a fijar un plazo para el cumplimiento de lo exhortado, es pertinente traer a colación importantes precedentes, como las sentencias de diez y catorce de septiembre de dos mil quince, emitidas en los casos —La Vega I y La Vega IIll, dentro de los expedientes 1149-2012 y acumulados 4975-2012 y 4958-2012, en los cuales se cuestionó el otorgamiento de licencias para instalación de hidroeléctricas sin consulta, libre, previa e informada a las comunidades indígenas ixiles; en esta se exhorta a las instituciones involucradas, inclusive al Ministerio de Energía y Minas y al Congreso de

la República, para que emita la ley de consultas; sin embargo, en la parte declarativa ordenó a la citada cartera ministerial que —debía tomar todas las medidas necesarias para que se practique la consulta la cual debía concluirse en seis meses; es decir, el plazo ya es facultativoll; el incumplimiento de ese plazo debiera derivar en responsabilidades penales porque se estaría desobedeciendo una orden emitida en sentencia. Añadieron que la fijación de un plazo es indispensable porque —tenemos un Estado, racista monocultural y de no fijarle un plazo al Congreso de la República para la emisión de la normativa reclamada que regule [sus] derechos denunciados, [su] demanda pasaría a formar parte de ese conjunto de iniciativas engavetadas a guisa de ejemplo la „ley de consultas", „la ley de jurisdicción indígena" „ley de desarrollo rural integral", en especial la „ley de radios comunitarios" que por cuatro años que se dictó sentencia exhortando al congreso para que se emita, pero eso no ha sido posible;...ll. Concluyeron solicitando que, al dictar sentencia, se declare con lugar la presente acción de inconstitucionalidad general parcial, porque los Artículos cuestionados no regulan la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, especialmente en el caso de los textiles e indumentaria indígena; como consecuencia, se dicte exhortación requiriendo al Congreso de la República a reformar, dentro del plazo establecido por esta Corte, que emita la normativa correspondiente a fin de proteger la propiedad colectiva intelectual de los pueblos referidos.

II. TRÁMITE DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

No se decretó la suspensión provisional. Se concedió audiencia por quince días a: i)la Procuraduría General de la Nación; ii) el Congreso de la República de Guatemala; iii) el Ministerio de Cultura y Deportes; iv) el Ministerio de Economía; v) el Instituto

Guatemalteco de Turismo; y vi) el Ministerio Público. Oportunamente se señaló día y hora para la vista.

III. RESUMEN DE LAS ALEGACIONES EN LA AUDIENCIA CONFERIDA

A) La Procuraduría General de la Nación adujo que las disposiciones denunciadas confrontan con el Artículo 4 de la Constitución, vulnerando el derecho a la igualdad, lo cual se ratifica con el informe a que se hace mención en el informe remitido por el Ministro de Economía, el que, además, adjuntó dos informes firmados por parte de la Subregistradora del Registro de la Propiedad Intelectual, en los que se refiere que no existe un registro sobre la propiedad colectiva de pueblos indígenas, ya que no se cuenta conalguna norma que lo regule. A la vez, indicó que sí existe confrontación entre las disposiciones denunciadas y el Artículo 2 de la Constitución, al vulnerarse los derechos a la seguridad y la certeza jurídica de sus derechos colectivos, ya que el Estado de Guatemala está obligado a tipificar las acciones u omisiones relativas a la apropiación, despojo, plagio de terceros sin autorización de los legítimos propietarios de los textiles, el ensamble de la elaboración de un tejido o indumentaria que pertenezca a las comunidades indígenas que son propietarias de las creaciones que producen. Evocó un extracto de la opinión consultiva emitida a instancia del Congreso de la República, el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco (expediente 199-95) y, con base en su contenido, adujo que es preciso que esta Corte emita una sentencia exhortativa para que el Congreso de la República, como depositario de la potestad legislativa, que debe ejercerse dentro del marco de la Constitución, emita la normativa correspondiente, a efecto de subsanar las omisiones incurridas al no regular la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, especialmente en el caso

de los textiles e indumentaria indígena. Refirió compartir lo expresado por las accionantes en cuanto a que las disposiciones denunciadas confrontan con el Artículo 58 de la Constitución, ya que se ha reconocido el derecho a la identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres; pese a ello, ha habido omisión en regular la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, especialmente en el caso de los textiles e indumentaria indígena. Además, con relación a la denuncia de violación del Artículo 62 del Magno Texto, indicó que el hecho de encontrarse reconocida la identidad cultural de las comunidades indígenas y que la expresión artística nacional, el arte popular, el folclore y las artesanías e industrias autóctonas deben ser objeto de protección especial por parte del Estado, con el fin de preservar su autenticidad, es preciso que se legisle a favor de su protección en todos los ámbitos, especialmente al haberse detectado la vulneración a derechos, proveniente de la omisión de regular la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas y principalmente en el caso de los textiles e indumentaria. Refirió también que los Artículos 23 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, 17 y 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 13 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre respaldan la petición plasmada en la acción intentada, para que la omisión existente pueda ser superada en las disposiciones normativas denunciadas. Con relación a la necesidad de ajustar la normativa interna a los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, el fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio

mutuo y equitativo entre los Estados, indicó que es preciso que esta Corte emita una exhortación al órgano emisor de la normativa examinada, para que se generen los enunciados normativos que puedan subsanar las omisiones que este Tribunal constitucional aprecie, a fin de proteger la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, especialmente en el caso de los textiles e indumentaria. Por lo anterior, solicitó que se declare con lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida con el objeto de que esta Corte se pronuncie sobre la necesidad de emitir la legislación que proteja los derechos constitucionales que se denuncian como violados, fijando un plazo prudencial para su cumplimiento. B) El Congreso de la República de Guatemala indicó que los argumentos en los que el solicitante apoya su planteamiento de inconstitucionalidad general parcial son erróneos porque se debe tener en consideración que en ninguna parte de los Artículos cuestionados se establece —prohibición expresa de que las comunidades indígenas, autoridades ancestrales y colectivas de tejedoras ingresen a los registros de propiedad intelectualIII. Según su parecer, el hecho que el Artículo 113 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos refiera que los titulares de esos derechos puedan constituir asociaciones civiles sin fines de lucro no significa que los pueblos indígenas deban renunciar a su cosmovisión ni a su identidad como para la protección a sus derechos. Los solicitantes cuestionaron que el Artículo 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal, al otorgar beneficios fiscales a los artesanos que trabajen en forma individual y a las asociaciones y gremios artesanales con personalidad jurídica, atenta contra sus formas de vida; no obstante, estima que con esa disposición —no se atenta en contra de los derechos de los pueblos indígenasII. Refutó los argumentos de las promotoras de la

acción constitucional en cuanto a que los Artículos 4 y —154ll de la Ley de Propiedad Industrial no incluyen ningún requisito que prohíba el registro de textiles e indumentarias indígenas a favor de particulares o empresas; la refutación se sustenta en que, conforme el Artículo 152 del mismo cuerpo legal, para que un diseño industrial sea protegido debe ser nuevo y no se considerara que tiene esa calidad si no difiere en medida significativa de diseños conocidos o de combinaciones de los mismos, por lo que, a su juicio, —tanto un particular o una empresa tiene prohibición de utilizar en su diseño industrial la combinación de figuras, líneas o colores a un producto industrial o artesanal que ya existan anteriormente, incluyendo los diseños indígenas". Además, según su entender, por la amplitud del contenido del Artículo 274 del Código Penal, se sanciona a toda persona que se identifique falsamente como titular de un derecho de autor, por lo que —resulta absurdo creer que es necesario crear un tipo penal más específico ya que dicho delito engloba a TODAS LAS PERSONAS titulares de un derecho de autor.ll. Concluyó indicando que este Tribunal debe declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad intentada, ya que el imperio de la ley se extiende a toda persona nacional o extranjera y en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. C) El Ministerio de Cultura y Deportes se adhirió a los argumentos de las accionantes, aduciendo que claramente se observa un vacío legal, ya que el Estado de Guatemala, por medio del Congreso de la República, debió haber regulado la propiedad intelectual de las expresiones culturales y conocimientos ancestrales en su momento, pues no existen normas específicas que garanticen sus derechos, los cuales son necesarias para evitar el expolio que han sufrido sus hacedoras y portadoras, y para que se beneficien económicamente del uso de su

propiedad colectiva producto de su intelecto. Evocó el contenido de los Artículos 59, 62, 66 y 70 de la Constitución y refirió que, a pesar de que existe esa normativa fundamental, no existe de rango legal específica en Guatemala que reconozca la propiedad intelectual de las expresiones culturales tradicionales y conocimientos ancestrales; además, el Artículo 14 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos establece: —Las expresiones de folclore pertenecen al patrimonio cultural del país y serán objeto de una legislación específica.‖. Por lo anterior, concluyó indicando que: a) existe un vacío legal respecto del tema; b) no existe una legislación específica que proteja la propiedad intelectual colectiva que deben tener los pueblos y comunidades indígenas en Guatemala; c) como consecuencia, son utilizados sin ninguna restricción y libremente las expresiones culturales tradicionales, en detrimento de sus hacedores y portadores. En tal virtud, es necesario llenar el vacío legal advertido para proteger la propiedad intelectual de los conocimientos y expresiones culturales tradicionales, ya que no se debería permitir un uso indiscriminado de su propiedad intelectual colectiva por parte de terceros para que ellos se beneficien económicamente o incluso se inscriba en el Registro de Propiedad Intelectual dichos conocimientos como propios, al punto de prohibir a sus hacedores y portadores de estos conocimientos tradicionales y culturales el derecho de usar estos productos y, lo que es más injusto, se les cobre por su utilización, siendo ellos los creadores. Evocó el contenido del documento preparado por la Comisión Presidencial contra la Discriminación y el Racismo – CODISRA–y por la Dirección General de Desarrollo Cultural y Fortalecimiento de las Culturas del Ministerio de Cultura y Deportes que refiere: —los saberes y elementos tradicionales de la cultura indígena de Guatemala

comprenden todos aquellos conocimientos, sabidurías, ciencias, sentimientos, ideologías, prácticas, creencias e ideas filosóficas que caracterizan a la cultura maya, xinca y garífuna‖; así, —dichos conocimientos son de carácter intergeneracional y deben ser propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas aunque no haya sido reconocida legalmente. Además son inalienables...‖. Concluyó destacando su adhesión a los argumentos expuestos por las accionantes, particularmente en lo concerniente a la necesidad de garantizar los derechos de propiedad intelectual colectiva, en especial lo relacionado con los textiles y la indumentaria de los pueblos indígenas. Solicitó que se dicte sentencia exhortativa —requiriendo al Congreso de la República de Guatemala dentro de un plazo prudencial emita la normativa correspondiente a fin de proteger la Propiedad Colectiva Intelectual de pueblos Indígenas‖. D) El Ministerio de Economía expresó que, a su juicio, no existe violación a precepto constitucional alguno, ya que la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos reconoce la creación intelectual sin discriminación alguna. Además, refirió que, de manera puntual, la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal reconoce a los artesanos individuales, a las asociaciones y gremios artesanales, una serie de beneficios, entre otros, la exoneración del impuesto sobre importación de materias primas, herramientas y equipos utilizados en la fabricación de artesanías, situación que desvanece los argumentos de las interponentes. Por su parte, la Ley de Propiedad Industrial define lo que se debe entender como denominación de origen, diseño industrial, emblema, expresión o señal de publicidad, indicación geográfica e invención, resaltando el hecho de que si un diseño industrial es nuevo, será protegido; es decir, que no haya sido divulgado públicamente en cualquier lugar del mundo y por cualquier

medio. Según su parecer, no concurre violación a los Artículos 2, 4, 42 y 66 de la Constitución; además, sí existe normativa internacional que forma parte del ordenamiento jurídico guatemalteco que regula la protección que debe recibir toda persona individual o jurídica que considere que se le han violado sus derechos constitucionales, por lo que se concluye que los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad y, por consiguiente, sí están protegidas las creaciones que son de carácter comunal y que pertenecen a los pueblos indígenas, situación que conlleva a solicitar que se declare sin lugar la inconstitucionalidad general planteada. E) El Instituto Guatemalteco de Turismo expresó que el arte del tejido y bordados son quizá una de las más representativas expresiones de nuestro patrimonio cultural material, ya que, por años, se ha plasmado en la mayoría de los trajes, la comunicación entre el hombre y los elementos de la naturaleza (individuo-colectivo-cosmos), convirtiéndose así en una memoria colectiva transmitida de generación en generación; adicional a la connotación cultural, los textiles y la indumentaria de los pueblos indígenas constituyen una importante fuente económica, a la que se dedican algunas familias, siendo el turista el mayor consumidor de esos productos; así las cosas, el Estado, por medio de la Ley de Propiedad Intelectual, garantiza la libre expresión creadora de toda persona dentro del territorio nacional, sin hacer distinción alguna, garantizando el derecho de igualdad. Concluyó solicitando que, agotadas las etapas procesales, se dicte la sentencia que en Derecho corresponde. F)El Ministerio Público considera que, en el caso concreto, les asiste la razón a las accionantes en virtud de que las disposiciones normativas cuestionadas de inconstitucionalidad son insuficientes por las siguientes razones: i)en cuanto a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, indicaron que

los Artículos 5, 12 y 113 son discriminatorios, porque excluye la posibilidad que colectivos de tejedoras puedan acceder a los derechos a la propiedad intelectual y, específicamente, cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 113 ibídem; refieren, además, que el reconocimiento de sus propias formas de organización no encuadra en los preceptos relacionados, por lo que estos son incompletos y adolecen de vicios de omisión porque no están siendo reconocidas las accionantes como sujetos de Derecho y, para que se reconozca la protección de sus textiles e indumentaria, deben dejar de ser lo que son y eso es discriminatorio; ii) el Artículo 11 de Ley de Protección y Desarrollo Artesanal refiere que el Estado otorgará exoneraciones impositivas a los artesanos que trabajen en forma individual y a las asociaciones y gremios artesanales, con personalidad jurídica y amparadas en la ley; sin embargo, ese precepto legal no incluye a las tejedoras, porque no regula como pueden gozar las accionantes de ese derecho si se encuentran excluidas de una protección específica, ubicándolas en una posición de desigualdad, por lo que, para exonerar de la exportación a las comunidades indígenas, las estarían obligando a desnaturalizar sus formas de organización, pretendiendo transformarlas en asociaciones civiles, limitándoles, con ello, el acceso a los beneficios contemplados en la disposición normativa referida; iii) los Artículos 4 y 152 de la Ley de Propiedad Industrial, que, en su orden, regulan lo relativo a la denominación de origen y lo concerniente a la protección de un diseño industrial nuevo, no establecen qué protección debe darse a un diseño industrial si son creados por personas que pertenecen a los pueblos indígenas, por lo que no existe regulación que proteja sus creaciones, resultando, en consecuencia, insuficientes los enunciados normativos cuestionados porque resultan

omisivos ante lo prescrito por los Artículos 62, 66 y 70 de la Constitución; iv) el Artículo 274 del Código Penal tipifica la Violación a derechos de autor y derechos conexos, como delito; ante esa regulación, las accionantes refieren que la omisión de una tipificación especial a quien viole la autoría de las comunidades indígenas debe ser superada, a modo que se castiguen por medio de sanciones penales la apropiación, el despojo, el plagio de terceros sin autorización de los legítimos propietarios de los textiles; a su juicio –del Ministerio Público–, ese precepto normativo no adolece de inconstitucionalidad, ya que el vicio por omisión denunciado no deviene de ese cuerpo legal; de esa forma, al corregirse la normativa inconstitucional, quedará en la norma general la regulación relativa a determinar qué personas deben ser consideradas como autores de la comisión del ilícito penal referido. Por lo anterior, expresó que en el planteamiento de inconstitucionalidad que nos ocupa, convergen los elementos esenciales de acuerdo a la ley y a la doctrina nacional e internacional respecto de la acción de inconstitucionalidad por omisión, que permiten analizar el fondo. En apoyo a sus argumentos, evocó lo considerado en las sentencias de diecinueve de julio de mil novecientos noventa y cuatro (expediente 174-94), de catorce de febrero de dos mil trece (expediente 266-2012), de ocho de febrero del dos mil once (expediente 2229-2010) y de diecisiete de julio de dos mil doce (expediente 1822-2011). Conforme lo anterior, concluyó que no existe la plataforma legal que en el ámbito nacional regule de manera integral y eficaz el derecho de propiedad intelectual de los pueblos indígenas, por lo que deviene procedente que la Corte de Constitucionalidad declare con lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por las accionantes, exhortando al Organismo Legislativo que emita la reforma por adición correspondientes

a los Artículos 5, 12 y 113 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos; Artículo 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal; Artículo 4 y 152 de la Ley de Propiedad Intelectual; así también deberá declararse sin lugar la acción constitucional en cuanto al Artículo 274 del Código Penal.

IV. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA

A) Las accionantes presentaron alegato oral en la vista pública celebrada, en la cual expresaron que: i) como pueblos indígenas, tienen su propia forma de organización, sus sistemas de salud y de justicia; asimismo, elaboran su propia vestimenta y sus alimentos; a pesar de que, para una visión occidental, ello sea sinónimo de atraso o de pobreza, para ellas es el camino a la libre determinación, ya que, desde antes de la colonia, sus ancestros eran tejedoras, siendo sus abuelas las principales autoras de su trabajo textil y de la indumentaria maya que aún portan, aunque la cultura de la que forman parte es viva y ha ido cambiando;

ii) en Guatemala se habla mucho de la cultura maya y las que sostienen esa cultura son las mujeres, quienes elaboran y portan sus textiles; ello es así, aunque últimamente muchas jóvenes mayas están dejando de vestir esos trajes, los cuales, si no son protegidos, estarán en riesgo de acabar; iii) son tratadas con discriminación porque no se valora su trabajo ya que cuando sus tejidos están sobre sus manos o sobre sus cuerpos, estos no valen, empero, cuando pasan en manos de empresas

diseñadoras, entonces sí; de hecho, hay varias entidades mercantiles que elaboran bolsos, cinchos, pantalonetas y usan sus tejidos en las pasarelas de moda; sin embargo, el mayor beneficio lo están obteniendo esas entidades; todo lo que a las mujeres no se les paga por el trabajo que realizan, les está quedando a esas empresas; iv) el Estado recibe millones de dólares como divisas por turismo y la mayoría de extranjeros vienen acá porque hay una cultura maya que se da a conocer, siendo precisamente las mujeres indígenas quienes sostienen esa cultura, con sus tejidos, ya que son las que han conservado su vestimenta, pues, a excepción de localidades como Todos Santos, Huehuetenango, así como Santiago Atitlán y Nahualá, en Sololá, donde ha habido resistencia por parte de los hombres a dejar de portar sus trajes ancestrales, han sido las mujeres, quienes han conservado su indumentaria indígena; v) sus tejidos son patentados por otros, tanto aquí en el territorio nacional como fuera del país; como ejemplo de lo que ocurre por la falta de protección estatal, evocaron la experiencia acontecida en Francia donde textiles elaborados en Oaxaca, México, fueron patentados, dado que en su país no existía la posibilidad de protección de esos tejidos; vi) los Artículos 58, 62 y 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala consagran los derechos a la identidad, a la protección de las artesanías, al arte de los pueblos indígenas, al respeto y a la promoción de sus formas propias de organización; por tal razón, solicitan que se dé certeza jurídica de la propiedad intelectual de los pueblos indígenas; vii) hay ejemplos específicos de protección de la producción de los pueblos indígenas, tal el caso de los cunas en Panamá y también hay ejemplos en Argentina; eso se ha hecho porque los diseñadores, algunos de Italia y Francia, incluso los de la marca Nike, se han inspirado en los pueblos indígenas para

sus diseños, pero ellos no pagan regalías por ese uso, lo cual no es justo porque si ellas –las accionantes– reproducen sus diseños, seguramente serían demandadas, pues aquellos tienen sus patentes; viii) los Ministerios de Economía y de Cultura y Deportes, el Congreso de la República y el Instituto Guatemalteco de Turismo no comprenden su realidad; por tal razón, en sus argumentaciones adujeron que —las normas deben de ser generalesll y que no se necesita normativa específica para darles protección; eso, a su juicio, es una mentira, pues se precisa de protección; así lo ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha señalado que los pueblos indígenas son vulnerables y han estado desprotegidos históricamente y, por lo tanto, necesitan de protección especial; ix) el Instituto Guatemalteco de Turismo, al cual le corresponde ser promotor del turismo y coordinar la protección de nuestra herencia cultural, ni siquiera hace una valoración sobre los matices económicos de su planteamiento, lo cual ha sido abordado en el peritaje que hizo la economista Sonia Escobedo y hace un importante análisis de cuánto le ingresa al Estado anualmente por el tema de turismo; pese a ello, las mujeres que son tejedoras no reciben incentivos; todo lo contrario, lo que ocurre es que se roban sus diseños y se crean otros parecidos, dejándoles en total desprotección a las que han portado este conocimiento de manera ancestral; x) el Ministerio de Cultura y Deportes reconoce que existe un vacío específico en ese sentido y también que no existe alguna restricción en detrimento de quienes son herederos y portadores de estos conocimientos y de la necesidad de una norma específica; por su parte, el Ministerio Público también lo reconoce y la Procuraduría General de la Nación también apoya esa posición; xi) no están en contra del mercado de los tejidos per se, sino que están en contra de la competencia desleal

que se genera porque las que son las autoras y portadoras no están siendo reconocidas ni incentivadas justamente frente a terceros que se están apropiando de estas creaciones; y xii) cuando la mayoría de las tejedoras hacen sus creaciones no piensan necesariamente en crear para comercializar, sino que lo hacen para vestirse como tal; no obstante, sí las hay algunas que crean en función del mercado, pero frente a ellas están los intermediarios y están otros sujetos con relación a quienes es preciso otorgar protección. Además de lo anterior, formularon la siguiente cuestionante: —¿Quién es el autor y quién es el propietario de las creaciones de los pueblos indígenas que se portan en los huipiles, en la indumentaria y en los textiles de los pueblos?ll Al respecto, indicaron que hay una primera respuesta conceptual: que es patrimonio cultural de la nación, lo que implicaría que el Estado es el dueño y el que puede disponer de esas creaciones; así las cosas, podría concesionarlas, otorgarlas y disponer de esa autoridad para que otro la pueda utilizar; ante esa teoría, exponen que ello no es así, porque son sus creaciones. Por su parte, la normativa actualmente vigente reconoce únicamente como autor a la persona individual y a las asociaciones civiles; pese a ello, las tejedoras accionantes no reclaman la autoría individual porque ellas se consideran parte de una colectividad y saben que el huipil que portan, sea cual fuera el pueblo de donde proviene, pertenece a una colectividad y esa autoría es la que, a su juicio, se precisa reconocer. Según su parecer, eso no lo ha entendido el Ministerio de Economía ni el Instituto Guatemalteco de Turismo ni el Congreso de la República, dado el contenido de sus alegaciones presentadas en la audiencia que por quince días se les otorgara. Indicaron también que los Artículos 5, 12 y 113 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos regulan lo concerniente al derecho a la

propiedad intelectual, mas no el de propiedad intelectual colectiva de pueblos indígenas; este último tiene que ver con sus propias formas de organización. También indicaron que el Artículo 46 de la Constitución es contravenido con la desprotección de la propiedad intelectual colectiva de pueblos indígenas, dado que el Artículo 31 de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas establece: "los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendiendo los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna, la flora, las tradiciones orales, la literatura, los diseños, los deportes y juegos tradicionales y las artes visuales e interpretativas. También tiene derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales." Esa declaración otorga lineamientos para la protección de la propiedad intelectual de los pueblos indígenas. El Artículo 274 del Código Penal tipifica todos los delitos de derechos de autor; empero, no los delitos de derechos de propiedad intelectual colectiva; por ello, solicitan que se declare con lugar su acción de inconstitucionalidad por omisión parcial y se exhorte al Congreso de la República para que emitan la normativa respectiva que proteja esas creaciones de sus pueblos y reconocerles como autoras colectivas e individuales. Respecto de este tipo de fallos – exhortativos–, refirieron que esta Corte ha emitido varios de ese tipo y, para el efecto, evocó la emitida el catorce de marzo de dos mil doce (expediente 4238-2011); en esta se abordó lo relativo a radios comunitarias; sin embargo, el pronunciamiento exhortativo que se le

hizo al Congreso de la República quedó en términos facultativos; empero han pasado cuatro años y no ha sido emitida la ley que se apeló emitir. En tal virtud, a su juicio –de las promotoras de la acción–, si no se establece un plazo a la exhortativa, se corre el riesgo —que sigamos otros catorce años y no vaya ser emitida una normall; de hecho, hay precedentes de que sí se puede emplazar al Poder Legislativo para que efectúe exhortación con plazo; ejemplo de ello es lo resuelto en los expedientes acumulados 4957-2012 y 4958-2012, así como los expedientes 1149-2012 y 953-2011, en las que se ordenó al Ministerio de Energía y Minas y al Congreso de la República a que, en el plazo de seis meses, tomen las medidas necesarias con relación al derecho de consulta. Igualmente, es importante también que se haga recomendación del contenido de la normativa que deba ser emitida y hay un ejemplo de ello que puede ser encontrado en la sentencia de ocho de febrero de dos mil once (expediente 2229-2010), en el que este Tribunal hace un análisis de qué ley debería ser emitida con relación al Artículo 70 constitucional que, por cierto, después de treinta años, no ha sido emitida. B) La Procuraduría General de la Nación no alegó. C) El Congreso de la República de Guatemala no alegó. D) El Ministerio de Cultura y Deportes indicó que ratificaba el memorial de evacuación de la primera audiencia que, por el plazo de quince días se concediera, en la que concluyó que existe un vacío legal respecto de la regulación de la propiedad intelectual de las expresiones culturales y conocimientos ancestrales, ya que no existen normas específicas que garanticen dichos derechos, los cuales son necesarias para evitar el expolio que han sufrido sus hacedores y portadores, y para que se beneficien económicamente del uso de su propiedad colectiva producto de su intelecto. Solicitó que se dicte sentencia exhortativa,

requiriendo al Congreso de la República de Guatemala a que, dentro de un plazo prudencial, emita la normativa correspondiente a fin de proteger la propiedad colectiva intelectual de los pueblos indígenas. E) El Ministerio de Economía expresó que, tomando en cuenta que los textiles y la indumentaria indígena no tiene el carácter de novedoso y nuevo para ser registrados como propiedad industrial, no es procedente enmarcarlos en la Ley de Propiedad Industrial, aunado a que viene de una cultura que ha sido adquirida durante el transcurso de los años, a través de los conocimientos y saberes industriales, razón por la cual gozan de dicha protección, dentro de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, por considerarse que son bienes que integran el patrimonio cultural, lo que significa que, en ningún momento, se violan preceptos constitucionales, como lo argumentan las accionantes, sino que, al contrario, se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, lengua y costumbres de los pueblos indígenas. En vista de lo anterior, solicitó que se declare sin lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial por omisión intentada. F) El Instituto Guatemalteco de Turismo reiteró los argumentos expuestos en la primera audiencia y solicitó que se dictara la sentencia que en Derecho corresponde. G) El Ministerio Público reiteró lo expuesto al evacuar la primera audiencia que le fuera conferida y destacó que en el presente caso les asiste la razón a las interponentes, toda vez que las normas impugnadas de inconstitucionalidad, exceptuando el Artículo 274 del Código Penal, "son insuficientesll e —incompletasll por los siguientes motivos: i) la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos –en particular, los Artículos 5, 12 y 113– no regula que las comunidades o pueblos indígenas puedan ser reconocidos como autores de los productos, bienes y

derechos; ii) el Artículo 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal impide que las tejedoras indígenas gocen de la exoneración de la exportación sin tener que transformarse en asociaciones civiles; y iii) los Artículos 4 y 152 de la Ley de Propiedad Industrial no conceptualizan los términos de propiedad colectiva intelectual ni, por ende, en qué forma se podría dar protección a los diseños industriales creados por los pueblos indígenas. Por lo anterior, solicitó que se declare que concurre inconstitucionalidad por omisión en los preceptos legales antes referidos, exhortándose al Congreso de la República a que formule las adiciones correspondientes en esos Artículos; igualmente, instó que se declare sin lugar el planteamiento en cuanto al Artículo 274 del Código Penal.

CONSIDERANDO

– I –

Es función esencial de la Corte de Constitucionalidad la defensa del orden constitucional y, como tal, es el órgano jurisdiccional competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidades directas, totales o parciales, promovidas contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general.

En su labor, este Tribunal, a efecto de hacer prevalecer la supremacía de la Constitución Política de la República de Guatemala como cuerpo normativo fundamental del ordenamiento jurídico guatemalteco, procede al estudio analítico respectivo, a fin de determinar si la normativa que se cuestiona contradice o no los preceptos de aquella. Dentro de ese marco, es viable el conocimiento y resolución de los planteamientos de inconstitucionalidad que son dirigidos contra disposiciones

normativas, a las que se cuestiona regular de forma incompleta, deficiente o discriminatoria determinado tema, pudiendo ello redundar en violación al Magno Texto.

–II–

Florentina Con Juárez, Elvia Modesta Orozco Zacarías, Milvia Aspuac Con, Dina Judith Satz Puc, Josefina Con Cuc, Rosalina Tuyuc Velásquez, Ixkik Isabel Zapil Ajxup, María Sofía Iquic Guamuch, Gloria Estela García García, María Apolonia Choc Sian, Marta Julia Puac Camey, Margarita Quel Itzol, Modesta Culajay Socorec, Rosa Estela Tomas Atz, Josefina Itzo IXulú, Rosa María del Carmen Chávez Juárez, Gladys Elizabeth Tzul Tzul, Rutilia Quel Ticún, Evelyn Adriana Sunun Pablo, María Corina Puac Con, Casilda Jovita Tzul Tzul, Rosa América Puac Capén, Odilia Griselda Ixjotop Sépez, Dina Mateli Sactic Yucute, Aura Leticia Choxin, Leticia Ixcajoc Sactic, Dominga Por Con, Marta Odilia Bucu Aspuac, Marena Ixel Guoron Rodríguez, Sandra Elizabeth Xinico Batz, Mary Suceli Granados Iquic y María Angelina Aspuac Con promovieron inconstitucionalidad general parcial por omisión relativa contra los siguientes preceptos normativos cuyo contenido se plasma en los siguientes párrafos:

II. A De la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, los siguientes Artículos: a) el 5, que dispone: —Autor es la persona física que realiza la creación intelectual. Solamente las personas naturales pueden ser autoras de una obra; sin embargo, el Estado, las entidades de derecho público y las personas jurídicas pueden ser titulares de los derechos previstos en esta Ley para los autores, en los casos mencionados en la misma.ll; b) el 12, que establece: —En las obras derivadas, es autor quien, con la autorización del titular, hace la adaptación, traducción o transformación de la obra

originaria. En la publicación de la obra derivada debe figurar el nombre o seudónimo del autor original. Cuando la obra originaria sea del dominio público, el titular de la obra derivada goza de todos los derechos que esta Ley otorga sobre su versión, pero no puede oponerse a que otros utilicen la misma obra originaria para producir versiones diferentes.ǁ; y c) el 113, que refiere: —Los titulares de derechos de autor y derechos conexos pueden constituir asociaciones civiles sin fines de lucro para que, una vez obtenida la inscripción respectiva, puedan solicitar su autorización como sociedades de gestión colectiva, para la defensa y la administración de los derechos patrimoniales reconocidos por la presente ley. Estas asociaciones se regirán por las disposiciones generales establecidas en el Código Civil y las especiales contenidas en esta ley y su reglamento, así como lo previsto en sus estatutos y estarán sujetas a la inspección y vigilancia del Estado, a través del Registro de la Propiedad Intelectual. Las Asociaciones que soliciten su autorización como sociedades de gestión colectiva, solo podrán tener como fines los previstos en esta ley, sin perjuicio de sus actividades complementarias de carácter cultural y asistencial, y no podrán ejercer ninguna actividad política o religiosa.ǁ. II.B De la Ley de Propiedad Industrial, se cuestionan los siguientes Artículos: a) el 4, el cual contiene definiciones sobre cómo deben ser entendidos los siguientes términos utilizados en el desarrollo de la ley: denominación de origen, diario oficial, diseño industrial, emblema, expresión o señal de publicidad, indicación geográfica, invención, marca, marca colectiva, marca de certificación, modelo de utilidad, nombre comercial, patente, procedimiento –con relación a la materia patentable–, producto –con relación a la materia patentable–, secreto empresarial, signo distintivo, signo distintivo notoriamente conocido y registro –

refiriéndose al Registro de la Propiedad Intelectual–; y b) el 152, el cual regula cuándo será protegido un diseño industrial y qué características reúne uno nuevo. Se hace la observación que en algunos segmentos las promotoras de la garantía constitucional refirieron como Artículo cuestionado el 154 de la citada ley; no obstante, en el planteamiento hicieron transcripción de su contenido, el que, para mayor ilustración, se evoca a continuación: —Un diseño industrial será protegido si es nuevo. Para ser considerado nuevo, el diseño deberá diferir en medida significativa de diseños conocidos o de combinaciones de características de los mismos. Se considerará nuevo el diseño industrial que no haya sido divulgado públicamente, en cualquier lugar del mundo y por cualquier medio, antes de alguna de las siguientes fechas, aplicándose la que fuese más antigua: a) La fecha de la primera divulgación pública por el diseñador o su causahabiente, o por un tercero que hubiera obtenido el diseño como resultado de algún acto realizado entre ellos; o b) La fecha de presentación de la solicitud de registro o, en su caso, la fecha de presentación de la solicitud cuya prioridad se invocare. Para efectos de apreciar la novedad de un diseño industrial que es objeto de una solicitud de registro, no se tomará en cuenta la divulgación que hubiese ocurrido dentro de los seis meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud o, en su caso, a la fecha de presentación de la solicitud cuya prioridad se invoque, siempre que tal divulgación hubiese resultado directa o indirectamente de actos realizados por el propio diseñador o su causahabiente, o de un incumplimiento de contrato o acto ilícito cometido contra alguno de ellos. Un diseño industrial no se considerará nuevo si respecto de uno anterior solo presenta diferencias que son insuficientes para darle al producto una apariencia o impresión de conjunto distinta a la del diseño anterior.ll. II.C De la Ley de

Protección y Desarrollo Artesanal, el Artículo 11, el cual dispone: —El estado otorgará a los artesanos que trabajen en forma individual y a las asociaciones y gremios artesanales, con personalidad jurídica y amparadas en la presente ley, los siguientes beneficios: a. Exoneración del impuesto sobre importación de materias primas, herramientas y equipos utilizados en la fabricación de artesanías. b. Exoneración de los impuestos de exportación, de esos Artículos ya terminados. c. Exoneración de los impuestos a la exportación.ll. II.D Del Código Penal, el Artículo 274, el cual tiene el siguiente contenido: —Salvo los casos contemplados expresamente en leyes o tratados sobre la materia de los que la República de Guatemala sea parte, será sancionado con prisión de uno a seis años y una multa de cincuenta mil a setecientos cincuenta mil quetzales quien realice cualquiera de los actos siguientes: a) Identificar falsamente la calidad de titular de un derecho de autor, artista intérprete o ejecutante, productor de fonogramas o un organismo de radiodifusión; b) La deformación, mutilación, modificación u otro daño causado a la integridad de la obra o al honor y la reputación de su autor; c) La reproducción de una obra, interpretación o ejecución, fonograma o difusión sin la autorización del autor o titular del derecho correspondiente; d) La adaptación, arreglo o transformación de todo o parte de una obra protegida sin la autorización del autor o del titular del derecho; e) La comunicación al público por cualquier medio o proceso, de una obra protegida o un fonograma sin la autorización del titular del derecho correspondiente; f) La distribución no autorizada de reproducciones de toda o parte de una obra o fonograma por medio de su venta, arrendamiento de largo plazo, arrendamiento, arrendamiento con opción a compra, préstamo o cualquier otra modalidad; g) La fijación, reproducción o comunicación al

público por cualquier medio o procedimiento, de una interpretación o ejecución artística sin la autorización del intérprete o ejecutante o del titular del derecho; h) La fijación, reproducción o retransmisión de una difusión transmitida por satélite, radio, hilo, cable, fibra óptica o cualquier otro medio sin la autorización del titular del derecho; i) La comunicación al público de una difusión o transmisión en un sitio al que el público pueda tener acceso pagando una cuota de admisión, o con el fin de consumir o adquirir productos o servicios, sin la autorización del titular del derecho correspondiente; j) La publicación de una obra protegida que tiene un título que se cambió o retiró, con o sin alteración de la obra; k) Manufacture, ensamble, modifique, importe, exporte, venda, arrende o de cualquier forma distribuya un dispositivo o sistema tangible o intangible, sabiendo o teniendo razón para saber que el dispositivo o sistema sirve o asiste principalmente para decodificar una señal de satélite codificada, que tenga un programa sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal, o la recepción y distribución intencionada de una señal que lleva un programa que se originó como señal satelital codificada, sabiendo que fue decodificada, sin la autorización del distribuidor legal de la señal; l) Con respecto a las medidas tecnológicas efectivas, la realización de lo siguiente: I. 1 Acto que eluda o intente eludir una medida tecnológica efectiva que impida o controle el acceso o el uso no autorizado a toda obra, interpretación o ejecución o fonograma protegido; o I.2 Fabrique, Importe, distribuya, ofrezca al público, provea, venda, ofrezca para la venta o de otra manera comercialice dispositivos, productos o componentes, u ofrezca al público o brinde servicios que: I. 2.1 Se promuevan, anuncien, o comercialicen con el propósito de eludir una medida tecnológica efectiva; I.2. 2 Tengan únicamente un propósito o uso comercialmente

significativo limitado que no sea eludir una medida tecnológica efectiva; o I. 2.3 Estén diseñados, producidos, o interpretados o ejecutados principalmente con el propósito de permitir o facilitar la elusión de una medida tecnológica efectiva; m) La realización de todo acto que induzca, permita, facilite u oculte la infracción de cualquiera de los derechos exclusivos de autores, titulares de derecho de autor, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas u organismos de difusión; n) El retiro o alteración, sin autorización, de información de gestión de los derechos; o) La distribución o importación, para su distribución, de información de gestión de derechos, sabiendo que la información de gestión de derechos fue suprimida o alterada sin autorización para hacerlo; p) La distribución, comercialización, promoción, importación, difusión o comunicación o puesta a disposición del público, sin autorización, de copia de obras, interpretaciones ó ejecuciones, fonogramas o difusiones, sabiendo que la información de gestión de los derechos fue retirada o alterada sin autorización; q) La transportación, almacenamiento u ocultamiento de reproducciones o copias o cualquier tipo de medio tangible de obras, fonogramas, interpretaciones o ejecuciones o difusiones protegidas que se hayan hecho sin el consentimiento del autor o titular del derecho correspondiente; r) El cobro de utilidades del uso de obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas o difusiones protegidas o la realización de cualquier otra actividad típica de una empresa de gestión colectiva sin autorización para ello; s) La divulgación de una obra nueva sin el consentimiento del autor o del titular del derecho correspondiente; t) La traducción de una obra total o parcialmente sin la autorización del autor o titular del derecho correspondiente; u) La distribución, sin autorización, de una obra o fonograma original protegido o de sus reproducciones legales, para su

venta, arrendamiento de largo plazo, arrendamiento, arrendamiento con opción a compra, préstamo o cualquier otra modalidad; y v) La importación o exportación de una obra original protegida o sus reproducciones, para comerciarlas, en cualquier tipo de medio o fonograma sin la autorización del titular del derecho correspondiente. Las disposiciones n), o) y p) no serán aplicables a actividades legalmente autorizadas, realizadas por empleados, funcionarios, o contratistas del gobierno, para la aplicación de la ley, así como la realización de actividades de inteligencia, defensa nacional, seguridad u otros propósitos gubernamentales similares. Las excepciones contenidas en el Artículo 133 sexties del Decreto Número 33-98 del Congreso de la República, Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos y sus reformas, también serán aplicables a la literal l) que antecede. El diseño, o el diseño y selección, de piezas y componentes para productos electrónicos de consumo, telecomunicaciones o productos de computación no necesitan responder a una medida tecnológica específica si el producto no infringe la literal l) del presente Artículo. Se entenderá por información para la gestión de derechos, cuando lo descrito en las literales siguientes esté adherido a una copia de la obra, interpretación o ejecución o fonograma, o aparezca en relación con la comunicación o puesta a disposición del público de una obra, interpretación o ejecución, o fonograma: 1) Información que identifique una obra, interpretación o ejecución, o fonograma, al autor de la obra, al intérprete o ejecutante de la interpretación o ejecución o al productor del fonograma o a cualquier otro titular de un derecho protegido en la obra, interpretación o ejecución, o fonograma; 2) Información sobre los términos y condiciones de uso de la obra, interpretación o ejecución, o fonograma; o 3) Cualquier número o código que represente dicha información. Medida

tecnológica efectiva: tecnología, dispositivo o componente que en el giro normal de su funcionamiento, controla el acceso a obras protegidas, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas protegidos o cualquier otro material protegido, o proteja un derecho de autor o un derecho relacionado con el derecho de autor. Los supuestos contenidos en esta disposición se determinarán con base en las disposiciones aplicables de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.ǁ. En el planteamiento de la inconstitucionalidad general parcial las accionantes fueron precisas en indicar que los enunciados normativos cuestionados adolecían de vicios de inconstitucionalidad —por omisiónǁ, dado que en el contenido de esos preceptos normativos no se incluyeron disposiciones y medidas que garantizaran la propiedad intelectual colectiva, especialmente en lo concerniente a textiles e indumentaria de los pueblos indígenas; tal situación denotaba que esos preceptos legales eran incompletos y discriminatorios. Con base en la amplia exposición de motivos que quedó plasmada en el segmento de los ANTECEDENTES de esta sentencia, se determina que las solicitantes expusieron abundantemente las razones por las que estiman que los preceptos legales antes indicados violan la Constitución. Sobre la base de los argumentos en que se apoyó el planteamiento de inconstitucionalidad, esta Corte realizará el examen respectivo en los subsiguientes considerandos.

–III–

Como cuestión previa, esta Corte estima pertinente emitir pronunciamiento sobre la viabilidad de la modalidad de la inconstitucionalidad general promovida, dado que, en el presente caso, el planteamiento se apoya en argumentaciones relativas a que las disposiciones normativas cuestionadas vulneran —por omisiónǁ el Magno Texto.

Específicamente, la variedad de acción planteada es la inconstitucionalidad por omisión relativa en la cual se denuncia un silencio normativo que no es total, puesto que no se está ante la inexistencia de una disposición normativa, sino que se cuestiona de esta que su regulación sea incompleta, deficiente o discriminatoria, lo que podría incidir en que su contenido no se ajuste a las exigencias constitucionales.

Si bien en nuestro medio no son usuales los planteamientos de inconstitucionalidades por omisión relativa, el recuento de precedentes jurisprudenciales de este Tribunal da cuenta que el diecinueve de julio de mil novecientos noventa y cuatro (expediente 174-94) se emitió una sentencia en la que se analizó si una omisión normativa denunciada comportaba violación constitucional; a guisa de ejemplo de lo afirmado, se evoca el siguiente pasaje de ese fallo: —Refiere el accionante que el Decreto impugnado viola por omisión, el Artículo 23, nuevo transitorio, de la Constitución Política de la República, ya que, como consecuencia del mismo, podría elegirse un Congreso que no podrá tomar posesión; en el caso de que lo hiciere substituiría a un Congreso inexistente y podría darse la coexistencia de dos Congresos. [...] de conformidad con lo anterior, solo cabe concluir que el Congreso que debe sustituirse por la legislatura a integrarse por diputados que se elegirán de conformidad con el inciso a) del Artículo 23 mencionado, es el Congreso que actualmente está funcionando. Es decir, no existe la inconstitucionalidad por omisión que se ha interpuesto.ll. Con posterioridad a la sentencia relacionada, le sucedieron otras más, dentro de los cuales se evoca la emitida el ocho de febrero de dos mil once (expediente 2229-2010), en el que, respecto de la posibilidad de cuestionar un enunciado normativo por omisión legislativa, se indicó: —...El pasaje transcrito evidencia el reconocimiento de la inconstitucionalidad

por omisión por parte de doctrinarios, pero debe entenderse que ésta se concreta no solo cuando concurre omisión de legislar, sino que cuando exista una regulación insuficiente o discriminatoria[...] se advierte que sí es posible instar la acción de inconstitucionalidad denunciando una omisión cuando se impugne „una regulación insuficiente o discriminatoria", ya que en esos casos sí concurre el señalamiento concreto de la norma, reglamento o disposición de carácter general sobre la cual se pretende el examen y por medio de la cual se concreta la omisión denunciada...ll. Más adelante, el catorce de marzo de dos mil doce (expediente 4238-2011), se examinó una denuncia de inconstitucionalidad por omisión relativa que, pese a haber sido declarada sin lugar, se optó por efectuar una exhortación al Organismo Legislativo a fin de que superara una deficiencia normativa. Específicamente se plasmó lo siguiente: —...sin embargo [la declaratoria sin lugar de la inconstitucionalidad], se exhorta al Congreso de la República para que, de acuerdo a lo considerado en el presente fallo, emita la normativa correspondiente en virtud de la cual se regule la posibilidad y acceso de los pueblos indígenas para la obtención y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, para promover la defensa, desarrollo y difusión de sus idiomas, tradiciones, espiritualidad y cualesquiera expresiones culturalesll. Más recientemente, el diecisiete de julio de dos mil doce (expediente 1822-2011), se dictó la sentencia que quizá constituye el paso más significativo en cuanto a la viabilidad de una inconstitucionalidad por omisión, en la variedad relativa, ya que fue acogido el planteamiento. Es pertinente destacar que en uno de los considerandos de ese fallo se explica esa modalidad atípica de acción de inconstitucionalidad general, dejando abierta sin reticencias la posibilidad de que pueda ser promovida, asentándose que el

señalamiento puede estar sustentado en transgresión constitucional no solo por inobservancia directa a fragmento alguno de la Constitución, sino también por incumplimiento de un deber que emana del texto fundamental, tal como los compromisos asumidos por el Estado en materia de protección de los derechos fundamentales, por medio de tratados, a cuyo contenido se les reconoció expresamente el carácter de bloque de constitucionalidad. Expresamente en ese pronunciamiento se estableció: —El instituto jurídico de la inconstitucionalidad por omisión, tal como lo afirma el autor Víctor Bazán, se presenta cuando: ...no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación insuficiente o discriminatoria al preferir dotar a algunos de los que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros (Bazán, Víctor, Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. No. 2, Ed. Porrúa, México, 2004. P. 199). El pasaje transcrito evidencia el reconocimiento de eventos en que puede concurrir en una norma, vicio de inconstitucionalidad por omisión, pero debe entenderse que, según el autor citado, ésta se concreta cuando concurre omisión de emitir determinada normativa que mande la Constitución y, también cuando exista una regulación insuficiente o discriminatoria. El precitado autor, al aludir a la tipología de omisiones inconstitucionales, citando a Wessel, distingue entre omisiones absolutas y relativas. Indica que en las primeras hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; en tanto que en las segundas (que es la que al caso concreto interesa, o sea las relativas), propone como fórmula

para su determinación la de que _habrá omisión relativa toda vez que, en el cumplimiento del mandato constitucional (o, añadimos, del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos que[...]le acuerden tal valencia), el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo quiebren –en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario— el principio de igualdad, o cuando se produzca una regulación deficiente gestada por la norma incompleta. En este supuesto (omisión relativa), el control de constitucionalidad [...] sale al rescate de la supremacía constitucional que ha sido momentáneamente neutralizada. Naturalmente, no cualquier omisión viabilizará el control; solo aquella cuya textura y efectos sean constitucionalmente relevantes o no concreten en forma completa una determinada imposición constitucional (o de un tratado internacional que recepte la valencia expuesta supra)"(Bazán, Víctor. „Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 13, Tomo I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007, página 55).[...]En estos casos de la omisión relativa, a que hace referencia el citado autor Víctor Bazán, en la emisión de una norma, puede ocurrir una transgresión a la igualdad cuando el legislador establece determinados supuestos que favorecen a ciertos grupos y olvida otros que provocan una norma desigual e incompleta. Sin embargo, la omisión legislativa puede ser denunciada también cuando se estima la transgresión a normas constitucionales como las contenidas en los Artículos 44 y 46 de la propia Constitución, vinculada tal omisión a la prohibición de una protección deficiente en materia de derechos humanos...ll [el énfasis es añadido]. En la parte resolutiva del fallo evocado

se dispuso declarar: —I) Con lugar la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada [...] II) El Artículo 201 Bis del Código Penal conserva su vigencia, por no adolecer de vicio intrínseco en su actual contenido, aunque deberá ser completado por la acción legislativa con las adiciones que resulten de las disposiciones contenidas en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratados o Penas Crueles o Degradantes y en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y que, conforme lo considerado, han sido omitidas en la legislación penal vigente. III) En consecuencia: a) que, conforme la Constitución Política de la República, entre otros, tienen iniciativa de ley para el efecto los diputados al Congreso de la República, el Organismo Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, por lo que la presente sentencia deberá notificársele a dichos órganos del Estado; b) que, no obstante no tener fijado plazo en la Constitución Política de la República para la emisión de la legislación señalada, se exhorta a los indicados órganos del Estado dotados de iniciativa legislativa a asumir la responsabilidad institucional que corresponde para suplir la omisión señalada en la presente sentencia;...II. El desarrollo jurisprudencial relacionado en los párrafos que preceden permite afirmar que esta Corte ha sido receptiva de los planteamientos de inconstitucionalidad por omisión relativa, siendo destacable el hecho que ni siquiera en el primer fallo de los anteriormente comentados quedó plasmada reticencia alguna en cuando a la viabilidad del examen de legitimidad constitucional pretendido. Por lo expuesto, se concluye que es viable la promoción de una inconstitucionalidad por omisión en su variedad relativa.

