

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

**LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL
RAZONAMIENTO JURIDICO**

TESIS

presentada al Consejo Académico
de la
Escuela de Estudios de Postgrado
y a la
Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
por el

MSc. Jorge Raúl Arroyave Reyes

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTORADO EN DERECHO

con Distinción “Cum Laude”

Guatemala, septiembre de 2015

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

JUNTA DIRECTIVA

DECANO	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV	Br. Mario Roberto Méndez Alvarado
VOCAL V	Br. Luis Roberto Aceituno Macario
SECRETARIO	Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
DIRECTOR:	MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL	Doctor René Arturo Villegas Lara
VOCAL	Doctor Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL	MSc. Ronaldo Porta España

TRIBUNAL EXAMINADOR

Presidente	Dr. René Arturo Villegas Lara
Vocal	Dr. Carlos Humberto Rivera Carrillo
Secretario	Dr. Saúl González Cabrera

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

LEGALNEXUM

ABOGADOS, NOTARIOS & CONSULTORES

Guatemala, 31 de marzo del año 2015.

Doctor
René Arturo Villegas Lara
Director Académico
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

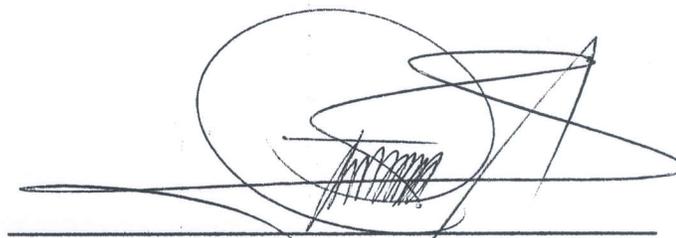
Estimado Doctor Villegas Lara:

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

Por medio de resolución de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado, se me asignó para su tutoría, la Tesis de **Doctorado en Derecho** del Maestro **JORGE RAÚL ARROYAVE REYES**, titulada "**LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO**".

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

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:



DOCTOR ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Guatemala, 22 de septiembre de 2015

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

Señor director:

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

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN
EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Esta tesis fue presentada por el MSC. Jorge Raúl Arroyave Reyes del Doctorado en Derecho de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar Aguilar
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Gladys Tobar Aguilar
Colegiada 1,450

GTA/gta.



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, veintidós de septiembre de dos mil quince.-----

En vista de que el MSc. Jorge Raúl Arroyave Reyes, aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho con Distinción Cum Laude**, lo cual consta en el acta número 22-2015 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL RAZONAMIENTO JURIDICO”**. 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”

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



ACTO QUE DEDICO A:

Dios y la Santísima Virgen María

Mis padres:

Jorge Rolando Arroyave García

Rosalinda Reyes Estrada

Con agradecimiento especial.

A mi esposa:

Vivian Bran Galindo

Con amor especial, por toda su comprensión, paciencia y apoyo incondicional.

A mis Hijos:

Jorge Darío y Sebastián

Con profundo amor. Que este logro personal sea un ejemplo para su vida.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y a la Escuela de Estudios de Postgrado. En agradecimiento por los conocimientos que en ella he adquirido.



INDICE

Página

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I:

ORIGEN Y CONCEPTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Origen	1
Concepto	31
Naturaleza	34

CAPITULO II:

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, CLASIFICACION, CARACTERISTICAS, DIFERENCIAS, PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURIDICO, Y EL OPERADOR JURIDICO ANTE EL CASO NO PREVISTO.

Clasificación	36
Características	39
Diferencias entre Principios y Normas Jurídicas	40
Plenitud del ordenamiento jurídico	47
La actuación de los operadores jurídicos ante el caso no previsto	56

CAPITULO III:

FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Función integradora	150
Función interpretativa	153
Función creadora	160

CONCLUSIONES	170
---------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	172
---------------------------	-----



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se encuentra estructurado en tres capítulos. El primero, contiene el origen y concepto de los Principios Generales del Derecho, como han sido concebidos en el devenir histórico por algunos de los filósofos más importantes, hasta llegar al presente siglo. Lo anterior bajo la eterna discusión dicotómica entre el derecho natural y el derecho positivo, pretendiendo tener uno y otro la razón atendiendo a la posición que cada uno defiende, aceptando su existencia y los otros negándolos.

El segundo capítulo, trata sobre la clasificación, características, diferencias entre la norma jurídica *per se* y los Principios, la plenitud del ordenamiento jurídico, el actuar de los operadores jurídicos ante el caso no previsto, se citan dos casos que fueron estudiados y citados por Ronald Dworkin, y dos casos guatemaltecos, en donde la Corte de Constitucionalidad no solo subsumió ambos casos sino los ponderó, emitiendo resoluciones fundamentada en principios generales del derecho y no en una norma jurídica como tal.

El tercer capítulo contiene las funciones de integración, interpretación y de creación del derecho propias de los principios generales del derecho.

Este trabajo pretende ser un llamado de atención a los distintos operadores jurídicos, para que al momento de resolver los casos que son sometidos a su conocimiento, no sean resueltos de manera automática, aplicando la letra muerta de la ley, sino subsumiendo y ponderando el acto o hecho, en la búsqueda de la solución que se ajuste a los Principios Generales del Derecho, tales como la igualdad, justicia, bien común, libertad, inocencia, los cuales pueden ser encontrados en primera instancia en la Constitución Política de la República y extrínsecamente en el sistema jurídico propio de nuestro Estado. Es necesario distinguir que tanto las reglas como los principios tienen características distintas las primeras, al entrar en conflicto una de las dos se excluye por ser inválida para



el caso, mientras que para los segundos, entran en una dimensión de peso y de ponderación al ser aplicados.

El estudio científico de los principios generales del derecho, implica un análisis profundo de la historia constitucional de cada Estado, ello no es agotado en este trabajo, por no ser esta su finalidad, sino el demostrar que los éstos constituyen las justificaciones para la interpretación, integración y razonamiento de los operadores jurídicos, para resolver un caso determinado, sea este fácil o difícil, por ausencia o no de la ley, y que muchos de ellos se encuentran contenidos en la Constitución Política de la República.

¿Qué me motivo a escoger el tema objeto de este trabajo? Constantemente nosotros los Abogados, en nuestras distintas funciones dentro de la sociedad, como defensores o acusadores dentro de un juicio, jueces, funcionarios públicos, asesores, académicos, disentimos de lo que está escrito en la ley, y más allá de ello, resolviendo los casos como si el Derecho fuese una ciencia exacta, olvidándose que es una ciencia social y como tal evoluciona, cambia. No busca la razón de ser de la ley, partiendo de su origen, de su fuente primaria “La Constitución Política”. La mayoría de resoluciones que se emiten, su fundamento de derecho se ha convertido en una simple transcripción de artículos de las leyes, sin que estos sean interpretados y aplicados, partiendo de la Constitución por ser la norma más general y abstracta de nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que sea esta la que clarifique el camino en la aplicación de la ley que le corresponde, a través del ejercicio de subsunción y ponderación que constituye una obligación del operador jurídico realizar. Este proceso inteligible es casi nulo, en la aplicación de la ley, a excepción de algunos actos que se ventilan en la Corte de Constitucionalidad.

¿Por qué la mayoría de Abogados resuelve de manera automática? Pueden ser muchas las causas, este trabajo no se ocupa de ellas, ni debe, por no ser este su objeto, pero, no se puede dejar de mencionar, entre algunas, la enseñanza mecanicista del derecho en las distintas Facultades, olvidándose en ellas que en sus aulas no se preparan tramitadores o técnicos en la ley, se preparan



Abogados, concedores del derecho como ciencia; enseñanza desmotivada en el ámbito de investigación científica del derecho, *pensum* con ausencia de cursos como Teoría General del Derecho o Argumentación Jurídica.

La hipótesis planteada en el presente trabajo fue la siguiente: “Los principios generales del derecho constituyen las normas más generales y abstractas del ordenamiento jurídico”. A lo largo del proceso de investigación, esta fue confirmada parcialmente, ya que los principios generales del derecho, como los especiales en atención a la sistemática jurídica, no constituyen normas o reglas, sino los fundamentos, guías o máximas que juegan un papel frente a estas reglas, ya que ante la posible ausencia o falta de claridad de las mismas, el jurista debe hacer uso de estos principios, primero subsumiendo las reglas y luego ponderando los principios. Todo lo anterior, a efecto de tener, como resultado de esa operación inteligible, una sentencia o resolución administrativa lo más ajustada no a la ley, sino al derecho, ya que la función de los principios está orientada a ser el elemento de guía para la regla y la sitúa en la realidad, provocando resoluciones mejor argumentadas y razonadas, dotadas no solo de la rigidez de estas últimas, sino acompañada indubitablemente del elemento axiológico y finalista de las mismas, cuyo resultado será el equilibrio en las pretensiones de los actores, es decir una resolución lo más apegada a lo justo.



CAPÍTULO I

ORIGEN Y CONCEPTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1.1 Origen

En este capítulo se abordará el origen y concepto de los Principios Generales del Derecho, partiendo de dos premisas a saber, la primera que identifica a los Principios como la fuente de donde se origina el Derecho y la segunda, que por el contrario, es el Derecho el que como tal tiene principios propios y que existen derivados de él. Lo anterior atendiendo a la posición ideológica sobre el Derecho, es decir, los que son partidarios del Derecho Natural o del Derecho Positivo.

La acepción Principio desde su significado etimológico y de lo que significó en el griego antiguo corresponde a *arxe*. En Aristóteles, *arxe* se asocia con *stoikeikon* (elemento constitutivo), así como *aitia* (causa).

Rolando Tamayo y Salmorán¹ indica que los juristas romanos llamaron *regulae* a los primeros principios del derecho romano. Originariamente *regula* (ae) nombra un instrumento para medir y trazar líneas rectas sobre una superficie. En ese sentido es parecido a la palabra *norma* (ae), que también significa un instrumento para medir y trazar líneas y ángulos rectos.

El *Diccionario de la Lengua Española*² define al término principio de la siguiente manera: “Base, origen razón fundamental sobre la que se procede discurriendo en cualquier materia”.

Con la expresión Principios Generales del Derecho, al decir de José María Díaz Couselo en su libro *Los Principios Generales del Derecho*³, se quiere significar dos

¹ R. Tamayo y Salmorán, *Razonamiento y argumentación jurídica, El paradigma de la racionalidad y la ciencia del Derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Pág. 111

² *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Madrid, España, Editorial Espasa Calpe, S.A., 2001. Pág. 1834



cosas, según la posición en que se coloque el jurista ante el problema, la histórica o la filosófica, denominadas también positivista o iusnaturalista. Los primeros entienden que la expresión quiere significar principios que están en el Derecho Positivo y los segundos que en ellos tiene su origen el ordenamiento jurídico.

Vemos que en esta doble concepción, los positivistas según el autor, dan como válido que los principios generales del derecho, son los que se encuentran reconocidos dentro de la legislación creada por el poder del Estado facultado para ello por el propio pacto jurídico-político; por otro lado nos encontramos frente a los iusnaturalistas, quienes sostienen que los Principios Generales del Derecho, son aquellos sobre los cuales tiene su origen todo el ordenamiento jurídico positivo.

Así por ejemplo Luis Legaz y Lacambra⁴ indica que en definitiva, los principios generales del Derecho, son “Derecho Natural”, pero éste es siempre normatividad concreta y en los escalones más bajos de la concreción, el contenido *iusnaturalista* concreta, suple, confirma o contradice la normatividad positiva.

Esta dicotomía derecho natural y derecho positivo, es advertida de igual forma por Eduardo García Maynez,⁵ quien en torno del concepto principios generales del derecho, expresa, que dos son las doctrinas que cuentan con mayor número de partidarios. De acuerdo con la primera, tales principios serían los mismos del llamado derecho natural, esto es, un conjunto de exigencias de índole axiológica que sirven de inspiración y base a las prescripciones de los ordenamientos positivos. Los defensores de la otra tesis juzgan, en cambio que esos principios, como escribe Carnelutti, no existen fuera, sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas. Se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino; son el espíritu o la esencia de la ley.

Por otra parte encontramos una posición naturalista en José María Díaz Couselo,⁶ quien sostiene que los principios generales del derecho, tienen su origen en la Escuela

³ J. M. Díaz Couselo, *Los Principios Generales del Derecho*, Argentina, Editorial Plus Ultra, 1971. Pág. 72.

⁴ L. Legaz y Lacambra, *Filosofía del Derecho*, España, Editorial Barcelona, 1975, Pág. 607

⁵ E. García Maynez, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, Pág. 60

⁶ J. M. Díaz Couselo, Ob. Cit., Pág. 75



Clásica del derecho natural de los siglos XVII y XVIII, la cual sostuvo la validez absoluta de sus principios filosóficos, elaborando su doctrina en base a dos supuestos que fueron la validez ilimitada del conocimiento y el de considerar al hombre en el mismo plano que el de la naturaleza, afirmando que su esencia es la razón. Como consecuencia de ello, los "principios generales del derecho" se refieren a juicios de valor inherentes a la naturaleza del hombre. Pero dentro de la posición iusnaturalista, hay que distinguir distintas escuelas por medio de las diferentes épocas, debiendo destacarse dos corrientes fundamentales: el *iusnaturalismo* tradicional y el de la Escuela Clásica. Lo anterior significa que los principios generales del derecho tienen su origen en el Derecho Natural escolástico y el Derecho Natural racional.

Los principios generales del derecho, se originan de las posiciones que a lo largo de la historia ha asumido el propio estudio del derecho, es decir, derecho natural y derecho positivo. De allí la importancia de referirse a ambas posiciones y visualizar a lo largo de la historia el pensamiento filosófico que han tenido ambas.

En la Grecia antigua (siglo V) no se utilizaba la frase derecho natural en el sentido en el que actualmente se le da, podemos encontrar en sus pensadores concepciones que en la actualidad giran en torno de esta noción, entre ellas la llamada teoría biológica, sostenida principalmente por Calicles, Trasímaco y Carneades, la teoría teológica, sostenida por Sócrates, Hipías y Sófocles y la Teoría de Platón, Aristóteles y los estoicos.⁷

Hipías en relación a su postura jurídica, indicaba: "Se hecha de ver el distingo sofista entre la naturaleza y la ley con la adición de que en el campo de la naturaleza todos los hombres somos iguales y de similar condición. Este derecho natural se opone al dominio violento del derecho positivo y de la costumbre."⁸ En los recuerdos socráticos de Jenofonte, se corrobora el carácter *iusnaturalista* del sofista de Elis, cuando afirma precisamente, la existencia de leyes no escritas, que rigen en todos los países de un mismo modo, impresas en la naturaleza del hombre. Tales leyes de naturaleza se

⁷ L.A. Dorantes Tamayo, *Filosofía del derecho*, segunda edición, Oxford University Press, México, 2000. Pág. 100

⁸ M. Reyes Posada, *el pensamiento político de los sofistas*, Tesis de grado para optar al título de doctor en ciencias jurídicas, Editorial Kelly, Pontificia Universidad Javeriana, República de Colombia, Colombia. 1973. Pág. 119

pueden concretar en ejemplos, así: La ley que manda honrar a los padres, la que prohíbe el ayuntamiento entre padres e hijos, la que ordena respetar la vida. Ciertamente una concepción de este estilo, producida en un esquema social y político donde no existía la igualdad, tenía que implicar una posición revolucionaria y avanzada, hacia la reivindicación de la libertad original en el mundo de la naturaleza.⁹ En cuanto a las leyes positivas, Hipias las concibe como aquellas normas establecidas por el acuerdo de los ciudadanos sobre lo que hay que hacer y no hacer. Este elemento de acuerdo, implica un consenso político que venía a servir de base, de igual modo a los teóricos contractualistas y en especial a John Locke que afirmó, lo siguiente: “el Estado como el producto del consentimiento popular por medio de un contrato social, donde el hombre trasciende a la mejor organización de la convivencia”. La ley positiva en cuanto tal es también relativa, variable, sujeta a los antojos de la civilización y se puede cambiar cuando se desee, bien por su inutilidad, bien por las alteraciones frecuentes y normales en las escalas de los valores sociales.

Solamente la ley natural ofrece seguridad y estabilidad, toda vez que no está sujeta al azar de las modificaciones, así como también realiza la idea de la justicia, que se debe aplicar a todos los hombres por igual.¹⁰ Esta concepción del Derecho Natural no le era extraña a Hipias, sin embargo al hombre griego del siglo V, si, basta citar las palabras de Antígona, en la tragedia de Sófocles, a Creonte: “No creí que tus decretos tuvieran fuerza para borrar e invalidar las leyes divinas, de manera que un mortal pudiese quebrantarlas. Pues no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuándo aparecieron.”¹¹

Para Trasímaco existían tantas clases de leyes como sistemas constitucionales dentro de un relativismo político absoluto.¹² La tesis del sofista es bien clara: en la sociedad, tal como es de hecho, lo que impera es el derecho del más fuerte. Tal como es la

⁹ M. Reyes Posada, Ob.Cit Pág. 119

¹⁰Ibidem Pág. 120

¹¹Ibidem. Pág. 120

¹² Ibidem Pág. 138

estructura de las relaciones sociales, el justo siempre es perjudicado y lo útil para cada uno es la injusticia.¹³

Cálicles toma la dirección del superhombre, que vendrá a romper los prejuicios y convencionalismos en el Estado de los débiles, para imponer la ley natural, que indica que debe dominar el más fuerte y poderoso.¹⁴ Este autor sostenía que el derecho, tanto entre los animales como entre los hombres y las naciones ordena que el más fuerte, el más poderoso, el más valioso, el mejor, tenga más; que el menos fuerte, el menos poderoso, el menos valioso, el peor. La naturaleza, demuestra, a mi juicio –dice Calicles-, que es justo el que vale más, que tenga más que otro que vale menos, y el más fuerte más que el más débil.¹⁵

Contrariamente a los sofistas, mencionados, Sócrates e Hippias, sostenían que, aparte de las leyes escritas promulgadas por la sociedad política, existían otras no escritas, que eran iguales e inmutables a todos los pueblos, a pesar de que éstos hablaran distintas lenguas y no se hubieran podido reunir para dictarlas. Estas leyes no escritas, según dichos pensadores, han sido formuladas por los dioses desde tiempo inmemorial.¹⁶ Es en estas leyes no escritas que se basan las leyes positivas, participando así de su carácter sagrado.¹⁷

Platón era de la posición que en una ciudad gobernada por sabios carece de significación todo Derecho Positivo. Los magistrados decidirán en cada caso particular lo que exija la justicia según las circunstancias, sin atarse mediante leyes generales, necesariamente rígidas.¹⁸ Recordemos aquí que Platón se refería a los Magistrados o gobernantes como la clase de los guardianes que consiguieron tras largos años de dedicación al estudio y principalmente a la dialéctica, elevarse a la contemplación del mundo intelegible. De allí la frase “el saber legitima el poder”.¹⁹

¹³ Ibidem, Pág. 136

¹⁴ M. Reyes Posada, Ob. Cit. Pág. 142

¹⁵ Dorantes Tamayo, Ob. Cit. Pág. 101

¹⁶ Ibidem. Pág. 103

¹⁷ A. Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, 1. De los orígenes a la Baja Edad Media, treceava edición, Alianza Editorial, Madrid, España, 2010. Pág. 132

¹⁸ Ibidem Pág. 146

¹⁹ Ibidem Pág. 145

Este filósofo sostenía que el mal gobierno era un fenómeno general de la época, y comprendió que solo a la luz de la verdadera filosofía podía alcanzarse el orden y la justicia en las relaciones de individuos y grupos. Los males no terminarán mientras los filósofos no llegasen al poder o los estadistas no abrazasen la filosofía, movidos por una gracia divina.²⁰ Creía en la existencia de una idea eterna de justicia. La describía como la armonía orgánica de una república en la que cada individuo estaba destinado a desempeñar una función apropiada.²¹

Aristóteles (384-322 a. de J.C.) por su parte era de la posición en la que la felicidad como el bien sumo del hombre, era conseguida por medio de las virtudes, es decir, aquellos hábitos o disposiciones del hombre gracias a los cuales sabrá realizar las obras que le son propias. La virtud consiste en ese medio que hace relación a nosotros y que está regulado por la razón, un medio entre dos vicios que pecan, uno por exceso y el otro por defecto. El vicio consiste en transgredir la medida, ya respecto a nuestras acciones, ya respecto de nuestros sentimientos. Las virtudes son de dos clases: virtudes dianoéticas o intelectuales y virtudes éticas o morales. Todas consisten en disposiciones o hábitos que resultan del esfuerzo del hombre por someter sus actos a la razón y a los fines supremos de la naturaleza. Pero las virtudes dianoéticas o intelectuales, que radican en el entendimiento, se adquieren por vía teórica, mediante la enseñanza, mientras que las virtudes éticas o morales radican en la voluntad y se adquieren con el ejercicio de ésta. Las últimas suponen el libre albedrío en el hombre.²² Dentro de estas virtudes encontramos a la justicia, que en la *Ética Nicomaquea*, en el Libro V, CAPÍTULO VII, señala, “De lo justo político una parte es natural, otra legal. Natural es la que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación. Legal es lo que en un principio es indiferente que sea de este modo o del otro, pero que una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente, por ejemplo, pagar una mina por el rescate de un prisionero, o sacrificar una cabra y no dos ovejas, así como también lo legislado en casos particulares, como ofrecer sacrificios en honor a Brasidas, y los ordenamientos en forma de decretos. Paréceles a

²⁰A. Truyol y Serra, Ob. Cit. Pág. 143

²¹E. Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989. Pág. 129

²²A. Truyol y Serra, Ob. Cit. Pág. 159

algunos que todas las normas son de derecho legal, dando como razón que lo que es por naturaleza es inmutable y tiene dondequiera la misma fuerza, como el fuego, que quema aquí lo mismo que en Persia, mientras, que por el contrario, vemos cambiar las cosas tenidas por justas...las cosas que son justas por convención y conveniencia son semejantes a las medidas. No en todas partes son iguales las medidas para el vino y para el trigo, sino que son mayores en las compras al por mayor y menores en las ventas al por menor. Pues del mismo modo las cosas justas que no son naturales, sino por humana disposición, no son las mismas en todas partes, como no lo son las constituciones políticas, aunque en todas partes hay una solamente que es por naturaleza la mejor.²³

En cuanto a los filósofos romanos, resalta Marco Tulio Cicerón, (106-43 a.de J.C.) quien afirmaba que la ciencia del derecho no nace del mero conocimiento de los edictos de los pretores o de la ley de las Doce Tablas, sino del seno de la filosofía, *ex intima philosophia*. Esta nos enseña que hay en todos los hombres una razón común que proviene de Dios, y es la ley misma. A cuantos ha concedido razón naturaleza, les ha concedido recta razón, y con ella, la ley, que no es sino la recta razón en cuanto manda o prohíbe.²⁴ La ley no es una invención del humano ingenio ni de la voluntad de los pueblos, es el espíritu mismo de Dios, su razón soberana. De esta ley primigenia, que nació, para todos los siglos, con anterioridad a cualquier ley escrita o ciudad, procede el derecho (*ius*), que se presenta a la vez como norma y como facultad, el ámbito de lo justo. Las leyes humanas solo son tales en la medida en que participan de la misma. No hay por consiguiente más justicia que la que lo es por naturaleza, mientras la que se funda en el interés es aniquilada por el mismo interés. Y para distinguir la ley buena de la mala única norma disponible es la que da la naturaleza, gracias a un sentido y nociones comunes que en los hombres infunde.²⁵

Cabe referirse de manera muy general a los llamados Padres de la Iglesia, estos se dividen en Padres y escritores cristianos griegos, llamados también orientales, San Justino, San Ireneo, Clemente de Alejandria, Orígenes, Eusebio de Césarrea, San

²³ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*. Editorial jurídica salvadoreña. San Salvador, El Salvador. 2007. Págs. 115 y 116

²⁴ A. Trujol y Serra, Ob. Cit. Pág. 190

²⁵ Ibidem Págs. 190 y 192



Gregorio de Nazianzo, San Basilio, San Gregorio de Nissa, San Juan Crisóstomo, Teodoro de Ciro, y los Padres y autores cristianos latinos u occidentales, Tertuliano, San Cipriano, Lactancio, San Ambrosio, San Jerónimo y San Agustín de Hipona. Los primeros, generalmente nutridos de la cultura griega, son más especulativos ocupándose de preferencia de las cuestiones más elevadas y arduas de la teología. Los segundos, familiarizados con el derecho romano, sienten una mayor inclinación por las cuestiones prácticas, políticas y sociales. Las dos tendencias se conciliarán con San Agustín.²⁶

San Agustín (354-430) es en verdad el cumplimiento y perfección de la antigüedad cristiana, su último y máximo pensador, su practicante espiritual y su tribuno.²⁷ Para los estoicos y los romanos el significado de justicia se resumía en una vida honesta, de no perjudicar a nadie y de dar a cada uno lo suyo. San Agustín hace del dar a cada quien lo suyo el punto predominante y, además, entre aquellos a quienes es menester dar lo que les pertenece coloca a Dios mismo, a quien convierte, así, en el centro de su argumentación. En esta forma la justicia se convierte en una cualidad que comprende la piedad. Creer en Dios, venerarlo, adorarlo, dar a su iglesia el lugar adecuado dentro de la comunidad, todo ello queda incluido ahora en el concepto de justicia.²⁸

San Agustín había dicho que la ley temporal es justa y legítima en cuanto que está fundada en la ley eterna y que no es ley la que no es justa.²⁹ Ley eterna es la razón suprema de todo, siempre se la debe obedecer, y castiga a los malos con una vida miserable, y premia a los buenos con una vida bienaventurada. Como su nombre lo indica, es inmutable y eterna; es además única y siempre justa. Rige tanto a los seres racionales como a los irracionales, a los animados como a los inanimados. La ley natural es una grabación de la ley eterna en la conciencia de los hombres, que puede ser perturbada por las malas pasiones, pero no borrada totalmente de ésta. La ley temporal es la que aun cuando sea justa, sin embargo se puede modificar justamente de acuerdo con las circunstancias de los tiempos.

²⁶A. Truyol y Serra. Ob. Cit. Pág. 248

²⁷ C.J. Friedrich, *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002. Pág. 58

²⁸Ibidem Pág. 61

²⁹J. Betegón, Jerónimo y otros, Ob. Cit. Pág. 45



En esta ley nada es justo y legítimo que los hombres no hayan derivado de la ley eterna. Las diversas leyes temporales se deben conformar con esta ley, a pesar de las diversas modificaciones que sufren según las exigencias del gobierno, permite y deja impunes muchos actos que la Providencia Divina castiga, mas no por eso se deben reprobar sus determinaciones, a menos que sean injustas.³⁰

El derecho positivo debe tratar de llenar las demandas de la ley eterna. Si contiene disposiciones claramente contrarias a la ley de Dios, esas normas no tienen vigencia y no deben ser obedecidas.³¹

La filosofía de Santo Tomás de Aquino (1224/25-1274) es la culminación del pensamiento cristiano medieval. Se caracteriza por un equilibrio doctrinal que la ha convertido hasta hoy en el punto general de apoyo y referencia en la mayor autoridad intelectual dentro del catolicismo.³² Santo Tomás de Aquino nos dice Antonio Truyol y Serra³³ distingue en la ley natural entre primeros principios y principios secundarios, por razón de su distinto grado de evidencia. El principio supremo de la ley natural, que impone hacer el bien y evitar el mal, corresponde al ámbito de la razón práctica al principio de contradicción de la razón especulativa. Pero las conclusiones de principios especulativos tienen mayor certeza que las de los principios prácticos, y ello obedece a que la razón práctica se mueve y actúa en el círculo de la contingencia, propia de los actos humanos. La distinción entre los primeros principios y principios secundarios, de la ley natural se revela especialmente eficaz, según Santo Tomás, en el problema de la universalidad y la inmutabilidad de la ley natural para salvar el escollo que supone la diversidad del *ethos* históricamente dado en el espacio y en el tiempo. La universalidad solo se extiende, propiamente hablando a los primeros principios de la ley natural, por ser los más evidentes y a la vez los más generales y formales. Lo mismo cabe decir de la inmutabilidad, nunca deja de ser verdadero o recto aquello que la ley natural prescribe.

³⁰ L.A. Dorantes Tamayo, Ob.Cit. Pág. 109

³¹ E. Bodenheimer, Ob. Cit. Pág. 145

³² A. Truyol y Serra, Ob. Cit. Pág. 365

³³ Ibidem Pág. 367



Para interpretar bien el concepto de ley, debe estudiarse en primer término, la ley en general y en segundo sus detalles. Así lo dijo Santo Tomás de Aquino³⁴ e indica referente a la ley en general hay que considerar tres casos: 1. Naturaleza de la Ley; 2. Clases de leyes; 3. Efecto de la ley. El estudio de la esencia de la ley comprende los siguientes Artículos: 1. La Ley ¿Procede de la razón?; 2. Su finalidad; 3. Autor de la misma; 4. Su promulgación.

Al primer Artículo Santo Tomás razona de la siguiente manera:

1. “No es probable que la ley proceda de la razón. Efectivamente, en su carta a los Romanos, El apóstol San Pablo expresa, las siguientes palabras: “Yo veo en mis miembros otra ley...” Pues bien; todo lo que dé la razón depende es un absoluto independiente de todo miembro, dado que la razón no hace uso de ningún órgano corporal, y en tal virtud la ley no es de la razón acto ni obra alguna.

2. Tan solo encontramos en la razón estas tres cosas: la propia razón como facultad o poder del alma; los hábitos y las acciones. No es la ley la facultad misma del entendimiento; tampoco es un hábito o propiedad de esa facultad; dado que no es virtud intelectual alguna de las que en otra parte hemos indicado; ni es, por último un acto de aquella facultad. Suspenderá la razón su función, como acontece durante el sueño, y, no obstante la ley subsiste. Denota ello claramente que la ley no es algo que dé la razón dependa.

3. Induce la ley a aquellos que a la misma están supeditados a obrar rectamente. Inducir a obrar es, según se deduce de lo expresado en otro lugar, privativo de la voluntad. Por consiguiente, la ley más bien que acto del intelecto, lo será de la voluntad, lo que también parecen significar estas palabras del Jurisconsulto: “la voluntad del príncipe tiene vigor de ley.” Por el contrario: De la ley es privativo el mandar y el prohibir, pero como ya lo hemos expuesto, son actos imperativos de la razón, el mandato y la prohibición. Por lo tanto, la ley es algo que a la razón pertenece. Respondemos: Es la ley una verdadera regla y medida de las acciones, que incita al hombre a obrar, o de ello le aparta. Efectivamente, la ley procede de ligar, dado que

³⁴ S. T de Aquino, *La Ley*, Editorial Tor, Buenos Aires, Argentina, versión castellana de Marcelino Ortiz. Pág. 5



obliga a obrar. Pues bien: la regla y la medida de las acciones humanas es la razón la que, según se desprende de lo dicho en otro lugar, es el primer principio de esas mismas acciones. A la razón es, en efecto, a quien atañe ordenar las cosas con vistas al fin que es el principio primero en el orden de la operación, según prescribe el filósofo Aristóteles. Así pues en toda clase de cosas, lo que tiene razón de primer principio, es medida y regla de todo aquello que bajo ese principio se encuentra contenido; de tal modo la unidad lo es en la numeración y el primer movimiento lo es, con relación a todo otro movimiento. Llegamos a la conclusión, pues, de lo que antecede, que la ley es algo que procede de la razón.”

Vemos como el pensamiento de Santo Tomás se encuentra influido por el filosofía de Aristóteles, le da un origen a la ley proveniente de la razón, dada esta por Dios. Clasifica a las leyes en cuatro, e integra su razonamiento de la siguiente manera:

1. Ley eterna
2. Ley natural
3. Ley humana
4. Ley divina

En cuanto a la primera razonaba Santo Tomás, que las cosas en su totalidad antes de existir en sí mismas, ya existen en Dios; el las conoce y dispone con anterioridad a la existencia verdadera de las mismas. Para San Agustín citado por Santo Tomás la ley eterna, “es aquella mediante la cual todas las cosas se hallan ordenadas perfectamente”.

El hombre se destaca dentro de los demás seres como sujeto regulador y medidor y como regulado y medido y encontrándose todas las cosas sometidas a la divina Providencia, y por lo tanto, reguladas y medidas, por la ley eterna, de modo pues que participa de la razón eterna, esta le impulsa a obrar y le constriñe a buscar y seguir la senda que a su destino le lleva. Esa participación de la ley eterna de los seres racionales, es lo que se denomina ley natural.

Cuando Santo Tomás realiza su razonamiento en cuanto a la existencia de la ley humana, cita nuevamente al Estagirita, al decir, que cualquier ley tiene carácter de una

medida, considerado esto tenemos que la razón humana, lejos de ser medida de las cosas que conoce, es en cambio medida por ellas, lo que así enseña Aristóteles. El angélico, de igual manera menciona a Cicerón, refiriéndose de la siguiente manera: “el derecho tuvo su origen en la naturaleza; luego la costumbre estableció ciertas cosas sumamente útiles; finalmente aquello que tuvo su iniciación en la naturaleza y que la costumbre acreditó por la religión y la ley fue sancionado”.

En cuanto a la ley divina, esta no es más que aquella que se encuentra sobre la ley natural y humana. Tan solo una ley emana de un solo rey y para un solo reino y considerando que todo el género humano constituye un solo reino bajo un solo centro, el cetro de Dios como lo expresan estas palabras del salmista: “Dios es el rey de todo el universo, se deduce que hay una ley divina solamente”.

Santo Tomás de Aquino, cita a San Isidoro y a Aristóteles, indicando lo siguiente: “El derecho positivo se contrapone al derecho natural”. Ahora bien -continúa argumentando-; todo lo que deriva de los primeros preceptos de la ley natural a modo de conclusiones, depende de esa misma ley natural. Por consiguiente lo estatuido por lo hombres no entra en modo alguno a integrar el contenido de la ley natural. Dado que es la ley natural esa primera norma de la razón humana, es evidente que todas las demás leyes tendrán tanto razón de leyes, cuando deriven y emanen de la ley natural; hasta el punto que en aquello en que divergen de la ley natural, dejan de ser leyes para trocarse en una corrupción de la ley.³⁵

Se preguntaba, Santo Tomás de Aquino, toda ley humana ¿deriva de la ley natural? Y respondió de la siguiente manera: Como expresa San Agustín, “no es verosímil que tenga razón de ley, la que no es justa”. El grado pues, de legalidad y vigor de una ley, lo determina el nivel de justicia.

En lo que a las cosas humanas se refiere, la justicia de una acción depende de su conformidad con la norma de la razón; y dado que es la ley natural esa primera norma de la razón humana, es evidente que todas las demás leyes, tendrán tanto razón de leyes, cuando deriven y emanen de la ley natural; hasta tal punto que en aquello en

³⁵ S. T. de Aquino, Ob. Cit. Pág. 86

que divergen de la ley natural, dejan de ser leyes, para trocarse en una corrupción de la ley.³⁶

Una cosa puede proceder de la ley natural de dos maneras: primera, por vía de conclusión, no de otro modo que toda conclusión deriva de sus principios; segunda, por vía de determinación, a modo que lo particular deriva de lo genérico y común o abstracto. El primero de dichos modos es en todo parecido al proceso derivativo de las conclusiones científicas; el segundo guarda cierta similitud con el que en el orden artístico o arquitectónico ocurre: las formas o tipos genéricos se concretan en formas particulares. Tal, por ejemplo, un arquitecto que traza el plano de un edificio a construir concreta la forma genérica, abstracta, de edificio, a éste u otro modelo de edificación. Dirigiéndonos ahora a nuestra finalidad, decía que hay preceptos que proceden de los principios generales de la ley natural por vía de conclusión; tal es, por ejemplo: nunca es lícito el asesinato, verdad que deriva de esta otra más genérica: “a nadie se debe hacer mal”. Existen otros que derivan por vía de determinación. Así establece la ley natural que aquel que delinque sea castigado; mas no establece y señala la pena con que ha de ser castigado; esta solo incumbe a la ley natural del mismo modo que lo determinado pertenece a lo indeterminado. Y ambos modos se encuentran en las leyes humanas, pero con una diferencia: que los preceptos o leyes humanas que proceden de la ley natural del primer modo, o sea, por vía de conclusión, no son tan solo leyes humanas, sino que poseen también algo de vigor y fuerza de la ley natural; en tanto las que solamente por vía de determinación proceden, tienen únicamente aquella fuerza y obligatoriedad que un legislador humano puede transmitirles.³⁷

“No son aplicables los principios generales de la ley natural de una misma forma a todos los hombres. Estos se hallan en circunstancias muy diferentes; y esta diversidad circunstancial explica lo bastante la diversidad y variedad de las leyes positivas”³⁸

Característica de las leyes humanas es su derivación de las leyes naturales, y desde este punto de vista, divídase el derecho positivo en derecho de gentes y derecho civil.

³⁶S.T de Aquino Ob. Cit. Pág. 87

³⁷Ibidem Pág. 88

³⁸Ibidem, Pág. 89



Según la doble derivación de la ley natural. Es decir dependen del derecho de gentes todas aquellas cosas que se derivan de la ley natural por vía de conclusión, tales como la justa compra, la venta, y otras de esta especie, necesarias para que los hombres puedan convivir con paz, convivencia que establece la ley natural, dado que el hombre es sociable por naturaleza. Aquellas otras cosas, que se originan y derivan de la ley natural solamente por vía de determinación o particularización, son propias del derecho civil, en virtud del cual toda ciudad dicta aquellas reglas que son necesarias o convenientes a su progreso y desarrollo”.³⁹

En el siglo XIV surge Marsilio de Padua, cuya filosofía culmina en su teoría de la ley. Si en Santo Tomás la ley humana derivaba de la ley natural y, por consiguiente de la ley eterna, en Marsilio encontramos una contraposición o, por lo menos, una estricta separación entre ley humana y ley divina. La ley divina es un mandato directo de Dios relativo al destino ultraterreno del hombre. La ley humana, es un mandato de todo el cuerpo de ciudadanos o de lo que Marsilio llama su *valentiorpars*, cuyo objeto es regular la conducta de los hombres en función de su mejor condición terrenal. Mientras que la ley divina implica un premio y un castigo en el más allá, la ley humana lleva consigo una sanción terrena, y por eso es prácticamente en este mundo la única ley en sentido propio; en todo caso, la socialmente decisiva.⁴⁰

Francisco Carpintero Benítez⁴¹, manifiesta que de acuerdo a la tradición medieval la ley natural viene constituida por los primeros principios de la conciencia o razón práctica, el derecho en cambio se compone de aquello *quodiustumest* en cada caso. Pudiera pensarse aunque algo precipitadamente nos dice el autor, que el inicio de todo razonamiento sobre la justicia estaría compuesto por los principios de la ley natural y que el derecho de origen humano complementaria simplemente aquellos primeros principios.

Huigh de Groot, Grotius (Hugo Grocio, 1583-1645) comúnmente considerado como el fundador de la nueva escuela del Derecho Natural, recuerda todavía mucho de los

³⁹S.T de Aquino Ob. Cit. Pág. 94

⁴⁰A. Truyol y Serra, Ob. Cit. Pág. 411

⁴¹F. Carpintero Benítez, *Historia del derecho natural, Un Ensayo*, Universidad Autónoma de México, México, 1999. Pág. 333

escolásticos, de los que es ampliamente tributario.⁴² Para Grocio el derecho natural consiste en que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza social del hombre. Es el dictado de la recta razón que indica que una acción, por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, entraña torpeza o necesidad moral y por consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza. Se trata de un orden absoluto que Dios mismo no puede alterar, como no puede hacer que dos y dos no sean cuatro.

El sesgo racionalista del iusnaturalismo de Grocio reaparece en su teoría de la cognoscibilidad del derecho natural, según la cual los principios del derecho se deducen *a priori*, con precisión matemática, de verdades axiomáticas evidentes por sí mismas. Esta fe en la exactitud matemática de los principios prácticos contrasta con la afirmación de Santo Tomás de Aquino y sus seguidores, de que la evidencia de las conclusiones es mucho menor en el orden práctico que en el teórico, dada la contingencia de las acciones humanas.

Los principales postulados del derecho natural para Grocio eran los siguientes:

- a) Abstenerse de lo que pertenece a otros
- b) Conformarse a los pactos y cumplir las promesas hechas a otras personas
- c) Indemnizar por cualquier daño causado culposamente a otro
- d) Infligir castigo a los hombres que lo merecen

El precepto fundamental del derecho eterno y natural de la escuela clásica, consistía según Edgar Bodenheimer⁴³ en que el hombre nace libre e independiente. No vivía originariamente en sociedad, pero había hecho un contrato con otros individuos para defender su vida y su propiedad. Por este contrato transfería a la sociedad cierta clase de derechos y su libertad, y la sociedad, a su vez, le garantizaba la protección de su vida y propiedad contra la invasión de otros individuos. Los derechos básicos del individuo – es decir, gozar de la vida, la libertad y la propiedad- no debían ser

⁴²A. Truyol y Serra, Ob. Cit., 2. Del Renacimiento a Kant. Pág. 198

⁴³E. Bodenheimer, Ob. Cit. Pág. 151



disminuidos por la sociedad porque esos derechos los había conferido Dios al hombre y eran anteriores a toda sociedad. Son derechos inalienables, “naturales”.

Pueden distinguirse tres períodos en el desenvolvimiento de la escuela del derecho natural. En líneas generales corresponden a tres etapas sucesivas del desarrollo social, económico e intelectual de la época. La primera etapa del proceso de emancipación de la teología medieval y el feudalismo, que se produjo después del Renacimiento y la Reforma, la señalan el protestantismo en la esfera de la religión, el absolutismo ilustrado en el dominio de la política y el mercantilismo en el campo de la economía. A este corresponden las teorías de Grocio, Hobbes, Spinoza y Wolff. Es rasgo característico de esta teoría que la garantía última de la aplicación del Derecho Natural, resida meramente en la prudencia y automoderación del gobernante. La segunda época, que comienza aproximadamente con la revolución puritana de 1649, está caracterizada por una tendencia hacia el capitalismo libre en la economía y al liberalismo de la política y la filosofía. A este período corresponden las opiniones de Locke y Montesquieu. La tendencia dominante de esta época era garantizar los derechos naturales de los individuos contra las invasiones indebidas por parte de los gobernantes, mediante una separación de poderes. La tercera época está señalada por una fuerte creencia en la soberanía popular y en la democracia. El derecho natural queda confiado a la voluntad general del pueblo. El representante más destacado de esta etapa de la doctrina fue Rousseau, cuyas teorías políticas ejercieron una gran influencia en el pensamiento de Kant. Este tercer estadio del desarrollo de la escuela del derecho natural ejerció una influencia profunda en el desarrollo político de Francia, en tanto que la segunda forma de la Escuela del derecho natural predominó en los Estados Unidos.⁴⁴

En esa segunda época es importante resaltar el pensamiento de Hobbes (1588-1679) ya que para él “El estado naturaleza, no es un estado de lucha, sino de cooperación bajo el signo de la razón; no es tanto un estado presocial cuanto prepolítico en el sentido de que si, bien falta en él toda organización, no carece de vínculos espontáneamente contraídos, encaminados al común bienestar. En el estado de

⁴⁴E. Bodenheimer, Ob. Cit. Pág. 153 y 154

naturaleza los hombres poseen derechos, como el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a la propiedad, y a la facultad de castigar cualquier ofensa, que le son innatos y consustanciales. Lo único que falta es la garantía del respeto de esos derechos y eventualmente de la eficacia de la sanción. Esta garantía surge con la sociedad civil, al desprenderse los individuos, mediante el contrato original de una parte de sus derechos naturales.⁴⁵

En cuanto a Charles-Louis de Secondant, barón de La Bredé y luego de Montesquieu, (1689-1775) introduce en su obra *“El Espíritu de las Leyes”*, junto al concepto tradicional de la ley, el de las leyes morales, jurídicas y políticas, el concepto científico-natural de la misma, elaborado por la nueva física. Las leyes en su más amplia significación, son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. Montesquieu subraya que en ese sentido, todos los seres tienen sus leyes, desde la Divinidad hasta el mundo material, pasando por el hombre y el animal. Las leyes normativas aparecen insertas en una serie de relaciones constantes, de las que surgen y que las condicionan y explican. Todas estas relaciones juntas forman el espíritu de las leyes.⁴⁶

David Hume, (1711-1778) es otro filósofo de la época quien en una acepción distinta de los iusnaturalistas, distingue las virtudes naturales, que son las causadas por las pasiones y sentimientos, de las artificiales, producidas por las convenciones.⁴⁷

Una de esas virtudes artificiales es la justicia. La justicia, en una situación en que los bienes disponibles resultan escasos en relación con los deseos que de ellos tienen los hombres, nació de la necesidad de fijar reglas, en aras de la paz social, para estabilizar las propiedades y asegurar la eficacia de los tratos y convenios realizados al respecto.⁴⁸

⁴⁵A. Truyol y Serra, Ob. Cit. Pág. 249

⁴⁶Ibidem, Pág. 294

⁴⁷ Los juicios de valor, como lo bueno, lo malo, lo útil, al igual que las operaciones que asignan relaciones de causa a efecto entre los hechos, no se basan en la razón, sino en lo que Hume llama convenciones. Se explican en términos psicológicos como resultados de procesos mentales de índole no racional, peor que no por ello se imponen menos en la práctica. Su validez es esencialmente social, pues deriva de que los hombres las adoptan habitualmente, por cuanto resultan útiles, ya que permiten elaborar reglas de conducta más o menos estables.