–IV–

Para resolver el presente planteamiento de inconstitucionalidad general parcial por omisión relativa, esta Corte estima pertinente traer a cuenta algunos elementos de análisis:

IV.A De la propiedad intelectual

En términos generales puede afirmarse que el concepto propiedad intelectual está relacionado con los derechos que se tienen sobre las creaciones del ingenio humano, los cuales otorgan la exclusividad para la explotación de una obra por un plazo determinado.

En el trabajo ¿Qué es la propiedad intelectual?, el cual fue publicado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, se da respuesta a la pregunta que da título a esa investigación en los siguientes términos: —La propiedad intelectual se relaciona con las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio. La propiedad intelectual se divide en dos categorías: • La propiedad industrial, que abarca las patentes de invención, las marcas, los diseños industriales y las indicaciones geográficas. • El derecho de autor, que abarca las obras literarias (por ejemplo, las novelas, los poemas y las obras de teatro), las películas, la música, las obras artísticas (por ejemplo, dibujos, pinturas, fotografías y esculturas) y los diseños arquitectónicos. Los derechos conexos al derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los de los organismos de radiodifusión respecto de sus programas de radio y televisión.ll (Organización Mundial de la Propiedad

Intelectual. ¿Qué es la propiedad intelectual? Publicación de la OMPI, No. 450, Ginebra, página 2. Disponible en línea: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/ wipo_pub_450.pdf). Respecto de los derechos de propiedad intelectual, en el referido trabajo se indica que estos: —...se asemejan a cualquier otro derecho de propiedad: permiten al creador, o al titular de una patente, marca o derecho de autor, gozar de los beneficios que derivan de su obra o de la inversión realizada en relación con una creación. Esos derechos están consagrados en el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que contempla el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de la autoría de las producciones científicas, literarias o artísticas.‖ (Ibídem, página 3).

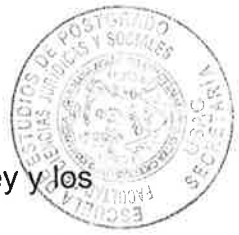
Conforme lo antes expuesto, la propiedad intelectual, tal como es asumida por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, comprende dos ramas bien definidas, a saber: i)los derechos de autor y los derechos conexos; y ii) la propiedad industrial. Para determinar qué aspectos están comprendidos en esas áreas, se evoca al jurista guatemalteco Daniel Ramírez, quien, en su trabajo Introducción a la Propiedad Intelectual, refiere: —El Derecho de Autor y los Derechos Conexos, abarca todo lo relacionado con la protección de los derechos de los autores de obras literarias, científicas y artísticas, derivados precisamente de la creación de dichas obras, entre las cuales podemos contar; por ejemplo: libros, novelas, revistas, enciclopedias, textos científicos, cuentos y demás obras escritas, composiciones musicales, pinturas, esculturas, programas de ordenador y películas cinematográficas, entre otras; así como todo lo relacionado con la protección de los derechos de los artistas intérpretes o

ejecutantes, de los productores de fonogramas; y de los organismos de radiodifusión, relacionados con los anteriores. [...] La propiedad industrial, por su parte, abarca un mayor número de elementos que son objeto de protección. Así tenemos, entre otros; la protección de signos distintivos como: las marcas, los nombres comerciales, las expresiones o señales de publicidad y las indicaciones geográficas, que distinguen productos y servicios, e identifican, establecimientos mercantiles y el origen geográfico de un producto; la protección de las invenciones, los modelos de utilidad, y los diseños y modelos industriales, que estimulan la innovación tecnológica; y la protección de los secretos empresariales, que tienen un valor económico significativo en el tráfico comercial. Toda esta actividad, afecta el ámbito empresarial, por lo que se afirma que la Propiedad Industrial, como área o sector de la Propiedad Intelectual, tiene aplicación en el campo del comercio y de la industria. ll (Ramírez, Daniel. Introducción a la Propiedad Intelectual. Zona Gráfica, Guatemala, 2009, páginas 8 y 9).

Resulta evidente que la protección de las diferentes expresiones de propiedad intelectual atiende a la necesidad de que su creador o titular goce de los beneficios que pudieran derivar de su obra o de la inversión que realicen con relación a una creación, a fin de compensar la creatividad y esfuerzo humano.

IV.B De la regulación local de la propiedad intelectual

En el capítulo I –atinente a los derechos individuales–, del título II – concerniente a derechos humanos–, de la Constitución Política de la República de Guatemala se halla el Artículo 42, el cual regula el derecho de autor o inventor, en los siguientes términos: —Se reconoce el derecho de autor y el derecho de inventor; los titulares de los mismos



gozarán de la propiedad exclusiva de su obra o invento, de conformidad con la ley y los tratados internacionales‖. Más adelante, en el capítulo II –correspondiente a los derechos sociales–, se encuentra el Artículo 59, el cual, respecto de la protección e investigación de la cultura, refiere: —Es obligación primordial del Estado proteger, fomentar y divulgar la cultura nacional; emitir las leyes y disposiciones que tiendan a su enriquecimiento, restauración, preservación y recuperación; promover y reglamentar su investigación científica, así como la creación y aplicación de tecnología apropiada‖; además, el Artículo 62, el que, con relación a la protección específica del arte y expresiones folclóricas y artesanales, dispone: —La expresión artística nacional, el arte popular, el folklore y las artesanías e industrias autóctonas, deben ser objeto de protección especial del Estado, con el fin de preservar su autenticidad...‖. En el Artículo 63 se establece, con relación al derecho a la expresión creadora, que: —El Estado garantiza la libre expresión creadora, apoya y estimula al científico, al intelectual y al artista nacional, promoviendo su formación y superación profesional y económica‖.

Por su parte, el Artículo 470 del Código Civil hace referencia al —derecho de autor‖, de forma genérica, en los siguientes términos: —El producto o valor de trabajo o industria lícitos, así como las producciones del ingenio o del talento de cualquier persona, son propiedad suya y se rigen por las leyes relativas a la propiedad en general y por las especiales sobre estas materias‖.

Con relación a cada una de las áreas que comprende la propiedad intelectual, en Guatemala existe un cuerpo normativo específico; es por ello que se cuenta con el Decreto 33-98 del Congreso de la República, el cual contiene la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, en cuyo Artículo 1 se establece: —La presente ley es de

orden público y de interés social, y tiene por objeto la protección de los derechos de los autores de obras literarias y artísticas, de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión‖.

Más adelante, el cuerpo normativo antes relacionado, en el Artículo 3, dispone que: —El goce y el ejercicio de los derechos de autor y los derechos conexos reconocidos en esta ley no están supeditados a la formalidad de registro o cualquier otra y son independientes y compatibles entre sí, así como en relación con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto el soporte material a la que esté incorporada la obra, la interpretación artística, la producción fonográfica o con los derechos de propiedad industrial. Las obras de arte creadas para fines industriales también estarán protegidas por esta ley en cuanto a su contenido artístico‖ [el énfasis es añadido]. De la transcripción anterior destaca que se haya establecido que ejercer los derechos de autor y los derechos conexos no está supeditado necesariamente a que se haya efectuado el registro; ello implica que la ley, en cuanto al goce y ejercicio de los derechos de autor, se aparta de la exigencia de formalidades.

Para regular lo atinente a la propiedad industrial, se cuenta con el Decreto 57-2000 del Congreso de la República, que contiene la Ley de Propiedad Industrial, en cuyo Artículo 1 se establece: —Esta ley tiene por objeto la protección, estímulo y fomento a la creatividad intelectual que tiene aplicación en el campo de la industria y el comercio y, en particular, lo relativo a la adquisición, mantenimiento y protección de los signos distintivos, de las patentes de invención y de modelos de utilidad y de los diseños industriales, así como la protección de los secretos empresariales y disposiciones relacionadas con el combate de la competencia desleal‖.

Entre los preceptos normativos cuestionados, también se regulan asuntos relacionados con la propiedad intelectual; sin embargo, no se hace relación de su contenido, al haberse dejado plasmadas las transcripciones de estos en el considerando II de este fallo.

IV.C De la normativa internacional sobre la propiedad intelectual

En los últimos decenios, la regulación de la propiedad intelectual ha alcanzado de manera progresiva un alto nivel de armonización internacional. De esa cuenta, en la actualidad, existe una serie de principios básicos que son de aplicación en todo el mundo en sistemas jurídicos muy distintos que ofrecen protección local con relación a las distintas expresiones de la propiedad intelectual. Ello es la consecuencia de importantes tratados en la materia; de algunos de estos se hará relación en los párrafos subsiguientes.

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas es un tratado internacional cuyo primer texto fue suscrito en mil ochocientos ochenta y seis y ha sido objeto de varias revisiones y modificaciones; en este se protegen los derechos de autor sobre las obras literarias y artísticas, definiendo qué expresiones están comprendidas dentro de esa categoría conceptual.

El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial es un tratado internacional celebrado en mil ochocientos ochenta y tres y que también ha sido revisado y modificado en diversas ocasiones. La convención surge como consecuencia del modelo productivo de la Revolución Industrial, en la que la principal forma de creación de riqueza provenía de las creaciones científicas y tecnológicas. El

instrumento jurídico fue innovador, ya que, hasta antes de entrar en vigencia, los Estados se veían en la necesidad de alcanzar acuerdos bilaterales en los que se incluían algunas disposiciones en materia de propiedad industrial. Las disposiciones que contiene pueden dividirse en tres categorías principales: a) las relativas al trato nacional, que propenden a que cada Estado contratante conceda a los nacionales –o domiciliados o que tengan establecimientos industriales o comerciales efectivos y reales– de los demás Estados contratantes la misma protección que a sus propios nacionales; no cabe, por lo tanto, discriminar a los extranjeros y que reciban peor trato que los nacionales; b) las concernientes al derecho de prioridad con relación a la inscripción de las patentes, marcas y diseños industriales; y c) algunas normas comunes a las que deben atenerse todos los demás Estados contratantes, con relación a patentes, marcas, dibujos y modelos industriales y nombres comerciales.

También es relevante evocar la Convención Universal sobre Derechos de Autor, aprobada en mil novecientos cincuenta y dos y revisada en mil novecientos setenta y uno, por medio de la cual los Estados contratantes se comprometen a tomar las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores –o de cualesquiera otros titulares de esos derechos– sobre obras literarias, científicas y artísticas. Como ejemplo de ello, se trascribe el texto del Artículo I, que establece: —Cada uno de los Estados contratantes se compromete a tomar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y esculturall.

Por su parte, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio–Acuerdo sobre los ADPIC–, celebrado en mil novecientos noventa y cuatro, consagra una serie de principios básicos sobre la propiedad intelectual, a efecto de armonizar los sistemas protectores de los Estados suscriptores y su relación con el comercio mundial. Este acuerdo significó una transformación del régimen internacional de protección de la propiedad los Estados miembros de la Organización Internacional del Comercio están obligados por la totalidad de sus acuerdos y no pueden –como hasta mil novecientos noventa y cuatro– adherirse solamente a algunos, un gran número de estos que no habían ratificado los Convenios de Berna y de París, antes relacionados, quedaron automáticamente obligados por sus disposiciones.

Los referentes convencionales antes relacionados son expresión de la existencia de instrumentos internacionales de protección de la propiedad intelectual, obligando a los Estados partes a adoptar las medidas e implementar los mecanismos necesarios para ese fin.

IV.D De los conocimientos tradicionales indígenas y las expresiones tradicionales culturales

En primer término, es pertinente referir que la expresión conocimientos tradicionales concierne a: —...todas aquellas sabidurías ancestrales y conocimientos colectivos e integrales que poseen los pueblos indígenas, afroamericanos y comunidades locales fundamentales en la praxis milenaria y su proceso de interacción hombre-naturaleza y transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oralll (Comunidad

Andina/Corporación Andina de Fomento. Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena. Caracas, 2005, página 41. Disponible en línea: http://www.comunidadandina.org/Upload/201164175851libro_perspectiva_indigena.pdf)

En el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se ha abordado ese concepto definiéndolo así: —El término „conocimientos tradicionales", como descripción amplia de la materia, incluye por lo general el patrimonio intelectual y el patrimonio cultural inmaterial, las prácticas y los sistemas de conocimientos de las comunidades tradicionales, particularmente de las comunidades indígenas y locales (conocimientos tradicionales en sentido general o extenso). Dicho de otra forma, los conocimientos tradicionales en sentido general se refieren al contenido de los conocimientos propiamente dichos y a las expresiones culturales tradicionales, incluidos los signos y símbolos asociados a conocimientos tradicionales. En el ámbito internacional, por „conocimientos tradicionales" se entiende, en sentido estricto, conocimientos en sí, en particular, conocimientos originados como resultado de una actividad intelectual en un contexto tradicional, comprendiendo conocimientos técnicos, prácticas, aptitudes e innovaciones. Los conocimientos tradicionales pueden darse en una gran variedad de contextos, como por ejemplo: conocimientos agrícolas, científicos, técnicos, ecológicos, medicinales, incluidos los medicamentos y remedios medicinales, conocimientos relacionados con la biodiversidad, etcéterall. (Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Glosario de los términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y

los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales. OMPI, Ginebra, vigésima segunda edición, página 14).

El adjetivo tradicional que les es atribuido a esos conocimientos tiene que ver con el hecho de que se generaron en el pasado, pero que han evolucionado de generación en generación y se han adaptado con el paso del tiempo. A juicio de Degmar Aparecida Ferreti, —[l]os conocimientos tradicionales presentan como características específicas la titularidad colectiva, la transmisión oral, el modo de producción empírica, el carácter evolutivo y dinámico, además de pertenecer a diversas áreas del saber y ser creaciones basadas en un sistema de creencias, normas y prácticas tradicionales, acumuladas durante experiencias antiguas de pruebas y error, aciertos y fracasos en el contexto tradicional de generación a generación.ll Más adelante, agrega un pasaje para referirse a su naturaleza: —[c]omo los conocimientos tradicionales son creados y desarrollados de forma colectiva a lo largo de los siglos, por generaciones sucesivas, basándose en el amplio intercambio y la circulación de ideas e informaciones, muchas veces compartidos por varias comunidades, transmitidos oralmente de una generación a otra, sin la posibilidad de identificar las aportaciones individuales, los derechos sobre ellos poseen naturaleza jurídica de derechos intelectuales colectivosll.(Ferreti, Degmar Aparecida. La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: Aportaciones al desarrollo de un sistema sui generis. Tesis presentada en la Universidad de Salamanca para la obtención del grado de doctora. 2011, página 499. Disponible en línea: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110663/1/DDP_Aparecida_Ferreti_D_ LaProteccion.pdf).

Ahora bien, con relación al término conocimientos indígenas, el glosario antes citado aporta la siguiente explicación: —La expresión „conocimientos indígenas" se utiliza para describir „los conocimientos que poseen y utilizan comunidades, pueblos y naciones indígenas". En ese sentido, los „conocimientos tradicionales" vendrían a ser los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Por consiguiente, los conocimientos indígenas entran en la categoría de conocimientos tradicionales, pero los conocimientos tradicionales no son forzosamente indígenas. No obstante, el término también se utiliza en referencia a los conocimientos que son intrínsecamente indígenas. En ese sentido, los términos „conocimientos tradicionales" y „conocimientos indígenas" podrían utilizarse indistintamente.ll (Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Obra citada, página 12).

Igualmente, el documento antes relacionado también hace referencia al término expresiones culturales tradicionales, indicando que con esas palabras se —...designan las formas materiales e inmateriales por cuyo medio se expresan, comunican o manifiestan los conocimientos y las culturas tradicionales, como, además de la música y las interpretaciones o ejecuciones, las narraciones, nombres y símbolos, los diseños y las obras arquitectónicas de carácter tradicional. En estas disposiciones, los términos „expresiones culturales tradicionales" y „expresiones del folclore" se emplean como sinónimos intercambiables y se puede hacer referencia a ellos simplemente como „ECT/EF""(Ibídem, página 40).

Como corolario de las definiciones antes aportadas, se puede referir que los conocimientos tradicionales indígenas son aquellos que son heredados por los pueblos

originarios y que pertenecen colectivamente a los integrantes de esas comunidades, precisamente por ser parte de su patrimonio cultural, que es reflejo de su identidad y cosmovisión. Por su parte las expresiones tradicionales culturales constituyen las formas como se materializan esos conocimientos.

Debe tenerse presente que los conocimientos referidos guardan importancia desde el punto de vista cultural, intelectual y espiritual para las comunidades que los han creado y ahora ejercen, mantienen y velan por preservar. Estos derivan de prácticas que se generan, conservan y transmiten en un contexto tradicional y se asocian claramente a la cultura de comunidades que los conservan y los trasmiten intergeneracionalmente, siendo celosas depositarias de estos, por lo que su apropiación individual o uso indebido conlleva un perjuicio para los pueblos a los que les corresponde su titularidad.

IV.E De la propiedad intelectual colectiva indígena

La existencia de la propiedad intelectual de los pueblos indígenas sobre sus creaciones o expresiones producto de sus conocimientos tradicionales, así como la necesidad de su protección, ha sido abordada en publicaciones emanadas de organismos del sistema de la Organización de las Naciones Unidas; a guisa de ejemplo se evoca un pasaje del folleto informativo titulado: La OMPI y los pueblos indígenas, en el que existe un apartado nombrado con la siguiente interrogante: ¿Qué comprende la propiedad intelectual indígena? y como respuesta se expresa: —La propiedad intelectual indígena comprende las informaciones, prácticas, creencias e ideas filosóficas que caracterizan a cada cultura indígena. Cuando se extrae un conocimiento tradicional de una comunidad indígena, ésta pierde el control sobre la manera de utilizar dicho

conocimiento. En la mayoría de los casos, este sistema de conocimientos se formó a lo largo de muchos siglos y es un elemento exclusivo de las costumbres, tradiciones, tierras y recursos de los pueblos indígenas. Estos pueblos tienen el derecho de proteger su propiedad intelectual, incluido el derecho de proteger esta propiedad contra su utilización o explotación inadecuadas. Análogamente, los pueblos indígenas procuran proteger sus conocimientos y prácticas tradicionales contra la explotación comercial. [...] En muchos casos, estas entidades no reconocen la propiedad tradicional de los pueblos indígenas sobre estos conocimientos y privan a estos pueblos de una parte equitativa en los beneficios económicos, médicos o sociales que se derivan del uso de sus conocimientos o prácticas tradicionales.ll (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. La OMPI y los pueblos indígenas. Folleto Informativo No. 12. OMPI, Ginebra, página 1. Disponible en línea: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet12sp.Pdf).

Con sustento en lo expresado anteriormente, es dable asumir la existencia de una propiedad intelectual especial o con características particulares, el cual corresponde a las comunidades indígenas con relación a los conocimientos que han heredado ancestralmente y que han transformado en la producción de la indumentaria que les identifica. Lo especial o particular radica en presentar diferencias sustanciales con relación a las manifestaciones de propiedad intelectual que pueden ser protegidas en la normativa local vigente que, al igual que los convenios internacionales sobre la materia, se inspira en el principio de temporalidad –sujeción a un plazo de protección–.

Las peculiaridades en referencia han provocado que la regulación vigente en materia de propiedad intelectual no se acople a los genuinos reclamos de protección estatal

emanados de las comunidades indígenas. En apoyo a esa afirmación, se evoca un extracto del trabajo de investigación intitulado Derechos de Propiedad Intelectual sobre los Conocimientos de las Comunidades Indígenas, en el que, con relación a la indebida apropiación de conocimientos ancestrales, se plasmó lo siguiente: —Dos sistemas institucionales y culturales chocan en el intercambio de conocimientos étnicos tradicionales. Uno es el mercado moderno de las tecnologías, donde las instituciones de propiedad individual (sobre bienes tangibles e intangibles) se crean y se sustentan en un marco legal. Este sistema tiene esquemas de información relativamente transparentes y funciona a escala global. El otro es el sistema de conocimientos de la comunidad local, donde la propiedad de los conocimientos no está definida o es colectiva. Tanto el alcance de sus actividades como la información disponible son locales. Se crean tensiones en este encuentro, porque las instituciones de derechos de propiedad intelectual del mercado permiten la apropiación individual de conocimientos que pertenecen a la comunidad. Esta apropiación es posible incluso cuando los propietarios (colectivos) de la comunidad étnica tradicional no expresan su acuerdo o ni siquiera son conscientes de esta apropiación...ll. (Zerda Sarmiento, Álvaro. —Derechos de Propiedad Intelectual sobre los Conocimientos de las Comunidades Indígenasll en Integración Regional, Fronteras y Globalización en el Continente Americano. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004, páginas 73 y 74).

Más adelante, en el trabajo antes citado se arriba a lo siguiente: —El intercambio entre las comunidades indígenas que poseen los conocimientos y la comunidad de investigación y las corporaciones transnacionales dispuestas a desarrollar y exportar esos conocimientos está marcado por una profunda asimetría de la información. El

resultado es que los sistemas modernos de derechos de propiedad intelectual no poseen los instrumentos para proteger a las comunidades tradicionales ni impedir que desaparezcan los conocimientos vernáculos y su sistema de innovación...ll [el énfasis es añadido] (Ibídem, página 76).

IV.F De la vulnerabilidad de los conocimientos tradicionales indígenas y expresiones culturales tradicionales definido en el apartado anterior que la normativa convencional, tanto internamente como a nivel internacional, para la protección de los derechos de propiedad intelectual resulta insuficiente para cubrir las expresiones culturales tradicionales indígenas, es pertinente determinar los efectos nocivos que ello ha conllevado con relación a la producción de textiles. Para ilustración del problema, en primer término, se evoca un fragmento de un informe presentado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, con relación a misiones exploratorias que llevó a cabo en veintiocho Estados con el objeto de establecer las necesidades y expectativas en esa materia por parte de los titulares de conocimientos tradicionales; según ese informe, la misión exploratoria centroamericana determinó lo siguiente: —Se ha observado que, en las comunidades autóctonas tradicionales, las técnicas de hilado y tejido se transmiten de madre a hija y que existen ritos de iniciación que los forasteros no respetan cuando se instalan en esas comunidades para aprender esas técnicas tradicionales. [...] La imitación de los dibujos textiles tradicionales no solo perjudica económicamente a las comunidades, sino que también constituye una amenaza grave que puede terminar en la destrucción de los productos textiles y tejidos tradicionales, ya amenazados. Los dibujos textiles reflejan la espiritualidad y los sentimientos de cada uno de los tejedores o artesanos. Por ejemplo, el „huipil" maya o cualquier otro vestido

típico tiene un significado específico e incluso un simbolismo históricoll. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Necesidades y Expectativas en materia de Propiedad Intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999). OMPI, Ginebra, 2001, página 147).

En el informe antes citado se asume que posibilitar que las expresiones culturales tradicionales indígenas puedan ser copiadas sin contar con la autorización de sus titulares tiene un efecto perjudicial por tres razones, a saber: —-despoja a los autores y a las comunidades de origen de sus derechos morales al reconocimiento de la autoría y la titularidad de las obras; - esto a su vez impide que las comunidades ejerzan un control eficaz de la manera en que sus obras y expresiones culturales se reproducen y se comercializan, privándoles efectivamente de la posibilidad de sacar algún beneficio económico si así lo desearan; y, -por último, los que copian las obras por lo general no dan importancia a la significación y el valor espiritual que esas obras tienen para la comunidad de origen. Las comunidades autóctonas sienten esto como una falta de respeto hacia su cultura y como un peligro para la supervivencia de tradiciones originales y genuinas que podrían desaparecer como resultado de la copia comercial no autorizada…ll (Ibídem, página 145).

Se deduce, entonces, que las tensiones que pueden generarse por la utilización de los conocimientos ancestrales indígenas y las expresiones culturales tradicionales en la producción de textiles, sin la autorización de sus legítimos titulares, no se sustentan solamente en inconformidades por el aprovechamiento de los beneficios económicos de parte de quienes ilegítimamente producen y comercializan ese tipo de creaciones,

sino que tienen que ver con la vulneración a su espiritualidad o a la visión particular que los pueblos indígenas tienen sobre los elementos propios que les identifican.

Un ejemplo concreto de la vulnerabilidad referida puede apreciarse en un publicitado caso en el que supuestamente se suscitó en Francia, en el que una nacional de ese Estado europeo pretendió obtener la patente del diseño correspondiente a una prenda textil elaborada artesanalmente en Santa María Tlahuitoltepec, Oaxaca, Estados Unidos Mexicanos. Las repercusiones que conllevaron esos hechos provocó que el asunto fuera sometido a conocimiento del pleno de la Cámara de Diputados, en la que se emitió un punto de acuerdo en el que se instó a la Secretaría de Relaciones Exteriores, al Instituto Nacional de Derechos de Autor y a la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, para que, en el marco de sus atribuciones, ofrecierala asesoría jurídica y el apoyo necesario a los habitantes de esa comunidad para la defensa de los textiles producidos por su población de manera artesanal (el contenido completo de esa decisión parlamentaria se encuentra disponible en línea:http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2015/11/asun_3306393_ 20151126_1448550803.pdf).

IV.G De las reivindicaciones de las comunidades indígenas ante la vulnerabilidad a la cual se han visto expuestas

En vista de la vulneración de que se ha hecho relación, conviene traer a cuenta que en el Proyecto de análisis de las carencias de la protección de las expresiones culturales tradicionales, elaborado por la Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore –

este comité se conformó en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual–, se identificaron como reivindicaciones reiteradas de las comunidades indígenas las siguientes: —a) la protección de las ECT [se refiere a las expresiones culturales tradicionales]contra la utilización no autorizada, como la reproducción, la adaptación, la distribución, la interpretación o ejecución y otros actos similares, especialmente la utilización comercial; b) medidas preventivas contra usos vejatorios, despectivos así como cultural y espiritualmente ofensivos de las ECT; c) medidas para impedir la apropiación de la reputación o del carácter distintivo de las ECT en formas que sugieran un producto tradicional auténtico, mediante la utilización de indicaciones engañosas o falsas respecto de la autenticidad o del origen, o la adopción de su „estilo"; d) medidas para impedir que se omita el reconocimiento de la fuente cuando se utilizan las ECT; e) la protección preventiva de las ECT (o sea la protección de las ECT contra la obtención de derechos de P.I. [se refiere a la propiedad intelectual]sobre las ECT o las adaptaciones de las mismas); y, f) medidas contra la divulgación no autorizada de ECT confidenciales o secretas.‖ (Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Proyecto de análisis de las carencias de la protección de las expresiones culturales tradicionales. OMPI, Ginebra, 2008, página 8. Disponible en línea: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_13/wipo_grtkf_ic_13_4_b_rev. pdf). A juicio de esta Corte, las reivindicaciones referidas son legítimas, ya que reflejan la demanda de las comunidades afectadas a que los Estados implementen medidas preventivas y positivas de protección ante acciones que conlleven el aprovechamiento no autorizado o apropiación ilegítima de sus expresiones culturales tradicionales.

IV.H De la necesidad de protección de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales a la luz del contenido del Magno Texto. En los cuerpos normativos nacionales y en los instrumentos relativos a la propiedad intelectual que administran la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial de Comercio no se aborda de manera expresa lo relativo a la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas con relación a su producción textil; no obstante, ese panorama no es óbice para afirmar categóricamente que, a la luz del contenido de la Ley Fundamental, ese tipo de conocimientos puede ser objeto de protección. Ello es así, dado que, en esencia, con esto se propende a la dignificación de los miembros de las comunidades indígenas; además, dentro del texto constitucional encontramos Artículos como el 59, que refiere: —Es obligación primordial del Estado proteger, fomentar y divulgar la cultura nacional; emitir las leyes y disposiciones que tiendan a su enriquecimiento, restauración, preservación y recuperación; promover y reglamentar su investigación científica, así como la creación y aplicación de tecnología apropiada.ǁ; igualmente, el 62, que dispone: —La expresión artística nacional, el arte popular, el folklore y las artesanías e industrias autóctonas, deben ser objeto de protección especial del Estado...ǁ.

Lo expuesto pone de manifiesto que la Ley Fundamental contiene enunciados específicos que respaldan los esfuerzos por brindar protección a los pueblos indígenas con relación a sus creaciones textiles.

IV.I De la necesidad de protección de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales de conformidad con instrumentos internacionales

En instrumentos internacionales se ha abordado la necesidad de dotar de protección a las diferentes manifestaciones de propiedad intelectual colectiva indígena. La propia Declaración Universal de Derechos Humanos refiere en el Artículo 27 que: —(1) Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. (2) Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autorall.

Más específicamente, en el Artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en la centésima séptima sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el trece de septiembre de dos mil siete, se hizo pronunciamiento sobre la necesidad de la protección de la propiedad intelectual colectiva como derecho de los pueblos originarios. Esa declaración tiene el contenido que a continuación se transcribe: —1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales. 2. Conjuntamente con los pueblos indígenas,

los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos. ‖ [el énfasis es añadido].

De gran valor también es la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, que fue aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura – UNESCO–, en su trigésima segunda reunión, celebrada en París del veintinueve de septiembre al diecisiete de octubre de dos mil tres. En el Artículo 2 de ese instrumento convencional se define lo que es el patrimonio cultural inmaterial, en los siguientes términos: —los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana...‖ y en el Artículo 1 se define como finalidad del tratado, entre otros, la salvaguardia y el respeto de ese tipo de patrimonio.

Dentro del marco de la conferencia general del organismo internacional antes relacionado, también se logró en la trigésima tercera sesión, llevada a cabo en París, el veinte de octubre de dos mil cinco, la aprobación de la Convención para la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, precisándose como el

primero de los objetivos de ese tratado: —proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales‖.

A la luz del contenido de declaraciones y convenciones internacionales mencionadas, es sentida la necesidad de brindar protección a las expresiones culturales de los pueblos indígenas, dentro de estas sus creaciones textiles; no obstante, es pertinente referir que aún es tarea pendiente la consecución de una convención que obligue a los Estados a establecer mecanismos de protección de la propiedad intelectual colectiva indígena, atendiendo a sus peculiaridades.

IV.J De los mecanismos de protección de la propiedad intelectual colectiva con relación a los textiles indígenas Definida la necesidad de que el Estado brinde protección a los conocimientos tradicionales indígenas, en particular con relación a los textiles, es pertinente referir que no existe una directriz específica que precise de manera puntual cómo lograr ese propósito. No obstante, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, siendo receptiva de la problemática que ello representa, ha advertido dos posibilidades, a saber: a) la protección preventiva, constituida por la serie de estrategias encaminadas a asegurar que terceras partes no adquieran derechos de propiedad intelectual de forma ilegítima o infundada sobre los conocimientos tradicionales que le son ajenos; entre tales medidas se cuenta con la modificación de los sistemas de patentes que administra la Organización o, bien, la elaboración de bases de datos de esos conocimientos que podrían utilizarse como prueba para rebatir la reivindicación de una patente sobre estos; y b) la protección positiva, lo que se configuraría con impedir el uso no autorizado y activar la explotación de los conocimientos tradicionales por la propia comunidad que los originó; esto significa la

creación de normativa que asegure el resguardo del derecho de los pueblos indígenas a gozar del producto de esos conocimientos, así como a seguir utilizándolos (para abundar en este tema, cfr: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Catalogación de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales. Reseña No. 9, 2016, página 2. Disponible en línea: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_9.pdf).

A nivel doctrinario, es interesante el aporte que hacen Rodrigo de la Cruz Et Al, al referirse al sistema de protección más adecuado respecto de los conocimientos tradicionales: mucho se ha hablado en torno a cuales podrían ser los mecanismos y formas más idóneas, eficaces e integrales para proteger los conocimientos tradicionales. Esto ha dado lugar a debates, especialmente, en los organismos internacionales mencionados y donde se han establecido directrices y lineamientos de base para orientar la discusión. Sin embargo, el tema no ha sido resuelto dada su complejidad y posibles repercusiones en la integridad de los pueblos indígenas, y sobre el tapete se han puesto a consideración tres alternativas para establecer las medidas de protección mediante: □ Los derechos de propiedad intelectual vigentes. □ Un régimen sui generis, distinto al régimen actual. □ La combinación de los dos enfoques. ll (De la Cruz, Rodrigo, Et Al. Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena. Unidad de Publicaciones de la CAF –Corporación Andina de Fomento–, Caracas, 2005, página 21. Disponible en línea: http://www.politicaindigena.org/documentos/proteccion%20conocimientos%20tradicionales.pdf). Lo transcrito da cuenta que, como alternativas de protección de los

conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales se ha considerado su adecuación al marco regulatorio vigente de propiedad intelectual, o bien un régimen sui generis–especial–, o una combinación de ambos.

En el trabajo relacionado se hace referencia a qué podría estar contemplado en estas últimas opciones de protección, a saber: la primera consiste en —[u]n régimen sui generis de protección del conocimiento tradicional colectivo e integral nuevo que contemple las particularidades del conocimiento tradicional colectivo e integral, como la propiedad colectiva, su carácter intergeneracional, el intercambio de conocimientos entre pueblos, la vinculación indisoluble con las tierras y territorios, entre otros. Muchas medidas que pueden adoptarse con este propósito no demandan la utilización de instrumentos del régimen de propiedad intelectuallly la otra opción la denomina —régimen sui generis de protección del conocimiento tradicional colectivo e integral que sea una combinación entre los Derechos de Propiedad Intelectual y las particularidades de los sistemas de conocimiento de los pueblos indígenas. [Este][p]uede contener medidas de carácter defensivo centradas en el resguardo del conocimiento tradicional colectivo e integral frente a los derechos de propiedad intelectual, así como consolidar medidas de control interno derecho consuetudinario y carácter positivo en donde se consagren derechos de las comunidades sobre su patrimonio intelectual, cultural y material. Las opciones de protección de los conocimientos indígenas, utilizando medidas como las denominaciones de origen, diseños y derechos de autor no se descartan, y podrían ser empleadas toda vez que éstas son más asequibles a los pueblos indígenas y no generarían control hegemónico sobre un producto determinado. De todas maneras, en una normativa de protección sui

generis que combine elementos de los derechos de propiedad intelectual debe quedar establecido que, siendo el conocimiento ancestral un patrimonio colectivo de los pueblos indígenas, su utilización no estaría restringida al interior de las comunidades, sino al contrario. Esto es, el conocimiento indígena debe tener el suficiente espacio para una transmisión intergeneracional y de innovación permanente (otra de sus características)...‖ (Ibídem, página 23).

Ahora bien, dentro del marco de estudios desarrollados en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual también se han abordado las alternativas de protección, aduciendo que: —Algunos usos de los CC.TT. [conocimientos tradicionales] y las ECT [expresiones culturales tradicionales] pueden protegerse mediante los sistemas vigentes de P.I. [propiedad intelectual] Varios poseedores ya ponderan la utilidad de los derechos de P.I. y utilizan en alguna medida el sistema de P.I. en sus estrategias de protección. El Análisis de las lagunas ofrece detalles de la protección a escala internacional de los CC.TT. y las ECT mediante el derecho convencional vigente en materia de P.I. [y agrega:] En algunos casos, las ECT pueden protegerse mediante los sistemas vigentes, por ejemplo, los del derecho de autor y los derechos conexos, las indicaciones geográficas, las marcas y las marcas colectivas y de certificación..." (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales. Sin datos de editorial y ciudad, 1995, página 33. Disponible en línea: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/ tk/933/wipo_pub_933.pdf). Pese a lo expuesto en el pasaje transcrito, líneas adelante –contenidas en el mismo trabajo– se expone que: —El debate en torno a las políticas ha puesto de relieve las limitaciones de la

actual normativa de propiedad intelectual a la hora de responder a las necesidades y expectativas de los poseedores de conocimientos tradicionales. Por ejemplo, suelen ser las comunidades, antes que propietarios individuales, quienes poseen colectivamente los CC.TT./las ECT, si bien la titularidad colectiva de derechos es un concepto ajeno a la mayoría de los sistemas de P.I. vigentes. Es posible que sea necesario adaptar o modificar el Derecho de P.I. para responder mejor a los intereses de los poseedores de CC.TT./ECT. Por ejemplo, muchos países y varias organizaciones regionales han optado por proteger las ECT mediante la adaptación de sus normas sobre derecho de autor; la mayoría lo han hecho siguiendo a grandes rasgos las Disposiciones Tipo de 1982. En 1982 un grupo de expertos convocados por la OMPI y la UNESCO elaboró un modelo sui generis para la protección de las ECT basada en la P.I., las Disposiciones Tipo OMPI UNESCO de 1982. Con anterioridad, en 1976, se adoptó la Ley Tipo de Túnez sobre Derecho de Autor para Países en Desarrollo, que también incluye protección sui generis para las ECT‖ [el énfasis es añadido] (Ibídem, página 39).En las líneas conclusivas, se sostiene que: —En la mayoría de los casos, no se considera que los sistemas convencionales de P.I. y sus adaptaciones logren adecuarse al carácter único de los CC.TT./las ECT. Por ejemplo, cuando los miembros de una comunidad innovan en el marco de los CC.TT., pueden valerse del sistema de patentes para proteger sus innovaciones. Sin embargo, los CC.TT., como tales –los conocimientos que tienen raíces antiguas y suelen ser informales y de transmisión oral– no están protegidos por los sistemas convencionales de P.I. Debido a ello, varios países y regiones han elaborado sus propios sistemas sui generis (específicos, especiales) de protección de los CC.TT./las ECT‖ [el énfasis es

añadido] (Ibídem, página 40). Esto último quiere decir que cuando las creaciones que derivan de conocimientos tradicionales conlleven algún tipo de innovación, podría ser útil el sistema de protección tradicional; sin embargo, ello funcionaría aisladamente en cuanto a lo que conlleve novedad, pero no protegería al resto de expresiones culturales tradicionales.

Lo expuesto precedentemente da cuenta de: a) la inexistencia de un sistema unívoco de protección de los conocimientos tradicionales indígenas; b) que hay estudios que recogen varias alternativas de protección que se sintetizan en la adecuación a la normativa vigente de protección intelectual o, bien, la posibilidad de establecer un régimen sui generis –específico–o, incluso, la combinación de los dos enfoques; y c) que dadas las limitaciones que presenta el marco regulatorio convencional –local e internacional– de la propiedad intelectual, aquellos estudios serios ven en el establecimiento de un sistema sui generis de protección el mecanismo más adecuado.

IV.K Posibilidad de adecuar la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales al marco normativo vigente en la actualidad es innegable la necesidad deprotección de los conocimientos tradicionales indígenas y sus expresiones culturales tradicionales; ello se pone de manifiesto en los diversos esfuerzos desarrollados dentro del seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual para lograr concesos entre los Estados, a fin de alcanzar la emisión de una convención que aborde ese tópico. De momento, ello no se ha concretado, por lo que en vista de acciones genuinas como la que ahora se conoce en este Tribunal, es pertinente establecer si el marco normativo local en materia de propiedad intelectual es el adecuado para brindar la protección reclamada.

En la literal anterior quedó plasmado que algunos estudios refieren que, mediante el marco normativo vigente en materia de propiedad intelectual, pueden adecuarse mecanismos de protección a los conocimientos tradicionales indígenas y sus expresiones culturales tradicionales; para determinar esa viabilidad, es pertinente evocar un fragmento del estudio denominado Proyecto de análisis de las carencias de la protección de las expresiones culturales tradicionales–citado en el apartado IV.G–, elaborado por el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, en el que se identifican dificultades para esa protección en la normativa local vigente –la cual se informa de los mismos principios jurídicos que los convenios internacionales en materia de propiedad intelectual–: —Los siguientes elementos se han indicado como limitaciones técnicas específicas de los sistemas de P.I. más pertinentes para las ECT: a) El requisito de ‗originalidad': el derecho de autor protege exclusivamente las obras „originales"; sin embargo, muchas producciones literarias y artísticas tradicionales no son „originales" en este sentido. Del mismo modo, se ha señalado la posibilidad de que los diseños tradicionales no sean „nuevos" ni „originales" de un modo que los haga merecedores de la protección de los diseños industriales. [...];b) Titularidad: la protección que dimana del derecho de autor y de los diseños industriales requiere la identificación de un creador o de creadores conocidos a fin de determinar quiénes serán los titulares de los derechos y los beneficiarios de esos derechos. Sin embargo, es difícil, cuando no imposible, identificar a los creadores de las ECT y, por lo tanto, a los titulares y beneficiarios de derechos respecto de las ECT debido a que las ECT son creadas y conservadas por la comunidad y a que los creadores son simplemente desconocidos o

imposibles de localizar. El concepto mismo de „titularidad" en el sentido que se le atribuye en el dominio de la P.I. también puede resultar ajeno a muchos pueblos indígenas [...]; c) Fijación: el requisito de fijación en muchas legislaciones nacionales en materia de derecho de autor impide la protección de expresiones intangibles y orales de la cultura, como las danzas y las canciones, a menos que estén fijadas en algún tipo de soporte. [...] d) Plazo de protección: se considera que el plazo de protección en el marco del derecho de autor, los derechos conexos y los diseños industriales no es adecuado para las ECT. En primer lugar, no atiende a la necesidad de proteger las ECT a perpetuidad o, al menos, mientras la comunidad exista. Por otra parte, un plazo de protección limitado requiere ciertamente que se conozca la fecha de creación de la obra o la primera publicación, lo que generalmente no es posible respecto de las ECT; e) Formalidades: aunque no existen formalidades en el caso del derecho de autor y los derechos conexos, se prevén requisitos de registro y renovación en el caso de la protección de los diseños industriales y las marcas. Se ha dicho que esos requisitos pueden ser obstáculos para la utilización de esos sistemas de P.I. por las comunidades indígenas y tradicionales; f) Excepciones y limitaciones: [...] g) Protección preventiva...ll (Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Proyecto de análisis de las carencias de la protección de las expresiones culturales tradicionales... Obra citada, páginas 10 y 11).

En el estudio referido se precisan las dificultades que se suscitan cuando se pretende que las expresiones culturales tradicionales sean objeto de protección dentro del marco de la normativa local vigente. De lo anterior, es pertinente destacar que las

pretensiones de protección de las comunidades indígenas van encaminadas a que se posibilite el reconocimiento de una especie de autoría colectiva y, de igual manera, su titularidad; a la vez, que los efectos de ello se prolonguen indefinidamente; al respecto, es pertinente referir que ello desnaturalizaría los propósitos mismos de aquella normativa, la cual se informa por los mismos principios que los convenios internacionales en materia de propiedad intelectual de los que Guatemala forma parte.

En congruencia con lo sustentado en el estudio del Comité Intergubernamental mencionado, Degmar Aparecida Ferreti arriba a la siguiente conclusión en su tesis doctoral: —debe ponerse de relieve que las especificidades de los conocimientos tradicionales no permiten la apropiación individual, exclusiva y limitada en el tiempo de los derechos de propiedad intelectual. La aplicación de los actuales sistemas de garantía de los derechos de propiedad intelectual tendría fuertes efectos erosivos sobre estos conocimientos y prácitas, [sic] ya que no están pensados para proteger las innovaciones generadas de forma colectiva y a lo largo de generaciones, a ntravés[sic]de una estrecha relación con el medio ambiente local. Por ello, el sistema de propiedad intelectual, especialmente el sistema de patentes y derecho de autor, son insuficientes para proteger los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales de las comunidades locales e indígenas.[...] Son diversas las razones que hacen del sistema de patentes inadecuado para proteger los CTs. Las patentes poseen un plazo de vigencia determinado, o sea, el derecho de patentes concede un monopolio temporal sobre la utilización de su objeto. Con relación a los CTs, por su parte, no es posible precisar el momento de su creación. Por ello, es imposible definir un marco temporal de vigencia para cualquiera de los derechos intelectuales colectivos

sobre CTs, cuyo origen exacto en el tiempo difícilmente podrá ser precisado y aún serán transmitidos de forma indefinida en el tiempo, por otras generaciones...‖ [el énfasis es añadido] (Ferreti, Degmar Aparecida. Obra citada, página 501). Líneas adelante, agrega de manera contundente: —[c]omo existe incompatibilidad entre los conceptos de los derechos de propiedad intelectual occidental y las prácticas de las comunidades locales e indígenas, al intentar proteger los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales a través del sistema de patentes y derechos de autor se estaría arruinando el modo de vida de las comunidades tradicionales por la lógica de economía de mercado en la cual estarían insertadas.‖ (Ibídem, página 503).

A pesar de la evidente necesidad de protección de las manifestaciones de propiedad intelectual indígena, sus especiales característicos provocan que su protección por medio del marco regulatorio vigente en materia de propiedad intelectual muchas veces sea infuncional y, a la vez, inadecuado.