⁴⁸A. Truyol y Serra, Ob. Cit. Pág. 330



El autor del Contrato Social, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) resume su teoría contractualista en lo siguiente: los hombres tuvieron que unirse contractualmente para su mutua protección, saliendo del estado de naturaleza regido por una ley natural y sometiéndose a un derecho civil o político; pero con ello sellaron el fin de lo que en Rousseau es el equivalente de la edad de oro, del estado de inocencia y del paraíso terrenal, en el que imperan la libertad y la igualdad. El paso del estado naturaleza al de la sociedad y la cultura es el paso de la espontaneidad a la enajenación o alienación (el hombre sociable siempre fuera de sí, solo sabe vivir en la opinión de los demás, y de su juicio únicamente extrae, por así decir, el sentimiento de su propia existencia). El contrato social no supone subordinación alguna a un titular personal o corporativo del poder, sino al cuerpo social como un todo: cada cual se da a todos y por tanto no se da a nadie, y adquiere sobre cualquier asociado el mismo derecho sobre sí mismo le cede, y todos ganan el equivalente de lo que pierden y una fuera mayor para conservar lo que tienen. En otros términos, el ciudadano se somete no a una voluntad particular superior sino a lo que Rosseau, llama voluntad general, pieza esencial y original de su doctrina.⁴⁹

En cuanto a Immanuel Kant, (1724-1804) inauguró una filosofía que recibió el nombre dado por él de filosofía crítica, pues por el análisis de la noción del conocimiento pretende investigar cual será la estructura de la facultad cognoscente, determinar en esta facultad, virgen de toda operación, las condiciones que preceden al conocimiento, y fijar después los límites de la certeza. El enfoque del problema gnoseológico fue el rasgo más innovador de la filosofía de Kant. Entre el racionalismo, que ve en la razón la fuente del conocimiento, y el empirismo, que ve esta fuente en la experiencia, Kant buscó una mediación y la encontró distinguiendo en el conocimiento el elemento material y un elemento formal. La materia del conocimiento viene dada por las sensaciones, producto de la experiencia, pero estas sensaciones carecen de conexión entre sí, son un caos abigarrado, en este caos nuestro pensamiento introduce un orden, enlazado unos con otros contenidos de las sensaciones y los hace mediante elementos a priori, de un lado, mediante las formas de la intuición sensible, que son el

⁴⁹Ibídem Pág. 348



espacio y el tiempo, de otro mediante las formas del intelecto o categorías. Los principios metafísicos de las costumbres, son en el ámbito de la razón práctica y en relación con la Crítica de la razón práctica la réplica de lo que los principios metafísicos de la ciencia natural.

Kant entiende por metafísica de las costumbres el conjunto de leyes a priori por las que se determina la voluntad. Dentro de la metafísica de las costumbres, la metafísica del derecho, que vendría a ser un sistema de leyes jurídicas, dimanado de la razón, equivale en Kant al concepto tradicional del derecho natural. Éste dado el nuevo papel de la razón, aparecen como derecho racional. El derecho racional a priori, es el objeto propio de la filosofía, quedando reservada a los juristas la consideración del derecho positivo.

Para Kant el derecho no puede extraerse de la experiencia, pues ésta solo nos indica lo que en cada momento es de derecho, es decir, lo que prescriben las leyes en un tiempo y en un lugar dado, pero nada dice acerca de si responde o no al criterio universal con arreglo al cual algo es justo e injusto. La ley moral como la ley física con respecto al mundo natural, obtiene circunstancialmente de la experiencia la materia para su aplicación, pero no obliga en virtud de su contenido, sino en virtud de su fórmula. Por otra parte el concepto a priori del derecho se elabora en función de su distinción con respecto a la moral. Distingue una doble legislación, la interna y la externa. La primera de ellas interna o ética hace del deber el móvil mismo de la acción, y la legislación externa, jurídica, que no incluye en la ley el móvil, sino que permite otros móviles que el deber.⁵⁰

El derecho natural o racional para Kant es el conjunto de leyes jurídicas cuya obligatoriedad puede establecerse a priori.

Kant muestra cómo y en qué sentido, las voluntades autónomas de los individuos pueden entenderse como constituyentes de la voluntad general. Ello se logra con su celebrada doctrina del imperativo categórico. La ley básica de la razón práctica pura implícita en este imperativo categórico dice así en su más famosa exposición: “Obro

⁵⁰A. Truyol y Serra, Ob. Cit. Págs. 398 y 399

siempre según una máxima tal que pueda elevarse a ley de observancia universal”.⁵¹. Relaciona al derecho natural con tres deberes, *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*, representan para él, la división del derecho en obligaciones legales internas y externas, así como en aquellas que puedan derivarse incluyendo las últimas bajo las primeras. El primero a continuación reduce todos los derechos innatos a uno: la libertad, en el sentido de independencia de la coacción arbitraria de otro. Es el único derecho original que pertenece a todo hombre, por razón de su condición humana. Así la división de mío y tuyo se convierte en la dicotomía decisiva de la doctrina jurídica kantiana.⁵²

Siguiendo el pensamiento Kantiano, en relación al derecho natural racional, Jürgen Habermas, se refiere al derecho racional, como la pretensión de incondicionalidad que suplanta al derecho sacro desencantado y al derecho consuetudinario vaciado y sin sustancia tradicional. El derecho natural racional se articula en una etapa postradicional de la conciencia moral conforme a la cual el derecho depende de presupuestos puramente racionales (a diferencia del derecho natural clásico) que a su vez concluyen procedimientos a partir de algunas premisas consideradas como verdades *a priori*.⁵³

Para el filósofo John Finnis, (1940) no tiene demasiado sentido hablar de una tradición de la ley natural, porque “Ley Natural... significa simplemente el conjunto de proposiciones verdaderas que identifican los bienes humanos básicos, los requerimientos generales de la elección correcta y las normas morales específicas deducibles de estos requerimientos en cuanto tienen que ver (o dependen de) los bienes básicos particulares. Pero sí existe una tradición de teoría y teorización acerca de la ley natural”.⁵⁴ En otros términos no existe propiamente una tradición de la ley natural en sí misma, pero si existe una tradición iusnaturalista, es decir, un conjunto de conocimientos que estudian, desarrollan, enriquecen, a veces distorsionan y otras

⁵¹C. J. Friedrich, Ob. Cit. Pág. 185

⁵²C.J. Friedrich, Ob. Cit. Pág. 189

⁵³ E.M. Quintana, *Filosofía Jurídica, Política y Moral en Jürgen Habermas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007. Pág. 119

⁵⁴ J.B. Etcheverry, *Ley, Moral y Razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis, a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, Universidad Autónoma de México, México, 2013. Pág. 15



adaptan a las circunstancias, las ideas y propuestas acerca de la naturaleza y alcances de los principios y normas de la ley natural.

La codificación del derecho, es un problema que ya se había planteado Justiniano y antes de él Teodosio y Julio César, cuando quería *ius in artem redigere*, es decir, quería trazar una especie de sistema escrito del derecho. Este problema de codificación ya en el siglo XIX, tiene dos vertientes, una el problema análogo el cual se planteó en Inglaterra, cuando los ingleses se encontraron frente a la necesidad de poner orden en su jurisdicción, disciplinando las relaciones entre los distintos tribunales laicos y eclesiásticos, así como entre los tribunales que decidían según el *common law* y los que decidían según la *equity* basándose en tradiciones pluriseculares. Por otro lado el problema técnico, al cual se añadía el problema ideológico, muchos concebían el derecho como expresión de un plan racional que debía ser llevado a cabo por obra de un legislador iluminado. La idea de la codificación se remontaba en gran parte a la Ilustración sobre todo francesa del siglo XVIII, aunque se llevó a cabo en el XIX. Estas dos exigencias, la exigencia ideológica de crea el código perfecto, el sistema jurídico perfecto y racional, eventualmente también al margen de la tradición y la exigencia teórica de resolver propiamente muchas cuestiones prácticas, dieron origen a la codificación. Detrás de esta idea de la codificación se asentó tanto en Francia como en Alemania la tradición conocida como iusnaturalista, que también se había impuesto en Holanda y España. En la base de esta teoría está la idea de que existen algunas reglas fundamentales del comportamiento jurídico (verificables con la razón) de las que pueden deducirse una serie de normas particulares. Estas normas particulares a su vez, son generadoras de otras normas particulares y pueden constituir un sistema racional y preferible a la caótica superposición de las tradiciones históricas.⁵⁵ Sustancialmente el derecho transferido al código es el derecho romano pasado por medio de la interpretación del derecho común.⁵⁶

⁵⁵ B. Leoni, *Lecciones de filosofía del derecho, título original, Lezioni di filosofia del diritto*, traducción de Juan Marcos de la Fuente, Unión Editorial, S.A., Madrid, España, 2008. Págs. 198 y 200

⁵⁶Ibidem. Pág. 201



Desde la óptica de la sociología, el derecho natural al decir de Max Weber⁵⁷ (1864-1920) “es el conjunto de normas vigentes preeminentemente frente al derecho positivo y con independencia de él, que no deben su dignidad al establecimiento arbitrio, sino que por el contrario, legitiman la fuerza obligatoria de éste. Es decir, el conjunto de normas que valen no en virtud de provenir de un legislador legítimo, sino en virtud de cualidades puramente inmanentes: forma específica y única consecuente de la legitimidad de un derecho que queda cuando decaen la revelación religiosa y la santidad hereditaria de la tradición. El Derecho Natural es por ello la forma específica de legitimidad del ordenamiento jurídico revolucionariamente creado”.

La legitimación iusnaturalista del Derecho Positivo puede hallarse más vinculada a condiciones formales o más vinculadas a condiciones materiales. La diferencia es gradual, pues no puede existir un derecho natural puramente formal, ya que tendría que coincidir con los conceptos jurídicos generales totalmente desprovistos de contenido. Pero de todos modos la oposición es muy importante en la práctica. El tipo más puro de la primera especie es el derecho natural que apareció, por ejemplo en los siglos XVII y XVIII bajo las mencionadas influencias especialmente en la forma de la “teoría del pacto” y de modo muy particular en su forma individualista. Todo derecho legítimo descansa sobre un estatuto y el estatuto se apoya en última instancia en un convenio racional de voluntad. Bien sobre un contrato real primitivo de individuos libres, que regula para el futuro la forma de creación del nuevo derecho estatuido. O, en sentido ideal, establece que solo será legítimo aquel derecho cuyo contenido no contradiga al concepto de un orden conforme a la razón, estatuido por medio de un acuerdo libre. Los “derechos de libertad” son el elemento esencial de este derecho natural, figurando en primer término la libertad contractual. El contrato racional libremente celebrado, ya sea como fundamento histórico real de todas las formas de socialización, incluyendo al Estado, ya como criterio de estimación, llegó a ser uno de los principios formales universales de la construcción iusnaturalista.⁵⁸

⁵⁷ M. Weber; *Economía y Sociedad, Esbozo de la sociología comprensiva, título original: Wirtschaft un Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie*, traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, México, 2008. Pág. 640

⁵⁸ M. Weber, Ob. Cit. Págs. 641 y 642



Siguiendo un orden en cuanto a los principales exponentes del positivismo jurídico, hago un paréntesis para indicar que existieron filósofos que hicieron contribuciones que permitieron la consolidación de una teoría positiva del derecho, como por ejemplo los de la escuela histórica del derecho, Savigny y Puchta. Pero el objeto de este trabajo no es realizar un cuadro comparativo de pensamientos de todas las escuelas o de posiciones del derecho, sino básicamente clarificar cual es la posición de la escuela del derecho natural y cual la del derecho positivo en cuanto a los principios generales del derecho.

Iniciamos el pensamiento positivista con Jeremy Bentham (1748-1832) un filósofo utilitarista que dijo: la naturaleza ha colocado al hombre bajo el gobierno de dos maestros soberanos, la pena y el placer. A ellos solos toca señalar tanto lo que debemos hacer como lo que haremos. Indica además que el principio de utilidad promueve o se opone a la acción según produzca o no esta felicidad, que puede ser la de un individuo particular o de la comunidad, entendiendo por esta solo un cuerpo ficticio compuesto de personas individuales cuyo interés es la suma de los intereses de los miembros.⁵⁹ Para él la idea de la ley es previa al derecho, pues derechos y obligaciones son hijos de la ley, y deben estar subordinados a ella. El primer día de la creación política tiene lugar cuando el soberano, definido exclusivamente por su capacidad de mando, toma un papel activo en un mundo social hasta entonces vacío y carente de forma: la norma jurídica es tal porque emana, bajo la forma de un mandato, de la autoridad que posee la más grande fuerza material en una sociedad dada y no hay límites jurídicos a la voluntad del soberano, sino un criterio moral para medir la calidad de la norma, esto, es, el principio de utilidad, con independencia de su validez y eficacia. En este orden de ideas, el derecho natural no es más que una frase, o peor aún, un disparate sin fundamento, que da lugar a una doctrina lógicamente inaceptable y políticamente perniciosa. Distingue Bentham en la teoría del derecho un doble objeto: lo que el derecho es, y lo que el derecho debe ser. Ello da lugar a una teoría del derecho expositiva y a una teoría del derecho sensorial. La segunda también arte de la legislación, está orientada en un sentido prospectivo y basada en los principios de

⁵⁹A. Truyol y Serra, Ob. Cit. Tomo 3. Idealismo y Positivismo. Pág. 179



utilidad y de la mayor felicidad del mayor número. Esta nutre propiamente la codificación. Unida a la primacía indiscutible de la ley como fuente del derecho, la codificación realiza asimismo en todo su rigor el principio de la publicidad máxima en el conjunto de la vida pública.

John Austin, (1790-1859) filósofo del derecho que clasifica a las leyes en cuatro clases: 1. Las leyes divinas o leyes de Dios, reveladas o no, en cuyo caso se las conoce por medio de la razón en virtud del principio de utilidad (Austin llama a veces a las últimas leyes naturales; 2. Las leyes positivas, es decir, puestas por los hombres para otros hombres en condiciones sobre las que volveremos; 3. Las leyes morales positivas, cuyo conjunto constituye la moralidad positiva, impuestas por la opinión; 4. Las leyes en sentido figurado o metafórico, como las leyes de la naturaleza.

Para él la ley es una regla puesta para la dirección de un ser inteligente por un ser inteligente que tiene poder sobre él. A la luz de esta definición, únicamente las leyes de Dios (reveladas o no) y las leyes positivas son leyes propiamente dichas, las leyes humanas son si proceden de un superior que tiene poder y en cuanto es portador de este poder. La moralidad positiva para Austin son las reglas impuestas por la mera opinión es decir,, por las opiniones o sentimientos compartidos por un cuerpo indeterminado de hombres en lo que concierne a conducta humana: esta son leyes por analogía, como las leyes del honor, o las leyes de la moda.⁶⁰

Isidore Auguste Marie Francois Xavier Comte (1798-1857) se imponía sustituir la sociedad heredada del *Ancien Régimen*, por otra nueva, que descansara en las certidumbres de la ciencia positiva. Consiste ésta en el conocimiento de lo dado en la experiencia y lo efectivo, en lo positivo, la descripción de las regularidades comprobadas entre los fenómenos así aprehendidos (leyes), y a partir de éstas prever las futuras, en virtud de la fórmula *savoir pour prévoir*, según el precedente de Francis Bacon, reconocido por Comte como gran precursor. El prever implica la facultad de actuar en consecuencia, de configurar la sociedad con arreglo a su realidad. La ciencia positiva, erigida en criterio de la verdad, ha surgido a lo largo de la historia de la

⁶⁰A. Truyol y Sierra, Ob. Cit. Págs. 187 y 188

humanidad siguiendo, según Comte, la ley de los tres estados, a saber, el estado teológico o ficticio, en el cual el mundo y el hombre se explican por la acción de divinidades y espíritus sobrenaturales, el estado metafísico o abstracto, que recurre a esencias, causas finales y otras abstracciones, y el estado científico o positivo, que constituye el estado definitivo de la razón, y se contenta con la determinación de las leyes que rigen la realidad, el cómo y no el porqué de las cosas y de los hechos, prescindiendo de especulaciones vanas.⁶¹

Uno de los principales exponentes del positivismo jurídico, Hans Kelsen (1881-1973) con su Teoría Pura del Derecho, afirmaba que esta teoría, es una teoría del derecho positivo. Es teoría general del derecho. Se propone única y exclusivamente conoce su objeto, intenta responder a la pregunta de qué es y cómo se forma el derecho, no a la cuestión de cómo debe ser o cómo debe formarse. Se califica como teoría pura, pues pretende eliminar de dicho conocimiento todo aquello que no pertenezca al objeto exactamente delimitado como derecho. En otras palabras, propone liberar a la ciencia jurídica de todos aquellos elementos que le son extraños.⁶² Define al derecho como norma y restringir la ciencia jurídica al conocimiento normativo, se delimita el derecho respecto de la naturaleza y asimismo se establecen los límites de la ciencia jurídica, entendida como una ciencia normativa, frente a las ciencias que tienen por cometido el conocimiento de los fenómenos naturales por medio de las leyes de causalidad.⁶³

Para la Teoría Pura, no entra dentro del debate teórico la posibilidad de que haya un orden superior al derecho positivo y que sea válido.⁶⁴

El derecho como orden –el ordenamiento jurídico-, es un sistema de normas jurídicas. La positividad del derecho consiste en la necesidad de ser impuesto y en la consiguiente independencia de su validez con respecto a la oral y a otros sistemas normativos similares. En esto se encuentra asimismo la diferencia esencial entre el Derecho Positivo y el denominado derecho natural cuyas normas, al igual que las de la

⁶¹ Ibidem Pág. 222

⁶² H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho, título original Reine Rechtslehre*, traducción fiel de la obra de 1934 a cargo de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, Editorial Trotta, S.A., Madrid, España, 2011. Pág. 41

⁶³ Ibidem, Pág. 46

⁶⁴ Ibidem, Pág. 66

moral, se deducen a partir de una norma fundamental considerada como evidente en virtud de su contenido, que se concibe como la emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura. Por el contrario la norma fundamental de un ordenamiento jurídico positivo no es más que la regla básica conforme a la cual se crean las normas de un ordenamiento, la imposición del hecho básico de la creación de derecho. Es el punto de partida de un procedimiento, tiene carácter absolutamente dinámico-formal.⁶⁵

No es el objetivo de esta tesis realizar un análisis de cada posición que han asumido filósofos en cuando al estudio del derecho desde la óptica del derecho natural o del derecho positivo. Sin embargo hago un paréntesis acá para transcribir una crítica a la Teoría Pura del Derecho que realizó Hayek⁶⁶ que considero es importante referirse a ella: “La tesis central del positivismo jurídico implica claramente no solo que el legislador, que instituye los tribunales, debe indicar cómo éstos tienen que averiguar el derecho, sino que también crea el contenido de ese derecho, para lo que es completamente libre. En su forma más desarrollada, la teoría pura del derecho de Hans Kelsen hace que aparezca como plausible este resultado mediante un continuo y altamente engañoso uso de las palabras en un insólito sentido especial que evidentemente se ha hecho tan habitual entre los seguidores de esta escuela que ni siquiera son conscientes de ello. En primer y muy importante lugar, en orden a establecer la conexión entre «ley» y «regla», Kelsen sustituye el término «regla» por el de «norma», y luego violentando el lenguaje, emplea el último término para incluir lo que él llama «normas individuales», es decir, todo imperativo y todo enunciado que implica deber. En segundo lugar, emplea el término «orden» para designar no un estado de cosas fáctico, sino las normas que prescriben una determinada disposición de los elementos, privándose así de la percepción de que algunas normas de conducta, aunque solo algunas, inducen en alguna circunstancia la formación de un orden, y que por este motivo deben distinguirse de otras normas. En tercer lugar, el término

⁶⁵ *Ibidem*, Págs. 82 y 83

⁶⁶ F.A. Hayek, *Derecho, Legislación y Libertad, una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política. Título original: Law, Legislation and Liberty*. Unión Editorial, S.A., Madrid, España. 2006. Págs. 244 y 245

«existencia» se emplea normalmente como sinónimo de «validez», y esta se define como derivable lógicamente de un acto de voluntad de la autoridad superior, o de la «norma fundamental». En cuarto y último lugar, usa el término «crear», «producir», o «poner» (erzeugen o setzen) para incluir cualquier cosa «constituida por actos humanos», de modo que no solo los productos de la voluntad humana, sino también los desarrollos espontáneos como las reglas del lenguaje o la moral o las buenas maneras, deben ser consideradas como «normas establecidas, es decir, positivas».

Para Norberto Bobbio (1909-2004) el positivismo jurídico, supone tres características a saber:

1. Una determinada forma de abordar el estudio del Derecho
2. Una determinada Teoría del Derecho
3. Una determinada ideología sobre el Derecho

Para la primera característica, el estudio del derecho debe ser realizado concibiéndolo como un hecho y no como valor: el juicio de valor excedería el ámbito de la ciencia jurídica. Así el positivismo jurídico son normas jurídicas aquellas que se producen en la forma establecida por el propio ordenamiento jurídico, el criterio en el que habrá que apoyarse es exclusivamente formal y no material: se toma en consideración cómo se produce y no lo que se regula.⁶⁷ Así desde la concepción del derecho como formalmente establecido como tal, la actividad de la ciencia jurídica estará limitada a señalar lo que realmente es Derecho, por medio de un método lógico-racional que parta de la interpretación de las normas. La ciencia jurídica *iuspositivista* es, como señala Bobbio, una ciencia constructiva y deductiva y ha sido denominada generalmente como dogmática del derecho. Esta consiste básicamente en la elaboración de conceptos jurídicos fundamentales que se extraen del propio ordenamiento jurídico, y de lo que el jurista debe obtener, mediata una operación de

⁶⁷N. Bobbio, *El Positivismo Jurídico*, Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra. Editorial Debate, S.A., Madrid, España, 1998. Pág. 18



deducción lógica, las normas que sirven para resolver la totalidad de los casos posibles.⁶⁸

Para la segunda característica, el positivismo jurídico como Teoría del Derecho, esta teoría parte de seis concepciones fundamentales; a. La teoría coactiva del derecho; b. La teoría legislativa del derecho; c. La teoría imperativa del Derecho; d. La teoría de la coherencia del ordenamiento jurídico; e. La teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico; f. La teoría de la interpretación lógica o mecanicista del derecho.

Para la teoría clásica la coerción es el medio para hacer efectivas las normas jurídicas, o en otras palabras, el Derecho es un conjunto de normas que son exigidas coactivamente; para la teoría moderna la coerción es el objeto de las normas jurídicas, es decir, el Derecho es un conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza coactiva.⁶⁹

En cuanto a la fuente prioritaria del positivismo jurídico, la ley se encuentra en el plano jerárquico superior, por ser la manifestación directa del poder soberano del Estado y porque los demás actos o hechos que producen normas solo son fuentes subordinadas a ella.⁷⁰

No cabe duda que Bobbio sigue la teoría pura del derecho de Kelsen, pues este en la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, indicó que la Constitución representa el escalón superior del derecho positivo. Su función esencial es la de regular los órganos y el procedimiento para la creación del derecho que tenga un carácter general, o sea, la de regular la actividad legislativa.⁷¹

En cuanto a la coherencia, se niega la posibilidad de que en el interior del derecho existiesen antinomias, esto es, normas incompatibles entre sí: dicho principio queda garantizado por una norma, implícita en todo ordenamiento, por el que dos normas incompatibles (o antinómicas) no pueden ser válidas al mismo tiempo sino que, por el contrario, solo una puede (pero no necesariamente debe) formar parte del mismo

⁶⁸ Ibidem. Pág. 19

⁶⁹ Ibidem. Pág. 21

⁷⁰ N. Bobbio, Ob, Cit. Pág. 21

⁷¹ H. Kelsen, Ob. Cit. Págs. 90 y 91

ordenamiento.⁷² Sin embargo un ordenamiento jurídico no tiene por qué ser necesariamente coherente ya que pueden existir en él dos normas incompatibles, que, sin embargo, sean válidas.⁷³

La plenitud del ordenamiento jurídico es la característica según Bobbio, la más importante, por ser la más típica y por ser el punto central, el corazón del corazón del positivismo jurídico. Supone que éste posee en su interior normas que permiten directamente dar solución a todos los problemas jurídicos que se planteen, o mecanismos para alcanzar la solución en el caso de lagunas normativas.⁷⁴

En cuanto a la interpretación mecanicista del derecho, el positivismo jurídico concibe la interpretación como aquella actividad destinada a reproducir el Derecho preexistente, es decir, a declarar la voluntad del legislador que ha establecido las normas. En ese sentido la actividad interpretativa cuenta con un límite insuperable: no puede ir nunca contra la voluntad de quien ha establecido la norma. Así desde el positivismo solo cabe la interpretación textual (por la que la voluntad del legislador se reconstruye por medio de los métodos semánticos, teleológicos, sistemáticos e histórico) y la extra-textual (por medio del método analógico), que son caracterizadas como actividades que siguen un procedimiento lógico.⁷⁵ Sin embargo este postulado no es admisible para Bobbio, ya que la interpretación del Derecho por el Juez no consiste nunca en la mera interpretación de la ley sobre la base de un procedimiento puramente lógico: aunque no sea consciente de ello, el Juez para alcanzar una decisión, debe elegir, y para ello debe introducir siempre valoraciones personales que no están vinculadas al esquema legislativo que él debe aplicar⁷⁶.

Herbert Lionel Adolphus Hart, (1907-1992) por su parte nos dice que en cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas

⁷² N. Bobbio, Ob. Cit. Pág. 25

⁷³ Ibidem, Pág. 26

⁷⁴ Ibidem, Pág. 27

⁷⁵ N. Bobbio. Ob. Cit. Pág. 29

⁷⁶ Ibidem, Pág. 29



generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho⁷⁷.

Hart, defiende al positivismo jurídico como una teoría que se encuentra en mejores condiciones que el iusnaturalismo para resolver cuestiones como la obediencia al derecho y la resistencia al derecho injusto.⁷⁸

Frente a Herbert Hart, se encuentra la posición de Ronald Dworkin (1931-2013) quien hace una distinción entre normas y principios, como instrumento para rechazar la regla de reconocimiento como criterio para la identificación del derecho de Hart.⁷⁹

El origen de los principios generales del derecho, pueden ser defendidos desde las dos posiciones del derecho, natural y positivo, así para los primeros pueden ser aquellos que se originan y se accesan a ellos por medio de la divinidad, de la naturaleza propia del ser humano, o de forma racional, y al momento que estos principios se positivizan es el reconocimiento expreso del Derecho Natural pero de manera escrita y reconocida como consecuencia por el Estado; por el otro lado los positivistas, van a ser de la posición que los principios del derecho surgen de la ley, pero no de cualquier ley, de la ley suprema, del pacto jurídico-político, y de allí la jerarquización de la norma referida por Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, que más que una norma, es la limitante al propio Derecho Positivo, es decir, de ella se derivan el resto de las normas, y si la contradicen no pueden coexistir como derecho.

⁷⁷H.L.A. Hart, *El Concepto de Derecho, título original The Concept of Law*, traducción de Genaro R. Carrio, editorial Abeledo-Perrot, S.A., Buenos Aires, Argentina. 1963. Pág. 155

⁷⁸J.B. Etcheverry, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente, un estado de la cuestión*. Universidad Nacional autónoma de México, México, 2006. Pág. 7

⁷⁹R. Dworkin, *Los Derechos en serio, título original: Taking Rights Seriously*, traducción de Marta Guastavino, Editorial Ariel, Barcelona, España, 2010. Pág. 10



1.2 Concepto

Los principios del derecho, pueden ser entendidos como fuentes normativas y como máximas que permiten sistematizar y organizar el sistema jurídico⁸⁰.

Ahora bien, desde la concepción positivista, se colige que existen unos principios del derecho reconocidos por vía de la positivación con una estructura más apegada al concepto de regla, aunque en ciertos casos con función meramente supletoria, tales como los principios generales del derecho: buena fe, enriquecimientos sin causa, analogía, equidad y junto a estos, la norma fundamental que siendo la que otorga validez a todo el ordenamiento jurídico no está escrita y tiene origen extrasistémico, que era justamente el elemento de pugna con el iusnaturalismo. No es igual Derecho Natural que norma fundamental, ni principio en el iusnaturalismo que en el positivismo, puesto que mientras el primero se concibe inmutable, eterno, universal y reconocible por diversas vías y con una ontología per se; en el segundo se trata de normas obtenidas de la generalización de las reglas vigentes, una construcción lógico racional pensada para cada sociedad y momento histórico, de allí que no se comprometa con un único sentido del ordenamiento jurídico.⁸¹

Por principios generales del derecho, se alude a los "principios superiores que informan todo el derecho" y no a los de un derecho nacional o a una rama de éste.⁸²

Para nosotros dice Díaz Couselo, los principios generales son aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren, a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legislativa o consuetudinaria. Como consecuencia de ello, sostenemos que tiene un doble papel, pues son el fundamento del derecho positivo y además fuentes en sentido técnico pues subsidiariamente en ellos deberá apoyarse el Juez para resolver el caso ante la falta de norma expresa, al comprobar la no aplicabilidad de las que integran el

⁸⁰I. Goyes Moreno, *Memorias del IV Congreso Nacional y II Internacional de Derecho Constitucional, "Los Principios en el Constitucionalismo Moderno"*, Universidad de Nariño, Colombia, Ediciones Edinar, Colombia, 2010. Pág. 10

⁸¹I. Goyes Moreno Pág. 14

⁸²J. M. Díaz Couselo, Ob. Cit. Pág. 76

ordenamiento positivo, tanto cuando éste lo remite a los "principios generales" como cuando guarda silencio sobre el problema.⁸³

Los principios pueden ser descritos como preceptos morales que pasaron por un proceso de incorporación por el derecho.⁸⁴

Principio es un enunciado normativo de carácter muy general o abstracto, pero que, dejando a un lado esa generalidad o abstracción, no tiene una estructura diferente de la norma concreta.⁸⁵

Para Bobbio,⁸⁶ los principios generales son normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales. Dos son los argumentos según este autor para sostener que los principios generales son normas. El primero de ellos, si son normas aquellas que se deducen de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué estos no deban de ser normas también. En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular el caso.

La opinión dominante siguiendo a García Maynez⁸⁷ es que con el término "principios generales del derecho", el legislador ha querido referirse a normas no expresadas a las que se llega por generalizaciones sucesivas a partir de los preceptos del sistema en vigor.

Para Ronald Dworkin, principio es un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.⁸⁸ Indica además que un análisis del concepto de obligación jurídica, debe dar razón del importante papel de los principios, cuando se trata de llegar

⁸³ Ibidem Págs. 79 y 80

⁸⁴ T. Bustamante, y otros, *Teoría del Derecho y decisión Judicial*, editado por Pablo Raúl Bonorino Ramírez, España. 2010. Pág. 206

⁸⁵ J. Betegón, y Otros, Ob. Cit. Pág. 345

⁸⁶ N. Bobbio, *Teoría General del Derecho, título original Teoria della norma giuridica*, traducción de Jorge Guerrero, R., Editorial Temis, S.A., Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1997. Págs. 239 y 240

⁸⁷ E. García Maynez, *Filosofía del Derecho*, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977, Pág. 314.

⁸⁸ Dworkin, Ronald, Ob. Cit. Pág. 72 y 81

a determinadas decisiones jurídicas. Hay dos puntos de vista diferentes que podemos tomar nos dice el autor: el primero, podríamos tratar los principios jurídicos tal como tratamos las normas jurídicas, y decir que algunos principios son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica. En ese sentido el derecho incluye tanto principios como normas. En el segundo punto de vista, podríamos por una parte, negar que los principios puedan ser obligatorios de la misma manera que lo son algunas normas. En este caso el Juez va más allá de las normas que está obligado a aplicar, es decir, va más allá del derecho en busca de principios extra-jurídicos que es libre de seguir si así lo desea.

Los principios son mandatos de optimización⁸⁹, como tales se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados, y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas, y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario.

Los principios⁹⁰ son razones para las ponderaciones, por tanto, son argumentos normativos.

Los principios generales del derecho, son el instrumento de justificación o bien de argumentación de que se sirven quienes tienen por mandato legal la obligación de resolver un caso determinado, de textura abierta, como lo señala Hart, sea por ausencia o no de la ley, y que se encuentran de manera explícita dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado.

Sin embargo, a pesar de la definición anterior, nos encontramos ante la disyuntiva si los principios constituyen normas que están implícitas en el ordenamiento jurídico o son normas que el Juez jurídico crea ante un caso que es sometido a su conocimiento. Esto no es un problema nuevo por ejemplo Ronald Dworkin se preguntó ¿Los jueces

⁸⁹ M. Carbonell, *Argumentación Jurídica, El Juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, Universidad Autónoma de México, Editorial Porrúa, México, 2011, Pág. 2.

⁹⁰ Sieckmann, Jan-R, *El Modelo de los principios del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2006. Pág. 26

siempre siguen las normas, incluso en casos difíciles y controvertidos, o establecen algunas veces normas nuevas y las aplican retroactivamente?⁹¹

Y ¿Esas nuevas normas son construidas a partir de los principios generales del derecho? ¿De dónde o como las obtuvo el operador jurídico? ¿De la razón, influenciado por aspectos económicos, políticos, morales? ¿De la propia Ley, es decir, de la norma de cuya derivación y aceptación legítima se deriva el resto del ordenamiento jurídico?

Como se evidencia no existe una uniformidad en cuanto a lo que debemos entender por principios del derecho⁹² estas posiciones antagónicas contemporáneamente fueron atendidos por Herbert Lionel Adolfus Hart y Ronald Dworkin, a quienes en los capítulos posteriores me referiré en mejor detenimiento de sus pensamientos.

1.3 Naturaleza

Como ha quedado evidenciado, los principios generales del derecho pueden ser vistos desde dos posiciones: la primera: que son descubiertos y reconocidos por los operadores jurídicos, y la segunda: que son creados o elaborados por dichos operadores. En ese sentido nos encontramos a que su naturaleza responde inequívocamente a las dos corrientes filosóficas del Derecho, a una corriente positivista y otra propia del Derecho Natural. Sin embargo resulta importante señalar que en ambos casos estos adquieren validez cuando son adoptados así por quien está resolviendo un caso sometido a su conocimiento, ya sea descubriéndolos o reconociéndolos de una interpretación normativa, o bien creándolos o elaborándolos a partir de la ausencia de la ley. La naturaleza de estos en cualquiera de ambos casos su génesis se encuentra en la realidad de las normas.

⁹¹Ibidem. Pág. 47

⁹² En este trabajo, cuando me refiero a principios generales del derecho lo asocio a principios del derecho o principios jurídicos.



Parafraseando al “Argelino”, así como las ciencias (el Derecho es ciencia) no argumentan para probar sus principios, sino que, partiendo de tales principios argumentan para demostrar otras cosas que hay en ellas⁹³, así el derecho no tiene que argumentar para probar sus principios, sino por el contrario es a partir de sus principios que se argumenta su contenido, y de allí que no puede negarse su existencia como las normas más generales que constituyen la génesis de su existencia.

⁹³ Santo Tomás de Aquino, **Suma Teológica**, traducción y referencia, José Martorell Capó, Biblioteca de autores Cristianos, Cuarta Edición, Madrid, España, 2001. Pág. 95



CAPÍTULO II

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, SU CLASIFICACION, CARACTERISTICAS, DIFERENCIAS, PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURIDICO Y EL OPERADOR JURIDICO ANTE EL CASO NO PREVISTO

2.1 Clasificación

En el capítulo anterior se concluye que los principios generales del Derecho, son normas generales que constituyen el instrumento de justificación o bien de argumentación de los operadores⁹⁴ jurídicos, para resolver un caso determinado, de textura abierta, como lo señala Hart, sea por ausencia o no de la ley, y que se encuentran de manera implícita dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado, su origen se encuentra determinado atendiendo a la posición filosófica *iusnaturalista* o *iuspositivista*.

Se reconoce que se encuentran implícitamente es decir, que se encuentran incluidos en el ordenamiento jurídico sin que este lo exprese, pero de igual forma dentro de cada ordenamiento jurídico el legislador ha dejado materializado en alguna legislación de manera expresa cuales son los principios que inspiran o deben de seguirse en la aplicación por ejemplo de la ley penal, tributaria, administrativa, civil, etc.

García Maynez⁹⁵, citando a Norberto Bobbio, clasifica a los principios generales en la siguiente forma:

- a. Principios generales del derecho sustancial. Son los que establecen máximas para la conducta de los particulares. (como por ejemplo actos que impliquen el llamado abuso de derecho)
- b. Principios generales del derecho procesal, dentro de cuyo grupo hay que incluir, en opinión de Bobbio, las reglas generales de carácter hermenéutico (por

⁹⁴ Operador jurídico, puede ser un Juez, un funcionario público. No debe de confundirse el término como un operador mecanicista del derecho, sino por el contrario el que realiza una operación intellegible para aplicar el Derecho.

⁹⁵ E. García Maynez, Ob. Cit. Pág. 319

ejemplo, *bis de eadem re nesitpars; actore non probantereusabsolvitur; et audiatur altera pars; in dubio pro reo*).

- c. Principios generales de organización, como verbigracia el de la heterotutela en los ordenamientos estatales, el de la separación de poderes en el Estado de derecho o el de la irretroactividad de las leyes.

En esta clasificación, los referidos en la literal a) se pueden notar como estos principios se encuentran dirigidos a los particulares, los indicados en la literal b) a los jueces u operadores jurídicos y los contenidos en la literal c) al legislador.

Rabinovich-Berkman,⁹⁶ clasifica a los principios generales en tres:

- a. Principios que están fuera del ordenamiento. El principio de algo puede ser lo referido a cómo, dónde o cuándo ese algo comienza. Los principios que se hallan fuera del ordenamiento jurídico en sí pueden ser metafísicos. Es decir, que hacen referencia a factores que no se pueden percibir por medio de los sentidos. Por ejemplo, que en todos los casos prevalezca la justicia. Pueden además no estar expresos en el ordenamiento, pero tampoco ser metafísicos, ni religiosos, sino netamente jurídicos. En tal caso, lo normal es que se deriven de una determinada tradición. Es decir, de un pasado, de un tiempo prolongado, anterior en que, o bien figuraron dentro del esquema expreso o bien se aplicaron reiterada y pacíficamente. A estos últimos el autor los denomina principios residuales, es decir, que quedan como restos de un estado anterior del sistema y cambian de naturaleza, porque su entorno ha mudado.
- b. Principios que están dentro del ordenamiento. Lo más normal nos dice Rabinovich-Berkman, es que los principios se puedan hallar dentro del ordenamiento mismo y formando parte de él. Algunos principios se colocan en la Constitución, que es la ley sobre la que se basa el ordenamiento jurídico de un Estado. Aquí cito por ejemplo el Artículo 5º de nuestra Constitución Política “Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella.

⁹⁶R.D. Rabinovich-Berkman, *Principios generales del derecho latinoamericano*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires, Argentina, 2006. Pág. 22

Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma”. Lo anterior no es más que “el principio de libertad”. El principio, *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, lo encontramos de manera clara en el Artículo 6 de la Constitución, y de igual forma en el Artículo 1 del Código Procesal Penal. En este ejemplo en particular aunque este principio no se encontrara por ejemplo contenido en la norma ordinaria, debe de ser observado por los operadores jurídicos, pues se encuentra sí regulado en la Constitución como fuente de las normas que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

- c. Principios extrajurídicos. Esto se refiere a la posición que existen principios que no corresponden al derecho sino a otras ciencias, como sociológicas, económicas, políticas y biológicas que el Derecho ha de buscar para darle solución a un caso concreto. Así por ejemplo a finales del siglo XIX aparecieron leyes en Europa y América influidas por ideas de normas eugenésicas y racistas, cuyos principios de derecho biológico, debían de buscarse no en el terreno jurídico, sino en el de la biología, concretamente en las escuelas eugenésicas heredadas de Charles Darwin y Francis Dalton.

De la lectura de los anteriores autores, se asume la posición de una clasificación de los principios generales del Derecho en tres puntos a saber:

- a) Principios que se encuentran fuera del ordenamiento jurídico. Refiriéndose a estos como a aquellos que a pesar de no encontrarse codificados sirvieron en su momento histórico en ese proceso de positivización del derecho, y por lo tanto fueron su origen o razón de ser,
- b) Principios que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico. Asumiendo una posición positivista, son aquellos que se encuentran contenidos en la norma más general y abstracta de nuestro ordenamiento jurídico, de la cual se derivan no solo la producción del resto de normas, sino de aquella norma cuya aplicación primera resulta ser un imperativo para los operadores de justicia, su aplicación.
- c) Principios extrajurídicos. Son aquellos principios generales del derecho que el operador jurídico debe de buscar en las razones sociológicas, políticas,



económicas y culturales, que dieron origen a la promulgación de una determinada norma, y que en ausencia clara de su contenido debe de aplicar a efecto de consolidar la plenitud del ordenamiento jurídico.

2.2 Características

Las características de los principios generales del derecho, pueden asumirse de la descomposición de su concepto, que son los siguientes:

- a. Son la guía orientadora de quien resuelve un caso que es sometido a su conocimiento, ante la ausencia o falta de claridad de las reglas y a diferencia de las reglas que subsumen el caso, estos, tienen un elemento distintivo de peso, y por lo tanto se ponderan entre ellos.
- b. Son universales. Universales porque no se encuentran solo en un sistema jurídico en particular, sino que su existencia como origen de una norma le son reconocidos a todos los seres humanos, como el derecho a la libertad, a la vida, que de no encontrarse regulados su aplicación al momento de entrar en contradicción deben de ser tomados en consideración pro el operador jurídico, pues constituyen la génesis de desarrollo del propio ser humano.
- c. Son inmutables. Porque no cambian con el transcurso del tiempo, por el contrario, sus orígenes, históricos, políticos, sociales, económicos y culturales se consolidan y le dan integridad al ordenamiento jurídico.
- d. Se encuentran dentro del ordenamiento jurídico en las normas superiores (Constitución), en las normas especiales, o bien los que se buscan en la razón y que se encuentran de manera metafísica, como la justicia, el bien común, lo bueno.
- e. Son descubiertos y reconocidos por quienes resuelven el caso por mandato legal en el momento de integrar, interpretar o crear al Derecho.

2.3 Diferencias entre principios y normas jurídicas

Como se hizo referencia en el capítulo anterior para Norberto Bobbio, los principios generales del derecho, no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, son normas como todas las otras.