En apoyo a la conclusión asumida en el párrafo que precede, se evoca nuevamente a Ferreti, quien postula que: —[p]ara la implementación de un sistema normativo de protección de los derechos intelectuales colectivos es necesario superar retos y romper los conceptos estratificados sobre el tema. Es preciso reconocer la poca eficiencia de los derechos de propiedad intelectual, sea porque la legislación no contempla la realidad de las comunidades tradicionales, consolidando discusiones que no envuelven conceptos y paradigmas no pertenecientes al universo de esas comunidades; o sea, porque es recurrente la inobservancia de las normas vigentes por los sujetos que realizan investigación y desarrollo tecnológico.‖ [el énfasis es añadido] (Loc. Cit.).

IV.L Necesidad de un mecanismo específico de protección de la propiedad intelectual colectiva indígena.

Resulta pertinente traer a cuenta que lo concerniente a la necesidad de proteger los textiles tradicionales fue advertida en el Decreto 426, emitido por el Congreso de la República en mil novecientos cuarenta y siete, en cuya parte considerativa quedó establecido: —[q]ue se hace necesario dictar leyes que regulen y protejan la producción textil indígena, en previsión de adulteraciones fuera y dentro del país, únicamente en provecho propioll; así también, —[q]ue es deber del Estado proteger la industria nativa, manifestación genuina del arte y tradición del elemento indígena y, a la vez, una de las mejores fuentes de ingresos pues ha hecho de ella n medio honesto de subsistencia;ll. Luego en el Artículo 1 quedó plasmado lo siguiente: — [s]e declara de interés nacional la protección a „los tejidos elaborados por los indígenas de Guatemala"ll. El contenido del cuerpo normativo denota que su emisión se produjo, más que todo, para proteger la autenticidad de los tejidos indígenas y evitar adulteraciones que afectaren su pureza, sin regular aspectos específicos relativos a la protección de esos tejidos en cuanto son producto del ejercicio de la propiedad intelectual colectiva perteneciente a los pueblos indígenas.

De igual forma, la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación establece como objeto: —regular la protección, defensa, investigación, conservación y recuperación de los bienes que integran el patrimonio cultural de la Nación.ll Pese a lo laudable del propósito de ese cuerpo normativo, en este no se logra dar respuesta a la necesidad de proteger los conocimientos tradicionales y expresiones culturales

tradicionales, en especial con relación a textiles, en cuanto a su indebido aprovechamiento.

La insuficiencia de cuerpos normativos como los antes comentados y de la legislación específica en materia de propiedad intelectual anterior refuerza la idea de que es necesario contar con un mecanismo especial de protección de esos conocimientos y expresiones para regular cómo puede darse legítimamente su aprovechamiento. Debe tenerse presente que, en atención a la cosmovisión propia de los pueblos indígenas, sus creaciones textiles representativas son manifestación propia de su cultura y cotidianidad; además, son producto de la herencia de conocimientos tradicionales, por lo que su protección debe ser regulada en cuerpo normativo ad hoc que atienda a sus características propias y que no supedite a las comunidades a formalidades que les son ajenas.

Es dable destacar que algunos Estados cuentan con instrumentos normativos específicos para la propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas; este es el caso de la República de Panamá, en el que desde mil novecientos ochenta y cuatro cuenta con una ley (la 26 del veintidós de octubre de ese año) cuyo Artículo 1 establece lo siguiente: —Queda prohibida la importación de telas de mola; grabados que imiten telas de molas; imitaciones de molas y cualquier otro tejido o Artículo que en una u otra forma imite o tienda competir con la artesanía kuna denominada molall; pese a que ese cuerpo normativo significó un gran avance, en este solamente queda prohibida el ingreso a territorio panameño de copias de molas –textiles de la etnia kuna–, no así las copias ilegales que se realizaban internamente. Quizá el referente más relevante de Panamá, con relación al tema objeto de análisis,

sea la aprobación de la —Ley No. 20ll, el veintiséis de junio de dos mil, y en la cual está contenido el —régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales, y se dictan otras disposicionesll. Para ilustración sobre los alcances de la protección que conlleva esa ley, se evoca el Artículo 2, que dispone: —Las costumbres, tradiciones, creencias, espiritualidad, religiosidad, cosmovisión, expresiones folclóricas, manifestaciones artísticas, conocimientos tradicionales y cualquier otra forma de expresión tradicional de los pueblos indígenas, forman parte de su patrimonio cultural; por lo tanto, no pueden ser objeto de ninguna forma de exclusividad por terceros no autorizados a través del sistema de propiedad intelectual, tales como derecho de autor, modelos industriales, marcas, indicaciones geográficas y otros, salvo que la solicitud sea formulada por los pueblos indígenas. Sin embargo, se respetarán y no se afectarán los derechos reconocidos anteriormente con base en la legislación sobre la materiall [el énfasis es añadido]. Más adelante, el Artículo 5 dispone: —Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus instrumentos de trabajo, arte tradicionales, así como la técnica para su confección, expresado en las materias primas nacionales,...ll. Cabe indicar que las accionantes recurrentemente citaron el ejemplo panameño para ilustrar que es posible la protección legal que pretende; pese a ello, su pretensión no va por la línea de que sea emitido un cuerpo normativo específico, sino que a que se reforman preceptos vigentes en materia de propiedad intelectual.

Según criterio de esta Corte, si bien el caso de Panamá es un referente útil como mecanismo de protección especial de los conocimientos tradicionales y expresiones

culturales tradicionales, los alcances que pudiera tener un cuerpo normativo guatemalteco debieran responder a las necesidades propias.

No pasa por alto a este Tribunal que en el año en curso fue presentada en el Congreso de la República la iniciativa de ley cinco mil doscientos cuarenta y siete (5247); no obstante, esta, lejos de ser una propuesta encaminada a normar mecanismos específicos de protección de aquellos conocimientos y expresiones, únicamente procura la reforma de algunos preceptos normativos del marco regulatorio vigente en materia de propiedad intelectual; estos son los Artículos 3, 4 y 5 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, así como, el 4 y 5 de la Ley de Propiedad Industrial.

Con un ánimo propositivo y sin que ello signifique una sujeción a un contenido específico, esta Corte es del criterio que un cuerpo normativo ad hoc,en materia de propiedad intelectual colectiva indígena, pudiera contener como mínimo: a) el reconocimiento de ese tipo de propiedad –intelectual colectiva indígena–, su definición y alcances; b) precisión de los principios que la rigen – principalmente lo relativo a su titularidad y la no sujeción a temporalidad–, así como el objeto de protección; c)establecimiento de un sistema de registro de conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales –de tipo gratuito, facultativo y meramente declarativo–; d)indicación expresa de quienes están autorizados para su aprovechamiento –establecer si estos pueden ser objeto de licencia [nunca de cesión alguna]–; e)disposición de medidas preventivas y proscriptivas del uso inadecuado y no autorizado de la propiedad intelectual colectiva indígena; f) designación de autoridades estatales responsables de velar por el cumplimiento de las disposiciones normativas; g)previsión de mecanismos administrativos y procesales que garanticen a las

comunidades la defensa de sus derechos; y h) determinación de cómo se garantizaría el reparto justo y equitativo de beneficios que deriven del aprovechamiento debidamente autorizado de quienes no pertenecen a los pueblos indígenas.

Ciertamente, la tarea pendiente para lograr la debida protección no se advierte del todo fácil; por ello mismo es que esta Corte ha estimado necesario sugerir elementos que pudiera contener un cuerpo normativo específico que regule la materia a fin de que cese la omisión estatal de protección a las comunidades indígenas en sus manifestaciones de propiedad intelectual, ya que esa actitud tiene implicaciones constitucionales que no pueden soslayarse.

La apuesta por la emisión de disposiciones normativas específicas no debe ser entendida en el sentido que con ello acaba la problemática expuesta en los párrafos de este considerando, pues, además, se precisa que el Estado desarrolle políticas públicas –que impliquen medidas preventivas y positivas– tendentes a lograr la mejor protección; ello como producto del diálogo constante que debiera tener con esas comunidades.

– V –

En razón de los elementos de análisis expuestos en el considerando anterior, se procede a realizar el examen correspondiente para determinar si en los preceptos legales cuestionados concurre la inconstitucionalidad por omisión relativa denunciada por medio de la presente acción.

V.A De los Artículos cuestionados de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Las accionantes han dirigido el planteamiento contra el Artículo 5 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, el cual define quienes, para los efectos del contenido del cuerpo normativo, pueden ser considerados como autores, precisando que únicamente podrán serlo las personas físicas que realizan la creación intelectual; igualmente, refiere que, además de los autores, la titularidad de los derechos que conlleva la autoría, puede corresponder a —el Estado, las entidades de derecho público y las personas jurídicas‖. A juicio de las promotoras de la acción, el contenido de ese precepto legal comporta inconstitucionalidad por omisión relativa, entre otros motivos, porque ignora sus formas propias de organización, imponiéndoles que, para ser titulares de derechos de propiedad intelectual colectiva, necesariamente conformen personas jurídicas o morales, lo que no posibilita que puedan ser consideradas como autoras y configura una regulación discriminatoria e incompleta. El referido Artículo se complementa con el 12 de la misma ley, que refiere quién puede ser considerado como autor de una obra derivada, indicando que puede serlo aquel que—con la autorización del titular, hace la adaptación, traducción o transformación de la obra originaria‖. Según las accionantes, esa disposición normativa tampoco abre la posibilidad de protección de sus derechos, al sujetarlas a formalidades ajenas a su realidad, tal como lo sería su conformación como personas jurídicas.

Para resolver el planteamiento, se trae a cuenta que en el Artículo 14 de la ley en mención se establece: —Las expresiones de folclore pertenecen al patrimonio cultural del país y serán objeto de una legislación específica.‖; esa disposición es congruente

con lo que fuera asumido en el considerando IV, en cuanto a que los mecanismos de protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales preferentemente debieran estar regulados en un cuerpo normativo especial, dado que, por su naturaleza y características, acceder a que en el marco regulatorio general de propiedad intelectual se regule lo concerniente a la autoría y titularidad de derechos de autor provocaría que la protección no sea funcional en atención a los propósitos de que no se individualice o personalice la autoría, sino que sean las tejedoras de los pueblos indígenas –sin precisión de persona alguna– quienes sean consideradas como autoras de las creaciones textiles. Además, acceder a que sea dentro del marco de esa ley que se realice el reconocimiento oficial de la autoría, lejos de lograr la máxima protección posible para las tejedoras, les protegería limitadamente; ello es así, pues sujetaría a las titulares de la autoría a que la defensa de los derechos morales y patrimoniales – que derivan de la titularidad de la autoría– estuviere limitada en el tiempo, lo cual no es congruente con la genuina pretensión de que los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales sean protegidas de forma permanente. Con base en lo antes expuesto, esta Corte es del criterio que los Artículos 5 y 12 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos no violan los principios de igualdad y de seguridad jurídica, así como el derecho a la identidad cultural y, por ende, tampoco adolecen de la inconstitucionalidad por omisión relativa que se denuncia.

El Artículo 113 de la mencionada ley también fue cuestionado y en este se indica que los titulares de derechos de autor y derechos conexos pueden constituir asociaciones civiles sin fines de lucro y que, una vez obtenida la inscripción respectiva, pueden solicitar su autorización como sociedades de gestión colectiva, para la defensa y la

administración de los derechos patrimoniales reconocidos en la ley. La objeción radica, esencialmente, en el hecho que se desconoce sus propias formas de organización; respecto de ello, esta Corte nuevamente trae a cuenta la infuncionalidad que conllevaría que, dentro del marco de la normativa general de propiedad intelectual, se reconozca la autoría en la forma que las tejedoras accionantes reclaman; por ello mismo, tampoco podría estimarse que el referido Artículo 113 conlleve una omisión constitucional.

V.B De los Artículos objetados de la Ley de Propiedad Industrial

Las accionantes también cuestionaron el Artículo 4 de la Ley de Propiedad Industrial, el cual contiene definiciones sobre cómo deben ser entendidos los siguientes términos utilizados en el desarrollo de la ley: denominación de origen, diario oficial, diseño industrial, emblema, expresión o señal de publicidad, indicación geográfica, invención, marca, marca colectiva, marca de certificación, modelo de utilidad, nombre comercial, patente, procedimiento –con relación a la materia patentable–, producto –con relación a la materia patentable–, secreto empresarial, signo distintivo, signo distintivo notoriamente conocido y registro – refiriéndose al Registro de la Propiedad Intelectual–, entre otros motivos, porque dentro del listado de definiciones no se incluyó lo relativo a propiedad intelectual colectiva y, es más, al definirla marca colectiva se supedita su titularidad a estar constituido como persona jurídica; además no regulan la —propiedad colectiva intelectualll. Igualmente, refutan el Artículo 152 de esa ley, dado que su contenido no prohíbe el registro de sus textiles e indumentaria a favor de particulares o de empresas; incluso dan cabida a que puedan patentarse sin restricción alguna lo que se podría dar por personas ajenas a sus comunidades. Respecto del contenido de esos

enunciados normativos, este Tribunal evoca lo expresado precedentemente en cuanto a que, para lograr la mejor protección a los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, lo ideal es contar con una normativa específica, que se adecue de la mejor forma a las necesidades de las comunidades indígenas y que refleje un entendimiento de su cosmovisión. Por tal razón, a la luz de lo establecido en el Magno Texto, no sería conveniente que, dentro del marco de la normativa general en materia de propiedad intelectual, los pueblos indígenas tengan que inscribir las marcas colectivas respecto de sus creaciones textiles, ya que la protección que ello conllevaría quedar sujeta a una temporalidad limitada, lo que riñe con la pretensión de su resguardo permanente. En cuanto a que en el glosario de vocablos que se usan en la ley sea necesario incluir el de —propiedad colectiva intelectualll, del cual no se hace relación en el cuerpo de la ley, no se advierte que este deba ser incluido; ya se indicó que lo ideal es que, en lo concerniente a conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales, conceptos como ese sean utilizados en su justa dimensión en el cuerpo normativo que sobre la materia específicamente se emita. Lo relativo a que el Artículo 152 ibídem no proscriba el registro de sus textiles e indumentaria a favor de particulares o de empresas; dando cabida incluso a que puedan patentarse por personas ajenas a sus comunidades, esta Corte advierte que esencialmente el referido Artículo posibilita el registro de diseños industriales siempre que presenten características de novedad, precisándose cuando este se considerará nuevo; esa regulación responde al sentido que, conforme la doctrina y normativa convencional internacional, atañe a los diseños industriales, no siendo preciso que en esa normativa

quede contenida proscripción expresa del registro de los diseños que hagan uso de textiles indígenas.

Por lo antes expuesto, no se advierte que los Artículos 4 y 152 de la Ley de Propiedad Industrial sean contrarios a la certeza y seguridad jurídica, o que sean insuficientes en atención a la necesidad de proteger los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales, pues la regulación de estos es preferible que se logre por otro conducto normativo.

V.C Del cuestionamiento formulado al Artículo 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal

En el planteamiento de inconstitucionalidad se cuestionó el Artículo 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal, que hace referencia a que el Estado otorgará a los artesanos que trabajen en forma individual y "a las asociaciones y gremios artesanales, con personalidad jurídica y amparadas en la [...] ley" los beneficios de exoneraciones impositivas que ahí se establecen. El texto de ese Artículo implica que o bien se actúa individualmente o colectivamente, por medio de personas jurídicas cuya personalidad haya sido reconocida de forma previa; ello es objetado por las promotoras de la garantía constitucional porque desnaturaliza sus formas de organización, así como modos de vida, restringiéndoles acceso a beneficios tributarios.

Para pronunciarse respecto de la denuncia de violación constitucional dirigida contra el Artículo 11 ibídem, esta Corte estima pertinente referir que si bien, en virtud de lo expuesto a lo largo de la parte considerativa, se ha podido estimar que la mejor forma de protección de las manifestaciones de propiedad intelectual colectiva de los pueblos

indígenas es la emisión de normativa ad hoc, lo concerniente a los incentivos que el Estado otorgue a los artesanos que trabaje en forma individual y a las asociaciones y gremios artesanales está regulado en el cuerpo normativo que, en efecto, corresponde: una ley que propende a la protección y desarrollo de la producción artesanal.

Definido el punto anterior, es pertinente referir que la exigencia de que un colectivo de indígenas deba estar constituido como persona jurídica colectiva para ser beneficiado con exoneración de impuestos sobre importación de materias primas, herramientas y equipos utilizados en la fabricación de artesanías y con la exoneración de los impuestos de exportación, conlleva una limitación irrazonable en atención al propósito esencial de fomento de la producción artesanal a que propende la ley.

A juicio de este órgano jurisdiccional, al ignorar esas formas de organización y de vida, se coloca en situación de desigualdad a las tejedoras y se desconoce el deber constitucional de fomentar el desarrollo de esas comunidades y proteger su identidad cultural. Por tal razón, el texto del Artículo referido implica una regulación discriminatoria e insuficiente que la hace inconstitucional por omisión relativa, lo que debe superarse mediante la reforma legal que corresponde; para tal propósito, debe tomarse en cuenta lo antes referido en cuanto a la realidad organizativa de los pueblos indígenas.

V.D De la objeción al Artículo 274 del Código Penal

Por último, las promotoras de la garantía constitucional cuestionaron el contenido del Artículo 274 del Código Penal que tipifica el delito Violación a los derechos de autor y derechos conexos. De este, objetaron que no está contemplada la prohibición de que

terceros ajenos a sus comunidades se aprovechen ilegítimamente de las creaciones de su propiedad y, por ende, que esas acciones sean sancionadas penalmente. A su juicio, la omisión de una tipificación especial a quien viole la autoría de las comunidades indígenas, vulnera el principio de certeza y seguridad jurídica, ya que el resguardo de estos derechos es una obligación de Estado y deben ser castigadas penalmente.

Respecto de los argumentos que sustentan el cuestionamiento constitucional, esta Corte trae a cuenta nuevamente la necesidad de que la protección de la propiedad intelectual colectiva se produzca por medio de una ley específica; de esa cuenta, lo referente a los derechos que emanen de la autoría colectiva de las tejedoras indígenas debería regularse en una normativa ad hoc, no siendo aconsejable que, dadas las limitaciones que conllevaría, el reconocimiento y protección estatal se produzca dentro del marco de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Dado el estado de cosas actual, y en vista de no contar aún con un cuerpo normativo que reconozca aquella los —derechos de autor‖ a los pueblos indígenas, no tiene sentido ordenar que se legisle que en la regulación del tipo penal mencionado se tipifique como alternativa de comisión del delito una transgresión a aquellos derechos cuyo reconocimiento legal como manifestación de propiedad intelectual se reclama y que aún no se ha producido. Debe tenerse presente que, si se superara esa falta de reconocimiento –lo que debiera hacerse en una ley especial–, cualquier infracción punible que corresponda a los supuestos comprendidos en el Artículo 274 ibídem sería objeto de la sanción penal prevista, si estos son reconocidos puntualmente como —derechos de autor‖.

Como corolario de lo expuesto en este y en los apartados anteriores de este considerando, en el segmento resolutivo de este fallo debe declararse con lugar la inconstitucionalidad por omisión relativa planteada con relación al Artículo 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal. Así también debe declararse sin lugar el planteamiento en cuanto a los Artículos 5, 12, 113 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos; 4, 152 de la Ley de Propiedad Industrial; y 274 del Código Penal.

V.E Efecto propio del acogimiento de la inconstitucionalidad general parcial con relación al Artículo 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal

En virtud de que en el presente caso se ha dirigido una inconstitucionalidad por omisión relativa, cuestionando la —pasividadll del legislador por no regular de forma compatible con el Magno Texto los preceptos normativos cuestionados, el efecto propio del acogimiento parcial del planteamiento no puede ser la expulsión del ordenamiento jurídico de la disposición normativa que se declara insuficiente o discriminatoria –Artículo 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal–, pues, si ello se produjere, el efecto sería altamente nocivo; en tal virtud, para superar la deficiencia encontrada, debe ser emitida exhortación al Organismo Legislativo, para que, en atención a lo estimado en el apartado V.C de este considerando, emita el decreto de reforma legal que corresponda para superar la omisión Constitucional encontrada.

Esta Corte estima pertinente referir, con relación al pedimento realizado por las accionantes, en cuanto a que se señale plazo al realizar la exhortación a los diputados del Congreso de la República, que si bien la doctrina constitucional ha sido receptiva de modalidades especiales de sentencias exhortativas –una variedad de fallo atípico–,

pudiendo incluso, en algunos ordenamientos jurídicos, el tribunal constitucional asumir el rol de legislador precario, en el caso de Guatemala, la legislación procesal constitucional no contempla esa posibilidad en este tipo de garantías constitucionales –de control normativo–. No obstante ese extremo, esta Corte estima pertinente que en el apartado resolutivo se apele al Congreso de la República, para que cumpla responsablemente con la exhortación que se realiza superando el estado de cosas inconstitucional descrito, otorgándole la prelación que la regulación de ese tema amerita.

V.F Exhortación para que se emita una ley específica en materia de propiedad intelectual colectiva indígena.

El hecho que en el presente fallo no se acoja el planteamiento de inconstitucionalidad general parcial por omisión relativa dirigida contra los Artículos 5, 12 y 113 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, así como 4 y 152 de la Ley de Propiedad Industrial, implica que no se ha advertido la necesidad de reformar esos preceptos normativos, pues, según el profuso análisis contenido en el considerando que precede, lo ideal para proteger los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales es un cuerpo normativo específico que responda a las aspiraciones de protección permanente –no temporal– de las tejedoras indígenas.

La falta de acogimiento referida no es óbice para que esta Corte, en virtud de ser receptiva de los argumentos de las accionantes y al sensibilizarse por el estado de cosas inconstitucional que se produce por la ausencia de una normativa protectora de la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, aproveche la oportunidad

para exhortar a los diputados del Congreso de la República a que emítanla ley específica que brinde la necesaria protección a los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales de esas comunidades. Para ese efecto, deberán tener en cuenta que en las líneas finales del considerando anterior se dejaron plasmados algunos elementos que pudieran estar contenidos en ese cuerpo normativo.

Lo antes expuesto no significa que este Tribunal resuelva inobservando el principio de congruencia o estricto derecho, ya que, si bien se han advertido legítimos los reclamos de las accionantes y merecedores de la debida respuesta, se ha estimado que no es con la modificación de algunos de los enunciados legales cuestionados que se les puede brindar protección, sino en un instrumento normativo ad hoc. Además, si bien ello no fue expuesto como parte de sus pretensiones de fondo, por parte de las promotoras de la acción, se estima que la exhortación a que se emitan disposiciones legales específicas sobre la materia constituye una respuesta acorde a sus genuinas aspiraciones.

Por las razones apuntadas, en el segmento resolutivo de esta sentencia también deberá hacerse exhortación al Organismo Legislativo en el sentido indicado.

V.G Notificación de este fallo a quienes poseen potestad de iniciativa de ley

A fin de que las exhortaciones que realizará esta Corte puedan ser atendidas conforme lo expuesto en los apartados precedentes, también se estima pertinente que se realice la notificación de esta sentencia al titular del Organismo Ejecutivo, a la Corte Suprema de Justicia y a la Universidad de San Carlos de Guatemala, para que, en atención a la iniciativa de ley que constitucionalmente les es reconocida, puedan formular los

proyectos de ley que corresponden tanto para propiciar que se reforme el Artículo 11 de la Ley de Protección Desarrollo Artesanal y que se emitan las disposiciones legales específicas por las que se regule adecuadamente lo relativo a la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas.

LEYES APLICABLES

Artículos citados y 267, 268, 272 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala; 133, 134, 139, 140, 142, 143, 148, 150, 163 literal a), 185, 186 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y 39 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con base a lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Con lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial por omisión relativa promovida por Florentina Con Juárez, Elvia Modesta Orozco Zacarias, Milvia Aspuac Con, Dina Judith Satz Puc, Josefina Con Cuc, Rosalina Tuyuc Velásquez, Ixkik Isabel Zapil Ajxup, María Sofía Iquic Guamuch, Gloria Estela García García, María Apolonia Choc Sian, Marta Julia Puac Camey, Margarita Quel Itzol, Modesta Culajay Socorec, Rosa Estela Tomas Atz, Josefina Itzol Xulú, Rosa María del Carmen Chávez Juárez, Gladys Elizabeth Tzul Tzul, Rutilia Quel Ticún, Evelyn Adriana Sunun Pablo, María Corina Puac Con, Casilda Jovita Tzul Tzul, Rosa América Puac Capén, Odilia Griselda Ixjotop Sépez, Dina Mateli Sactic Yucute, Aura Leticia Choxin, Leticia Ixcajoc Sactic,

Dominga Por Con, Marta Odilia Bucu Aspuac, Marena Ixel Guoron Rodríguez, Sandra Elizabeth Xinico Batz, Mary Suceli Granados Iquic y María Angelina Aspuac Con –designada como representante común– contra el Artículo 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal, Decreto 141-96 del Congreso de la República; II) Sin lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial por omisión relativa planteada contra los Artículos: a) 5, 12, 113 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Decreto 33-98 del Congreso de la República; b) 4, 152 de la Ley de Propiedad Industrial, Decreto 57-2000 del Congreso de la República; y c)274 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República. III)En virtud de la naturaleza del planteamiento, el precepto normativo declarado inconstitucional por omisión relativa, conserva su vigencia; no obstante, exhorta al Congreso de la República a que, en atención a lo considerado en esa sentencia, emita el decreto de reforma legal que corresponda para superar la omisión constitucional encontrada el Artículo 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal. IV) En virtud de haberse advertido la necesidad de contar con una ley específica en materia de propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, exhorta a los diputados del Congreso de la República a que, en atención a lo argumentado en el segmento considerativo de este fallo, emita la ley específica, por la cual establezca mecanismos de protección de la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas. V) Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial. VI) Remítase certificación del fallo al Congreso de la República, para los efectos de las exhortaciones que se le realizan en este presente fallo y para que su Junta Directiva lo haga del conocimiento de los diputados. VII) Notifíquese a quienes participaron en el trámite del proceso constitucional y, en razón de lo expuesto en el V considerando, también

deberá notificarse al titular del Organismo Ejecutivo, a la Corte Suprema de Justicia y a la Universidad de San Carlos de Guatemala.

JOSE FRANCISCO DE MATA VELA	PRESIDENTE
BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA	MAGISTRADO
NEFTALY ALDANA HERRERA	MAGISTRADO
MARIA DE LOS ANGELES ARAUJO	MAGISTRADA
DINA JOSEFINA OCHOA ESCRIBÁ	MAGISTRADA
HENRY PHILIP COMTE VELASQUEZ	MAGISTRADO
MARIA CRISTINA FERNANDEZ GARCIA	MAGISTRADA
MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ	SECRETARIO GENERAL

ANEXO III

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

REPÚBLICA DE GUATEMALA, C.A.

Expedientes acumulados 1028, 1029, 1036, 1037, 1038, 1042, 1043, 1044, 1047, 1051, 1053, 1061, 1062 y 1294-2016

INCONSTITUCIONALIDAD GENERAL

EXPEDIENTES ACUMULADOS: 1028, 1029, 1036, 1037, 1038, 1042, 1043, 1044, 1047, 1051, 1053, 1061, 1062 y 1294-2016

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS DINA JOSEFINA OCHOA ESCRIBÁ, QUIEN LA PRESIDE; BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA, GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR, NEFTALY ALDANA HERRERA, HENRY PHILIP COMTE VELASQUEZ, MARIA DE LOS ANGELES ARAUJO BOHR Y JOSÉ MYNOR PAR USEN. Guatemala, veinte de diciembre de dos mil dieciocho.

Se tiene a la vista para dictar sentencia las acciones de Inconstitucionalidad de ley de carácter general, total y parcial de la Ley de Tarjetas de Crédito, Decreto 7-2015 del Congreso de la República de Guatemala, promovida por Asociación Bancaria de Guatemala, por medio del Presidente del Consejo Directivo y Representante Legal, Luis Rolando Lara Grojec, quien actuó bajo el auxilio de los abogados Jorge Rolando Barrios, Carlos Fernando Rivers Sandoval y Juan Ignacio Calzada Vizcaíno; Comité

Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras -CACIF-, por medio de su Presidente, Jorge Eduardo Briz Abularach, quien actuó bajo el auxilio de los abogados Jorge Rolando Barrios, Carlos Fernando Rivers Sandoval y Juan Ignacio Calzada Vizcaíno; Eric Jaschkowitz Schifter, quien actuó bajo el auxilio de los abogados Jorge Estuardo Ceballos Morales, Gregorio Efraín Martín Antonio Aguilar Lambour e Inett Victoria Barrios Morales; Asociación de Emisores de Medios de Pago de Guatemala, por medio del Presidente de la Junta Directiva y Representante Legal, Juan Bernardo Rivera Nuila, quien actuó bajo el auxilio de los abogados Luis Ernesto Rodríguez González, Melvin Estuardo Ortiz de León y Lucrecia Mendizábal Barrutia; Banco Industrial, Sociedad Anónima, por medio del Administrador Único y Representante Legal, Luis Rolando Lara Grojec quien actuó bajo el auxilio de los abogados Eduardo René Mayora Alvarado, Norka Ivette Aragón García y Saturnino Rafael Briz Méndez; Contecnica, Sociedad Anónima, por medio del Administrador Único y Representante Legal, Edgar René Chavarría Soria, quien actuó bajo el auxilio de los abogados Eduardo René Mayora Alvarado, Norka Ivette Aragón García y Saturnino Rafael Briz Méndez; Cámara de Comercio de Guatemala, por medio del Presidente de la Junta Directiva y Representante Legal, Jorge Eduardo Briz Abularach, quien actuó bajo el auxilio de los abogados Eduardo René Mayora Alvarado, Saturnino Rafael Briz Méndez y Norka Ivette Aragón García; Credomatic de Guatemala, Sociedad Anónima, por medio del Gerente General y Representante Legal, Francisco Roberto Fuentes Bonifasi, quien actuó bajo el auxilio de los abogados Álvaro Rodrigo Castellanos Howell, Diego Alejos Rivera y Diana Paola De Mata Ruiz; Cititarjetas de Guatemala, Limitada, por medio del Gerente General y Representante Legal, Jorge

Mario Ruiz Rodas, quien actuó bajo el auxilio de los abogados Elías José Arriaza Sáenz, David Erales Jop y Erick Efrén Pérez Martínez; Banco Citibank de Guatemala, Sociedad Anónima, por medio del Gerente General y Representante Legal, José Eduardo Luna Roshardt, quien actuó bajo el auxilio de los abogados José Rolando Quesada Fernández, Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider y Alfredo Rodríguez Mahuad; Banco Promerica, Sociedad Anónima, por medio del Gerente General y Representante Legal, Edgar Rolando Bran Alvarado, quien actuó bajo el auxilio de los abogados Raúl Francisco Pimentel Mata, Mayarie Nicolle Chaclan Calvo y Astrid Zulema Pérez Pazos; y Banco de Guatemala, por medio del Vicepresidente, Sergio Francisco Recinos Rivera, quien actuó bajo el auxilio de los abogados Leonel Moreno Mérida, Gerardo Noél Orozco Godínez y César Augusto Martínez Alarcón. Es ponente en este caso la Magistrada Presidenta, Dina Josefina Ochoa Escribá, quien expresa el parecer de este Tribunal.

ANTECEDENTES

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA IMPUGNACIÓN

Lo expuesto por los accionantes, respecto del Decreto reprochado de inconstitucionalidad, se puede resumir de la siguiente manera: a) La Asociación Bancaria de Guatemala, por medio del Presidente del Consejo Directivo y Representante Legal, Luis Rolando Lara Grojec, y el Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras -CACIF-, por medio de su Presidente, Jorge Eduardo Briz Abularach expusieron que: i) la normativa objetada viola la literal a) del Artículo 171 de la Constitución Política de la República de

Guatemala, pues la potestad legislativa de decretar, reformar y modificar leyes que la Ley Fundamental otorga al Congreso de la República se debe sujetar al estricto cumplimiento de determinadas etapas y requisitos que conforman el proceso legislativo de emisión, en tal virtud, el Artículo 176 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece los parámetros básicos que regulan la conducción del proceso legislativo, y expresamente indica que presentado un proyecto de ley, se debe observar el procedimiento que regula la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, de tal cuenta que, cuando un proyecto

de ley no observa o cumple con los requisitos y fases propias de dicha normativa, se atenta directamente contra los parámetros constitucionales que rigen el proceso de formación y sanción de la ley; ii) la ley reprochada adolece de notorios vicios formales, por razón de dos cuestiones puntuales: ii.i) la aprobación por parte del Congreso de la República sin mayoría legislativa calificada de una normativa que modifica leyes de carácter financiero y bancario, pues, de conformidad con el Artículo 176 de la Ley Fundamental, toda ley debe ser conocida a través de, como mínimo, tres sesiones o discusiones ante el pleno, constituyéndose como única excepción a dicha regla, la moción privilegiada de urgencia nacional, que de conformidad con los Artículos 112 y 113 de la Ley del Organismo Legislativo, debe ser aprobada con las dos terceras partes del total de diputados del Congreso de la República de Guatemala. Adujeron que las principales leyes que regulan el ámbito financiero y bancario, fueron aprobadas mediante mayoría legislativa calificada y, por ende, para su modificación, requieren de igual mayoría. Indicaron que la normativa objetada, modifica sustancialmente tres leyes financieras y bancarias, habiendo sido aprobada, de conformidad con los Diarios de

Sesiones de tres y cinco de noviembre de dos mil quince, de la siguiente manera: el capítulo I, por mayoría absoluta, con ciento seis (106) votos; el capítulo II, con noventa y nueve (99) votos; el capítulo III, por noventa y dos (92) votos; el capítulo IV, por noventa y ocho (98) votos; el capítulo V, por noventa y dos (92) votos; el capítulo VI, por noventa y cuatro (94) votos; el capítulo VII, por ochenta y tres (83) votos; y el capítulo VIII, por ochenta y nueve (89) votos. De lo anterior, advierten, que la falta de aprobación por mayoría calificada, constituye un vicio notorio y evidente de carácter formal, suficiente para justificar la procedencia de la presente inconstitucionalidad general total; ii.ii) el incumplimiento de requisitos sustanciales que establece la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, en contravención directa del Artículo 176 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece que toda iniciativa de ley debe acatar el procedimiento de formación y sanción que prescribe la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, situación que no ocurrió en el presente caso, pues se aprobó sin dar participación ni requerir informe a los entes especializados, contraviniendo el Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el 26 literal a) de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, pues de conformidad con dichas normas, previo a iniciar la discusión del proyecto de ley, las Comisiones de Economía y Comercio Exterior y de Legislación y Puntos Constitucionales, así como el Pleno del Congreso de la República, tenían obligación de requerir un informe, para cada iniciativa, a la Junta Monetaria y a la Superintendencia de Bancos, dictámenes que no fueron requeridos, lo que resultó en un análisis viciado y limitado por parte de las comisiones de trabajo; aunado a lo anterior, al no permitirle a la Comisión de Economía y Comercio Exterior que completara su dictamen, para que se pronunciara

sobre las iniciativas de ley presentadas, se infringió el procedimiento que determina el Artículo 42 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, pues dicha comisión únicamente se pronunció respecto de una iniciativa, siendo, por lo tanto, incompleto. Agregaron que: la normativa cuestionada contraviene el debido proceso sustantivo por inobservancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pues en su Artículo 4 restringe la posibilidad de que el tarjetahabiente pueda establecer libremente el límite hasta el cual cubrirá su crédito y el extra financiamiento, lo que no es razonable con el esquema equitativo que busca crear la norma, pues se coloca en un plano de desigualdad a las partes contratantes; aunado a ello, el Artículo 6 establece un plano de desigualdad en la forma y condiciones en que se podrá dar por terminado el contrato de tarjeta de crédito; el Artículo 9 establece la obligación para el emisor de reestructurar el crédito, bastando que el tarjetahabiente considere no poder hacer efectivo el pago, sin que sea necesario que acredite dicha imposibilidad, estableciendo además condiciones específicas para realizar la reestructuración, medidas que no son razonables pues, no solo no garantizan la igualdad entre los sujetos, sino que tampoco garantizan la transparencia, pues no se sustenta el motivo para que proceda la reestructuración por parte del tarjetahabiente; los Artículos 10 y 22 estipulan límites con relación al porcentaje de interés que puede cobrarse a los tarjetahabientes, medidas que no son iguales para las partes; los Artículos 29 y 30 otorgan facultades de fiscalización a la Superintendencia de Bancos para regular a cualquier emisor de tarjeta de crédito, indistintamente que sea parte o no de una entidad financiera, permitiendo a esa entidad el libre acceso a todas las fuentes y sistemas para verificar la información proporcionada, medidas que no son razonables, en tanto son violatorias de la

autonomía del Banco de Guatemala, pues asignan atribuciones a la Superintendencia de Bancos que son propias de la Junta Monetaria; y el Artículo 43 establece que la normativa denunciada entrará en vigencia tres meses después de su publicación, tiempo restringido y limitado para la modificación sustancial que deben realizar los emisores y establecimientos afiliados; iii) contraviene el Artículo 2º Constitucional, que obliga al Estado a garantizar la seguridad y certeza jurídica; sin embargo, el Artículo 4 de la Ley objetada infringe dicho principio al imponer un régimen sancionatorio, sin tipificar las faltas ni establecer sanciones, aunado a que limita la libertad de contratación y el principio de libre autonomía de la voluntad al restringir el derecho de las personas para convenir los términos y condiciones que les parezca más convenientes en sus relaciones contractuales, sin imposiciones arbitrarias limitativas de su libertad de acción; iv) contraviene el Artículo 4 Constitucional, pues crea una desigualdad entre el tarjetahabiente y el emisor, al establecer privilegios o excepciones con el objeto de limitar o restringir el actuar de una de las partes en una relación comercial, entre el emisor y otros acreedores, y norma una exclusión arbitraria y discriminatoria al privar el goce de derechos adquiridos, pues dicha norma pretende generar una estructura legal que tenga por objeto colocar al emisor de tarjetas de crédito en un plano de notoria desigualdad, pues el tarjetahabiente será quien domine las condiciones propias de la contratación, lo que violenta el principio de autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación que rigen toda operación comercial y financiera; v) contraviene el Artículo 43 Constitucional, pues la norma cuestionada carece de legitimidad, ya que fue adoptada sin cumplir con los presupuestos básicos materiales y de forma, en contravención de los derechos, principios y atribuciones

establecidos por la Constitución Política de la República de Guatemala; vi) contraviene el Artículo 130 Constitucional, pues para aprobarla no se consultó a los entes encargados constitucionalmente de velar por la materia financiera y bancaria –Junta Monetaria, Banco de Guatemala y Superintendencia de Bancos-, además que contiene disposiciones que restringen el libre juego de la oferta y la demanda para la operación de las tarjetas de crédito, con las violaciones derivadas a la libertad individual, el sistema económico nacional y el perjuicio a los consumidores, lo que deviene de la falta de especialidad y conocimiento del Organismo Legislativo en materia financiera para la adopción de una norma de esta índole, así como la imposibilidad de determinar y medir los notorios gravámenes que la norma denunciada podría generar a la economía nacional; y vii) contraviene los Artículos 132 y 133 Constitucionales, pues se emitió una ley que regula y tiene injerencia en la política financiera del Estado, pero dicha emisión no contó con la opinión o consulta al ente constitucionalmente encargado de velar por la protección del sistema financiero -Junta Monetaria-; de tal cuenta, la norma impugnada altera sustancialmente las condiciones crediticias dentro del mercado financiero, así como las condiciones en que se maneja la liquidez y solvencia del sistema bancario y financiero, cuando el control de dichas facultades es exclusivamente reconocida a la Junta Monetaria y a los órganos que la derivan; b) Eric Jaschkowitz Schifter expuso que: i) la frase "o agregue" del inciso uno del Artículo 33, y la frase "o utilice" del inciso segundo del Artículo 33 de la norma cuestionada violan los Artículos 2º y 44 de la Ley Fundamental, pues no es razonable con la realidad jurídica que se pretende normar, pues deviene absurdo impedir que se agreguen datos o información a las bases de datos de los tarjetahabientes, como la actualización de

datos, identificación de persona, cambio de nombre, cambio de edad cambio de estado civil, traslado de lugares de residencia y trabajo, cambio de teléfonos y correos electrónicos y la variación del patrimonio, entre otros, pues la investigación para el aumento del límite del crédito y para la cobranza de saldos deudores, requiere de la actualización de información personal y patrimonial del tarjetahabiente, por lo que, su impedimento contraría la lógica y la razón; ii) la frase "o agregue datos" del inciso uno y la frase "o utilice" del inciso dos del Artículo 33 de la Ley objetada, viola los Artículos 5º y 43 de la Ley Fundamental, pues limitan la actualización de datos e información personal y crediticia de los tarjetahabientes que es estratégica para llevar a cabo la actividad empresarial de los emisores de tarjetas de crédito, así como la utilización de dichos datos e información, tanto por parte de los emisores como de los terceros contratados para actividades de cobranza de clientes que no hayan realizado los pagos correspondientes; iii) la frase "o agregue" del inciso uno del Artículo 33 de la Ley objetada, viola los Artículos 4º y 130 de la Ley Fundamental y 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, pues privilegia y discrimina, simultáneamente, ya que solamente castiga o penaliza a quienes agreguen o utilicen datos o información contenida en las bases de datos o archivos sobre tarjetahabientes que tengan los emisores de tarjetas de crédito, no así, a quienes agreguen o utilicen datos o información contenida en las bases de datos bancarias, relacionadas con créditos fiduciarios que se otorgan con motivo de la emisión de la tarjeta de crédito; iv) la palabra "honorarios" de las literales a) y b) del Artículo 40 de la Ley reprochada viola los Artículos 2º y 44 de la Ley Fundamental, pues el Artículo 102 literal g) de la Constitución Política de la República supone que son laborables las horas durante el

día y la noche, por lo que no es lógico, razonable ni coherente con la realidad jurídica, que se pretenda normar horarios inhábiles, tanto durante el día, como durante la noche, porque impediría a los patronos y trabajadores la contratación de jornadas diurnas, nocturnas y mixtas, por lo que, la norma cuestionada no se ajusta al principio de seguridad jurídica, que asegura la razonabilidad, coherencia y congruencia lógico jurídica, y por ende, deviene incompatible con los Artículos considerados violados; v) la literal b) del Artículo 40 de la Ley Impugnada, viola los Artículos 2º y 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues, fija un límite de tres comunicaciones durante el día para cobro o requerimiento de pago, sin especificar si en dichas comunicaciones se incluyen las que se llevan a cabo con el deudor o deudores y aquellas que se efectúen con el fiador o fiadores; c) la Asociación de Emisores de Medios de Pago de Guatemala, por medio del Presidente de la Junta Directiva y Representante Legal, Juan Bernardo Rivera Nuila, indicó que: i) la norma tachada de inconstitucional contraviene los Artículos 132 primer párrafo, 133 tercer párrafo y 134 segundo párrafo, de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues su espíritu está fundamentado en las disposiciones de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, cuyo texto normativo fue aprobado, por mandato constitucional, por mayoría calificada (por lo menos las dos terceras partes del número total de diputados al Congreso de la República), según consta en el Artículo 131 de dicha ley, por lo que, al no haber sido la norma reprochada, aprobada por la misma mayoría, la misma resulta inconstitucional; ii) aunado a lo anterior, en los Artículos 29, 30, 38 y 39 de la Ley de Tarjeta de Crédito, se establecen o determinan nuevas funciones o atribuciones para la Superintendencia de Bancos, específicamente la

vigilancia o inspección de las entidades emisoras de tarjetas de crédito, recabar y dar acceso a la información relacionada con los emisores de tarjetas de crédito y con las operaciones de tarjeta de crédito, así como la potestad de sancionar el incumplimiento de disposiciones con relación a esta materia y en función de su ley orgánica y de conformidad con el primer párrafo del Artículo 132 y el tercer párrafo del Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y los Artículos 36 y 40 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, las funciones de inspección y vigilancia de la Superintendencia de Bancos, como órgano dependiente de la Junta Monetaria, incluyen la supervisión de la emisión y operación de tarjeta de crédito que llevan a cabo las empresas especializadas en servicios financieros, que sean parte de grupos financieros. De lo anterior, se establece que, a través de la norma cuestionada se están modificando, por adición, las funciones y competencias taxativamente expresadas en la Ley Suprema, la Ley de Bancos y Grupos Financieros y la Ley de Supervisión Financiera, estas dos últimas, aprobadas por mayoría calificada de los diputados al Congreso de la República, situación que no fue así en el caso de la Ley de Tarjeta de Crédito pues, según consta en las fases cuarta, quinta, sexta y séptima de la sesión ordinaria número quince (15) de la Séptima Legislatura del Congreso de la República de Guatemala, contenida en el Tomo uno del Diario de Sesiones del Congreso de la República de Guatemala, si bien el Decreto reprochado fue declarado de urgencia nacional con el voto favorable de ciento doce (112) diputados al Congreso de la República, los Artículos del 3 al 43 de dicha normativa no fueron aprobados con, por lo menos, el voto favorable de ciento cinco (105) diputados al Congreso de la República; pues los Artículos fueron aprobados de la siguiente manera: los Artículos 1 y 2 de dicha

Ley, con el voto favorable de ciento seis (106) diputados al Congreso de la República; los Artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 (capítulo II), con el voto favorable de noventa y nueve (99) diputados; los Artículos 11 y 12 (capítulo III), con el voto favorable de noventa y dos (92) diputados; los Artículos del 13 al 24 (Capítulo IV), con el voto favorable de noventa y ocho (98) diputados; los Artículos 25, 26, 27 y 28 (capítulo V), con el voto favorable de noventa y dos (92) diputados; los Artículos 29 y 30 (capítulo VI), fueron aprobados con el voto favorable de noventa y cuatro (94) diputados; los Artículos 31, 32, 33, 34, 35 y 36 (capítulo VII), fueron aprobados con el voto favorable de ochenta y tres (83) diputados; y los Artículos 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 43 (capítulo VIII), con el voto favorable de ochenta y nueve (89) diputados. De esa cuenta, al no haberse aprobado la normativa impugnada con el voto favorable de por lo menos ciento cinco (105) diputados al Congreso de la República, no se ajustó a lo dispuesto por el párrafo primero del Artículo 132, párrafo tercero del Artículo 133 y párrafo segundo del Artículo 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que ordenan que dicha ley debió haber sido aprobada con el voto favorable de, por lo menos, las dos terceras partes del total de diputados al Congreso de la República, o sea, con el voto favorable de, por lo menos, ciento cinco (105) diputados al Congreso de la República, de los ciento cincuenta y ocho (158); iii) el Artículo 2 de la Ley tachada de inconstitucional, específicamente el apartado que indica "fecha límite de pago", viola los Artículos 2º, 3º, 5º, 43 y 119 literales a), k) y l) de la Constitución Política de la República de Guatemala, puesto que: iii.i) en cuanto a los Artículos 2º y 3º de la Ley Fundamental, pues carece de razonabilidad, ya que el legislador está asumiendo como "fecha límite de pago" la "fecha de pago total" de los consumos efectuados por los

tarjetahabientes, excluyendo la posibilidad de hacer pagos parciales de dichos consumos, y el correspondiente endeudamiento y cargo de intereses, que es la razón de ser de la emisión y uso de una tarjeta de crédito; iii.ii) viola el Artículo 5º de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues al normarse como fecha límite de pago la establecida por el emisor para que el tarjetahabiente efectúe los pagos correspondientes a su estado de cuenta, sin que incurra en pago de intereses y mora por el uso de la línea de crédito contratada, no solo no se está asumiendo ni incluyendo el pago parcial de los consumos, sino que tampoco la posibilidad de amortización, mediante el pago por abonos del saldo deudor y el correspondiente pago de intereses; iii.iii) viola el Artículo 43, y las literales a), k) y l) del Artículo 119 de la Ley Fundamental, pues al no incluirse el pago parcial y el pago de intereses, se perjudica el lucro de los emisores de tarjetas de crédito, que se utilizan para pagar los costos que genera la obtención de los recursos que debe asumir en la administración de los ingresos, y el precio que recibe por su colocación en manos de terceros, lo que resulta contrario al espíritu de los preceptos constitucionales; iv) el Artículo 9 párrafo primero de la Ley objetada de inconstitucional, específicamente la disposición que indica "en ambos casos, no se requiere de fiador ni se generan intereses", viola los Artículos 2º, 3º, 5º, 43 y 119 literales a), k) y l) de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues se está excluyendo la posibilidad de cobrar intereses por los fondos prestados a los tarjetahabientes, lo que perjudica el lucro que los emisores de tarjetas de crédito deben tener al asumir el riesgo de ofrecer su capital en manos de terceros; v) el Artículo 11 párrafo primero de la Ley de Tarjeta de Crédito viola los Artículos 4º, 5º, 15, 43, 119 literales a), k) y l) y 130 de la Constitución Política

de la República de Guatemala, y 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, pues al fijar la disposición cuestionada una tasa de interés máxima a cobrar a los tarjetahabientes, sin tomar en cuenta que el lucro de este tipo de empresas, deviene de la diferencia existente entre los costos que debe pagar por la obtención de los recursos o que debe asumir en la administración de los mismos, y el precio que recibe de su colocación en manos de terceros, imposibilita el lucro legítimo de los emisores de tarjetas de crédito, pues las tasas de interés que se cobran responden a los altos costos operativos y financieros de dichas empresa, así como los altos niveles de mora que manejan; vi) el Artículo 11 párrafo segundo de la Ley de Tarjeta de Crédito viola los Artículos 2º y 3º de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues al impedir que los emisores de tarjetas de crédito cobren intereses a los usuarios de crédito a partir de la fecha de corte, en la que efectivamente se otorga el crédito correspondiente, se merma la remuneración legítima a que tiene derecho el emisor (acreedor) por concepto de prestar dinero al tarjetahabiente, lo que deviene irrazonable e incoherente con la realidad jurídica que se pretende normar, por no ajustarse al principio de seguridad jurídica; vii) la frase "no podrán cobrarse comisiones, servicios adicionales u otros cargos" del Artículo 11 párrafo quinto de la Ley objetada, viola los Artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 15, 43 y 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, pues la norma no es razonable al oponerse con los Artículos 2, 8, 20, 21, 23, 24, 25 y 29 de la misma Ley, que admiten el cobro de comisiones, cargos administrativos y por servicios, así como otros cargos aplicables a las tarjetas de crédito, considerando que en el marco de la contradicción de lo lógico jurídico, dos normas que se oponen cuando,

teniendo ámbitos iguales de validez material, espacial y temporal, una permite y la otra prohíbe a los mismos sujetos la misma conducta, lo que es inconstitucional; viii) la oración que indica "el interés por mora no se podrá seguir aplicando a partir del día que el tarjetahabiente realice el pago del saldo correspondiente" del Artículo 12 de la Ley de Tarjeta de Crédito, viola los Artículos 2º y 3º de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues impide a los emisores de las tarjetas de crédito que cobren intereses sobre el saldo deudor parcialmente financiado a los tarjetahabientes, lo que deviene irrazonable e incoherente con la realidad jurídica que se pretende normar; en tanto no se ajusta al principio de seguridad jurídica; y ix) la frase "si el emisor comprueba la improcedencia del reclamo puede aplicar únicamente la tasa de interés al saldo del reclamo, por el plazo transcurrido entre el reclamo y la comunicación por escrito del rechazo de la objeción; este plazo no podrá exceder de los cuarenta y cinco (45) días" del cuarto párrafo del Artículo 16 de la Ley de Tarjeta de Crédito, contraviene los Artículos 2º y 3º de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues debe tenerse presente que el negocio o la operación de crédito se caracteriza por un desfase en el tiempo, entre el momento de recibir la propiedad del dinero y aquel en el que es necesario restituir una cantidad equivalente, y que el interés es la obtención de una remuneración en concepto de contraprestación al sacrificio que supone el que el acreedor se desprenda de un bien productivo de su patrimonio durante un cierto tiempo, para permitir que el deudor lucre por esa circunstancia; es decir, que es el reconocimiento del valor que el tiempo tiene en los negocios de crédito, por lo que la disposición legal cuestionada no es razonable con lo que se pretende normar, toda vez que el legislador está impidiendo que los emisores de tarjetas de crédito cobren

intereses sobre el saldo deudor a los tarjetahabientes, cuyo reclamo y objeción fuere improcedente durante todo el plazo que transcurra entre la fecha de corte y el efectivo pago del adeudo, que es la remuneración legítima y lógica derivada de la colocación de recursos financieros a través de la emisión y uso de la tarjeta de crédito; d) Banco Industrial, Sociedad Anónima, por medio del Administrador Único y Representante Legal, Luis Rolando Lara Grojec, indicó que: i) el párrafo tercero del Artículo 3 de la Ley de Tarjeta de Crédito contraviene los Artículos 43, 130 y 119 literal k) de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues: i.i) en cuanto al Artículo 43, constituye una limitación irrazonable e inidónea a la libertad de comercio, específicamente a la libertad de contratación, ya que impone a las partes de la relación contractual una forma específica y arbitraria de regular las modificaciones al límite de crédito, impidiendo, sin fundamento alguno, que las partes convengan otros términos; i.ii) contraviene el Artículo 130 Fundamental puesto que los mecanismos y plazos normados generan riesgos de crédito para los emisores, que no pueden ser soslayados al impedirse determinar la tasa de interés que deban proponer a la totalidad del conglomerado de sus tarjetahabientes, y de ese modo, trasladar a otros el costo de esos riesgos; i.iii) infringe la literal k) del Artículo 119 de la Ley Fundamental al disponer que los emisores deben notificar al tarjetahabiente varias veces, por todos los medios disponibles, cada modificación, pues impone una carga ambigua y desproporcionada que desalienta la inversión y conduce a resultados contrarios al propósito de establecer un esquema equitativo, que garantice los derechos y la transparencia en las relaciones entre los emisores, tarjetahabientes y los establecimientos afiliados, que es uno de los objetos de la ley; ii) el párrafo segundo del Artículo 4 de la norma reprochada infringe el

Artículo 43 de la Ley Fundamental, pues impide de un modo arbitrario que se concedan mayores límites de crédito con bases financieramente válidas a los tarjetahabientes que si puede concedérseles, siendo un daño para ellos y para los emisores, pues no pueden acceder al crédito que necesitan por impedimento de la norma refutada; iii) el Artículo 9 de la ley refutada viola los Artículos 43, 130 y 119 literal k) de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues al establecer el ciento cincuenta por ciento (150%) del límite de crédito, da lugar a una reestructuración de deuda inexistente, constituyendo esto un incentivo poderoso para que cualquier tarjetahabiente busque financiar determinados consumos sin necesidad de fiador a interés cero (0), de modo que la cuota para reparar el financiamiento, no supere el veinte por ciento de sus ingresos; iv) el primer párrafo del Artículo 11 de la Ley reprochada contraviene los Artículos 43, 130 y 119 literal k) de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues se les impide a las partes de la relación contractual pactar libremente los intereses por la financiación del crédito que, voluntariamente, quisiera tomar el tarjetahabiente; v) el segundo párrafo del Artículo 11 de la Ley objetada, viola el Artículo 43 de la Ley Fundamental, pues les impide a las partes de la relación contractual, pactar libremente los términos de cálculo y períodos de tiempo por los cuales se aplican los intereses; vi) los párrafos tercero y cuarto del Artículo 16 de la Ley de Tarjeta de Crédito, viola los Artículos 43 y 130 constitucionales, pues el hecho que cualquier tarjetahabiente pueda objetar cargos, prolongando automáticamente el plazo para pagar la deuda, sin cubrir más que la tasa de interés contractual ordinaria, sería un incentivo inidóneo para conseguir el esquema de equidad que el legislador afirma que procura obtener mediante la promulgación de la Ley, aunado a que genera costos

potenciales que los emisores tienen que intentar cuantificar y, para solventar tal situación, distribuir entre las tasas de interés y demás cargos por los servicios que presten a la totalidad del conglomerado de tarjetahabientes que tengan; y vii) el segundo párrafo del Artículo 38 de la Ley objetada infringe el Artículo 43 y la literal k) del Artículo 119 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues toda la carga de la capacitación prevista recae solamente sobre una de las partes, cuando el beneficio alcanza principalmente a la parte que no soporta el costo de la capacitación, desalentando así la inversión; e) Contecnica, Sociedad Anónima, por medio del Administrador Único y Representante Legal, Edgar René Chavarría Soria, indicó:

i) el tercer párrafo del Artículo 3 de la Ley cuestionada, viola los Artículos 43, 130 y la literal k) del Artículo 119 de la Ley Fundamental, pues: i.i) en cuanto al Artículo 43 Fundamental; al imponer a las partes de la relación contractual, una forma específica y arbitraria de regular las modificaciones al límite de crédito, sin fundamento alguno en consideraciones técnico financieras, impide que las partes convengan otros términos; i.ii) respecto al Artículo 130 Constitucional, se impone mecanismos y plazos ajenos a los que se pueden convenir en el ámbito de un mercado libre; y i.iii) referente a la literal k) del Artículo 119 Constitucional, al crear costos arbitrarios para la regulación de las modificaciones a los límites de crédito, pueden generar pérdidas para los emisores de las tarjetas de crédito, desalentando la inversión de este tipo de actividades productivas; ii) el segundo párrafo del Artículo 4 de la Ley reprochada viola el Artículo 43 Constitucional al impedir a las partes de la relación contractual, una forma específica de regular el importe del límite de crédito y del extra financiamiento; iii) el Artículo 9 de la ley tachada, viola los Artículos 43, 130 y la literal k) del Artículo 119 de la

Constitución Política de la República de Guatemala, pues al establecer el ciento cincuenta por ciento (150%) del límite de crédito como magnitud que deba, da lugar a una reestructuración de deuda inexistente, constituyendo esto un incentivo poderoso para que cualquier tarjetahabiente busque financiar determinados consumos, sin necesidad de fiador a interés cero, de modo que la cuota para reparar el financiamiento, no supere el veinte por ciento (20%) de sus ingresos; iv) el primer párrafo del Artículo 11 de la Ley objetada viola los Artículos 130 y 43 Constitucionales, al limitar el interés al doble de la tasa de interés anual activa promedio ponderada del sistema bancario nacional, sea en moneda nacional o extranjera, puede o no ser razonable para el financiamiento del consumo utilizando la tarjeta de crédito, por lo que el límite puesto a dicha tasa la convierte en arbitraria; v) el segundo párrafo del Artículo 11 de la Ley cuestionada viola el Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues impide a las partes de la relación contractual pactar libremente los términos de cálculo y períodos de tiempo por los cuales se aplican los intereses; vi) los párrafos tres y cuatro del Artículo 16 de la Ley reprochada viola los Artículos 43 y 130 Constitucionales, porque crea incentivos para que los tarjetahabientes actúen a costa de los emisores, dado que, al poder cualquier tarjetahabiente objetar cargos, prolongando automáticamente el plazo para pagar la deuda sin cubrir más que la tasa de interés contractual ordinaria, es un incentivo inidóneo para conseguir el esquema de equidad que el legislador afirma, procura obtener mediante la promulgación de la ley; vii) el segundo párrafo del Artículo 38 de la Ley refutada viola la literal k) del Artículo 119 de la Ley Fundamental, pues impone únicamente a una de las partes el costo de llevar a cabo la capacitación a la otra parte, siendo la segunda la que más se beneficia

con dicha capacitación; f) la Cámara de Comercio de Guatemala, por medio del Presidente de la Junta Directiva y Representante Legal, Jorge Eduardo Briz Abularach, indicó que la Ley de Tarjeta de Crédito es inconstitucional, pues viola el Artículo 132, tercer párrafo del Artículo 133 y el segundo párrafo del Artículo 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues a través de la norma reprochada se están modificando, por adición, las funciones y competencias de la Superintendencia de Bancos, Junta Monetaria y el Banco de Guatemala, taxativamente expresadas en la Ley Suprema, la Ley de Bancos y Grupos Financieros y la Ley de Supervisión Financiera, estas últimas, aprobadas por mayoría calificada de los diputados al Congreso de la República, situación que no sucedió con la normativa refutada, pues, según consta en las fases cuarta, quinta, sexta y séptima de la sesión ordinaria número quince (15) de la Séptima Legislatura del Congreso de la República de Guatemala, contenida en el Tomo uno del Diario de Sesiones del Congreso de la República de Guatemala, si bien el Decreto objetado fue declarado de urgencia nacional con el voto favorable de ciento doce (112) diputados al Congreso de la República, los Artículos del 3 al 43 de dicha normativa no fueron aprobados con, por lo menos, el voto favorable de ciento cinco (105) diputados al Congreso de la República; los Artículos 1 y 2 de dicha Ley fueron aprobados con el voto favorable de ciento seis (106) diputados al Congreso de la República; los Artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 (capítulo II), fueron aprobados con el voto favorable de noventa y nueve (99) diputados; los Artículos 11 y 12 (capítulo III), fueron aprobados con el voto favorable de noventa y dos (92) diputados; los Artículos, del 13 al 24 (Capítulo IV), fueron aprobados con el voto favorable de noventa y ocho (98) diputados; los Artículos 25, 26, 27 y 28 (capítulo V), fueron aprobados con el voto

favorable de noventa y dos (92) diputados; los Artículos 29 y 30 (capítulo VI), fueron aprobados con el voto favorable de noventa y cuatro (94) diputados; los Artículos 31, 32, 33, 34, 35 y 36 (capítulo VII), fueron aprobados con el voto favorable de ochenta y tres (83) diputados; y los Artículos 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 43 (capítulo VIII), fueron aprobados con el voto favorable de ochenta y nueve (89) diputados; por lo tanto, la normativa completa -todas las disposiciones legales- no fue aprobada con el voto favorable de, por lo menos, las dos terceras partes del número total de diputados al Congreso de la República -mayoría calificada-, y, consecuentemente, en la aprobación de dicha ley se violaron flagrantemente las disposiciones constitucionales invocadas; g) Credomatic de Guatemala, Sociedad Anónima, por medio del Gerente General y Representante Legal, Francisco Roberto Fuentes Bonifasi, indicó que: i) el noveno párrafo del Artículo dos de la Ley objetada contraviene el Artículo 43 Constitucional, pues al definir "fecha límite de pago" establece que es la fecha establecida por el emisor para que el tarjetahabiente efectúe los pagos correspondientes a su estado de cuenta, sin que incurra en pago de intereses y mora por el uso de la línea de crédito, lo que supone que en la fecha límite de pago, el emisor no puede cobrar al tarjetahabiente intereses y mora, no obstante que este haya efectuado el pago del cien por ciento (100%) de lo adeudado; es decir, que se está obligando al emisor a otorgar un financiamiento sin costo alguno al tarjetahabiente, a partir del consumo hasta la fecha límite de pago, cuando el tarjetahabiente no pague al contado; ii) la frase "por todos los medios disponibles al tarjetahabiente con cuarenta y cinco (45) días de anticipación" del Artículo 3 de la Ley reprochada, viola el Artículo 2º de la Ley Fundamental, al establecer que todo cambio en las estipulaciones y términos del

contrato debe ser notificado varias veces por el emisor al tarjetahabiente "por todos los medios disponibles", lo que deviene impreciso, pues en el caso que el tarjetahabiente no se manifieste sobre los cambios que le ha notificado el emisor, se considerará que el tarjetahabiente no ha aceptado las modificaciones y cambios, y la no aceptación de los mismos, constituye una causal de terminación del contrato; iii) el segundo párrafo del Artículo 4 de la norma objetada viola los Artículos 4º y 43 de la Constitución Política de la República, pues: iii.i) en cuanto al Artículo 4 Fundamental, pues establece que el límite de crédito y de extra financiamiento otorgado al tarjetahabiente, no debe exceder del doble de sus ingresos mensuales, toda vez que le excluye automáticamente de la posibilidad de acceder a un financiamiento por medio de una tarjeta de crédito, a todos aquellos sujetos que, no obstante cuentan con la capacidad económica suficiente para ser sujetos de crédito, no reciben ingresos mensuales, aunado a establecer de forma arbitraria e injustificada el límite del doble de ingresos mensuales para el otorgamiento del crédito y extra financiamiento en el caso de los emisores de tarjetas de crédito, y no así, para el resto de sujetos que otorgan financiamientos; iii.ii) en lo que refiere al Artículo 43 Constitucional, pues impone al emisor el límite máximo de crédito y extra financiamiento que puede otorgar a sus operaciones comerciales, cuando dicho límite máximo, en todo caso, se determina natural y espontáneamente, según las políticas de riesgos de las entidades emisoras y consecuentemente, según el riesgo que cada tarjetahabiente represente para el emisor; iv) la frase "con cuarenta y cinco (45) días de anticipación" del Artículo 6 de la Ley de Tarjeta de Crédito, viola el Artículo 43 Constitucional, pues obliga al emisor a continuar con su relación contractual con el tarjetahabiente por cuarenta y cinco (45) días más después de haber tomado la

decisión de dar por terminado el contrato; v) el Artículo 9 de la Ley refutada viola los Artículos 2º, 4º, 12, 43, y 44 de la Ley Fundamental, pues: v.i) en cuanto al Artículo 43, ya que obliga al emisor de la tarjeta de crédito a continuar con su relación contractual con el tarjetahabiente, a pesar de su incumplimiento, a través de la reestructuración de su deuda, porque el tarjetahabiente considera que ya no puede pagar sus obligaciones en la forma pactada; v.ii) en lo referente al Artículo 2º Constitucional pues, no es coherente, razonable, ni garantiza seguridad ni estabilidad, tanto en su redacción, como en su interpretación, al condicionar la aplicación de la consecuencia de la norma, a un acto subjetivo totalmente dependiente de la voluntad del tarjetahabiente y no del cumplimiento de parámetros claros y previamente establecidos en la norma; v.iii) en lo que concierne al Artículo 44 de la Ley Fundamental, ya que establece una causal que obliga al acreedor a renegociar los términos de un acuerdo con su deudor, que es totalmente subjetivo, al establecer que debe renegociarse cuando el deudor considere que no puede pagar, lo que impone un parámetro discrecional sin necesidad de comprobación fáctica anterior o ulterior y obliga a llegar a un acuerdo extrajudicial sin requerir el consentimiento del acreedor; v.iv) respecto del Artículo 12 Constitucional, pues se priva al acreedor de sus derechos conforme el contrato original, y se le obliga a reestructurar la deuda con la simple manifestación del deudor, privándolo de sus derechos contractuales sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante Juez, ya que no preve un proceso judicial por medio del cual se puedan hacer valer los derechos del acreedor; v.v) en cuanto al Artículo 4º de la Ley Fundamental, pues le otorga un tratamiento diferente a los emisores de las tarjetas de crédito frente al resto de sujetos que se dedican a otorgar créditos y, financiamientos, cuando la actividad

que llevan a cabo es exactamente la misma y por ende, se encuentran sujetos a las mismas condiciones y circunstancias en su actividad comercial; vi) el Artículo 11 de la Ley refutada viola los Artículos 2º, 4º y 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues: vi.i) en lo que refiere al Artículo 2º Fundamental, se establece un límite máximo a la tasa de interés anual que los emisores de tarjetas de crédito pueden aplicar a saldos en moneda nacional y extranjera en concepto de financiamiento, durante un mes calendario, sin utilizar ningún parámetro técnico y objetivo que sirva como fundamento para establecer dicho límite, al tenor del principio de seguridad jurídica; vi.ii) viola el Artículo 4º de la Constitución Política de la República de Guatemala, al regular una desigualdad entre los comerciantes que se dedican a operaciones de tarjeta de crédito, y el resto de comerciantes de tal giro que pueden fijar libremente los tipos de interés en sus actividades comerciales; vi.iii) viola el Artículo 43 Constitucional, al estipular que los intereses solo pueden cobrarse después de la fecha límite de pago, y no que se pueden generar y cobrar desde el momento en que se dio el consumo por el tarjetahabiente, que es cuando se está dando real y efectivamente el financiamiento por parte del emisor; vii) el Artículo 12 de la Ley refutada viola los Artículos 2º,, 4º y 43 de la Ley Fundamental, pues: vii.i) viola el Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al establecer que la tasa de interés por mora será equivalente a un porcentaje sobre el saldo, el cual no podrá exceder a la tasa de interés por financiamiento pactada, pues regula un límite máximo a la tasa de interés por mora, cuando la determinación de la misma, por su propia naturaleza, dependerá del riesgo que el tarjetahabiente represente al emisor, en cuanto a la puntualidad en el cumplimiento de sus obligaciones; vii.ii) viola el Artículo 4º

Constitucional, porque crea una desigualdad entre los comerciantes, al prohibírseles únicamente a los emisores de tarjetas de crédito, la capitalización de los intereses por mora, cuando el Artículo 691 del Código de Comercio de Guatemala, preceptúa que en las obligaciones mercantiles se podrá pactar la capitalización de intereses, siempre que la tasa no sobrepase el promedio ponderado que apliquen los bancos en sus operaciones activas, en el período de que se trate; vii.iii) viola el Artículo 2º de la Constitución Política de la República de Guatemala, por no ser claro con respecto a cómo deben calculares los intereses por mora, y por ende, genera inestabilidad en cuanto sus efectos y aplicación; viii) el Artículo 14 de la norma objetada viola el Artículo 2º Constitucional, genera inseguridad e inestabilidad para el emisor, al imponerle la obligación de velar por que cada consumo del tarjetahabiente cuente con el comprobante correspondiente, toda vez que, es el tarjetahabiente y no el emisor, quien realiza los consumos, y por lo tanto, quien recibe en cada transacción y establecimiento los comprobantes correspondientes por parte del proveedor; ix) el Artículo 19 de la norma refutada viola el Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, impone a los emisores de las tarjetas de crédito la obligación de contratar un seguro para la cobertura de riesgos para todos los casos y sin excepción alguna, sobrepasando y anulando la voluntad de las partes; y x) el Artículo 40 de la Ley de Tarjeta de Crédito, viola el Artículo 43 de la Ley Fundamental, al prohibir a los emisores de tarjetas de crédito que efectúen comunicaciones con el objeto de cobrar a personas distintas del deudor o a quienes les fían, pues se les está impidiendo el ejercicio de una facultad legítima e inherente derivada del contrato de tarjeta de crédito en virtud del cual se acuerda que en caso el tarjetahabiente no pueda hacer efectiva la deuda

contraída, será el fiador quien responderá por la misma o que, en caso el emisor no pueda contactar o ubicar al tarjetahabiente para efectos de efectuar el cobro correspondiente, este podrá comunicarse con alguna de las referencias personales o familiares otorgadas por el mismo deudor al celebrar el contrato, en aras de que el emisor pueda recuperar su crédito, efecto y facultad natural y propia de este tipo de contrato; h) Cititarjetas de Guatemala, Limitada, por medio del Gerente General y Representante Legal, Jorge Mario Ruiz Rodas, indicó que la norma tachada de inconstitucional contraviene los Artículos 132, 133 y 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque contiene reformas tácitas y expresas a la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, Ley de Bancos y Grupos Financieros y a la Ley de Supervisión Financiera, que fueron aprobadas por mayoría calificada; es decir, mediante un proceso legislativo calificado, en tanto la Ley de Tarjeta de Crédito, según lo expresa en su Artículo 43, solamente fue declarada de urgencia nacional con el voto de las dos terceras partes de total de diputados; es decir, no fue aprobada en su totalidad con la misma mayoría que los cuerpos normativos cuya materia pretende regular; i) Banco Citibank de Guatemala, Sociedad Anónima, por medio del Gerente General y Representante Legal, José Eduardo Luna Roshardt indicó que: i) el segundo párrafo del Artículo 4 de la Ley refutada viola los Artículos 4º, 5, 39, 43 y 44 de la Ley Fundamental pues: i.i) viola el Artículo 4 Constitucional ya que excluye automáticamente la posibilidad de acceder a un financiamiento, por medio de una tarjeta de crédito, a todos aquellos sujetos que, no obstante cuentan con la capacidad económica suficiente para ser sujetos de crédito, no reciben ingresos suficientes, aunado a que limita únicamente a los emisores de tarjetas de crédito a otorgar créditos

no mayores al doble de los ingresos, no así a los demás sujetos que otorgan financiamientos; i.ii) en lo que refiere al Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, impone al emisor el límite máximo de crédito y extra financiamiento que puede otorgar a sus operaciones comerciales, cuando dicho límite máximo, en todo caso, se determina natural y espontáneamente, según las políticas de riesgo de las entidades bancarias y, consecuentemente, según el riesgo que cada tarjetahabiente represente al emisor; i.iii) referente al Artículo 39 Constitucional, limita el crédito al doble de los ingresos mensuales del tarjetahabiente, lo que afecta su posibilidad de disponer del monto del crédito para obtener bienes y servicios por parte de terceros; i.iv) en cuanto al Artículo 5º de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues limita los montos sobre los cuales dos sujetos de derecho civilmente capaces pueden tomar decisiones por sí mismos; y i.v) respecto al Artículo 44 Constitucional, indicó que no tiene relación adecuada con el fin que se pretende lograr, ya que, en vez de proteger a las personas que pueden verse en la necesidad de obtener un crédito por razones de urgencia, tendrían que hacerlo por otros medios y ante personas no reguladas; con esto, se logra un resultado adverso, colocándolos en mayor riesgo y, por lo tanto, no es razonable; ii) la frase "cuarenta y cinco días" del último párrafo del Artículo 6 de la Ley de Tarjeta de Crédito, viola el Artículo 43 de la Ley Fundamental, pues obliga al emisor a continuar con su relación contractual con el tarjetahabiente por el plazo de cuarenta y cinco (45) días más, después de haber tomado la decisión de dar por terminado el contrato; iii) el Artículo 9 de ley objetada viola los Artículos 2º, 4º, 12, 39, 43 y 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues: iii.i) en cuanto al Artículo 2º Constitucional, se condiciona la

aplicación de la consecuencia de la norma a un acto subjetivo totalmente independiente de la voluntad de una de las partes contratantes; es decir, la voluntad del tarjetahabiente y no del cumplimiento de parámetros claros y previamente establecidos de la norma, condicionando la reestructuración de la deuda a la consideración personal y subjetiva de cada tarjetahabiente, sin establecer parámetros claros y mínimos para ello; iii.ii) respecto del Artículo 44 de la Ley Fundamental, pues obliga a una parte a aceptar un hecho que queda a entera discreción de la otra y otorga al deudor los beneficios de un fallido insolvente, sin ninguno de los procesos para verificar que tal cuestión acaezca, o las obligaciones que la legislación impone a quienes se encuentran en esas circunstancias; iii.iii) en lo referente al Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, restringe al acreedor de sus derechos conforme el contrato original, y obliga a reestructurarlo con la simple manifestación del deudor, privándosele de sus derechos contractuales, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante Juez; iii.iv) en relación al Artículo 4 de la Norma Suprema, concede al tarjetahabiente la facultad de cambiar unilateralmente, y bajo un parámetro subjetivo, los términos de un acuerdo libremente pactado, discriminando al acreedor, porque lo coloca en una situación de desventaja dentro de la relación contractual, toda vez que este deberá, no solo reestructurar la deuda, sino además, realizarlo a favor del deudor insolvente, cuando este así lo considere; iii.v) en cuanto al Artículo 43 Constitucional, al obligar al emisor a continuar su relación contractual con el tarjetahabiente, a pesar de su incumplimiento, a través de la reestructuración de su deuda, basado en que este último considera que es incapaz de pagar sus obligaciones en la forma pactada; iii.vi) respecto del Artículo 44 de la Ley Fundamental, obliga al acreedor a aceptar un

convenio con un deudor que ya ha demostrado incumplir con el acuerdo original, sin poder exigir que el fiador garantice la obligación adquirida previamente; y iii.vii) referente al Artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al permitir al deudor de un contrato de tarjeta de crédito anular su promesa y obligar al acreedor a renegociar la deuda, le impide cobrar intereses y garantizar la promesa de pago a futuro por medio de un fiador; iv) las frases: "el doble del último valor correspondiente a la tasa de interés anual activa promedio ponderada del sistema bancario en moneda nacional publicada por el Banco de Guatemala"; "el doble del último valor correspondiente a la tasa de interés anual activa promedio ponderada del sistema bancario en moneda extranjera publicada por el Banco de Guatemala"; "Si el tarjetahabiente cancela su saldo o realiza un pago parcial sobre su saldo entre la última fecha límite de pago y la siguiente fecha de corte, el interés por financiamiento se aplicará al saldo de los días del crédito utilizado manteniendo durante ese período; el interés se aplica sobre el saldo permanente de una vez, descontando el pago realizado"; y "Los intereses por financiamiento no podrán capitalizarse en ninguna forma. No podrán cobrarse comisiones, servicios adicionales y otros cargos." del Artículo 11 de la Ley de Tarjeta de Crédito, violan los Artículos 2º, 4º, 5º, 39, 43, 118, 119 literales a), s) k), l) y n), 132 y 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues: iv.i) en cuanto al Artículo 4º Constitucional, ya que establecen una desigualdad entre los comerciantes que se dedican a operaciones de tarjeta de crédito, y el resto de comerciantes que pueden fijar libremente los tipos de interés en sus actividades comerciales; iv.ii) respecto del Artículo 43 de la Ley Fundamental, establece un límite máximo a los montos de interés que pueden ser libremente pactado

en un contrato por dos sujetos civilmente capaces. Esta limitación invade la esfera de actuación contractual regida por la autonomía de la voluntad; iv.iii) referente al Artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala, determina un monto máximo a los intereses que pueden pactarse dentro de un contrato de tarjeta de crédito, limitando el monto de los frutos que pueden percibirse por un propietario que haya libremente decidido disponer de sus bienes dentro de esta relación; iv.iv) en relación a los Artículos 118 y 119 literales a), d), k), l) y n) de la Ley Fundamental, pues fijan una tasa de interés injustificada dentro de una economía social de derecho que afecta gravemente los derechos de los agentes económicos; iv.v) en cuanto a los Artículos 132 y 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues, al fijar las normas Fundamentales las áreas de competencia exclusiva de la Junta Monetaria, dichas funciones no pueden ser asumidas por otras autoridades dentro del Estado; iv.vi) respecto del Artículo 2º de la Ley Fundamental, porque al establecer un límite máximo a la tasa de interés anual que los emisores de tarjetas de crédito pueden aplicar a saldos en moneda nacional y extranjera en concepto de financiamiento durante un mes calendario, lo hacen de forma arbitraria, sin utilizar ningún parámetro técnico y objetivo que sirva como fundamento para establecer dicho límite, tal y como lo exige el principio de seguridad jurídica; iv.vii) en lo que concierne al Artículo 5º Constitucional, afecta una esfera de la autonomía privada de manera desproporcionada, sin una justificación razonable conforme los valores que acoge el Texto Magno. Además, no es necesaria y resulta desproporcionada, puesto que existen otros remedios en las leyes existentes, incluyendo la misma Ley de Tarjeta de Crédito, para resguardar a los tarjetahabientes contra potenciales agravios, sin afectar a la

generalidad de los contratantes; v) la frase "el cual no podrá exceder a la tasa de interés por financiamiento pactada. Estos cargos no podrán capitalizarse y sobre el monto del interés por mora no podrá aplicarse la tasa de interés" del Artículo 12 de la Ley de Tarjeta de Crédito, viola los Artículos 2º, 4º y 43, de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues: v.i) en cuanto al Artículo 43 Constitucional, establece que la tasa de interés por mora no podrá aplicarse a la tasa de interés; v.ii) en relación al Artículo 4º de la Ley Fundamental, pues establece una desigualdad entre los comerciantes, al prohibirles únicamente a los emisores de tarjetas de crédito la capitalización de los intereses por mora, el cual está permitido por el Artículo 691 del Código de Comercio de Guatemala; v.iii) viola el Artículo 2º Constitucional, porque no es claro respecto a su interpretación y, por ende, genera inestabilidad en cuanto a sus efectos y aplicación; v.iv) el Artículo 14 de la Ley de Tarjetas de Crédito, viola el Artículo 2º Constitucional, ya que es incoherente y, por lo tanto, genera inseguridad e inestabilidad para el emisor, al imponerle la obligación de velar por que cada consumo del tarjetahabiente cuente con el comprobante correspondiente, toda vez que, es este último y no el emisor, quien realiza los consumos y recibe, en cada transacción y establecimiento, los comprobantes correspondientes por parte de cada proveedor; v.v) la frase "Fecha límite de pago: Fecha establecida por el emisor para que el tarjetahabiente efectúe los pagos correspondientes a su estado de cuenta sin que incurra en pago de intereses y mora por el uso de la línea de crédito contratada" del Artículo 2 de la Ley impugnada, contraviene el Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque la definición de fecha límite de pago, presume el pago del cien por ciento (100%) de la deuda del tarjetahabiente, cuando en realidad, un

elevado porcentaje del total de tarjetahabientes, mantienen un saldo a favor del emisor en sus líneas de crédito, al realizar únicamente el pago mínimo y, por consiguiente, inevitablemente, el emisor debe cobrar y el tarjetahabiente pagar intereses y mora, cuando corresponda, en la fecha límite de pago, contrario a lo que la definición establece; y vi) la frase "por todos los medios disponibles al tarjetahabiente con cuarenta y cinco (45) días de anticipación" del Artículo 3 de la norma objetada, contraviene el Artículo 2º de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues supone que el emisor se encuentra obligado a agotar todos los medios disponibles, no para él, sino para el tarjetahabiente, a efectos de notificarle a este último, cualquier cambio en el contrato, sin determinar cuáles son esos medios disponibles; j) Banco Promerica, Sociedad Anónima, por medio del Gerente General y Representante Legal, Edgar Rolando Bran Alvarado indicó que: i) La Ley de Tarjeta de Crédito viola el primer párrafo del Artículo 132, tercer párrafo del Artículo 133 y segundo párrafo del Artículo 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues modificó las funciones de las instituciones financieras, así: los Artículos 4, 5 y 37 la Ley de Bancos y Grupos Financieros, los Artículos 29, 30, 38 y 39 las atribuciones a la Superintendencia de Bancos. Por lo anterior, debió haber sido aprobada en su totalidad por mayoría calificada por parte de los diputados que integran el Congreso de la República de Guatemala, lo que no fue así, pues, los Artículos 1 y 2 de dicha Ley (Capítulo I) fueron aprobados con el voto favorable de ciento seis (106) diputados al Congreso de la República; los Artículos del 3 al 10 (capítulo II), fueron aprobados con el voto favorable de noventa y nueve (99) diputados; los Artículos 11 y 12 (capítulo III), fueron aprobados con el voto favorable de noventa y dos (92)

diputados; los Artículos del 13 al 24 (Capítulo IV), fueron aprobados con el voto favorable de noventa y ocho (98) diputados; los Artículos del 25 al 28 (capítulo V), fueron aprobados con el voto favorable de noventa y dos (92) diputados; los Artículos 29 y 30 (capítulo VI), fueron aprobados con el voto favorable de noventa y cuatro (94) diputados; los Artículos del 31 al 36 (capítulo VII), fueron aprobados con el voto favorable de ochenta y tres (83) diputados; y los Artículos del 37 al 43 (capítulo VIII), fueron aprobados con el voto favorable de ochenta y nueve (89) diputados. Por lo anterior, queda en manifiesto, que la Ley reprochada no fue aprobada por mayoría calificada de votos de los diputados al Congreso de la República de Guatemala, no solamente porque no consta en el texto mismo de la ley, sino también porque el detalle de la Sesión Ordinaria en que fueron aprobados cada uno de los Artículos, deja constancia de no haberse llegado al mínimo de votos para obtener dicha mayoría calificada en casi la totalidad de la ley, violándose con ello las disposiciones constitucionales ya indicadas; ii) la frase "El límite de crédito y de extra financiamiento otorgado al tarjetahabiente no debe exceder del doble de sus ingresos" del segundo párrafo del Artículo 4 de la Ley impugnada, viola los Artículos 4º y 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que: ii.i) en cuanto al Artículo 43 Fundamental, limita la voluntad de las partes, quienes, en el ejercicio de su derecho de libertad de contratación, pueden decidir un monto superior al establecido en la frase cuestionada, en virtud de cualquier otro ingreso que pudiera tener el tarjetahabiente, y que este no fuere mensual; ii.ii) en relación al Artículo 4º Constitucional, pues impone a los comerciantes que se dedican al financiamiento por medio de tarjetas de crédito, un límite a la cantidad de crédito que éstos pueden ofrecer, como actividad mercantil a la

que se dedican y, por ende, las remuneraciones que pudieran obtener, no siendo así para otro tipo de comerciantes, que también prestan el servicio de financiamiento, sean civiles o mercantiles; iii) el Artículo 9 de la Ley de Tarjeta de Crédito viola los Artículos 43, 4º y 2º de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque: iii.i) respecto del Artículo 43, impone obligaciones en la manera de contratar, las cuales, a su vez constituyen limitaciones a la forma y condiciones que las partes quieran darle al contrato de manera voluntaria; dichas condiciones, impuestas por el legislador, resultan totalmente desfavorables, e incluso dañinas para el emisor de tarjetas de crédito, quien nunca las pactaría de manera voluntaria, y es precisamente ese hecho lo que evidencia que el emisor de tarjetas de crédito se encuentra limitado en el ejercicio de sus derechos constitucionales, tales como la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad; iii.ii) en lo que concierne al Artículo 4 de la Ley Fundamental, otorga un privilegio al tarjetahabiente que no otorga a otra persona que tenga una deuda, incluso en perjuicio del emisor de la tarjeta de crédito; iii.iii) viola el Artículo 2º Fundamental, ya que la palabra "considere" genera incertidumbre acerca de cuál es el momento en que el deudor no podrá cumplir con su obligación, según lo pactado desde un inicio, porque no se establecieron parámetros objetivos para poder determinar en qué momento el deudor se encuentra o no en capacidad de pagar según lo pactado; iv) las frases "no debe exceder el doble del último valor correspondiente a la tasa de interés anual activa promedio ponderada del sistema bancario, en moneda nacional publicada por el Banco de Guatemala" y "no debe exceder el doble del último valor correspondiente a la tasa de interés anual activa promedio ponderada del sistema bancario en moneda extranjera, publicada por el Banco de Guatemala" del Artículo 11 de la Ley de Tarjeta

de Crédito, viola los Artículos 2º, 4º y 43 de la Ley Fundamental, pues: iv.i) en cuanto al Artículo 2º Constitucional de la Ley Fundamental, ya que establece un límite a los ingresos que los emisores de tarjetas de crédito pueden obtener como resultado de la actividad mercantil que desarrollan, mismos que resultan necesarios para poder cubrir los costos que dicha acción representa, pudiéndose ver imposibilitados a cubrir los costos en los que incurre, generando graves daños y perjuicios; iv.ii) en relación al Artículo 4º Fundamental, porque el emisor de tarjetas de crédito es el único comerciante al que se le impone un límite de cuánto puede percibir como remuneración por una actividad mercantil lícita, limitándose a su vez el derecho a la propiedad privada, lo que solamente puede hacerse sobre parámetros objetivos y razonables; iv.iii) en lo que refiere al Artículo 43 Constitucional, pues imponen un límite a la contratación, desde el punto de vista de que las partes no pueden pactar otra tasa de interés que no sea la que establecen esas frases; v) la frase "Los intereses por financiamiento no podrán capitalizarse en ninguna forma. No podrán cobrarse comisiones, servicios adicionales u otros cargos", del último párrafo del Artículo 11 de la Ley impugnada, viola los Artículos 2º, 4º y 43 de la Ley Fundamental, pues: v.i) respecto del Artículo 4º Constitucional ya que dentro del ámbito mercantil, el Artículo 691 del Código de Comercio de Guatemala, permite la capitalización de intereses, y al imponer, la norma reprochada, la prohibición de dicha capitalización, se discrimina a los emisores de las tarjetas de crédito respecto de todos los demás comerciantes, en tanto estos sí pueden capitalizar los intereses generados por una deuda; v.ii) en cuanto al Artículo 43 Constitucional, pues la práctica legal de capitalizar intereses ya no puede ser pactada por el emisor de las tarjetas de crédito, lo que coarta su derecho de

contratación; vi) la frase "el cual no podrá exceder a la tasa de interés por financiamiento pactada. Estos cargos no podrán capitalizarse y sobre el monto de interés por mora no podrá aplicarse la tasa de interés", del Artículo 12 de la Ley objetada, viola los Artículos 2º y 43 Constitucionales: vi.i) en relación al Artículo 2º de la Constitución Política de la República, limita la libertad y el desarrollo integral de la persona, al emitir una regulación proteccionista que limita la capacidad de las personas de contratar un crédito por un monto mayor; vi.ii) referente al Artículo 43 Fundamental, ya que la limitación a la tasa de interés y a la capacidad de capitalización sobre el monto de los intereses por mora no se extiende a otros campos del derecho civil y mercantil; y k) Banco de Guatemala, por medio del vicepresidente, Sergio Francisco Recinos Rivera, indicó que los Artículos 11, 29 y 41 de la Ley de Tarjeta de Crédito devienen inconstitucionales, pues: i) el Artículo 11 de la norma cuestionada viola el primer párrafo del Artículo 132 y el primer párrafo del Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que al fijarse límites a las tasas de interés, en vez de pactarse libremente por los agentes económicos, se introducen distorsiones al normal funcionamiento del mercado financiero y, por ende, afectaría no solo la conducción de las políticas financieras, sino también limitaría el acceso al financiamiento, particularmente al segmento de la población que, antes de la generalización del uso de las tarjetas de crédito, no solía ser sujeto de crédito; ii) el Artículo 29 de la Ley de Tarjeta de Crédito viola el Artículo 133 Fundamental, al pretenderse sujetar a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos, cuya directora general es la Junta Monetaria, a las entidades emisoras de tarjetas de crédito, sin hacer distingo alguno, con lo cual podrían situarse en dicho presupuesto emisores

que no pertenecen al sistema financiero; y iii) el Artículo 41 de la norma objetada viola los Artículos 132 y 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues obliga a la Junta Monetaria a emitir reglamentos que se aplicarían a entidades que no son parte del sistema financiero, refiriéndose a las entidades emisoras de tarjetas de crédito que no pertenecen a dicho sistema.

II. TRÁMITE DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

Por medio de auto emitido por esta Corte el treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis se decretó la suspensión provisional del Decreto Número 7-2015 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Tarjeta de Crédito. Se dio audiencia por quince días a: a) el Congreso de la República de Guatemala; b) la Procuraduría General de la Nación; c) la Superintendencia de Bancos; d) el Ministerio de Economía; e) el Procurador de los Derechos Humanos; f) la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor -DIACO-; g) la Junta Monetaria; h) la Cámara de Finanzas de Guatemala; i) la Asociación Para la Defensa de Usuarios de Tarjetas de Crédito, y j) el Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal.