Para Hans Kelsen⁹⁷ el derecho que es norma es el único objeto del conocimiento jurídico. Entender algo jurídicamente significa entender algo como derecho. El derecho como orden, es un sistema de normas jurídicas. La norma de derecho es una norma coactiva, en el sentido de ser una norma que ordena una coacción y que, precisamente por este rasgo,⁹⁸ se diferencia de otras normas.⁹⁸ Una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden, cuando su validez puede remitirse a una sola norma como fundamento último de validez. Esta norma fundamental, como fuente común, constituye la unidad de la pluralidad de normas que forman un orden.⁹⁹

En cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones pueden ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho.¹⁰⁰

Hart distingue dos clases de normas¹⁰¹ o de reglas, normas primarias y normas secundarias. Las primeras son las que prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las secundarias, establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores o determinar diversas maneras el efecto

⁹⁷ H. Kelsen, Ob. Cit. Pág. 44

⁹⁸ Ibidem, Pág. 57

⁹⁹ Ibidem. Pág. 82

¹⁰⁰ H. Hart, Ob. Cit. Pág. 155

¹⁰¹ La palabra inglesa rule, significa norma, cuando por el contexto tiene una dimensión prescriptiva propia de un estándar de conducta; y regla cuando tiene el valor instrumental de regula una actividad (reglas de un juego o deporte, "reglas" técnicas, etc.) (Pág. 62, Ronald, Dworkin, Ob. Cit.)

de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas.

Ronald Dworkin¹⁰² indica que la distinción de Hart entre normas primarias y secundarias es de gran importancia. Las normas primarias son las que aseguran derechos o imponen obligaciones a los miembros de la comunidad. Las normas del derecho penal que nos prohíben robar, asesinar o conducir a velocidad excesiva son buenos ejemplos de normas primarias. Las secundarias son las que estipulan cómo y por obra de quiénes se pueden formar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias. Ejemplos de normas secundarias son las que establecen de qué manera se compone el Congreso y cómo efectúa su labor legislativa.

Hart¹⁰³ ofrece, una teoría general de las normas que no hacen depender la autoridad de éstas de la fuerza física de sus autores. Si examinamos la forma en que llegan a existir las diferentes normas, nos dice el autor y nos atenemos a la distinción entre normas primarias y secundarias, vemos que hay dos fuentes posibles para la autoridad de la norma:

- a) Una norma puede llegar a ser obligatoria para un grupo de gente porque ese grupo, mediante sus prácticas, la acepta como norma de conducta. Una práctica constituye la aceptación de una norma solo cuando quienes siguen la práctica consideran la norma como obligatoria y la reconocen como razón o justificación de su propio comportamiento, y como razón para criticar el comportamiento de otros que no la obedecen.
- b) Una norma también puede llegar a ser obligatoria de una manera muy diferente, a saber, al ser promulgada de conformidad con alguna norma secundaria que estipule que las leyes así promulgadas serán obligatorias.

Así una norma puede ser obligatoria:

- a) Porque es aceptada, o
- b) Porque es válida

¹⁰² R. Dworkin, Ob. Cit. Pág. 68

¹⁰³ Ibídem Pág. 69

En el primer caso, una norma es aceptada cuando efectivamente los miembros de la sociedad la cumplen sin oponerse a ella, y es válida cuando en el caso de nuestro ordenamiento jurídico a sufrido con todo el proceso de creación de la ley contenido en la Constitución Política de la República.

La norma secundaria, es la que Hart, denomina “rule of recognition”, (regla de reconocimiento)¹⁰⁴, esta es la que especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. La existencia de tal regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas. Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de reglas, dotado de autoridad. En un sistema jurídico desarrollado¹⁰⁵ las reglas de reconocimiento son, por supuesto, más complejas; en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Esta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria o su relación con las decisiones judiciales.

Los principios se distinguen de las reglas por dos rasgos según Hart¹⁰⁶ incluyen un frecuentemente un vasto caudal de consideraciones teóricas de las cuales solo algunas son relevantes: el primero es una cuestión de grado, los principios son en relación con las reglas, amplios, generales o no específicos, en el sentido de que frecuentemente lo que puede ser considerado como una variedad de reglas distintas, puede ser exhibido como las ejemplificaciones o las instancias de un principio particular. El segundo rasgo es que los principios, en virtud de que se refieren, más o menos explícitamente, a algún propósito, fin, título o valor, son considerados, desde algún punto de vista, deseables de mantenerse o de adherirse a ellos y, de esa forma, no son solo considerados como

¹⁰⁴ H. Hart, Ob. Cit. Pág. 117

¹⁰⁵ Ibidem. Pág. 118

¹⁰⁶ H. Hart, *Post scriptum al Concepto del Derecho*, editado por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Autónoma de México, 2000. Pág. 39

proporcionando una explicación o razón de las reglas que los ejemplifican, sino como contribuyendo a su justificación.

Ahora bien, para Robert Alexy¹⁰⁷, las reglas son normas que ordenan algo definitivamente¹⁰⁸. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden revestir también una forma categórica. Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario.

El sistema jurídico es un sistema normativo dinámico que está siempre abierto a la incorporación de nuevas normas en el curso de las actividades de interpretación y aplicación del derecho. En cuanto a su naturaleza, las normas jurídicas pueden ser Normas-principio (cuya estructura encierra un mandato de optimización) o Normas-regla (que permiten la subsunción de comportamientos en un enunciado condicional). La diferencia entre normas y principios radica según Alexy¹⁰⁹ en el fundamento de la

¹⁰⁷R. Alexy, *El Principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell, Quito, Ecuador, 2008. Pág. 14

¹⁰⁸a mitad del siglo XX donde se ha superado el *iuspositivismo* doctrina que planteaba que el derecho debe ser visto como una "crítica lógica" cuyo fin de las normas es el fin el derecho es decir la justicia. (Vonn 1959), y apela que frente a la labor mecánica de un Juez se debe dar una libre interpretación de este para vincular la justicia con el derecho" (Ehrlich 1981) Esta corriente moderna (crítica lógica) tiene su origen en 1950 con la teoría retórica de Theodor Viehweg y la teoría lógica de Robert Alexy de 1970 situándose justamente entre el iusnaturalismo y el realismo jurídico, estableciendo dos tipos de justificaciones para regir el derecho.

¹⁰⁹M. Carbonell, Ob. Cit. Pág. 1

teoría de las normas, por una parte de la subsunción y por otra, de la ponderación. Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría ordenan algo en caso de que satisfagan determinadas condiciones, por ello son normas condicionadas. Sin embargo las reglas pueden revestir también una forma categórica. Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple, si no se hace la regla se incumple. Como consecuencias las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados, y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas, y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario.

Los principios dice Dworkin¹¹⁰ tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene. Las normas no tienen esa dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes. En ese sentido una norma jurídica puede ser más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso. Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de

¹¹⁰ R. Dworkin, Ob. Cit. Pág. 77



cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden a las normas mismas.

Dworkin, en su libro *Taking Rights Seriously*¹¹¹ nos dice que el concepto de obligación jurídica debe dar razón al importante papel de los principios cuando se trata de llegar a determinadas decisiones jurídicas. De allí que pueden surgir dos puntos muy diferentes en cuanto a su tratamiento:

- a) Podríamos tratar los principios jurídicos tal como tratamos las normas jurídicas, y decir que algunos principios son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica.
- b) Podríamos por otra parte, negar que los principios puedan ser obligatorios de la misma manera que lo son algunas normas.

Aceptar una norma como obligatoria es diferente de tomar por norma o costumbre hacer algo. El primer punto de vista, trata los principios como vinculantes para los jueces, de modo que éstos hacen mal en no aplicar los principios cuando vienen al caso. El segundo punto de vista trata los principios como resúmenes de lo que la mayoría de jueces hacen, por principio (o se hacen el principio de hacer) cuando se ven obligados a ir más allá de las normas que los obligan. Existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios.

Los principios no son representados directamente en forma de proposiciones normativas, sino que son argumentos normativos. Éstos se caracterizan en su estructura por una iteración de mandatos de validez. La fundamentación de tal iteración es en todo caso posible en los argumentos basados en el interés. Debido a la estructura de los mandatos de validez, se muestra posible emplear sistemas deónticos

¹¹¹ R. Dworkin, Ob. Cit. Págs. 80 y 91

para la explicación del contenido de los principios, que correspondan a los sistemas de la lógica modal alética en la fuerza de sus axiomas.¹¹²

Sieckmann¹¹³ sugiere que los principios son argumentos normativos que tienen la estructura de mandatos reiterativos de validez, mientras que las reglas son el significado de enunciados normativos que expresan los resultados de una argumentación. La idea de que los principios son argumentos normativos puede ser ilustrada mediante un ejemplo de ponderación. Como el que nos da Sieckmann:

Un problema de ponderación tiene lugar,¹¹⁴ por ejemplo, cuando los derechos a la libertad de expresión y a la honra colisionan en el caso de una expresión que contiene insultos. El problema entonces es si la respectiva expresión está permitida o no. Por ejemplo, una declaración de que un político A es corrupto interferiría con la pretensión de A de que se respete su honra. Sin embargo, de otro lado, la declaración es un caso de expresión, y por consiguiente el hablante puede pretender que su expresión este permitida. El interrogante es si, dadas ciertas circunstancias, la respectiva expresión debe estar permitida o prohibida. Los argumentos que entran en colisión son, por una parte, el derecho a la libertad de expresión, que exige que la expresión esté permitida, y por la otra, el derecho de protección de la honra, que exige que la expresión sea prohibida. La importante propiedad de este análisis es que los dos argumentos contienen mandatos que se derivan de un particular estado normativo y, por consiguiente, de una reiteración de modalidades normativas (en el ejemplo “debe ser prohibido” y “deber estar permitido”).

El orden jurídico de un país no está exclusivamente constituido por las normas que tienen su fuente en la legislación, la jurisprudencia o la costumbre, sino también por los principios normativos implícitos en esas reglas, y por aquellos que, sin hallarse contenidos en los preceptos vigentes, pueden ser incorporados al orden jurídico en cumplimiento de ciertas disposiciones. De acuerdo con este punto de vista, el derecho de cada país es la suma de cuatro grupos de reglas:

1. Preceptos oriundos de las fuentes de creación jurídica
2. Normas o principios generales implícitos en esos preceptos
3. Disposiciones que en virtud de delegación pueden ser incorporados al sistema
4. Normas individualizadas o especiales

¹¹²J. R. Sieckmann, Ob. Cit. Pág. 57

¹¹³J.R. Sieckmann, Ob. Cit. Pág. 82

¹¹⁴Ibidem. Págs. 84 y 95



Las enumeradas en los numerales 1, 2, y 3 tienen carácter genérico, las últimas representan la individualización de las de índole abstracta. Si a las formuladas por los órganos de creación jurídica, a las que pueden ser referidas al sistema en virtud de delegación, y a las individuales aplicadoras de preceptos genéricos las llamamos explícitas, necesario será contraponerlas por su carácter expreso, a las normas y principios implícitos. Todas las de este grupo son reglas normativas, y si para respetar la terminología tradicional queremos mantener, dentro del mismo grupo, la distinción entre normas (sensu stricto) y principios generales, habrá que reservar el primer nombre a las que no tienen mayor generalidad que las expresas de que derivan, y el segundo a los que en todo caso son más amplios que los que proceden de ellos, ya en forma deductiva, ya por determinación.¹¹⁵

Estas diferencias de los principios con las reglas, operan en el mismo sentido al momento de jerarquizarlos para su aplicación, así podemos encontrar primero, que cuando existe un conflicto entre principios frente a principios, prevalecerá el que tenga mayor peso frente al otro, segundo, en el caso de las reglas, al entrar en conflicto (antinomía) una de ellas es la que aplica eliminándose a la que contradice, en el tercer caso, es decir, al entrar en conflicto reglas con principios, su solución no parte de la premisa de la eliminación o ponderación, sino de la armonización de la regla frente al principio, pues este último servirá de guía u orientación a la regla para subsumir el caso y resolverlo.

2.4 La plenitud del ordenamiento jurídico

Por plenitud se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que la ausencia de una norma se le denomina generalmente “laguna”, plenitud significa ausencia de lagunas. En otras palabras, un ordenamiento es completo cuando el Juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema. Si queremos dar una definición más técnica de plenitud,

¹¹⁵E. García Maynez, *Lógica del Raciocinio Jurídico*, Ob. Cit. Págs. 37 y 38

podemos decir que un ordenamiento es completo cuando nunca se presenta el caso de que no pueda demostrarse que a él pertenecen determinada norma ni la norma contradictoria.¹¹⁶

El orden jurídico es pleno y completo dice Carlos Cossio porque la noción de orden jurídico es la de un todo normativo, de manera que resultaría contradictorio suponer un caso que estuviese fuera del todo: La interpretación judicial es un supuesto *a priori* del orden jurídico. El principio de la plenitud del orden jurídico se puede demostrar fundándola en la combinación de los tres siguientes principios: 1) El Derecho, tiene .carácter apriorístico la norma de que todo lo que no está prohibido está permitido 2) La norma fundamental sobre la que se basa todo el sistema jurídico dota a este de unidad, mediante la estructura escalonada o jerarquizada constituyéndolo en un todo, en una totalidad; 3): La función judiciales, por esencia, parte integrante de la estructura total del sistema del orden jurídico.¹¹⁷

Todo sistema jurídico vigente ha de considerarse lógicamente como completo, hermético, sin "lagunas", constituyendo ese principio de la plenitud hermética del derecho un principio general, dado que, como se señaló, no puede quedar interferencia sin solución jurídica, siendo ello una necesidad lógica. Al expresar que todo ordenamiento es pleno, significamos únicamente que mediante la aplicación de las fuentes subsidiarias y en última instancia de los principios generales del derecho, el órgano jurisdiccional dará una solución a toda controversia.¹¹⁸

El dogma de la plenitud es decir el principio que afirma que el ordenamiento jurídico debe ser completo para que en todo caso pueda ofrecer al Juez una solución sin tener que recurrir a la equidad, ha sido dominante, y lo es todavía hoy en parte en la teoría jurídica continental de origen romanista. Remontándonos en el tiempo, este dogma de la plenitud nació probablemente en la tradición romanista medieval, cuando poco a poco el derecho romano comenzó a ser considerado como el derecho por excelencia, enunciando en el *Corpus iuris*, de una vez por todas y de una vez para siempre, al cual

¹¹⁶N. Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Ob. Cit. Pág. 208

¹¹⁷L. Recanses Siches, Ob. Cit. Pág. 323

¹¹⁸J.M. Díaz Couselo, Ob. Cit. Pág. 23

no había nada que agregarle ni nada que le sobre, porque contiene las reglas con las cuales el buen intérprete está en capacidad de resolver todos los problemas jurídicos que se le presenten o que puedan presentársele. La completa y sutil técnica hermenéutica que desarrollan los comentaristas del derecho romano, lo mismo que los tratadistas, es especialmente una técnica para el conocimiento y el desarrollo interno del derecho romano, sobre el presupuesto de que este constituye un sistema potencialmente completo, una especie de mina inagotable de la sabiduría jurídica, que el intérprete debe limitarse a excavar para encontrar la veta escondida.¹¹⁹

En los tiempos modernos, la ilusión de la codificación es la plenitud, ésto es, una regla para cada caso. El código es para el Juez un prontuario que le debe servir infaliblemente y del cual no puede apartarse. Ante toda gran codificación se ha desarrollado entre los juristas y jueces la tendencia a atenerse escrupulosamente a los códigos, situación que se ha predicado especialmente de los juristas franceses en relación con los códigos napoleónicos, pero qué se podría extender a todas las naciones con derecho codificado. En Francia, a la escuela jurídica que se ha impuesto después de la codificación se la llama generalmente con el nombre de la exégesis, y se la contrapone a la escuela científica, que aparece más tarde.¹²⁰

Eugen Ehrlich, citado por Bobbio,¹²¹ afirmó que el razonamiento del jurista tradicional, anclado en el dogma de la plenitud, estaba fundado sobre tres presupuestos:

1. La proposición mayor de todo ordenamiento jurídico debe ser una norma jurídica
2. Esta norma debe ser siempre una ley del Estado
3. Todas estas normas deben formar en su conjunto una unidad.

Los partidarios de la Escuela del derecho libre que se oponían a la Escuela de la Exégesis, afirman que el Derecho Positivo está lleno de lagunas, y que para llenarlas es necesario confiar principalmente en el poder creativo del Juez, o

¹¹⁹ N. Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Págs. 211 y 212

¹²⁰ *Ibídem* Pág. 213

¹²¹ *Ibídem* Pág. 213

sea, de quienes están llamados a resolver los infinitos casos que suscitan las relaciones sociales, más allá y por fuera de toda regla preconstituida.¹²²

Pero acá cabe preguntarse, ¿Cuál es eso que el Juez debe utilizar fuera de toda regla preconstituida? Y siguiendo a Recanses Siches¹²³, encontramos la respuesta, al decirnos este filósofo: “En primer lugar, el Juez debe tratar de extraer de los principios generales formulados en el ordenamiento positivo las consecuencias que sean aplicables al caso que, tiene que resolver y que no estaba especialmente previsto”.

Al referirse a la plenitud del ordenamiento jurídico, no puede dejar analizar la figura de las lagunas del derecho, en ese sentido, la laguna significa, “que en ciertos casos el sistema no ofrece soluciones posibles para un caso determinado, ni en un sentido ni en otro y el hecho de que una solución no sean tan obvia, o sea, que el sistema no nos dé una solución, revela la laguna, esto es, la falta de plenitud del ordenamiento jurídico”.¹²⁴

Máximo Pacheco cuando al referirse a las lagunas, es de la postura, que estas son las hipótesis no previstas por el legislador, es decir, a aquellos espacios vacíos que éste ha dejado en la ley por olvido, imprevisión o imposibilidad de imaginarlos, habiendo debido regularlos. Son insuficiencias del derecho positivo (del derecho legal o consuetudinario) que percibimos como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas en que cabía esperarla y cuya eliminación exige y permite una decisión judicial que complementa el derecho.¹²⁵

Sobre este mismo tópico de las lagunas, García Maynez, nos dice, “Si el órgano jurisdiccional descubre que entre las emanadas de las fuentes formales hay una que resuelve el caso de que conoce, su deber consiste en darle aplicación. Solo cuando encuentra que la situación singular que ha de resolver no fue prevista, cabe hablar de laguna, y sólo entonces deja el problema de ser hermenéutico. Para decidir el caso tendrá, pues, que recurrir a las normas o principios implícitos, ya que las oriundas de

¹²² Ibidem Pág. 214

¹²³ L. Recanses Siches, Ob. Cit, Pág. 326

¹²⁴ N. Bobbio, Ob. Cit. Pág. 225

¹²⁵ M. Pacheco G., *Teoría del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Colombia, 1993. Pág. 401



las fuentes de creación jurídica no lo tomaron en cuenta.¹²⁶ El problema estriba en descubrir tales principios o normas, y, por ende, en saber que métodos pueden conducir a su formulación.¹²⁷

La aparición vertiginosa de nuevas circunstancias, no previstas en el ordenamiento positivo ni siquiera pensadas como hipotéticamente posibles por el legislador, aumenta el número de casos en que el Juez se encuentra ante la situación de que el Derecho formulado no le suministra la solución al entuerto, es decir, que existe una "laguna" en el ordenamiento positivo, denominación con la cual se indica la falta de una adecuada regulación de relaciones o situaciones jurídicas.¹²⁸

Cuando para resolver un caso el Juez no encuentra la respuesta en la ley, debe tratar de extraer de los principios generales formulados en el ordenamiento positivo las consecuencias que sean aplicables al caso que, tiene que resolver y que no estaba especialmente previsto y a falta de todo criterio positivo vigente, el Juez deberá acudir a una operación de estimativa ideal, es decir, a lo que considere. Y esta es realmente la situación de hallarse de veras y con todo rigor ante una laguna. Pues no es un caso de auténtica laguna, sino más bien tan solo de aparente deficiencia, aquel en el cual pueda recabarse una norma mediante la aplicación concreta de principios generales formulados, o mediante una generalización inductiva, o mediante la aplicación de los criterios valorativos que de hecho y efectivamente inspiran el ordenamiento.¹²⁹

Hans Kelsen,¹³⁰ afirma que la denominada laguna no es en definitiva otra cosa que la diferencia que se da entre el derecho positivo y un orden jurídico contemplado por alguien como mejor, como más justo o más correcto. Al confrontar dicho orden con el derecho positivo se detecta en este una carencia y de ese modo se sostiene que existe algo que puede ser una laguna. Ahora bien, desde el momento en que se comprende la naturaleza de las lagunas se hace evidente que no pueden resolverse por medio de la

¹²⁶ E. García Maynez, Ob. Cit. Pág. 39

¹²⁷ E. García Maynez, Ob. Cit. Pág. 39

¹²⁸ J.M. Díaz Couselo, Ob. Cit. Pág. 13

¹²⁹ L. Recanses Siches, Ob. Cit. Pág. 326

¹³⁰ H. Kelsen, Ob. Cit. Pág. 108

interpretación, esta no tendría entonces la función de hacer aplicable la norma que hay que interpretar sino que, por el contrario, tendría la función de descartar dicha norma como aplicable poniendo en su lugar otra norma mejor, más correcta, más justa. En otras palabras, su función sería la de emitir la norma que se desea aplicar, bajo la apariencia de que se integró o completó la norma, original que resulta derogada o sustituida por otra en el proceso de aplicación del derecho.

Kelsen distingue a las lagunas técnicas¹³¹ como aquellas cuya existencia e integración por vía interpretativa se admite incluso por parte de quienes, desde una perspectiva positivista, niegan la existencia de lagunas auténticas. Se presentan siempre que el legislador no regule algo que tendría que haber regulado para hacer posible técnicamente la aplicación de la ley. En contra de esto hay que afirmar que la denominada laguna técnica es o bien una laguna en el sentido originario del término – esto es la diferencia entre el Derecho Positivo y el derecho al que se aspira- o bien una indeterminación cuyo origen se encuentra en el carácter de la norma como un arco abierto a distintas posibilidades. Desde el punto de vista teórico no existe laguna en la ley. No obstante, el legislador –movido por una concepción errónea- puede suponer la existencia de lagunas,¹³² siempre será posible adoptar una decisión, y siempre lo será tomando a la ley como fundamento, esto es, aplicándola.¹³³

Bobbio,¹³⁴ distingue varios tipos de lagunas, las llamadas ideológicas y reales. Y para ello explica lo siguiente: “Se entiende por laguna también la ausencia no ya de una solución cualquiera que esta sea, sino de una solución satisfactoria o, en otras palabras, no ya la ausencia de una norma, sino la falta de una norma justa, o sea de aquella norma que se desearía que existiese y que no existe. Dado que estas lagunas derivan no ya de la consideración del ordenamiento jurídico tal cual es, sino de confrontar el ordenamiento jurídico existente con lo que debería ser, se les ha denominado “ideológicas, para distinguirlas de las que eventualmente se encontrarían

¹³¹H. Kelsen, Ob. Cit. Pág. 109

¹³²Ibidem, Pág. 110

¹³³Ibidem, Pág. 108

¹³⁴Bobbio, Norberto, Ob. Cit. Pág. 226

en el ordenamiento jurídico, y que se pueden llamar “reales”. Podemos también enunciar la diferencia de este modo: las lagunas ideológicas son lagunas de *iure condendo*; las lagunas reales son lagunas de *iure condito*.

La anterior distinción corresponde a la distinción de lagunas propias e impropias. La laguna propia es una laguna del sistema o dentro del sistema; la laguna impropia se deriva de comparar el sistema real con un sistema ideal. En un sistema en el que todo caso no regulado queda comprendido en la norma general exclusiva, no puede haber sino lagunas impropias; el caso no regulado no es una laguna del sistema porque no puede estar contenido por la norma general exclusiva, sino que eventualmente es una laguna respecto a cómo debería ser el sistema.¹³⁵

De acuerdo con G. Brunetti citado por Norberto Bobbio¹³⁶, el problema de las lagunas tiene tres fases:

1. El problema de si el ordenamiento jurídico, considerado en sí mismo, es completo o incompleto: el problema, expuesto así no tiene sentido. (este es el planteamiento más frecuente por parte de los juristas)
2. El problema de si el ordenamiento jurídico al ser comparado con un ordenamiento jurídico ideal es completo o incompleto. Este problema tiene sentido pero las lagunas que se presentan son las lagunas ideológicas, que no interesan a los juristas.
3. El problema de si el ordenamiento legislativo es completo o incompleto, considerado como parte de un todo, y comparado con el todo, o sea con el ordenamiento jurídico. Este problema tiene sentido y es el único caso en que se puede hablar de lagunas en el sentido propio de la palabra. En realidad, también este tercer caso se puede clasificar dentro de la categoría de las lagunas ideológicas, esto es, comprando lo que dicen las leyes con lo que deberían decir para ser perfectamente adecuadas al espíritu de todo el sistema.

¹³⁵N. Bobbio, Ob. Cit. Pág. 228

¹³⁶Ibidem Pág. 227



Para Brunetti, el problema de la plenitud es un problema sin sentido y cuando tiene sentido las únicas lagunas cuya existencia se pueden demostrar son las lagunas ideológicas, y es un sentido tan obvio que si a esto se redujera el problema, para decir verdad no se necesitarían los ríos de tinta que acerca de él se han gastado.

Según Enneccerus, citado por Díaz Couselo,¹³⁷ en cuatro casos existen lagunas de la ley:

- 1) Cuando ella "da al Juez una orientación general, señalando expresa o tácitamente, hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas particulares, y que el Juez debe estimar e investigar en sus notas particulares (y entonces la ley remite al Juez a la buena fe o a los usos del tráfico; o deja a su apreciación si existe un mal uso del Derecho; o lo deja resolver con arreglo a la "equidad", o bien le plantea la cuestión de lo que en ciertas relaciones sea factible o no, justo, importante, etc.);
- 2) Cuando la ley calla en absoluto (ya intencionadamente, ya porque no se previó el caso, ya porque de ningún modo podía resolverse, por haberse suscitado la cuestión después de dictada la ley en virtud de haberse alterado las circunstancias de hecho);
- 3) Cuando hay dos leyes que, sin preferencia alguna entre sí, se contradicen, haciéndose recíprocamente ineficaces;
- 4) Cuando una norma es inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquéllos o sospechado éstas."

La plenitud del ordenamiento jurídico, no significa el reconocer la inexistencia de las lagunas, sino por el contrario, ante la presencia de estas en el ordenamiento jurídico, es este el que permite por medio de la integración e interpretación jurídica, que los operadores de justicia, resuelvan un caso sometido a su conocimiento, por medio de la aplicación entre otros, de los principios generales del derecho.

¹³⁷ J.L. Díaz Couselo, Ob. Cit. Págs. 19 y 20



Así lo afirma Díaz Couselo¹³⁸, al decir: Cuando el órgano jurisdiccional, judicial o administrativo no encuentra la norma en que fundar la solución para el caso planteado, sea ésta legislada o consuetudinaria, ni halla la solución mediante el empleo de la analogía, debe recurrir a los principios generales del Derecho, para fundar la norma individual, la cual debe ser compatible con el ordenamiento nacional, pues para su formulación debe considerar aquellos principios que informan el mismo y que tuvo en cuenta el legislador”.

En el caso de nuestro sistema jurídico, la Ley del Organismo Judicial, constituye la norma más general de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico, la cual en su Artículo 15, impone a los jueces el deber de no suspender, retardar ni denegar la administración de la justicia, sin incurrir en responsabilidad. En los casos de falta, obscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, resolverán de acuerdo con las reglas establecidas en el Artículo 10 de esta ley, y luego pondrán el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que, si es el caso, ejercite su Iniciativa de Ley.

El Artículo 10, de la norma citada, indica lo siguiente:

“Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.

El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente:

- a) A la finalidad y al espíritu de la misma;
- b) A la historia fidedigna de su institución;
- c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;
- d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.”

Ante la falta de norma aplicable, el Juez puede actuar de tres formas: llenando la laguna mediante la libre estimación; negar toda pretensión no fundada en una norma

¹³⁸J.L Díaz Couselo, Ob. Cit. Pág. 24

jurídica; o bien resolver teniendo en cuenta pautas objetivas que le proporciona el ordenamiento, las valoraciones vigentes, la analogía o los principios generales del Derecho.¹³⁹

Hay dos casos típicos en que se puede hablar de plenitud:¹⁴⁰

1. Cuando se compara una cosa determinada con su tipo ideal o con lo que debería ser; tiene sentido preguntarse si una mesa determinada es completa solo si la comparo con lo que debería ser una mesa perfecta
2. Cuando se compara la representación de una cosa con la cosa representada, por ejemplo, si se compara a Italia con un mapa de Italia.

Al ser el ordenamiento jurídico creación humana, no es aceptable creer que el mismo carece de lagunas, que es perfecto, que regula todas las conductas del ser humano, la plenitud del ordenamiento jurídico, radica en que este a pesar de ser incompleto nos permite por medio de la interpretación e integración de la ley, obtener un resultado que no violente los fines del derecho.

2.5 La actuación de los operadores jurídicos ante el caso no previsto

Los operadores jurídicos, no pueden dejar de resolver, so pretexto de no existir el hecho o acto regulado de manera taxativa en la ley. Lo anterior constituye un imperativo es decir, tienen que resolver, y así lo ha regulado el legislador en el Artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial:

“Los jueces no pueden suspender, retardar ni denegar la administración de la justicia, sin incurrir en responsabilidad. En los casos de falta, obscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, resolverán de acuerdo con las reglas establecidas en el Artículo 10 de esta ley, y luego pondrán el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que, si es el caso, ejercite su Iniciativa de Ley”.

No cabe la menor duda que la ley del Organismo Judicial, como la norma de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco, es eminentemente de orientación doctrinaria positivista.

¹³⁹J.L. Díaz Couselo, Ob. Cit. Pág. 26

¹⁴⁰N. Bobbio, Ob. Cit. Pág. 227

En el positivismo jurídico nos dice Dworkin¹⁴¹ encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el Juez –de acuerdo con esa teoría- tiene «discreción» para decidir el caso en uno u otro sentido. Esta opinión supone, aparentemente, que una u otra de las partes, tenía un derecho preexistente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. ¿Por qué ficción? y explica el citado autor, en realidad, el Juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente, al caso que tenía entre manos. No deja de ser deber del Juez incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos.

Algunos casos plantean problemas tan nuevos que no es posible resolverlos ni siquiera forzando o volviendo a interpretar las normas existentes, de manera que en ocasiones los jueces deben legislar, ya sea encubierta o explícitamente.¹⁴² Sin embargo los jueces no son ni deben ser legisladores y el conocido supuesto según el cual cuando van más allá de las decisiones políticas tomadas ya por algún otro, están legislando, es engañoso.¹⁴³

Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo. Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o de grupo.¹⁴⁴

Es corriente afirmar que los principios solo entran en juego en el razonamiento de los órganos jurisdiccionales cuando éstos tienen que hacer frente a casos difíciles, mientras que en los casos fáciles las reglas serían elementos necesarios y suficientes para justificar la decisión.¹⁴⁵

¹⁴¹R. Dworkin, *Los Derechos en Serio, (Taken Rights Seriously)* Ob. Cit. Pág. 146

¹⁴² Ibidem, Pág. 147

¹⁴³ Ibidem, Pág. 148

¹⁴⁴ Ibidem Pág. 148

¹⁴⁵ J. Ruiz Manero, Ob. Cit. Pág. 157



Nuestro sistema jurídico pertenece a la familia romano-germánica, la cual se encuentra vinculada al derecho de la antigua Roma. De esa cuenta los juristas acuden a los principios generales del derecho, cuando existe la necesidad de integrar o interpretar el Derecho o inclusive crearlo, solo cuando así lo ha previsto la ley¹⁴⁶. Creen que el mejor modo de realizar la justicia en nuestra sociedad es conformarse al orden creado por las normas legales. No obstante, cuando ha hecho falta, no han dudado en ejercitar el poder de crear derecho cuando el legislador se ha abstenido de otórgales tales facultades, pero con moderación.¹⁴⁷

Si en los regímenes que arrancan del sistema romano el legislador es el creador del derecho, la ley escrita la fuente principal de las normas jurídicas y los textos legales son esencialmente la legislación codificada en donde están promulgados los preceptos vigentes, por el contrario en el sistema angloamericano del *common law* el Juez es, principalmente, el autor del derecho, las decisiones judiciales son la fuente primordial de los principios jurídicos y los repertorios de las ejecutorias, los textos formales en lo que aparecen publicadas las normas que están en vigor.¹⁴⁸

Conforme a la doctrina angloamericana de *stare decisis*, que establece la obligatoriedad de la jurisprudencia con la misma fuerza casi que la de la legislación, las normas jurídicas definidas y aplicadas tanto por los tribunales judiciales como por los administrativos, federales y estatales, al decidir las cuestiones controvertidas sometidas a ellos por las partes en los precedentes que sucesivamente van estableciéndose, son de observancia forzosa, como lo es la ley en general, en situaciones análogas o semejantes que en lo futuro se susciten.¹⁴⁹ En ese sentido para examinar la validez de una norma de conducta que se presenta como parte integrante del derecho anglosajón en general, denominado *common law*, existen dos fórmulas analíticas nos dice Rabasa¹⁵⁰,

¹⁴⁶ R. David, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Aguilar S.A. de Ediciones, España, 1973. Págs. 21 y 112

¹⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 112

¹⁴⁸ O. Rabasa, *El Derecho Angloamericano*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982. Pág. 545

¹⁴⁹ *Ibidem*, Pág. 558

¹⁵⁰ *Ibidem*, Pág. 567

- a) La primera consiste en determinar si la norma en cuestión se ajusta a las decisiones anteriores de los tribunales dictadas en la misma o análoga materia
- b) La segunda en precisar si está en consonancia con los principios fundamentales reconocidos como válidos por la ética y la moral.

En síntesis, las dos cuestiones que deben resolverse son éstas: a) Si la norma jurídica de cuya validez se trate está basada en un precedente; b) Si está fundada en un principio general del derecho.¹⁵¹

La anterior diferencia es importante distinguirla para los efectos de los casos a los que me refiero a continuación, dos de ellos señalados por Ronald Dworkin y propios del derecho angloamericano y dos casos controversiales con contenido político reciente en nuestro país, en donde la Corte de Constitucional emitió sentencias con elementos que en la presente investigación se analizan.

El caso Elmer

Elmer asesinó a su abuelo (lo envenenó), en Nueva York en 1882. Sabía que el testamento de su abuelo le dejaba la mayor parte de su fortuna pero sospechaba que el anciano, que acababa de volver a casarse, cambiaría el testamento y no le dejaría nada. El crimen de Elmer fue descubierto; Elmer fue condenado y sentenciado a un término de años en prisión. ¿Tenía derecho a la herencia que el último testamento de su abuelo le proporcionaba? Los herederos universales bajo el testamento, aquellos con derecho a la herencia si Elmer moría antes que su abuelo, eran las hijas del abuelo. Sus nombres no fueron registrados de modo que las llamaré Goneril y Regan. Ellas iniciaron una demanda al albacea del testamento pidiendo que la propiedad pasara entonces al poder de ellas en lugar de Elmer. Afirmaban que como Elmer había matado al testador, el padre de ellas, la ley no le otorgaba nada a Elmer.

El derecho sobre los testamentos figura, en su mayor parte, en estatutos especiales, llamados a menudo estatutos de testamentos, que estipulan la forma que debe tener un

¹⁵¹ O. Rabasa, Ob. Cit. Pág. 567

testamento para ser considerado válido ante la ley: cuántos y qué tipos de testigos deben firmar, cuál debe ser el estado mental del testador, cómo puede el testador revocar o cambiar un testamento una vez otorgado, etcétera. El estatuto de testamentos de Nueva York, al igual que la mayoría de estatutos en vigor en aquella época, no contenía nada explícito sobre si una persona instituida en el testamento podría heredar según sus términos si ésta había asesinado al testador. El abogado de Elmer sostenía que como el testamento no violaba ninguna de las cláusulas explícitas del estatuto, éste era válido y como Elmer era instituido heredero en un testamento válido, debía heredar. Declaró que si la corte fallaba a favor de Goneril y Regan estaría cambiando el testamento y sustituyendo sus propias convicciones morales por la ley. Todos los jueces del Tribunal Superior convinieron en que su decisión debía estar de acuerdo con la ley. Ninguno negó el hecho que si el estatuto de testamentos, correctamente interpretado, otorgaba la herencia a Elmer, debían ordenarle al albacea que se la entregara. Ninguno dijo que en ese caso se debía reformar la ley en el interés de la justicia. No estaban de acuerdo sobre la solución correcta del caso, pero su desacuerdo (o al menos eso parecer al leer sus opiniones) era sobre cuál era la ley en realidad y sobre qué requería el estatuto cuando se lo leía como correspondía.

¿Cómo se puede tener el texto del estatuto delante de sí y estar en desacuerdo sobre lo que en realidad significa, sobre qué ley ha hecho? Debemos distinguir los dos sentidos de la palabra “estatuto”. Puede describir una entidad física de un cierto tipo, un documento con palabras impresas, las mismas palabras que los congresales o miembros del Parlamento tuvieron delante de sí cuando votaron para sancionar ese documento. Pero también se la puede utilizar para describir la ley creada por la sanción de dicho documento, lo que puede ser un asunto más complejo. Consideren la diferencia entre un poema concebido como una serie de palabras que pueden ser habladas o escritas y un poema concebido como la expresión de una teoría metafísica o punto de vista en particular. Todos los críticos literarios están de acuerdo sobre lo que es el poema “*Sailing to Byzantium*”, en el primer sentido. Están de acuerdo en que es una serie de palabras designadas como dicho poema por W. B. Yeats. Sin embargo, disienten sobre lo que el poema es en el segundo sentido, es decir, sobre lo que el



poema significa o quiere decir. Disienten en cómo interpretar el poema “real”, el poema en el segundo sentido, a partir del texto, el poema en el primer sentido.

Del mismo modo, los jueces ante un estatuto necesitan interpretar el “verdadero” estatuto, una declaración de cuál es la diferencia que establece el estatuto con respecto a los derechos legales de varias personas, a partir del texto en el código de leyes. Al igual que los críticos literarios necesitan una teoría adecuada, o al menos un estilo de interpretación para poder interpretar el poema detrás del texto, los jueces necesitan algo así como una teoría de legislación para hacer lo mismo con los estatutos. Esto puede parecer evidente cuando las palabras en los códigos de leyes sufren de algún defecto semántico; cuando son ambiguas o vagas, por ejemplo. Sin embargo, una teoría de legislación también resulta necesaria cuando las palabras son, desde el punto de vista lingüístico, impecables. Las palabras del estatuto de testamentos que figuraban en el caso Elmer no eran ni vagas ni ambiguas. Los jueces no estuvieron de acuerdo sobre el impacto de estas palabras en los derechos legales de Elmer, Goneril y Regan porque no estaban de acuerdo en cómo interpretar el verdadero estatuto en las circunstancias espaciales del caso.

La opinión disidente, escrita por el Juez Gray, argumentaba a favor de una teoría de legislación más popular entonces de lo que es ahora. A veces, esta teoría se denomina de interpretación “literal”, a pesar de que ésta no es una descripción muy clarificadora. Propone que se dé a las palabras de un estatuto lo que podríamos llamar su significado fuera de contexto, es decir, el significado que les asignaríamos si no supiéramos nada sobre el contexto de su uso o de las intenciones de su autor. Este método de interpretación requiere que no se haga ninguna aclaración con respecto al contexto en el lenguaje general, de modo que el Juez Gray insistió en que el verdadero estatuto, construido correctamente, no contenía ninguna excepción para el asesino. Votó a favor de Elmer.

Los estudiantes de derecho que en la actualidad leen su opinión sienten un desprecio por esa forma de interpretar un estatuto a partir de un texto; dicen que es un ejemplo de jurisprudencia mecánica. El autor se refiere acá a los estudiantes cuya posición ideológica del derecho está orientada al derecho natural. Pero el argumento del Juez



Gray no tenía nada de mecánico. Hay mucho que decir (parte de lo cual sí lo dijo) sobre su método para interpretar un estatuto, al menos en el caso de un estatuto de testamentos cuando ya no tengan vida para poder ofrecer nuevas instrucciones. Tal vez, el abuelo de Elmer hubiera preferido que su propiedad pasara a Goneril y Regan en el caso de que Elmer lo envenenara. O quizá no: podría haber pensado que Elmer, a pesar del asesinato, seguía siendo un mejor objeto para su generosidad que sus hijas. Sería aconsejable que en el futuro los jueces aseguraran a sus testadores que el estatuto de testamentos será interpretado en la llamada forma literal, de modo que los testadores puedan afectar los arreglos que deseen, con la confianza de que sus disposiciones, por divertidas que parezcan, serán respetadas. Además, si Elmer pierde su herencia sólo porque es un asesino, es un castigo más además de la cárcel, por su crimen. Un principio importante de la justicia es que el castigo por un crimen determinado debe ser establecido con anterioridad por la legislatura y no aumentado por los jueces una vez cometido el crimen. Todo esto (y mucho más) puede decirse a favor de la teoría del Juez Gray sobre cómo leer un estatuto de testamentos.

Sin embargo, el Juez Earl, que escribía por la mayoría, utilizó una teoría de legislación diferente, que otorga a las intenciones de los legisladores una influencia importante sobre el estatuto real. “Es un canon familiar de construcción”, escribió Earl “que una cosa que se halla dentro de la intención de los hacedores de un estatuto esté dentro del estatuto como si estuviera dentro de la carta; y una cosa que está dentro de la carta del estatuto no está dentro del estatuto, a menos que esté dentro de las intenciones de los hacedores. (Noten cómo se apoya en la distinción entre el texto que denomina “carta” del estatuto y el estatuto verdadero, al que denomina “estatuto” en sí.) Pensó que sería absurdo suponer que los legisladores de Nueva York que originariamente promulgaron el estatuto de testamentos hayan querido que los asesinos heredaran y, por esa razón, el estatuto verdadero que promulgaron no contenía esa consecuencia.

Debemos tener cuidado al plantear lo que el Juez Earl quería decir sobre el rol que la intención debe jugar en la construcción de estatutos. No quiere decir que un estatuto no pueda tener una consecuencia que a los legisladores no se les haya ocurrido. Esto es demasiado fuerte como para ser una regla general: ningún legislador puede tener en



mente todas las consecuencias de cualquier estatuto por el que vota. Los legisladores de Nueva York no podían haber contemplado que las personas podrán legar computadoras, pero sería absurdo pensar que el estatuto no cubre tales legados. Tampoco quiso decir solo que un estatuto no puede contener nada que los legisladores no querían que contuviera. Esto parece más plausible, pero sigue siendo demasiado débil como para poder ser utilizado en el caso Elmer. Porque parece probable que los legisladores de Nueva York no tenían en mente el caso de los asesinos. No tenían el propósito de que los asesinos heredaran, pero tampoco que no lo hicieran. No tenían ninguna intención activa en ninguno de los dos sentidos. Earl quería basarse en un principio que podríamos llamar intermedio entre estos principios en extremo fuertes y débiles: tenía el propósito de que un estatuto no tuviera ninguna consecuencia que los legisladores habrían rechazado si la hubiesen contemplado.

El Juez Earl tampoco se basó sólo en este principio sobre la intención legislativa; su teoría de legislación contenía otro principio relevante. Declaró que los estatutos deberían construirse a partir de texto, no en un aislamiento histórico sino contra los antecedentes de lo que él denominaba principios generales de derecho; quería decir que los jueces deberían interpretar un estatuto que se acercara lo máximo posible a los principios de justicia asumidos en otra parte dentro del derecho. Ofreció dos razones. La primera, es sensato asumir que los legisladores tienen la intención general y difusa de respetar los principios tradicionales de justicia a menos que indiquen claramente lo contrario. La segunda, dado que un estatuto forma parte de un sistema intelectual mayor, debería constituirse el derecho como un todo para que ese sistema mayor sea coherente en principio. Earl sostuvo que la ley en otra parte respeta el principio de que nadie debe aprovecharse de sus propios errores, de modo que el estatuto de testamentos tendría que leerse para negar la herencia a alguien que ha matado para obtenerla.

Prevaleció el punto de vista del Juez Earl. Este atrajo a otros cuatro jueces a su lado, mientras que el Juez Gray solo pudo hallar un solo aliado. De modo que Elmer no recibió su herencia. Utilizaré este caso para ilustrar varios puntos diferentes en el argumento que sigue, pero lo más importante es lo siguiente: la disputa sobre Elmer no



se trataba de si los jueces deben seguir la ley o ajustarla a los intereses de la justicia. Por lo menos no lo era si tomamos las opiniones que describí en valor nominal y (tal como lo presentaré más adelante), no tenemos justificación alguna para tomarlos de otro modo. Fue una disputa sobre qué era el derecho, qué decía en realidad el estatuto verdadero que los legisladores promulgaron.