III. RESUMEN DE LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES

a) El Congreso de la República de Guatemala, argumentó que esta Corte debe proceder a estudiar, interpretar y confrontar las normas cuestionadas y las disposiciones constitucionales que los accionantes denunciaron vulneradas, y otras que el Tribunal estime pertinentes, con el objeto de que, si se establece la existencia de los vicios señalados, se declaren sin vigencia la o las normas atacadas y, por lo tanto,

excluidas del ordenamiento jurídico nacional; b) la Procuraduría General de la Nación indicó que: i) en relación al Banco de Guatemala, la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos, sus funciones son autónomas en base a lo establecido en los Artículos 132 y 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 1 de la Ley de Supervisión Financiera; en tal sentido, el sistema de la banca central está dirigido por la Junta Monetaria, autoridad suprema, tanto del Banco de Guatemala, el que ejecuta la política monetaria, cambiaria y crediticia determinada por la Junta Monetaria, como de la Superintendencia de Bancos, que inspecciona y vigila las entidades que le corresponde de conformidad con la ley; disposiciones orgánicas que fueron aprobadas por mayoría calificada de diputados al Congreso de la República de Guatemala; ii) al no haber sido aprobada la Ley objetada por mayoría calificada; es decir, con ciento cinco (105) votos del total de diputados que integran el Congreso de la República de Guatemala, deviene declarar con lugar la inconstitucionalidad planteada; c) el Banco de Guatemala y la Junta Monetaria, indicaron que el Artículo 11 de la Ley reprochada violenta el primer párrafo del Artículo 132 y el primer párrafo del Artículo 133, ambos, de la Constitución Política de la República de Guatemala, en el sentido de atentar contra una efectiva transmisión de la política monetaria y una adecuada conducción de la política crediticia, cuya determinación y ejecución corresponde, en su orden, a la Junta Monetaria y al Banco de Guatemala; d) la Superintendencia de Bancos indicó que: i) el Artículo 4 de la Ley de Tarjeta de Crédito contraviene el Artículo 2º Constitucional, pues en materia de un régimen sancionatorio administrativo, se deben precisar las faltas y sanciones a imponer, extremo que no se cumple; ii) el Artículo 9 de la Ley denunciada contraviene los Artículos 4º y 43 Constitucionales: ii.i)

respecto del 4, en lo que refiere a la igualdad entre emisor y tarjetahabiente, como se encuentra redactado, podría incentivar a que los deudores soliciten reestructuración de la deuda, sin asumir obligación alguna sobre el pago de intereses en el capital financiado; ii.ii) en cuanto al 43, impone al emisor la obligación de aceptar las condiciones del tarjetahabiente para reestructurar la deuda; iii) los Artículos 11 y 12 de la Ley de Tarjeta de Crédito violan los Artículos 43 y 132 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en el sentido de atentar, contra la libertad de comercio y, contra una efectiva transmisión de las acciones de política monetaria, pues al fijarse límites a las tasas de interés, en vez de pactarse libremente por los agentes económicos, se introducen distorsiones en el mercado financiero y en la economía en general; iv) el Artículo 16 de la normativa cuestionada viola el Artículo 43 Constitucional, pues impone obligaciones que están fuera del alcance de los emisores locales, hasta una eventual cancelación de operaciones en Guatemala por parte de las marcas operadoras de tarjeta de crédito, lo que contraviene acuerdos comerciales internacionales, e impone obligaciones contrarias a las mejores prácticas internacionales, entre otros, a la seguridad de los datos de los tarjetahabientes; hasta el eventual peligro de fraudes; v) el último párrafo del Artículo 23 de la Ley de Tarjeta de Crédito, viola el Artículo 2º Constitucional, en lo que se refiere a la seguridad jurídica, toda vez que en materia de un régimen sancionatorio administrativo, se deben precisar las faltas y las sanciones a imponer, extremo que no se cumple; y vi) los Artículos 29 y 41 del Decreto objetado, contravienen el Artículo 133 Constitucional, ya que, por un lado, el Artículo 29 pretende sujetar a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos, a las entidades emisoras de tarjeta de crédito, sin hacer distingo alguno,

con lo cual podrían situarse en dicho presupuesto emisores que pertenecen al sector real (cooperativas de ahorro y crédito y otras entidades comerciales), y, por otro, el Artículo 41 denunciado, obligaría a la Junta Monetaria a emitir reglamentos que se aplicarían a entidades del sector real; e) el Ministerio de Economía argumentó que, emitir leyes o decretos son funciones ajenas a la competencia de ese Ministerio y, por lo tanto, no puede hacer un pronunciamiento jurídico al respecto; f) el Procurador de los Derechos Humanos, no alegó; g) la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor -DIACO-, no alegó; h) la Cámara de Finanzas de Guatemala, no alegó; i) la Asociación Para la Defensa de Usuarios de Tarjetas de Crédito, no alegó; y j) el Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal, indicó: i) la Ley reprochada adolece de notorios vicios formales, en razón a dos elementos puntuales: i.i) la aprobación por parte del Congreso de la República sin mayoría legislativa calificada de una normativa que modifica leyes de carácter financiero y bancario; y i.ii) el incumplimiento de requisitos sustanciales que estipula la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, en contravención directa del Artículo 176 de la Constitución Política de la República de Guatemala, careciendo de legitimidad y legalidad, porque conculca expresamente parámetros que la Constitución exige para la formación y sanción de una ley; en tal virtud, al ser resultado de un proceso legislativo que no cumplió con los requisitos y etapas mínimas de su formación y, al ser aprobada sin la mayoría legislativa calificada, infringiendo así los Artículos 132, 133 y 134 Constitucionales, la norma denunciada es inconstitucional de manera total y, por ende, debe ser expulsada del ordenamiento guatemalteco; ii) en relación a las objeciones del Artículo 4 de la Ley de Tarjeta de Crédito, indicó que: ii.i) en atención al espíritu de la

norma, que es establecer el marco legal para regular las operaciones por medio de tarjetas de crédito, las cuales serán aplicadas igualmente a todos los emisores de tarjetas de crédito, como a todos los tarjetahabientes sin distinción alguna, no se advierte que viole el derecho de igualdad; ii.ii) no viola el Artículo 43 Fundamental, pues la libertad reconocida por dicha norma atañe, en su núcleo sustancial, la facultad de las personas de dedicarse de acuerdo a su voluntad y en el contexto de una economía de mercado, a las actividades industriales comerciales y laborales que decidan, pero toda actividad debe ser normada y regulada en cumplimiento al Artículo 1º Constitucional, que organiza al Estado para proteger a la persona y a la familia, indicando que su fin supremo es la realización del bien común; ii.iii) en cuanto a la violación del Artículo 39 Fundamental, indicó que la actividad de la Ley de Tarjeta de Crédito no estaba normada, lo que daba lugar a excesos, por lo que el Estado de Guatemala normó este tipo de comercio, procurando el bien común al cual está llamado por mandato constitucional, cumpliendo con brindar a los guatemaltecos seguridad jurídica, por lo que no se advierte vicio de inconstitucionalidad; ii.iv) respecto a la violación del Artículo 5º Constitucional, indicó que en el contexto general de la norma cuestionada, de acuerdo al espíritu de la ley, que es establecer el marco legal para regular las operaciones por medio de tarjetas de crédito, no se limita la libertad de acción, sino que al ser normada esta actividad, se garantiza el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por parte del tarjetahabiente, en consumos pagados a través de la tarjeta de crédito, y en las obligaciones adquiridas por medio de los extra financiamientos aprobados por el ente emisor, procurando una adecuada relación comercial, al contraer deudas que efectivamente pueden ser canceladas, cumpliendo el Estado con su

mandato constitucional de proteger a la persona y la familia, por lo que no se advierte vicio de inconstitucionalidad; iii) del Artículo 9 de la Ley de Tarjeta de Crédito, indicó que el imponer un plazo para que el tarjetahabiente pueda enterarse de lo decidido por el emisor, pretendiendo de acuerdo al espíritu de la norma, evitar los abusos de parte de los emisores de tarjetas de crédito en perjuicio del tarjetahabiente, y fijar normas claras que rijan esa actividad, no es vicio constitucional, sino que es una forma de establecer plazos dentro de la norma que rige esta actividad; iv) en relación a los señalamientos del Artículo 11 de la Ley de Tarjeta de Crédito, indicó que dicha norma únicamente establece un límite a la tasa de interés anual activa promedio ponderada del sistema bancario, en moneda nacional publicada por el Banco de Guatemala, lo que no puede ser inconstitucional, pues al ser la principal herramienta de política monetaria, se pretende que el límite de los intereses sea acorde a la realidad nacional y a lo establecido por la máxima autoridad en materia monetaria, lo cual, lejos de crear desconfianza en el sistema jurídico, lo hace más fiable a los interesados en adquirir una tarjeta de crédito, al regular la tasa de interés anual, lo que beneficia a los tarjetahabientes al poder cumplir con sus obligaciones, y a los emisores de tarjetas de crédito, al poder recuperar lo prestado, estableciendo límites en los que ambas partes pactaran un contrato; v) asimismo, indicó que Artículo 11 de la Ley de Tarjeta de Crédito, no vulnera el Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que se deben establecer límites a los intereses que se generan en la tarjeta de crédito y el extra financiamiento, evitando incrementar la deuda por el cobro de comisiones, servicios adicionales u otras cargas. Debido a ello, en relación al espíritu de la norma, que es proteger al tarjetahabiente de verse imposibilitado de

efectuar sus pagos, al adquirir la tarjeta de crédito con tasas de interés desmedidas que impliquen el endeudamiento del mismo sin ningún límite de crédito, acorde a su capacidad de pago, estableciéndose que debe prevalecer el interés general sobre el particular, y que la norma beneficia a la población que por sus necesidades económicas se ve en la necesidad de adquirir el medio de pago de tarjeta de crédito y extra financiamiento; vi) del Artículo 14 de la Ley de Tarjeta de Crédito, alegó que dicha norma solamente indica que el emisor velará porque toda transacción generada por la adquisición de bienes y servicios, registrada en el estado de cuenta, cuente con respaldo físico que compruebe el consumo del tarjetahabiente, siendo los establecimientos participantes los que manden a la entidad emisora los respectivos comprobantes para que se les pueda hacer efectivo el consumo realizado por el tarjetahabiente, no se observa inconstitucionalidad; vii) del Artículo 16 de la Ley de Tarjeta de Crédito, indicó que los alegatos carecen de la confrontación requerida entre la norma ordinaria, y los Artículos Constitucionales que se estiman violados; viii) del Artículo 19 de la Ley de Tarjeta de Crédito, manifestó que no contraviene el Artículo 43 de la Ley Fundamental, pues otorga al emisor la libertad de decidir qué tipo de seguro ha de contratar para cubrir los riesgos, por lo que este queda en la libertad de establecer la cobertura que necesite el tarjetahabiente, dependiendo de las características de cada uno de ellos, lo que deberá ser ajustado en el respectivo contrato; ix) del Artículo 33 de la Ley de Tarjeta de Crédito, expuso que no infringen la Ley Fundamental, pues únicamente regula el tipo penal en que se incurre cuando no exista autorización expresa del titular de la tarjeta de crédito en los supuestos indicados en ese Artículo; x) del Artículo 38 de la Ley de Tarjetas de Crédito, indicó que el objeto

de la norma es crear condiciones equitativas en la negociación y relaciones jurídicas provenientes de las tarjetas de crédito, por lo que el legislador, en el ejercicio correcto de sus funciones constitucionales, emitió la norma; xi) del Artículo 40 de la Ley de Tarjeta de Crédito, dijo que no es inconstitucional, al ser notorio que entre la prácticas excesivas en que han incurrido los emisores de las tarjetas de crédito, se encuentra el acoso y hostigamiento a las personas titulares de las tarjetas de crédito, a efecto de que se cumpla con las obligaciones que conlleva el ser titular de la misma, cuando las personas conocen los plazos de pago y las diversas obligaciones que deben cumplir; siendo razonable que se realice un recordatorio, pretendiéndose prohibir la coacción; de ahí que es razonable que la norma, atendiendo al horario normal de las emisoras de las tarjetas de crédito, establezca la forma y procedimiento en que puedan realizar el recordatorio o aviso que no implique el acoso en contra del tarjetahabiente. Oportunamente se señaló el jueves doce de mayo de dos mil dieciséis a las nueve horas para la vista, la que se realizó en forma pública.

IV. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA

A) La Asociación de Emisores de Medios de Pago de Guatemala, solicitante, ratificó las proposiciones de derecho vertidas en el memorial de ocho de marzo de dos mil dieciséis, por medio del cual interpuso la Inconstitucionalidad General Parcial, y agregó que: a) el Congreso de la República no realizó un análisis jurídico profundo sobre la constitucionalidad del cuerpo objetado, simplemente se limitó a enunciar una serie de disposiciones legales, afirmando que la norma ordinaria no viola los Artículos constitucionales; b) el Ministerio Público, al igual que el Congreso de la República, ante la imposibilidad manifiesta de poder contradecir la contundente tesis de

inconstitucionalidad que planteó, se limitó, a lo largo del memorial de evacuación de audiencia, a atacar la forma del memorial que contiene la Inconstitucionalidad General Parcial planteada; y c) no puede asumirse que a través de la norma reprochada, se fijan límites para evitar cualquier abuso hacia los tarjetahabientes, pues a lo que en realidad está dando lugar, es a impedir que los emisores de tarjetas de crédito cobren intereses por el crédito otorgado a los tarjetahabientes, que es una consecuencia lógica del sacrificio que supone para el acreedor de un bien dinerario por cierto tiempo, extremo que viola los rudimentos del contrato de mutuo, que se traducen en prestar dinero a un plazo determinado, a cambio de una remuneración -interés-. Solicitó que se declaren inconstitucionales las disposiciones impugnadas. B) Eric Jaschkowitz Schifter, solicitante, ratificó las proposiciones de hecho vertidas en el memorial de ocho de marzo de dos mil dieciséis, e indicó que: i) el Congreso de la República no analizó cada disposición objetada, siendo sus argumentos irrelevantes, pues únicamente pretende atacar la forma del memorial contentivo de la inconstitucionalidad que planteó; ii) no se puede afirmar, como lo hace el Ministerio Público, que la norma reprochada protege los datos e información del tarjetahabiente, por el contrario, es una práctica que le impide a los emisores de tarjetas de crédito contratar a terceros que se encarguen de la cobranza, y que, requieren los datos e información de los tarjetahabientes morosos; iii) en el debate constitucional no procede la discusión de las supuestas prácticas excesivas de cobro y el supuesto hostigamiento a los tarjetahabientes morosos, tales situaciones fácticas, no suponen la creación de normas irrazonables e ilógicas. Solicitó que se declare con lugar la inconstitucionalidad interpuesta. C) Credomatic de Guatemala, Sociedad Anónima, solicitante, reiteró las consideraciones formuladas en el

escrito inicial de la acción. Solicitó que se declare con lugar la inconstitucionalidad presentada. D) Cititarjetas de Guatemala, Limitada, solicitante, reiteró las consideraciones jurídicas expuestas en el escrito inicial de la inconstitucionalidad. Solicitó que se declare con lugar la Inconstitucionalidad General Total presentada y, en consecuencia, se declare inconstitucional el Decreto 07-2015, Ley de Tarjeta de Crédito. E) Contecnica, Sociedad Anónima, solicitante, reiteró los argumentos esgrimidos en el escrito inicial de la inconstitucionalidad. Solicitó que se declaren con lugar las acciones planteadas. F) Banco Industrial, Sociedad Anónima, solicitante, reiteró los argumentos esgrimidos en el escrito inicial de la inconstitucionalidad. Solicitó que se declaren con lugar las acciones planteadas. G) La Cámara de Comercio de Guatemala, solicitante, indicó que el Congreso de la República, con motivo de aprobación de la Ley objetada, omitió observar y cumplir las disposiciones contenidas en el primer párrafo del Artículo 132, tercer párrafo del Artículo 133 y segundo párrafo del Artículo 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque en la misma se modificaron competencias del Banco de Guatemala, Superintendencia de Bancos y de la Junta Monetaria, debiendo, por lo tanto, haber sido aprobada con, por lo menos, el voto favorable de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso de la República; al no haber sido así, no se ajustó a lo dispuesto en las normas Fundamentales precitadas. Solicitó que se declare con lugar la inconstitucionalidad general total promovida. H) Banco Promerica, Sociedad Anónima, solicitante, ratificó en su totalidad los memoriales mediante los cuales planteó Acción de Inconstitucionalidad General Total y Acción de Inconstitucionalidad General Parcial. Solicitó que se declaren con lugar esas acciones. I) Banco Citibank de Guatemala,

Sociedad Anónima, solicitante, alegó que: i) El Congreso de la República presenta un breve memorial en el que se opone a la declaración de inconstitucionalidad, basándose únicamente en el argumento que la solicitud no contiene la confrontación entre las normas ordinarias y las constitucionales que se estiman violadas; ii) el Ministerio Público concuerda con la inconstitucionalidad de las normas reprochadas, por no haber sido aprobada con una mayoría legislativa de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso de la República de Guatemala constitucionalmente requerida para la aprobación de una norma de esta naturaleza. Solicitó que se declare con lugar la inconstitucionalidad presentada, y por lo tanto, que las normas y frases objetadas queden excluidas del ordenamiento jurídico guatemalteco, dejando de surtir efectos desde la fecha en que se publicó, en el Diario de Centroamérica, la suspensión provisional. J) La Asociación Bancaria de Guatemala, solicitante, reiteró los argumentos esgrimidos en el memorial inicial de la Inconstitucionalidad que presentó. Solicitó que se declare con lugar la acción correspondiente. K) El Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras -CACIF-, solicitante, reiteró los argumentos vertidos en el memorial inicial de la acción. Solicitó que se declare con lugar la acción de inconstitucionalidad total del Decreto siete guión dos mil quince (7-2015) del Congreso de la República. L) El Banco de Guatemala y la Junta Monetaria, solicitantes, reiteraron los argumentos vertidos en el memorial inicial. Solicitaron que se declare con lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial del Artículo 11 de la Ley de Tarjeta de Crédito y, respecto de las demás acciones de esta naturaleza, promovidas contra otras acciones legales de la referida ley, se emita el pronunciamiento que en derecho corresponde; y que en las acciones de

inconstitucionalidad general total, se dicte la sentencia que en derecho corresponde. M) La Superintendencia de Bancos, ratificó los conceptos vertidos en la audiencia evacuada mediante memorial de quince de abril de dos mil dieciséis. Solicitó que se dicte sentencia declarando que los Artículos 4, 9, 11, 12, 16, 23, 29 y 41 del Decreto 7-2015 del Congreso de la República, Ley de Tarjeta de Crédito, son inconstitucionales pues contravienen los Artículos 2º, 4º, 43, 132 y 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala; en consecuencia, se eliminen del ordenamiento jurídico guatemalteco. N) El Ministerio de Economía, reiteró los argumentos vertidos en el memorial de evacuación de audiencia. Solicitó que se dicte la sentencia que en derecho corresponde. O) El Congreso de la República de Guatemala, compareció a reiterar los planteamientos y argumentos contenidos en el memorial presentado el veintinueve de abril de dos mil dieciséis, por medio del cual evacuó la audiencia por quince días que le fuera conferida. Solicitó que se declare sin lugar la Inconstitucionalidad promovida, y que se impongan las sanciones que la Ley de la materia prescribe. P) La Procuraduría General de la Nación, indicó que para la aprobación del Decreto cuestionado, no se observó lo establecido en el Artículo 134 Constitucional, en cuanto a aprobarlo con mayoría calificada por los diputados que integran el Congreso de la República de Guatemala, por lo que deviene inconstitucional. Solicitó que se declare con lugar la acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general, total y parcial, promovida con el objeto de objetar el Decreto 7-2015 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Tarjeta de Crédito. Q) El Procurador de los Derechos Humanos, no alegó. R) La Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor -DIACO-, no alegó. S) La Cámara de Finanzas de

Guatemala, no alegó. T) La Usuarios de Tarjetas de Crédito, no alegó. Asociación Para la Defensa de U) El Ministerio Público a través de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal, reiteró los argumentos expuestos en el memorial de evacuación de audiencia. Solicitó que se declare con lugar la Inconstitucionalidad de Ley de Carácter General Total presentada por motivos de forma en contra del Decreto 7-2015 del Congreso de la República de Guatemala identificado como Ley de Tarjeta de Crédito, y que se declare sin lugar la Inconstitucionalidad de Ley de Carácter General Parcial presentada por motivos de fondo en contra del mismo decreto.

CONSIDERANDO

- I -

Corresponde a esta Corte, como función esencial, mantener la preeminencia de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico, conociendo de las acciones contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que sean objetadas de inconstitucionalidad.

El principio fundamental del control de constitucionalidad es el de la supremacía de la Constitución, conforme el cual esta prevalece sobre cualquier ley y sanciona con nulidad las disposiciones de carácter general que violen o tergiversen las normas constitucionales. La jerarquía constitucional y su influencia sobre todo el ordenamiento jurídico tiene una de sus manifestaciones en la prohibición de que las normas de jerarquía inferior puedan contradecir a las de jerarquía superior. El principio de supremacía legal está garantizado por la Constitución; por una parte, la que ordena la

adecuación de la ley a las normas constitucionales y, por la otra, la que impone a los tribunales el deber de observar en toda resolución o sentencia el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley. Del principio de supremacía se deriva el de la jerarquía normativa que impone la coherencia del ordenamiento jurídico, de manera que la norma superior determina la validez de la inferior.

–II–

Del análisis de los expedientes acumulados de mérito, se advierte que fueron planteadas diversas acciones de inconstitucionalidad general contra el Decreto 7-2015 del Congreso de la República de Guatemala –algunas en relación a ciertos preceptos y otras contra la totalidad del referido cuerpo legal-. Las acciones acumuladas se fundamentan en la confrontación de las normas ordinarias y constitucionales indicadas en los resúmenes de las alegaciones formuladas. Ante la diversidad de denuncias presentadas y de confrontaciones efectuadas por distintos sujetos y en variadas oportunidades, el control de constitucionalidad se realizará, por motivos de técnica, en primer lugar, respecto de las falencias formales.

Debe recordarse que el análisis para establecer la compatibilidad entre el decreto impugnado y la Constitución debe ser eminentemente jurídico, sin sustituir el criterio del legislador sobre la oportunidad o convivencia de las decisiones tomadas; en ese sentido, la función del Tribunal Constitucional debe ser la de intérprete y no de legislador.

En el examen de constitucionalidad debe atenderse a la presunción de legitimidad de los actos públicos, lo que trae como consecuencia el considerar como excepcional la

posibilidad de invalidarlos; situación que especialmente se manifiesta cuando se trata del órgano legislativo, que no solo representa directamente la voluntad popular, sino que, además, dispone de distintas alternativas a la hora de legislar, siempre dentro del marco fijado por el constituyente. [Criterio jurisprudencial que se sostiene desde el veintiséis de junio de mil novecientos noventa y uno, establecido en el fallo dictado dentro del expediente trescientos sesenta y cuatro – noventa (364-90)].

En tal sentido, en esos casos de acción de inconstitucionalidad formal o interna corporis el vicio que se denuncia debe consistir estrictamente en la inobservancia del procedimiento, condiciones y formalidades esenciales previstas en la Constitución Política de la República de Guatemala para la formación, discusión, aprobación y sanción de leyes, así como en la normativa legal al que el mismo Texto Fundamental remite.

–III–

En ese orden, puede afirmarse que las denuncias de inconstitucionalidad bajo análisis, fundamentadas en vicios interna corporis, pueden agruparse en dos categorías principales: i) la normativa impugnada fue aprobada con un número de votos inferior al exigido por la ley y ii) la normativa impugnada fue aprobada sin dar participación ni requerir informes a las instituciones encargadas, por mandato constitucional, de velar por la estabilidad del sistema crediticio del país.

Previamente a analizar cada una de estas dos categorías de denuncias de inconstitucionalidad, esta Corte estima pertinente realizar algunas consideraciones generales acerca de la organización constitucional del régimen económico y social del

país en sus dimensiones monetaria, cambiaria y, particularmente, crediticia. Ello, con el objetivo de establecer el marco legal que el Congreso de la República debe respetar al aprobar disposiciones normativas en esta materia y que este Tribunal está obligado a hacer prevalecer en el momento de emitir pronunciamiento en ejercicio de la función que le confiere el Artículo 272, literal a), de la Constitución Política de la República de Guatemala.

En ese orden de ideas, se trae a colación que, por disposición del relacionado texto supremo, la actividad monetaria, bancaria, crediticia y financiera del país está organizada bajo el Sistema de la Banca Central, dirigido por la Junta Monetaria, que incluye la facultad exclusiva para la emisión de moneda, fijación de política financiera, monetaria y crediticia, y control de entidades semejantes. (Sostenido en sentencia de dos de agosto de dos mil, dictada dentro del expediente 1048-99).

Lo anterior encuentra su fundamento en el Artículo 133 constitucional, el cual establece que: "La Junta Monetaria tendrá a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país y velará por la liquidez y solvencia del Sistema Bancario Nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional. Con la finalidad de garantizar la estabilidad monetaria, cambiaria y crediticia del país, la Junta Monetaria no podrá autorizar que el Banco de Guatemala otorgue financiamiento directo o indirecto; garantía o aval al Estado, a sus entidades descentralizadas o autónomas ni a las entidades privadas no bancarias. Con ese mismo fin, el Banco de Guatemala no podrá adquirir los valores que emitan o negocien en el mercado primario dichas entidades. Se exceptúa de estas prohibiciones el financiamiento que pueda concederse en casos de catástrofes o desastres públicos, siempre y cuando el mismo

sea aprobado por las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso a solicitud del presidente de la República. La Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de créditos, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga.".

Esta Corte ha indicado, con fundamento en el precepto referido anteriormente, que las facultades otorgadas a las instituciones arriba mencionadas incluyen la de ejercer una función protectora del sistema financiero del país, afirmando que: "por una parte, la Junta Monetaria tiene asignada competencia y funciones no solo para la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país, sino también para velar por la liquidez y solvencia de las instituciones bancarias, pues se trata del órgano que, como rector del sistema de la banca central, debe con sus acciones y determinaciones, asegurar la estabilidad y fortalecimiento del ahorro nacional; y, por la otra, la Superintendencia de Bancos que es el órgano que ejerce la vigilancia e inspección de las instituciones bancarias; de esa suerte, a ambas entidades atañe la responsabilidad de establecer si alguna de aquellas atenta contra la seguridad patrimonial de los habitantes de la República y, de ser así, tomar las medidas pertinentes para evitar que el interés de los cuentahabientes se vea afectado...". [Criterio manifestado en sentencia dictada el tres de junio de dos mil ocho, dentro del expediente 1340-2007]. Para el efecto, el referido precepto constitucional está desarrollado en la Ley de Supervisión Financiera.

De acuerdo a lo anterior, toda actividad monetaria, cambiaria y financiera del país está regida, por mandato Constitucional, por el Sistema de la Banca Central, siendo el

Banco de Guatemala una entidad autónoma con patrimonio propio, dirigido por la Junta Monetaria, la que a su vez cuenta con un órgano técnico de vigilancia o fiscalización, la Superintendencia de Bancos, instituida por la Constitución Política de la República de Guatemala.

Precisado lo anterior, corresponde pronunciarse sobre los fundamentos jurídicos de las impugnaciones basadas en vicios formales, comenzando por el que denuncia que la normativa no fue aprobada por el quorum necesario – mayoría calificada- de diputados al Congreso de la República.

El argumento jurídico principal de los accionantes, que expusieron este supuesto vicio formal (Asociación Bancaria de Guatemala, CACIF, Asociación de Emisores de Medios de Pago de Guatemala, Cititarjetas de Guatemala, Limitada, Banco Promerica, Sociedad Anónima y Cámara de Comercio de Guatemala), sostiene que las principales leyes que regulan el ámbito financiero y bancario fueron aprobadas mediante mayoría legislativa calificada y, por ende, para su modificación, requieren, de igual manera de votos, es decir, cumplir con ese tipo de mayoría parlamentaria.

Como primer punto se estima necesario mencionar que, de la revisión de los Diarios de Sesiones del tres y cinco de noviembre de dos mil quince –fechas en las que se aprobó el Decreto 07-2015– se advierte que, con posterioridad a su lectura y votación por capítulos, el proyecto de ley correspondiente fue aprobado por mayoría calificada únicamente en relación con los Artículos uno y dos, así como la redacción final del proyecto, lo cual permite advertir que respecto de los demás preceptos la aprobación

se verificó por mayoría simple, es decir, que la aprobación de ningún otro Artículo se produjo en la forma referida.

Precisado lo anterior, corresponde determinar si el decreto impugnado, en efecto, introduce modificaciones a las regulaciones del ámbito financiero y bancario, así como a las instituciones encargadas de su desenvolvimiento – asignando nuevas funciones o competencias-. Para el efecto, se resalta que el preámbulo de la ley indica que "es necesario establecer un marco jurídico para las actividades relacionadas con la emisión y uso de tarjeta de crédito, dentro de un esquema equitativo que garantice los derechos y la transparencia en las relaciones entre los emisores, los tarjetahabientes y los establecimientos afiliados.". En el contenido del decreto bajo examen, se aprecia que este tiene como objeto establecer el marco legal para regular las operaciones por medio de tarjetas de crédito, de crédito y de compraventa realizadas por su medio, y de las relaciones entre emisor, operador, tarjetahabiente y afiliado.

Precisado lo anterior puede afirmarse que, desde el segmento considerativo y la delimitación del objeto de la normativa cuestionada, la intención del legislador fue regular operaciones propias del sistema crediticio nacional y demás temática vinculada con ello. Así, con la lectura de la normativa impugnada, pueden advertirse: i) disposiciones que introducen modificaciones al sistema crediticio nacional, de manera global, con el fin de cumplir con el objeto de la ley; ii) requisitos formales necesarios para poder otorgar créditos, fija nuevos parámetros para la evaluación de capacidad de pago de una persona para poder otorgarle un crédito; iii) determina la vigencia y terminación del contrato de emisión de tarjeta y su respectiva línea de crédito, genera obligación de realizar una reestructuración de la deuda, fija máximos para la tasa de

interés de los créditos otorgados por razón de la tarjeta, límites a los intereses por mora, establece un procedimiento específico para objetar el supuesto monto del consumo cargado; iv) establece delitos por temas relacionados a la utilización de la tarjeta y, por ende, del crédito que esta conlleva, manda que la Superintendencia de Bancos y la Junta Monetaria intervengan en la materia, imponiéndoles obligación de vigilancia e inspección y, refiere otros temas tales como el hecho de que los emisores de tarjetas de crédito "que no formen parte de un grupo financiero" se regirán por las disposiciones emitidas por la Junta Monetaria y por la Superintendencia de Bancos, es decir, indirectamente se está ampliando la competencia de estos entes; v) dispone que la "Junta Monetaria, a propuesta de la Superintendencia de Bancos, deberá emitir los reglamentos necesarios para la adecuada aplicación de la presente ley". Todo lo anterior evidencia la emisión de preceptos que afectan, de manera sustancial, el sistema crediticio y la labor de las instituciones constitucionalmente encargadas de la estabilidad del mismo.

Al respecto, se advierte que la Banca Central se rige normativamente por la Constitución Política de la República -como se indicó anteriormente-, pero también por la Ley Monetaria, la Ley de Bancos y Grupos Financieros, la Ley Orgánica del Banco de Guatemala y la Ley de Supervisión Financiera, las cuales fueron aprobadas por mayoría calificada, aspecto que resulta jurídicamente lógico, debido a que los preceptos referidos a instituciones constitucionalmente establecidas, a las cuales les asigna funciones específicas, requieren de una mayoría especial para ampliarlas o desarrollarlas, en observancia del principio de rigidez constitucional, el cual persigue

proteger la estructura, funciones y competencia de los entes autónomos, con funciones autónomas o equiparables.

En esa línea, es criterio de esta Corte que la reforma sustancial que varíe las funciones de dichos entes requiere, ineludiblemente, cumplir con el requisito de mayoría calificada. (criterio sostenido en sentencia de trece de enero de dos mil cuatro, dictada en el expediente 318-2002). Es importante notar también que las modificaciones o derogatorias tácitas respecto del funcionamiento de este tipo de entidades, realizadas a través de otras leyes de contenido distinto, deben sujetarse al principio de rigidez previamente referido (Opinión consultiva de tres de diciembre de dos mil uno, expediente 1703-2001).

En la sentencia dictada el quince de diciembre de dos mil tres, dentro de los expedientes acumulados 994-2003, 995-2003 y 1009-2003, esta Corte consideró: "el Artículo 4 bis del Decreto 94-2000, Ley de Libre Negociación de Divisas, (adicionado por el Artículo 3 del Decreto 33-20003 del Congreso de la República) está regulando un tema del régimen cambiario del país y en virtud de que determinar el régimen cambiario del país es una de las funciones del Banco de Guatemala, para la aprobación del Decreto en referencia se debe cumplir con los requisitos para modificar las funciones de un ente autónomo (se debe aprobar con una mayoría de dos terceras partes del total de diputados). Ello porque, como se apuntó, en el presente caso se modificó la Ley de Libre Negociación de Divisas y no la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, pero se está regulando el tema cambiario, que es una de las funciones del Banco de Guatemala", argumentos con fundamento en los cuales se declaró la inconstitucionalidad de los Artículos 757 bis del Decreto 2-70 y 4 bis del Decreto 94-

2000, ambos del Congreso de la República, adicionados a dichos cuerpos legales por los Artículos 2 y 3 del Decreto 33-2003 del Congreso de la República.

Siguiendo las líneas jurisprudenciales antes mencionadas, se concluye que la ley impugnada, por reformar de manera sustancial las funciones de las entidades encargadas de velar por el sistema crediticio nacional, las cuales cumplen una función específica dispuesta en el texto constitucional y en otros cuerpos normativos aprobados con mayoría calificada, debió haber sido aprobada en su totalidad por las dos terceras partes de los diputados del Congreso de la República, debido a que resulta constitucional y jurídicamente inválido pretender obviar una condición claramente establecida –mayoría calificada- para el desarrollo y tratamiento de un tema dispuesto en un precepto, mediante la emisión de otro distinto que no cumpla, como mínimo, con las mismas condiciones y requisitos de las disposiciones preexistentes en dicha materia.

En otras palabras, fue voluntad del legislador constitucional la creación de ciertas entidades e instituciones a las que les encomendó determinadas atribuciones y funciones, las cuales por voluntad de legislador ordinario fueron desarrolladas y especificadas en cuerpos normativos que se emitieron con la condición o característica especial de contar con una mayoría calificada –voto favorable de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso de la República-, por ende y en atención al mandato constitucional contenido en el Artículo 133 de la norma superior, resulta contrario a la misma la emisión de una ley que, de hecho, modifica, altera, amplía o, en cualquier forma, afecta las funciones, atribuciones y facultades de la Junta Monetaria, la Superintendencia de Bancos y el Banco de Guatemala, al haber sido

establecidas aquellas por conducto de normas que contaron con la mayoría aludida, razón por la cual la ley impugnada deviene inconstitucional, al inobservar tales condiciones.

Ahora bien, en cuanto al vicio de inconstitucionalidad consistente en que no se recabó la opinión de las instituciones a las que hace referencia el Artículo 133 constitucional, se trae a colación que según lo regulado en el Artículo 176 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al momento de ser presentado para su discusión y aprobación un proyecto de ley, debe observarse el procedimiento que los mismos legisladores hayan desarrollado en la Ley Orgánica del Organismo Legislativo; dicho precepto legal señala dos procedimientos legislativos distintos entre sí, estableciendo uno de carácter ordinario y otro por urgencia nacional, cuyo carácter sería extraordinario.

Respecto al procedimiento ordinario o normal de aprobación de una ley, los Artículos 111 y 112 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, indican que el proyecto de ley se pondrá a discusión en tres sesiones celebradas en distintos días y no podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido en su tercer debate; no obstante lo anterior, dicho procedimiento en cualquier momento dada las circunstancias o situaciones ya sea económica o social del país, puede sufrir alteración mediante la presentación ante el Pleno del Congreso de la República de Guatemala, de mociones privilegiadas ratificadas por él mismo y éstas pueden presentarse durante una de las sesiones plenarias; ello de conformidad con lo regulado en el séptimo párrafo del Artículo 112 antes referido, que determina: "El debate sobre el proyecto de ley y dictamen se efectuará en tres sesiones diferentes celebradas en distintos días y no

podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido en su tercer debate. Se exceptúan aquellos casos en que el Congreso declare el proyecto de urgencia nacional" (La negrita no aparece en el texto original).

Es decir, el procedimiento legislativo ordinario o normal de discusión y aprobación de un proyecto de ley, puede ser dispensado, según lo faculta el Artículo 176 del Magno Texto, cuando el Pleno del Organismo Legislativo lo declare de urgencia nacional con el voto favorable de las dos terceras partes del número total de diputados que lo integran, -como requisito formal, constitucionalmente establecido-, esa declaratoria -urgencia nacional- según lo regulado en el Artículo 113 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, debe ser solicitada mediante moción privilegiada. Cabe señalar que, por mayoría calificada, el Pleno de dicho organismo, puede dispensar de dictamen de comisión, por la modificación del procedimiento legislativo, lo anterior, de conformidad con el sexto párrafo del multicitado Artículo 112 que señala: "El dictamen de Comisión solo podrá obviarse mediante el voto favorable de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso. La dispensa de dictamen no implica la declaratoria de urgencia nacional, la que deberá solicitarse en forma específica, conforme lo establece el Artículo 113 de la presente ley".

Es de resaltar que cuando el Artículo 112 citado señala que "la dispensa de dictamen no implica la declaratoria de urgencia nacional", se refiere a que ambas situaciones, deben aprobarse por mayoría calificada, pues la aprobación de la dispensa de dictamen no conlleva a que con ella se tenga también declarada de urgencia nacional la iniciativa de ley a la que se le haya eximido de dictamen.

El Artículo 92 de esa misma ley, establece que las mociones privilegiadas son aquellas que surgen durante las sesiones y que no se someten al formalismo de la escrituración en su solicitud y entre ellas están las mociones que el Presidente del Organismo Legislativo, con autorización del Pleno, acuerda que sean presentadas verbalmente o aquellas que así sean declaradas de conformidad con las costumbres y prácticas parlamentarias.

Al presentarse a consideración del Pleno una moción privilegiada se debe suspender la discusión del negocio original, es decir, se altera el curso ordinario del orden del día, posteriormente se da preferencia en el uso de la palabra al o los mocionantes y agotada la discusión se somete a votación la moción privilegiada planteada.

Por lo anteriormente considerado, el Pleno del Congreso de la República de Guatemala, por política legislativa puede aprobar por urgencia nacional una iniciativa de ley que esté llevando el procedimiento legislativo ordinario, siempre que cumpla con los requisitos constitucionales y formales ya mencionados, en el caso de los Decretos declarados de urgencia nacional, estos deben ser leídos en redacción final en la misma sesión en los que sea declarada dicha premura, sin que esto excluya la potestad que tiene los diputados de presentar objeciones y observaciones para mejorar la redacción del texto, no así modificar el sentido de lo aprobado, según lo que establece el Artículo 125 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo.

Al agotarse la discusión y aprobarse la redacción final en la misma sesión del Decreto declarado de urgencia nacional, se debe entregar copia a los diputados para que formulen observaciones y objeciones dentro de los dos días siguientes a los de su

entrega -para estos casos-, pasado ese plazo, sin que la Presidencia del Congreso de la República de Guatemala reciba alguna observación u objeción, debe enviar el Decreto aprobado al Organismo Ejecutivo para su sanción y publicación.

Esta Corte al analizar el argumento del aparente vicio formal en su aprobación, relativo a la falta de solicitud de las opiniones respectivas a la Junta Monetaria, el Banco de Guatemala y la Superintendencia de Bancos, como entes especializados en la materia, así como el impedimento a que completara su dictamen la Comisión a la que se le había solicitado, como parte del trámite de la iniciativa de ley, considera que, tal como se estimó en los párrafos que preceden, en aquellos casos en que por disposición expresa del Pleno de Congreso de la República, por haberse presentado y aprobado una moción privilegiada de acuerdo a lo establecido en los Artículos 112 y 113 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, aquél pueda disponer que un asunto se conozca de urgencia nacional, lo cual, conlleva a que el mismo Congreso pueda dispensar el requerimiento de dictámenes para el conocimiento, discusión y aprobación del decreto respectivo, en este caso, en alusión a las Comisiones de Economía y Comercio Exterior y de Legislación y Puntos Constitucionales.

En el expediente formado en esta Corte, derivado de las acciones de inconstitucionalidad presentadas, así como de información obtenida en la página web del Organismo Legislativo, se puede observar lo siguiente: i. el 17 de enero de 2013, el Presidente de la Comisión de Economía y Comercio Exterior del Congreso de la República, presentó a la Dirección Legislativa del Congreso de la República, el proyecto denominado "Ley de la Tarjeta de Crédito", el cual estaba refrendado con la firma de varios otros diputados al Congreso de la República. En forma separada,

también fue presentada a la misma Dirección, por parte de otro diputado, otra iniciativa denominada "Ley de Tarjetas de Crédito"; ii. el 10 de septiembre del año referido, ambas iniciativas fueron conocidas por el Pleno del Congreso de la República, el que aprobó darles el trámite respectivo, por lo que, para su estudio y dictámenes pertinentes, fueron remitidas a las Comisiones de Economía y Comercio Exterior y de Legislación y Puntos Constitucionales del referido organismo, respectivamente; iii. el 03 de diciembre del mismo año indicado, la primera de las Comisiones relacionadas emitió dictamen favorable a la iniciativa de mérito. Por su parte, la segunda Comisión emitió su dictamen en el mismo sentido (favorable), solo que el 10 de junio de 2014; iv. en el Diario de Sesiones del Congreso de la República, consta que el 29 de octubre de 2015, el Presidente consultó al Pleno si estaban de acuerdo con que se continuara con el trámite parlamentario (iniciado el 27 octubre de 2015) de conocimiento y aprobación de los referidos dictámenes, empezando con el de la primera comisión, por lo que, al someterlo a deliberación, con el voto favorable de 86 diputados al Congreso de la República se acordó la continuación del mismo, en virtud de lo cual, inmediatamente se sometió a discusión la aprobación del dictamen aludido, así como del proyecto de decreto aludido; v. luego de haber concedido la palabra a varios diputados (quienes se pronunciaron a favor de la iniciativa), el diputado Luis Contreras Colindres (que fue el primero en argumentar lo beneficioso de aprobar la iniciativa) hizo uso nuevamente de la palabra y presentó una propuesta verbal y pidió que en ese momento se conociera de urgencia nacional la iniciativa de ley de tarjeta de crédito; tal solicitud, el Presidente la calificó como una moción privilegiada y la sometió a discusión, y al no haberse pedido la intervención de ningún diputado a efecto de deliberar el tema, aquel sometió

a votación la moción y tuvo como resultado el voto favorable de 112 diputados al Congreso de la República, por lo que la declaró aprobada. Por lo anterior, el Presidente sometió a discusión el primer y único debate del proyecto de decreto de mérito, y como tampoco hubo debate, procedió a someter a la votación respectiva, habiendo obtenido el resultado de 106 votos a favor de los diputados al Congreso de la República, por lo cual lo declaró aprobado. Luego, en la sesión celebrada el 03 de noviembre del mismo año, se continuó la aprobación por Artículos (votación a la que se hará alusión más adelante) y, posteriormente, por redacción final, la que obtuvo el voto favorable del mismo número de diputados que aprobaron que se conociera de urgencia nacional.

De lo anterior, se puede extraer que el Congreso de la República aprobó el Decreto de mérito, mediante la utilización de los dos procedimientos legislativos establecidos tanto en el Artículo 176 de la Constitución Política de la República de Guatemala, como en los Artículos 112, 113 y 125 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo. Lo anterior se afirma porque en un principio, en las iniciativas de ley que pretendían regular la materia en cuestión (actividad de tarjetas de crédito), el Pleno de Diputados del Congreso de la República aprobó darle el trámite ordinario establecido en el Artículo 112 de aquella ley, toda vez que ordenó que las propuestas fueran trasladas a las Comisiones de Economía y Comercio Exterior y la de Legislación y Puntos Constitucionales, no obstante, con fundamento en lo establecido en el Artículo 113 del mismo cuerpo legal, con el voto favorable de más de las dos terceras partes de los diputados, aprobaron modificar dicho trámite y conocieron la iniciativa bajo la modalidad de la figura de urgencia nacional, decisión que de acuerdo con el procedimiento legislativo establecido en la ley de la materia, llevaba aparejada la

posibilidad de prescindir de requerir, conocer y aprobar los dictámenes rendidos por dichas comisiones. Con base en lo anterior, se estima que, si por política legislativa (lo que la Corte no puede entrar a juzgar) el Pleno del Congreso de la República haya decidido aprobar por urgencia nacional la iniciativa de ley que estaba llevando por medio del procedimiento ordinario, ese acto no vulnera los procedimientos legislativos establecidos en el Artículo 176 de la Constitución Política de la República de Guatemala, toda vez que se puede determinar que el hecho de que se haya prescindido de conocer o tomar en cuenta los aludidos dictámenes es una facultad del Pleno del Congreso de la República que le otorga su ley orgánica, pero ello no implica que tal aspecto conlleve la prohibición o imposibilidad, menos la dispensa, de requerir los dictámenes técnicos necesarios cuando, por la especialidad y relevancia del tema en atención a un mandato constitucional tácito, resulte imperioso para garantizar la seguridad y certeza jurídica del sistema jurídico nacional. En ese contexto, la facultad política del Congreso de la República de aprobar una ley de carácter técnico, por urgencia nacional, sin solicitar dictámenes u opiniones sobre su contenido a sus respectivas comisiones y otras entidades a las que quisiera hacerlo, para el caso que nos ocupa, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 133 constitucional que dispone "...La Junta Monetaria tendrá a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país y velará por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional...", no implica que se pueda o deba dejar de requerir y tomar en consideración lo que al respecto disponga la Junta Monetaria, que por mandato constitucional y en desarrollo del contenido previamente citado, posee la potestad de determinar, establecer y desarrollar la política

cambiaria, circunstancia en virtud de la cual, su intervención y opinión, debe constituir una etapa o proceso ineludible y vinculante para garantizar la estabilidad macroeconómica del sistema financiero nacional –en el caso de mérito- y garantizar con ello que la ley se encuadre en un marco legal, social y económico de acuerdo a las necesidades de una realidad económica sustentada en los principios de igualdad, libertad de contratación y libertad de comercio.

Por tal razón, si bien es cierto, en términos generales la norma legal ordinaria y la práctica legislativa permiten dispensar el pedir o conocer de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la República y de otras entidades que pudieran tener interés en el asunto o posean conocimientos al respecto de la temática, ello no conlleva que pueda eludirse el requerir y observar la opinión que al respecto pueda emitir la entidad a la que constitucionalmente le corresponde "... la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país...", de ahí que en el caso objeto de estudio, la inobservancia de esta etapa previa y necesaria en el proceso legislativo conlleva un vicio interna corporis que implica la contravención, de nueva cuenta, de lo dispuesto en el Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, razón por la cual debe declararse la inconstitucionalidad de la totalidad del Decreto impugnado. Por la forma como se resuelve, resulta innecesario entrar a conocer los demás fundamentos jurídicos en los que se sustentan las acciones de inconstitucionalidad bajo análisis.

LEYES APLICABLES

Artículos citados, 267 y 272, inciso a), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 115, 133, 135, 141, 143, 163, inciso a), 170 y 186 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 7 Bis del Acuerdo 3-89, 39 del Acuerdo 1-2013 y Acuerdo 8-2018 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Por haber cesado en sus cargos los Licenciados Carmen María Gutiérrez de Colmenares y Ricardo Alvarado Sandoval, y por inhibitoria de los Magistrados José Francisco de Mata Vela, María Cristina Fernández García y José Mynor Par Usen, quedó integrado el Tribunal con los Magistrados titulares que no se inhibieron y los Magistrados Suplentes Henry Philip Comte Velásquez, María de los Angeles Araujo Bohr y María Consuelo Porras Argueta. En virtud de haber cesado en sus labores la abogada María Consuelo Porras Argueta, se integra el Tribunal, por sorteo obligatorio, con el Magistrado José Mynor Par Usén. II) Declarar con lugar la inconstitucionalidad de la Ley de Tarjeta de Crédito, contenida en el Decreto 7-2015 del Congreso de la República de Guatemala, por vicios interna corporis. III) Notifíquese y, oportunamente, publíquese esta sentencia en el Diario Oficial.

DINA JOSEFINA OCHOA ESCRIBÁ	PRESIDENTA
BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA	MAGISTRADO
HENRY PHILIP COMTE VELÁSQUEZ	MAGISTRADO
GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR	MAGISTRADA

NEFTALY ALDANA HERRERA	MAGISTRADO
JOSÉ MYNOR PAR USÉN	MAGISTRADO
MARÍA DE LOS ANGELES ARAUJO BOHR	MAGISTRADA
MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ	SECRETARIO GENERAL

ANEXO IV

INCONSTITUCIONALIDAD GENERAL

EXPEDIENTE 3239-2017

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS: DINA JOSEFINA OCHOA ESCRIBÁ, QUIEN LA PRESIDE, GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR, JOSÉ FRANCISCO DE MATA VELA, JOSÉ MYNOR PAR USEN, HENRY PHILIP COMTE VELÁSQUEZ, MARÍA CRISTINA FERNÁNDEZ GARCÍA Y MARÍA DE LOS ANGELES ARAUJO BOHR: Guatemala, veintinueve de enero de dos mil diecinueve.

Para dictar sentencia, se tiene a la vista la acción de inconstitucionalidad general parcial por omisión contra los Artículos 4, 10, 43 y 79 de la Ley de Nacionalidad, Decreto 1613 del Congreso de la República, promovida por: i) Alejandro Letona Figueroa; ii) Astrid Virginia González Guerrero; iii) Brian Alfredo González Morales; iv) Carlos Fernando Morales Silva; v) Diana Melisa Jiménez Ampérez; vi) Edith Miriam Anabella Rodríguez Alarcón; vii) Diego Enrique Ronquillo Castillo; viii) Erick Estuardo Barrera García; ix) Geraldine Argentina Sosa Méndez; x) Jaqueline Estefanía Montoya Valdés; xi) Javier Alejandro Luna Arreaga; xii) Jessica Michelle Portillo Corado; xiii) Jorge Alberto Godoy Maza; xiv) Eric José Gerardo Villamar del Cid; xv) José Luis Muralles Véliz; xvi) José Rodrigo Alejandro Alarcón González; xvii) Josué David Díaz Magaña; xviii) Laura Gabriela González López; xix) Ligia Marisol Pérez Hernández; xx) Luis Pedro Lechuga Contreras; xxi) María Alejandra Hernández Merlos; xxii) María Alejandra Tobías Escobar; xxiii) María Andrea Dávila Córdova; xxiv) María Fernanda de

Jesús Galán Maldonado; xxv) María Fernanda Sandoval Ayala; xxvi) María Teresa Castañeda Arreola; xxvii) Nineth Hernández Barrios; xxviii) Pablo Enrique Rojas Cifuentes; xxix) Paola Michell Romero Velásquez; xxx) Rita María Montenegro Marroquín; xxxi) Roberto Tubac Gómez; xxxii) Sandra Denisse Salguero Ruiz y xxxiii) Stephanie Andrea Prado Ramírez. Los postulantes actuaron con el auxilio profesional de los abogados Julio Santiago Salazar Muñoz, Karim Georgina Aguilar Calvillo y Claudia Caterina Maselli Loaiza. Es ponente en este caso, el Magistrado Vocal III, Neftaly Aldana Herrera, quien expresa el parecer del tribunal.