Caso Henningsen

En 1960 un tribunal de Nueva Jersey se vio enfrentado en el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, con la importante cuestión de si un fabricante de automóviles puede (o hasta qué punto) limitar su responsabilidad en caso de que el coche sea defectuoso. Henningsen había comprado un coche y firmado un contrato donde se decía que la responsabilidad del fabricante por los defectos se limitaba a “reparar” las partes defectuosas, “garantía ésta que expresamente reemplaza a cualesquiera otras garantías, obligaciones o responsabilidades”. Henningsen argumentaba que, por lo menos en las circunstancias de su caso, el fabricante no debía quedar protegido por esa limitación y debía hacerse responsable de los gastos médicos y de otro orden de las personas heridas en un accidente. No pudo aportar ninguna ley ni ninguna norma jurídica establecida que impidiera al fabricante ampararse en el contrato. El tribunal, sin embargo, estuvo de acuerdo con Henningsen. En diversos momentos de su argumentación, los jueces van apelando a los siguientes principios: a) “Debemos tener presente el principio general de que, en ausencia de fraude, quien no opta por leer un contrato antes de firmarlo no puede luego evadir sus consecuencias.” b) “En la aplicación de este principio, es un factor de importancia del dogma básico de la libertad de contratación de las partes competentes.” c) “La libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito que nos concierne.” d) “En una sociedad como la nuestra, donde el automóvil, es un instrumento común y necesario de la vida cotidiana, y donde su uso está tan lleno de peligros para el conductor, los pasajeros y el público, el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches. Por consiguiente, los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos

de compra para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados.” e) “¿Hay algún principio que sea más familiar o esté más firmemente integrado en la historia del derecho anglo-norteamericano que la doctrina básica de que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia?” f) “Más específicamente, los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un “pacto” en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra...”

En ambos casos la decisión no se fundamentó en una norma contenida de manera expresa, aunque el sistema americano es diferente al nuestro, no escapa la oportunidad de visualizar como al interpretar la norma, se hizo más allá de su texto, sirviéndose del origen del derecho desde la óptica del Derecho Natural para que un caso difíciles tuviera una resolución y por lo tanto resuelto el conflicto generado en ambos casos teniendo como base una norma escrita.

El caso Sandra Julieta Torres Casanova

En el proceso electoral para las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República de Guatemala, en el año 2011, la coalición de los partidos políticos Unidad Nacional de la Esperanza –UNE– y Gran Alianza Nacional –GANA– presentó solicitud a la Dirección General del Registro de Ciudadanos, con el objeto de inscribir como candidatos para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República a Sandra Julieta Torres Casanova y José Roberto Díaz-Durán Quezada. El veintinueve de junio de dos mil once, la referida Dirección emitió resolución por medio de la cual denegó la solicitud de inscripción, por considerar que no procedía la inscripción de Sandra Julieta Torres Casanova como candidata a la Presidencia de la República, fundamentándose en que ella “no puede optar [a dicho cargo] por la prohibición expresa contenida en el Artículo 186, literal c) de la Constitución Política de la República de Guatemala y por el fraude de ley en que se ha incurrido, según lo establecido por el Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial[...]”. En esa misma resolución se denegó la inscripción del candidato a la Vicepresidencia de la República, José Roberto Díaz-Durán Quezada, por



la vinculación que existe en la postulación de candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, según lo establecido en el Artículo 190 de la Constitución.

Los hechos que antecedieron a la anterior resolución, se pueden sintetizar así: El 20 de febrero del año 2003 los señores Alvaro Colom Caballeros y la señora Sandra Julieta Torres Casanova, se unieron en matrimonio civil ante los oficios del Notario Cesar Fajardo Morales, acto este que quedó inscrito bajo la partida número doscientos ochenta y nueve (289), folio doscientos ochenta y nueve (289) del libro doscientos ochenta y seis (286) de Matrimonios del Registro Civil de las Personas de la ciudad de Guatemala.

El ciudadano Alvaro Colom Caballeros fue electo Presidente de la República para el período del 14 de enero del año 2008 al 14 de enero del año 2012.

El 11 de marzo del año 2011 ante el Juzgado Segundo de Familia los cónyuges presentaron memorial ante dicho órgano jurisdiccional solicitando la disolución del vínculo conyugal.

El 8 de abril del 2011 la Jueza Segunda de Familia, emitió la resolución por medio de la cual declaró con lugar la demanda de divorcio voluntario promovida por Alvaro Colom Caballeros y Sandra Julieta Torres Casanova, y por consiguiente disuelto el vínculo conyugal.

Sin embargo el legislador constituyente cuando norma en relación a la prohibición para optar al cargo de Presidente y Vicepresidente de la República: en el Artículo 186 literal c) señaló que: “No podrán optar al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República: Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente o Vicepresidente de la República, cuando este último se encuentre ejerciendo la Presidencia, y los de las personas a que se refiere el inciso primero de este Artículo”.¹⁵²

¹⁵²El inciso primero que es la literal a) del Artículo 186 pues ese Artículo no está estructurado en números ordinales, sino en literales, establece lo siguiente: “El caudillo ni los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que haya alterado el orden constitucional, ni quienes como consecuencia de tales hechos



El Artículo 196 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, que es de rango constitucional, establece que le: “Corresponde al Tribunal Supremo Electoral convocar a elecciones. El decreto de convocatoria a elecciones generales y diputados al Parlamento Centroamericano, se deberá dictar el día dos de mayo del año en el que se celebren dichas elecciones. Con base en la convocatoria las elecciones se efectuarán el primero o segundo domingo de septiembre del mismo año. Así mismo el Decreto de convocatoria para la elección de diputados a la Asamblea Nacional Constituyente y la convocatoria a Consulta Popular se dictará con una anticipación no menor de noventa (90) días a la fecha de celebración”.

La convocatoria a elecciones generales fue emitido al amparo del Decreto 1-2011 emitido el 2 de mayo de 2011, la disolución del vínculo matrimonial entre el ciudadano Alvaro Colom Caballeros y la señora Sandra Julieta Torres Casanova fue el 11 de marzo de 2011. La prohibición constitucional para optar al cargo de presidente vicepresidente de la República, es para los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, Artículo que fue interpretado en el año de 1989 por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 212-89 en resolución de fecha 16 de noviembre de 1989, en donde indicó que: “...El Artículo 186, inciso c) de la Constitución Política de la República contiene prohibición categórica para que los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, lo que incluye al cónyuge, puedan optar a los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República...”

A partir de los hechos antes descritos y desde un razonamiento aplicando reglas se estaría ante una disposición de que: Si el ciudadano Alvaro Colom Caballeros y la señora Sandra Julieta Torres de Colom, disolvieron el vínculo conyugal que los unía el 11 de marzo de 2011, es decir, ya no existía a partir de esa fecha el vínculo matrimonial, y siendo que la convocatoria a elecciones generales para optar al cargo de Presidente y Vicepresidente de la República fue emitida el 2 de mayo de 2011, el supuesto jurídico de la norma prohibitiva contenida en el Artículo 186 literal c) de la

asuman la Jefatura de Gobierno. Se hace esta aclaración por la forma equívoca en que se redactó la sentencia al citar este Artículo.



Constitución Política de la República, no le era aplicable, y por lo tanto era procedente su inscripción.

Sin embargo la Corte de Constitucionalidad al conocer en apelación una acción de amparo interpuesta por la coalición de partidos políticos Unidad Nacional de la Esperanza –UNE- y Gran Alianza Nacional –GANAN-, emitió la sentencia de fecha 8 de agosto de 2011, dentro del expediente 2906-2011, en donde la referida coalición por medio de sus abogados, argumentaron bajo un razonamiento positivista (aplicando reglas) lo siguiente:

“**a)** la candidata a Presidente de la República, Sandra Julieta Torres Casanova, no está comprendida en la prohibición regulada en el inciso c) del Artículo 186 de la Constitución; sin embargo, ello se obvia en las resoluciones emitidas por las autoridades electorales, en cuenta en el acto reclamado, al no tomarse en consideración que: **(a.1)** en la fecha en la que se presentó la solicitud de inscripción de aquella candidata, el estado civil de ella era el de soltera, sin vinculación alguna con la prohibición constitucional antes aludida; **(a.2)** que en la prohibición a que se refiere el inciso c) anteriormente relacionado se cita “*a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, y en ningún momento señalan al ‘cónyuge’, ‘esposo’ o ‘esposa’*”, de manera que cabe por ello concluir que el (o la) cónyuge no fue incluido por el legislador constituyente en aquella prohibición, misma que hace referencia a parentesco por consanguinidad y por afinidad, en razón de grados, lo que no concurre en el caso de los cónyuges, quienes de acuerdo con el último párrafo del Artículo 190 del Código Civil “*no forman grado*”; **(a.3)** al momento de solicitarse la inscripción de candidatos por parte de la coalición postulante, Sandra Julieta Torres Casanova, candidata a Presidenta de la República, “*no era cónyuge del Ingeniero Alvaro Colom Caballeros, Presidente Constitucional de la República*”; de manera que la candidata antes mencionada “*tiene derecho a ser inscrita y a ser elegible*” para el cargo precedentemente aludido; y **(a.4)** quedó demostrado ante la Dirección General del Registro de Ciudadanos que la candidata a Presidente de la República, propuesta por la coalición postulante, sí reúne los requisitos contemplados en el Artículo 185 de la Constitución, para poder optar al cargo antes mencionado; **b)** es improcedente el

señalamiento de “*fraude de ley*”, realizado por la Dirección General del Registro de Ciudadanos, con sustentación en que la candidata a Presidente de la República propuesta por la coalición postulante había “*ejecutado el divorcio con el señor Presidente de la República para evitar incurrir en la prohibición contenida en el Artículo 186 inciso c) de la Constitución*”, determinación en la que se obvió lo siguiente: **(b.1)** que de manera previa a la determinación de concurrencia de fraude de ley, la candidata propuesta por la coalición postulante para el cargo de Presidente de la República no fue citada, oída y vencida en proceso legal ante Juez o tribunal competente y preestablecido, “*además, ella debe considerarse inocente en todo momento, pues no hay declaración judicial de responsabilidad, en sentencia debidamente ejecutoriada*”; **(b.2)** el Director General del Registro de Ciudadanos se extralimitó en sus funciones, ya que la determinación de concurrencia de “*fraude de ley*”, es una atribución exclusiva de los tribunales de justicia del país, en ejercicio de su potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado; **(b.3)** de acuerdo con los Artículos 155 y 157, inciso d), de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, si existía alguna duda sobre concurrencia de prohibición constitucional para la inscripción de un candidato, el Director General del Registro de Ciudadanos debió formular la consulta respectiva al Tribunal Supremo Electoral, a efecto de que este último, como máxima autoridad en materia electoral, se pronunciara sobre la cuestión, de acuerdo con la facultad establecida en el inciso d) del Artículo 125 de la ley antes citada; **(b.4)** “*no es competencia de la Dirección General del Registro de Ciudadanos denegar la inscripción solicitada*” por la coalición postulante, bajo el argumento de un supuesto “*fraude de ley*”, de manera que la denegatoria de inscripción del binomio presidencial de la coalición postulante no debió ser respaldada por el Tribunal Supremo Electoral; en todo caso, para que la Dirección General del Registro de Ciudadanos hubiese podido denegar aquella solicitud de inscripción, debió mediar una sentencia judicial en la que se hubiese declarado la existencia de un “*fraude de ley*”, y **(b.5)** al divorciarse, Sandra Julieta Torres Casanova no realizó acto alguno por el que se pretendiera alcanzar un resultado prohibido o contrario a la ley; **c)** se pretende una aplicación retroactiva de la ley, pues en el caso de la solicitud de inscripción del binomio presidencial propuesto por la coalición postulante, se “*pretende aplicar retroactivamente una prohibición*”, y **d)** se viola el principio de



supremacía constitucional al darle prevalencia a lo contemplado en el Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial sobre lo establecido en la Constitución, especialmente lo relacionado con el derecho de defensa y la presunción de inocencia. **D.3) Pretensión:** solicitó que se otorgue el amparo instado y, como consecuencia: **a)** se revoque la resolución reclamada en amparo, y aquellas en las que se denegó la inscripción del binomio presidencial propuesto por la coalición postulante; y **b)** se ordene la inscripción definitiva del binomio presidencial integrado por Sandra Julieta Torres Casanova y José Roberto Díaz-Durán Quezada, solicitada por la coalición de los partidos políticos Unidad Nacional de la Esperanza –UNE– y Gran Alianza Nacional –GANAN–; asimismo, que se condene a la autoridad impugnada al pago de las costas procesales.

La Corte Suprema de Justicia, constituida como Tribunal de Amparo, al emitir la sentencia de primer grado, consideró lo siguiente: ***“A) SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LA SEÑORA SANDRA JULIETA TORRES CASANOVA A OPTAR AL CARGO DE PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y LA FACULTAD DE DECLARAR LA EXISTENCIA DE FRAUDE DE LEY. En primer plano es pertinente indicar que la interpretación constitucional consiste en la actividad orientada a averiguar el sentido de las normas que integran el texto de la Constitución, para cotejarlas con otras normas que conforman el ordenamiento jurídico de una nación, con el objeto de confirmar la supremacía de las normas constitucionales sobre las de rango inferior. La razón de interpretar radica en que se debe buscar el sentido de la norma, aun cuando su texto resulte claro; en ese sentido, el intérprete debe inquirir sobre lo que la norma constitucional en realidad quiso expresar. La interpretación constitucional, entre otros principios, está regida por el principio fundamental de supremacía constitucional, cuya significación y alcance implica que la Constitución se encuentra en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico y que a ella deben adaptarse el resto de las normas; por ende ningún acto de autoridad, ley o tratado, puede contravenir la ley fundamental; este principio rector impone coherencia y armonía en el sistema legal. En el presente caso, para pronunciarse sobre la existencia de las violaciones constitucionales denunciadas por la amparista corresponde a este Tribunal realizar el análisis e interpretación del Artículo 186 inciso c) de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece: ‘No podrán optar al cargo de Presidente o*”**



Vicepresidente de la República: (...) Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente o Vicepresidente de la República, cuando este último se encuentre ejerciendo la Presidencia...'. Concretamente la postulante indica que la prohibición constitucional para los parientes del Presidente o del Vicepresidente, no incluye sus cónyuges, en virtud de que de conformidad con el Artículo 190 del Código Civil, los cónyuges son parientes, pero no forman grado. Al respecto es oportuno indicar que, como apunta la doctrina, el parentesco es el vínculo jurídico entre dos personas en razón de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción. Nuestro ordenamiento jurídico en los Artículos 190, 191 y 192 del Código Civil, contempla tres tipos de parentesco, siendo éstos: por consanguinidad, que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor; por afinidad, que es el vínculo que une a un cónyuge con el otro y con sus respectivos parientes consanguíneos; y el civil, que es el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado. Por aparte, es oportuno mencionar que el grado de parentesco es la distancia que media entre dos parientes y es la forma que se utiliza para su conteo, la cual va desde la mayor hasta la menor relación de parentesco, es decir,, del pariente más cercano al más lejano. Así, para el caso de los cónyuges, este conteo inicia desde la unión matrimonial. El Artículo 186 inciso c) constitucional contiene la prohibición para optar a los cargos de Presidente o Vicepresidente, graduándola desde los de mayor a menor grado de parentesco; y prohíbe optar a dichos cargos a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente y Vicepresidente. Este Tribunal atendiendo principalmente a que las normas constitucionales no deben ser interpretadas de manera aislada, sino en el conjunto en que se encuentran situadas como parte de un todo, a que el intérprete debe tomar en cuenta el contenido valorativo del texto fundamental y especialmente la finalidad del legislador constitucional al instituir la norma, estima que el cónyuge del Presidente o del Vicepresidente está comprendido dentro de la prohibición a optar a dichos cargos; tal como fue dilucidado dentro del expediente número doscientos doce –ochenta y nueve (212-89), en el que la Corte de Constitucionalidad opinó: ‘... la redacción actual supone una delimitación del alcance del parentesco inderogable por medios ordinarios lo que garantiza que la finalidad antidinástica e igualitaria de la disposición logre su máxima protección. Por



esta razón, para la interpretación del precepto deben tenerse en cuenta reglas propias de la materia, tales como que la Constitución es finalista, entendiendo con toda lealtad los valores que la misma ha querido preservar y de que sus términos no deben ser eludidos por una apelación indebida a normas inferiores sobre todo cuando la misma conduzca a conclusiones absurdas. Así, aparte de que la prohibición aludida en el inciso c) del Artículo comentado se refiere claramente a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, el vocablo 'dentro' involucra con absoluta certeza al cónyuge no solo porque el parentesco liga a las personas por su procedencia de un tronco común que se origina por excelencia en el matrimonio, sino porque sería inadmisibles que la prohibición alcanzara a los consanguíneos de éste -que no lo sean del otro cónyuge- y que el esposo o esposa, según el caso, quedara simplemente excluido de la prohibición, logrando con ello eludir la finalidad de la misma, que consiste en evitar una transmisión dinástica o nepótica del poder o de que un candidato a un cargo de elección popular pudiera participar en el evento electoral en condiciones de superioridad frente a los otros, con clara vulneración al principio de igualdad que el sistema democrático adopta...'. Para esta Corte, es menester indicar que de conformidad con el Artículo 140 constitucional: 'Guatemala es un Estado libre independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo'; en ese sentido, cabe mencionar que uno de los pilares del sistema republicano de gobierno, que surgió en el seno del constitucionalismo moderno es la creación de la figura del Presidente, cuyo mandato no se ejerce indefinidamente sino para períodos previamente establecidos y se accede al poder por la elección de los ciudadanos de una nación mediante sufragio universal; esto en contraposición al modelo monárquico que contempla la figura del rey, quien accede al trono principalmente por sucesión hereditaria y cuya función es de carácter vitalicia. De manera que el Artículo 186 inciso c) constitucional, al establecer prohibiciones a los parientes del Presidente o Vicepresidente de la República para optar a dichos cargos, pretende evitar el nepotismo en la sucesión del poder, preservando así, el sistema republicano de gobierno, el cual se fundamenta en el imperio de la ley suprema, la cual tiene como objetivo primordial limitar el ejercicio del poder y su posible abuso por parte



de quienes por delegación del pueblo lo ostentan. Así, el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder, propio de los sistemas republicanos de gobierno, se encuentra establecido en nuestro ordenamiento constitucional, específicamente en el Artículo 187, en el cual prohíbe la reelección de la persona que haya desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de Presidente de la República; o bien la perpetuación indirecta de su ejercicio, por medio de los parientes establecidos en el citado inciso c), delimitándolo al período de su mandato constitucional; y, además, se pretende evitar situarlos en una posición de ventaja frente a sus otros contendientes en un proceso electoral, con lo cual se contravendría el principio constitucional de igualdad. Lo anteriormente analizado, permite concluir a este Tribunal que la afirmación formulada por la postulante, relativa a que la prohibición constitucional para los parientes del Presidente o del Vicepresidente, no incluye a sus cónyuges, en virtud de que son parientes, pero no forman grado, carece de sustentación legal y lógica. En caso concreto, del análisis de las actuaciones, esta Corte establece que con fecha diez de mayo de dos mil once, el Partido Político Unidad Nacional de la Esperanza -UNE- solicitó al Director General del Registro de Ciudadanos la inscripción del binomio conformado por la señora Sandra Julieta Torres Casanova y José Roberto Díaz-Durán Quezada, para optar a los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, respectivamente. Acompañó a su solicitud la certificación extendida por el Registro Civil del Registro Nacional de la Personas del municipio de Melchor de Mencos, del departamento de Petén, con lo que se acreditó que el estado civil de la señora Torres Casanova es el de soltera, puesto que el Juzgado Segundo de Familia del departamento de Guatemala dictó la sentencia de fecha siete de abril de dos mil once, en la que declaró disuelto el vínculo matrimonial entre el señor Alvaro Colom Caballeros y la señora Sandra Julieta Torres Casanova. Este Tribunal considera que, si bien es cierto, al momento de presentación de la solicitud de inscripción del binomio relacionado, el estado civil de la señora Torres Casanova era de soltera, también lo es que mantuvo el vínculo matrimonial con el Presidente de la República desde el inicio del período de su mandato constitucional, hasta el siete de abril de dos mil once, fecha en la que obtuvo la disolución judicial de su matrimonio; lo cual significa que su posición de esposa del mandatario de la Nación, la adquirió desde que éste asumió el



*poder; realizando las funciones propias a su status de Primera Dama de la Nación; por lo tanto, este Tribunal independientemente de la legalidad del divorcio relacionado, al efectuar una interpretación extensiva en la que se toma en cuenta el contenido valorativo y finalista del Artículo 186 inciso c) de la Constitución Política de la República concluye que la señora Sandra Julieta Torres Casanova tiene prohibición para optar al cargo de Presidente de la República, porque aunque su estado civil actualmente sea el de soltera, la prohibición para optar a dicho cargo persiste, porque como se indicó mantuvo el vínculo matrimonial desde el inicio del período constitucional del mandato del Presidente de la República y, previo a la convocatoria a elecciones generales, solicitó su disolución. Cabe indicar que si bien el derecho de elegir y ser electo es de rango constitucional, tal como todos los derechos no es absoluto, puesto que está sujeto a las limitaciones que el propio texto constitucional establece. En ese sentido, solamente pueden optar al cargo de Presidente o Vicepresidente, aquellas personas que reúnan los requisitos establecidos en el Artículo 185 constitucional y que no se encuentren contempladas dentro de las prohibiciones establecidas en el Artículo 186; puesto que como lo ha considerado la Corte de Constitucionalidad: ‘... las causas de inelegibilidad producen el resultado de hacer nula la elección, lo que quiere decir que constituyen un impedimento jurídico para convertirse en sujeto pasivo de una relación electoral por carecerse de la titularidad jurídica para acceder a un cargo por prohibición categórica del mismo...’ (Sentencia de fecha quince de junio de dos mil seis, dictada dentro del expediente número un mil ochocientos tres – dos mil cinco). Por lo tanto, esta Corte concluye que no son lesivas a los derechos de la postulante las declaraciones contenidas en el acto reclamado, respecto a que la señora Sandra Julieta Torres Casanova tiene prohibición constitucional para optar a la Presidencia de la República. La postulante también expuso como motivo de agravio que se vulneró el debido proceso, porque la señora Torres Casanova fue señalada de cometer fraude de ley, sin haber sido citada, oída y vencida en proceso legal ante Juez o tribunal competente y preestablecido. Esta Corte, al analizar el expediente que subyace a la presente acción constitucional, establece: **a)** con fecha veintinueve de junio de dos mil once, el Director General del Registro de Ciudadanos emitió la resolución EG-DGRC-R-cero quince – dos mil once (EG-DGRC-015-2011), en la que resolvió denegar la*



*solicitud de inscripción de la señora Sandra Julieta Torres Casanova, como candidata a la Presidencia de la República, y la del señor José Roberto Díaz-Duran Quezada, como candidato a la Vicepresidencia de la República; asimismo, determinó la existencia de fraude de ley, y para el efecto consideró: ‘... según declaraciones del señor Presidente la decisión de divorciarse de su esposa, doña Sandra Julieta Torres Casanova, fue para permitir que ella aspire a la Presidencia, que ello obedece al interés del país, que es superior al de su matrimonio, que esta decisión es difícil pero se tomó para evitar presiones al sistema de justicia, que no hay prohibiciones para que Sandra se postule, la decisión del divorcio se tomó paralelamente de participar como candidata presidencial.’ Por su parte la señora Torres Casanova expuso en una entrevista que se le hizo ‘yo estoy muy contenta y él está muy contento de que yo esté participando’. Todo lo cual pone de manifiesto que el divorcio se llevó a cabo con el propósito de evitar (sic) la prohibición contenida en el Artículo 186 de la Constitución le vedara a doña Sandra Julieta Torres Casanova de Colom optar a la Presidencia de la República en las próximas elecciones generales de dos mil once, circunstancias que evidencian el fraude de ley contemplado en el Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial y que se ha consumado a plenitud en el presente caso...’; **b)** contra la anterior resolución la postulante planteó recurso de nulidad, el cual fue declarado sin lugar por el Tribunal Supremo Electoral, por medio de resolución de fecha uno de julio de dos mil once; asimismo, declaró sin lugar el recurso de revisión planteado contra dicha resolución y su análisis se contrajo a determinar la existencia de fraude constitucional. Respecto a lo considerando por las autoridades anteriormente mencionadas, esta Corte estima que ellas están investidas, por virtud de la ley y para el ejercicio efectivo de sus funciones, de facultades suficientes para calificar la aptitud legal de quienes requieren su inscripción a cargos de elección pública, en el sentido de determinar si reúnen los requisitos exigidos para ello por la ley constitucional del Estado y establecer si incurren en prohibición alguna que les vede tal posibilidad. Lo anterior tiene su fundamento en la Ley Electoral y de Partidos Políticos, la cual establece que el Registro de Ciudadanos es un órgano técnico del Tribunal Supremo Electoral, entre cuyas funciones está la relativa a la inscripción de ciudadanos (Artículo 155 inciso e). Concretamente, al Director General de dicha dependencia, según lo dispuesto en el inciso h) del Artículo*

157, le compete resolver las solicitudes de las organizaciones políticas; atribución que conlleva la facultad y la obligación de razonar sus resoluciones y decidir sobre aspectos de derecho electoral. Esta función es controlada jurisdiccionalmente por el Tribunal Supremo Electoral, por medio de los recursos correspondientes, lo que es consecuente con la naturaleza de máxima autoridad en materia electoral que le corresponde (Artículo 122). Este carácter, juntamente con las atribuciones y obligaciones que le otorga el Artículo 125, en particular las establecidas en los incisos a), d), e) y n), necesariamente implican que el Tribunal Supremo Electoral ejerce auténtica jurisdicción, aun cuando restringida al ámbito electoral. Luego, esta Corte considera que el actuar de dichas autoridades se encuentra apegada a derecho y no da lugar a la vulneración del debido proceso, como lo argumenta la coalición política postulante. En lo que atañe al fraude de ley, la Corte estima que constituye un fundamento válido de la denegación de la inscripción de la candidatura en cuestión, puesto que supera el escrutinio legal de rigor.¹⁵³ En efecto, el fraude de ley entraña, como presupuestos, la existencia de un acto legal cuya validez jurídica no se cuestiona (en el presente caso, el divorcio) y que en sí mismo no es contrario a la ley, pero que es el medio para eludir una prohibición (específicamente, la imposibilidad de optar a la Presidencia de la República a quienes se encuentren dentro del supuesto contemplado por el inciso c) del Artículo 186 constitucional). Dado que estos presupuestos se cumplen en el caso de mérito, la consecuencia ha de ser indefectiblemente la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir: la prohibición de optar al cargo de Presidente de la República. Oportuno es añadir que tanto el Director General del Registro de Ciudadanos como el Tribunal Supremo Electoral también podían fundar su decisión en el Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, en atención a que constituye uno de los preceptos fundamentales que, de conformidad con la misma ley, ‘... son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco’, lo que significa que su aplicación no se restringe, con exclusividad, a los órganos jurisdiccionales del Organismo Judicial. En este mismo sentido, el Artículo 23 de la ley referida establece que ‘Las deficiencias de otras leyes se suplirán por lo preceptuado en ésta’, lo que apoya la noción recién apuntada. Por tanto, esta Corte concluye, no

¹⁵³ Véase posición personal del fraude de ley, pág. 132 de este trabajo.



*solo que la autoridad impugnada actuó dentro sus facultades y aplicó las disposiciones adecuadas al caso, sino que los actos ejecutados por la precandidata Sandra Julieta Torres Casanova configuran en efecto, el señalado **fraude constitucional** que, valga expresar, no es acto constitutivo de ilícito penal". (El resaltado es propio)*

La lectura de este razonamiento, nos lleva indubitavelmente a determinar que la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, al emitir su fallo, se observa que no lo hizo solo sobre la base de las Reglas, caso contrario el amparo hubiese sido favorable, sino que lo realizó sobre la base de los Principios, específicamente en los principios universales de Igualdad y alternabilidad en el ejercicio del poder, y en el principio de supremacía constitucional y así emite un fallo enérgico y con una interpretación amplia de derechos constitucionales, en donde establece que nadie puede al amparo del texto de una norma, obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él como es el presente caso.

La Corte de Constitucionalidad, al conocer en alzada, emitió sentencia considerando lo siguiente: (Expediente 2906-2011, sentencia del 8 de agosto de 2011)

- III -

El conflicto que ha de elucidarse por medio de este proceso constitucional tiene su origen en la aplicación que de la prohibición contenida en el inciso c) del Artículo 186 de la Constitución realizó la Dirección General del Registro de Ciudadanos, como fundamento para denegar la inscripción del binomio presidencial proclamado por la coalición UNE-GANA.

Si bien el tribunal de amparo de primer grado realizó su propia interpretación de aquel precepto constitucional, esta Corte considera pertinente en este fallo precisar, abstrayéndose de señalar a ninguna persona, el significado que este tribunal colige de la prohibición contenida en el inciso c) del Artículo 186 constitucional.



Para extraer tal significado, esta Corte se apoya en tres métodos de interpretación constitucional así como en los precedentes jurisprudenciales en los que ha utilizado aquellos métodos. La intelección se orienta a optimizar la fuerza normativa de la Constitución, que propugna que al interpretar el precepto constitucional se debe propiciar no solo su optimización, sino además, maximizar su eficacia. Para posibilitar esto último, debe pretenderse encontrar, por medio de aquel proceso intelectual, un *efecto útil* con el que la norma incluso daría una respuesta respecto de eventos no contemplados en la misma. Si esto se logra, también se posibilita una mayor y mejor efectividad del precepto objeto de interpretación. La pretensión de optimizar la fuerza normativa de la Constitución al realizar un ejercicio interpretativo de sus preceptos ha quedado así evidenciada en los criterios expresados por esta Corte en las opiniones consultivas de seis de octubre de dos mil ocho y diecisiete de septiembre de dos mil diez (expedientes 3205-2008 y 3174-2010, respectivamente).

Con el objeto antes determinado esta Corte realizará su análisis formulándose interrogantes en abstracto, y dando a aquéllas la correspondiente respuesta en la que ha de reflejarse el resultado (*efecto*) aquí pretendido.

A. Una primera interrogante a despejar para evidenciar el *efecto útil* de lo preceptuado en el inciso c) del Artículo 186 del texto supremo, está orientada a establecer lo que en concreto se reguló en el Artículo citado.

Interpretar este precepto constitucional no es una cuestión novedosa para este tribunal, que ya lo ha hecho tanto en opiniones consultivas como en resoluciones dictadas en procesos de amparo. En todas éstas, en abstracto, el criterio de este tribunal es que lo que se regula en el Artículo 186 de la Constitución es una **prohibición por inelegibilidad para poder optar a los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República**. Lo que torna positiva aquella prohibición es que:

i. La condición de inelegible conlleva a que el candidato en quien recaiga dicha condición no puede ser sujeto pasivo de una relación electoral. Así se determinó, entre otras, en las sentencias dictadas por esta Corte el quince de junio de dos mil seis



(Expediente 1803-2005), diecisiete de octubre de dos mil ocho (Expediente 2901-2007) y ocho de enero de dos mil diez (Expediente 2059-2009); y

ii. Quien esté comprendido en los supuestos aludidos en los incisos de la a) a la g) del Artículo 186 en mención, ni siquiera puede postularse como candidato para los cargos de Presidente o Vicepresidente. En otras palabras, *no se tiene derecho* a optar a aquellos cargos, pues la condición de inelegible hace nula la elección realizada en el candidato comprendido en aquella condición. Esto último así ha sido determinado por esta Corte en las resoluciones de veinticuatro de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (Expediente 172-88), dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (Expediente 212-89) y diecinueve de octubre de mil novecientos noventa (Expediente 280-90).

B. La segunda interrogante a elucidar es la que se refiere a cómo debe interpretarse, para desentrañar su significado, el inciso c) del Artículo 186 de la Constitución.

Para esta Corte, cuando se fija el sentido de una norma constitucional, con ello debe orientarse a atribuir un significado jurídico al texto de la misma. Así, se determinará cuál es la conducta a la que en el precepto constitucional se está obligando, prohibiendo o permitiendo.

Debe puntualizarse que al realizar aquella labor intelectual, no deben quedar frustrados los contenidos normativos de la Constitución, acudiéndose para ello a la realización de una **interpretación meramente literal o positivista, enmarcada como una formalidad de pura logicidad**. Esto debe descartarse ya que los conflictos jurídicos y políticos que deben dilucidar mediante una adecuada interpretación de los preceptos constitucionales, no se puede soslayar el carácter realista y dinámico de la sociedad cuyo ordenamiento jurídico rige el texto supremo. El intérprete constitucional no puede arribar a un resultado que sea solamente expresión de la realidad de un momento dado, ya que por su carácter normativo, la Constitución ordena y conforma a su vez la realidad social y política del Estado. De ahí que una interpretación realista y dinámica garantizaría la realización de los eminentes fines que el legislador constituyente pretendió tornar positivos para el futuro, al momento de sancionar la Constitución. Por



ello, la labor de desentrañar el correcto sentido de la norma constitucional debe tender a satisfacer plenamente en el momento de la realización de la labor hermenéutica, la finalidad con la que la norma objeto de interpretación se emitió. (el resaltado es propio)

Determinado lo anterior, corresponde establecer la finalidad (*efecto útil*) de la prohibición contenida en el inciso c) del Artículo 186 constitucional. Para ello, dicho precepto puede interpretarse de acuerdo con los siguientes métodos:

a. Interpretación histórica de la regulación contenida en el precepto constitucional

Éste es el método que ha utilizado la Corte de Constitucionalidad, entre otros, en las opiniones consultivas de dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (Expediente 212-89) y ocho de septiembre de mil novecientos noventa y dos (Expediente 313-92), y diez de octubre de dos mil seis (Expediente 2731-2006). Éste método de interpretación propone que para desentrañar el significado de una norma debe acudir al contenido y la finalidad con el que fue establecida, recurriendo para ello a la historia fidedigna de la institución o norma contenida en el precepto objeto de hermenéutica.

Concretamente, para el caso de la prohibición contenida en el inciso c) del Artículo 186 de la Constitución, la historia constitucional contemporánea guatemalteca evidencia que en las Constituciones de 1945 [Artículo 131, inciso d], 1956 [Artículo 161, inciso c] y 1965 [Artículo 184, numeral 3], se establecieron prohibiciones con regulación muy similar a la que es objeto de análisis.

Revela lo anterior que el hecho de que en aquellos textos también se hayan establecido las prohibiciones antes aludidas, en el decurso de la historia constitucional desde la mitad del siglo pasado hasta la actualidad ha existido prohibición para que quienes son parientes del Presidente de la República puedan optar a dicho cargo. Con ello también es atinente al caso inferir que los constituyentes de aquellos textos pretendieron evitar una transmisión dinástica o el nepotismo respecto del cargo de



Presidente de la República, y preservar de esa manera el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder en el cargo antes citado. La historia contemporánea mundial y las tendencias modernas de la democracia propugnan por positivizar el principio antes aludido, evitándose prolongaciones indebidas en el ejercicio del poder que, desde luego, predisponen el surgimiento de dictaduras en las que el derecho a vivir en una democracia genuina se ve notoriamente restringido, y en igual sentido los derechos fundamentales que en un régimen democrático se pretende garantizar su adecuado goce.

b. Interpretación armónica o sistemática

Este método de interpretación ha sido utilizado por esta Corte en las resoluciones de dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (Expediente 212-89), dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco (Expediente 199-95) y seis de octubre de dos mil ocho (Expediente 3205-2008).

Este método indica que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el que el significado de cada uno de sus preceptos debe determinarse en forma acorde con los restantes, de manera que ninguna disposición constitucional debe ser considerada aisladamente y que en eventos de una *posible antinomia entre dos de sus preceptos* debe preferirse la conclusión que armonice y no la que genere una pugna entre el precepto objeto de interpretación con las distintas cláusulas del texto constitucional.

Al utilizar este método de interpretación, la utilidad de la prohibición contenida en el inciso c) del Artículo 186 constitucional debe determinarse armonizando este precepto con los Artículos 136, inciso f); 187, párrafo segundo, y 281 de la Constitución. Esa armonización permite llegar a la conclusión de que lo que se pretende preservar en la Constitución es el **principio de alternabilidad en el ejercicio del poder para el cargo de Presidente de la República.**



La conclusión anterior aplicada a todo el conjunto de reglas, principios y valores que se preserva en la Constitución, evidencia además que siendo el sistema de gobierno del Estado de Guatemala democrático, republicano y representativo (Artículo 140 de la Constitución), para que éste pueda reflejarse en la realidad, sobre todo en el sistema presidencialista preconizado en la Constitución Política actualmente vigente, debe propugnarse la alternabilidad en el ejercicio del poder, como distintivo de una democracia republicana, y así evitar que quienes detentan el ejercicio del poder desde la Presidencia de la República puedan perpetuarse en el mismo.

c. Interpretación finalista

Este método de interpretación fue recientemente utilizado por la Corte de Constitucionalidad, en la opinión consultiva de diecisiete de septiembre de dos mil diez (Expediente 3174-2010). De acuerdo con esta modalidad de interpretación, **la Constitución no puede ser interpretada con un rigor *iuspositivista*, sino más bien, su correcta hermenéutica propugna por comprender no solo el texto escrito de sus normas, sino además todo el conjunto de principios y valores que el legislador constituyente originario quiso preservar en el texto supremo**, en razón de que todos ellos permiten, en una dimensión jurídica y axiológica, determinar cuál es la conducta que en un precepto objeto de interpretación ha de permitirse o bien ha de prohibirse. Esto debe ser así porque los valores que la Constitución aspira a realizar y los principios contenidos en ella, deben trascender la literalidad de sus Artículos. (El resaltado es propio)

Al aplicar este método de interpretación en el contenido del literal c) del Artículo 186 de la Constitución, se llega a la misma conclusión a la que sobre dicho precepto arribó la Corte de Constitucionalidad, en la opinión consultiva de dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (Expediente 212-89), que es en cuanto a la prohibición contenida en este inciso, que el legislador constituyente pretendió “*evitar una transmisión dinástica o nepótica del poder o de que un candidato a un cargo de elección popular pudiera participar en el evento electoral en condiciones de*

superioridad frente a los otros, con clara vulneración del principio de igualdad que el sistema democrático adopta”.

A lo anterior cabe agregar, con clara referencia al principio de igualdad, que no permite que situaciones desiguales puedan ser tratadas igualmente, que las personas que se encuentran en el goce de sus derechos civiles y ostentan capacidad de ejercicio de derechos deben encontrarse en igualdad de oportunidades al competir en una contienda electoral, más aún, cuando esa contienda sea para elegir a quien la Constitución considera como el representante de la unidad nacional y que por ello deberá velar por los intereses de toda la población. De ahí que la prohibición va encaminada también a positivizar el principio de igualdad pues para el caso de quienes se reputen como *“parientes del Presidente”*, conllevaría a privilegiar su candidatura, y que obviamente configuraría una situación ventajosa que no tendrían quienes compitan para el cargo de Presidente y no sean parientes de este último.

Es a todo ello a lo que esta Corte, en la sentencia de diez de octubre de mil novecientos noventa (Expediente 280-90), se refirió al indicar que *“es indudable que, existiendo una presunción de derecho acerca de que el parentesco predispone o prejuzga en situaciones concretas, es lícito, para alcanzar el grado de autenticidad en una elección, establecer limitaciones al mismo, como lo hace la legislación constitucional guatemalteca (Artículo 186 inciso c)”*.

La coincidencia de resultados de los tres ejercicios interpretativos lleva a concluir que la finalidad del precepto antes citado es preservar, mediante el establecimiento de una restricción objetiva de acceso a determinados cargos (Presidente y Vicepresidente de la República) no solo el principio de alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, sino el derecho implícito que le asiste a una persona humana a vivir dentro de un régimen democrático, a participar en ciertos procesos electorarios en condiciones de igualdad, y a que, al vivir en democracia, se garantice que su dignidad como tal y que los derechos contenidos en la Constitución y las leyes tengan plena vigencia. La restricción así establecida no es arbitraria sino más bien su regulación atiende a razones de interés público, y es establecida como una expresión del poder constituyente soberano. La preservación de un principio como el antes aludido,

positiviza además otros valores y principios tales como el de la soberanía del pueblo, la prevalencia del interés de la mayoría y la autopreservación del orden constitucional, mismos que por la fuerza optimizadora e integradora de la Constitución no podrían soslayarse, en una correcta hermenéutica de la preceptiva contenida en el inciso c) del Artículo 186 de la Constitución.

C. La tercera interrogante a resolver se formula con el objeto de determinar si la prohibición que se contempla en el inciso c) del Artículo 186 de la Constitución, alcanza también al cónyuge actual o a quien haya sido cónyuge de quien ejerza la Presidencia o de quien sea Vicepresidente de la República y esté ejerciendo las funciones de Presidente.

Determinada anteriormente la finalidad con la que se estableció la condición de inelegibles de los parientes a que se alude en el inciso c) del Artículo 186 constitucional, trae a colación los sujetos aludidos en la interrogante, al haberse esgrimido en el planteamiento introductorio de amparo tesis respecto de que en el caso de los cónyuges, por no formar grado, no estarían comprendidos en la prohibición contenida en el inciso c) del Artículo 186 constitucional.

Para elucidar lo anterior, nuevamente se acude a lo que esta Corte puntualizó en la opinión consultiva de dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (Expediente 212-89), en la que se determinó que “(...) *la prohibición aludida en el inciso c) del Artículo comentado se refiere claramente a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, el vocablo ‘dentro’ involucra con absoluta certeza al cónyuge, no solo porque el parentesco liga a las personas por su procedencia de un tronco común que se origina por excelencia en el matrimonio, sino porque sería inadmisibles que la prohibición alcanzara a los consanguíneos de éste -que no lo sean del otro cónyuge- y que el esposo o esposa, según el caso, quedara simplemente excluido de la prohibición, logrando con ello eludir la finalidad de la misma*” (la negrilla no aparece así en el texto original); de manera que “(...) *la redacción actual supone una delimitación del alcance del parentesco inderogable por medios ordinarios, lo que garantiza que la finalidad antidinástica e igualitaria de la disposición logre su máxima protección*”, criterio que, por su claridad y congruencia con



los ejercicios interpretativos realizados en este fallo, se reitera en esta sentencia, y permite concluir que el cónyuge, aunque no se le aluda de manera expresa, sí está comprendido en la prohibición contenida en el inciso c) del Artículo 186 constitucional.

Ahora bien, en relación con quien haya dejado de ser cónyuge del Presidente o de quien sea Vicepresidente de la República y esté ejerciendo las funciones de Presidente, por una causa determinada como lo es la del divorcio —que tiene como efecto particular el de disolver el vínculo conyugal— la interpretación finalista del inciso c) del Artículo 186 constitucional permite sustentar que la prohibición contenida en este inciso alcanzaría a quien siendo cónyuge del Presidente o de quien sea Vicepresidente de la República y esté ejerciendo las funciones de Presidente, pero hubiese dejado de serlo por medio de la institución jurídica del divorcio, siempre que la disolución que conlleva éste hubiese ocurrido dentro de la época en la que uno de los cónyuges esté ejerciendo la Presidencia de la República. No entenderlo así implicaría comprender que una interpretación finalista de la Constitución debería estar supeditada a un efecto contemplado en una ley de inferior jerarquía, el cual, además, únicamente es aplicable respecto de quienes el vínculo conyugal se ha disuelto. Esto es así porque la institución jurídica del divorcio, perteneciente al Derecho Civil, y a la que se podría acudir por voluntad de los cónyuges, si bien provoca un efecto constitutivo respecto del estado civil de dos personas, ello no posibilita la generación de un efecto elusivo o de sustracción de una prohibición constitucional, no solo porque de ser así generaría una alteración por una vía no permitida respecto de las reglas que componen el régimen de derechos, libertades y obligaciones que contiene el texto supremo, sino porque en caso de conflicto entre lo regulado en una norma ordinaria y una norma constitucional, debe prevalecer la finalidad con la que la de superior jerarquía fue emitida, en atención precisamente a esa jerarquía, de manera que es la norma ordinaria la que debe interpretarse en congruencia con los preceptos constitucionales, y no al revés.