ANTECEDENTES

I. Contenido de los Artículos 4, 10, 43 y 79 de la ley de Nacionalidad, Decreto 1613 del Congreso de la República, denunciados en esta acción.

- Artículo 4: "No se reconoce la naturalización en otro país de guatemaltecos domiciliados en Guatemala, salvo la naturalización de la mujer por matrimonio siempre que no sea por efecto exclusivo de la legislación extranjera".

- Artículo 10: "Los guatemaltecos naturales y la mujer extranjera casada con guatemalteco que residan en el extranjero, podrán sustanciar sus expedientes por medio de mandatario guatemalteco especial ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo lo dispuesto en el Artículo siguiente, o ante el representante diplomático consular de carrera que corresponda, quienes se limitarán a recibir la solicitud, las pruebas, la opción si fuere el caso, el juramento y las renuncias que procedieren conforme a la Constitución, y remitirán el expediente ya sustanciado al expresado Ministerio para su resolución".

- Artículo 43: "La extranjera que se case con guatemalteco podrá hacer la opción por la nacionalidad guatemalteca en las diligencias matrimoniales, cuando éstas tienen lugar en Guatemala, pero las demás formalidades deberán ser cumplidas en el Ministerio de Relaciones Exteriores, a efecto de que se reconozca la naturalización".

- Artículo 79: "Se extenderá licencia para ingresar a Guatemala o se incluirá en el pasaporte de sus padres, a los hijos de guatemaltecos nacidos fuera del territorio nacional, aunque no estuviere determinada en ellos la nacionalidad guatemalteca. Igualmente se extenderá dicha licencia a la mujer extranjera que se case con guatemalteco fuera de la República; si perdiere su nacionalidad por el hecho del matrimonio, a cuyo efecto bastará su declaración en tal sentido".

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS DENUNCIAS:

Lo expuesto por los accionantes se resume en: A) el Artículo 4 impugnado viola los Artículos 4, 47 y 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala por la omisión de la expresión "...y hombre por matrimonio": a) al omitir la inclusión de la frase citada, se obstaculiza que los hombres ciudadanos guatemaltecos domiciliados en Guatemala tengan la oportunidad de alcanzar el reconocimiento de su naturalización en otro país, esto sin una causa justificable, dejándolos en una posición de desigualdad respecto de la mujer, quien sí lo puede hacer en virtud del matrimonio. Por lo anterior, se conculca el derecho a la igualdad;

b) la norma impugnada viola el derecho de protección a la familia consagrado en la norma constitucional, dado que el Estado le confiere distintos derechos al hombre y a la mujer como cónyuges dentro de la familia. Esto genera dos tipos de familias con

diferentes derechos que existen dentro de un mismo Estado; una integrada por una cónyuge mujer de nacionalidad guatemalteca, a la que se le reconocerá la nacionalidad de su esposo extranjero y, a otra, en la que el cónyuge guatemalteco sea hombre y no se le reconozca su naturalización; c) se vulnera el principio de jerarquía constitucional, porque la norma impugnada contiene una omisión que es contraria a la Norma Suprema. B) el Artículo 10 denunciado viola los Artículos 4, 28, 47 y 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala por la omisión de incluir al hombre extranjero casado con guatemalteca, en la regulación del derecho para sustanciar sus expedientes ante el Ministerio de Relaciones Exteriores: a) la norma impugnada permite la distinción injustificada entre los derechos del hombre y de la mujer, puesto que la parte conducente de dicha norma se refiere exclusivamente al género femenino, excluyendo, por omisión, los derechos del hombre. De esta forma, se les da un tratamiento distinto a los derechos de la mujer, no obstante que el hombre y la mujer están en situaciones iguales, se descartó declarar expresamente la posibilidad del hombre de realizar tales peticiones a la Administración Pública. De esta cuenta, se viola el derecho a la libertad e igualdad; b) se desprende también la vulneración al derecho de petición, específicamente de los hombres extranjeros casados con una guatemalteca, a quienes la norma impugnada no les reconoce expresamente como sujetos del derecho de petición en esta materia; c) el Artículo impugnado contraviene el derecho a la protección de la familia, porque no facilita al cónyuge varón ejercer sus derechos de solicitar y peticionar en temas relacionados con la nacionalidad guatemalteca. Esta circunstancia atenta contra la institución de la familia, puesto que contraría el sentido de unidad inherente a esta; d) el Artículo impugnado distingue

injustificadamente entre los géneros y reduce el campo de acción en materia de nacionalidad del hombre extranjero, con lo cual ataca el principio de jerarquía constitucional que recoge la Constitución Política de la República. C) el Artículo 43 impugnado viola los Artículos 4 y 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala al excluir al extranjero que se case con guatemalteca de optar por la nacionalidad guatemalteca en las diligencias matrimoniales, cuando ocurran en Guatemala: a) la norma impugnada contraviene el derecho de igualdad al omitir el derecho de optar por la nacionalidad guatemalteca durante el trámite de las diligencias matrimoniales realizadas en el territorio nacional, al cónyuge hombre extranjero. Esta situación afecta la igualdad de oportunidades del extranjero que se case con mujer guatemalteca; b) con la omisión descrita sobre el Artículo impugnado, se atenta contra la protección de la familia, desvirtuando la consecución de uno de los fines del Estado: la protección a la persona y a la familia. Aunado a ello, la norma impugnada no facilita a ambos cónyuges ejercer sus derechos de optar por la nacionalidad guatemalteca en las circunstancias mencionadas, por lo que dificulta que ambos puedan llevar una vida en conjunto, incumpliendo el Estado con la implementación de medidas que aseguren y faciliten la unidad familiar, exigida no solo por la legislación guatemalteca, sino internacional. D) el Artículo 79 cuestionado viola los Artículos 4, 28, 47 y 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala al omitir el derecho del hombre extranjero casado con guatemalteca a recibir la licencia correspondiente para ingresar a Guatemala, si ha perdido su nacionalidad por el hecho del matrimonio: a) el Artículo impugnado no presenta una razón que justifique el hecho de no extenderle una licencia para ingresar a Guatemala al hombre extranjero casado con una guatemalteca fuera de

la República, en caso perdiere su nacionalidad por el hecho del matrimonio, permiso que sí es dado a la mujer extranjera en las mismas circunstancias. Es decir, la norma hace una distinción de géneros vulnerando el principio de igualdad, dejando desprotegido al hombre extranjero que se case con mujer guatemalteca; b) la norma impugnada constituye un obstáculo para la familia, puesto que no reconoce iguales derechos a los cónyuges. En este sentido, el hombre extranjero dentro del matrimonio carece del beneficio que la norma sí le otorga expresamente a la mujer, contraviniendo la unidad familiar que menoscaba el desarrollo de dicha institución social; c) la omisión descrita del Artículo impugnado limita el derecho de petición del hombre extranjero casado con guatemalteca fuera de la República y que haya perdido su nacionalidad a causa del matrimonio, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores o representante que corresponda, puesto que la norma citada solamente contempla a la mujer extranjera en las mismas circunstancias, como facultada para hacer dicha petición; d) el Artículo impugnado vulnera el principio de jerarquía constitucional, ya que atenta contra los derechos constitucionales mencionados en las literales anteriores al delimitar la extensión de licencias para ingresar al Estado de Guatemala. Solicitaron que se declare con lugar la inconstitucionalidad general parcial por omisión interpuesta contra los Artículos 4, 10, 43 y 79 de la Ley de Nacionalidad, Decreto 1613 del Congreso de la República.

III. TRÁMITE DE LAS INCONSTITUCIONALIDADES

No se decretó la suspensión provisional de los Artículos 4, 10, 43 y 79 de la Ley de Nacionalidad, Decreto 1613 del Congreso de la República. Se tuvo como intervinientes:

a) al Congreso de la República; b) al Ministerio de Relaciones Exteriores; y c) al Ministerio Público. Oportunamente se señaló día y hora para la vista.

IV. RESUMEN DE LAS ALEGACIONES

A) El Congreso de la República expuso: a) al emitir la norma impugnada, respetó lo regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala. Las normas impugnadas no contrarían las disposiciones contenidas en aquella; b) existen otras normas a las que pueden recurrir, como las contenidas en las Reformas a la Ley de Nacionalidad; c) las normas denunciadas no pueden ser confrontadas con normas constitucionales como las invocadas, ya que la antinomia denunciada debe resolverse por medio de un procedimiento diferente al que pretenden los accionantes. Solicitó que se declare sin lugar el planteamiento. B) El Ministerio de Relaciones Exteriores manifestó: a) la norma impugnada fue emitida bajo la vigencia de la Constitución de la República de 1965, la cual en los Artículos 5 al 12 regulaba a quiénes se les consideraban como guatemaltecos naturales, así como, quiénes podían optar a la nacionalidad guatemalteca por naturalización. En estos casos, se encontraba la extranjera casada con guatemalteco que optare por la nacionalidad guatemalteca o que perdiere su nacionalidad por el hecho del matrimonio; b) la Constitución Política de la República –ahora vigente– contiene tres Artículos que regulan lo relativo a la nacionalidad guatemalteca. En dichos Artículos se establece quiénes son considerados guatemaltecos de origen y quiénes son guatemaltecos por naturalización de conformidad con la ley. La norma constitucional no hace mención al tema de la adquisición de la nacionalidad guatemalteca por matrimonio, sea hombre o mujer; c) dadas las reglas de interpretación de las leyes en el tiempo, las normas denunciadas -

con la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República actual- quedaron derogadas tácitamente, porque la nacionalidad por matrimonio no se encuentra prevista en la norma constitucional vigente; d) los Artículos impugnados han sido superados por la normativa constitucional, con lo cual no son inconstitucionales porque no se aplican; es decir, no son positivos dentro del ordenamiento jurídico; e) la omisión denunciada no puede ocurrir porque ésta solo procede contra leyes, normas o reglamentos vigentes dentro del ordenamiento jurídico, lo que no concurre en el presente caso. Solicitó que se declare sin lugar la inconstitucionalidad general parcial por omisión planteada. C) El Ministerio Público señaló: a) la norma impugnada no cumple con los supuestos necesarios para considerar la existencia de una inconstitucionalidad sobrevenida, pues la emisión de esta revistió las formalidades constitucionales vigentes en su tiempo; b) la acción instada no se encuentra dentro de los parámetros de una inconstitucionalidad por omisión, puesto que sí existe normativa ordinaria y constitucional que sustentan lo relacionado al tema de la nacionalidad y la ciudadanía; c) con relación a la inconstitucionalidad argumentada del Artículo 4 impugnado, es razonable que se proteja a la mujer de manera particular, como parte de las obligaciones que el Estado tiene en los ámbitos nacional e internacional, lo cual no resulta lesivo al principio de igualdad, puesto que sí existe justificación razonable para acotar la relevancia de la mujer y su rol en la familia; d) la denuncia contra el Artículo 10 impugnado no tiene asidero, puesto que no existe distinción alguna entre los derechos del hombre y de la mujer al momento de sustanciar los expedientes administrativos ante la autoridad correspondiente, dado que todos los guatemaltecos, hombres y mujeres, gozan del derecho de petición constitucional;

e) el Artículo 43 de la norma impugnada no transgrede principios ni garantías constitucionales, pues no niega el derecho a la naturalización por cuestiones de género. Al contrario, la legislación nacional, con apego a normativa internacional, establece los procedimientos administrativos para obtener la naturalización ya sea concesiva o declarativa; f) con relación al último Artículo impugnado, reiteró que no existe inconstitucionalidad en virtud que la legislación nacional regula los mecanismos legales encaminados a obtener las licencias para ingresar a Guatemala, o en caso para obtener la naturalización, las cuales aplican a todas las personas, sin exclusión alguna. Solicitó que se declare sin lugar la inconstitucionalidad general parcial por omisión planteada.

V. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA

A) Los accionantes expusieron: a) no han alegado que exista vicio interna corporis que fundamente la acción que se plantea; el argumento principal de la presente acción se basa en la contradicción de los Artículos 4, 10, 43 y 79 del Decreto 1613 con los principios establecidos en la Constitución vigente, es decir, se trata de un asunto material y de fondo; b) la omisión denunciada es relativa porque el legislador -al crear la normativa impugnada- favorece a ciertos grupos y olvida a otros, regulando ventajas que no son dispensadas a otros, y si bien al momento en que se creó la norma impugnada, se hizo bajo el imperio de la Constitución de 1965, la Constitución vigente reconoce en el Artículo 4 el derecho a la igualdad por el cual todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, y el hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen las mismas oportunidades y responsabilidades, razón por la cual se considera que la omisión del término "hombre" en los Artículos de la Ley de

Nacionalidad impugnados transgreden este principio en virtud de otorgar determinados derechos únicamente a la mujer, en especial a la mujer guatemalteca que se case con extranjero, sin que exista una justificación razonable por la que deba adoptarse una medida positiva y diferenciada en favor de la mujer con relación a la institución de la nacionalidad; c) la normativa denunciada sigue existiendo dentro del ordenamiento jurídico, está vigente aún y cuando la Ley de Nacionalidad fue reformada durante la Constitución vigente. En ninguna de las reformas que expresamente derogan varios Artículos se hace alusión a los Artículos 4, 10, 43 y 79 por tanto no se puede deducir que únicamente por el hecho de que las normas impugnadas efectivamente contraríen la Constitución dejen de ser aplicables sin que haya habido una declaratoria expresa que provoque esos efectos; d) con la acción promovida pretenden que esta Corte exhorte al Congreso de la República a reformar la Ley de Nacionalidad, en el sentido de incluir al hombre guatemalteco domiciliado en Guatemala en el derecho del reconocimiento de su naturalización en otro país por matrimonio; incluir al hombre extranjero casado con guatemalteca residente en el extranjero, la facultad para sustanciar expedientes por medio de mandatario guatemalteco especial ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala; incluir al extranjero que se case con guatemalteca la facultad de optar por la nacionalidad guatemalteca durante el trámite de las diligencias matrimoniales cuando estas tengan lugar en el Estado de Guatemala, para el efecto de reconocerle su naturalización; reconocerle el derecho al hombre extranjero que se case con guatemalteca fuera de la República de Guatemala, si perdiere su nacionalidad por el hecho del matrimonio, a obtener licencia para ingresar al Estado de Guatemala, a efecto de armonizar dichas disposiciones legales con los

Artículos 4, 28, 44, 47 y 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala y los estándares internacionales aplicables al Estado de Guatemala, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. B) El Congreso de la República, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio Público reiteraron los planteamientos y argumentaciones que respectivamente presentaron en su primera comparecencia en el trámite de la acción constitucional y solicitaron que se tomaran en cuenta las peticiones de fondo realizadas en esa oportunidad procesal.

CONSIDERANDO

– I –

Corresponde a esta Corte, como función esencial, mantener la preeminencia de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico, para lo cual le compete, entre otras, conocer de las acciones contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que sean objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad.

Por vía del "bloque de constitucionalidad", se realiza el análisis confrontativo que requieren las acciones de inconstitucionalidad, verificando si, en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad con normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, así como, con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que conlleven compromisos estatales. Asimismo, es viable el conocimiento y resolución de las inconstitucionalidades producidas por omisión legislativa cuando esta redunde en violación constitucional, ante una regulación incompleta, deficiente o discriminatoria.

No obstante, no procede declarar la inconstitucionalidad por omisión, cuando esta Corte determine que la supuesta omisión normativa se resuelve conforme la interpretación integral del ordenamiento jurídico nacional y de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

– II –

Los postulantes promueven inconstitucionalidad general parcial por omisión contra los Artículos 4, 10, 43 y 79 de la Ley de Nacionalidad, Decreto 1613 del Congreso de la República. Consideran que la normativa impugnada viola el derecho de igualdad, el deber de proteger a la familia y el principio de jerarquía constitucional por las razones siguientes: a) por no reconocer la naturalización (obtenida en otro país) del hombre guatemalteco domiciliado en Guatemala por matrimonio; b) por no otorgar al hombre extranjero, casado con guatemalteca, que resida en el extranjero, la facultad de sustanciar un expediente ante el Ministerio de Relaciones Exteriores para la tramitación de cualquier asunto relacionado a la nacionalidad guatemalteca; c) por excluir al hombre extranjero que se case con guatemalteca de hacer la opción por la nacionalidad guatemalteca en las diligencias matrimoniales y; d) por no reconocer el derecho del hombre extranjero que pierda su nacionalidad por el hecho del matrimonio, de extendérsele la licencia para ingresar a la República Guatemala.

De las disposiciones legales denunciadas por omisión relativa –transcritas al inicio de esta sentencia– pueden extraerse las siguientes normas jurídicas:

- La naturalización adquirida por matrimonio, en otro país, de la mujer guatemalteca domiciliada en Guatemala puede ser reconocida por el Estado de Guatemala, no así para el hombre guatemalteco en iguales circunstancias (Artículo 4).

- La mujer extranjera casada con guatemalteco que resida en el extranjero, puede presentar solicitudes y diligencias de naturalización, por medio de mandatario o representante diplomático consular de carrera (Artículo 10).

- La mujer extranjera casada con guatemalteco puede optar por la nacionalidad guatemalteca durante las diligencias matrimoniales y concluir las formalidades para la naturalización ante el Ministerio de Relaciones Exteriores posteriormente (Artículo 43).

- La mujer extranjera casada con guatemalteco, en el extranjero, puede solicitar licencia para ingresar a Guatemala, cuando pierda su nacionalidad por el hecho del matrimonio.

Esas disposiciones legales se encuentran insertas en la Ley de Nacionalidad, Decreto 1613, emitido en mil novecientos sesenta y seis (1966), del cual únicamente han sido reformados los Artículos 3° y 5°, relativos a la irrenunciabilidad de la nacionalidad guatemalteca.

Los intervinientes indicaron que esa normativa respondía a la regulación de la Constitución de mil novecientos sesenta y cinco (1965), cuyo Artículo séptimo establecía siete supuestos en los cuales el Estado podía reconocer guatemaltecos naturalizados, entre los cuales se encontraba el numeral tercero: "La extranjera casada con guatemalteco que, optare por la nacionalidad guatemalteca o si conforme a la ley

de su país perdiere su nacionalidad por el hecho del matrimonio." y el numeral cuarto: "El extranjero casado con guatemalteca, con dos o más años de residencia, cuando optare por la nacionalidad guatemalteca y siempre que el domicilio conyugal se halle establecido en Guatemala." Terminaba indicando ese Artículo séptimo que los guatemaltecos naturalizados no tendrían más limitaciones que las que se derivaran de esta Constitución y las que por ley sean aplicables a todos los guatemaltecos.

La naturalización, en la normativa constitucional vigente, está contenida en el Artículo 146, el cual establece: "Son guatemaltecos quienes obtengan su naturalización, de conformidad con la ley. Los guatemaltecos naturalizados tienen los mismos derechos que los de origen, salvo las limitaciones que establece esta Constitución."

De lo expuesto, se advierte que los elementos objetivos de la regulación bajo análisis son la migración, la naturalización, la nacionalidad y el matrimonio de personas de distinta nacionalidad, de las cuales una de ellas es guatemalteca, como vínculos jurídico-sociales entre las personas y el Estado. Los elementos subjetivos son: la mujer extranjera casada con guatemalteco, la mujer guatemalteca casada con extranjero residente en el extranjero y el hombre guatemalteco casado con extranjera, sin que exista alusión al hombre extranjero casado con guatemalteca, ni al hombre guatemalteco con domicilio en Guatemala con nacionalidad extranjera.

– III –

El marco jurídico invocado por los accionantes y los intervinientes está limitado a los Artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala (4, 28, 47, 146 y

175), sin invocar disposición alguna de convenciones internacionales en materia de derechos humanos, referente a la migración, la apatridia y la nacionalidad.

Debe recordarse que en la jurisprudencia constitucional guatemalteca se ha reconocido la figura del "bloque de constitucionalidad", definido en la sentencia de diecisiete de julio de dos mil doce, dictada en el expediente 1822-2011, el cual implica realizar el análisis confrontativo que requieren acciones de inconstitucionalidad como ésta, por el que se posibilite verificar si en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad no solo con normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que conlleven compromisos estatales. El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. Constituye un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal. Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de los Artículos 44 y 46 constitucionales y se incorpora como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades

que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho, por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano. El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. El Artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos. El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquél.

En la sentencia dictada el seis de agosto de dos mil trece dentro del expediente 143-2013, esta Corte explicó que la sentencia 1822-2011 varió el criterio anterior de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos no eran parámetro de constitucionalidad y, por ende, es factible formular planteamientos de inconstitucionalidad que se apoyen en el señalamiento que una disposición legal, reglamentaria o de carácter general confronta lo dispuesto en los instrumentos que conforman ese bloque de constitucionalidad.

En el fallo de veintidós de noviembre de dos mil trece, emitido en el expediente 1094-2013, la Corte afirmó que, por vía del bloque de constitucionalidad, es dable esgrimir lo

preceptuado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos como parámetro para establecer la legitimidad constitucional de una disposición infraconstitucional.

En el expediente 3340-2013, cuyo fallo fue emitido el dieciocho de diciembre de dos mil catorce, este Tribunal indicó que, dada la figura del bloque de constitucionalidad, es de obligada observancia lo preceptuado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por estar sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta obligatoria la observancia de las sentencias emitidas por esa Corte, aunque en estas no figure el Estado de Guatemala como parte, ya que en ellas se establece la forma de interpretar el contenido de las normas de la Convención y su alcance.

En orden a los derechos de los migrantes, se determina que, además de la norma constitucional invocada, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables específicamente son: la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (aprobada por el Decreto 1368 del Congreso de la República, desde 1960); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW- (aprobado por Decreto Ley 49-82 del Jefe de Estado de Guatemala, de fecha 29/06/1982 y Ratificada por Acuerdo Gubernativo 106-82 del 08/07/1982); la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (aprobada por el Decreto 61-97 del Congreso de la República, de 23/07/1997) y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (aprobada por el Decreto 5-96 del Congreso de la República, de veinte de febrero de mil novecientos noventa y seis). Esa inclusión se realiza por remisión del Artículo 46 y, consecuentemente, por el carácter de ius cogens que tienen las normas

de estos instrumentos que, como tal, asumen categoría de compromisos internacionales adquiridos por el Estado (Artículo 149 constitucional), lo que involucra, además del control de constitucionalidad, en el caso concreto, verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en normas internacionales en las materias aludidas.

Por otra parte, tomando en cuenta no solamente la Convención Americana de Derechos Humanos, sino la interpretación que de ésta ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sirve de referencia el pronunciamiento de diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, efectuado por el referido tribunal internacional, en la Opinión consultiva OC-4/84 respecto de la Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, de la cual se hará referencia en líneas posteriores.

– IV –

Los accionantes denuncian inconstitucionalidad por omisión parcial de la Ley de Nacionalidad, por violación a la igualdad y a la protección a la familia, porque el Artículo 4 omite la expresión "...y hombre por matrimonio"; el Artículo 10 omite incluir al hombre extranjero, casado con guatemalteca, que resida en el extranjero, en la facultad de sustanciar expedientes ante el Ministerio de Relaciones Exteriores; el Artículo 43 omite incluir al extranjero, que se case con guatemalteca, en la posibilidad de optar por la nacionalidad guatemalteca en las propias diligencias matrimoniales, cuando ocurran en Guatemala; y el Artículo 79 omite el derecho del hombre extranjero, casado con guatemalteca, a recibir la licencia correspondiente para ingresar a Guatemala, si ha perdido su nacionalidad por el hecho del matrimonio.

De conformidad con las normas que sirven de parámetro de confrontación, el hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades (Artículo 4 constitucional); los habitantes de la República de Guatemala tienen derecho a dirigir peticiones a la autoridad las que deben ser resueltas conforme a la ley (Artículo 28 constitucional); el Estado garantiza la protección de la familia, el matrimonio, la igualdad de los cónyuges y la paternidad responsable (Artículo 47 constitucional); son guatemaltecos quienes obtengan su naturalización de conformidad con la ley (Artículo 146 constitucional); y las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure. (Artículo 175 constitucional).

Según el Diario 52 de las Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de las Sesiones Ordinarias de miércoles trece (13) de marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), en las que se discutió el contenido del Artículo 146 de la Constitución vigente (relativo a la naturalización), el criterio de la Comisión de los Treinta fue suprimir del Texto Supremo una tabulación excesiva en materia de nacionalidad en una disposición fundamental. Se alegaba que la norma constitucional de 1965 discriminaba algunos casos. Además, producía una carga desmesurada en la Constitución y producía una extraordinaria rigidez a la Ley de Nacionalidad. Se manifestó el problema de que la Ley de Nacionalidad vigente no contiene los casos de adquisición de nacionalidad, porque los refería a la Constitución de 1965. Se expuso que se incorporaba como garantía que ningún guatemalteco de origen fuera privado de su nacionalidad, derivado de las convenciones internacionales contra la apatridia. Por último, se indicó que todo lo relativo a la nacionalidad adquirida se dejaba para la ley,

para ahorrar tener que hacer la distinción en la Constitución entre nacionalización declarativa y concesiva. En ese sentido, aparece en el Título VIII, Disposiciones transitorias y finales, de la Constitución, el Artículo 3, el cual -luego de referirse a la conservación de la nacionalidad obtenida con anterioridad- indica: "...El Congreso de la República emitirá una ley relativa a la nacionalidad, a la brevedad posible."

Como se expuso anteriormente, la promulgación de la Ley de Nacionalidad vigente no ocurrió en el marco del presente ordenamiento constitucional, sino que responde a las disposiciones constitucionales de mil novecientos sesenta y cinco (1965), pues fue emitida al año siguiente (1966) y solo han sido reformados sus Artículos 3, 5 y 65, por medio del Decreto 86-96 del Congreso de la República (en 1996), en cuanto a proteger a las personas guatemaltecas respecto de que la adopción de nacionalidad extranjera no implica perder la nacionalidad guatemalteca de origen.

– V –

A continuación, se efectuará el análisis respecto a la regulación de la naturalización de persona extranjera por razón de matrimonio con persona guatemalteca, conforme las disposiciones legales, constitucionales, interamericanas y universales en materia del derecho humano a la nacionalidad.

Se parte de la noción que la nacionalidad guatemalteca constituye la relación jurídica entre una persona y el Estado de Guatemala, derivada de la pertenencia a una

colectividad y la existencia de un "vínculo genuino" con el Estado, para obtener la protección de los derechos que la Constitución reconoce a sus nacionales. Para el caso de la adquisición de la nacionalidad guatemalteca para aquella persona que posea, por lugar de nacimiento, otro distinto al territorio del Estado de Guatemala, esta puede producirse por naturalización, por existir ese "vínculo genuino" entre la persona y el Estado, pero creado posteriormente al nacimiento de la persona que lo pretende. En este caso, es un vínculo creado con posterioridad al nacimiento. Por ello, poseen estrecha relación las leyes de nacionalidad y las de migración, porque conjugan disposiciones por las que el Estado decide a quién se permite la entrada al territorio nacional y determinan quién tendrá derecho a solicitar la nacionalidad del Estado.

La concesión de la nacionalidad es un atributo de la soberanía del Estado y, sin perjuicio de algunas restricciones impuestas por el derecho internacional, cada Estado tiene la facultad de establecer sus propias disposiciones para otorgar la nacionalidad. Precisamente en el caso Caso Nottebohm (Liechtenstein contra Guatemala, 1955), la Corte Internacional de Justicia declaró que el Derecho internacional deja a la discreción del Estado el establecimiento de las normas que rigen el otorgamiento de su propia nacionalidad.

Para el otorgamiento de la nacionalidad existen criterios derivados del nacimiento en el territorio del Estado y sus extensiones, sea cual fuere la nacionalidad de los progenitores (ius soli) y la descendencia por nacer de un nacional del Estado, así como por la invocación de un vínculo ancestral (ius sanguinis). No obstante, conforme la tradición jurídica antigua (como la trasladada a las colonias españolas), la mujer adquiría la nacionalidad por razón de su relación con un hombre -su padre o su

cónyuge-, bajo el principio de la nacionalidad dependiente, por el que una mujer que era casada con un extranjero adquiría automáticamente la nacionalidad del marido al contraer matrimonio y, por lo general, perdía la nacionalidad de origen; ello basado en la idea de que todos los miembros de una familia tuviesen la misma nacionalidad, la cual era decidida por el marido, a la que le debía lealtad. Si una mujer casada tenía una nacionalidad distinta de la del marido podría verse con fidelidades contrapuestas y encontrarse en una intolerable situación de conflicto; además, la regulación de Derecho Civil, de ese entonces, situaba a la mujer casada en la esfera privada, dentro de un hogar bajo la protección del marido.

Ese principio de nacionalidad dependiente despojaba a las mujeres de toda opción respecto de su nacionalidad, siendo objeto de atención de los primeros movimientos contra la desigualdad social y política que afectaban a la mujer.

El Estado de Guatemala permitía la naturalización de la mujer extranjera casada con guatemalteco, cuando optare por la nacionalidad guatemalteca, tal como se recogió en las Constituciones de 1945, 1956 y 1965. También permitía - a partir de 1956- al extranjero casado con guatemalteca optar por la nacionalidad guatemalteca, con dos o más años de residencia y siempre que el domicilio conyugal se hallare establecido en Guatemala. En ambos casos, las personas naturalizadas debían renunciar a otras nacionalidades y prestar juramento de fidelidad a Guatemala.

En la ciudad de Montevideo, Uruguay, en 1933, el Estado de Guatemala suscribió el Convenio sobre la Nacionalidad de la Mujer, como parte del sistema interamericano.

Los Estados Parte se comprometieron a que no harían distinción alguna basada en el sexo en materia de nacionalidad, ni en la legislación ni en la práctica.

En ese sentido en 1957, los Estados suscribieron la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (aprobada por Decreto 1368 del Congreso de la República, en 1960). Esta Convención surge por reconocimiento de los Estados Parte de conflictos con disposiciones respecto de la pérdida y la adquisición de la nacionalidad de la mujer como resultado del matrimonio, de su disolución, o del cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio. Entre lo convenido, dispusieron: 1) ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio pueden

afectar automáticamente la nacionalidad de la mujer; 2) el hecho de que uno de sus nacionales adquiera voluntariamente la nacionalidad de otro Estado o renuncie a su nacionalidad no impide que la cónyuge conserve la nacionalidad que posee; 3) una mujer extranjera casada con uno de sus nacionales puede adquirir, si lo solicita, la nacionalidad del marido, mediante un procedimiento especial de naturalización privilegiada, con sujeción a las limitaciones que pueden imponerse por razones de seguridad y de interés público.

Con ese tratado internacional, el Estado de Guatemala se comprometió a romper con el principio de la nacionalidad dependiente aludido; de ahí que se hayan incorporado, para ese entonces, reglas constitucionales -como las mencionadas- para la naturalización "privilegiada" de la mujer extranjera casada con guatemalteco, para

evitar afectar su derecho a la nacionalidad con base en criterios discriminatorios contra la mujer.

Posteriormente, el Estado de Guatemala se comprometió ante las Naciones Unidas –por medio de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer– a otorgar a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad y que garantizaría que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge; además, otorgaría a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

En su Recomendación General 21, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, con relación a la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, indicó que la nacionalidad es esencial para la plena participación en la sociedad.

De esa cuenta, se advierte que existe compromiso internacional por parte del Estado de Guatemala de proteger el derecho a la nacionalidad de la mujer extranjera casada con guatemalteco y el de la mujer guatemalteca casada con extranjero, evitando que el cambio de nacionalidad sea automático en cuanto a la mujer guatemalteca y, privilegiando la solicitud de naturalización y evitando la apatridia por razón del matrimonio o su disolución.

Por otra parte, en el sistema interamericano, en la Opinión consultiva sobre una Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la

naturalización (OC-4/84, de 19 de enero de 1984), la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que la naturalización depende de un hecho voluntario que persigue vincular a quien lo exprese con una determinada sociedad política, su cultura, su manera de vivir y su sistema de valores.

Respecto de la disposición de determinadas condiciones especiales de naturalización para " la mujer extranjera " que se case con un nacional, esa Corte consideró que el otorgamiento de ciertas consideraciones especiales para la obtención de la nacionalidad a la mujer extranjera constituye un privilegio que es consecuencia de la desigualdad conyugal. Indicó que -según lo dispuesto en el Artículo 17.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos- se debe asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución, incluyendo la protección necesaria a los hijos. Concluyó que no se justifica y debe ser considerada como discriminatoria -incompatible con los Artículos 17.4 y 24 de la Convención- la diferencia que se haga entre los cónyuges para la obtención de la nacionalidad en condiciones especiales por razón del matrimonio, por lo que se preferiría que tales condiciones fueran aplicables no solo a "la mujer extranjera", sino a toda "persona extranjera" que se casara con una persona nacional.

Cabe concluir, en principio, que toda norma que otorgue mejores condiciones de adquisición de la nacionalidad guatemalteca a las mujeres extranjeras, por razón de matrimonio, tiene sustento en esas medidas compensatorias que pueden tener origen en situaciones de desigualdad real y trato discriminatorio en el ámbito del matrimonio y

de la nacionalidad, por lo que, en principio, se ajustan a ese bloque de constitucionalidad y a la propia Constitución actual.

– VI –

En las audiencias concedidas durante el trámite de esta acción, el Ministerio de Relaciones Exteriores manifestó que las normas denunciadas no están vigentes –por aplicación de leyes en el tiempo– porque fueron emitidas bajo la regulación de la Constitución de la República de 1965, la cual establecía quiénes podían optar a la nacionalidad guatemalteca por naturalización y, entre ellos, se encontraba la extranjera casada con guatemalteco que optare por la nacionalidad guatemalteca o que perdiere su nacionalidad por el hecho del matrimonio, situaciones que ya no quedaron incorporadas en la Constitución vigente actualmente.

La Ley de Nacionalidad, promulgada bajo la vigencia de la Constitución de 1965, únicamente contiene disposiciones procedimentales para el caso de la solicitud de naturalización, pues los supuestos de procedencia para adquirir la nacionalidad guatemalteca por naturalización se encontraban taxativamente establecidos en la citada Constitución de 1965. Por ello es que el primer considerando de esa ley indica: "...Que la Constitución de la República establece que la ley regulará todo lo relativo a procedimientos en materia de nacionalidad...". Los dos procedimientos de naturalización que regula la Ley de Nacionalidad son: "por concesión" y "por declaración".

De conformidad con esa Ley -de Nacionalidad-, un extranjero –según sus circunstancias, frente a los supuestos contenidos en el Artículo 7° de la Constitución de

1965– podía optar a su naturalización, por concesión o por declaración. Por concesión, por ser el Gobierno de Guatemala el que dispone otorgar la nacionalidad guatemalteca a un extranjero y, por declaración, por encuadrar en alguno de los supuestos que establecía esa anterior disposición constitucional. En la actualidad, la Constitución vigente reconoce como guatemaltecos a quienes hayan obtenido su naturalización, de conformidad con la ley (Artículo 146), concesión que es potestativa del Estado de Guatemala, según se explicó.

El trámite de la naturalización concesiva está regulado de los Artículos 32 al 39 de la Ley de Nacionalidad. El Artículo 32 indica: "La naturalización concesiva se basa en el inciso 2° del Artículo 7 de la Constitución [de 1965] y puede obtenerla todo extranjero, salvo las excepciones que esta ley establece, siendo potestativo del Ejecutivo, en todo caso, otorgarla o no."; es decir, se basa en el supuesto de "...extranjeros que habiendo adquirido domicilio y residido en el país el tiempo que la ley establece..." y puede obtenerla todo extranjero, salvo las excepciones que esa ley establece, siendo potestativo del Ejecutivo, en todo caso, otorgarla o no. Además, el Artículo 33 de esa ley determina los casos en los que puede concederse la naturalización: a) por tener el peticionario domicilio en la República y haber residido durante los cinco años inmediatamente anteriores, siempre que no se hubiere ausentado del territorio nacional, dentro de ese lapso, por más de seis meses consecutivos o períodos que sumados den un año o más; b) por tener el peticionario domicilio en la República y haber residido en ella períodos que sumados den diez años o más; c) a los extranjeros que tengan domicilio en la República y que hayan residido en ella los dos años inmediatamente anteriores, siempre que no hubieren ausentado del territorio nacional,

dentro de ese lapso, más de un mes corrido o períodos que sumados den más de dos meses, y hubieren prestado a Guatemala servicios importantes o hubieren contribuido a su desarrollo económico, social o cultural, en forma que, a juicio del Ejecutivo, sea digna de tomarse en cuenta; si los tres años anteriores a su arribo a Guatemala hubieren residido en país centroamericano; si tuvieren reconocido mérito científico, artístico o filantrópico; y si fueren apátridas o de nacionalidad indeterminada.

Por otra parte, el trámite de la naturalización declaratoria está regulado de los Artículos 40 al 50 de la Ley de Nacionalidad. Ese Artículo 40 indica: La naturalización declaratoria se adquiere en virtud de lo establecido en los incisos 3°, 4°, 5°, 6° y 7° del Artículo 7 de la Constitución [de 1965]..."; es decir, era adquirida en virtud de los supuestos de "extranjera casada con guatemalteco", "extranjero casado con guatemalteca, con dos o más años de residencia", "extranjeros menores de edad adoptados por guatemalteco", "hijos menores de edad del guatemalteco naturalizado, nacidos en el extranjero", "españoles y latinoamericanos por nacimiento, que adquieran domicilio en el país".

Dado que esa disposición constitucional ya no está vigente, no existe regulación actual que determine los supuestos para solicitar y otorgar la naturalización declaratoria (entre estas, la que deviene del matrimonio).

De ahí la afirmación del Ministerio de Relaciones Exteriores –como ente a cargo de todo lo relacionado con la nacionalidad guatemalteca (Artículo 9 de la Ley de Nacionalidad)–, de que, a falta regulación legal expresa y actual en cuanto a los supuestos de procedencia para la obtención de la naturalización declarativa (la que

deviene del matrimonio), únicamente tramita las solicitudes de quienes pretenden obtener la nacionalidad guatemalteca "por concesión" del Organismo Ejecutivo, es decir, por residencia permanente, de servicios u otros méritos que lo vinculen estrechamente con la Nación guatemalteca, que están regulados en los Artículos 32 al 39 ya citados.

El tiempo de residencia permanente no está establecido en la citada Ley de Nacionalidad, pero recientemente entró en vigencia el Decreto 44-2016 del Congreso de la República, Código de Migración. Esta codificación recoge y desarrolla las garantías para gozar de la libertad que posee toda persona de entrar, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio o residencia, así como lo relacionado con los compromisos internacionales del Estado de Guatemala en materia de asilo, refugio y humanitario, en materia de atención, asistencia, seguridad y protección de las personas migrantes, en materia de trabajadores migrantes, según se lee en los considerandos de ese Decreto. El Artículo 3 del mencionado Código de Migración reconoce el derecho de las personas extranjeras a obtener la nacionalidad guatemalteca; indica que para ello se debe observar la Ley de Nacionalidad vigente. Advierte esta Corte que la aplicación de la Ley de Nacionalidad será en cuanto al procedimiento para la naturalización, pues –según se expuso– no existe norma sustantiva en la Ley de Nacionalidad (por desarrollar o reglamentar el contenido del Artículo 7° de la Constitución de 1965). Por su parte, el Artículo 78 de esa regulación migratoria especifica quiénes son considerados residentes permanentes. Indica: "...Son residentes permanentes las personas que además de cumplir con los otros requisitos legales, desean adquirir domicilio en el país, los cuales serán establecidos en el

reglamento correspondiente y que se encuentran dentro de los siguientes criterios...". Entre ellos están los que "a) Han sido residentes temporales por un período igual o mayor de cinco años."; Y los que "b) [tienen] un año o más de haber contraído matrimonio o declarado la unión de hecho con persona guatemalteca." En consecuencia, esa disposición permite a una persona extranjera, casada con una persona guatemalteca, adquirir, si lo solicita, la nacionalidad del cónyuge, mediante un procedimiento de naturalización "concesiva" privilegiado, con sujeción a la limitación temporal (un año), que resulta válida por razones de seguridad y de interés público, conforme los estándares internacionales apuntados.

De esa cuenta, esta Corte determina que actualmente se privilegia la solicitud de naturalización consistente en la intención voluntaria de adquirir la nacionalidad guatemalteca por razón del matrimonio (por más de un año) para hombres y mujeres extranjeros casados con personas guatemaltecas, frente al primer supuesto aludido, de cinco años de residencia. Esta postular se adecua a la Opinión consultiva citada, en la que se sostiene que la naturalización debe ser un acto voluntario, que el Estado de Guatemala debe privilegiar la intención voluntaria de adquirir la nacionalidad guatemalteca por razón del matrimonio para hombres y mujeres extranjeros casados con personas guatemaltecas para la plena participación en la sociedad guatemalteca, así como proteger a las personas apátridas; se ajusta, también, a la estimación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a que las condiciones para adquirir la nacionalidad deben aplicarse, por igual, a toda persona [se entiende, hombre y mujer]. Por último, la postura de conceder la nacionalización, tanto para hombres como para mujeres, exigiéndose, para ambos, la condición de un año como mínimo de

matrimonio, es conteste con la Declaración Universal de Derechos Humanos (de 1948) que proclama el derecho a la no discriminación y el derecho a la nacionalidad de las personas, por el que a nadie se debe privar arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad (Artículo 15).

En consecuencia, a falta de una disposición en la Constitución o en la Ley de Nacionalidad que establezca la procedencia de la naturalización por razón del matrimonio para cónyuges extranjeros, la regulación aplicable será la expuesta en este apartado, salvo la invocación de apatridia por quien requiera la naturalización, como se verá más adelante.

– VII –

Con base en lo analizado con anterioridad, debe determinarse si las disposiciones denunciadas quedaron derogadas tácitamente conforme lo expresado por la autoridad competente en materia de nacionalización en el trámite de la presente acción. Debe recordarse que la pretensión de los accionantes no es la anulación de las disposiciones legales que denuncian, sino la equiparación con las destinatarias de esa regulación y los hombres extranjeros en los procedimientos de naturalización "por razón del matrimonio" con persona guatemalteca.

En ese sentido, la pretensión resultaría procedente si se concluyera que las disposiciones resultan aplicables y que, en su aplicación, se discrimina injustificadamente a los hombres extranjeros; por el contrario, no procede declarar la inconstitucionalidad por omisión, si se determina que la supuesta omisión normativa se

resuelve conforme la interpretación integral del ordenamiento jurídico nacional y de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

Por esa razón, a continuación, se determinará si la regulación denunciada resulta aplicable, tomando en cuenta su contenido y lo expuesto anteriormente.

El Artículo 4 denunciado indica: "No se reconoce la naturalización en otro país de guatemaltecos domiciliados en Guatemala, salvo la naturalización de la mujer por matrimonio y siempre que no sea por efecto exclusivo de la legislación extranjera." De esa disposición, se extraen dos supuestos: a) los hombres guatemaltecos de origen domiciliados en Guatemala, naturalizados en el extranjero, no pueden solicitar el reconocimiento y la inscripción registral de su nacionalidad extranjera. Este supuesto no es objeto de denuncia en la presente acción; b) las mujeres guatemaltecas de origen, domiciliadas en Guatemala, naturalizadas en el extranjero por razón del matrimonio con persona extranjera, pueden solicitar el reconocimiento y la inscripción registral de su nacionalidad extranjera, si la nacionalidad extranjera la adquirió automáticamente por razón de la regulación del matrimonio en el país de la nacionalidad adquirida. Este es el objeto de denuncia por parte de los accionantes, por estimarla desigual.

En mil novecientos noventa y seis, el legislador reformó el Artículo 3 de la Ley de Nacionalidad por medio del Decreto 86-96, en el cual estableció que a ningún guatemalteco de origen puede privársele de su nacionalidad y que -una vez adquirida- es irrenunciable, aun cuando hubiere optado por la naturalización en país extranjero, salvo que la renuncia fuera obligatoria para dicha naturalización extranjera. Además,

reguló: "Los guatemaltecos de origen, naturalizados en el extranjero, que hubieran perdido la nacionalidad guatemalteca por renuncia obligatoria, podrán constituir domicilio nuevamente en Guatemala y recuperar la nacionalidad guatemalteca de conformidad con esta ley. Se exceptúan aquellos que habiendo renunciado obligatoriamente a la nacionalidad de origen, ratifiquen ante el Ministerio de Relaciones Exteriores su renuncia, con el fin de conservar exclusivamente la nacionalidad extranjera para gozar de los privilegios económicos que su país de adopción les proporciona, en cuyo caso deberán inscribirse como extranjeros en los registros correspondientes." (Negrilla no aparece en el texto original).

En consecuencia, ahora los hombres guatemaltecos de origen, domiciliados en Guatemala, naturalizados en el extranjero, y las mujeres guatemaltecas de origen domiciliadas en Guatemala, naturalizadas en el extranjero, pueden solicitar el reconocimiento y la inscripción registral de su nacionalidad extranjera, independientemente del motivo por el que fue adquirida esa otra nacionalidad. Esto lo refuerza el último párrafo del Artículo 78 del Código de Migración, por el que se reconoce el estatus de residente permanente a las personas guatemaltecas de origen que se hayan naturalizado en otros países y que regresen pensionados o jubilados por gobiernos o entidades privadas.

Esa interpretación se realiza en armonía con el numeral 2 del Artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad." Se exceptúan de estas situaciones los casos cometidos en fraude en materia de nacionalidad, de conformidad con el Artículo 65 de la Ley de Nacionalidad.

Del Artículo 10 de la Ley de Nacionalidad, se denuncia la exclusión del hombre en la parte de la disposición que indica: "...la mujer casada con guatemalteco que residan en el extranjero, podrán sustanciar sus expedientes por medio de mandatario guatemalteco especial ante el Ministerio de Relaciones Exteriores [...] o ante el representante diplomático o consular de carrera que corresponda...".

Según se indicó en el considerando anterior, conforme la regulación migratoria actual, para el caso de la persona extranjera casada o unida con persona guatemalteca, la naturalización puede ser requerida luego de un año o más de haber contraído matrimonio o de haberse declarado la unión de hecho con persona guatemalteca. No obstante, esas diligencias previas en el extranjero deben permitirse en los casos en los que la mujer extranjera, que se case con una persona guatemalteca, y que posea residencia en el extranjero invoque que la legislación aplicable a su nacionalidad de origen produzca el cambio automático a la nacionalidad del cónyuge por razón del matrimonio o la obligue a adoptar la nacionalidad del cónyuge, porque estaría perdiendo su nacionalidad al contraer matrimonio con un guatemalteco, sin adquirir automáticamente la nacionalidad del marido, lo cual la convertiría en apátrida, incluso viviendo en su país de origen, afectando así su derecho a poseer una nacionalidad. En esos casos, el Estado de Guatemala posee el compromiso internacional de expedir documentos de identidad a todo apátrida que se encuentre en el territorio del país y que no posea un documento válido de viaje (Artículos 27 y 28 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas), aspecto que también se debe garantizar a todo hombre que se encuentre en situación de apatridia. De esa cuenta, la situación tanto de hombres como mujeres que eventualmente pudieran encontrarse en el supuesto de

hecho que prevé la norma cuestionada –como lo denuncian los accionantes–, también está protegida por el Artículo 12.2 la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, cuando los derechos adquiridos por el apátrida dependan de su estatuto personal, especialmente los que resultan del matrimonio; así como el 32 de esa Convención, en cuanto a facilitar la naturalización de los apátridas, en especial, acelerar los trámites de naturalización.