D. La última de las interrogantes a despejar en este apartado de la sentencia, es la relacionada con cuáles el ámbito temporal en el que es aplicable la prohibición que contempla el inciso c) del Artículo 186 de la Constitución.



Se aclara inicialmente que la respuesta que aquí se da a esta interrogante, excluye a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de “*los de las personas a que se refiere*” el inciso a) del Artículo 186 de la Constitución, por no tener aquellos aplicación en el caso concreto.

Para determinar el ámbito temporal en el que puede ser aplicable la prohibición antes aludida, debe entenderse, en intelección finalista del precepto constitucional que la contiene, que: **a)** si bien el Artículo 186 de la Constitución regula situaciones con aplicación *pro futuro*, la prohibición regulada en el inciso c) de dicho Artículo tiene aplicación únicamente en un lapso determinado de tiempo: el aludido en el primer párrafo del Artículo 184 constitucional. De acuerdo con esta última norma, el período para desempeñar el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República es el de cuatro años, que es improrrogable; **b)** en la alusión al “*Presidente o Vicepresidente de la República, cuando éste último se encuentre ejerciendo la Presidencia*”, la norma hace puntual referencia a quienes fueron electos como Presidente y Vicepresidente de la República por un período de tiempo que inicia desde que aquellos toman posesión de dichos cargos, hasta el día anterior a la fecha en la que se hace formal entrega de los mismos a sus sucesores electos; y **c)** en la referencia a “*Los parientes [...] del Presidente o Vicepresidente de la República, cuando este último se encuentre ejerciendo la Presidencia*”, deben estar incluidos todos aquellos quienes tienen o hubiesen tenido parentesco (por consanguinidad o por afinidad, de acuerdo con el Artículo 190 del Código Civil, según sea el caso) con las personas que por haber sido así electas, han de desempeñar aquellos cargos.

Para una mejor comprensión de la respuesta que aquí se le da a la última de las interrogantes formuladas, se indica que cuando en este fallo se utilice la expresión “*parientes del Presidente*”, deberá entenderse que en aquella expresión están comprendidos el o la cónyuge, así como todos los parientes de aquel, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, y los parientes en iguales grados del Vicepresidente de la República cuando este último esté ejerciendo la Presidencia, así como todos aquellos que durante el período de tiempo en el que aquel ejerza la Presidencia adquieran la condición de parentesco por consanguinidad o afinidad.



En ese sentido, de acuerdo con lo previsto en el inciso c) del Artículo 186 constitucional debe concluirse que si el Presidente de la República toma posesión del cargo a partir del día catorce de enero de un año determinado, habrá de contarse un período improrrogable de cuatro años que finalizan el trece de enero de otro año determinado. Durante ese período de tiempo, la prohibición contenida en el inciso c) del Artículo 186 constitucional alcanzará a quienes: **(a)** sean ya parientes del Presidente en fecha anterior al catorce de enero del año en el que éste toma posesión de dicho cargo; **(b)** adquieran la condición de parientes del Presidente en fecha posterior al día de toma de posesión antes aludido; y **(c) hubiesen dejado de ser parientes del Presidente,**¹⁵⁴ siempre que la extinción del parentesco se hubiese dado dentro del período de cuatro años en el que aquél ha de desempeñar la Presidencia de la República. A lo anterior debe agregarse una determinación aún más precisa como lo es la realizada por esta Corte en la opinión consultiva de dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (Expediente 212-89), en la que se indicó que: *“En cuanto a los parientes del Presidente de la República [aplicable, como se dijo, también a quienes hubiesen dejado de serlo dentro del período de ejercicio de la Presidencia], debe entenderse que la prohibición se refiere a **la opción que pueda exteriorizarse en la elección que se realice en el período presidencial de este dignatario, pero no en períodos subsiguientes, puesto que para entonces ya no existirían las condiciones que justifican tal impedimento**”*, delimitándose así plenamente el elemento temporal de la prohibición.

- IV -

Delimitada entonces la interpretación finalista de la prohibición contenida en el inciso c) del Artículo 186 de la Constitución, corresponde ahora determinar si en el caso del binomio postulado por la amparista concurre un evento que admite la aplicación de aquella prohibición. Para ello, esta Corte toma como base lo siguiente:

¹⁵⁴ Este resaltado y subrayado es propio. Véase como se hace referencia a la pérdida del parentesco siendo en nuestra legislación el caso del esposo o esposa, cuñado o cuñada del que ejerce el cargo de Presidente de la República.



El diez de mayo de dos mil once, la coalición política UNE-GANA presentó ante la Dirección General del Registro de Ciudadanos, una solicitud de inscripción como candidatos para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, a Sandra Julieta Torres Casanova y José Roberto Díaz-Durán Quezada, respectivamente. El veintinueve de junio de este año, la citada Dirección General emitió la resolución EG – DGRC – R – cero quince – dos mil once (EG-DGRC-R-015-2011), en la que evidenció para el caso de la candidata a Presidente de la República, una condición de inelegibilidad para optar al citado cargo. Con esa base, se denegó la inscripción del binomio presidencial propuesto por la coalición política UNE-GANA, al resolverse que la candidata a Presidente de la República *“no puede optar [a dicho cargo] por la prohibición expresa contenida en el Artículo 186, literal c) de la Constitución Política de la República de Guatemala y por el fraude de ley en que se ha incurrido, según lo establecido por el Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial”*. En la misma resolución, se denegó la inscripción del candidato a la Vicepresidencia de la República, José Roberto Díaz-Durán Quezada, apoyándose en la vinculación que existe en la postulación de candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, según lo establecido en el Artículo 190 de la Constitución.

La resolución antes relacionada fue impugnada mediante recurso de nulidad, con argumentación, entre otros aspectos, de que en el caso de la candidata a Presidente de la República propuesta por la postulante no concurría la prohibición constitucional determinada por el Director General del Registro de Ciudadanos. Como el recurso de nulidad fue declarado improcedente, esta última decisión fue recurrida mediante revisión, con reiteración de argumentos respecto de la no concurrencia de aquella prohibición. El Tribunal Supremo Electoral declaró sin lugar este último recurso, mediante la emisión del acto que en este proceso se objeta en amparo.

Al promover amparo, refiere la coalición política UNE-GANA, que la autoridad electoral impugnada, al asumir la decisión contenida en el acto reclamado –definitiva en cuanto a mantener la denegatoria de inscripción antes impugnada—incurrió en violación de derechos y principios constitucionales, por obviar que la candidata a Presidente de la República postulada por aquella coalición política, Sandra Julieta Torres Casanova, no



está comprendida en la prohibición regulada en el inciso c) del Artículo 186 de la Constitución. Para sustentar esta afirmación, la coalición política solicitante de amparo sostuvo que las autoridades electorales que han conocido de la solicitud de inscripción de la candidata antes indicada y de la denegatoria de dicha solicitud no han tomado en consideración que: **a)** en la fecha en la que se presentó la solicitud de inscripción de aquella candidata, el estado civil de ella era el de soltera, sin vinculación alguna con la prohibición constitucional antes aludida; sin perjuicio de que en la prohibición a que se refiere el inciso c) anteriormente relacionado *“en ningún momento señalan al ‘cónyuge’, ‘esposo’ o ‘esposa’*, de manera que este último no fue incluido por el legislador constituyente en aquella prohibición; **b)** al momento de solicitarse la inscripción de candidatos por parte de la coalición postulante, Sandra Julieta Torres Casanova, candidata a Presidenta de la República ya *“no era cónyuge del Ingeniero Alvaro Colom Caballeros, Presidente Constitucional de la República”*, de manera que la candidata antes mencionada sí *“tiene derecho a ser inscrita y a ser elegible”* para el cargo aludido; y **c)** quedó demostrado ante la Dirección General del Registro de Ciudadanos que la candidata a Presidente de la República, propuesta por la coalición postulante, sí reúne los requisitos contemplados en el Artículo 185 de la Constitución para poder optar al cargo.

- V -

El tribunal de amparo de primer grado, en la sentencia que ahora se conoce en apelación, tras realizar un análisis interpretativo del inciso c) del Artículo 186 de la Constitución, concluyó en que la argumentación esgrimida por la coalición política UNE-GANA, en cuanto a la no concurrencia de prohibición constitucional en la persona de su candidata a Presidente de la República, carece de sustentación legal y lógica. Para ello, el *a quo* sustentó que *“Sandra Julieta Torres Casanova tiene prohibición para optar al cargo de Presidente de la República, porque aunque su estado civil actualmente sea el de soltera, la prohibición para optar a dicho cargo persiste”*, ya que *“mantuvo el vínculo matrimonial desde el inicio del período constitucional del mandato*



del Presidente de la República y, previo a la convocatoria a elecciones generales, solicitó su disolución”.

La sustentación precedente, plasmada en el fallo apelado, es compartida por esta Corte, en razón de los métodos de interpretación ya abordados que del inciso c) del Artículo 186 de la Constitución se realizó con anterioridad, así como por los hechos acreditados en este proceso de amparo por la propia coalición postulante, aunados a aquellos que esta Corte tiene conocimiento por razón de oficio al ser el tribunal competente para conocer en única instancia de acciones de amparo promovidas contra el actual Presidente de la República. Aun cuando en apelación se cuestionaron las consideraciones antes transcritas, con igual argumentación respecto de inexistencia de prohibición constitucional para optar al cargo de Presidente de la República en la persona de Sandra Julieta Torres Casanova, y reiteración de los argumentos sobre los que se apoyó la pretensión de amparo, esta Corte mantiene su respaldo a dicho fundamento desestimatorio y determina su criterio respecto de la concurrencia de la prohibición antes aludida, del siguiente relato de hechos extraídos de los documentos aportados como prueba en este proceso de amparo, en los que se determina lo siguiente:

a. Sandra Julieta Torres Casanova contrajo matrimonio civil con Alvaro Colom Caballeros el veinte de febrero de dos mil tres, y así consta que dicha unión conyugal quedó inscrita en la partida número doscientos ochenta y nueve (289), folio doscientos ochenta y nueve (289) del libro doscientos ochenta y seis (286) de Matrimonios del Registro Civil de las Personas de la ciudad de Guatemala.

b. Por conocimiento de oficio, esta Corte ha determinado que el Tribunal Supremo Electoral, en Acuerdo 775-2007, de dieciocho de diciembre de dos mil siete, declaró *“legalmente electo como Presidente de la República al ciudadano Alvaro Colom Caballeros, a quien se le adjudica el cargo por el período improrrogable de cuatro años, a partir del catorce de enero de dos mil ocho”*. Sobre esto es pertinente destacar aquí dos situaciones: **i)** que cuando recayó aquella elección en el ciudadano Alvaro Colom Caballeros, él ya estaba casado con Sandra Julieta Torres Casanova; y **ii)** que el



período por el cual el ciudadano Alvaro Colom Caballeros ha de desempeñar el cargo de Presidente de la República **finaliza el trece de enero de dos mil doce.**¹⁵⁵

c. En la letra “D” de la partida número treinta y cinco (35), obrante a folios cuarenta y cuatro y cuarenta y cinco (44-45) del libro dos (02) de nacimientos del Registro Nacional de las Personas de Melchor de Mencos, Petén, consta que Sandra Julieta Torres Casanova “*se divorció de Alvaro Colom Caballeros, el 7 de abril de 2011, mediante sentencia emitida por el Juzgado Segundo de Familia, según inscripción de divorcio número 3975*”. Lo relevante de precisar en este fallo lo precedentemente transcrito obedece a precisar dos situaciones: i) que cuando el ciudadano Alvaro Colom Caballeros tomó posesión del cargo de Presidente de la República, estaba casado con Sandra Julieta Torres Casanova; y ii) que la disolución del vínculo conyugal existente entre Alvaro Colom Caballeros y Sandra Julieta Torres Casanova hasta antes del siete de abril de dos mil once, ocurrió dentro del período comprendido del catorce de enero de dos mil ocho al trece de enero de dos mil doce, es decir,, dentro del período improrrogable en el cual Alvaro Colom Caballeros desempeña el cargo de Presidente de la República.

El relato fáctico anterior y las acotaciones que en el mismo se hacen, permiten concluir que al haberse determinado en este fallo que en intelección finalista y optimizadora de la Constitución, la prohibición a que se refiere el inciso c) del Artículo 186 de la Constitución alcanza a quien haya dejado de ser cónyuge del Presidente por disolución del vínculo conyugal, cuando el divorcio ocurre dentro del período en el que uno de los cónyuges estuviere desempeñando la Presidencia de la República, la determinación de concurrencia de aquella prohibición en la persona de Sandra Julieta Torres Casanova, inicialmente realizada por la Dirección General del Registro de Ciudadanos, guarda congruencia con el principio constitucional que en el inciso f) del Artículo 136 de la Constitución se llama a preservar. En ese orden de ideas, se estima entonces una *debida coherencia constitucional* en las autoridades electorales que han conocido de la solicitud de inscripción y de su posterior denegatoria. Y si bien es cierto, en la

¹⁵⁵ Esta afirmación no es verdadera, el cargo termina el 14 de enero cuando hace entrega del mismo al ciudadano o ciudadana electa.



resolución emitida por la Dirección General antes citada el veintinueve de junio de dos mil once, se indicó que los candidatos que integran el binomio presidencial postulado por la coalición política UNE-GANA, manifestaron llenar los requisitos exigidos en el Artículo 185 de la Constitución y no estar comprendidos dentro de las prohibiciones reguladas en el Artículo 186 constitucional, en correcta observancia de lo establecido en los Artículos 153 y 154 de la Constitución Política de la República, las autoridades electorales que conocieron de aquella solicitud de inscripción de candidato a Presidente de la República no pueden soslayar que de concurrir la prohibición constitucional que existe para el caso concreto de Sandra Julieta Torres Casanova, su decisión debe ser la de denegar aquella solicitud de inscripción, pues al quedar evidenciada una condición de inelegibilidad, de admitirse la participación de un candidato que encuadre en aquella condición, si éste resultare electo, el resultado de aquella elección sería igualmente nulo. En adición a lo anterior, también es correcta y coherente con el texto constitucional la denegatoria de inscripción de José Roberto Díaz-Duran Quezada, para el cargo de Vicepresidente de la República, propuesto por la coalición UNE-GANA, en razón de que de acuerdo con el segundo párrafo del Artículo 190 de la Constitución, el Vicepresidente de la República *“Será electo en la misma planilla con el Presidente de la República, en idéntica forma y para igual período”*, vinculación que por concurrencia de condición de inelegibilidad en el candidato a Presidente de la República, provocaba la necesaria denegatoria de la solicitud de inscripción del candidato a la Vicepresidencia de la República.

Todo lo anteriormente considerado permite a esta Corte arribar a la conclusión de que la actuación de las autoridades electorales, en cuenta la del Tribunal Supremo Electoral, en lo relacionado con la denegatoria de inscripción de la candidata a Presidente de la República propuesta por la coalición política UNE-GANA, es congruente con los mandatos establecidos en los Artículos 152 y 153 constitucionales; de manera que la decisión de declarar sin lugar el recurso de revisión interpuesto por la amparista, contenida en el acto reclamado, evidencia una correcta actuación por parte del Tribunal Supremo Electoral en ejercicio de sus facultades legales y en observancia de la preceptiva contenida en los Artículos 204 de la Constitución y 125, incisos a), d) y n), de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, pues ha considerado esta Corte que



dicho Tribunal tiene jurisdicción en materia electoral en todo lo relativo al ejercicio del sufragio, los derechos políticos, organizaciones políticas, autoridades, órganos electorales y proceso electoral (auto de cinco de agosto del dos mil once, en el expediente 2573-2011) sin que aquella actuación denote la violación de los derechos y principios constitucionales denunciada por la coalición política solicitante de amparo.

- VI -

La coalición de los partidos políticos Unidad Nacional de la Esperanza –UNE- y Gran Alianza Nacional –GANAN- también esgrime como motivo de agravio en amparo la improcedencia del señalamiento de concurrencia de “*fraude de ley*”, que fue determinado por la Dirección General del Registro de Ciudadanos, en resolución EG – DGRC – R – cero quince – dos mil once (EG-DGRC-R-015-2011), de veintinueve de junio de dos mil once. Ese argumento también fue esgrimido por la coalición política antes mencionada en apoyo a la interposición de los recursos de nulidad y revisión, y de los cuales obtuvo un resultado adverso por parte del Tribunal Supremo Electoral.

Los fundamentos en los que se apoya el motivo de agravio precedentemente indicado se contraen a señalar que las autoridades electorales que conocieron de la solicitud de inscripción de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, postulados por la amparista, así como de la denegatoria de dicha solicitud, respaldaron la determinación de fraude de ley realizada por la Dirección General del Registro de Ciudadanos, indicando que en cuanto a que la candidata Sandra Julieta Torres Casanova, ella había “*ejecutado(sic) el divorcio con el señor Presidente de la República para evitar incurrir en la prohibición contenida en el Artículo 186 inciso c) de la Constitución*”. La coalición postulante argumenta que: **a)** previo a aquella determinación, la candidata a Presidente de la República propuesta por la coalición política UNE-GANA no fue citada, oída y vencida en proceso legal ante Juez o tribunal competente y preestablecido; **b)** el Director General del Registro de Ciudadanos incurrió en extralimitación en sus funciones, pues la determinación de concurrencia de “*fraude de ley*” es una atribución exclusiva de los tribunales de justicia del país, en ejercicio de su potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado; **c)** si existía alguna duda sobre concurrencia de prohibición constitucional para la inscripción de un



candidato, el Director General del Registro de Ciudadanos debe formular la consulta respectiva al Tribunal Supremo Electoral, a efecto de que este último, como máxima autoridad en materia electoral, decida la cuestión de acuerdo con lo establecido en el inciso d) del Artículo 125 de la ley antes citada; **d)** “*no es competencia de la Dirección General del Registro de Ciudadanos denegar la inscripción solicitada*” por la coalición política UNE-GANA con sustentación en un “*supuesto fraude de ley*”; por ello, esa denegatoria de inscripción no debió ser respaldada por el Tribunal Supremo Electoral, pues, la Dirección General antes aludida solo hubiera podido denegar aquella solicitud de inscripción, al existir una sentencia judicial en la que se hubiese declarado la existencia de un “*fraude de ley*”; y **e)** al divorciarse de Alvaro Colom Caballeros, Sandra Julieta Torres Casanova no realizó acto alguno por el que se pretendiera alcanzar un resultado prohibido o contrario a la ley. En relación estrecha con estos fundamentos, la coalición política UNE-GANA señala también como motivo de agravio la violación que se hizo del principio de supremacía constitucional, por darle prevalencia a lo contemplado en el Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial sobre lo establecido en la Constitución, especialmente lo relacionado con el derecho de defensa y la presunción de inocencia.

Con el objeto de dar respuesta a aquellos argumentos, se considera atinente determinar lo relativo a la existencia del *fraude de ley*, pues tal existencia fue aludida en el procedimiento administrativo de inscripción de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República postulados por la coalición política UNE-GANA, tanto por la Dirección General del Registro de Ciudadanos, en la resolución denegatoria de aquella solicitud de inscripción, como el Tribunal Supremo Electoral al respaldar aquella decisión denegatoria, por haber desestimado los recursos de nulidad y revisión interpuestos por la coalición política antes citada.

En la legislación guatemalteca, la regulación referente al fraude de ley está contenida en el Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, que en su segundo párrafo expresa: “*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de*



eludir”. La sanción que ha de imponerse a aquellos actos es la que se establece en el primer párrafo del Artículo 4 antes citado: la de su nulidad de pleno Derecho, salvo que en las normas eludidas o defraudadas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

La institución jurídica del fraude de ley, aplicada al caso bajo análisis, podría suscitarse cuando un sujeto de derecho acude a una modalidad jurídica o a un cambio de estado de hecho determinado que es permitido por la ley, con el deliberado propósito de incumplir indirectamente el Derecho (objetivo), de manera tal que el resultado perseguido con la utilización de aquella modalidad o el cambio de aquel estado de hecho sea la obtención de un resultado contrario al conjunto de normas del orden jurídico que se pretende defraudar. La defraudación normativa así entendida implica contrariar el sentido o esencia de lo que en el conjunto normativo defraudado se permite o se prohíbe. Para que el fraude de ley se materialice, no basta con la sola intención –tentativa de realización— del sujeto que lo realiza, sino que este último debe alcanzar un resultado prohibido con observancia en lo regulado en una norma jurídica (norma de cobertura), es decir,, al amparo de lo preceptuado en esta última. De esa cuenta, alcanzado el resultado prohibido o contrario a un ordenamiento normativo determinado, dicho resultado debe materializarse en un acto jurídico, mismo que es el que ha de ser considerado como fraudulento, y que por ostentar esa condición, debe sancionársele con nulidad de pleno Derecho, o dicho en otras palabras, con la plena determinación de carencia total de eficacia jurídica, salvo que en la normativa defraudada se establezca un efecto distinto.

En el caso del denominado *fraude a la Constitución*, éste puede suscitarse mediante la aplicación, observancia e invocación de lo regulado en una norma de inferior jerarquía (que será la norma de cobertura), persiguiéndose que con aquella aplicación y observancia, se obtenga un resultado prohibido o contrario a una norma imperativa expresa del texto supremo, aparejando tal resultado la defraudación de un precepto constitucional. Es evidente que por el principio de eficacia normativa de la Constitución, si el fraude a la Constitución llegase a ocurrir, la sanción a imponerse al acto fraudulento sería la de declarar su nulidad *ipso jure* con sustentación en lo establecido



en los Artículos 44, párrafo segundo, y 175, primer párrafo, ambos de la Constitución Política de la República.

La defraudación de una norma constitucional por medio de un fraude de ley, no solo podría darse en actos propios del Derecho Privado, sino también en actuaciones de Derecho Público. El fraude a la Constitución puede acaecer no solo en actos judiciales sino también en actos de la administración pública. Por ello y en resguardo a la supremacía constitucional y su eficacia operativa, es atinente al caso concluir que toda autoridad judicial o administrativa puede, en resguardo del principio y de los mandatos que al legislador constituyente inspiraron al emitir la preceptiva contenida en los Artículos 44, 175 y 204 de la Constitución, determinar la existencia de acto fraudulento realizado en perjuicio de una norma imperativa o prohibitiva expresa de la Constitución. Tal determinación no requiere el que deba agotarse un proceso previo para declarar la existencia del fraude. Requiere únicamente determinar éste, y el acto en el que se declare aquella existencia puede ser de control administrativo o judicial por medio de los recursos administrativos y los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios que pudiesen considerarse idóneos para enervar la sanción que conllevaría aquella determinación, en resguardo de las garantías contenidas en el Artículo 12 constitucional.

Precisado lo anterior, esta Corte entra a conocer los motivos de agravio esgrimidos en amparo en relación con la improcedencia de determinación de “*fraude de ley*”, por parte de la coalición política UNE-GANA, como sigue:

A. En relación con la argumentación de que previo a la determinación de concurrencia de fraude de ley, la candidata a Presidente de la República propuesta por la coalición política UNE-GANA debió haber sido citada, oída y vencida en proceso legal ante Juez o tribunal competente y preestablecido, tal argumento no puede acogerse, pues según quedó establecido precedentemente, para la determinación de un fraude de ley, y con mayor relevancia aún si éste no es tal sino un fraude a la Constitución, no se requiere para declarar el acto como fraudulento, el agotamiento del proceso judicial previo a que alude la coalición solicitante de amparo. Vale aquí decir que lejos de evidenciarse violación del debido proceso en la determinación de fraude de ley que se cuestiona



mediante amparo, se ve que la coalición política UNE-GANA ha estado en posibilidad jurídica de acceder a aquella garantía constitucional, pues ha tenido plena oportunidad de interponer los recursos pertinentes contra el acto administrativo que contiene la determinación de concurrencia de fraude de ley, a efecto de enervar la decisión contenida en dicho acto.

El que la solicitante de amparo ha estado en aquella posibilidad jurídica y con base en ella haya ejercido su derecho de defensa respecto de la decisión denegatoria de inscripción del binomio presidencial propuesto por dicha coalición, es lo que permite concluir que no existe la violación, en caso concreto, de las garantías contenidas en el Artículo 12 constitucional en perjuicio de la solicitante de amparo, y menos aún de su candidata presidencial. En este punto, y derivado de los argumentos que la tercera interesada, Sandra Julieta Torres Casanova, esgrimió tanto al apelar la sentencia dictada en primera instancia de este proceso, como en la vista de la sentencia impugnada, es atinente traer a colación lo dispuesto en la sentencia de diecinueve de octubre de mil novecientos noventa (Expediente 280-90), fallo en el que se determinó que respecto de la violación denunciada del derecho a la audiencia debida de los candidatos (personas individuales) propuestos por una coalición de los partidos políticos es efectivo que la postulación a determinados cargos (Presidencia y Vicepresidencia de la República y diputados) se haga de manera exclusiva por intermedio de aquellas organizaciones de Derecho Público, y por éstas o por los comités cívicos electorales para otros cargos como lo son los concejos municipales, de manera que la *"pretendida individualización que supone el reclamo, implicaría desconocer el carácter de los partidos políticos, que son "medios para determinar la política nacional" (Constitución italiana); "concurrer a la formación de la voluntad política del pueblo" (Ley Fundamental de Bonn) y "del sufragio" (Constitución francesa); "expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política" (Constitución española). Siendo capital el papel de los partidos en la organización de los procesos electorales, es correcto lo asentado en la sentencia que se examina, de que 'el derecho a ser electo que tienen los ciudadanos guatemaltecos es un derecho que no puede ejercitarse en forma autónoma e independiente', puesto que el mismo se*



canaliza por los partidos políticos y los comités cívicos electorales, que [son los que] tienen la legitimidad para representar a las personas individuales que por disposición de la ley tienen unificada personería en una entidad". Se concluye en ese fallo que "Por estas razones de beneficio general, es que el derecho de audiencia, previsto en el Artículo 12 constitucional, queda garantizado por medio de las partes debidamente acreditadas en cada caso o sus legítimos representantes, puesto que por ello dispone el Artículo 213 de la ley precitada que 'La solicitud de inscripción de candidatos, debe ser presentada ante el Registro de Ciudadanos, por los representantes legales de las organizaciones políticas que los postulen". La invocación de ese precedente jurisprudencial es atinente para evidenciar que no existen las violaciones constitucionales denunciadas por la tercera interesada, Sandra Julieta Torres Casanova. De cualquier manera, frente al derecho político que la tercera interesada considera afrentado, cabe resaltar que "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática" (Artículo 31.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Importante resulta transcribir los votos razonados concurrentes de los magistrados Alejandro Maldonado Aguirre, Gloria Patricia Porras Escobar y Héctor Efraín Trujillo Aldana:

VOTO RAZONADO CONCURRENTE.

Aprobé la ponencia original por su parte resolutive, pero por las motivaciones que siguen:

-A-

La sentencia que declara sin lugar la solicitud de amparo planteada por la coalición de los partidos políticos Unión Nacional de la Esperanza (UNE) y Gran Alianza Nacional (GANNA), por el rechazo de la inscripción de la planilla de candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República a participar en el proceso electoral recién abierto, es correcta y debe confirmarse.



En cuanto deduzca la contravención constitucional por haber existido vínculo conyugal (que se ubica dentro del parentesco legal) es legítima la aplicación de la norma prohibitiva contenida en el inciso c) del Artículo 186 de la Constitución Política de la República, y esta es razón suficiente para declarar la improcedencia del amparo.

La parte considerativa, en la cual determina la existencia de un fraude de ley, carece de soporte probatorio, puesto que hace descansar su conclusión de supuestos imaginativos que también pudieron orientarse en sentido completamente contrario. Esta apreciación no puede ser compartida conforme la interpretación valorativa que debe proteger la libertad íntima de la vida humana.

-B-

La cuestión clave que debe conocerse en la apelación de la sentencia que denegó el amparo solicitado por la alianza electoral de los partidos políticos Unidad Nacional de la Esperanza (UNE) y Gran Alianza Nacional (GAN), por el rechazo del Director General del Registro de Ciudadanos de la inscripción de la planilla de candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, conformada, respectivamente, por Sandra Julieta Torres Casanova y José Roberto Díaz-Durán Quezada, radica en la fundamentación jurídico-constitucional del acto reclamado y su adecuada o no adecuada adjudicación al caso concreto que ha dado lugar a la controversia. Para esto será necesario revisar la secuencia que se inicia desde la resolución de rechazo de la inscripción de la planilla indicada, confirmada en su fondo por las dos intervenciones requeridas al Tribunal Supremo Electoral, tanto por la nulidad planteada como por el recurso de revisión que hubo de conocer a petición de la parte inconforme. Finalmente, el debate y discurso jurídicos sucedidos en el proceso de amparo tramitado y resuelto en la primera instancia.

Desde la perspectiva constitucional, los fundamentos del acto tenido por gravoso podrían ser acertados, desacertados, o inocuos. De ahí que, para obtener un mayor grado de convicción del veredicto, el proceso se encuentra dotado de los medios de corrección y de impugnación que permitan a las partes agotar su defensa. Hacia esta posibilidad tiende el análisis definitivo, esto es: concluyente, a cargo del órgano que,



por su naturaleza, constituye la última instancia que dirime la controversia. En este supuesto, el tribunal de hallar eficaces los razonamientos recurridos, los confirmaría; de suponerlos equívocos, los revocaría o modificaría; y, de comprobar su inoperancia, los reorientaría hacia otros resultados revestidos de certeza constitucional. Explica este conjunto de alternativas del fallo, la necesidad de estudiar el caso tratando de agotar todas las posibilidades lógicas planteadas por las partes como las que surjan de la experiencia del juzgador.

-C-

En la parte de "resultandos" se ha redactado el resumen de las actuaciones producidas tanto en sede de la jurisdicción electoral como las ocurridas en la primera instancia del amparo que se examina. La decisión del Registro de Ciudadanos culminó con el rechazo de la inscripción solicitada por la mencionada coalición electoral de partidos políticos, que postuló para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República a disputar en el presente proceso electoral. Puntos focales de esa resolución fueron: **1°.)***"que el fraude de ley, por el divorcio que se llevó a cabo, en el presente caso está plenamente consumado, ya que la intención del mismo fue evadir la prohibición constitucional relacionada, con el agravante que la ley que se trata de burlar, es la propia Constitución de la República."* y **2°.)***"que la prohibición constitucional comprende todo el período presidencial, por lo que, aún cuando en este momento se pretenda hacer valer el divorcio el vínculo matrimonial existió durante los tres primeros años en los que la señora Torres Casanova de Colom fungió como Primera Dama y por ende sus efectos no pueden quedar interrumpidos bajo ningún punto de vista; de donde la prohibición contenida en la literal c) del Artículo 186 de la Constitución Política de la República de Guatemala, constituye una prohibición expresa para la postulación de la señora Torres Casanova."*

Los dos fundamentos anteriores fueron confirmados por el Tribunal Electoral en la resolución del "recurso de nulidad" y luego en la del "recurso de revisión". Esta decisión, que mantuvo el fondo y la forma de la denegatoria de inscripción de la señora Sandra Julieta Torres Casanova como candidata a Presidente de la República, y, por vinculación, la del señor José Roberto Díaz-Durán Quezada como candidato a la



Vicepresidencia de la República, constituyen el agravio que denuncian los partidos políticos postulantes de la acción de amparo de la que conoció en primera instancia la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, y que concierne, ahora, resolver en apelación a la Corte de Constitucionalidad.

La sentencia apelada sostiene como razonamientos clave los que se resumen en fragmentos textuales de la resolución: *"(...) el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder, propio de los sistemas republicanos de gobierno, se encuentra establecido en nuestro ordenamiento constitucional, específicamente en el Artículo 187, en el cual prohíbe la reelección de la persona que haya desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de Presidente de la República, o bien la perpetuación indirecta de su ejercicio, por medio de los parientes establecidos en el citado inciso c), delimitándolo al período de su mandato constitucional; y, además, se pretende evitar situarlos en una posición de ventaja frente a sus otros contendientes en un proceso electoral, con lo cual se contravendría el principio constitucional de igualdad." [...] "Este Tribunal considera que, si bien es cierto, al momento de presentación de la solicitud de inscripción del binomio relacionado, el estado civil de la señora Torres Casanova era de soltera, también lo es que mantuvo el vínculo matrimonial con el Presidente de la República desde el inicio del período de su mandato constitucional, hasta el siete de abril de dos mil once, fecha en la que obtuvo la disolución judicial de su matrimonio; lo cual significa que su posición de esposa del mandatario de la Nación, la adquirió desde que asumió el poder, realizando las funciones propias a su status de Primera Dama de la Nación; por lo tanto, este Tribunal independientemente de la legalidad del divorcio relacionado, al efectuar una interpretación extensiva en la que se toma en cuenta el contenido valorativo y finalista del Artículo 186 inciso c) de la Constitución Política de la República, concluye que la señora Sandra Julieta Torres Casanova tiene prohibición para el cargo de Presidente de la República (...)" [...] "...el Director General del Registro de Ciudadanos emitió la resolución (...) determinó la existencia de fraude de ley, y para el efecto consideró: '... según declaraciones del señor Presidente da decisión de divorciarse de su esposa, doña Sandra Julieta Torres Casanova, fue para permitir que ella aspire a la Presidencia, que ello obedece al interés del país, que es superior al de su matrimonio, que esta decisión es difícil pero se tomó para evitar presiones al*



sistema de justicia, que no hay prohibiciones para que Sandra se postule, la decisión del divorcio se tomó paralelamente de participar como candidata presidencial.' Por su parte la señora Torres Casanova expuso en una entrevista que se le hizo 'yo estoy muy contenta y él está muy contento de que yo esté participando'. Todo lo cual pone de manifiesto que el divorcio se llevó a cabo con el propósito de evitar la prohibición contenida en el Artículo 186 de la Constitución le vedaba a doña Sandra Julieta Torres Casanova de Colom optar a la Presidencia de la República en las próximas elecciones generales de dos mil once, circunstancias que evidencian el fraude de ley contemplado en el Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial y que se ha consumado a plenitud en el presente caso...' [...] En lo que atañe al fraude de ley, la Corte estima que constituye un fundamento válido de la denegación de la inscripción de la candidatura en cuestión, puesto que supera el escrutinio legal de rigor."

-D-

Habiendo persistido durante el desarrollo procesal, tanto en la vía administrativa como jurisdiccional del Tribunal Supremo Electoral, y luego ponderados en la constitucional que conoció en primer grado, instituciones jurídicas de gran relevancia para la cuestión planteada, es necesario reflexionar sobre aquellas que tuvieron una incidencia vital para resolver el caso. De manera que deben examinarse esas instituciones jurídicas, tanto constitucionales como ordinarias, invocadas durante el indicado proceso político-electoral que subyace al planteamiento del amparo examinado.

En primer término, por el orden argumentativo, debe estudiarse la inhabilitación decretada en razón del señalado fraude de ley a la ciudadana proclamada a la candidatura a la Presidencia de la República por la coalición de partidos ya citada.

La prohibición para optar a los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente o Vicepresidente de la República, cuando este último se encuentre ejerciendo la Presidencia, está contenido en el inciso c) del Artículo 186 de la Constitución Política de la República. Sobre este punto, la coalición de los partidos UNE-GANA ha reiterado su argumento de que, conforme el Artículo 21 de la Ley del



Organismo Judicial, la cónyuge no está comprendida en la prohibición por no formar grado de parentesco con el esposo. Este asunto fue aclarado por interpretación de la Corte de Constitucionalidad en la Opinión Consultiva de dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, Expediente 212-89, publicada en la Gaceta XV, expresando al respecto: "*el vocablo 'dentro' involucra con absoluta certeza al cónyuge*". Esta tesis no ha variado y no existe ni se percibe argumentación que contradiga la lógica judicial de su intelección, por lo que debe permanecer invariable para el caso analizado.

Respecto a las causas y efectos de un divorcio es obligado acudir a su regulación contenida en la legislación de Derecho privado. El Código Civil de Guatemala (Decreto-Ley 106) preceptúa en sus Artículos: **153:** *El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio;* **154:** *La separación de personas, así como el divorcio, podrán declararse: 1° Por mutuo acuerdo de los cónyuges; y 2°. Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada.- La separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio.;* y **161:** *Es efecto propio del divorcio la disolución del vínculo conyugal (...)*

En el expediente de solicitud de inscripción de las candidaturas aludidas consta la certificación veintitrés millones cuatrocientos setenta y nueve mil cuatrocientos setenta y tres (23479473) extendida por el Registro General de las Personas, Melchor de Mencos, Petén, Registro de las Personas, Certificado de Nacimiento de Sandra Julieta Torres Casanova, en cuya anotación "E" se asienta: "*El (la) inscrito (a) se divorció de Alvaro Colom Caballeros, el 7 de abril de 2011, mediante sentencia emitida por el Juzgado Segundo de Familia, según inscripción de divorcio número 3975. Guatemala, 25 de abril de 2011.*" Otras "Razones" del Registro mantienen vigente esa anotación "E".

Conforme este documento público, que hace plena prueba, se concluye que al siete de abril de dos mil once, quedó disuelto el matrimonio civil de Sandra Julieta Torres Casanova con Alvaro Colom Caballeros, como efecto de lo dispuesto en los Artículos 153 y 159 del Código Civil.



En el estudio “Divorcio por presentación conjunta de los cónyuges” de la jurista argentina María Eugenia Itzigshon de Fischman, expone: *"El procedimiento admitido por el Artículo 67 bis [ley 17,711: reformas al Código Civil –ley 2393] permite que el juicio correspondiente se sustancie dentro de la mayor discreción procesal, sin publicitar enconos ni rencores. Se basa, además, en el reconocimiento de dos importantes principios jurídicos: el del respeto mutuo del Juez y las partes, y el de vigencia del valor de la voluntad."* (Enciclopedia Jurídica OMEGA, Apéndice, Tomo I. Driskill, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1979)

Las citadas resoluciones del Director General del Registro de Ciudadanos y las de Tribunal Supremo Electoral cuestionan la efectividad del señalado divorcio aduciendo que el mismo fue obtenido *"en fraude de ley"*, por lo que, en el fondo, desconocen su validez por pretender con su declaratoria judicial eludir una prohibición constitucional, precisamente la contenida en el mencionado Artículo 186 inciso c). El tribunal del amparo apelado consumó esta apreciación.

La Dirección del Registro de Ciudadanos, competente para, decidir la inscripción o no de las candidaturas a los cargos objeto de la correspondiente convocatoria, como se ha visto, tuvo dos razonamientos principales para decidir el rechazo de la solicitud formulada por la coalición de los partidos UNE-GANA: el primero y principal (por el despliegue argumentativo que lo fundamentó) hace imputación a un fraude de ley, que presume por la lectura de algunas informaciones de prensa, cuya fuente no cita con precisión ni indica si tuvo a la vista otras clase de elementos legales de prueba que sustentaran su convicción por la que juzgó y decidió acerca de la "intención" de los sujetos de una gestión de divorcio por acuerdo mutuo.

La parte amparista alega que el Director General del Registro de Ciudadanos del órgano electoral incumplió con la obligación de dar audiencia a la proclamada candidata a la Presidencia de la República, por lo que contravino el principio de audiencia y debido proceso que tutela el derecho de defensa de las personas. Este cuestionamiento no tiene efectividad, por no ser ese el caso, pues corresponde a la autoridad calificadora de una petición admitir o rechazar conforme la misma documentación que los interesados aporten con su solicitud. En esta situación, el



mencionado funcionario resolvió conforme las facultades que le reconoce el Artículo 155 inciso e) de la Ley Electoral y de Partidos Políticos. Precisamente para revisar la legalidad de su actuación la citada ley prevé los llamados recursos de nulidad y de revisión, de los que conocerá el Tribunal Supremo Electoral.

No obstante, se evidencia que esa autoridad, al resolver sin medios de prueba idóneos, no observó los principios jurídicos indicados por Itzigshon, puesto que ignoró que, en materia de divorcio por mutuo consentimiento, no hay obligación de explicarle al Juez ni éste tiene derecho a pedirlos, los motivos de los esposos para obtener la disolución absoluta del vínculo matrimonial. Este principio de mutuo respeto del Juez y las partes se traduce en la estricta privacidad de la decisión, que no tiene que ser divulgada para que el Tribunal resuelva una solicitud sin expresión de causa. Más grave resulta la ruptura de la solemnidad probatoria, al pretender demostrar los motivos de un divorcio por mutuo acuerdo con informaciones periodísticas, cuya fuente no se identifica en ninguna de las instancias, ni menos que aquellas reproduzcan con exactitud las expresiones atribuidas a las personas.

Por otra parte, tampoco tuvo miramiento del principio jurídico del valor de la voluntad, que es parte de la esencia humana; esto es, el libre albedrío de la persona individual, que es ínsita del concepto de la dignidad. Tal enunciado se traduce en que los individuos, en tanto dotados de dignidad, tienen cosas suyas que forman parte de su intimidad y merecen el respeto de los demás.

Esto resulta porque para que se produzca la imputación se deben enlazar tanto la norma positiva con el acto de voluntad que pretenda ubicarse dentro de los parámetros de la regla jurídica. Si ésta perfila las condiciones, el sujeto de la pretensión tratará de cumplirlas. De acertar con ellas obtendrá la tutela que demanda; más si no coinciden, la autoridad del Estado no la acogerá. El albedrío del sujeto le garantiza el derecho de petición y el poder del Estado está investido de la obligación de resolver su consecuencia jurídica. Esto es precisamente lo que ha ocurrido en el caso: los cónyuges solicitaron la disolución de su matrimonio por libre consenso y no estaban legalmente obligados a subyugar su voluntad ante terceros. Tampoco estaba legal ni



moralmente facultado el Poder Público para indagar la intimidad de su decisión, sin atropellar a la persona que es dueña de sí misma.

La prejuiciosa suposición de que la "*intención*" del divorcio por mutuo acuerdo fue la de "eludir" una prohibición, cuando de igual manera, basándose en apreciaciones personales pudo haberse presumido lo contrario, de que tal intención era para "*subsumir*" los requisitos de la norma, confirma la disyuntiva de resolver por una creencia irracional lo que podría tener un propósito racional. De ahí el riesgo de decidir sustentados en conjeturas; no en hechos probados. Pero estos recelos radican en olvidar tan a menudo que la mala fe se prueba y no se presume. También, con más frecuencia de lo que se cree, se olvida que el matrimonio se sustenta en la igualdad de derechos de los contrayentes, que les dota de voluntad propia para decidir que cualquiera de los que forman pareja tenga libertad para desplegar su carrera, su profesión, su arte o su vocación social o política. ¿Acaso es imposible que, sin merma del respeto y del afecto que se guarden, no les resulte propio que cada quien tome su camino? Esta libertad de decisión es aún más necesaria si ha de recordarse la vergonzosa sumisión que la mujer por siglos tuvo en el matrimonio, expuesta a ser repudiada a voluntad de la pareja sin que ella pudiera optar a su propia realización.

El divorcio por mutuo consentimiento o por causa determinada fue reconocido en Guatemala durante el gobierno de Mariano Gálvez, cuando fue promulgado el decreto legislativo de diecinueve de agosto de mil ochocientos treinta y siete, y, aunque se cree equívocamente que esas instituciones prevalecieron, el Código Civil de 1877 (gobierno de Justo Rufino Barrios) retornó a una posición más conservadora. La forma de disolución voluntaria se recuperó con el Decreto Gubernativo 484 de doce de febrero de mil ochocientos noventa y cuatro (gobierno de José María Reina Barrios) y ha permanecido en el Código de mil novecientos treinta y tres y en el vigente.

La unión conyugal, antes del cristianismo, como en Grecia o Roma, podía ser disuelta por voluntad unilateral del marido, a quien bastaba repudiar a su pareja. Esto sin contar con las costumbres que admitían la poligamia que permitía al varón estar ligado con varias esposas. Estas condiciones de subyugación de la mujer prevalecieron en la Edad Media y aun en la Moderna postrevolucionaria. La fuerza del Estado confesional



se mantuvo tanto tiempo, que en países como España, Italia o Argentina, el divorcio fue reconocido hasta años muy recientes. Inclusive durante décadas mantuvo como causal una condición de desigualdad para la mujer (la infidelidad) que hubo de revisarse recientemente. No obstante, con el reconocimiento del divorcio por mutuo consentimiento, que es un avance desde aquellos tiempos en que solo era admisible por causal determinada, las parejas pueden disolver el vínculo según su libre voluntad sin tener que explicar a nadie la finalidad u objeto de su decisión. Es pertinente destacar, como lo señala Éric Fuchs, que *"la diferencia importante se halla en que hoy las parejas esperan encontrar la felicidad, pero una felicidad que sea a la vez común y que preserve los derechos de cada uno de los miembros de la pareja."* [Amor familiar y conyugalidad, Diccionario de Ética y de Filosofía Moral, FCE, México 2001, Tomo I, página 72] De suerte que esa especie de moralina subyacente por un acto íntimo de voluntad no deja, en el fondo, de reflejar aquella perniciosa tendencia de invadir la vida privada y de especular acerca de sus motivaciones. Debe dejarse a salvo que esta prerrogativa de disponer de sus actos no está exenta de la autoridad de los magistrados cuando se afecten intereses de terceros o el orden público, pero guardando siempre el más completo respeto al principio de que se juzga por evidencias responsables y ciertas y no por sospechas de una intención, que como en el caso examinado, bien pudo conducir a otra hipótesis, completamente distinta de la que conjeturaron las autoridades que conocieron.

En tales normativas, el divorcio por mutuo consentimiento o de libre acuerdo conservó los principios esenciales: a) respeto del Juez y las partes y b) vigencia del valor de la voluntad. En el caso que se analiza en el proceso de amparo, estos principios han sido abatidos, después de un siglo y medio, por una autoridad que se permite sospechar la intención maliciosa del divorcio y, a la vez, irrespetar un acto de voluntad libre y legítima. Como se ha anticipado, la inscripción de la candidatura del caso tiene interdicción por una pura interpretación finalista y coherente de la temporalidad en que existió el parentesco que inhabilita para optar a la candidatura en mención, pero nunca por presumirse un fraude de ley extraído de una conjetura y no en una certeza probada.

No cabe ninguna duda ni puede haber vacilación alguna para que el Tribunal constitucional imponga su autoridad para preservar el orden constitucional, que es tanto como defender el principio de supremacía de la voluntad nacional plasmada en una norma jurídica real y en consecuencia de obligado cumplimiento. En este deber, es claro que debe apoyarse en los valores inspiradores del *"bloque de constitucionalidad"*, que tanto en su expresión interna como en los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, sostienen la idea de la dignidad moral de la persona individual. De manera que frente a la coyuntura de incursionar en el ámbito del libre albedrío personal, resulta peligroso que la autoridad deduzca propósitos o intenciones que no provengan de hechos probados y reales y no de simples intuiciones, o, aún peor, de conjeturas externas o deformaciones de la voluntad efectiva de los individuos. Lo previene Recaséns Siches, citando a Stuart Mill, quien atribuía a la garantía jurídica de la libertad la defensa del sujeto de la abusiva presión social que amenaza con aplastar su individualidad. (Estudios de Filosofía del Derecho, UTEHA, México, 1946, Tomo I, página 230) Esa es tarea que concierne en sentido prioritario a la magistratura de lo constitucional, especialmente cuando la dialéctica poder-libertad ya no corresponde, como lo entendía el constitucionalismo clásico, solo a vigilar la coerción del Estado, porque ahora la actividad del ser humano es controlada por poderes privados que también podrían incurrir en excesos contra el principio de dignidad de la persona individual. Se debe entender que ese valor lo proclama el Preámbulo de la Constitución *"afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social"* y se hace positivo en los Artículos 1º., 2º., 3º., 4º., 5º., y toda la normativa interna y externa protectora de los derechos humanos.

Ligando el acto del divorcio voluntario con la prohibición contenida en el inciso c) del Artículo 186 de la Constitución podía haber una interpretación, basada siempre en la presunción de buena fe, que indujera a suponer que la intención de disolver el vínculo matrimonial fue para *"cumplir"* con su condición habilitante. Por contrario, también pudo tener una interpretación diferente: esta sería que la intención fue la de *"evadir"* la prohibición constitucional que inhabilitaba para optar al cargo de Presidente de la República. En este último supuesto, la mala fe no podía presumirse sino debía ser probada.



-E-

Para demostrar la diferencia subjetiva que determinó la aserción en el acto reclamado de la existencia de un fraude de ley, es necesario acudir y comentar el suceso político histórico de la designación ordenada por la Corte de Constitucionalidad del Presidente y del Vicepresidente de la República. (Auto de cuatro de junio de mil novecientos noventa y tres, Expediente 225-93)

En su función esencial de defensa del orden constitucional, previsto en el Artículo 268 de la Constitución Política de la República, se ha señalado por la crítica nacional e internacional, como caso emblemático, la solución asumida por la Corte de Constitucionalidad para restaurar el orden quebrantado por la falta permanente del Presidente y del Vicepresidente de la República, causada por el golpe de Estado dado por el Presidente de la República al emitir un Decreto denominado "*Normas Temporales de Gobierno*", cuya nulidad absoluta fue declarada por Sentencia del Tribunal. Consecuencia de la acefalia de poder legítimo del Organismo Ejecutivo, la Corte resolvió: "*el Congreso de la República debe proceder: a) a designar a la persona que desempeñe el cargo de Presidente de la República. Para el efecto se fija el plazo de 24 horas a fin de que dicho organismo cumpla con esta resolución; b) en su oportunidad designe al Vicepresidente de la República conforme lo que dispone la Constitución...*" Esta resolución estuvo apegada estrictamente a lo regulado en la parte final del Artículo 189 y el 192 ambos de la Carta Magna. No podía ser de otra manera, por estar previstos los supuestos de la falta permanente de tales dignatarios. Estaba implícito que, tratándose del restablecimiento del orden constitucional quebrantado, el mandamiento del intérprete supremo de la Constitución, incluía, por coherencia, estricta, que las personas a ser designadas debían cumplir los requisitos establecidos en el Artículo 185 y carecer de impedimento constitucional de los previstos en el Artículo 186 del citado texto. Absurdo sería suponer que el específico guardián de la Constitución pudiera ordenar cosa distinta. Así, el Congreso de la República realizó la designación del ciudadano Ramiro de León Carpio, quien no tenía limitación constitucional de elegibilidad y tomó posesión inmediatamente. Posteriormente, como lo preceptúa el Artículo 192 citado, por terna enviada por el Presidente de la República



al Congreso de la República, este Organismo procedió a designar al ciudadano Arturo Herbruger Asturias, quien, para no incurrir en causal de inhabilitación constitucional, previamente había presentado su renuncia al cargo de Magistrado del Tribunal Supremo Electoral, del cual había sido días antes su Presidente. El abogado Arturo Herbruger Asturias, que participó como candidato en la sesión del Congreso de la República en que se designó al Presidente de la República, había renunciado previamente ante este mismo organismo a su cargo de Magistrado del Tribunal Supremo Electoral, condición que resultaba necesaria a la luz de la expresa prohibición contenida en el Artículo 186 inciso g) de la Constitución Política de la República, cuyo texto literal es el que sigue: **Artículo 186 Prohibiciones para optar a los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República.** No podrán optar al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República: g) Los magistrados del Tribunal Supremo Electoral."

Durante la trigésima primera sesión ordinaria de cinco de junio de mil novecientos noventa y tres, celebrada por el Congreso de la República, ese Organismo conoció la renuncia presentada por el ciudadano Arturo Herbruger Asturias del cargo de Magistrado Propietario del Tribunal Supremo Electoral, que, en un quórum de ciento once diputados, fue aceptada por ciento seis votos, emitiéndose el Acuerdo 8-93 del Congreso de la República. En el punto 7 del acta, se hizo constar que la Secretaría anunció la Elección de Presidente de la República. En la votación efectuada, el licenciado Ramiro de León Carpio obtuvo sesenta y cuatro votos, y el licenciado Arturo Herbruger Asturias, cincuenta y uno. No habiéndose producido la mayoría de dos tercios de votos, se decidió repetir la votación. El Diputado Jorge Skinner Klée anunció que Herbruger Asturias declinaba su participación como candidato a Presidente de la República. En esa misma sesión se procedió a dar posesión al Presidente designado por el Congreso de la República. Lo importante a destacar de este acontecimiento, es que, durante el debate acerca de las candidaturas, no hubo ningún señalamiento ni reparo a la elegibilidad del licenciado Arturo Herbruger Asturias y es probable que la prensa escrita no haya recogido ninguna objeción a su elegibilidad, primero como Presidente de la República, y, después, a su elegibilidad y efectiva designación como Vicepresidente de la República. Resalta que no se manifestó duda acerca del acto



previo de renuncia al cargo de magistrado del Tribunal Supremo Electoral, ni se le sindicó de haber renunciado en fraude de ley. Tampoco se registra impugnación por vía de amparo o de inconstitucionalidad a su designación.

¿Cómo fue posible que existiendo la prohibición señalada de elegibilidad de un Magistrado del Tribunal Supremo Electoral para los cargos de Presidente o de Vicepresidente de la República se hubiere operado la designación sin quebrantar el orden constitucional? Simplemente situando el caso dentro del supuesto jurídico, esto es, por subsunción del hecho en el marco jurídico previsto en el Artículo 186 inciso g). Aquí es donde funcionarían las reglas de la interpretación objetiva, que debe sustentarse en datos ciertos que califiquen o presuman la intención del sujeto de la imputación. El acto de renuncia al cargo se entendió como un deber de cumplir, no de eludir, la norma. Significa que una situación semejante queda expuesta, si no existe objetividad, a entenderla de diferente manera: a un sujeto se le beneficia con la presunción de que actúa de buena fe, que no necesita probarse; a otro se le condena, con la presunción de que actúa de mala fe, que debiendo ser probada, no lo fue por los medios legales. Es precisamente la disyuntiva que aprecia Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero planteándose el problema fundamental de la concepción subjetiva u objetiva del fraude, en que los partidarios de la primera exigen algún tipo de intencionalidad. [Ilícitos atípicos, Editorial Trotta, 2a. edición, Madrid, 2006, página 76] Es de suponer, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, eminentemente tutelar de la libertad dentro del orden, que la disputa entre la calificación o descalificación del estatus de opción, el juzgador realiza una operación paralela a cuando utiliza la analogía, debiendo entonces interpretar con base en hechos probados o ciertos. Es decir,, que el juzgador debe estar consciente del riesgo que su juicio puede ser certero o puede ser falaz, coyuntura que solo puede moderar su íntima objetividad, o sea despojado de la presión de lugares comunes externos del proceso. Situaciones como éstas son las que confirman el sentimiento de la "*soledad del Juez*", que decide por la justicia y no por la publicidad.

La notabilidad del licenciado Arturo Herbruger Asturias había sido patente por su merecida fama como jurista y su independencia del poder gubernamental de la época,



al haber concurrido con su voto dando trámite a un amparo contra el Presidente de la República, aplicando el principio de supremacía de la Constitución de 1945 (Artículo 172) frente a una norma ordinaria (Artículo 98 del Decreto 900, Ley de Reforma Agraria). Esta conducta motivó el Decreto 945 del Congreso de la República, por el cual lo destituyó como Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y a otros tres magistrados que la integraban. [Ver Ángel Valle Girón: Enfrentamiento suscitado entre los 3 Organismos del Estado. Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, Enero-Julio 2002, No. 44] La reconocida calidad jurídica de Herbruger Asturias y su indudable valor e integridad personal, abonan el criterio de que, al haber salvado un escollo de orden constitucional para su elegibilidad a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, lo hizo para cumplir un requisito habilitante de la norma aplicable al caso. Debe advertirse, respecto de las falacias que se improvisan para defender o atacar alguna interpretación, que pudiera argüirse que el precedente citado no es aplicable, porque la designación realizada por el Congreso de la República resolvía una cuestión distinta, esto es, que las prohibiciones del Artículo 186 son impedimentos para un proceso electoral normal y no para una designación congresal por vacancia absoluta de los titulares. Un enfoque así conduciría entonces a la posibilidad de "designar" a un golpista, un reeleccionista, un pariente de los cesantes en aquellos cargos, un miembro del Ejército que estuviera en activo, o un ministro de religión o culto. Esto es que el voto de los diputados tendría más poder que el propio precepto constitucional. En consecuencia, la renuncia del magistrado del Tribunal Supremo Electoral, en ese acontecimiento, no tuvo nunca la intención de burlar una prohibición constitucional, sino la de ubicarse dentro de las condiciones de elegibilidad previstas por la norma suprema.

Por un precedente como el relatado, es que, para determinar la existencia de un "*fraude de ley*", no basta deducir la "*intención*" de datos o informaciones especulativos, sino debe partir de hechos probados, obtenidos por medios procesales legítimos, que otorguen certeza a la conclusión. De lo contrario, se abren cauces peligrosos para los actos de las personas, expuestos a ser interpretados no por pruebas sino por deducciones subjetivas. Esto podría suceder, por ejemplo, al suponer que un matrimonio civil ha sido contraído en fraude de ley para que uno de los cónyuges



obtenga la comunidad de bienes o la eventual calidad de heredero del otro. Así, grave sería que la jurisdicción constitucional permitiera que la imaginación o la suspicacia de las autoridades deduzca fraudes de ley de hechos que no tengan soporte fáctico probado, como ocurría, por caso, que *"imagine"* o *"deduzca"* que la intención de la totalidad o la mayoría de accionistas de una persona jurídica mercantil, cuando constituyan otras entidades relacionadas con el giro principal, tienen en mente *"eludir"* normas que obligan a la progresividad de impuestos; o de las responsabilidades patronales frente a obligaciones laborales; o la de sustraer el patrimonio real que pudiera responder por posibles demandas judiciales. Esto, porque la autoridad bien podría interpretar lo contrario: que la constitución de nuevas sociedades tendería a fines legítimos, como la eficiencia empresarial, la división del trabajo, la subespecialidad de funciones, etcétera. Esto es, que para determinar la causa o el motivo de un acto será siempre necesario apoyarlo con datos objetivos, obtenidos por medio de prueba legal, cierta e identificable.

Como conclusión de lo estimado en este apartado, no puede tenerse como acertada la tesis originada por el Director General del Registro de Ciudadanos en el quinto considerando de su resolución, y convalidada por confirmación, por el Tribunal Supremo Electoral, de *"que el fraude de ley, por el divorcio que se llevó a cabo, en el presente caso está plenamente consumado, ya que la intención del mismo fue evadir la prohibición constitucional relacionada, con el agravante que la ley que se trata de burlar, es la propia Constitución de la República."* porque dicha aseveración no fue establecida por ningún elemento probatorio, legal y legítimamente obtenido dentro del proceso de la solicitud de inscripción de las candidaturas a Presidente y Vicepresidente de la República proclamadas por la coalición de los partidos políticos Unidad Nacional de la Esperanza –UNE- y Gran Alianza Nacional –GANAN- a participar en las elecciones convocadas para el presente proceso de elecciones generales.

-F-

Por la responsabilidad que la justicia constitucional tiene de hacer explícito el orden de valores fundamentales, se hace necesario abordar el tema del fraude de ley. Desde luego, como suele ocurrir en el Derecho, existen diferentes escuelas de interpretación

de los fenómenos jurídicos. En Guatemala, el doctor César Landelino Franco López ha escrito el libro *El Acto Simulatorio y el Fraude de Ley* (Editorial Fénix, 2008), en el que distingue la interpretación restrictiva del neocapitalismo de tipo liberal-individualista de la interpretación publicista, más acorde la última con los fines sociales que favorece la valoración extensiva. La Corte de Constitucionalidad, para el caso de las simulaciones (formalmente distintas del fraude de ley) de contrato en el orden laboral, ha aplicado el principio de realidad que se impone frente a la formalidad de textos que encubren su verdadera naturaleza. Sin embargo, para resolver sobre tales engaños, no los ha deducido por intuiciones o sospechas sino se ha fundamentado en hechos probados, por ejemplo: la renovación periódica de los contratos, la relación vertical entre los contratantes, el tipo de labor realizado. De manera que en el Tribunal no se ha relevado de certeza probatoria, obtenida por medios lícitos, el decidir acerca del elemento subjetivo "*intención*" para calificar la verdadera naturaleza de un acto. Acerca del fraude, de los que el autor señala como célebres "*los... fiscales o tributarios en el mundo moderno.*" (Página 131), afirma: "*Es innegable que quien invoque haber sido perjudicado con el fraude **deberá demostrarlo** y probar los daños concretos que dice haber sufrido.*" (Página 130) (El énfasis es agregado, para hacer notar que la demostración de la intención aleve es, como cuestión de debida sustentación de un fallo, un presupuesto jurídicamente obligado). Este tema de la necesidad de prueba de circunstancias de carácter subjetivo, es sumamente sensible si los tribunales, orientados por fallos de las Cortes superiores, empiezan a tener como fuente de certeza de sus resoluciones declarativas o de condena, supuestas informaciones recogidas por medios de prensa que ni siquiera son citados por su denominación e indicación de fecha en que hayan sido publicados. Situación de mayor riesgo sería cuando se aluda a cuestiones como "*los fraudes al consumidor*" o de los "*actos societarios in fraudem legis, en sentido genérico, [tales] la transmisión de acciones nominativas que encierran una donación inoficiosa (...) la creación de una sociedad al solo efecto de cambiar el estatuto legal de transmisión de los bienes en caso de muerte, aplicando el estatuto societario en lugar del estatuto imperativo de las sucesiones.* [Páginas 132 y 133] Además de los ejemplos citados, el autor menciona: "*Pensamos en el fraude en las importaciones y exportaciones, en el fraude tributario, en*

el fraude publicitario, en el fraude en la concurrencia y caeremos en la cuenta del enorme atractivo que semejante libertad adquiere y justificando los excesos libertarios en el temor a los jueces, a su discrecionalidad, cuando no a su corrupción o venalidad." [Página 160] En síntesis, cuando los órganos de la jurisdicción electoral resolvieron acerca del "*ánimo*" del fraude, sin tener a la vista un elemento probatorio idóneo, y además lo confirma el máximo tribunal de justicia, se abre la puerta para que esta doctrina cobre autoridad para los tribunales subalternos y empiecen las declaratorias de fraude de ley por presumir la intención por el resbaladizo camino de las pesquisas psicológicas.

El riesgo que se advierte deriva porque el tema pueda ser tratado a base de apreciaciones muy personales, pero alejadas del rigor probatorio que es exigible en cualquier decisión sobre el destino de otros, que tienen el mínimo derecho de quedar enterados de la forma cómo se ha estimado acerca de su intimidad. En particular, cuando una institución jurídica puede, por el encanto o lo sugestivo de las palabras, convertirse en un mito genial. Valga como previsión que en materia del ejercicio de los derechos humanos fundamentales, el poder de acusar y de juzgar no puede ser arbitrario sino cauteloso y ponderado). Por esto es que debe tenerse siempre presente, cuando se acusa y cuando se juzga, que, según Robert Alexy, debe recordarse que "*quien propone a otro que acepte un enunciado, lo debe aceptar él mismo*", principio ético que se amplía con palabras suyas: "*La generalización debe ser doble: por un lado, los enunciados se dirigen a cualquiera (en la correspondiente situación) y, por otro lado, lo que se dice en los enunciados se debe decir 'en general', sin utilizar nombres propios.*" [Teoría de la argumentación jurídica. Palestra editores, Lima 2007, páginas 214 y 215]

Tiene razón el autor Franco López (ya citado) de la increíble frecuencia con la que suceden actos simulatorios y el fraude de ley, especialmente en las áreas económicas que él señala; sin embargo, esa percepción no debe prevalecer como base de prueba para sindicar acerca de las intenciones de una persona sin tener a la vista elementos de convicción ciertos y seguros. Aun cuando en la materia existe una línea teórica que determina el fraude de ley no por la intención sino por el resultado (tesis objetivista)



esto no puede aplicar respecto de derechos fundamentales cuya valoración debe ser reforzada, por la tutela constitucional. Este principio duro de reconocimiento de los derechos inherentes a la persona cuando la infracción a la intimidad resulta en actos vejatorios a una mujer (o a un hombre) a quienes se destroza como jamás se había hecho con alguien.

Obiter dictum, apareciendo este vejamen y teniendo la Corte entre sus obligaciones velar por la paz social y la fraternidad humana, es necesario alertar que nuestra legislación reprueba el odio impulsado por conductas prejuiciosas, y que la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga *"el respeto a los derechos o a la reputación de los demás"* (Artículo 13.2.a). Asimismo, la *"Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones"*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y uno –Resolución 36/55- resolvió que *"Todos los Estados adoptarán medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural"* (Artículo 4.1).

En el fraude de ley se configuran dos elementos jurídicos: a) la norma de cobertura y b) la norma defraudada. Frente a estas dos, es necesario que el resultado prohibido debe ser expreso y claramente predecible, porque para determinar la infracción la norma eludida tiene que estar revestida de la condición propia del principio de legalidad: el precepto debe ser claro y explícito. De donde si para establecer la temporalidad o el plazo de su enunciado, deba acudir a la analogía o a la interpretación (no del sujeto de la imputación sino de la autoridad o del juzgador, que pueden realizar su tarea completando la norma imprecisa bien por un método extensivo u otro restrictivo) no puede endilgarse una intención engañosa frente a una norma que, al no fijar expresamente el tiempo en que limita a los sujetos indicados, como sí lo hacen otras disposiciones del mismo Artículo, éstos son inocentes de la deficiencia normativa. No pueden cargar con la culpa del legislador que emitió una norma incompleta. En



síntesis: no podría declararse sin más una "intención" fraudulenta, sino, en todo caso, una prohibición a la pretensión del solicitante.

El concepto de que al gobernado no debe cargársele las imprecisiones del legislador que ha dictado la norma, la ha recogido la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, en la que ha sostenido, *"la idea de que no es exigible agotar un medio que no tiene adecuada conceptualización se fortalece en la jurisprudencia comparada recordando la Sentencia 139/1996 del Tribunal Constitucional de España, que en uno de sus fundamentos expresó: 'Es cierto que de manera constante hemos señalado que los recursos que deben utilizarse para agotar la vía judicial son los que sean razonablemente exigibles y que cuando la determinación del recurso procedente requiere un razonamiento excesivamente complejo no puede exigirse al ciudadano que supera esas dificultades.'* [Sentencia de nueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, Expediente 552-98, Gaceta 50] En sentencia de esta Corte del cuatro de abril de dos mil tres, se asentó: *"(...) tal yerro, sin embargo, ocurrió como antes se concluyó por este Tribunal, por imprecisión legal y por una falta de depuración previa en cuanto al tema por los propios jueces de la jurisdicción ordinaria, lo que implica que tal situación no puede operar en su contra para negarle, el amparo, pues como esta Corte lo ha considerado, invocando jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español 'cuando la determinación del recurso procedente requiere un razonamiento excesivamente complejo no puede exigirse al ciudadano que supere esas dificultades de interpretación.'* [Expediente 147-2003]

Es evidente que en los casos citados, esa interpretación *pro hominis, favor libertatis y pro accione*, aplicada por la Corte de Constitucionalidad en su deber de tutelar los derechos fundamentales, partió de una exigencia para el ciudadano de tener que interpretar, con mayor razón corresponde tenerla en cuenta, a favor del mismo, cuando en lugar de precepto –aunque fuere de difícil intelección- se encuentra con una palmaria omisión, como de la que adolecen son incisos c) y f) del meritado Artículo 186 constitucional.

En conclusión: de dos elementos del fraude de ley: a) la norma de cobertura y b) la norma defraudada, resulta que la segunda, en el caso examinado, no estableció, como



otras del mismo Artículo, una temporalidad o plazo para hacerse claramente exigible. Así, ¿de dónde la gratuita sindicación de un fraude a una norma incompleta?

-G-

El segundo argumento también originado en la resolución de rechazo del Director General de Ciudadanos, se resume en el extracto parcial del considerando sexto de la citada resolución de veintinueve de junio de dos mil once, que a la letra dice: [...] *"que la prohibición constitucional comprende todo el período presidencial, por lo que, aun cuando en este momento se pretenda hacer valer el divorcio el vínculo matrimonial existió durante los tres primeros años en los que la señora Torres Casanova de Colom fungió como Primera Dama [cargo o calidad inexistente en la legislación guatemalteca] y por ende sus efectos no pueden quedar interrumpidos bajo ningún punto de vista; de donde la prohibición contenida en la literal c) del Artículo 186 de la Constitución Política de la República de Guatemala, constituye una prohibición expresa para la postulación de la señora Torres Casanova."*

El Tribunal Supremo Electoral al conocer el recurso de nulidad indicado en autos, en el considerando quinto, aunque de forma escueta, comparte el razonamiento anterior, con el texto siguiente: : *[la norma] debe ser interpretada acorde a la temporalidad del parentesco, es decir, que, su prohibición prevalece durante el período presidencial, que en el presente caso aún no ha finalizado y sobre lo cual no tiene ninguna incidencia el acto de disolver el vínculo matrimonial que subsistió durante los primeros tres años de gestión presidencial."*

Asimismo, ese Tribunal confirmó tal criterio al resolver el recurso de revisión planteado por la coalición de partidos UNE-GANA, expresando en el considerando segundo: (...) *Este Tribunal enfatiza que no aplicó retroactividad de la norma antes citada objeto de análisis, puesto que la prohibición de optar a la Presidencia de la República a los sujetos de imputación de dicha norma; es que la misma no pierda su sentido y aplicabilidad para todos aquellos que en cualquier tiempo incluyendo situaciones anteriores a la solicitud de inscripción, en congruencia con la temporalidad del parentesco, hubieren estado comprendidas en la prohibición prevista en el Artículo 186*



literal c) de la norma suprema, durante el período en que los dignatarios hayan fungido, como tal."

La Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal Extraordinario de Amparo, en el segmento de sus consideraciones de apoyo a su sentencia (la apelada) compartió los criterios anteriores, de los que conoció en la primera instancia del amparo instado.

El Artículo 136 en su inciso b) de la Constitución, que se ha invocado por la parte amparista como apoyo a la pretensión de que se inscriban las candidaturas a Presidente y Vicepresidente de la República proclamadas en las convenciones respectivas de los partidos políticos coaligados (UNE-GANA) reconoce en efecto el derecho de la persona apta para elegir y ser electa. Desde luego, ese derecho, como todos, no tiene carácter absoluto, puesto que contiene límites razonables establecidos por el legislador constituyente, y que, en esencia, son las mismas prescripciones de normas de derecho internacional de los derechos humanos. Para el caso, las establecidas en los Artículos XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El impedimento de elegibilidad de los parientes en los grados de ley, semejante al del Artículo 186 inciso c) de la actual Constitución, proviene en la historia constitucional guatemalteca, de la reforma por adición al Artículo 66 de la Constitución de la República vigente desde 1879, decretada el once de marzo de mil novecientos veintiuno, que se redactó con el texto que sigue: "*Prohíbese también la elección de los parientes del Presidente de la República dentro del 4º grado de consanguinidad o 2º de afinidad y la de los Secretarios y Subsecretarios de Estado para suceder al primero, en el período inmediato siguiente.*" Tal impedimento, por reforma del veinte de diciembre de mil novecientos veintisiete, quedó ubicado en el inciso 4º. del Artículo 65 formulada en estos términos: "*El que fuere pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Presidente de la República, del Designado o de la persona encargada de la Presidencia, que se encontrare en cualquiera de los casos a que se refiere el inciso anterior [al hacerse la elección o que la hubiere ejercido en los seis meses anteriores o parte de ellos]*" En la reforma del once de julio de mil novecientos treinta y cinco se mantuvo en los mismos términos siempre en el inciso 4º del Artículo

65. El Decreto 17 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, emitido el veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, mantuvo la proscripción en el Artículo 3° que dispuso: *"Ninguno de los miembros de la Junta Revolucionaria de Gobierno podrá ser postulado candidato ni electo Presidente de la República para el próximo período constitucional. Esta prohibición, que constituye un compromiso irrevocable e ineludible de la Junta Revolucionaria de Gobierno para con el pueblo de Guatemala, se hace extensiva a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, y a los miembros del Gabinete."* El Artículo 131 de la Constitución de 1945, preceptuaba: *"Artículo 131.- No podrán ser electos para el cargo de Presidente de la República: d) Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Presidente, del encargado de la Presidencia y del Jefe de las Fuerzas Armadas;"* Esta norma fue presentada en la 24ª Sesión de la Asamblea Constituyente celebrada el 26 de febrero de 1945, conforme lo registra el Diario de Sesiones, en la forma como se reproduce parcialmente: EL R. SECRETARIO FORTUNY: (...) *"Entonces ahora viene el que será Artículo 3, dice así: (Lee) 'No podrán ser electos Presidente: (...) d) Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente, Vicepresidente o de la persona encargada de la Presidencia y del Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas; (...) A discusión el Artículo en general"* EL R. PRESIDENTE: *"Hay que tomar en consideración que se alude tres veces al Vicepresidente, del que debemos hacer caso omiso. Ahora con las mismas salvedades se pone a discusión el Artículo."* [Por una cuestión previa planteada por el Representante García Bauer se aplazó la discusión]. En la 25ª Sesión de veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco se dio lectura al Artículo pendiente, habiendo quedado aprobado el texto, incluyendo el citado inciso d). En el curso de estas sesiones, no hubo intervención de los diputados constituyentes que permitan conocer los fundamentos, siendo probable que éstos hayan sido expresados en el seno de la comisión redactora, llamada *"de los quince"*, cuyas actas no se tienen a la vista. La única referencia que proporciona un indicio razonable del espíritu de la prohibición contenida en el inciso d) es la intervención del Representante Secretario Rölz Bennett, quien al plantear una adición (que no fue aceptada) dijo: *"De otra manera se dejan abiertas las puertas para que puedan llegar a ese alto puesto personas muy allegadas"*

al Presidente." Acerca de esta intervención del diputado alude Clemente Marroquín Rojas en Crónicas de la Constituyente del 45 [Guatemala, 1955, página 73]. En la 35ª Sesión de los días 9 y 10 de marzo de 1945 quedó aprobado por la Asamblea el texto del Artículo 131 definitivo que aparece en la Constitución de ese año. (Ver Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1945, *Edición Facsimilar, Tipografía Nacional, Guatemala, 2006*, páginas 554, 556 y 842). El impedimento se mantuvo en el inciso c) del Artículo 161 de la Constitución de la República decretada el dos de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, preceptuando: "*Los parientes legales del Presidente, del encargado de la Presidencia, del caudillo o jefes a que se refiere el inciso a)*" La Constitución decretada el quince de septiembre de mil novecientos sesenta y seis continúa esa prohibición en el inciso 5°. del Artículo 184: "*Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente y del Vicepresidente de la República, cuando este último se encuentre ejerciendo la Presidencia, y los de las personas a que se refiere el inciso 1° de este Artículo.*" Con relación a la vigente disposición prohibitiva, consta en el Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente que en su 581. Sesión Plenaria, del veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y cinco, le fue presentado por la Comisión Redactora, presidida por el diputado Ramiro de León Carpio, el proyecto de Capítulo III Organismo Ejecutivo, en el cual, como Artículo 179 inciso 3°. Se introdujo el texto que sigue: "*Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente y Vicepresidente de la República y este último ejerza la Presidencia y los de las personas a que se refiere el inciso primero de este Artículo.*" En la 60a. Sesión de dicha Asamblea, celebrada el nueve de abril de mil novecientos ochenta y ocho, que fue sometido y aprobado con modificaciones de forma. En el Diario indicado, se reproduce ese momento: "*EL R. PRESIDENTE DE LEON CARPIO: A discusión el inciso 3°. LA R. SECRETARIA MEJÍA DE RODRÍGUEZ: No habiendo discusión, se pregunta a los señores Representantes si se aprueba en su texto original. (Signos afirmativos) Hay mayoría, queda aprobado.*"

Con el historial de la legislación constituyente de la institución examinada, que resulta escueto por no haberse hallado la fuente ideológica de las deliberaciones, debe acudir a su interpretación finalista, armónica y coherente para determinar la razón



que inspiró la restricción a los parientes legales del Presidente o del Vicepresidente de la República a su elegibilidad durante las elecciones que habrían de practicarse durante el ejercicio de estos de sus cargos. Esa interpretación la hizo la Corte de Constitucionalidad asentando: "*(...) aparte de que la prohibición aludida en el inciso c) del Artículo comentado se refiere claramente a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, el vocablo 'dentro' involucra con absoluta certeza al cónyuge, no solo porque el parentesco liga a las personas por su procedencia de un tronco común que se origina por excelencia en el matrimonio, sino porque sería inadmisibles que la prohibición alcanzara a los consanguíneos de éste — que no lo sean del otro cónyuge—y que el esposo o la esposa, según el caso, quedara simplemente excluido de la prohibición, logrando con ello eludir la finalidad de la misma, que consiste en evitar la transmisión dinástica o nepótica del poder o de que un candidato a un cargo de elección popular pudiera participar en el evento electoral en condiciones de igualdad que el sistema democrático adopta.*" [Opinión Consultiva 16 de noviembre de 1989, Expediente 212-89, Gaceta XV, página 1]

-H-

Como consecuencia de lo analizado en el anterior apartado, es necesario despejar lo relativo a la temporalidad de aplicación del precepto prohibitivo que se examina. En el caso de la opción a los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, el Artículo 186 establece limitaciones para su elegibilidad, algunas de forma terminante y otras de carácter temporal. Entre las primeras se entienden inelegibles, y por ello vedadas de participar en cualquier evento electoral, los sujetos comprendidos en la prohibición absoluta prevista en el inciso a), que se refiere al caudillo y los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que haya alterado el orden constitucional y quienes como consecuencia de tales hechos hubieren asumido la Jefatura de Gobierno. De igual manera, se entiende una prohibición de por vida la establecida en el párrafo primero del Artículo 187 *ibid*, que regula el principio de alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, quedándole vedado a "*quien lo haya desempeñado durante cualquier tiempo*". En las segundas, de prohibición temporal, se encuentran claramente delimitadas las establecidas en el



inciso d) que hace referencia a los ministros de Estado que hubieren fungido como tales dentro de los seis meses anteriores a la elección; las del inciso e) que impide la participación a los militares que no hubieren obtenido su situación de baja o retiro antes de cinco años de la fecha de la convocatoria a elecciones. No se prescribe expresamente tiempo para los casos de los incisos c) que prohíbe la elegibilidad a los parientes dentro de los grados de ley del Presidente o del Vicepresidente de la República que funjan en el período en que se celebren las elecciones; lo mismo ocurre en cuanto a los sujetos del inciso f) que trata de los ministros de cualquier religión o culto, y los del inciso g), expresamente los magistrados del Tribunal Supremo Electoral, últimos que manejando la institucionalidad electoral es obvio que entraban en el impedimento específico.

En la situación planteada, que es la opción a los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República de quienes se encuentren comprendidos en la hipótesis del inciso c) del Artículo 186 de la Constitución Política de la República, aun cuando no se regula el tiempo en que dicho vínculo constituye un obstáculo constitucional para la aspiración a tales cargos, debe entenderse, conforme el sentido finalista de la Carta Magna, que tal prohibición ha sido establecida para realizar otros preceptos constitucionales garantistas de la pureza electoral, lo que incluye la igualdad en las condiciones de participación, que el legislador constituyente presume alterado por la preferencia que el poder público, encarnado en la Presidencia o la Vicepresidencia de la República, puede tener acerca de sus parientes legales. Aparte ello, como lo afirmó la Corte de Constitucionalidad en su Dictamen de treinta y uno de julio de mil novecientos noventa, tienden a influir en la decisión de lectores algunos factores, mencionando: "*(...) Desde luego debe advertirse que tales correctivos solamente cubren una parte del problema, en tanto no se corrijan (y esta es cuestión de la evolución jurídica de ese nuevo Derecho electoral que se va perfilando) otras formas ventajistas de competir electoralmente, como es la de adelantar las campañas con tanta anticipación que solamente quienes disponen de mayores recursos pueden tener presencia continuada, la de utilizar significativa e intencionalmente los bienes públicos para promociones personales que conducen luego a candidaturas, y el riesgo del excesivo poder que puede transferirse a las empresas de comunicación social que pueden influir en la*



promoción de la imagen pública de los candidatos y de los partidos por medio de una supuesta información aparentemente no contabilizada, con la que pueden favorecer a unos e ignorar a otros de manera arbitraria." En el citado Dictamen se ejemplificó con un antecedente apropiado de jurisprudencia extranjera, en esta forma: *"Ese Derecho electoral que se va formando procura garantizar la competitividad de los partidos y las agrupaciones, como lo declaró el Tribunal Constitucional de Alemania Federal, en relación con las elecciones de 1976 para el Bundestag, en que el Gobierno Federal se lanzó a la campaña electoral, realizando su propia publicidad, que el Tribunal consideró como una violación del principio de igualdad de oportunidades en la contienda electoral(Artículos 21 párrafo 1 y 38 párrafo 2, de la Ley Fundamental). [Expediente 90-90, Gaceta XVII, página 3]*

A estos precedentes jurisprudenciales que son suficientemente explícitos para justificar la restricción a los vinculados por parentesco legal, debe agregarse la aplicación de las normas previsoras contenidas en la Constitución Política de la República para controlar que el ejercicio del poder no desajuste el principio de que se gobierna para todos los habitantes del país y que la autoridad pública no puede favorecer a partido político alguno. Tales bases resultan, al menos, de las siguientes normas supremas: Artículo 154, segundo párrafo: *"Los funcionarios y empleados públicos están al servicio de Estado y no de partido político alguno."* Artículo 182, párrafo tercero: *"El Presidente de la República, juntamente con el Vicepresidente, los Ministros, Viceministros y demás funcionarios dependientes integran el Organismo Ejecutivo y tienen vedado favorecer a partido político alguno."*

En las respectivas resoluciones del Director General del Registro de Ciudadanos, del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte Suprema de Justicia se hizo estimación del elemento temporal del precepto prohibitivo y se coincidió que la interdicción por parentesco abarcaba todo el tiempo en que existió ese vínculo con el Presidente de la República, desde que tomó posesión del cargo. Esta apreciación es correcta en sus efectos, no obstante que no se hizo motivación o razonamiento del por qué se computaba desde ese lapso y no simplemente desde la convocatoria que abrió el proceso electoral. Esta omisión argumentativa de la primera instancia obliga a explicar



lo que, a criterio de esta Corte, hace que la prohibición aplique por el vínculo sostenido durante el ejercicio presidencial, parcial o completo.

Citando un precedente interpretativo, contenido en el Expediente de esta Corte 280-90), que por su anterioridad pone de manifiesto que no hace referencia a persona alguna, es evidente que la restricción a las opciones de los parientes determinados en el Artículo 186 inciso c) de la Constitución, afecta a todos los que lo hayan sido durante el período de ejercicio del mandatario, en cualquier tiempo anterior o posterior a la convocatoria a elecciones que deba sucederlo. El citado Dictamen, en la parte atinente, sustentó: *"es indudable que, existiendo una presunción de derecho de que el parentesco predispone o prejuicio en situaciones concretas, es lícito, para alcanzar el grado de autenticidad en una elección, establecer limitaciones al mismo, como lo hace la legislación constitucional guatemalteca. (Artículo 186 inciso c)"*

-I-

Conforme los hechos y consideraciones que constan en autos, no es correcta la síntesis de las autoridades reclamadas y que confirmó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia apelada, que coincidieron en señalar un fraude de ley inexistente, tanto porque sustentaron su tesis en calificar la intención de la presidenciable al obtener su divorcio por libre decisión compartida por su cónyuge (norma de cobertura), como porque no advirtieron que el inciso c) del Artículo 186 de la Constitución (norma supuestamente eludida) es un precepto incompleto o imperfecto que solo por ejercicio interpretativo pudo ser adjudicado al caso concreto.

Determinado por el intérprete constitucional que la temporalidad de la prohibición establecida en el inciso c) del Artículo precitado, abarca el vínculo que el pariente legal (que también por interpretación incluye al cónyuge), haya tenido con el Presidente de la República, resultó acertado que se denegara la inscripción de las candidaturas a Presidente y Vicepresidente de la República proclamadas por la coalición de los partidos políticos Unión Nacional de la Esperanza (UNE) y Gran Alianza Nacional (GANNA).



Por estas razones la sentencia en amparo apelada debe ser confirmada, con las modificaciones necesarias por lo considerado por esta Corte de Constitucionalidad.

Los Artículos 44 y 46 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad imponen la obligación de decidir sobre la carga de las costas al postulante y la imposición de multa a los abogados que lo patrocinen. En el presente caso no se debería condenar en costas a la coalición de partidos políticos postulante y tampoco se impondrá multa a los abogados patrocinantes porque para emitir el fallo fue necesario sustentarlo en la función hermenéutica del Tribunal, lo que determina la buena fe de la amparista como la de sus defensores jurídicos.

Como corresponde, este voto se notificará juntamente con el fallo en referencia.

Guatemala, ocho de agosto de dos mil once.

ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE

PRESIDENTE

EXPEDIENTE DE APELACIÓN DE SENTENCIA EN AMPARO DOS MIL NOVECIENTOS SEIS – DOS MIL ONCE (2906-2011)

VOTOS RAZONADOS CONCURRENTES

Aprobamos la sentencia emitida de esta fecha, dentro del expediente formado por apelación de sentencia en el amparo promovido por Jairo Joaquín Flores Divas, en calidad de Representante Legal de la Coalición de los Partidos Políticos Unidad Nacional de la Esperanza -UNE- y Gran Alianza Nacional -GANAN- contra el Tribunal Supremo Electoral, pero por los motivos expresados dentro del voto razonado concurrente emitido por el Magistrado Alejandro Maldonado Aguirre.

Guatemala, ocho de agosto de dos mil once.

GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR
MAGISTRADA

HÉCTOR EFRAÍN TRUJILLO ALDANA
MAGISTRADO

El razonamiento utilizado por la Corte de Constitucionalidad, plantea con mayor autoridad y claridad lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, al sostener en la propia sentencia que la labor intelectual del Juez, no deben de quedar fallados los contenidos normativos de la Constitución por medio de una interpretación positiva como un mero acto de pura lógica, sino por el contrario el conflicto jurídico-político, debe de dilucidarse sin dejar pasar por alto, el contenido realista y dinámico de la sociedad, teniendo que llegar el intérprete constitucional, a proporcionar el sentido correcto de la norma constitucional el cual debe de ir orientado al momento de la realización de la labor hermenéutica, a la finalidad de la norma que se interpreta. Con ello se determina que el postulado de Dworkin al que se hizo referencia anteriormente en el que este afirma que los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o de grupo”, efectivamente se reflejan en la sentencia referida, los principios que se ponderaron fueron los mismos que ponderó la Corte Suprema de Justicia, Derecho de Igualdad y Alternatividad en el ejercicio del poder. Principios que se encuentran en la Constitución Política. Y el principio de supremacía constitucional.