De esa cuenta, el supuesto de la disposición denunciada únicamente se produciría en el contexto de apatridia analizado, porque la residencia de quien pretenda naturalizarse guatemalteco debe ser permanente, y ese supuesto denunciado es una potestad de representación en diligencias administrativas para el reconocimiento de la naturalización que aplicaría para los casos en que subsista regulación de pérdida automática de la nacionalidad de origen por razón del matrimonio. Esa misma excepción resulta aplicable para el caso del Artículo 43 denunciado, el cual se encuentra inserto en el capítulo V de la Ley de Nacionalidad "Naturalización Declaratoria": "La extranjera que se case con guatemalteco podrá hacer la opción por la nacionalidad guatemalteca en las diligencias matrimoniales, cuando éstas tienen lugar en Guatemala, pero las demás formalidades deberán ser cumplidas en el Ministerio de Relaciones Exteriores, a efecto de que se reconozca la naturalización.". En los demás casos, para la concesión de la naturalización de hombres y mujeres por razón del matrimonio, los contrayentes deben acreditar –ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, por aplicación del Artículo 78 del Código de Migración– tener un año o más de haber contraído matrimonio o declarado la unión de hecho con persona guatemalteca, porque esa disposición permite a una persona extranjera, casada con

una persona guatemalteca, adquirir, si lo solicita, la nacionalidad del cónyuge, mediante un procedimiento de naturalización concesiva "privilegiado", con sujeción a la limitación temporal (un año), que resulta válida por razones de seguridad y de interés público, conforme los estándares internacionales apuntados.

Igualmente sucede en cuanto a la parte del Artículo 79 de la Ley de Nacionalidad denunciada por los accionantes, que se refiere a la posibilidad de extender licencia para ingresar a Guatemala a la mujer extranjera que se case con guatemalteco fuera de la República, si ella perdiere su nacionalidad por el hecho del matrimonio, a cuyo efecto bastará su declaración en tal sentido.

Estas excepciones derivan de la posibilidad de que algunos Estados extranjeros –basados en la facultad soberana de establecer sus propias disposiciones legales de nacionalidad y de inmigración– aún mantengan regulación relacionada con el principio de "nacionalidad dependiente" e impongan a la mujer la pérdida de su nacionalidad de origen, sin que automáticamente adquiera la nacionalidad del marido al casarse, cuando la pareja tenga nacionalidades diferentes antes del matrimonio.

Esos dos aspectos buscaron evitarse con la emisión del Artículo 9.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (de 1979), en el cual se establece: "Los Estados partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge" (Tratado

que ha sido aprobado por más de 187 países, salvo siete: Irán, Naurú, Palaos, Catar, Somalia, Sudán y Tonga).

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó al Consejo de Derechos Humanos en la sesión vigésimo tercera (de 15 de marzo de 2013) el Informe sobre la discriminación contra la mujer en cuanto a la nacionalidad, incluidas las repercusiones en los niños.

Con relación a este aspecto, se trasladan algunas afirmaciones efectuadas por el Alto Comisionado: "20. Cuando tanto el país del marido como el de la mujer aplican el principio de la nacionalidad dependiente, la mujer adquiere automáticamente la nacionalidad de su marido, pero pierde la propia. Cuando solo el país de la mujer sigue el principio de la nacionalidad dependiente, esta pierde su nacionalidad al contraer matrimonio con un extranjero, aunque no adquiera automáticamente la nacionalidad del marido. En esos casos, las mujeres se convierten en apátridas, incluso cuando siguen viviendo en su país de origen. Cuando el país del marido aplica el principio de la nacionalidad dependiente, se impone la nacionalidad del marido a la mujer, aunque esta no desee adquirir esa nacionalidad [...] 24. Cuando las mujeres no pueden documentar su nacionalidad, corren el riesgo de convertirse en apátridas; por ejemplo, en ocasiones las mujeres no tienen acceso a la documentación necesaria para demostrar o reclamar su nacionalidad, como pasaportes, documentos de identidad, partidas de nacimiento o certificados de matrimonio. Su nacimiento puede no haber sido registrado debido a las leyes y prácticas que discriminan y excluyen a las niñas, en particular a las pertenecientes a familias pobres, minorías y comunidades extranjeras, o a las que tienen una discapacidad. Su matrimonio puede no haber sido registrado por

falta de consentimiento de su marido, por desconocimiento o por cualquier otro motivo. En determinadas circunstancias, como en los casos de trata o en las situaciones de violencia y abuso, la documentación de la mujer puede haber sido destruida como medio de control. En algunos países, prácticas discriminatorias como la exigencia de la autorización de un hombre para obtener los documentos de nacionalidad afectan también al disfrute por la mujer de su derecho a la nacionalidad."

En ese sentido, por medio de la ratificación de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, el Estado de Guatemala está obligado a expedir documentos de identidad a todo apátrida que se encuentre en el territorio del país y que no posea un documento válido de viaje (Artículo 27). En ese caso, aplica la excepción establecida en el Artículo 65 del Código de Migración a la regla que regula el ingreso ordinario de personas extranjeras al territorio nacional cumplir con los requisitos que para su nacionalidad se establezca en el reglamento respectivo: "...Se exceptúan aquellas personas que ingresan legalmente al territorio de la República por razones humanitarias o en necesidad de protección internacional, como es el caso de los solicitantes del reconocimiento del estatuto de refugiado, de asilo político bajo la figura del asilo territorial." La situación de esa persona produciría una "situación no prevista" que debería ser resuelta de conformidad con el Artículo 71 del Código de Migración. Ese mismo Código establece en su Artículo 93 la posibilidad de brindar un "documento especial de viaje" a aquellas personas que no son nacionales, pero que por las condiciones especiales de su estatus se les otorga un documento de identidad temporal para que puedan egresar e ingresar al país por una sola vez, de acuerdo con

lo establecido en ese Código y en los convenios internacionales ratificados por Guatemala.

En consecuencia, una persona –hombre o mujer– que por razón del matrimonio se encuentre en situación de apatridia puede invocar estar en esa condición especial para que Guatemala le brinde un documento especial de viaje, en idéntico supuesto que el que regula la disposición denunciada, en la parte que indica: "...se extenderá dicha licencia a la mujer extranjera que se case con guatemalteco fuera de la República; si perdiere su nacionalidad por el hecho del matrimonio". Ese apartado normativo ya no encuentra aplicación para tales efectos; en todo caso, la referencia que realiza solo a la mujer no implica que el ordenamiento jurídico no otorgue igual tratamiento a hombres en afectación de su derecho a la nacionalidad, pero por aplicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en especial, del Convenio sobre el Estatuto de los Apátridas, según se expuso.

Con base en lo analizado, esta Corte determina que el contenido de las normas denunciadas -además de haber quedado tácitamente, algunas de ellas, derogadas por incompatibilidad de normas contenidas en disposiciones posteriores (Artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial)- han quedado superadas o desplazadas -por el principio pro persona- por regulación internacional y nacional acorde con las actuales situaciones en materia de nacionalidad, en la distinción entre hombres y mujeres que denuncian los accionantes, según se explicó.

En conclusión, con fundamento en lo expuesto, esta Corte considera que no existe violación a la igualdad entre hombres y mujeres respecto de criterios para el cambio de nacionalidad y no se falta al deber de protección a la familia, pues la regulación integralmente aplicable en la actualidad permite:

- Tanto a hombres guatemaltecos de origen domiciliados en Guatemala, naturalizados en el extranjero, y a mujeres guatemaltecas de origen domiciliadas en Guatemala, naturalizadas en el extranjero por la razón que fuera, solicitar el reconocimiento y la inscripción registral de su nacionalidad extranjera, independientemente de la razón por la que fue adquirida esa otra nacionalidad, por lo que no subsiste la omisión denunciada respecto del Artículo 4 de la Ley de Nacionalidad.

- La mujer extranjera casada con guatemalteco que resida en el extranjero ya no puede presentar solicitudes y diligencias de naturalización, por medio de mandatario o representante diplomático consular de carrera, porque ahora solo las personas extranjeras casadas o unidas con persona guatemalteca que deseen adquirir domicilio en el país y luego de un año o más de haber contraído matrimonio o declarado la unión de hecho con persona guatemalteca, pueden optar por la naturalización. Con lo cual, los Artículos 10 y 43 de la Ley de Nacionalidad han perdido aplicación práctica, porque la residencia de quien pretenda naturalizarse guatemalteco debe ser permanente, según el Código de Migración. Se exceptúan de esta afirmación, los casos de personas apátridas por razón del matrimonio, pero en ese caso debe procederse conforme la regulación especial para superar ese estatus, independientemente de si la solicitud la presenta una mujer o un hombre.

- El contenido del Artículo 79 de la Ley de Nacionalidad ha sido desplazado por los Artículos 27 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, 71 y 93 del Código de Migración, por los cuales el Estado de Guatemala está obligado a expedir documentos de identidad a todo apátrida que se encuentre en el territorio del país y que no posea un documento válido de viaje.

-IX-

No obstante lo anterior, esta Corte advierte que efectivamente existe omisión legislativa en materia de nacionalidad, pero no por inobservancia de los Artículos 4, 28, 47, 146 y 175 de la Constitución, sino por razón del mandato constitucional que aparece en el Artículo 3 del Título VIII de Disposiciones transitorias y finales de la Constitución, el cual -luego de referirse a la conservación de la nacionalidad obtenida con anterioridad- indica: "...El Congreso de la República emitirá una ley relativa a la nacionalidad, a la brevedad posible."

Por ende, debe declararse sin lugar el planteamiento en cuanto a la omisión relativa denunciada de los Artículos 4, 10, 43 y 79 de la Ley de Nacionalidad, en el que se cuestionó la pasividad del legislador por no regular de forma compatible con el derecho de igualdad entre hombres y mujeres, y la protección a la familia en los preceptos normativos cuestionados; no obstante, para superar el incumplimiento encontrado al mandato constitucional expreso en materia de nacionalidad, debe ser emitida exhortación al Organismo Legislativo, para que, en atención a los compromisos internacionales en dicha materia, emita el Decreto que corresponda para superar la omisión constitucional encontrada, apelando al Congreso de la República a que cumpla

responsablemente con la exhortación que se realiza, otorgándole la premura que la regulación de ese tema amerita, conforme lo estableció el poder constituyente. El hecho que en el presente fallo no se acoja el planteamiento de inconstitucionalidad general parcial por omisión relativa, dirigida contra los Artículos 4, 10, 43 y 79 de la Ley de Nacionalidad, implica que no se ha advertido la necesidad de reformar esos preceptos normativos, pues, según el análisis contenido en las consideraciones precedentes, existen normas que superan las objeciones contra las normas denunciadas.

La falta de acogimiento referida no impide que esta Corte, en virtud de existir un mandato constitucional incumplido por más de treinta años, aproveche la oportunidad para exhortar a los diputados del Congreso de la República a que emitan la ley que regule los supuestos de la naturalización declaratoria, entre otros aspectos que deben actualizarse en materia de nacionalidad.

A fin de que las exhortaciones que realizará esta Corte puedan ser atendidas, también se estima pertinente que se realice la notificación de esta sentencia al titular del Organismo Ejecutivo y al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que observe las consideraciones interpretativas efectuadas en este fallo respecto del tratamiento privilegiado "por razón del matrimonio" y de protección "por razón de apatridia", así como que –en atención a la iniciativa de ley que constitucionalmente le es reconocida al primero y a la responsabilidad administrativa y la especialidad del segundo– puedan formular los proyectos de ley que corresponden para propiciar la Ley de Nacionalidad que el constituyente de 1985 exigió.

– X –

Con base en lo anteriormente expuesto, esta Corte considera que, tomando en cuenta que los efectos positivos que se concederán al presente fallo derivan de la omisión al incumplimiento de un mandato constitucional legislativo y no de los argumentos de interposición de la acción que aquí se resuelve, la pretensión debe declararse sin lugar; además, debe imponerse a cada uno de los abogados auxiliantes la multa que corresponde, sin condenar en costas los accionantes, por no existir sujeto legitimado para su cobro.

LEYES APLICABLES

Artículos citados, 267 y 272, inciso a), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 115, 133, 143, 148, 163 inciso a) y 186 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 39 y 44, segundo párrafo, del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con base a lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Sin lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial por omisión relativa promovida contra los Artículos 4, 10, 43 y 79 de la Ley de Nacionalidad, Decreto 1613 del Congreso de la República, por Alejandro Letona Figueroa, Astrid Virginia González Guerrero, Brian Alfredo González Morales, Carlos Fernando Morales Silva, Diana Melisa Jiménez Ampérez, Edith Miriam Anabella Rodríguez Alarcón, Diego Enrique Ronquillo Castillo, Erick Estuardo Barrera García, Geraldine Argentina Sosa Méndez,

Jaqueline Estefanía Montoya Valdés, Javier Alejandro Luna Arreaga, Jessica Michelle Portillo Corado, Jorge Alberto Godoy Maza, Eric José Gerardo Villamar del Cid, José Luis Muralles Véliz, José Rodrigo Alejandro Alarcón González, Josué David Díaz Magaña, Laura Gabriela González López, Ligia Marisol Pérez Hernández, Luis Pedro Lechuga Contreras, María Alejandra Hernández Merlos, María Alejandra Tobías Escobar, María Andrea Dávila Córdova, María Fernanda de Jesús Galán Maldonado, María Fernanda Sandoval Ayala, María Teresa Castañeda Arreola, Nineth Hernández Barrios, Pablo Enrique Rojas Cifuentes, Paola Michell Romero Velásquez, Rita María Montenegro Marroquín, Roberto Tubac Gómez; II) No se condena en costas a la entidad accionante, por no haber sujeto legitimado para su cobro. III). Se impone multa de mil quetzales a cada uno de los abogados auxiliantes: Julio Santiago Salazar Muñoz, Karim Georgina Aguilar Calvillo y Claudia Caterina Maselli Loaiza, la que deberán pagar en la Tesorería de esta Corte, dentro de los cinco días siguientes de la fecha en que este fallo quede firme, debiéndose cobrar por la vía legal correspondiente, en caso de incumplimiento; IV) Con base en el Artículo 3 del Título VIII de Disposiciones transitorias y finales de la Constitución, exhorta al Congreso de la República a que emita una ley relativa a la nacionalidad, a la brevedad posible. V) Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial. VI) Remítase certificación del fallo al Congreso de la República, para los efectos de las exhortaciones que se le realizan en este presente fallo y para que su Junta Directiva lo haga del conocimiento de los diputados. VII) Notifíquese a quienes participaron en el trámite del proceso constitucional y, en razón de lo expuesto en el V considerando, también deberá notificarse al titular del Organismo Ejecutivo.

DINA JOSEFINA OCHOA ESCRIBÁ	PRESIDENTA
BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA	MAGISTRADO
JOSE FRANCISCO DE MATA VELA	MAGISTRADO
GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR	MAGISTRADA
NEFTALY ALDANA HERRERA	MAGISTRADO
JOSÉ MYNOR PAR USÉN	MAGISTRADO
MARÍA DE LOS ANGELES ARAUJO BOHR	MAGISTRADA
ANA GERALDINE CARIÑES GONZALEZ	SECRETARIA GENERA ADJUNTA

ANEXO V

INCONSTITUCIONALIDAD GENERAL PARCIAL POR OMISIÓN

EXPEDIENTE 1822-2011

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS MAURO RODERICO CHACÓN CORADO, QUIEN LA PRESIDE, HÉCTOR HUGO PÉREZ AGUILERA, ROBERTO MOLINA BARRETO, GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR, ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE, JUAN CARLOS MEDINA SALAS Y RICARDO ALVARADO SANDOVAL: Guatemala, diecisiete de julio de dos mil doce.

Para dictar sentencia, se tiene a la vista la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por el abogado Najman Alexander Aizestatd Leistenschneider contra el Artículo 201 Bis del Código Penal, en el cual se tipifica el delito de tortura, por la omisión legislativa de incluir: —el castigoll, —cualquier tipo de discriminaciónll, —o con cualquier otro finll, como finalidades del delito de tortura, y —la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquicall, supuestos contenidos en el Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en el Artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. El postulante actuó con su propio auxilio profesional y el de los abogados Hernán Antonio Herrera González y Marjorie Bosque Domínguez. Es ponente en el presente caso, el Magistrado Presidente, Mauro Roderico Chacón Corado, quien expresa el parecer de este Tribunal.

ANTECEDENTES

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Lo expuesto por el accionante se resume: a) interpone acción de inconstitucionalidad parcial de ley de carácter general por: —omisión al no incluirse al castigo, la discriminación o cualquier otro fin como finalidades de la tortura, ni a la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica, en la tipificación del delito de tortura en el Artículo 201 Bis del Código Penalll, por violar los derechos constitucionales a la integridad y seguridad (Artículos 2º y 3º), a la igualdad (Artículo 4º), la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos (Artículo 46) y la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al ius cogens y a los derechos humanos como deber del Estado de normar sus actuaciones con el propósito de contribuir a la paz y defensa de los derechos humanos y como un derecho humano inherente a la persona aunque no figure expresamente en la Constitución (Artículos 44 y 149, todos de la Constitución Política de la República de Guatemala); b) si bien el poder legislativo tiene un margen de acción en la configuración de las normas penales, ese margen de discrecionalidad del legislador no puede concebirse en términos absolutos, pues la actividad punitiva del Estado encuentra límites formales y materiales que se derivan tanto de la Constitución como de las normas que se integran a ella por medio del bloque de constitucionalidad; c) la tortura es uno de los crímenes que mayor regulación y prohibición encuentran en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, está específicamente definida por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o

Degradantes y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, dos tratados internacionales debidamente aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala; d) el Artículo 2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes señala que la definición de tortura "se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance". La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura amplía las finalidades por las cuales un acto debe de considerarse tortura, estableciendo, entre otras, que el delito de tortura se comete como medio de castigo personal o con cualquier otro fin, lo que conlleva un tipo abierto en cuanto a la finalidad del crimen; no obstante, el Código Penal guatemalteco es muy restrictivo y no las contempla. De ahí que pueda apreciarse la incongruencia entre la norma que se estima inconstitucional y la definición de tortura aceptada por la comunidad internacional. El castigo, la obtención de una falsa confesión, la renuncia o la discriminación (entre otras) han sido históricamente motivos que han llevado a la tortura. Además, la citada Convención expresamente establece que también se considera tortura "la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica". Impedir conciliar el sueño, sometimiento constante a música estridente, ser obligado a realizar conductas humillantes o denigrantes, la amenaza de tortura (mostrando implementos de tortura) o la profanación de objetos de gran valor religioso frente a la víctima, entre otros, son métodos de tortura que no causan grave dolor físico y que se encuentran prohibidos por la definición internacional de tortura; sin embargo, escapan de la definición de

tortura contenida en la norma impugnada en esta acción. La definición de tortura constituye un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y de los elementos que ésta debe observar. El Código Penal, en su Artículo 201 Bis, únicamente contempla como tortura actos que conlleven dolores o sufrimientos graves, razón por la cual es evidente la contradicción con la normativa internacional, es incongruente con la definición de la tortura, pues únicamente contempla la "información y confesión" e "intimidar o coaccionar" entre las finalidades de la tortura, no incluye la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica; e) la prohibición de la tortura ha sido reconocida como una de las pocas normas que han alcanzado el carácter de ius cogens; es decir, como una "norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario", por lo tanto, su regulación no permite derogación o reducción alguna en los elementos de su tipificación, pues viola derechos humanos garantizados por disposiciones constitucionales, tratados internacionales en materia de derechos humanos y normas internacionales imperativas de ius cogens; f) el derecho constitucional a la integridad requiere que el Estado tome las acciones necesarias para que no se dañe física o mentalmente a sus habitantes, y el derecho a la seguridad implica que el Estado tome las acciones necesarias para garantizar que los ciudadanos no se vean arriesgados o colocados en situaciones de peligro. En resguardo de estos derechos, las violaciones más graves deben ser castigadas por medio de sanciones penales. En casos como la tortura –en que el sujeto activo actúa

con el apoyo, autorización o aquiescencia de un agente estatal– el objetivo de la tipicidad es indicar a los ciudadanos, y agentes del Estado, qué comportamientos están prohibidos y que con la conminación penal contenida en los tipos penales, se abstengan de realizar la conducta prohibida. Al no hacerlo, los pone en riesgo e incumple con su obligación de proteger y garantizar sus derechos fundamentales. No basta establecer un tipo penal y denominarlo tortura, deben incluirse como parte del tipo penal todos sus elementos. La norma impugnada, en la tipificación de la tortura, no incluye todos los elementos de la tortura, al omitir el castigo, la discriminación y cualquier otro fin como parte del tipo penal, la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica, lo que conlleva excluir de la protección del tipo penal esas conductas, pues con ello el Estado excluye la protección contra todo acto de tortura que se realice con esa intencionalidad. Según lo establecido en la norma impugnada, infligir dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, con el objetivo de castigar, discriminar o cualquier otro fin, pueden realizarse en Guatemala sin que constituyan tortura, así como la realización de actos que tiendan a disminuir o anular la personalidad de la víctima, los que, si no causan dolores graves, no constituyen tortura para Guatemala. Ello contraviene derechos constitucionales de todos los habitantes. La desprotección de tales actos en el tipo penal de la tortura no puede suplirse acudiendo a otros tipos penales, como las lesiones, pues ambos delitos protegen distintos bienes jurídicos. La naturaleza única y especial de la tortura implica que su tipificación deficiente no pueda suplirse con otros tipos penales, pues hay una sustancial diferencia de fondo entre condenar por lesiones e imputar responsabilidades

por el delito de tortura; g) el Artículo 4º constitucional señala que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. La protección contra la discriminación es precisamente uno de los valores fundamentales reconocidos por la Constitución; para ello, debe adoptar medidas legislativas que prohíban actos discriminatorios. El género, la raza, la nacionalidad, la religión, la orientación sexual o la situación de extranjería son comúnmente motivos en que los victimarios fundamentan actos de tortura (tal como el caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala); sin embargo, en Guatemala la tortura con esas finalidades no se encuentra contemplada por la tipificación de ese delito en la norma impugnada, pese a que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificada por el Estado de Guatemala, incluye a la discriminación como uno de los elementos de la tortura; h) el Artículo 46 constitucional señala que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno; la norma establece una jerarquía normativa entre los tratados internacionales y la legislación nacional. Por medio de los instrumentos internacionales contra la tortura, se persigue castigar a los responsables de las más graves violaciones a los derechos humanos y, por ende, deben considerarse como convenios internacionales en materia de derechos humanos. La suscripción y ratificación de esos tratados internacionales en materia de derechos humanos conlleva que el Estado de Guatemala reconozca y acepte la definición de la tortura con todos sus elementos de tipicidad, incluyendo la finalidad de castigo, discriminación y cualquier otro fin, y la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad; por ello, el compromiso adoptado

por el Estado de Guatemala es establecer el delito de tortura dentro de su legislación penal con todos los elementos del tipo penal en la definición internacional, lo cual debe cumplirse respetando los elementos de tipicidad y la definición establecida por las convenciones. El Código Penal, en su Artículo 201 Bis, establece el delito de tortura, pero no incluye los mismos elementos del tipo penal reconocidos en las convenciones internacionales sobre la materia, sino que se trata un tipo penal más restrictivo que no incorpora los elementos acordados en los instrumentos internacionales, lo cual evidencia la incongruencia entre la definición nacional y la contemplada en las normas internacionales, contraviniendo el Artículo 46 constitucional; i) para la tipificación de delitos con fuente internacional, la preeminencia establecida en el Artículo 46 constitucional no puede poseer únicamente el efecto de que ante un conflicto normativo prevalezca la norma internacional. La colisión en casos penales presenta una circunstancia única y distinta que no puede ser evaluada de la misma forma. La norma internacional solamente establece la obligación de tipificar la norma penal en el derecho interno, pero no establece el delito per se, ni regula sanción penal. Además, la simple prevalencia no da efectividad real a la disposición constitucional ni a los derechos humanos garantizados por el tratado, derivado del principio de legalidad que determina que no hay crimen ni pena sin ley anterior, en congruencia con el mandato del Artículo 17 constitucional. Un juez en un caso penal, al evidenciar el conflicto que existe entre la definición del Artículo 201 Bis del Código Penal y la definición de la tortura en el ámbito convencional internacional y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se vería imposibilitado de aplicar la definición contenida en el tratado internacional a pesar de que ésta prevalezca. No puede un juez

condenar a una persona que haya cometido tortura con la finalidad de castigar, ya que ese sujeto pasivo no está contemplado en la norma inferior, a pesar de que así lo dispone la definición de tortura contenida en un tratado internacional prevaleciente en materia de derechos humanos. Así como tampoco podría aplicar la obligación de ajustarse a esa definición en la legislación penal de cada Estado. En su aplicación real y concreta, declarar que un tratado internacional en materia de derechos humanos establece que un delito prevalece sobre la legislación ordinaria carece de contenido real. Por lo tanto, el conflicto de normas que establecen disposiciones penales con tratados internacionales en materia de derechos humanos constituye una circunstancia limitada, especial y extraordinaria que justifica un trato específico. En estos conflictos normativos en concreto, debidamente circunscritos al establecimiento de un tipo penal, para la aplicación real y eficaz del principio de preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos debe utilizarse el contenido del tratado para evaluar el vicio de inconstitucionalidad de la norma inferior según el Artículo 46 constitucional. Atendiendo a esto, el Artículo 201 Bis del Código Penal que establece el delito de tortura contraviene el Artículo 46 constitucional debido a su colisión con los Artículos 1, 2, numeral 1, y 4, numeral 1, de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; 1, 2, 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; 2 y 5, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, j) la omisión de elementos esenciales en la tipificación de la tortura en el ordenamiento nacional es una grave violación a derechos constitucionales y normas internacionales. La defensa del orden constitucional implica sujetar al control de constitucionalidad a los órganos del poder público en sus actos como en sus

omisiones, lo que conlleva la adecuación de las normas nacionales a los parámetros mínimos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Solicitó que se declare con lugar la presente acción de inconstitucionalidad por omisión y, en consecuencia, que se exhorte al legislador a adecuar el tipo penal de la tortura a los estándares internacionales, fijándole plazo para el cumplimiento del fallo.

II. TRÁMITE DE LA INCONSTITUCIONALIDAD:

No se decretó la suspensión provisional del Artículo 201 Bis del Código Penal. Se tuvo como intervinientes al Congreso de la República, al Procurador de los Derechos Humanos, al Procurador General de la Nación, a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala y al Ministerio Público. Oportunamente se señaló día y hora para la vista.

III. RESUMEN DE LAS ALEGACIONES:

A) El Procurador General de la Nación expuso: a) el postulante no efectuó confrontación en forma clara y precisa que permita advertir la supuesta omisión de requisitos que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece, así como lo que manifiesta la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Se limitó a transcribir una serie de aspectos doctrinarios de algunos tribunales constitucionales sobre la forma de la reparación en las inconstitucionalidades por omisión; b) el requerimiento de omisión del accionante podría ser subsanado por los jueces del orden penal en sus sentencias

sobre la tortura, aplicando lo establecido en las convenciones de carácter internacional; es decir, bastaría con hacer valer esos planteamientos en casos concretos ante los tribunales penales, pues la Corte de Constitucionalidad no puede asumir una función legislativa. Solicitó que se declare sin lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial planteada. B) La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala expresó: a) conforme con los instrumentos internacionales, los actos que constituyen tortura deben realizarse "intencionalmente" y deben consistir en "dolores o sufrimientos" (Convención Internacional contra la tortura) o "penas o sufrimientosll (Convención Interamericana contra la Tortura) "físicos o mentales". A diferencia de la Convención Interamericana contra la Tortura, la Convención Internacional contra la Tortura señala que los dolores o sufrimientos deben ser "graves"; b) conforme con los citados instrumentos internacionales y la doctrina internacional, los elementos constitutivos de tortura son: i' cometer intencionalmente actos que produzcan graves dolores o sufrimientos físicos o mentales, penas o bien que sin causar angustia psíquica o dolor físico tiendan a disminuir la capacidad física o mental de la víctima; ii' realizar esos actos con la participación o aquiescencia de las autoridades del Estado; iii' cometerlos con un propósito, motivación o finalidad específica. La finalidad perseguida puede ser la de obtener de la víctima o de un tercero información o confesión, castigarla por un acto que haya cometido o que se sospeche que ha cometido, intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación; y, por cualquier otro fin; c) la prohibición de discriminación constituye una noción fundamental de Derechos Humanos. La Convención Internacional contra la Tortura recoge la discriminación como

uno de los elementos fundamentales constitutivos de la definición del delito, el uso discriminatorio de la violencia o el maltrato mental o físico es un factor importante para determinar si un acto constituye tortura. Es obligación de los Estados Parte velar porque se establezcan medidas de protección para las personas o poblaciones minoritarias o marginadas que corren mayor peligro de sufrir tortura, además de enjuiciar y castigar cabalmente todos los actos de violencia y maltrato cometidos contra esas personas. En este sentido, el Comité contra la Discriminación Racial ha expresado que los Estados Parte deberían prevenir y castigar severamente la violencia, los actos de tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes y todas las violaciones de los derechos humanos cometidos por agentes del Estado contra las personas pertenecientes a grupos raciales o étnicos, en particular los no ciudadanos (incluidos los inmigrantes, los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas), los romaníes/gitanos, los pueblos autóctonos, las poblaciones desplazadas, las personas discriminadas a causa de su ascendencia, así como los demás grupos vulnerables, prestando especial atención a la situación de las mujeres y los niños, que podrían ser objeto de una doble discriminación por su raza y su sexo o su edad; d) de conformidad con el Artículo 4 de la Convención Internacional contra la Tortura, los Estados tienen la obligación de tipificar y sancionar el delito de tortura en su legislación penal. La obligación de los Estados de tipificar y sancionar el delito de tortura en la legislación penal requiere que como mínimo se incluyan los elementos que definen la tortura de acuerdo con los instrumentos internacionales, incluyendo la discriminación como motivación de la tortura. En el caso de Guatemala, el Comité contra la Tortura reiteró, en las observaciones finales correspondientes al año dos mil seis, su preocupación

porque aún no se ha ajustado la tipificación del delito de tortura que figura en el Código Penal a las disposiciones de la Convención Internacional contra la Tortura, recomendando que se enmienden, con carácter prioritario, las disposiciones pertinentes del Código Penal, en particular los Artículos 201 Bis y 425, para tipificar penalmente la tortura según se define en el Artículo 1 de la Convención Internacional contra la Tortura; e) la sola vigencia de una norma que tipifique de alguna manera el delito de tortura, no es necesariamente consistente con las obligaciones internacionales que los Estados han adquirido respecto a la adopción de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos humanos. Es indispensable que los elementos del tipo penal definido en la ley o código respectivo sean consistentes con los elementos exigidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por consiguiente, la tipificación de dicho delito debe incluir como "mínimo" los elementos que constituyen tortura de acuerdo con los estándares internacionales, ya que cada uno de éstos persigue proteger bienes jurídicos esenciales para garantizar plenamente la dignidad humana, tal es el caso de la "discriminación como una de las motivaciones de la tortura". Lo contrario deriva en una grave afectación al deber de los Estados de garantizar el combate a la impunidad, así como el deber de prevenir, investigar, juzgar y sancionar este tipo de violaciones a los derechos humanos.

C) El Ministerio Público señaló: a) el ordenamiento jurídico guatemalteco no contempla legislación que regule la procedencia de inconstitucionalidad por omisión, cuya estimativa conlleve la exhortación al Congreso de la República para que legisle en determinado sentido, tal y como se ha instado el presente planteamiento; no obstante, se debe tomar en cuenta que la Constitución es la norma jerárquicamente superior del

ordenamiento jurídico y se tiene como normas de rango constitucional a las contenidas en regulación internacional en materia de derechos humanos, por lo que se encuentran sobre la legislación ordinaria, exigiendo que ésta última no sea contraria a la normativa dada en la Constitución y a la contenida en instrumentos internacionales de derechos humanos. Si el legislador con su silencio generara situaciones contrarias a dichas regulaciones, este silencio sería una causa posible de declarar la inconstitucionalidad por omisión, cuando se constituya una violación a la Constitución; en consecuencia, en el presente planteamiento de inconstitucionalidad convergen los elementos esenciales para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad que permita analizar el fondo del asunto; b) con relación a lo dispuesto por la normativa internacional, el contenido de la norma impugnada, que regula el delito de tortura, no recogió todos los supuestos que debía contener, tales como el castigo, la discriminación y cualquier otro medio con finalidades penalizadas en dicho delito, así como la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica, como supuestos normativos integrantes del elemento antijurídico de mérito, lo que trae como consecuencia que no se penalicen como tortura esa clase de acciones; c) ello redunda en contravención a derechos humanos garantizados por normas constitucionales, dado que es obligación del Estado de Guatemala proteger y garantizar la integridad y seguridad de las personas, así como la igualdad, al tenor de lo que establecen los Artículos 2º y 4º de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues la regulación impugnada es deficiente, por no ser congruente con la protección que el Estado debe procurar, entre otros, mediante la emisión de normas penales a las que se ha obligado conforme al Derecho

Internacional; además, se advierte la inobservancia de los Artículos 46 y 149 constitucionales, que señalan el principio de la preeminencia que poseen los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, sobre el derecho interno, así como el de cumplimiento de compromisos internacionales por parte del Estado de Guatemala, de conformidad con los principios y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos. Solicitó que se declare con lugar la acción de inconstitucionalidad general interpuesta.

IV. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA

A) El accionante alegó: a) tal y como destacó la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala, al evacuar la audiencia concedida, la omisión en incluir todos los elementos necesarios para la tipificación del delito de tortura constituye una contravención a los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento internacional y la Constitución; b) el Ministerio Público también apoya la presente acción destacando que la Corte de Constitucionalidad puede resolver inconstitucionalidades por omisión y que la omisión contenida en la norma impugnada contraviene los preceptos constitucionales señalados; c) la Procuraduría General de la Nación señaló que no existe una confrontación clara y precisa de la norma impugnada con un precepto constitucional; no obstante, la presente acción se fundamenta en la violación a preceptos constitucionales, siendo éstos los Artículos 2º, 3º, 4º, 44, 46 y 149 de la Constitución, los cuales fueron oportunamente establecidos, explicando —de manera clara y precisall cómo la norma impugnada por omisión contraviene cada una de esas normas constitucionales, incluyendo una confrontación entre cada una, de tal

forma que se pudiera apreciar la colisión. Asimismo, indicó que la Corte de Constitucionalidad no es competente para conocer inconstitucionalidades por omisión; sin embargo, la Corte ha reconocido expresamente que es competente para resolverlas por omisión (específicamente en sentencias dictadas en los expedientes 2242-2010 y 2229-2010). Solicitó que se declare con lugar la inconstitucionalidad general parcial por omisión que interpuso contra el Artículo 201 Bis del Código Penal. B) El Congreso de la República indicó: a) cumple con la potestad legislativa que constitucionalmente tiene asignada, procurando que todos sus actos y disposiciones estén revestidas de coherencia e inteligibilidad para el conocimiento y cumplimiento ciudadano y, por supuesto, adecuada a la legislación vigente y de manera especial a las disposiciones constitucionales; b) la potestad legislativa es una actividad dinámica, cuyo nacimiento a la vida jurídica tiene diversas alternativas, a usarse por el ente legislador, entre las que cabe mencionar la gestión efectuada por el ciudadano interponente de la presente acción, con la que pretende que el Artículo 201 Bis del Código Penal señale y contenga más elementos de tipificación del delito de tortura, con el objeto de que dicho precepto esté conforme con los tratados internacionales de Derechos Humanos, que sobre tal delito han sido debidamente firmados y ratificados por Guatemala; sin embargo, debe tenerse presente que no es posible en circunstancia alguna dejar en suspenso por algún momento lo actualmente legislado, ya que en aplicación de principios universales y constitucionales se daría lugar a impunidad, y a alegar beneficios para las personas que actualmente están sujetos a procedimientos o condenados por la comisión del delito de tortura. Solicitó que se dicte la sentencia que en derecho corresponde. C) El Procurador General de la Nación, y el Ministerio Público reiteraron las argumentaciones

que respectivamente presentaron al evacuar la audiencia concedida por quince días durante el trámite de la presente acción, y solicitaron que se tomen en cuenta las peticiones de fondo realizadas en esa oportunidad procesal.

CONSIDERANDO

-I-

La Corte de Constitucionalidad tiene como función esencial la defensa del orden constitucional y, por ello, debe conocer de las impugnaciones interpuestas contra leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general a las que se ha formulado reproche de inconstitucionalidad, total o parcial.

Dentro de los principios fundamentales que informan al Derecho guatemalteco, se encuentra el de supremacía constitucional, que significa que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados, de modo que entre dicha ley y las normas de inferior jerarquía debe existir completa compatibilidad. En consecuencia, ante un planteamiento de inconstitucionalidad se debe proceder a estudiar, confrontar e interpretar las normas cuestionadas con las disposiciones constitucionales que los accionantes denuncian vulneradas.

Es viable el conocimiento y resolución por parte del máximo Tribunal Constitucional, de las inconstitucionalidades producidas por la omisión legislativa cuando ésta redunde en

violación al texto constitucional y supremacía de la Constitución, al regular de forma incompleta una norma o la ausencia de ésta.

-II-

En el presente caso, se trae a examen la omisión legislativa de incluir: —el castigoll, —cualquier tipo de discriminaciónll, —o con cualquier otro finll, como finalidades del delito de tortura, y —la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquicall, en el delito de tortura contenido en el Artículo 201 Bis del Código Penal, por lo que se solicitó a esta Corte que en función de la defensa del orden constitucional, exhorte al Congreso de la República de Guatemala para que cumpla con su deber constitucional de legislar correctamente el tipo penal de tortura en congruencia con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Aduce el solicitante que dicha omisión o desobediencia desarmoniza los principios constitucionales de integridad y seguridad (Artículos 2º y 3º), igualdad (Artículo 4º), la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos (Artículo 46) y la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al ius cogens y a los derechos humanos como deber del Estado de normar sus actuaciones con el propósito de contribuir a la paz y defensa de los derechos humanos y como un derecho humano inherente a la persona aunque no figure expresamente en la Constitución (Artículos 44 y 149, todos de la Constitución Política de la República de Guatemala).

-III-

Esta Corte, al analizar las exposiciones de las autoridades y entidades a quienes se les confirió audiencia, así como los argumentos del accionante en su tesis de inconstitucionalidad, considera que para el desarrollo del presente tema es imperativo establecer si es dable conocer y resolver sobre las omisiones legislativas denunciadas mediante la acción de inconstitucionalidad.

Es oportuno citar el fallo de ocho de febrero de dos mil once, emitido por este Tribunal Constitucional dentro del expediente dos mil doscientos veintinueve – dos mil diez (2229-2010), en el que se pronunció respecto de la posibilidad de impugnar una norma por omisión legislativa, señalando en sus partes conducentes, lo siguiente: —...El pasaje transcrito evidencia el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión por parte de doctrinarios, pero debe entenderse que ésta se concreta no solo cuando concurre omisión de legislar, sino que cuando exista una regulación insuficiente o discriminatoria (...) se advierte que sí es posible instar la acción de inconstitucionalidad denunciando una omisión cuando se impugne ´una regulación insuficiente o discriminatoria´, ya que en esos casos sí concurre el señalamiento concreto de la norma, reglamento o disposición de carácter general sobre la cual se pretende el examen y por medio de la cual se concreta la omisión denunciada...ǁ.

El instituto jurídico de la inconstitucionalidad por omisión, tal como lo afirma el autor Víctor Bazán, se presenta cuando: —...no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación insuficiente o discriminatoria al preferir dotar a algunos de los que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros.ǁ (Bazán, Víctor, —Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales

relativas» en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. No. 2, Ed. Porrúa, México, 2004. P. 199). El pasaje transcrito evidencia el reconocimiento de eventos en que puede concurrir en una norma, vicio de inconstitucionalidad por omisión, pero debe entenderse que, según el autor citado, ésta se concreta cuando concurre omisión de emitir determinada normativa que mande la Constitución y, también cuando exista una regulación insuficiente o discriminatoria.

El precitado autor, al aludir a la tipología de omisiones inconstitucionales, citando a Wessel, distingue entre omisiones absolutas y relativas. Indica que en las primeras hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; en tanto que en las segundas (que es la que al caso concreto interesa, o sea las relativas), propone como fórmula para su determinación la de que

—habrá omisión relativa toda vez que, en el cumplimiento del mandato constitucional (o, añadimos, del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos que [...] le acuerden tal valencia), el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo quiebren –en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario— el principio de igualdad, o cuando se produzca una regulación deficiente gestada por la norma incompleta. En este supuesto (omisión relativa), el control de constitucionalidad [...] sale al rescate de la supremacía constitucional que ha sido momentáneamente neutralizada. Naturalmente, no cualquier omisión viabilizará el control; solo aquella cuya textura y efectos sean constitucionalmente relevantes o no concreten en forma completa una determinada imposición constitucional (o de un tratado internacional que recepte la valencia expuesta supra)» (Bazán, Víctor. —Algunos problemas y desafíos

actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoaméricall, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 13, Tomo I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007, página 55).

Conforme al ordenamiento jurídico comparado, existe la omisión legislativa total, que en la jurisprudencia constitucional colombiana se denomina Inconstitucionalidad por omisión absoluta, y la llamada omisión parcial, referida a la denuncia en la emisión de la norma de forma incompleta, que puede generar el conocimiento de ésta última inconstitucionalidad, conforme lo afirmado por el jurista Víctor Bazán en el párrafo precedente.

Resulta pertinente citar ejemplos de ese tipo de acciones en el Derecho Comparado; así, el caso especial de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que en el Artículo 336, numeral 7), faculta a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a: —...Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección...ll. Es por la norma precitada que la Sala Constitucional venezolana ha realizado el control de la constitucionalidad de las leyes por omisión, ya sea absoluta o relativa.

Por su parte, la evolución de la jurisprudencia de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia o Sala Constitucional costarricense ha sido permisible en analizar planteamientos en cuanto a las inconstitucionalidades por omisión, tal como la

resolución dos mil cinco – cero cinco mil seiscientos cuarenta y nueve (2005-05649) de once de mayo de dos mil cinco, dictada dentro del expediente cero cuatro – cero cero ocho mil seiscientos cincuenta y tres – cero cero cero siete – CO (04-008653-0007-CO) en el marco de la inconstitucionalidad interpuesta por el defensor de los habitantes – Ombudsman-, en la que declaró la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su poder normativo y en el cumplimiento del mandato expreso impuesto por el poder constituyente derivado en la reforma parcial a la Constitución Política y conminó al poder legislativo para dictar las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley.

La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado ampliamente doctrina jurisprudencial sobre las "omisiones legislativas relativas", ejemplo de ello es en el caso de la sentencia C – quinientos cuarenta y tres (C-543) de mil novecientos noventa y seis, en la que se denunció la ausencia de un elemento que la Ley debía incluir para garantizar el derecho a la igualdad y el derecho al debido proceso de los particulares, y fue mediante la inconstitucionalidad relativa que se modificó esa ley para protección de todos por igual. El autor Bazán, en la obra antes indicada, evidencia la producción jurisprudencial de este tribunal al citar las sentencias dictadas en los casos C-080/99, C-1433/2000, C-007-2001, C-1064-2001, C-185/2002, C-871-2002 y C-402-2003.

Lo expuesto en los dos párrafos que preceden es congruente con la finalidad de la inconstitucionalidad por omisión, tanto absoluta como relativa, y es la pérdida de la eficacia normativa de la Constitución, pues impide la realización de la voluntad popular, plasmada en la ley fundamental, por la inacción de los poderes constituidos.

En estos casos de la omisión relativa, a que hace referencia el citado autor Víctor Bazán, en la emisión de una norma, puede ocurrir una transgresión a la igualdad cuando el legislador establece determinados supuestos que favorecen a ciertos grupos y olvida otros que provocan una norma desigual e incompleta. Sin embargo, la omisión legislativa puede ser denunciada también cuando se estima la transgresión a normas constitucionales como las contenidas en los Artículos 44 y 46 de la propia Constitución, vinculada tal omisión a la prohibición de una protección deficiente en materia de derechos humanos. Especial relevancia tiene una denuncia de violación a esa preceptiva constitucional, sobre todo si la omisión consiste en o configura un incumplimiento de una obligación o deber originado como consecuencia de la celebración o ratificación de un tratado internacional en materia de derechos humanos, cuya preminencia sobre el derecho interno se contempla en el precitado Artículo 46. Ese incumplimiento, y como consecuencia, en incurrir en la prohibición antes dicha, puede evidenciarse cuando se omite, por regulación insuficiente, la debida adecuación, en la emisión de la legislación interna, de estándares normativos mínimos contemplados en la normativa convencional internacional, que posibilitan el cumplimiento de los compromisos adquiridos por un Estado, a la luz de esta última normativa. En ese sentido, para esta Corte es insoslayable la observancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al momento de emitirse un precepto normativo, en atención a que los principios fundamentales de carácter material en los que se apoya ese Derecho son expresión de un orden objetivo de valores de la comunidad jurídica internacional, y de ahí el carácter vinculante hacia todos sus miembros, de manera que su inobservancia, genera responsabilidad internacional en aquel que no

cumpla con observar tales principios. Siendo que aquellos valores objetivos se fundan en reglas imperativas de Derecho Internacional (ius cogens), son a estas normas a las que pertenecen los derechos humanos más elementales, y como dentro de esas reglas ellas están contempladas, entre otras, las de prohibición a la tortura o a la esclavitud, la proscripción del genocidio o de la discriminación racial, por mencionar algunos ejemplos, que también constituyen garantías fundamentales que se derivan del principio humanitario, reconocido en el derecho internacional contemporáneo, no puede entonces admitirse, en el desarrollo legislativo interno de un Estado, una regulación insuficiente que limite aquellas garantías, pues ello tornaría no solo incumplimiento de compromisos internacionales aceptados por el Estado de Guatemala, sino, de igual manera, podría generar responsabilidad internacional dimanante de aquel incumplimiento. Es tal omisión (relativa, por regulación insuficiente), la que puede válidamente repararse si se acude a la vía de inconstitucionalidad general abstracta, denunciando que en un precepto se ha omitido el cumplimiento de un deber previsto en la Constitución.

Con lo anterior, se advierte la posibilidad de instar la acción de inconstitucionalidad denunciando una omisión, cuando se impugne —una regulación insuficientell, ello derivado de que la propia Constitución, en su Artículo 267, establece: —...Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad.ll (Lo resaltado no aparece en el texto original). En el caso concreto, se posibilita el control de constitucionalidad, en tanto el accionante ha señalado la concurrencia de una omisión con relevancia constitucional, en la norma

jurídica sobre la que ha de recaer el examen, siendo ésta el Artículo 201 Bis del Código Penal.

Atendiendo a la doctrina y jurisprudencia citada, así como lo establecido en el Artículo 267 de la Constitución, es viable el conocimiento de la inconstitucionalidad por omisión que se plantea.

-IV-

En el presente caso, la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida en contra del Artículo 201 Bis del Código Penal, en el cual se tipifica el delito de tortura.

En el texto de este Artículo se determina que: —Comete el delito de tortura, quien por orden, con la autorización, el apoyo y la aquiescencia de las autoridades del Estado, inflinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o que persiga intimidar a una persona o, por ese medio, a otras personas.

Igualmente cometen el delito de tortura los miembros de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o de cualquier otro fin delictivo.

El o los autores del delito de tortura serán juzgados igualmente por el delito de secuestro.

No se consideran torturas las consecuencias de los actos realizados por autoridad competente en el ejercicio legítimo de su deber y en resguardo del orden público.

El o los responsables del delito de tortura serán sancionados con prisión de veinticinco a treinta años‖.

El accionante denuncia la omisión legislativa: —al no incluirse [en aquel precepto] al castigo, la discriminación o cualquier otro fin como finalidades de la tortura, ni a la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica‖.

La incorporación del delito de tortura a nuestro ordenamiento jurídico penal obedeció a la suscripción por el Estado de Guatemala de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la cual fue aprobada por el Decreto 58-95 del Congreso de la República, el diez de agosto de mil novecientos noventa y cinco y publicado en el Diario de Centro América el once de septiembre de ese mismo año, entrando en vigencia el diecinueve de septiembre de mil novecientos noventa y seis.

En el Artículo 1 del tratado internacional en mención se indica: —1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ´tortura´ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a

instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. 2. El presente Artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.‖

Así, en cuanto a ese delito, en el Artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, se contempla como estándares mínimos para la tipificación del elemento objetivo (actus reus) del delito, lo siguiente: —Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente Artículo.‖

La denuncia de inconstitucionalidad por omisión parcial radica en que, a juicio del accionante, la norma penal contenida en el Artículo 201 Bis del Código Penal fue creada de forma incompleta, pues en ésta se omite contemplar dentro del elemento objetivo del delito a los actos de tortura que se realicen —por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación‖, según lo indicado en el Artículo 1 de la

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en ese mismo encuadramiento típico, a los actos realizados sobre una persona —sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquicall, que constituyen estándares mínimos para la tipificación del delito de tortura, según previsión contenida en el Artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura. De ahí que se hace necesario determinar si el tipo penal que describe la conducta de tortura a sancionar carece de los elementos objetivos que tornan a la norma en incompleta (insuficiente) y generan una protección deficiente respecto de los bienes jurídicos tutelados de la libertad y de la seguridad de las personas.

La norma penal –aduce el interponente– transgrede el contenido de los Artículos constitucionales siguientes: 2º y 3º (integridad y seguridad), 4º (igualdad), 46 (preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al ius cogens) y 44 y 149 (a los derechos humanos como deber del Estado de normar sus actuaciones con el propósito de contribuir a la paz y defensa de los derechos humanos y como un derecho humano inherente a la persona aunque no figure expresamente en la Constitución).

Afirma el accionante que la base sobre la cual se incorporó al sistema penal el delito de tortura creó de forma incompleta ese tipo penal, pues incumple con el Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y con el Artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y

Sancionar la Tortura, porque no incluyó ciertos elementos que son necesarios para la completa descripción del delito.

Las argumentaciones del interponente determinan que el problema que debe ser abordado por este Tribunal Constitucional, es el que se concierne a la posibilidad de que en el sistema guatemalteco se impugne de inconstitucional una norma ordinaria por haber sido emitida de forma no acorde ser incompatible con estándares mínimos contemplados en un tratado internacional en materia de derechos humanos, es decir, si tales instrumentos son o no parámetros de constitucionalidad, para lo cual se hace necesario analizar cuál es la valencia recepción que, desde la Constitución, se da en el derecho interno a dichos tratados.

En anteriores oportunidades, la Corte de Constitucionalidad ha negado que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos sean parámetro para ejercer el control de constitucionalidad, verbigracia el fallo de veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y seis, dictado dentro del expediente trescientos treinta y cuatro – noventa y cinco (334-95), que señaló: —...al analizar la violación del Artículo 46 que invoca el accionante, se concluye que dicha disposición tampoco se ha violado con la emisión del Artículo impugnado, pues en aquel únicamente se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno. Es decir, que en presencia de un eventual conflicto entre normas ordinarias del orden interno y los tratados y convenios sobre derechos humanos prevalecerían éstos últimos, pero como ya se dijo estos no son parámetros de constitucionalidad...ll (El resaltado no aparece en el texto original).

Sin embargo, en otros fallos, este mismo Tribunal Constitucional, como garante de la supremacía constitucional, se ha apoyado en tratados internacionales en materia de derechos humanos para los efectos de afirmar la contravención a los preceptos constitucionales, reconociendo su fuerza normativa. Tal es el caso del fallo de siete de julio de dos mil nueve, dictado dentro del expediente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto, novecientos veintinueve – dos mil ocho (929-2008), que se pronunció respecto de la constitucionalidad del delito de desaparición forzosa e indicó: —...De hecho, vale destacar que el carácter permanente con el que aparece tipificada la desaparición forzosa en el Código Penal se encuentra en consonancia con el contenido de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –ratificada por Guatemala el veinticinco de febrero de dos mil–, en cuyo Artículo III (...) Conteste con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en su jurisprudencia que la desaparición forzada de personas constituye, salvo la existencia de prueba en contrario, un delito de carácter permanente y continuado, que como ello indica, y valga la redundancia, aún hoy se está cometiendo [Sentencias de veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho y dos de julio de mil novecientos noventa y seis, dictadas con ocasión de los Casos Velásquez Rodríguez vrs. Honduras y Blake vrs. Guatemala, respectivamente] (...) De lo relacionado precedentemente se colige que el hecho de que el legislador haya fijado la permanencia como un elemento constitutivo del delito de desaparición forzosa no se traduce en lesión al principio de irretroactividad entronizado en el Artículo 15 de la Constitución Política de la República, por cuanto la continuidad en el tiempo inherente a tal acción ilícita permite que su comisión se prolongue hasta un momento posterior al inicio del ámbito temporal de

validez del precepto que le regula, pese a haber podido tener origen en un momento anterior…‖. (El resaltado no aparece en el texto original).

De acuerdo a lo resaltado en los párrafos anteriores, para dar respuesta a la problemática acerca de la recepción en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos, otros ordenamientos han acudido a la figura del bloque de constitucionalidad, el que ha sido parte de anteriores pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad (verbigracia los expedientes 90-90, 159-97, 3004-2007, 3878-2007, auto de 4 de octubre de 2009, expediente 3690-2009, 1940-2010 y 3086-2010, entre otros), aunque en ninguno de éstos se ha definido su contenido y alcances.

Ello implica realizar el análisis confrontativo que requieren acciones de inconstitucionalidad como ésta, por el que se posibilite verificar si en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad en adecuación de tipos penales con no solo conforme a normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que impulsaron los compromisos estatales para la tipificación de la tortura, cuestión que ha sido consentida por la doctrina y la jurisprudencia constitucional extranjera por la figura del "bloque de constitucionalidad", institución que ha permitido realizar dicha integración de la Constitución material, pues de no advertirse lo anterior, la omisión relativa determinada implicaría, por sí sola, contravención de los Artículos 44, 46 y 149 de la Constitución Política de la República.

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la

Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. La conceptualización del "bloc de constitutionalité" surgió en Francia, gracias a la intervención consultiva del Consejo Constitucional francés en la década de los setenta y la labor investigativa doctrinal acerca de la justicia constitucional desarrollada, especialmente, por el profesor Luis Favoreau, así como la carencia de reconocimiento expreso de derechos fundamentales en la Constitución que les rige desde mil novecientos cincuenta y ocho (1958), por lo que con esas opiniones, se integró al bloque de constitucionalidad la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de mil setecientos ochenta y nueve (1789) y el Preámbulo de la Constitución francesa de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

Luego esta misma doctrina se extendió a varios países con el fin de contribuir a formalizar y consolidar los Estados Constitucionales de Derecho surgidos después de la Segunda Guerra Mundial. Diversos autores concuerdan con el concepto doctrinal del bloque de constitucionalidad, al señalar que este es un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal.

Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país.

El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de la Constitución (arts. 44 y 46), la que configura y perfila su contenido, alcances y eficacia:

—Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza. ll Artículo 46. Preeminencia del Derecho interno. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.ll

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

El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el Artículo 46

constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos.

El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquél. En orden a la materia de estudio, se determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables son la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Esa inclusión se realiza por remisión del Artículo 46 y, consecuentemente, por el carácter de ius cogens que tienen las normas de estos instrumentos que, como tal, asumen categoría de compromisos internacionales adquiridos por el Estado (art. 149 constitucional). Lo que involucra, en el caso concreto, verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en normas internacionales en materia de Derechos Humanos, para evidenciar si existe una omisión legislativa parcial en la creación de la figura tipo de —torturall.

-V-

Para determinar la concurrencia de la inconstitucionalidad por omisión aludida, esta Corte estima pertinente realizar un análisis comparativo o factorial entre la norma impugnada –Artículo 201 Bis del Código Penal- con la Convención de Naciones Unidas

contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura:

A) El Artículo 201 Bis del Código Penal, indica: —Comete el delito de tortura, quien por orden o con la autorización, el apoyo o aquiescencia de autoridades del Estado, inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o persiga intimidar a una persona o, por ese medio, a otras personas. Igualmente cometen delito de tortura los miembros del grupo o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o de cualquier otro fin delictivo. El o los autores del delito de tortura serán juzgados igualmente por delito de secuestro. No se consideran torturas las consecuencias de los actos realizados por autoridad competente en el ejercicio legítimo de su deber y en el resguardo del orden público. El o los responsables del delito de tortura serán sancionados con prisión de veinticinco a treinta años.ll.

B) La incorporación del delito de tortura a nuestro ordenamiento jurídico penal obedeció a la suscripción por el Estado de Guatemala de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la cual fue aprobada por el Decreto 58-95 del Congreso de la República, el diez de agosto de mil novecientos noventa y cinco y publicado en el Diario de Centro América el once de septiembre de ese mismo año, entrando en vigencia el diecinueve de septiembre de mil novecientos noventa y seis.

El Artículo 1 del tratado internacional en mención indica: —1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ´tortura´ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. 2. El presente Artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.ll

C) Así, en cuanto a ese delito, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, refiere: —Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes

a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente Artículo.‖

La denuncia de inconstitucionalidad por omisión parcial radica en que, a juicio del accionante, la norma penal fue creada de forma incompleta, por lo que es necesario determinar si el tipo penal que describe la conducta de tortura a sancionar carece de los elementos básicos y necesarios para ser constitucionalmente válida, en congruencia con las Convenciones contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, e Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, las que, como quedó sentado, integran el contenido del bloque de constitucionalidad.

El tipo penal es la descripción detallada de la conducta prohibida, es un instrumento legal o dispositivo plasmado en la ley, que también es lógicamente necesario para saber si una conducta es delictuosa. Describe aquellos comportamientos que se estiman dañosos, utilizando verbos, los cuales se denominan verbos rectores. Lo fundamental es que la redacción debe ser compatible con la exigencia del principio de taxatividad.

El tipo tiene en el derecho penal una función triple: una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes, una función de garantía en la medida en que solo los comportamientos subsumibles en este pueden ser sancionados penalmente y una función motivadora general, por cuanto la descripción de los comportamientos en el tipo penal indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos.

La estructura del tipo está compuesta por i. sujeto activo, ii. conducta, y iii. bien jurídico. El sujeto activo es aquél que precisamente realiza la acción penal prohibida u omite la acción esperada. La conducta, entendida como comportamiento humano (acción u omisión) que viene descrita por medio de un verbo, y el bien jurídico que tiene la función protectora de los valores considerados como fundamentales para la persona humana o sociedad, y que la norma penal quiere proteger de comportamientos humanos que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad que el legislador atribuye a determinados intereses que una sociedad considera fundamental para el vivir bien.

Los tipos penales, al ser conductas prohibidas que constituirán figuras sancionadoras, deben cumplir con los principios constitucionales, dentro de los que se encuentra el de legalidad, que refiere que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración, el cual va aparejado a la libertad de acción de la que goza todo ciudadano, al principio de proporcionalidad, entre otros; razón por la que la conducta prohibida debe ser concreta, porque si no se consignan íntegramente los elementos específicos del supuesto de hecho, no se cumplirían con los parámetros constitucionales para la creación de los delitos.

La norma que contiene el tipo penal de tortura, señala que es aquella acción humana voluntaria cometida por orden o con la autorización, apoyo o aquiescencia de autoridades del Estado, que ocasione intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, teniendo como finalidad la obtención, por parte de esta persona o de un tercero, información o confesión por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o persiga intimidar a una persona

o, por ese medio, a otras personas. También establece esa norma penal que se considera delito de tortura aunque no haya autorización de las autoridades del Estado, cuando las acciones relacionadas las cometan miembros de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o cualquier otro fin delictivo.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su Artículo 1), indica: —A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ´tortura´ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstasll.

Por su parte, la Convención Interamericana para la Prevenir y Sancionar la Tortura en el Artículo 2, refiere: —Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona

de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.ll

Atendiendo a la descripción anterior, se establece que en la tipificación del delito de tortura, contenida en el Artículo 201 Bis del Código Penal, no se incluyen todos los elementos descritos en los tratados internacionales que regulan esa conducta antijurídica, pues se omite: —el castigo, la discriminación y cualquier otro finll como parte del tipo penal, así como —la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquicall, por lo que excluir de la protección del bien jurídico tutelado esos elementos objetivos, provocaría que en el precepto, cuya inconstitucionalidad se denuncia, se haya incurrido en omisión de tipificar actos altamente lesivos a la integridad moral y física de los individuos, necesarios para complementar el tipo delictivo previsto en el Artículo 201 del Código Penal, contraviniéndose así el Artículo 1 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, disposición convencional que, por ser protectora de derechos humanos fundamentales, prevalece sobre el derecho interno guatemalteco, conforme lo preceptúa el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Conforme a lo manifestado, el legislador en materia penal no ejerce su función sin límites, sino debe constreñirse a determinar las acciones u omisiones que conformaran los tipos penales, en cumplimiento con los compromisos internaciones adquiridos por el Estado, en la suscripción de los Tratados Internacionales que al respecto adopte, estando obligado a observar la compatibilidad de la normativa interna con esos instrumentos internaciones; siendo un compromiso del Estado de Guatemala tipificar y

sancionar el delito de tortura en la legislación penal, fundamentado en la interpretación más garantista de la persona, incluir como mínimo los elementos que definen la tortura de acuerdo con los instrumentos internacionales.

Como un antecedente del caso que ocupa a esta Corte, se puede citar la Observación General Número Dos, realizada por el Comité contra la Tortura de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, de la que se puede extraer que se manifestó que los Estados Partes deben tipificar y castigar el delito de tortura en su legislación cumpliendo con los elementos que define el Artículo 1 de la Convención y los requisitos del Artículo 4; por su parte, en el caso de Guatemala, el Comité contra la Tortura, en sus observaciones finales correspondientes al año dos mil seis, indicó que el Estado aún no había cumplido con ajustar su legislación interna a los requerimientos internacionales. La falta de adecuación de la legislación guatemalteca al estándar internacional propuesto en el Artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, que como antes se dijo, configura una violación de lo establecido en los Artículos 44, 46 y 149 constitucionales, es lo que se pretende reparar al declararse la procedencia de la acción de inconstitucionalidad general abstracta promovida por Najman Alexander Aizestatd Leistenschneider.

La desprotección de tales actos en el tipo penal de la tortura no puede suplirse acudiendo a las normas internacionales, pues aunque son normas de ius cogens que son de aplicación universal, con base en el principio de legalidad, tal como se refirió en párrafos precedentes, para que un tipo penal pueda ser aplicado a la comisión de hechos delictivos, debe ser plenamente descrito en una norma, pues de lo contrario, violaría la libertad de acción de la que gozan los ciudadanos del país, tomando en

cuenta la prohibición de analogía y de interpretación extensiva que opera en materia penal.

La naturaleza única y especial de la tortura implica que su tipificación deficiente no pueda suplirse con otros tipos penales, y la finalidad de establecer la discriminación como parte del tipo penal de tortura es esencialmente la de proteger a los miembros de grupos vulnerables contra esa forma especial de tortura.

Este Tribunal estima que para cumplir con la tipificación necesaria y en aplicación a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, debe establecerse concretamente la descripción de las conductas que constituyen —tortural, por lo que es necesario introducir por vía de reforma a la norma penal contenida en el Artículo 201 Bis del Código Penal las frases de: —el castigol, —cualquier tipo de discriminaciónl, —o con cualquier otro finl, como finalidades del delito de tortura, y expresamente se regule que también constituye este delito —la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquical.

Además, las obligaciones del Estado de Guatemala frente al cumplimiento de los estándares internacionales en la creación de la norma penal – Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura- quedarían a salvo, regulando de manera integral la conducta prohibida, que cumpla con los elementos suficientes para su correcta interpretación y aplicación por los órganos jurisdiccionales.

Lo anterior permite concluir en la existencia de la inconstitucionalidad por omisión parcial del Artículo 201 Bis del Código Penal, tomando en cuenta que su regulación incompleta trasgrede el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que recoge la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y el Artículo 149 del mismo cuerpo normativo supremo, en cuanto a que señala la obligación de que Guatemala norme sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos; por lo que debe declararse con lugar la acción instada, exhortando al órgano correspondiente a que realice lo legalmente pertinente de conformidad con sus facultades, a efecto de regular nuevamente la materia que el Artículo cuestionado desarrolla. La nueva regulación deberá observar los criterios vertidos en el presente fallo.

-VI-

Admitida por la doctrina del derecho constitucional moderno, la posibilidad de declarar infracciones a la normativa suprema por omisión legislativa en la expedición de leyes que haya ordenado la Constitución, o bien por la dejación administrativa para la reglamentación de las leyes establecidas, el problema se traslada a determinar formas de obligar a ese cumplimiento. En este aspecto procesal no existe en la jurisprudencia externa una posición uniforme, porque si en algunos sistemas se procede a ordenar la expedición legislativa e inclusivo a fijar un plazo; en otros, las facultades del tribunal constitucional solo llegan a dictar una sentencia interpretativa, que determina parámetros para adjudicación jurídica al supuesto de hecho que carezca de norma, o

bien de tipo exhortativo, por el cual urgiría al órgano legislador o al regulador, suplir el silencio causado por la falta de norma aplicable.

Como una forma de solución para el evento de la inconstitucionalidad por omisión relativa, el autor Víctor Bazán indica que —para controlar las omisiones legislativas relativas [...] es dable verificar la utilización de remedios unilaterales, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia resolución del tribunal constitucional [...] y de remedios bilaterales, o de reparación mediata, que entrañan la necesidad de colaboración entre el tribunal constitucional y el legisladorll (Bazán, Víctor. —Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativasll, Op. Cit. P. 201).

Mediante la función pretoriana que tiene la Corte de Constitucionalidad, en algunos casos, ha emitido sentencias con apartado recomendatorio hacia el Congreso de la República, a efecto de interesar a dicho órgano del Estado a emitir leyes que figuran como remisiones constitucionales pendientes de cumplir. El caso es que, cuando el constituyente no fijó plazo, es difícil determinar alguno que, respetando la esfera de acción del legislativo y sus propias agendas, lo prevenga acerca de cumplir con mandatos de la ley suprema. En el caso examinado, ese imperativo de completitud deriva de lo preceptuado en el Artículo 46 de ésta, que sobrepone, la convencionalidad de los derechos humanos al derecho interno, razón por la que la legislación ordinaria debería adecuarse a esos parámetros del derecho internacional.

Adviértase que, en cuanto a la razón de la inconstitucionalidad examinada, se hace referencia a un precepto del Código Penal, que no puede ser suplido por vía de

interpretación ni por analogía, puesto que el principio de legalidad penal exige que el tipo a sancionar sea debidamente establecido en el derecho positivo. De manera que no existe otro órgano capaz de cumplir el compromiso internacional más que el Congreso de la República, activado para el caso por los sujetos individuales o jurídicos dotados de iniciativa legislativa. Para el asunto específico, que es de naturaleza penal y, por consiguiente, únicamente posibilitado de adquirir carácter preceptivo por medio de una ley, tendría esa iniciativa, conforme al Artículo 174 de la Constitución, los diputados al Congreso de la República, el Organismo Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia. De manera que, al dictarse una sentencia que declare con lugar la inconstitucionalidad planteada y, para su efectividad, que sea cubierta la omisión legislativa por medio de la ley correspondiente, deberá individualizarse los sujetos a quienes se dirigía un exhortativo solemne para cumplirlo.

Además, debe precisarse que el Artículo 201 Bis del Código Penal no es el afecto del vicio de inconstitucionalidad, que por sí mismo, como está actualmente redactado es perfectamente compatible con la normativa suprema. Lo que resulta es una inconstitucionalidad por omisión en el Artículo citado, que deberá ser subsanada por el Congreso de la República adicionando en su redacción, las frases de: —el castigoll, —cualquier tipo de discriminaciónll, —o con cualquier otro finll, como finalidades del delito de tortura, y determinar expresamente que también constituye este delito —la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquicall; la observancia de lo anterior, atiende al ejercicio de la función que le confiere el Artículo 171, inciso a), de la Constitución Política de la República, y así

cumplir con la obligación que al Estado de Guatemala le impone el Artículo 1 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, en cuanto a —sancionar la tortura en los términos de la presente Convención‖. Es por lo antes expuesto, que la norma –Artículo 201 Bis del Código Penal- no se expulsa del ordenamiento jurídico, sino únicamente se declara la inconstitucionalidad de la omisión de regular las conductas punibles que adecuen el tipo penal de tortura a los estándares internacionales indicados.

LEYES APLICABLES

Artículos citados, 267 y 272, inciso a), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 115, 133, 143, 148, 163 inciso a), y 186 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, y 31 del Acuerdo 4 -89 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Con lugar la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada por el abogado Najman Alexander Aizestatd Leistenscheneider. II) El Artículo 201 Bis del Código Penal conserva su vigencia, por no adolecer de vicio intrínseco en su actual contenido, aunque deberá ser completado por la acción legislativa con las adiciones que resulten de las disposiciones contenidas en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratados o Penas Crueles o Degradantes y en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y que, conforme lo considerado, han sido omitidas en la legislación penal vigente.

III) En consecuencia: a) que, conforme la Constitución Política de la República, entre otros, tienen iniciativa de ley para el efecto los diputados al Congreso de la República, el Organismo Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, por lo que la presente sentencia deberá notificársele a dichos órganos del Estado; b) que, no obstante no tener fijado plazo en la Constitución Política de la República para la emisión de la legislación señalada, se exhorta a los indicados órganos del Estado dotados de iniciativa legislativa a asumir la responsabilidad institucional que corresponde para suplir la omisión señalada en la presente sentencia; c) recibidas y admitidas iniciativa o iniciativas de reforma al Artículo 201 Bis del Código Penal por el Congreso de la República, que, conforme los trámites previstos en la Constitución Política de la República y la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, proceda a su discusión y aprobación correspondientes; d) por la naturaleza del caso, no hay condena en costas. III) Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes de la fecha en que la misma quede firme. IV) Notifíquese y publíquese.

MAURO RODERICO CHACÓN CORADO PRESIDENTE

HÉCTOR HUGO PÉREZ AGUILERA MAGISTRADO

ROBERTO MOLINA BARRETO MAGISTRADO

GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR MAGISTRADA

ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE MAGISTRADO

JUAN CARLOS MEDINA SALAS RICARDO MAGISTRADO

ALVARADO SANDOVAL MAGISTRADO

MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ SECRETARIO GENERAL

AMPLIACIÓN

EXPEDIENTE 1822-2011

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, veinte de julio de dos mil doce.

Se tiene a la vista para resolver, la solicitud de ampliación del fallo dictado por esta Corte el diecisiete de julio de dos mil doce, planteada por el Procurador de los Derechos Humanos, dentro del expediente arriba identificado, formado por acción de inconstitucionalidad general parcial planteada por Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider.

ANTECEDENTES

I) DEL PLANTEAMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD Y RESOLUCIÓN DE ESTA CORTE: El solicitante promovió acción de inconstitucionalidad general contra el Artículo 201 Bis del Código Penal, en el cual se tipifica el delito de Tortura, por la omisión legislativa de incluir —el castigoll, —cualquier tipo de discriminaciónll, —o con cualquier otro finll, como finalidades del referido ilícito, y —la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquicall, supuestos contenidos en el Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos

o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, y en el Artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Esta Corte, al conocer del expediente en mención, dictó sentencia de diecisiete de julio de dos mil doce, por la que declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada, declarando –entre otros aspectos positivos- que el Artículo 201 Bis del Código Penal conserva su vigencia, por no adolecer de vicio intrínseco en su actual contenido, aunque deberá ser completado por la acción legislativa con las adiciones que resulten de las disposiciones contenidas en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratados o Penas Crueles o Degradantes y en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura y que, conforme lo considerado, han sido omitidas en la legislación penal vigente.

II) DE LOS ARGUMENTOS DE LA AMPLIACIÓN: El Procurador de los Derechos Humanos plantea solicitud de esa naturaleza, manifestando que en el contenido de la sentencia cuestionada no se incluyó el escrito que presentó al evacuar la audiencia que por el plazo de quince días que se le confirió.

CONSIDERANDO

-I-

De conformidad con el Artículo 147 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad —Contra las sentencias y autos dictados en materia de inconstitucionalidad se puede pedir aclaración o ampliación. Para el efecto, se estará a lo dispuesto en los Artículos 70 y 71 de la esta leyll.

Por su parte, el segundo párrafo del Artículo 70 de la referida ley señala que podrá plantearse ampliación si se hubiera omitido resolver alguno de los puntos sobre los que versó el proceso.

-II-

La ampliación, conforme a la norma invocada en el considerando anterior, tiene por finalidad corregir la omisión en que hubiere incurrido el tribunal en la decisión sometida a su conocimiento, al no haber dado respuesta a todos los puntos que fueron objeto de juzgamiento.

En el presente caso, esta Corte al realizar el análisis correspondiente, advierte que en el escrito por el que el solicitante evacuó la audiencia que por quince días se le confirió, señaló lo siguiente: —por este medio comparezco y manifiesto que el alegato correspondiente se dará en su oportunidad procesalll; circunstancia por la que se consideró irrelevante referirse a lo manifestado en el relacionado escrito porque este no contiene alegaciones que ameritan un pronunciamiento de esa Corte. Por otra parte, se estima que en la sentencia cuestionada, no se dejó de resolver sobre ningún punto sobre los que versó el planteamiento, sino más bien se atendieron todas las denuncias formuladas por el accionante.

Por las razones anteriores, la solicitud formulada resulta improcedente, debiéndose hacer la declaratoria correspondiente en la parte resolutiva del presente auto.

LEYES APLICABLES

Artículo citado y 267, 268, 272 inciso a), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 8, 71, 149, 163 inciso a) y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Por ausencia temporal de la Magistrada María de los Ángeles Araujo Bohr integra el Magistrado Ricardo Alvarado Sandoval. II) Sin lugar la solicitud de ampliación planteada por el Procurador de los Derechos Humanos contra la sentencia de dieciséis de julio de dos mil doce, proferida por este Tribunal. III) Notifíquese.

MAURO RODERICO CHACÓN CORADO	PRESIDENTE
HÉCTOR HUGO PÉREZ AGUILERA	MAGISTRADO
ROBERTO MOLINA BARRETO	MAGISTRADO
GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR	MAGISTRADA
ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE	MAGISTRADO
JUAN CARLOS MEDINA SALAS RICARDO	MAGISTRADO
ALVARADO SANDOVAL	MAGISTRADO
MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ	SECRETARIO GENERAL

BIBLIOGRAFÍA

Agudelo Giraldo, O. (2017). *Subsunción y aplicación en el derecho.* Obtenido de Enunciados de subsunción e indecidibilidad: https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/18868

Agudo Zamora, M. J. (2007). *El modelo institucional europeo de justicia constitucional.* Centro de estudios andaluces.

Alexy, R. (2003). *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral, ensayos sobre un debate contemporáneo.* Gedisa.

Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho.* Gedisa.

Alexy, R. (2004). *Una defensa de la fórmula de Radbruch.* Editorial La Ley.

Alexy, R. (2005). *La institucionalización de la justicia.* Comares.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, R. (2013). Teoría del discurso y Derechos Humanos. *Ley de Ucrania Legal Journa*, 83-104.

Alexy, R. (2009). Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. *Foro Jurídico, 9.* https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18513/18753/#:~:text=En%20resumen%2C%20la%20subsunci%C3%B3n%20y,es%2C%20sin%20embargo%2C%20diferente.

Alexy, R. y Bulygin, E. (2012). *La pretension de la corrección del derecho.* Universidad Externado de Colombia.

Alexy, R. e Ibáñez, P. (2006). *Jueces y ponderación argumentativa.* UNAM.

Alzamora Muñoz, G. (2015). *El problema del vínculo entre el derecho y la moral tanto en el ámbito de la creación como en el de la aplicación de reglas jurídicas en el contexto de la cultura jurídica chilena.* [Memoria de licenciatura, Universidad de Chile]. https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/136605/El-problema-del-v%C3%ADnculo-entre-el-derecho-y-la-moral.pdf?sequence=4

Amaya, J. (2013). El control jurisdiccional de los Interna Corporis Acta. En Regueira, E. (Coord). *Estudios de Derecho Público*, 51-73. http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/001-edp-amaya.pdf

Anchaluisa Shive, C. (2013). El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Línea Sur, 5.* 115-133. http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32326.pdf

Aragón, M. (1986). La interpretación de la Constitución y el caracter objetivado del control jurisdiccional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85-136.

Ardón Sandoval, W. (2011). *El bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico Guatemalteco.* [Tesis de maestría, Universidad Rafael Landívar]. http://biblio3.url.edu.gt/Tesis/2011/07/12/Ardon-Waldemar.pdf

Arena, F. J. (2014). *El convencionalismo Juridico, un recorrido analítico.* Editorial Marcial Pons.

Arjona, C. (2006). *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes.* Editorial Lustel.

Atienza, M. (2003). *Derecho y Argumentación.* Universidad Extremado de Colombia.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2001). Sobre Principios y Reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 101-120.

Austin, J. (1861). *The province of jurisprudence determined.* Editorial Franklin.

Barberis, M. (2003). *Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral.* Editorial Trotta.

Barzotto, L. (1999). *Positivismo juridico clásico y contemporáneo.* UNISINOS.

Bayón, J. (2002). *Derecho convencionalismo y controversia.* Editorial Gedisa.

Bayón, J. (2005). *Derechos, democracia y Constitución.* Editorial Trotta.

Bazán, V. (2012). Dificultades operativas e institucionales y retos de la jusicia constitucional de América Latina. *Opus Magna constitucional, 6.* 327-402.

Bejar Rivera, L. (2014). Principios, normas y supletoriedad en el derecho administrativo. *Praxis de la Justicia Fiscal y administrativa*, 1-6.

Belloso, N. (2006). *Teorías normativistas y nevas pespectivas para el positivismo.* Universidad de Salamanca.

Bentham, J. (1973). *Fragmentos sobre el Gobierno.* (A. Larios Ramos, Trad.). Editorial Aguilar.

Bentham, J. (1977). *Commet on the commetanries and a Fragment on Government.* Editorial Athlone

Bentham, J. (1996). *An Introducción to the principles of morals and legislation.* Editorial Claredon.

Bergel, J.-L. (2001). *Méthodologie Juridique.* (s. e.).

Bernal Pulido, C. (2006). *El neoconstitucionalismo a debate.* Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

Bernal Pulido, C. (2014). Austin, Hart y Shapiro. Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social. *Discusiones XIV*, 21-72.

Bobbio, N. (1987). *Teoría general del derecho.* Editorial Temis.

Bobbio, N. (1988). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico.* Editorial Comunita.

Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico.* Editorial Debate.

Bobbio, N. (1999). *El problema del positivismo jurídico.* Editorial Fontamara.

Bobbio, N. (2009). *El futuro de la democracia.* Editorial Fondo de Cultura Económica.

Bockenforde, E. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia.* Editorial Trotta.

Bulygin, E. (1987). Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos. *Doxa*, 79-84.

Cajica Lozada, G. (22 de 07 de 2019). Algunos conceptos, Distinciones y aspectos interesantes en la tesis positivista de la serparación entre derecho y moral. *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla, 3.* 121-134 https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica-libre-puebla/article/download/593/539

Campbell, T. (1996). *La teoría jurídica del positivismo ético.* Editorial Dartmouth.

Campbell, T. (1998). El sentido del positivismo jurídico. *Doxa*, 762.

Carbonell, M. (2005). *Neoconstitucionalismo.* Editorial Trotta.

Carbonell, M. (2006). Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad. *Revista iberoameticana de Derecho Procesal Constitucional*, 289-300.

Carbonell, M. (2010). *El neoconstitucionalismo.* Universidad Externado de Colombia.

Cárdenas Gracia, J. (2005). *La argumentación como derecho.* UNAM.

Carpio Marcos, E. (2005). Bloque de Constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes. *Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 79-114.

Carrió, G. (1962). Introducción. En Hart, H., *Derecho y moral.* Editorial Depalma.

Charles Garza, J. M. (2011). El nuevo desafío del positivismo jurídico. Herbert L.A. Hart. *Derecho y algo más*. https://jmcharles.blogia.com/2011/030201-el-nuevo-desaf-o-del-positivismo-jur-dico.-herbert-l.a.-hart.php

Coleman, J. (2001). *La práctica del principio: en defensa de un enfoque pragmático de la teoría legal.* Oxford University Press.

Coleman, J. (2006). *La práctica de los principios.* Editorial El molino.

Comanducci, P. (2002). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía,* (16), 89-112. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182002000100089&lng=es&tlng=es.

Comanducci, P. (2016). *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales.* Instituto de Estudios Constitucionales.

Comte, A. (2017). *Discurso sobre el espíritu positivo.* Editorial Alianza.

Contreras García, A. (2013). *Neoconstitucionalismo, estado social de derecho y pobreza.* Insitituto de Justicia Constitucional.

Curtis, C. (2009). *Desde otra mirada.* Editorial Eudeba.

De Domingo, T. (2007). Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad. *Persona y Derecho*, 245-280.

Díaz Revorio, F. (2011). La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010. *Revista Catalana de Derecho Publico*, 195-225.

Dogliani, M. (1994). *Introducción al derecho constitucional.* Editorial Il Mulino.

Dorado Porras, J. (1997). *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos.* Editorial Dykinson.

Dorado Porras, J. (2004). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico.* Editorial Dykinson.

Downs, A. (1973). *Teoría económica de la democracia.* Editorial Aguilar.

Dworkin, R. (1986). *El imperio de la Ley.* Hardvard University press.

Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio.* (M. Guastavino, Trad.) Editorial Ariel.

Dworkin, R. (2005). *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones. De los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica.* Editorial Gedisa.

Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes.* Harvard University Press.

Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga.* Editorial Marcial Pons.

Dworking, R. (2008). *La democracia posible, principios para un nuevo debate político.* Editorial Paidós.

Escobar León, R. (2001). *La motivación de la sentencia y su argumentación jurídica.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Fabra Zamora, J. (2015). *Filosofía y teoría del derecho.* UNAM.

Favoreu, L. (1984). *Tribunales europeos y derechos fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales.

Fernández Segado, F. (2013). Sir Edward Coke, el Bonham's Case y la Judicial Review. *Observatorio de la Jurisdicción Constitucional*, 167-236.

Fernández Tellechea, J. (2008). *Conceptos claves de la ideología.* http://www.unav.es/gep/ConceptosClavesIdeologia.html

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2002). La cuestión del embrión entre derecho y moral. *Jueces para la democracia, información y debate*, 255-275.

Ferrajoli, I. (2005). *El papel de la función judicial en el Estado de Derecho.* UNAM.

Ferrajoli, L. (2005). *Jurisdicción y argumetnación del Estado Constitucional de Derecho.* UNAM.

Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y garantías: la Ley del más débil.* Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Garantismo.* Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2009). *Paradigmas de la democracia constitucional.* Editoria de la Universidad Nacional de Rosario.

Ferrer Mac-Gregor, E., Martínez Ramírez, F. y Figueroa Mejía, G. (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional.* UNAM.

Figueroa Gutarra, E. (2010). *Neoconstitucionalismo e interpretación Constitucional.* https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/

Fix-Zamudio, H. y Ferrer Mac-Gregor, E. (2009). *Las sentencias de los tribunales constitucionales.* Editorial Porrúa.

Gaceta número 31, Expediente numero 330-92. (1994, 1 de febrero). Corte de Constitucionalidad

Gahdoun, P. (2008). *La liberté contractualle dans la jurisprudence du cosneil constituonnel.* Editorial Dalloz.

Galindo Garfias, I. (2006). *Interpretación e integración de la ley.* UNAM.

García Amado, J. A. (2015). Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en Robert Alexy, Consideraciones críticas. *Revista en Cultura de Legalidad*, 6-40.

García Belaunde, D. (1994). La interpretación constitucional como problema. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, 9-37.

García Figueroa, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

García Jaramillo, L. (2016). *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: Una discusión en clave Neoconstitucional.* Instituto de Estudios Constitucionales.

García Maynez, E. (2002). *Introducción al estudio del derecho.* Editorial Porrúa.

Gardener, J. (2012). *Leyes en general.* Oxford Press.

Geiger, T. (1972). *Ideología y verdad.* Editorial Amorrourtu.

Gil Rendón, R. (2011). El Neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Quid Iuris*, (6)12. 43-61. http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf

Goldschmidt, W. (1956). *El problema de los métodos jurídicos en el mundo jurídico.* Editorial Esnaloa.

González Vicén, F. (1967). *El positivismo en la filosofía del Derecho Contemporáneo.* Centro de Estudios Constitucionales.

Green, L. (2010). *The Germ of Justice.* Universidad de Oxford.

Guastinni, R. (1989). Sobre la validez de la constitución desde el punto de vista del positivismo jurídico. *Revista Internacional de Filosofía del Derecho*, 324-436.

Guastini, R. (1996). Derech dúctil, derecho incierto. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 111-123. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1996-10011100124

Guastini, R. (1999). Principios de derecho y discrecionalidad judicial. *Jueces para la democracia*, 39-46.

Guastini, R. (2005). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico.* Editorial Trotta.

Guibourg, R. (2012). *Derecho, sistema y realidad.* Universidad de Medellin.

Habermas, J. (2001). *Facticidad y validez.* Editorial Trotta.

Halpérin, J. (2017). Exégesis (escuela). *Revista de Derecho*, 263-277.

Hart, H. (1958). El positivismo y la separación del derecho y la moral. *Revisión de la Ley de Harvard*, 593-629.

Hart, H. (1963). *Conceptos de Derecho.* Editorial Perrot.

Hart, H. (1988). *La ley en la perspectiva de la filosofía.* Universidad de Oxford.

Hart, H. (2000). *Post scriptum al concepto del derecho.* UNAM.

Hart, H. (2007). *Derecho, libertad y moralidad.* Dykinson.

Hobbes, T. (1992). *Leviatán o la materia, forma y poder de una República.* Fondo de Cultura Económica.

Hohfeld, W. (1968). *Conceptos jurídicos fundamentales.* Centro editor de America Latina S.A.

Ibáñez, A. (2003). *Democracia con jueces. En la Función Judicial.* Editorial Gedisa.

Ibarlucía, E. (2013). *El derecho constitucional a la reparación.* Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

Kant, I. (2000). *Filosofía de la Historia.* Fondo de Cultura Económica.

Kaplan, A. (1968). *Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales.* Editorial Macmillan.

Kelsen, H. (1960). *Ley pura.* Editorial Franz Deuticke.

Kelsen, H. (1993). *Teoría pura del derecho.* UNAM.

Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho.* Editorial Eudeba.

Koh, H. y Slye, R. (Comps.) (2004). *Democracia deliberativa y derechos humanos, la lectura moral y la premisa mayoritaria.* Editorial Gedisa.

Kramer, M. (2004). *Donde la ley y la moralidad se encuentran.* Oxford University press.

Kuhm, T. (1996). *La estructura de las revoluciones científicas.* Fondo de Cultura Económica.

Lopera Messa, G. (2001). *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos Constitucionalizados.* Editorial Anuario.

Machado Martins, P. (2017). *La cosa juzgada constitucional.* Editorial Reus.

Maldonado Aguirre, A. (2011). *Tribulaciones del juez constitucional.* (s. e.)

Martínez Paz, E. (1940). *Sistema de filosofía del derecho.* Editorial El Ateneo.

Martínez Roldan, L. y Fernández Suárez, J. (2000). *Curso de Teoría del Derecho.* Editorial Ariel.

Merino Brito, E. (1949). *La interpretación constitucional.* Editorial Jesús Montero.

Moreso, J. (2002). Guastini, sobre la ponderación. *Isonomía*, 227-249.

Nino, C. (1987). *Introduccion al análisis del derecho.* Editorial Ariel.

Nino, C. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa.* Editorial Gedisa.

Noriega Alcalá, H. (2012). Diálogo interjurisdiccional. *Revista Do Curso De Direito,* 131-203.

Núñez Leiva, J. (2018). *Neoconstitucionalismo y jurisdicción constitucional.* UCLM.

Organización de las Naciones Unidas. (2010). *Tendencias jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en Materia de Derechos Humanos.* Naciones Unidas.

Pattaro, E. (1980). *Filosofía del derecho.* Editorial Reuss.

Peces Barba, G., Ansuántegui Toig, F., Rodríguez Uribes, J. y Fernández García, E. (2014). *Historia de los derechos fundamentales.* Editorial Dykinson.

Pereira Orozco, A. y Richter, M. (2012). *Derecho Constitucional.* Editorial De Pereira.

Perez Luño, A. (2004). *Teoría del derecho.* Editorial Tecnos.

Pérez Luño, A. (2005). *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución.* Editorial Tecnos.

Pino, G. (2011). Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el Neoconstitucionalismo y sus críticos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34. 201-228

Pizzorni, R. (2003). *La filosofía del diritto secondo Tomasso d'Aquino.* Editorial Studio Domenicano.

Pozzolo, S. (2005). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21(II). 339-353.

Prieto Sanchís, L. (2001). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.* Universidad Autónoma de Madrid.

Prieto, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales.* Editorial Trotta.

Raz, J. (1975). *Razón y normas prácticas.* Editorial Hutchinson & Co. Ltd.

Raz, J. (1979). *The autority of law.* Clarenton press.

Raz, J. (1980). *The concept of legal system.* Clarendon press.

Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho, ensayos sobre derecho y moral.* UNAM.

Raz, J. (2001). *La autonomía del razonamiento jurídico.* Editorial Gedisa.

Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público.* Editorial Gedisa.

Raz, J. (2004). *Incorporación por la ley.* Universidad de Oxford.

Real Academia Española. (s. f.). Especificidad. *Diccionario de la lengua española.* https://dle.rae.es/especificidad

Real Academia Española. (s. f.). Paradigma. *Diccionario de la lengua española.* https://dle.rae.es/?w=paradigma

Reale, M. (1980). *Para una hermenéutica estructural. Estudios en honor del Dr. Luis Recasesn Siches.* UNAM.

Recaséns, S. (1956). *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho.* Editorial Porrúa.

Rodenas, Á. (2003). ¿Qué queda del positivismo jurídico? *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, 26.* 417-448

Rodríguez Manzo, G., Arjona Estévez, J. y Fajardo Morales, Z. (2013). *Bloque de Constitucionalidad en México.* Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Romero Martínez, J. (2017). *Estudio sobre la argumentación jurídica principalista.* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Ruiz Manero, J. y Ferrajoli, L. (2014). *Un debate sobre los principios constitucionales.* Editorial Palestra.

Sagües, N. (2006). *Las sentencias constitucionales exhortativas.* Centro de Estudios Constitucionales.

Sain Arnaiz, A. (2012). *Los derechos fundamentales de los jueces.* Editorial Marcial Pons.

Sastre Ariza, S. (2001). Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado constitucional. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez.*

Sierra Gonzalez, J. A. (2006). *Derecho constitucional guatemalteco.* Editorial Estudiantil Fénix.

Sobrevilla, D. (2007). La concepción Habermasiana del derecho. Comentarios Críticos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30.* 563-579.

Stone Sweet, A. y Matthews, J. (2013). *Proporcionalidad y constitucionalismo.* Universidad Externado de Colombia.

Talavera Fernández, P. (2012). La privilegiada (pero crucial) posición del juez en el "Estado Constitucional". Una mirada sobre Bolivia. *Iuris Tantum Revista boliviana de derecho, 13*, 22-39 editorial.

Velásquez Rizo, A. (1999). El Caso Bonham. *Revista de derecho, Universidad del Norte, 11.* 137-140. https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/download/2749/1852/8830

Veschi, B. (2019). Etimología de Derecho. *Etimología, origen del significado.* https://etimologia.com/derecho/

Veschi, B. (2019). Etimología de justicia. *Etimología, origen del significado.* https://etimologia.com/justicia/

Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. (2014). La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. *El otro derecho*, 63-84.

Vieira de Andrade, J. C. (2004). *Derechos fundamentales en la Constitución Portugués de 1976.* (s. e.)

Vigo, R. (2008). *Argumentación Constitucional.* https://archivos. juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2725/8.pdf

Waldron, J. (1989). The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory. *Ratio Juris*, 79-96.

Waluchow, W. (1989). The weak social Thesis. *Oxford Journal of legal Studies.*

Waluchow, W. (2007). *Positivismo jurídico incluyente.* Editorial Marcial Pons.

Waluchow, W. (2007). *Positivismo legal incluyente.* Editorial Marcial Pons.

Wilhelm, W. (2013). Sobre la metodoogia de Paul Laband en derecho privado. *Revista de la Fundación Savigny para Historia Legal*, 125-147.

Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil, derechos, justicia.* Editorial Trotta.

Legislación:

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política de la República de Guatemala.

Constitución Política de la República de Centroamérica. (1921). Asamblea Nacional Constituyente. https://www.minex.gob.gt/ADMINPORTAL/Data/DOC/20100930181725300Consti1921.pdf

Asamblea Nacional Constituyente. (1956). Constitución Política de la República de Guatemala. https://www.minex.gob.gt/ADMINPORTAL/Data/DOC/20100930181956036Consti1956.VerArt,1transi.Pag49.pdf

Asamblea Nacional Constituyente. (1965). Constitución Política de la República de Guatemala.

https://www.minex.gob.gt/adminportal/data/doc/20100930182101427consti1965.art.1transi.pag.65.pdf

Reforma a la Constitución de la República de Guatemala, Decretada el 20 de diciembre de 1927. (1927). Asamblea Nacional Constituyente. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2210/21.pdf

Sentencias:

Amparo, 1193-2018 (2018, 4 de octubre). Corte de Constitucionalidad

Inconstitucionalidad general parcial, 3239-2017 (2019, 29 de enero). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad general parcial por omisión, 1822-2011 (2012, 17 de julio). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad general total y parcial de la Ley de Tarjetas de Crédito, Expedientes acumulados 1028, 1029, 1036, 1037, 1038, 1042, 1043, 1044, 1047, 1051, 1053, 1061, 1062 y 1294-2016 (2018, 20 de diciembre). Corte de Constitucionalidad.