En cuanto al fraude de ley, si es importante fijar mi postura dentro de este trabajo, y para ello resalto lo manifestado por Puig Peña, al decir que el fraude de ley, «*in fraudem legis*», se produce o tiene lugar cuando se utilizan las normas de colisión para practicar un acto, ciertamente permitido por la ley extraña, pero con la intención de evitar los rigores, las formalidades o las prohibiciones de la ley nacional. El fraude de ley supone una conducta desarrollada por medio de dos elementos: un elemento objetivo, caracterizado por la efectiva realización de actos aisladamente válidos, pero que en su conjunto lleva un resultado absolutamente prohibido por la ley; y un elemento subjetivo caracterizado por la intención que mueve al agente a realizarlo, es decir,, el deliberado propósito de sustraerse a la norma que le veda refugiándose tras el texto de la ley para violarla en su espíritu.¹⁵⁶

¹⁵⁶F. Puig Peña, Ob. Cit. Pág. 165 y 166

El fraude de ley, se encuentra dentro de los que Miguel Atienza¹⁵⁷ denomina, ilícitos atípicos. Entendidos estos como acciones que *prima facie*, están permitidas por una regla, pero que, una vez consideradas todas las circunstancias, deben considerarse prohibidas. El cambio de estado deóntico (el paso de permitido a prohibido) tiene lugar en virtud de un proceso argumentativo en el que se pueden distinguir dos formas, dos mecanismos, para ampliar el campo de lo ilícito. Uno es el de la analogía, en el que cabe distinguir los supuestos de analogía *iuris* y analogía *legis*. En ambos supuestos se trata de la existencia de una laguna normativa en el nivel de las reglas (la acción está, *prima facie*, permitida, en el sentido de que no resulta subsumible en ninguna regla prohibitiva); el cambio de estado deóntico se produce, en los supuestos de analogía *legis*, por la semejanza que el caso no regulado tiene con otro u otros casos en los que opera una regla prohibitiva; y la justificación es que las razones (el balance entre principios) que justifican la prohibición en estos últimos casos se dan también en relación con el caso que aparecía como no regulado: o sea, dicho balance entre principios exige la generación de una nueva regla prohibitiva en el que subsumir el caso en cuestión. En los supuestos de analogía *iuris*, la generación de la nueva regla prohibitiva viene exigida directamente por el balance entre los principios del sistema aplicables al caso, aun cuando no hay regla prohibitiva aplicable a casos semejantes. El segundo tipo de mecanismo al que obedece por ejemplo el fraude de ley, opera de la siguiente manera: el punto de partida no es la existencia de una laguna normativa, sino de una permisión expresa: la acción está *prima facie* permitida, en el sentido de que hay una regla regulativa que la permite; el cambio en su estado deóntico se produce como consecuencia de que la subsunción del caso en dicha regla permisiva resulta incoherente con el balance entre los principios del sistema aplicables al caso (el caso constituye, pues, una laguna axiológica del sistema de reglas) y ese balance exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva en la que subsumir el caso. Los ilícitos atípicos plantean, en consecuencia, una situación distinta a los conflictos entre las reglas o entre principios, pues lo que ellos suponen es un conflicto entre reglas y principios (fraude de ley) o entre falta de reglas y principios (analogía).

¹⁵⁷M. Atienza, y J. Ruiz Manero, *Ilícitos Atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Editorial Trotta S.A., Madrid, España, 2000, Pág. 44 y 45

El acto del divorcio como tal, no puede ser señalado de haberse realizado en fraude de ley, pues este cumplió con las formalidades que señala la ley sustantiva y adjetiva civil, para gravitar en el mundo del derecho. No es este el motivo, causa o acto susceptible de ser señalado en fraude de ley, sumado a ello, si este acto constituye un ilícito atípico, el competente para señalarlo o calificarlo así era un Juez ordinario y no el Director General de Ciudadanos, ni la Corte de Constitucionalidad, por lo que el voto razonado concurrente del Magistrado Maldonado se acerca más a una aplicación del derecho sin sesgo político-ideológico. ¿Por qué en 1993 siendo Magistrado del Tribunal Supremo Electoral el abogado Arturo Herbruger Asturias, si fue designado Vicepresidente de la República, recayéndole la prohibición establecida en el Artículo 186 literal g) de la Constitución Política de la República? El hecho que haya renunciado y esta renuncia haya sido aceptada; el que haya sido designado y no electo; y la ausencia de intencionalidad de no evadir una norma por parte del ciudadano, no significa que no haya existido la posibilidad de un fraude de ley. ¿Por qué? Si renunció fue precisamente para que no recayera en él la prohibición que señala la Constitución Política de la República para poder optar el cargo de Vicepresidente, sin embargo fue otra la interpretación que se le da al caso concreto de 1993, porque así lo requirió ese momento histórico político del país, se había dado un rompimiento al orden constitucional y democrático del Estado, y su designación no fue por mandato popular, sino por designación del Congreso de la República, y allí al momento de ponderar el caso, prevaleció el restablecimiento del orden constitucional, democrático e institucional del país, versus el fraude de ley.

Vemos como las Reglas son interpretadas mecánicamente, por medio de la subsunción, como forma o método tradicional y versus los Principios en cuya interpretación se utiliza la ponderación no como un método mecánico, sino como un método en donde el Juez realiza una labora intelectual, que le permite colocar los derechos en conflicto en una posición que prevalecerá el de más peso, el que incide positivamente no solo para una persona sino para el resto de la población.



CASO RÍOS MONTT

¿Porque me voy a referir a este caso? Es un caso que para nuestro país genera controversia y por ello se hace difícil, como lo dice Ronald Dworkin, y este es aún más porque en un momento histórico con una misma norma suprema vigente, se interpreta de manera contraria a lo establecido en el Artículo 186 constitucional.

El 16 de agosto de 1990, el Departamento de Organizaciones Políticas del Tribunal Supremo Electoral presentó al Director del Registro de Ciudadanos, informe que en su parte conducente dice: "...que en virtud de la prohibición expresa contenida en el Artículo 186 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el candidato postulado por la coalición formada por los partidos políticos Partido Institucional Democrático (PID), Frente de Unidad Nacional (FUN) y Frente Republicano guatemalteco (FRG) para ocupar la Presidencia de la República en las elecciones generales del once de noviembre de mil novecientos noventa, no puede optar a la misma por el impedimento ilegal insalvable que tiene para ello; dada su improcedencia, sugiero al señor Director denegar la solicitud de inscripción del candidato postulado por la citada coalición"; el Director General del Registro de Ciudadanos, con base en el informe anterior, resolvió el 22 de agosto de 1990 "l) Denegar la solicitud de inscripción del General José Efraín Ríos Montt como candidato a la Presidencia de la República a la cual no puede optar en virtud de la prohibición expresa contenida en el Artículo 186 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Lo anterior fue debidamente ratificado por la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha 19 de octubre de 1990, sin embargo esta misma Corte, integrado por otros magistrados en el año 2003, con criterios y formas de interpretación totalmente distintas en sentencia de fecha 14 de julio de 2003, ordena la inscripción del General José Efraín Ríos Montt, como candidato a la Presidencia de la República.

La sentencia referida de 1990, emitida por la Corte de Constitucionalidad, al denegar el amparo, argumentó lo siguiente: "El debate de fondo del caso analizado radica en la justa interpretación de la Constitución Política de la República y su correcta aplicación.



Por ello, esta Corte, consistente con juicios anteriores emitidos en asuntos diversos, parte de la afirmación del principio de constitucionalidad, que reconoce que la Constitución es una norma que incorpora los valores y principios esenciales de la convivencia política que conforman todo el ordenamiento jurídico. No existe un derecho o una situación preconstitucional ya consumados para que el ciudadano José Efraín Ríos Montt opte al cargo de Presidente de la República porque no se produce una aplicación casuística o retroactiva de la Constitución a su persona, puesto que, dado el carácter normativo de ésta, la prohibición se refiere a la opción que se planteare posteriormente a su vigencia, la cual por la presunción general del conocimiento de las leyes, se le supone enterado desde su inicio, el catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis. Al respecto se cita al Tribunal Supremo de España (Sala Quinta), en sentencia del seis de octubre de mil novecientos ochenta y seis, que asentó que "la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico, pues solo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del Artículo 9.3 de la Constitución cuando incide sobre relaciones consagradas y afectas a situaciones agotadas, porque lo que prohíbe el citado Artículo es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos, ya producidos, de situaciones anteriores". La prohibición contenida en el Artículo 186 inciso a) ha figurado históricamente en el sistema constitucional guatemalteco, aunque en la actual Constitución la prohibición se enfatizó al utilizar el tiempo verbal en pretérito perfecto, para que la alteración del orden constitucional se refiera a la de cualquier orden y no únicamente al presente, seguramente como una forma efectiva de defender el Estado de Derecho. Resulta inapropiado oponer una norma general, la del Artículo 15 de la Constitución, a la especial contenida en el Artículo 186, puesto que siendo de la misma jerarquía, deberá preferirse la específica, tal como también se haría respecto de otras normas que se basan en situaciones anteriores a la vigencia de la Constitución, pero que habrían de ser relevantes en cuanto al orden vigente, tales como las previstas en los Artículos 37, 67, 108, 122 inciso b), 123, 150, y los transitorios: 3, 4 y 16, de la misma Constitución, ya que es, como asienta la Corte Suprema de Justicia en la sentencia apelada, una ley de aplicación inmediata...En el Dictamen de esta Corte, que se refiere al cargo de



Diputado al Congreso de la República, pronunciado el veinticuatro de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, en el expediente ciento setenta y dos guion ochenta y ocho, publicado oportunamente en el Diario Oficial, se citaba lo que en lo conducente se transcribe: ""El enfoque dado por Emilio Recorder de Casso, que debidamente matizados por las diferencias de nuestro sistema, ilustra este dictamen. El tratadista dice así: "En cuanto a los efectos, ya Duguit indicaba que la inelegibilidad produce el resultado de hacer nula la elección, mientras que, por el contrario, cuando existe incompatibilidad, la elección es regular y válida, aunque aquel cuya función es incompatible con el mandato legislativo debe optar dentro de un cierto plazo tras su confirmación. En nuestros días Mortati señala que inelegibilidad quiere decir impedimento jurídico para convertirse en sujeto pasivo de la relación electoral, es decir, para ser elegido y que la incompatibilidad, en cambio, presupone en el elegido la posesión de todos los requisitos necesarios para considerar válida la elección."" La cita anterior resulta apropiada para establecer la distinción doctrinal y legal que existe entre la opción por incompatibilidad (el titular escoge o decide entre uno y otro cargo) y la inelegibilidad, esto es cuando se carece de la titularidad jurídica para acceder a un cargo por prohibición categórica al mismo. Se ha pretendido jugar con el concepto "optar" desglosándolo de la correspondiente acción, con lo cual se desconoce la base de toda conducta humana, que tiene su elemento cualitativo en su esencial intencionalidad, y así con falacia se pretende aislar la acción de su consecuencia. Precisamente porque la acepción más apropiada para el caso de la dicción "optar" es la de "entrar en la dignidad, empleo u otra cosa a que se tiene derecho", no podría desvincularse el vocablo de esa condición jurídica, por lo que es palmario que cuando existe una prohibición absoluta o categórica para asumir la titularidad, lo que hay es una causa de inelegibilidad, puesto que un derecho subjetivo se suele definir como la "facultad moral inviolable sobre una cosa mía"; es moral, porque no se trata de un poder físico, del más fuerte; e inviolable, porque implica como contrapartida la obligación de los demás, incluyendo a los que detentan la fuerza, a plegarse a ese derecho subjetivo, ya que si se prohíbe lo más (acceder al cargo) se prohíbe lo menos (inscribirse como candidato al mismo) . Pero esto debe conectarse no solo en cuanto a la intelección de las prohibiciones objetivas relacionadas, sino en cuanto al conjunto de



los valores, principios y normas que contiene la Constitución. Entre ellos, tomándola como de singular importancia, la paz, y la necesidad de "un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al derecho", por lo que la interpretación no podría conducir a la distorsión de un proceso electoral, -que es un acto popular que debe estar revestido de absoluta certeza, seguridad y claridad puesto que la única vía que la democracia tiene para el ejercicio del poder es la de la representación por medio de elecciones legítimas, lo cual consiste en que únicamente tienen derecho a optar por ese medio quienes no estén comprendidos en las expresas prohibiciones de ley.

En esta sentencia, se determina que la Corte de Constitucionalidad, utilizando no las Reglas, sino los Principios de Retroactividad, el ontológico del Derecho a *maiore ad minus* (como razonamiento argumentativo) y el de la alternatividad en el ejercicio de poder.

Ahora bien, en el año 2003 la Corte de Constitucionalidad, por medio de la sentencia de fecha 14 de julio de 2003 dentro del expediente 1089-2003, se aparta de la anterior tesis, y declara que si debe de inscribirse al General Efraín Ríos Montt, bajo los argumentos siguientes: "Adoptando jurisprudencia que emitió el Tribunal Constitucional Español, se afirma que la función del Tribunal Constitucional, aunque vinculada de modo necesario a la política estatal, es específica y rigurosamente jurisdiccional y, por ende, ajena a consideraciones de conveniencia, interés público u otras que excedan los estrechos límites de la interpretación y aplicación jurisdiccionales del Derecho de la Constitución; pero de ese Derecho considerado como un todo, el cual comprende no solo las normas, sino también, y principalmente los principios y valores de la Constitución y del Derecho Internacional aplicables, particularmente del Derecho de los Derechos Humanos, lo cual obliga al Tribunal a mirar más allá de los textos, en busca de su sentido, de su armonía contextual, de la racionalidad y razonabilidad del propio Derecho Constitucional y de las normas y actos subordinados a él, de su congruencia con otras normas, principios o valores fundamentales, de su proporcionalidad con los hechos, actos o conductas que tienden a regular o a ordenar, y de las condiciones generales de igualdad, sin discriminación en que deben



interpretarse y aplicarse, todos los cuales son parámetros del examen de constitucionalidad del acto de autoridad impugnado...Esta Corte expresó, en sentencia de fecha anterior, que Guatemala ha experimentado diversos movimientos que han perturbado su estabilidad política, por medio de sedicentes golpes de Estado que forman parte de una patología política que la actual Constitución, así como otras de vigencia anterior, no solamente han puesto en interdicción, sino que han tratado de proscribir con medidas de realismo, previniendo su ocurrencia. Tal dato histórico resulta cierto e innegable, pues Guatemala ha contado, en su condición de Estado independiente, con diversas Constituciones Políticas que a lo largo de su vida institucional han regido los destinos de la República; sin embargo, todas las anteriores a la actual adolecieron de fragilidad que las hizo vulnerables ante los movimientos de fuerza que concluyeron con un golpe de Estado que las suprimió. El restablecimiento del orden constitucional se efectuó, en cada ocasión, tras la consolidación del movimiento de fuerza y luego de cierto tiempo con un gobierno de facto, con la instalación de Asambleas Constituyentes que elaboraron los respectivos textos fundamentales que dieron origen a nuevos órdenes constitucionales, periódicos por los hechos ocurridos. Esta ha sido la patología política de Guatemala que la Asamblea Nacional Constituyente que promulgó la Constitución Política actualmente en vigencia colocó en interdicción y, como se dijo, proscribió con medidas reales. En efecto, el Artículo 21 de las disposiciones transitorias y finales del texto constitucional dejó establecido que la actual Constitución adquirió vigencia el día catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis, y agregó que la misma “no pierde su validez y vigencia pese a cualquier interrupción temporal derivada de situaciones de fuerza.” De esa manera, el legislador constituyente creó una norma que defiende y protege por sí la validez y la vigencia de la Constitución, ante cualquier interrupción temporal derivada de situaciones de fuerza. Con criterio futurista, dicho legislador creó también órganos a los que encargó la defensa del orden constitucional, como lo son el Tribunal Supremo Electoral, el Procurador de los Derechos Humanos y, principalmente, la Corte de Constitucionalidad. Estableció de igual forma mecanismos legales ínsitos en la propia Constitución que resguardan su rigidez y su difícil o imposible reformabilidad. Muestra de la efectividad de los mecanismos de protección contemplados en la Carta Magna lo



constituye la defensa del propio texto constitucional y del Estado Constitucional de Derecho que esta Corte realizó, por vía estrictamente jurídica, a raíz de los movimientos desestabilizadores ocurridos en el mes de mayo de mil novecientos noventa y tres. Congruente con la disposición de autoprotección contenida en el citado Artículo 21 de las disposiciones transitorias y finales de la Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente creó la norma contenida en el Artículo 186 inciso a) de ese texto fundamental, la cual, como ha quedado dicho en diversos apartados de esta sentencia, sanciona prohibiendo optar a los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República, al caudillo, jefe de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que haya alterado el orden constitucional, y a quienes como consecuencia de tales hechos asuman la Jefatura de Gobierno. Esta última disposición comentada tiene como presupuesto relevante el hecho de que la consecuencia de la prohibición se positiva contra la persona que, enmarcando su situación a alguna o varias de las características que menciona la norma, haya liderado, solo o en grupo, un movimiento que “haya alterado el orden constitucional”, o contra quien como consecuencia de ese hecho asuma la Jefatura de Gobierno. Este Tribunal, en sentencia que emitió el dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, recaída en el expediente número doscientos doce guión ochenta y nueve, dijo que el legislador constituyente utilizó el tiempo verbal contenida en aquella norma en pretérito perfecto, y señaló que esa circunstancia hacía que lo allí previsto resultara aplicable a situaciones o hechos ocurridos en fecha anterior a aquélla en que adquirió vigencia la Constitución Política de la República. En reestudio del tema este Tribunal indica ahora que, vista la situación a la luz del principio rector consagrado en el Artículo 15 de la Constitución, así como la conceptualización clara y despejada de dudas que arroja la doctrina compilada en torno a este tema, entiende que la regulación del mencionado Artículo 186 inciso a) es aplicable con exclusividad a situaciones, hechos o acontecimientos ocurridos dentro del orden constitucional vigente, es decir,, que comprende delimitada la intención del legislador constituyente que al promulgar aquel precepto lo hizo con orientación eminentemente preventiva, al igual que lo hizo con la legislación que quedó prevista en el Artículo 21 constitucional relacionado y aquella otra que, como se dijo, constituyó órganos que propenden a la defensa del texto de normas supraordinarias, es decir,, el



Tribunal Supremo Electoral, el Procurador de los Derechos Humanos y este Tribunal. Se reitera en este momento, para refuerzo de la afirmación expresada, la noción cierta de que las normas jurídicas entrañan una voluntad de acción del Estado por sobre la actividad humana, pero tal acción solamente puede ejercerse, por virtud del imperativo invocado, sobre hechos actuales o futuros, tomando como punto de referencia el inicio u origen de un determinado orden constitucional para el presente caso; esto porque es regla natural y lógica que lo pasado escapa por completo a la acción humana y, por ende, a los efectos de las normas jurídicas surgidas en momento posterior a acaecido el hecho o el acontecimiento que erróneamente se supone influenciado por la nueva regla. Al margen de las anteriores aseveraciones, se indica que no escapa al conocimiento de este Tribunal que el legislador constituyente, evocando la excepción a aquel principio, que acepta la doctrina (ver el séptimo párrafo del Considerando V), y utilizando idéntico tiempo verbal al contenido en el citado Artículo 186 inciso a) de la Constitución, aunque complementado con una frase que gramaticalmente le proporciona claridad y validez para que los efectos regulados recaigan sobre hechos pasados, dispuso en normativa distinta, contenida también en la Constitución, supuestos de excepción a algún derecho fundamental, verbigracia el contenido en el Artículo 187 de la Ley matriz que en pretérito perfecto prohíbe la reelección de la persona que “haya desempeñado durante cualquier tiempo” (la negrilla y el subrayado no aparecen en el texto original) el cargo de Presidente de la República por elección popular, o aquel otro supuesto que establece tal prohibición a quien “la haya ejercido – la Presidencia de la República- por más de dos años en sustitución del titular” (la negrilla y el subrayado tampoco aparecen en el original). La historia fidedigna de la regulación que prohíbe el acceso a la Presidencia o Vicepresidencia de la República, analizada en esta sentencia, revela que el legislador de la Constitución ha previsto los efectos de la misma siempre con proyección hacia el futuro y cuando haya sido alterado el orden constitucional vigente, es decir,, el que genera cada Constitución promulgada. Basta citar las disposiciones que al respecto quedaron contenidas en las denominadas “Constitución de 1956” y “Constitución del 1965”. En las mismas quedó establecido, respectivamente: a) en la primera de las mencionadas, en el Artículo 161, que “No podrán ser electos para el cargo de Presidente de la República: a) Ni el



caudillo ni los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que altere el orden constitucional, para el período durante el que se hubiere interrumpido el régimen constitucional o el siguiente...”; b) la segunda fue más explícita al regular en el Artículo 184 que “No podrán ser electos para el cargo de Presidente de la República: 1. El caudillo ni los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que altere el orden que esta Constitución establece, ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la jefatura del Estado, para el período durante el cual se hubiere interrumpido el régimen constitucional, ni el siguiente.” (Las negrillas y los subrayados no aparecen en el texto original). La propia Constitución Política de la República otorga preeminencia de aplicación a la normativa, nacional o internacional, que tiende a proteger los derechos fundamentales de la persona. Así, en el Artículo 44 predica que los derechos y garantías que otorga ese texto superior de leyes no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana; en el Artículo 46 establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno. En ese orden de ideas, se puede indicar que al caso concreto es aplicable los siguientes Artículos de textos internacionales en materia de Derechos Humanos: 8 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XVIII, XX, XXXIII, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 23 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 25 del Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos y que para no ser más extensivos no se transcriben los mismos, pero que se refieren fundamentalmente al derecho que tiene toda persona de participar en el gobierno de un país y a la tutela que debe buscar en caso ese derecho como los demás contenidos en tales normas internacionales fueran lesionados. Finalmente, y como un soporte jurídico internacional más, son esencialmente aplicables los Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por medio de la cual el Estado parte no puede, por ningún motivo, inobservar e incumplir los compromisos adquiridos invocando supuestos o aparentes incompatibilidades legales. Esta Corte trae a cuenta, la resolución tomada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con fecha doce de octubre de mil novecientos noventa y tres, en el informe 30/93, donde el peticionante, José Efraín



Ríos Montt, presentó denuncia alegando violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque no se le permitió optar por parte del Estado guatemalteco al cargo de Presidente de la República de Guatemala. Sobre el particular, la Comisión referida hace en su resolución una exposición resumida del caso concreto, así como de lo realizado por el peticionante ante las autoridades judiciales guatemaltecas que opinaron desfavorablemente a su pretensión, pero en particular, dicha resolución se orienta a lo considerado y resuelto por la Corte Suprema de Justicia y la de Constitucionalidad; agotado el procedimiento, la Comisión hizo las consideraciones que resumidamente se presentan: La Comisión analiza el caso concreto desde tres puntos o niveles, a saber: el primero, desde la Convención en su conjunto y en sus relaciones con otros instrumentos principales del sistema interamericano; el segundo, desde el contexto del derecho constitucional guatemalteco e internacional y, el tercero, desde el punto de vista de las circunstancias jurídicas que constituyen y rodean la decisión del Gobierno de no aceptar la candidatura del señor Ríos Montt. Para el primer nivel citado, la Convención realiza una exposición empezando por aspectos históricos, pasando por el derecho comparado y finalizando sobre cómo la prohibición que se establece en la Constitución guatemalteca tiene su justificación; empero, esta Corte estima, que la Comisión no se refiere ni analiza el contenido del Artículo 23 de la Convención como tampoco se refiere a las limitaciones a que refiere tal Pacto, donde no se introduce la que motiva la intervención de la Comisión, sino que se va más por lo retórico que por la vía de la interpretación y comparación de normas materiales que era el fin perseguido por el denunciante. Para el segundo nivel invocado por la Comisión para dirimir la controversia planteada, ésta estimó que: "...De considerar la Comisión que el Artículo 186 establece una inelegibilidad inconsistente con la Convención, pondría en situación de privilegio a quienes rompen el orden constitucional con respecto a aquellos que acceden constitucional y democráticamente a las altas magistraturas de un país...". Esta Corte estima que este razonamiento de la Comisión no solo no tiene ninguna relevancia para el caso concreto ni para el fin perseguido por el denunciante, que era el análisis comparativo de normas, pues lo que la Comisión debió hacer, era verificar si como lo había expuesto el denunciante, la prohibición que a él le afectaba estaba contenida o no en las limitaciones que se establecen en la Convención y no relacionar



quiénes podrían salir privilegiados o no si se diera la contravención a la Comisión, lo cual, es un tema que ya no era propio del caso concreto planteado y con lo cual tampoco se satisfizo una interpretación adecuada y debida del Artículo internacional ut supra indicado, sin perjuicio de que, como ya quedó asentado, el hecho denunciado en el Artículo 186, inciso a) de la Constitución, según el presente fallo, solo es aplicable a hechos ocurridos dentro del orden constitucional vigente, siendo entonces, el presente fallo en aplicación de todas las disposiciones internacionales invocadas anteriormente, más inclinado a promover, defender y proteger los derechos humanos a favor de las personas, contenidos en los mismos y, en particular, sobre los derechos invocados en el presente caso. Finalmente, en cuanto a la última de las motivaciones para resolver el caso, la Comisión sostuvo en esencia que: “Entiende la Comisión que si bien es efectivamente posible hipotéticamente que una restricción de este tipo impida la plena defensa personal de un miembro de una planilla y puede llegar a cercenar derechos reconocidos por la Convención, ello no ocurre en el caso del recurrente. Ello se debe a que las numerosas reclamaciones administrativas y judiciales realizadas por los partidos que lo postularon como Presidente, así como las personales del candidato, presentan la misma argumentación y se basan en los mismos hechos (...)”. “Considera la Comisión al respecto, que dicha causal de inelegibilidad surge de un acto de Asamblea Constituyente elegida por votación democrática en la que el pueblo guatemalteco decidió por medio de sus representantes constituyentes que era necesario mantener dicha causal, ya existente en la historia constitucional guatemalteca y aún más hacerla permanente...” Se puede apreciar en lo conducente de lo razonado por la Comisión, que ésta hace aunque sea “hipotéticamente” un pronunciamiento sobre la eventual lesión al derecho del denunciante que se ha venido analizando, independientemente de que se le introduce un argumento desvirtualizador. Esta Corte tampoco comparte esta consideración final, porque al igual que en los dos niveles anteriores, la Comisión en vez de entrar a analizar los textos legales materiales y confrontarlos para determinar si hay contravención a la disposición internacional y a determinar su preeminencia ante al derecho interno, prefiere ahondar en argumentos del tipo nacional o local para resolver la contienda y que no aportan mayor luz para dilucidar el tema concreto que era en síntesis: a) la violación del Pacto de San José



derivado de una disposición contenida en la constitución y b) la preeminencia de los Tratados y Convenios internacionales sobre el derecho interno. Aspectos estos, no tratados de manera específica y concreta por la Comisión aludida.

Todo lo anteriormente expuesto, guarda entonces, absoluta congruencia entre el derecho interno y el Derecho internacional (duda: ¿Y la Constitución no está aquí como parámetro de constitucionalidad?) en materia de derechos humanos, de manera que, en aplicación también de estas disposiciones internacionales, es que se debe dictar el fallo que en derecho corresponde. Con base en lo anterior, al contar con una Constitución de carácter eminentemente finalista y garantista de los derechos humanos, no es válido aceptar que por interpretación errónea del precepto contenido en el varias veces citado Artículo 186 inciso a) de la Constitución, se produzca afectación al derecho de José Efraín Ríos Montt, garantizado constitucionalmente, para optar a su participación como candidato a la Presidencia de la República, esto es restringiéndole los derechos políticos de ser electo y acceder al ejercicio de ese cargo público de elección popular; lo anterior al tomarse en cuenta que su particular situación no encuadra, por aspecto temporal de aplicación, en el supuesto prohibitivo contenido en el citado Artículo 186 inciso a), dado que los hechos de los cuales se afirma surgió la causal de aquella prohibición –esto es haber asumido la Co-Jefatura de Gobierno en conjunto con otros dos miembros del Ejército de Guatemala, a raíz del movimiento por el cual se sustituyó en el Poder Ejecutivo al ex-Presidente de la República Fernando Romeo Lucas García- acaecieron el veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y dos (hecho notorio y público) que es fecha anterior a la del catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis, en la que adquirió vigencia y principió a surtir sus efectos el precepto de prohibición relacionado. Es oportuno recordar que todo derecho fundamental exige ser interpretado de la forma más amplia posible, y que toda norma que favorezca la libertad del ser humano debe ser entendida extensiva y nunca en forma restrictiva, y en el caso de existir conflicto entre normas de igual o idéntica jerarquía, debe optarse por seleccionar aquélla que resulte más favorable a la situación del afectado o perjudicado; tales principios se deducen del contenido de los Artículos 2º y 42 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Estima esta Corte que el derecho de sufragar voto y ser electo para cargos de elección popular



entraña no solamente un beneficio para quien opta a tal cargo y se somete al juicio eleccionario del pueblo, sino que también importa a cada ciudadano capaz la delegación de una cuota de soberanía nacional, de modo que tal derecho no puede ser limitado por nada ni por nadie –salvo por la ausencia de los requisitos que la ley prevé para el acceso a cada uno de los cargos públicos a optar en aquellas condiciones-, puesto que representa la facultad para determinar con libertad y por propia decisión la dirección política del Estado, mediante el voto libre y secreto para designar a sus gobernantes. Ese derecho, como todos los que ostentan el carácter de ser fundamentales, no deriva ni depende de la voluntad de ninguna autoridad del Estado, que no lo crea, sino que lo descubre; no lo otorga, sino que lo reconoce. Por consiguiente, su vulneración o transgresión cercena los derechos y libertades fundamentales de la persona humana. En vista de lo anterior, se arriba a la conclusión de que el Director General del Registro de Ciudadanos, del Tribunal Supremo Electoral, al resolver en el sentido en que lo hizo, produjo agravio a los derechos fundamentales de José Efraín Ríos Montt, al impedirle optar al cargo de Presidente de la República, por elección popular; así también al derecho del partido político Frente Republicano Guatemalteco, de inscribir en el citado Registro la planilla que conforman la persona mencionada y de Edín Raymundo Barrientos (único apellido), quien opta al cargo de Vicepresidente de la República. Debido a que tal conculcación permaneció luego de que fuera sometido el asunto a conocimiento del Tribunal Supremo Electoral, que en sucesivas oportunidades declaró sin lugar los recursos de nulidad y revisión que fueron interpuestos con el objeto de dejar sin efecto aquel acto contrario a preceptos constitucionales, procede otorgar el amparo solicitado. Para ese efecto se revocará la sentencia que dictó la Corte Suprema de Justicia, en calidad de Tribunal de Amparo, y se dictará la que corresponde. El sentido que se confiere a la resolución del presente asunto hace que también haya quedado resuelto el segundo de los puntos controvertidos que fueron sometidos a la jurisdicción de este Tribunal, es decir el que se refiere a determinar si procede o no aplicar al caso debatido la prohibición contenida en el Artículo 186 inciso a) de la Constitución, que hubiera podido impedir al ciudadano José Efraín Ríos Montt optar al cargo de Presidente de la República. Los criterios anteriormente expresados encuentran precedente en la postura que adoptaron en



anterior oportunidad, mediante voto disidente razonado, los juristas Edmundo Vásquez Martínez, ex –Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y de esta Corte, y Héctor Horacio Zachrisson Descamps, también ex – Magistrado de este Tribunal. Tales votos, que se integraron, respectivamente, a las sentencias de fechas doce y diecinueve de octubre de mil novecientos noventa, emitidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad en el amparo que promovieron los partidos políticos Partido Institucional Democrático, Frente de Unidad Nacional y Frente Republicano Guatemalteco, contra el Tribunal Supremo Electoral, quedan resumidos en su parte conducente así: A) el jurista Edmundo Vásquez Martínez expresó: la interpretación del Artículo 186 inciso a) de la Constitución debió hacerse en función de los valores y del contexto constitucional y del Artículo mencionado –el 186 inciso a)- en su totalidad. Citó al jurista alemán Rudolf Smend, quien opinaba que “los hechos particulares del Derecho Político no deben ser considerados en sí mismos y de forma aislada, sino como elementos pertenecientes a un contexto significativo, que cobra vida por medio de ellos, como elementos pertenecientes al todo funcional de la integración.” Al suscitarse duda y conflicto en la aplicación del inciso a) del Artículo 186, afirmó que debió haberse tenido en cuenta que al estar en riesgo un derecho fundamental, la interpretación del precepto debió hacerse conforme al principio *favor libertatis*, que encuentra acogida en los Artículos 44, 45, 46, 140 y 265 de la Constitución y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual, como dice el profesor español Antonio E. Pérez Luño, implica maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto. Además, señaló por último, debió compatibilizarse el texto constitucional con la Convención, máxime que el Artículo 2 de esta última obliga a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que la Constitución consagra. B) el ex – Magistrado de la Corte de Constitucionalidad, Héctor Horacio Zachrisson Descamps, argumentó: a) el ejercicio del “poder constituyente” no está sujeto (salvo reserva de derecho internacional) a normas anteriores ni a ninguna forma preestablecida; b) de importancia para el caso (el que fue juzgado en aquella oportunidad) es que “el orden constitucional” al que se refiere el inciso a) del Artículo 186 de la Constitución no puede ser otro que el establecido por la propia Constitución Política decretada, sancionada y promulgada por



la Asamblea Nacional Constituyente a los treinta y un días del mes de mayo de mil novecientos ochenta y cinco y que entró en vigencia el día catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis; c) si el “orden constitucional” se originó, salvo las reservas expresadas, en esa Constitución, es jurídicamente imposible que hechos o actos anteriores a la existencia de ese orden puedan haberlo alterado, por la sencilla razón de que el mismo no existía; d) Claro es que: “el Estado de Derecho sometido a un ordenamiento jurídico existía y existe; ordenamiento jurídico que en tanto no haya sido derogado por la propia Constitución y no sea declarado no conforme con la misma por los tribunales competentes, continúa vigente y regula jurídicamente todas nuestras relaciones. Pero el Artículo 186 constitucional en su inciso a) no hace referencia, en cuanto al presupuesto inhabilitante para optar al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República, a que se haya alterado “el ordenamiento jurídico o el Estado de Derecho”, sino dice, y es lógico que así lo diga, “...que haya alterado el orden constitucional.” Alteración que solo puede darse a partir de la vigencia de la Constitución Política, por lo que tal “presupuesto inhabilitante” carece de relevancia jurídica en relación con actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad a la promulgación de la actual Constitución Política; por lo que no es aplicable esa limitación del inciso a) del Artículo 186 al ciudadano José Efraín Ríos Montt (ni la del inciso c), parte final del mismo Artículo, a los nietos o biznietos de Justo Rufino Barrios, ni a los hijos o nietos de Jacobo Arbenz, Jorge Toriello o Francisco Javier Arana).” Con los criterios expresados en el presente fallo y con base en la facultad que le otorga el Artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, esta Corte se aparta del criterio contenido en la sentencia de fecha diecinueve de octubre de mil novecientos noventa, dictada en el expediente doscientos ochenta y uno guion noventa (281-90); y, en la opinión consultiva de fecha dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve evacuada en el expediente doscientos doce guion ochenta y nueve (212-89), ambos de esta Corte.

En esta sentencia no puede negarse que se encuentran como parte del razonamiento jurídico Principios, pero de igual forma tienden a prevalecer al momento de razonar por parte del legislador, las Reglas. Los Principios que se invocan, como el de elegir y ser electo, igualdad, el de optar a un cargo público, el de retroactividad, si bien es cierto

son Principios, estos pierden su fuerza, su peso dentro del razonamiento jurídico, por el hecho de estar orientados no como Principios, sino se les otorga en la argumentación el carácter de Reglas, en la búsqueda y justificación de un caso que si bien es cierto es un “caso difícil”, y que se pusieron en contradicción “Principios”, se les dio a estos una interpretación como si fuesen “Reglas”, perdiendo así su peso. ¿Por qué? La prohibición para optar al cargo de Presidente de la República se encuentra contenida en la Constitución Política de la República, y es en ella como orientadora de nuestro sistema, en donde se debe de buscar la solución a un “caso difícil”, y no en otro tipo de normativa, pues es en ella en donde se encuentran los Principios que permiten en beneficio de la sociedad o de la persona, una aplicación justa del Derecho. Confrontar los Principios de Alternatividad en el ejercicio del poder, versus Retroactividad, al momento de ponderar y que el Juez realiza su actividad intelectual, racional y lógico resulta que tiene mayor peso el no permitir que una persona puede acceder al poder valiéndose de una interpretación exegética de la ley, cuando lo que se está resolviendo no es la confrontación de Normas frente a Normas sino de “Principios frente a Principios”.

La aplicación de estos Principios, se enmarca aún más y de allí los ejemplos que se citan en el presente trabajo en el ámbito constitucional, en una posición doctrinaria conocida como neoconstitucionalismo. “El entramado funciona a la perfección porque los jueces ven en esa doctrina la justificación perfecta para la ampliación de sus poderes frente al legislador y de su condición de oráculos de la Constitución profunda¹⁵⁸”.

Un modelo neoconstitucionalista, es sintetizado en diez notas definitorias por Juan Antonio García Amado, de la siguiente manera:¹⁵⁹

1. Dato histórico: la presencia en las constituciones contemporáneas de cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía, así como de cláusulas de carácter valorativo cuya estructura y

¹⁵⁸J.A. García Amado, *El Derecho y sus Circunstancias, nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010, pág. 133

¹⁵⁹Ibidem, Págs.134 a la 136

- forma de obligar y aplicarse es distinta de las de las “reglas”. Se trataría del componente material axiológico de las constituciones.
2. La muy relevante presencia de ese tipo de normas, que conforman la Constitución material o axiológica, implica que las constituciones tienen su parte central o su pilar básico en un determinado orden de valores, de carácter objetivo.
 3. Así entendida, la Constitución refleja un orden social necesario, con un grado preestablecido de realización de ese modelo constitucionalmente prefigurado y de los correspondientes derechos.
 4. Ese orden de valores o esa moral constitucional (izada) poseen una fuerza resolutive tal como para contener respuesta cierta o aproximada para cualquier caso en el que se vean implicados derechos, principios o valores constitucionales. Tal respuesta será una única respuesta correcta o parte de las respuestas correctas posibles. La pauta de corrección es una pauta directamente material, sin mediaciones formales ni semánticas.
 5. Esa predeterminación de las respuestas constitucionalmente posibles y correctas lleva a que deba existir un órgano que vele por su efectiva plasmación para cada caso, y tal labor pertenece a los jueces en general y a los tribunales constitucionales en particular, ya sea declarando inconstitucional normas legisladas, ya sea excepcionando, en nombre de la Constitución y sus valores y derechos la aplicación de la ley constitucional al caso concreto, o ya sea resolviendo con objetividad y precisión conflictos entre derechos o principios constitucionales en el caso concreto.
 6. Puesto que en el orden axiológico de la Constitución quedan predeterminadas las soluciones para todos los casos posibles con relevancia constitucional, el Juez que resuelve tales casos no ejerce discrecionalidad ninguna (Dworkin) o la ejerce solo en aquellos casos puntuales en los que, a la luz de las circunstancias del caso y de las normas aplicables, haya un empate entre los derechos o principios constitucionales concurrentes (Alexy).
 7. En consecuencia y dado que las respuestas para esos casos con relevancia constitucional están predeterminadas en la parte axiológica de la

- Constitución, el aplicador judicial de ella ha de poseer la capacidad y el método adecuado para captar tales soluciones objetivamente impuestas por la Constitución para los casos con relevancia constitucional. Tal método es el de ponderación.
8. La combinación de constitución axiológica, confianza en la prefiguración constitucional –en esa parte axiológica– de la (única) respuesta correcta, la negación de la discrecionalidad y el método ponderativo llevan a las cortes constitucionales a convertirse en supra instancias judiciales de revisión, pero, al tiempo, les proporcionan la excusa teórica para negar ese desbordamiento de sus funciones, ya que justifican su intromisión revisora aludiendo a su cometido de comprobar que en el caso los jueces “inferiores” han respetado el contenido que constitucionalmente corresponde necesariamente a cada derecho.
 9. Puesto que los fundamentos de ese neoconstitucionalismo, por las razones expuestas en los puntos anteriores, son metafísicos y se apoyan en una doctrina ética de corte objetivista y cognitivista, en las decisiones correspondientes de los tribunales, y muy en particular de los tribunales constitucionales, hay un fuerte desplazamiento de la argumentación y de sus reglas básicas. Dicha argumentación adquiere tintes pretendidamente demostrativos, puesto que no se trata de justificar opciones discrecionales, sino de mostrar que se plasma en la decisión la respuesta que la constitución axiológica prescribe para el caso. Con ello, la argumentación constitucional se tiñe de metafísica y adquiere visos fuertemente esotéricos.
 10. El neoconstitucionalismo, en consecuencia, posee tres componentes filosóficos muy rotundos. En lo ontológico, el objetivismo derivado de afirmar que por debajo de los puros enunciados constitucionales, con sus ambigüedades y su vaguedad, con sus márgenes de indeterminación semántica, sintáctica y hasta pragmática, existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional, bien preciso y dirimente. En lo epistemológico, el cognitivismo resultante de afirmar que las soluciones precisas y necesarias que de ese orden axiológico constitucional se

desprenden pueden ser conocidas y consecuentemente aplicadas por los jueces. En lo político y social, el elitismo de entender que solo los jueces o prioritariamente los jueces, y en especial los tribunales constitucionales, están plenamente capacitados para captar ese orden axiológico constitucional y lo que exactamente dicta para cada caso, razón por la que poseen los jueces el privilegio político de poder enmendar al legislador excepcionando la ley y justificando en el caso concreto la decisión contra *legem*, que será decisión *pro constitutione*, por cuanto que es decisión basada en algún valor constitucional.

Desde el preámbulo de nuestra Constitución, determinamos la existencia de Principios en su contenido, bien común, legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad, paz. El Artículo 3º por ejemplo señala que El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona. Este Artículo a la luz de lo que se ha escrito, más que una “Regla”, constituye un “Principio”, a diferencia por ejemplo del Artículo 9º en cuanto al interrogatorio a detenidos o presos, que indica: Las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar a los detenidos o presos. Esta diligencia deberá practicarse dentro de un plazo que no exceda de veinticuatro horas. El interrogatorio extrajudicial carece de valor probatorio. Como se aprecia, esta disposición constitucional, no es un Principio, sino una Regla. Con lo anterior se determina que el pacto jurídico-político, contiene no solo Principios sino también reglas.

Constitucionalmente, los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado¹⁶⁰, en ese sentido, la Ley del Organismo Judicial, que su contenido constituye las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco, repite este principio en el Artículo 9, “ Los Tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República,

¹⁶⁰ Artículo 204 de la Constitución Política de la República

sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno. Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior". Si esto es así, que sentido tuvo el legislador de colocar en el Artículo 10 literal d) de la Ley del Organismo Judicial, a los Principios Generales del Derecho, en el último escalón, para los efectos de aclarar los pasajes no claros de una ley, cuando estos constituyeron la fuente de su creación. ¿Por qué la fuente de su creación? La Constitución, como parte del ordenamiento jurídico del país, está repleta de Principios de Derecho, que el legislador debe de observar al momento de emitir cualquier disposición ordinaria, y si esta no es clara, lógico es pensar que la forma de obtener la claridad de la misma no es más que por medio de su norma inspiradora y fundante.

Gustavo Zagrevelsky¹⁶¹, es de la posición que en los momentos constituyentes, - es decir, al momento de estarse redactando una Constitución por parte de la Asamblea Nacional Constituyente-las voluntades políticas de los sujetos políticos, se coordinan para la consecución de un objetivo común: dictar principios que, estando por encima de los intereses particulares de cada uno, permitan la convivencia de todos. Esta Constitución¹⁶² no es derecho natural, sino más bien la manifestación más alta de Derecho Positivo.

El asignarle a los Principios una función accesoria de las que desempeñan las normas cuya densidad es menor (Reglas), no corresponde a la realidad, ¿Por qué? Al decir de Zagrebelsky¹⁶³, los Principios no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las Reglas, sino una toma de posición conforme con su *ethos*, en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente una cuestión de principio. Los principios por ello, no agotan en lo absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino poseen una autónoma razón de

¹⁶¹G. Zagrevelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. De Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995, pág. 115

¹⁶²G. Zagrebelsky, Ob. Cit. Pág. 116

¹⁶³ *Ibíd*em, pág. 118



ser frente a la realidad. La realidad al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo y adquiere valor.

Un Juez, un abogado, un funcionario público, que por mandato legal tiene la función de aplicar la ley, no puede ser una autómata al momento de darle solución al caso concreto, no basta solo con subsumir el hecho o el acto, debe de realizar una operación intelegible a efecto de darle efectivamente el cumplimiento a los principios de consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz a la sociedad, y para ello debe obligadamente partir de la aplicación de los Principios Generales del Derecho que se encuentran en la Constitución Política de la República, subsumiendo y luego ponderando, permitiendo con ello una sentencia o resolución administrativa lo más ajustada no a la ley, sino al Derecho.



CAPÍTULO III

FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

En nuestro sistema jurídico, cuando un operador jurídico, se encuentra ante el caso no previsto en la norma o este no se encuentra claramente definido, debe recurrir a la Ley del Organismo Judicial, por ser esta, la norma general, para la aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco. En el Artículo 10 la citada ley, sitúa a los Principios Generales del Derecho en la última posición en el orden para aplicar, interpretar e integrar a la norma que debe aplicarse al caso sometido a conocimiento, ya sea por ausencia de esta, por falta de claridad en su redacción por parte del órgano creador, o bien ante la necesidad de ilustrar su contenido.

En este capítulo se pretende determinar cómo los Principios Generales del Derecho, realizan esas funciones, es decir, la función integradora e interpretativa de la norma, no obstante por ser la Ley del Organismo Judicial, eminentemente orientada a la doctrina positivista, no regula la función creadora de manera taxativa, sin embargo el Artículo 15 le impone un mandato a los Jueces en los casos de falta, obscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, debiendo de resolver “de acuerdo con las reglas establecidas en el Artículo 10 de esta ley, y luego pondrán el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que, si es el caso, ejercite su iniciativa de ley”.

3.1 Función integradora

Rubén Sánchez Gil, sostiene, que la función de integrar el derecho no es más que traducir su significado, proporcionando la siguiente definición: “en términos lingüísticos, interpretar es “traducir el significado indeterminado de las disposiciones legales a un enunciado aplicable de manera precisa a los hechos que se califica jurídicamente con



ellas; constituye una reformulación del lenguaje del texto original a una expresión nueva, no idéntica sino variablemente análoga a aquél”.¹⁶⁴

“La tendencia que predomina actualmente en todos los países, es aquella que reconoce al Juez la facultad de integrar el orden positivo, en detrimento de la que lo niega y de aquella que prefiere la decisión de acuerdo a la libre estimación”¹⁶⁵.

Luis Recasens Siches¹⁶⁶, señala que “Las normas generales de la legalidad positiva constituyen la expresión de las valoraciones establecidas por el legislador. Pero esas valoraciones declaradas en las normas legislativas, reglamentarias y consuetudinarias no constituyen toda *la* valoración que es necesaria para decidir sobre casos concretos, para aplicar las formas generales a las realidades particulares de la vida. Las valoraciones declaradas expresamente, o contenidas tácitamente, en una ley o un reglamento necesitan ser completadas con otras valoraciones. Esas valoraciones complementarias, no contenidas en la ley o en el reglamento, son de diversos tipos”.

La labor de integración del derecho, no debe confundirse con la de interpretación, pues en esta no existe la norma, y necesariamente debe de suplir su ausencia (laguna) para que el operador jurídico pueda resolver el caso sometido a su conocimiento. En ese sentido Ignacio García Garfías¹⁶⁷, al referirse a esta función integradora, manifiesta que mediante la integración el jurista intenta elaborar un nuevo precepto. Ha de buscarse la solución justa, recurriendo en primer lugar a la analogía y posteriormente, si el método analógico resultare ineficaz, deberá resolverse el caso conforme a los principios generales del derecho.

¹⁶⁴ R. Sánchez Gil, *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Editor Miguel Carbonell, Quito, Ecuador, 2008, Pág. 228

¹⁶⁵ J.M. Díaz Couselo, Ob. Cit. Pág. 27

¹⁶⁶ L. Recasens Siches, Ob. Cit. Pág. 6

¹⁶⁷ I. García Garfías, *Estudios de Derecho Civil*, Universidad Autónoma de México, 1981, Pág. 75

El anterior criterio es similar al expuesto por Norberto Bobbio¹⁶⁸ en su libro Teoría General del Derecho, al referirse al método de la autointegración del ordenamiento jurídico, y que este se vale de dos procedimientos:

- 1º) La analogía
- 2º) Los principios generales del derecho

Entendiendo este autor por analogía al procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado el mismo régimen dado a un caso regulado similarmente¹⁶⁹. Distingue este autor a la analogía propiamente dicha, conocida también con el nombre de *analogía legis*, y a la *analogía iuris*, entendiéndola por ella al procedimiento con el cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto, no ya por la regla que se refiere a un caso individual, como sucede con la *analogía legis*, sino por todo el sistema o por una parte del sistema, es decir, que este procedimiento no difiere del que se emplea cuando se recurre a los principios generales del derecho. Más adelante este autor de forma más concreta señala que la analogía iuris, consiste en recurrir a los principios generales del derecho para la autointegración del ordenamiento jurídico.¹⁷⁰ La integración de la ley se lleva a cabo completando los preceptos mediante la elaboración de otros que no se encuentran expresamente contenidos en las disposiciones formuladas por medio del acto legislativo¹⁷¹

La integración de la ley se manifiesta ante la ausencia de la norma a ser aplicada, y que su autointegración se materializa por medio de la analogía y de los principios generales del derecho. Estos principios generales del derecho, deben de ser buscados en la norma más abstracta y general del sistema jurídico, y si ello no es posible deben de ser buscados en las normas que dieron origen al ordenamiento jurídico dependiendo del sistema jurídico en el cual se encuentra clasificado, en el caso nuestro, si el caso no regulado no puede ser resuelto por medio de nuestra Constitución Política, debe de buscarse en el sistema greco-romano, el principio

¹⁶⁸N. Bobbio, Ob. Cit. Pág. 233

¹⁶⁹Ibidem Pág. 234

¹⁷⁰ Ibidem Págs. 237 y 238

¹⁷¹I. García Garfías, Ob. Cit. Pág. 75

general del derecho que permite al operador jurídico resolver el caso sometido a su conocimiento.

3.2 Función interpretativa

“El verbo interpretar tiene distintos sentidos. En derecho suele utilizarse con el sentido de establecer o determinar el significado de algo. Así, la expresión “interpretar x” querrá decir establecer qué significa “x”, para lo cual daremos de “x” una definición o caracterización en términos lingüísticos (o mediante otros signos fácilmente traducibles a signos lingüísticos). Dicha definición o caracterización se contendrá, por tanto, en un enunciado o serie de enunciados, a los cuales, siguiendo la mejor doctrina actual, podemos llamar enunciados interpretativos”¹⁷².

La llamada interpretación, nos dice el filósofo Recasens Siches, “no es algo tan relativamente simple como se había creído durante siglos: la interpretación no consiste solo, como ingenuamente se ha dicho tantas veces, en esclarecer el sentido de la norma, en entenderla. Por el contrario, la interpretación comprende un enjambre de operaciones mentales recíprocamente entrelazadas de modo solidario o inescindible. No puede haber interpretación abstracta de las normas jurídicas, sino que la interpretación tiene que lograrse siempre en función con el estudio de las realidades concretas -a las cuales van a ser aplicadas las normas. Y tiene que lograrse además en conexión con las valoraciones que inspiran el orden jurídico positivo con el que se esté trabajando. La interpretación, por otra parte, no empieza con el examen de la norma, sino que empieza, en efecto, con la averiguación de cuál sea la norma aplicable al caso planteado, dentro del orden jurídico vigente”.¹⁷³

La interpretación es una tarea del abogado, del Juez, del funcionario público, de naturaleza cognoscitiva, buscando y encontrando el sentido y alcance de la norma, sea para defender, acusar y resolver un caso determinado.

¹⁷² J.A. García Amado, *El Derecho y sus Circunstancias, nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010, Pág. 17

¹⁷³ L. Recasens Siches, Ob. Cit. Págs. 3 y 4

Hans Kelsen, entiende por interpretación tomando como punto de partida la estructura jerárquica normativa, indicando que esta “constituye un procedimiento intelectual vinculado al proceso creativo del derecho en el tránsito progresivo desde un nivel superior a otro inferior previsto por el primero”¹⁷⁴. Más adelante Kelsen en el mismo texto, desarrolla esta definición, indicando que por interpretación entiende “la fijación del sentido de la norma aplicable, el resultado de esa actividad es simplemente la determinación del marco que representa la mencionada norma y por consiguiente, el conocimiento de las diversas posibilidades que se dan dentro de dicho marco. En consecuencia, la interpretación de una ley no tiene por qué conducir necesariamente a que se considere como correcta una única decisión, sino que posiblemente conducirá a varias, todas ellas con el mismo valor en la medida en que se ajusten a la norma aplicable pero, sin embargo, tan solo una de ellas se convertirá en Derecho Positivo por medio del acto que dicte la sentencia judicial. Que una sentencia judicial se fundamenta en la ley, significa en verdad tan solo que se mantiene dentro del marco que la ley representa, no significa que dicha sentencia sea la norma individual; es tan solo una de las normas individuales posibles dentro del marco de la norma general”.¹⁷⁵

A criterio de Victoria Iturralde,¹⁷⁶ “pueden distinguirse tres concepciones de la interpretación en función de cómo se conciba ese componente básico de las normas jurídicas: la concepción lingüística, la concepción intencionalista y la concepción axiológica o material.

Para la concepción lingüística la realidad de las normas coincide con su condición de enunciados lingüísticos y la actividad interpretativa es desentrañamiento semántico, establecimiento de su significado. Los enunciados legales poseen una dimensión semántica, sintáctica y pragmática, del mismo modo que cualquier enunciado del lenguaje que a diario utilizamos, y “la interpretación jurídica no tiene en esto ninguna especificidad y sus especificidades tienen que ver únicamente con el carácter técnico

¹⁷⁴H. Kelsen, Ob. Cit. Pág. 101

¹⁷⁵ Ibídem, Pág. 104

¹⁷⁶V. Iturralde, *Teoría del Derecho y Decisión Judicial*, editado por Pablo Raúl Bonorino Ramírez, España, 2010, Pág. 70 y 71

que posee en buena medida la actividad jurídica y con la importancia central que los contenidos del derecho revisten para la organización social.

Para la concepción intencionalista los enunciados legales son el cauce por medio del que se expresan ciertos contenidos de voluntad o intenciones, que son los que constituyen el componente último del sentido de las normas jurídicas. El texto legal es solamente el vehículo, más o menos, fiel, más o menos certero, de esas intenciones. Interpretar es por tanto, en última instancia, averiguar y poner de relieve en contenido de tal intención, intención que es la del autor de la norma, la de aquella o aquellas personas que la dictaron.

Para la concepción axiológica o material, la sustancia última de las normas es de carácter axiológico, puesto que el derecho es en última instancia un sistema de valores. Por tanto, el sentido o contenido de las normas jurídicas que la interpretación aclara es el sentido o contenido valorativo objetivo. La esencia de lo jurídico está en ciertos contenidos axiológicos que están más allá de voluntades o palabras, por lo que el derecho es visto como sistema de valores presidido por la justicia en su cúspide, y la interpretación de las normas jurídicas, más allá de la distinción sobre significados lingüísticos o propósitos legislativos, es averiguación de las verdades axiológicas que fundan la auténtica solución justa del caso”.

La necesidad de interpretar a criterio de Juan Antonio García Amado¹⁷⁷, responde a la aparición de un problema interpretativo. Hay un problema interpretativo cuando la solución de un caso aparece como dependiente de la elección que se haga de entre alternativas de significado de uno o varios enunciados jurídicos normativos.

Es usual nos dice Victoria Iturralde¹⁷⁸, presentar las principales teorías de la interpretación en las tres categorías siguientes: teoría formalista (o neoformalista), teoría escéptica (o neoescéptica) y teoría mixta (o intermedia o ecléctica).

¹⁷⁷ J.A. García Amado, Ob. Cit. Pág. 20

¹⁷⁸ V. Iturralde, Ob. Cit. Pág. 71

La teoría formalista sostiene que la interpretación es “descubrimiento” o “conocimiento” del significado propio, objetivo, de los textos jurídicos o de la intención subjetiva de las autoridades normativas.¹⁷⁹

La teoría escéptica (en el sentido de “escepticismo genovés”), por el contrario, sostiene que la interpretación es valoración y decisión. Los textos jurídicos son susceptibles de interpretaciones sincrónicamente en conflicto y diacrónicamente cambiantes. Las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son el resultado de la misma.¹⁸⁰

La teoría mixta sostiene que la interpretación es a veces el resultado de un proceso de conocimiento, otras, el producto de una decisión discrecional. Ello es así por la textura abierta de casi todos los enunciados jurídicos; de manera que en todo enunciado puede distinguirse un núcleo de significado cierto y una zona de penumbra. Como consecuencia, dado un enunciado jurídico, hay controversias que caen en su campo de aplicación (casos fáciles o claros), así como controversias marginales respecto de las cuales la aplicación de una norma es discutible (casos difíciles). Los jueces no tienen ningún poder discrecional cuando deciden un caso claro, pero la discrecionalidad es inevitable siempre que se decide un caso difícil: en tales circunstancias la decisión exige una elección entre soluciones diversas y en conflicto.¹⁸¹

El Artículo 10 primer párrafo de la Ley del Organismo Judicial, señala en relación a la interpretación de la ley, lo siguiente: “Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu”.

Conforme a su texto, significa, que su interpretación, debe de ser atendiendo a su tenor literal, a lo que significan las palabras que la integran de manera común. Esa

¹⁷⁹V. Iturralde, Ob. Cit. Pág. 72

¹⁸⁰Ibidem Pág. 72

¹⁸¹Ibidem Pág. 73

interpretación literal, atendiendo la posición de Victoria Iturralde,¹⁸² se utiliza en los siguientes significados:

- a) “Interpretación que se limita a repetir o a reproducir fielmente determinadas fórmulas verbales. La “letra” de la ley es entendida como una “fórmula fija” (“disposición”, “enunciado normativo”, “texto canónico”). Literal es aquella interpretación que busca, muestra y colecciona textos jurídicos en respuesta ingenua a la pregunta: ¿dónde está escrito?
- b) Semántico-Sintáctica, al significado de un enunciado F que forma parte de un texto legal T, que es atribuido en base a las reglas semánticas y sintácticas de la lengua en que ha sido formulado, sea en razón de su posición respecto a los otros enunciados que componen el texto T y de sus relaciones con estos, sea teniendo en cuenta las pacíficas convenciones que presiden la formación de los textos legales. Por tanto la afirmación de que el significado literal es el “significado base” de los textos legales debe ser entendida en este sentido.
- c) Interpretación que se atiene al significado ordinario de las palabras, huyendo de tecnicismos jurídicos.
- d) Significado *prima facie*, es decir, significado atribuido inmediata e irreflexivamente a un enunciado jurídico, de manera lo suficientemente clara como para resolver la cuestión jurídica.
- e) Significado claro (acepción ligada al *brocardo in claris non fitinterpretatio*)
- f) Significado “literal-restrictivo”. Por “significado literal-restrictivo” de una disposición D -dice Chiassoni- se entiende una norma N1, dotada de un ámbito de aplicación más restringido que el de una hipotética norma N2, fruto de una interpretación extensiva de D, y justificable aduciendo que *lex minus dixit quam voluit*. Tal significado es “restrictivo en cuanto no extensivo”, y puede ser defendido aduciendo que *lex [bene] dixit quod voluit*.
- g) Está directamente relacionado bien con el argumento a contrario, bien con la interpretación restrictiva.
- h) Interpretación-actividad en la que todas las premisas del razonamiento argumentativo son explícitas, declaradas, sin sobreentendidos o, en general,

¹⁸²V. Iturralde, Ob. Cit. Pág. 81

aquéel estilo interpretativo que es compatible con los procedimientos lógicos de formalización. Esto no significa que el legislador y los juristas se expresen de hecho en un lenguaje formalizado (cosa improbable), sino que los discursos jurídico-normativos tengan una naturaleza tal que, si se quisiese, serían formalizables sin grandes distorsiones.

- i) Interpretación basada en los significados atribuibles a una disposición en base a los usos consolidados del lenguaje de los juristas. Este significado parte de que el lenguaje jurídico es un lenguaje especial respecto del lenguaje ordinario; que las reglas semántico-sintácticas y pragmáticas del lenguaje ordinario y jurídico deben tenerse presentes a la hora de atribuir significados, y que hay que tener en cuenta las convenciones lingüísticas acerca de los términos en general.
- j) Interpretación semántico-gramatical con determinados elementos pragmáticos. una de las acepciones de “significado literal” es la que designa el conjunto de significados atribuibles a una misma disposición, aisladamente considerada, en base al llamado canon literal, gramatical o lógico-gramatical.
- k) Significado “gramatical-correctivo” Es el significado expresado por un enunciado interpretativo que representa una paráfrasis clara de D, a la luz de los significados lexicales de las palabras y sobre la base de las correcciones de (pretendidos) errores gramaticales contenidos en ella.
- l) Sinonimia o traducción aceptable. “entender un enunciado importa disponer de otro enunciado que traduzca el primero, por significar lo mismo. Decimos que dos expresiones que significan lo mismo son sinónimas”.
- m) Significado literal-declarativo. significado expresado por un enunciado interpretativo que ofrece una paráfrasis o traducción intralingüística, más clara y mejor comprensible acreditada como interpretación correcta no solo en términos semántico- gramaticales, sino también por su conformidad a la *ratio legis*, a la *voluntas legislatoris*, al sistema, a los principios supremos, etc.”

De lo expuesto se puede concluir afirma Victoria Iturralde, que la locución “interpretación literal” no identifica un significado preciso, sino una pluralidad de criterios heterogéneos.¹⁸³

¹⁸³ Iturralde, Victoria, Ob. Cit. Pág. 88



La calificación de una interpretación como literal no tiene un mero carácter cognoscitivo, sino una finalidad determinada. Concretamente, suele tener dos propósitos: uno, negar la necesidad de interpretación, otro; ir en contra de la interpretación literal y en favor de una “interpretación” correctora.¹⁸⁴

Los métodos de interpretación son procedimientos retóricos y políticos, justificantes de la decisión judicial por medio de un procedimiento supuestamente imparcial y válido, a juicio de los grupos profesionales, académicos y jurídicos, remite directamente a los intereses de esos sectores (incluso la defensa de su propio modo de vida, y de sus medios de vida), y de los grupos o categorías que representan. Esta remisión a los criterios interpretativos, admitido que puedan utilizarse indiscriminadamente, según sea la orientación política que expresa o tácitamente quiera imprimir el Juez a las normas que estatuya, podría entenderse como una remisión a posiciones irracionalistas, cuando en rigor es un presupuesto sociológico y de reconocimiento necesario para cualquier teoría del derecho que no pretenda estar fundada en esencialidades.¹⁸⁵

El legislador revolucionario, envanecido y orgulloso de su obra, creyó que su elaboración era perfecta y esplendorosa expresión del Derecho Natural de acuerdo con el pensamiento de la Ilustración; que ese Derecho era absoluto, universal y eterno, en vez de considerarlo como una obra histórica. Esta actitud adoptada principalmente por esos grandes juristas que formaron la Escuela de la Exégesis, consideraba que la obra del legislador cubría todos los casos posibles y que ella estaba constituida por dogmas que no serían alterados en lo futuro. Para ellos la labor del intérprete y del órgano judicial consiste únicamente en subsumir los hechos bajo aquellas fórmulas enunciadas por el legislador mediante la lógica deductiva.¹⁸⁶

¹⁸⁴V. Iturralde, Ob. Cit. Pág. 90

¹⁸⁵F. Fucito, *Concepción Sociológica del Derecho*, Cuadernos de Investigación número 10, Instituto de Investigaciones, Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1989. Pág. 28

¹⁸⁶J.M. DiazCouselo, Ob. Cit. Pág. 58

3.4 Función creadora

La experiencia ha demostrado que cuando el texto y la estructura del Derecho Positivo dejan de aparecer como garantía de solución a todos los problemas a plantearse, el pensamiento jurídico que argumentaba ateniéndose rígidamente al texto de la ley, debe atreverse a tomar como base de su argumentación principios que solo a duras penas pueden fundarse en ella, pero que evidentemente integran el Derecho. El Derecho está constituido por una serie de normas, principios y conceptos que proceden de fuentes distintas, aunque en su gran mayoría de la actividad legislativa del Estado.¹⁸⁷

En un Estado democrático, lógico resulta pensar en tres poderes que lo integran, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, siendo el segundo de ellos al poder que corresponde dentro de otras funciones la principal de ellas, que es la de legislar –de hecho es quien ostenta la monopolización de la creación de la ley-. Esa función sin embargo no puede ser tomada de manera libre, sino atendiendo al contenido de la norma superior, La Constitución. ¿Ese proceso de creación de la ley, es lo mismo que emitir un acto administrativo o sentencia judicial? la respuesta la encontramos con el propio Kelsen, al decirnos que “Conseguir, a partir de la ley, la sentencia judicial o el acto administrativo correctos, es una tarea que es esencialmente la misma que la consistente en promulgar la ley correcta dentro del marco de la constitución. No hay posibilidad de obtener leyes correctas por medio tan solo de la mera interpretación de la constitución, como tampoco es posible conseguir sentencias correctas por medio de la interpretación de la ley. Ciertamente hay una diferencia cuantitativa y no cualitativa; consiste en que, desde una perspectiva material, la vinculación del legislador es mucho menor que la del Juez, siendo el primero mucho más libre que el segundo a la hora de crear derecho. Ahora bien, el Juez también crea derecho y asimismo es relativamente libre en el desempeño de su función. Justamente por eso, la función consistente en obtener la

¹⁸⁷ J.M. Díaz Couselo, Ob. Cit. Pág. 56

norma individual por el procedimiento de ejecutar la ley, permitiendo así llenar de contenido el marco de la norma general, es una función de la voluntad”.¹⁸⁸

No necesariamente en la creación de la ley entendiéndose en la función creadora del operador jurídico, confluye el Derecho Positivo, sino otras normas, como los Principios Generales del Derecho. Lo anterior es reconocido por Kelsen como uno de los exponentes del positivismo jurídico, cuando afirma que “la aplicativa de la ley son de naturaleza absolutamente político-jurídica. Constituyen propuestas que hay que consultar de cara a la actividad legislativa, intentos de influir en la función creadora del derecho que es propia de los tribunales y de las autoridades administrativas. En la medida en que la actividad cognoscitiva pueda tener su lugar en la aplicación de la ley –además de la necesaria determinación del marco dentro del cual ha de mantenerse el acto aplicativo- , dicha actividad no consiste en el conocimiento del Derecho Positivo, sino en el conocimiento de otras normas que pueden confluir en el proceso de creación jurídica, tales como las normas de la moral, de la justicia, juicios sociales de valor designados habitualmente con expresiones como bien del pueblo, interés estatal, progreso”.¹⁸⁹ Lo anterior siempre y cuando se entienda sea reconocido por la norma positiva, es decir, que esta delegue en este tipo de normas y faculte al operador jurídico su aplicación.

Las teorías de la función judicial se han vuelto cada vez más complejas y sutiles, pero las más populares siguen subordinándolas a la legislación, nos dice Ronald Dworkin.¹⁹⁰ Los jueces han de aplicar el derecho promulgado por otras instituciones, no deben hacer leyes nuevas, nos dice este filósofo americano, refiriéndose para nuestro caso, al organismo legislativo, y en cuanto a la costumbre, afirma este autor, que las leyes y normas del derecho consuetudinario suelen ser vagas, y es necesario interpretarlas antes de que se las pueda aplicar a casos nuevos.¹⁹¹ Algunos casos plantean problemas tan nuevos que no es posible resolverlo ni siquiera forzando o volviendo a interpretar las normas existentes, de manera que en ocasiones los jueces deben

¹⁸⁸H. Kelsen, Ob. Cit. Pág. 106

¹⁸⁹ Ibídem Pág. 106 y 107

¹⁹⁰ R. Dworkin, Taking *Rights Seriously* (*Los Derechos en Serio*). Ob. Cit. Pág. 147

¹⁹¹ Ibídem, Pág. 147



legislar, ya sea encubierta o explícitamente. Pero cuando lo hacen, deben actuar como representantes del legislativo, promulgando derecho que, en su sentir, promulgaría éste de verse enfrentado con el problema”.¹⁹²

Lo anterior significa que el Juez ante un caso no regulado en la norma positiva, debe de resolverlo creando derecho, pero sujeto al sentir del legislador, entendido esto, en el sentido que la creación del derecho se sujete a la norma fundante del ordenamiento jurídico, la cual contiene los Principios Generales del Derecho. En este caso, legislarán en palabras de Dworkin,¹⁹³ movidos por pruebas y argumentos de carácter similar a los que moverían al órgano legislativo superior, si éste estuviera actuando independientemente. Se trata de un nivel de subordinación más profundo, porque hace que toda comprensión de lo que hacen los jueces en los casos difíciles dependa de una comprensión previa de lo que hacen continuamente los legisladores. Esta subordinación más profunda es, por ende, tanto conceptual como política.¹⁹⁴

La función del Juez, firma Recanses Siches¹⁹⁵, es siempre creadora en múltiples dimensiones. Esto no significa de ningún modo suprimir ni relajar la obediencia que el Juez debe estrictamente al orden jurídico positivo. De ninguna manera. Pero no se debe perder jamás de vista que el orden jurídico positivo no consta solamente de *leyes*, sino también de la función jurisdiccional.

Vuelvo nuevamente a citar el Artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial, “Los jueces no pueden suspender, retardar ni denegar la administración de la justicia, sin incurrir en responsabilidad. **En los casos de falta**, obscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, resolverán de acuerdo con las reglas establecidas en el Artículo 10 de esta ley, y luego pondrán el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que, si es el caso, ejercite su Iniciativa de Ley.” Si el caso sometido a su conocimiento no está regulado, el Juez debe de resolverlo y en este caso atendiendo al orden que la

¹⁹²R. Dworkin, Ob. Cit. Pág. 147

¹⁹³Ibídem, Pág. 147

¹⁹⁴Ibídem, Pag. 147

¹⁹⁵L. Siches, Recansés, Ob. Cit. Pág. 629



propia ley le señala, en cuya escala los Principios Generales del Derecho, si bien es cierto se encuentran en su último escalón, es importante acá resaltar que muchos si no es que todos estos principios, se encuentran en la Constitución Política de la República. Nuestro sistema jurídico, en el proceso de creación de la norma, de manera expresa incorporó a los Principios Generales del Derecho, como una de las alternativas que tiene el operador jurídico, para suplir la ausencia de la norma positiva.

Las tres funciones anteriores, resultan de vital importancia para el operador jurídico, al momento de razonar el acto por medio del cual resuelve el caso concreto.

La labor del intérprete/aplicador del derecho, nos dice Jerónimo Betegón¹⁹⁶, -en este trabajo nos referimos al operador jurídico-, se concibe con un carácter puramente cognoscitivista/mecanicista, su tarea se reduce a recabar (conocer) el significado de las normas creadas por el legislador y, a partir de ahí, a subsumir el supuesto de hecho concreto en el supuesto de hecho abstracto de la norma así obtenida. Sin embargo, resulta importante reconocer que esta forma de interpretar el derecho, ha sido ya superada, y que han aparecido en el devenir histórico de la sociedad humana, teorías que permiten al operador jurídico, partir de la ley para aplicarla, pero no sin antes agotar y colocar el caso concreto en un balance frente al daño ocasionado, es decir, no basta solamente subsumir el caso, sino necesariamente debe de ponderarse para poder obtener como resultado una sentencia o resolución lo más ajustada posible al derecho, y no a la ley. En ese sentido Robert Alexy,¹⁹⁷ afirma que existen dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación. Mientras la subsunción ha sido relativamente bien investigada, en lo que concierne a la ponderación, aún hay muchas preguntas por responder. Hay tres problemas básicos: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad. La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones.

¹⁹⁶ J. Betegón, Ob. Cit. Pág. 367

¹⁹⁷ R. Alexy *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, editado por Miguel Carbonell, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008. Pág. 14

Siguiendo la posición de Alexy, el fundamento de teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios¹⁹⁸. Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden revestir también una forma categórica. Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.¹⁹⁹

Para establecer la mayor medida posible en la que un principio debe de ser cumplido, es necesario contrastarlo con los principios que juegan en sentido contrario o con los principios que dan fundamento a las reglas que juegan en sentido en contrario. En una constelación como esta, todos los principios están en colisión. Ellos fundamentan *prima facie* normas incompatibles que pueden proponerse como soluciones para el caso en concreto.²⁰⁰

La ley de la ponderación se puede formular de la siguiente manera:

“Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.”²⁰¹ La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos,

¹⁹⁸R. Alexy, Ob. Cit. Pág. 14

¹⁹⁹ Ibídem Pág. 14

²⁰⁰ C. Bernal, Pulido, citado por Carbonell, Miguel, **Argumentación Jurídica, El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad**, Editorial Porrúa, México, 2011, Pág. 37

²⁰¹R. Alexy, Ob. Cit. Pág. 15

- a. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.
- b. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
- c. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro²⁰².

El peso abstracto, de los principios puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos. Un ejemplo de ello es que el peso del principio de la vida, tiene un peso abstracto mayor que el principio de defensa.

La carga de la argumentación, opera cuando el peso concreto de los principios en colisión es idéntico.²⁰³

Los problemas de ponderación se caracterizan por la colisión de argumentos opuestos que contienen exigencias incompatibles. Esto es, hay argumentos para las alternativas A y B que, sin embargo no pueden realizarse al mismo tiempo.²⁰⁴

Sieckmann distingue una ponderación autónoma, la cual significa que será tomada una decisión sobre las exigencias colisionantes en virtud de una regla de preeminencia que el mismo dictaminador determina.²⁰⁵ El resultado de la ponderación es exigir que se cumpla con el óptimo de Pareto²⁰⁶, es decir, no puede existir un contenido que desde una perspectiva (la satisfacción de un principio) sea mejor, sin que por lo menos en la otra perspectiva (la satisfacción del otro principio) sea peor.²⁰⁷

La Ley de Ponderación es aquella, según Alexy, que se puede formular de la siguiente manera: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los

²⁰²R. Alexy, Ob. Cit. Pág 16

²⁰³Ibidem Pág. 39

²⁰⁴J.R. Sieckmann, Ob.Cit. Pág. 115

²⁰⁵Ibidem, Pág. 116

²⁰⁶ Un estado de cosas es óptimo, cuando no es posible mejorar a uno de los implicados sin desmejorar a por lo menos otro.

²⁰⁷Ibidem, Pág. 165

principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.²⁰⁸

La compleja labor del operador jurídico, al ser sometido a su conocimiento un caso, que no es claro, que colisiona con otra leyes, o que sencillamente no se encuentra regulado, demanda de él no solo una solución, sino que esta solución este fundamentada jurídica y racionalmente, y más aún cuando esos caso lleva un choque no entre Reglas y Principios, sino un choque entre Principios frente a otros Principios.

En las sociedades modernas, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad, sino que pide razones que las justifiquen, pretensión que resulta por completo extensible a la administración de justicia. La responsabilidad del Juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de tener que justificar sus decisiones.²⁰⁹

Alexander Peczenik, citado por Carla Faralli,²¹⁰ es de la posición que el Derecho es una construcción del operador que con referencia al caso concreto debe hallar la correcta combinación de diferentes factores. De aquí que Peczenik concluya por tener que reclamar el carácter omnipresente del procedimiento argumentativo en el derecho. De tal manera que sólo por medio de la actividad argumentativa se pueden identificar y combinar entre sí, con referencia al caso concreto, los diferentes componentes del Derecho. Por tanto, en todas y cada una de las principales actividades que se desarrollan por los juristas se encuentra implícita una forma más o menos articulada de razonamiento jurídico.²¹¹

Ese razonamiento jurídico, inicia con la aplicación de Principios. Si partimos del hecho simple que la estructura lógica de una norma, es el de contener una hipótesis o

²⁰⁸R. Alexy, Ob. Cit. Pág. 15

²⁰⁹C. Faralli, *La Filosofía del Derecho Contemporánea, título original La filosofía del diritto contemporanea*, traducción del original por María José Falcón y Tella y Juan Antonio Martínez Muñoz, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, España, 2007. Pág. 201

²¹⁰ Ibídem. Pág. 205

²¹¹ Ibidem Pág. 205



supuesto jurídico y una consecuencia jurídica, la lectura de los Artículos de los que se compone o integra nuestra Constitución pareciera que no cumplen con el anterior enunciado, pero si aceptamos la teoría que en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra esta como la norma más general y abstracta. Esta norma de manera clara en el Capítulo IV, Sección Primera, en el Artículo 203, indica que “la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. En ese sentido, para impartir justicia, todo operador jurídico, debe de observar principalmente al momento de razonar su resolución, lo contenido en la Constitución. Lo anterior se confirma de la lectura del Artículo 204, al establecer que los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado. ¿Por qué me refiero a esto?

Al realizar la labor intelegible de integrar, interpretar, o crear Derecho y darle solución el caso concreto que es sometido a su conocimiento, tanto el Juez por medio de la emisión de una sentencia, el Abogado que acusa o demanda, el Funcionario Público que resuelve una petición y que la culmina el acto administrativo, tienen que hacer uso de los principios generales del derecho. Su búsqueda no puede limitarse y cumplir con la norma positiva en nuestro caso contenida en la Ley del Organismo Judicial, y por ello esta búsqueda no se agota en la finalidad y al espíritu de la ley, en la historia fidedigna de su institución; tampoco en las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas, ni en el modo que parezca más conforme a la equidad, sino partiendo de los principios que se encuentran en la Constitución Política de la República. El no observar este mandato permite resoluciones judiciales o administrativa débiles que buscarán su solución o enmienda, en tribunales colegiados incluyendo a la Corte de Constitucionalidad, evidenciando un modelo de aplicar el Derecho deficiente por quienes conocen en primera instancias los casos, además de una aplicación de justicia tardía, y muchos de esos casos, los daños irreparables para las personas, no solo en su honra sino en sus bienes materiales.

Según el punto de vista tradicional del derecho positivo nos dice Zagrebelsky²¹², “los principios del derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Los principios operarían para perfeccionar el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida”. “No hay regla escrita que no presente algún margen de ambigüedad o que no se preste a alguna interpretación evasiva; que no todos los casos que requieren una regulación jurídica encuentran siempre la regla adecuada, o que frecuentemente – y mucho más en los caóticos ordenamientos jurídicos de la época actual- se producen colisiones entre los contenidos de las normas jurídicas (reglas contra reglas, o reglas contra principios), no siempre fáciles de resolver con los instrumentos de eliminación de antinomias, que los propios ordenamientos prevén. En estos casos – para superar las dudas interpretativas, colmar las lagunas y resolver contradicciones de otro modo irresolubles, entrarían en acción los principios del derecho, con su fuerza directiva tanto más vinculante en cuanto vengán recogidos en la Constitución”.²¹³

Los principios del derecho, son el “perfeccionamiento del ordenamiento jurídico”²¹⁴, pero esa función creadora, integradora, e interpretativa, que le es asignada por las reglas, (en nuestro sistema, por la Ley del Organismo Judicial) no corresponden al sentido real de los principios, pues estos se encuentran contenidos en la Constitución Política, por lo que no puede el legislador del poder derivado (Congreso de la República), asignarle funciones de inferior jerarquía, para integrar, interpretar o resolver los conflictos de reglas versus reglas, o reglas versus principios, que es precisamente la regulación que se encuentra plasmada en el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial.

“Uno de los principios fundamentales que informa el 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

²¹²C. Faralli, Ob.Cit. Pág. 117

²¹³ Ibídem. Pág. 117

²¹⁴ Ibídem Pág. 117



governados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho”.²¹⁵Esta posición es eminentemente positivista y nos hace recordar la jerarquía normativa a la que Hans Kelsen hace referencia en su Teoría Pura del Derecho. Si estos principios los encontramos dentro del cuerpo de la Constitución, con precisión señalo que los principios generales del derecho constituyen las normas más generales y abstractas del ordenamiento jurídico, que permiten la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz, su función va más allá de ser un elemento accesorio o secundario como lo señala la ley del Organismo Judicial, su función va orientada a ser el elemento que guía de la regla y la sitúa en la realidad provocando resoluciones que son razonadas, subsumidas y ponderadas, logrando obtener en la resolución por parte del operador jurídico, el equilibrio de las pretensiones de los diferentes actores de la sociedad al momento de plantear sus diferencias, reconociendo que es la Constitución la manifestación suprema del Derecho Positivo, y de donde parte el razonamiento jurídico.

²¹⁵Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 11 de diciembre de 1996, dentro del expediente 639-95



CONCLUSIONES

Al final del presente trabajo de investigación se confirmó parcialmente la hipótesis formulada, ya que los principios generales del derecho, si bien es cierto no constituyen las normas más generales y abstractas como se planteó en la misma, si representan para el derecho las máximas que justifican la aplicación de las normas jurídicas o de la técnica de interpretación de éstas, o bien de argumentación de los juristas para resolver un caso determinado, sea por ausencia o no de la ley, y que se encuentran de manera explícita o implícita en el ordenamiento jurídico de cada Estado.

Los principios generales del derecho, y los particulares de los que se compone la sistemática jurídica, constituyen los fundamentos para la argumentación y del razonamiento jurídico, encontrándose algunos de ellos en la Constitución Política de la República y muchas veces en las normas ordinarias especiales (Código Penal, Civil, de Comercio, de Trabajo, etc.). El orden jurídico de un país no está exclusivamente constituido por las normas que tienen su fuente en la legislación, la jurisprudencia o la costumbre, sino también tienen como fuente a los principios explícitos e implícitos en esas reglas. En ese sentido la solución de un caso jurídico, para resolverse demanda no una operación automática, sino por el contrario una operación inteligible que permita efectivamente el cumplimiento de los fines del Derecho para ello, el jurista ante la posible ausencia o falta de claridad de la norma que debe aplicar tendrá que hacer uso de los Principios Generales del Derecho o de los especiales en su caso, subsumiendo las reglas y luego ponderando los principios, a efecto de tener como resultado de esa operación inteligible, una sentencia o resolución administrativa lo más ajustada no a la ley, sino al derecho, ya que la función de los principios va orientada a ser el elemento de guía para la regla y la sitúa en la realidad, provocando resoluciones mejor argumentadas y razonadas, dotadas no solo de la rigidez del contenido de las reglas, sino acompañadas



indubitablemente del elemento axiológico y finalista de éstas cuyo resultado será el equilibrio en las pretensiones de los actores, es decir una resolución lo más apegada a lo justo.



BIBLIOGRAFÍA

1. Alexy, Robert, *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional, La fórmula del peso*, Quito, Ecuador, editor, Miguel Carbonell, 2008
2. Arango Escobar, Julio Eduardo, *Filosofía del Derecho y de los Derechos Humanos*, segunda edición, Guatemala, Editorial Talleres Gráficos RAN-HER, 2000.
3. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*. San Salvador, El Salvador, Editorial jurídica salvadoreña. 2007
4. Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos Atípicos, sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2000.
5. Bernal, Pulido, Carlos, citado por Carbonell, Miguel, *Argumentación Jurídica, El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad*, México, Editorial Porrúa, 2011
6. Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico, Lecciones de filosofía del derecho*, reunidas por el doctor Nello Morra. Madrid, España, Editorial Debate, S.A., 1998
7. Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, título original *Teoría de la norma jurídica*, traducción de Jorge Guerrero, R., Santa Fé de Bogotá, Colombia, Editorial Temis, S.A., 1997



8. Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989
9. Bustamante, Thomas y otros, *Teoría del Derecho y decisión Judicial*, editado por Pablo Raúl Bonorino Ramírez, España. 2010
10. Carbonell, Miguel, *Argumentación Jurídica, El Juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, Universidad Autónoma de México, Editorial Porrúa, México, 2011
11. Carnelutti, Francisco, *Como nace El Derecho*, Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 2013.
12. Carpintero Benítez, Francisco, *Historia del Derecho Natural, Un Ensayo*, Universidad Autónoma de México, México, 1999
13. Díaz Couselo, José María, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Plus Ultra, Argentina, 1971.
14. Dorantes Tamayo, Luis Alfonso, *Filosofía del derecho*, segunda edición, Oxford University Press, México, 2000
15. Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio, título original: Taking Rights Seriously*, traducción de Marta Guastavino, Editorial Ariel, Barcelona, España, 2010
16. Dworkin, Ronald, *El Imperio de La Justicia, Título original: Law's Empire*, traducción Claudia Ferrari, Editorial Gedisa, S.A., Barcelona, España, Segunda Edición, 2012.



17. Etcheverry, Juan Bautista, *Ley, Moral y Razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis, a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, Universidad Autónoma de México, México, 2013
18. Etcheverry, Juan Bautista, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente, un estado de la cuestión*. Universidad Nacional autónoma de México, México, 2006.
19. Faralli, Carla, *La Filosofía del Derecho Contemporánea, título original La filosofía del diritto contemporanea*, traducción del original por María José Falcón y Tella y Juan Antonio Martínez Muñoz, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, España, 2007
20. Friedrich, Carl Joachim, *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002
21. Fucito, Felipe, *Concepción Sociológica del Derecho*, Cuadernos de Investigación número 10, Instituto de Investigaciones, Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1989
22. García Amado, Juan Antonio, *El Derecho y sus Circunstancias, nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010
23. García Amado, Juan Antonio, *La Filosofía del Derecho en Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005
24. García Garfías, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil*, Universidad Autónoma de México, 1981



25. García Maynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977
26. García Maynez, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964
27. García, Mario David, *Tratado de La Interpretación de La Ley*, Editorial Tierra Labrada, Guatemala, 2002
28. Goyes Moreno, Isabel, *Memorias del IV Congreso Nacional y II Internacional de Derecho Constitucional, "Los Principios en el Constitucionalismo Moderno"*, Universidad de Nariño, Colombia, Ediciones Edinar, Colombia, 2010
29. Hart, H. L.A., *El Concepto de Derecho, título original The Concept of Law*, traducción de Genaro R. Carrio, -editorial Abeledo-Perrot, S.A., Buenos Aires, Argentina. 1963.
30. Hart, Herbert, *Post scríptum al Concepto del Derecho*, editado por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Autónoma de México, 2000
31. Hayek, Friedrich A. *Derecho, Legislación y Libertad, una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política. Título original: Law, Legislation and Liberty*. Unión Editorial, S.A., Madrid, España. 2006
32. Iturralde, Victoria, *Teoría del Derecho y Decisión Judicial*, editado por Pablo Raúl Bonorino Ramírez, España, 2010



33. Kant, Immanuel, *Lecciones de ética*, Traducción castellana de Roberto Rodríguez Aramayo y Concha Roldán Panadero, Editorial Crítica S.L., España, 2002
34. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, título original *Reine Rechtslehre*, traducción fiel de la obra de 1934 a cargo de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, Editorial Trotta, S.A., Madrid, España, 2011
35. Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, Editorial Barcelona, España, 1975,
36. Leoni, Bruno, *Lecciones de filosofía del derecho*, título original, *Lezioni di filosofia del diritto*, traducción de Juan Marcos de la Fuente, Unión Editorial, S.A., Madrid, España, 2008
37. Londoño Ayala, Nelson Leonardo, *Argumentación Jurídica*, Ediciones Nueva Jurídica, segunda edición, Colombia, 2012
38. Pacheco G., Máximo, *Teoría del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Colombia, 1993
39. Quintana, Eduardo Martín, *Filosofía Jurídica, Política y Moral en Jürgen Habermas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007.
40. Rabinovich-Berkman, Ricardo D., *Principios generales del derecho latinoamericano*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires, Argentina, 2006
41. Rabasa, Oscar, *El Derecho Angloamericano*, Editorial Porrúa, México, 1982.



42. Radbruch, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, Cuarta Edición, Editorial, Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1959
43. Reyes Posada, Mauricio, *el pensamiento político de los sofistas*, Tesis de grado para optar al título de doctor en ciencias jurídicas, Editorial Kelly, Pontificia Universidad Javeriana, República de Colombia, Colombia. 1973
44. Rodríguez Duplá, Leonardo, *Ética*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, España, 2011
45. Sánchez Gil, Rubén, *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Editor Miguel Carbonell, Quito, Ecuador, 2008
46. Santo Tomás de Aquino, *La Ley*, Editorial Tor, Buenos Aires, Argentina, versión castellana de Marcelino Ortíz.
47. Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, traducción y referencia, José Martorell Capó, Biblioteca de autores Cristianos, Cuarta Edición, Madrid, España, 2001
48. Sieckmann, Jan-R, *El Modelo de los principios del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2006. Pág. 26
49. Sobrevilla, David, *La Filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista*, Estudios sobre R. Alexy, K. Günter, J. Habermas y O. Hóffe. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2008



50. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica, El paradigma de la racionalidad y la ciencia del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
51. Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, 1. De los orígenes a la Baja Edad Media*, treceava edición, Alianza Editorial, Madrid, España, 2010
52. Weber; Max, *Economía y Sociedad, Esbozo de la sociología comprensiva, título original: Wirtschaft un Gesellschaft. Grundriss der Verstenhenden Soziologie*, traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.
53. Zagrevelsky, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. De Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995

DICCIONARIOS

54. *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española*, Vigésima Segunda Edición, España, 2001

LEYES

55. Constitución Política de la República de Guatemala
56. Ley del Organismo Judicial