



Universidad
Rafael Landívar
Identidad Jesuita en Guatemala

VRIP

VICERRECTORÍA DE
INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

Derecho guatemalteco en contexto

Edición 2023

Carlos Arturo Villagrán Sandoval, Ph. D. (coordinador)



Universidad
Rafael Landívar
Identidad Jesuita en Guatemala

EDITORIAL
**CARA
PARENS**
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR

DERECHO GUATEMALTECO EN CONTEXTO

Carlos Arturo Villagrán Sandoval, Ph. D. (coordinador)

Guatemala, 2023

VRIP

VICERRECTORÍA DE
INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR

icesh

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN
CIENCIAS SOCIO HUMANISTAS

Departamento de
Ciencias Jurídicas y Políticas

342.7281

D43 Derecho guatemalteco en contexto. / Carlos Arturo Villagrán Sandoval, (coordinador). -- Guatemala : Universidad Rafael Landívar, Editorial Cara Parens, 2023.

ISBN de la edición física: 978-9929-54-555-7

ISBN de la edición digital, PDF: 978-9929-54-556-4

xvi, 262 páginas.

1. Derecho – Guatemala – Enseñanza
2. Derecho constitucional
3. Jurisprudencia
 - i. Universidad Rafael Landívar. Vicerrectoría de Investigación y Proyección (VRIP), Instituto de Investigación en Ciencias Socio Humanistas (Icesh), Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas, editor
 - ii. título

SCDD 22

DERECHO GUATEMALTECO EN CONTEXTO

Edición 2023

Carlos Arturo Villagrán Sandoval, Ph. D. (coordinador)

Universidad Rafael Landívar
Vicerrectoría de Investigación y Proyección (VRIP)
Instituto de Investigación en Ciencias Socio Humanistas (Icesh)
Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas



Se permite la reproducción total o parcial de esta obra, siempre que se cite la fuente.

D. R. ©

Universidad Rafael Landívar, Editorial Cara Parens
Vista Hermosa III, Campus San Francisco de Borja, S. J., zona 16, Edificio G, oficina 103
Apartado postal 39-C, ciudad de Guatemala, Guatemala 01016
PBX: (502) 2426 2626, extensiones 3158 y 3124
correo electrónico: caraparens@url.edu.gt
sitio electrónico: www.url.edu.gt

Director: Luis Fernando Acevedo
Coordinadora editorial: Dalila Gonzalez Flores
Coordinador de diseño gráfico: Pedro L. Alvizurez M.
Coordinadora administrativa y financiera: Olga Leticia Leiva Bojórquez
Revisión y edición: Joshua Morales
Diseño y diagramación final: Andrea Elisa Díaz Celada
Fotografía de portada: Juan Pablo Gramajo Castro

Las opiniones expresadas e imágenes incluidas en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores y las autoras y no necesariamente compartidas por la Universidad Rafael Landívar.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

P. Miquel Cortés Bofill, S. J.
RECTOR

Dra. Martha Pérez Contreras de Chen
VICERRECTORA ACADÉMICA

Dr. José Juventino Gálvez Ruano
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN

P. José Antonio Rubio Aguilar, S. J.
VICERRECTOR DE IDENTIDAD UNIVERSITARIA

Mgtr. Silvana Guisela Zimeri Velásquez de Celada
VICERRECTORA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA

Dr. Larry Andrade-Abularach
SECRETARIO GENERAL

AUTORIDADES DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS SOCIO HUMANISTAS (ICESH)

Dra. Ursula Roldán Andrade
DIRECTORA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN
EN CIENCIAS SOCIO HUMANISTAS

Dra. Mónica Mazariegos Rodas
COORDINADORA DEL DEPARTAMENTO DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	XIII
PRÓLOGO	XV
A MANERA DE INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA AGENDA DEL DERECHO GUATEMALTECO EN CONTEXTO	1
1. ¿POR QUÉ «DERECHO EN CONTEXTO»?	3
2. CONSTRUYENDO EL ARGUMENTO PARA ESTA EDICIÓN	4
REFERENCIAS	6
UN «GIRO CARTESIANO» Y NUEVAS FORMAS DE CONCIENTIZACIÓN Y EPISTEMOLOGÍA DEL ESTUDIO DEL DERECHO EN GUATEMALA	9
INTRODUCCIÓN	9
1. ¿CÓMO ESTAMOS HOY EN EL ESTUDIO DEL DERECHO? EL SÍNTOMA DEL LEGALISMO Y UN DERECHO SIN REFLEXIÓN	10
1.1 Ideología del legalismo y la escolástica del derecho en Guatemala	10
1.2 Una interpretación funcionalista y debate de contradicción: un sistema de indeterminismo estructural	15
1.3 Derecho sin historial local y la herencia colonial y colonialista: la reducción de conceptos y la inconsciencia legalista	19
1.4 Procesos versus jurisprudencia	23
1.5 Un derechismo (<i>güüçachismo</i>) y doctrina sin derecho ni doctrina	25
2. EL «GIRO CARTESIANO» Y UNA HEURÍSTICA PARA CONCIENTIZAR EL DERECHO EN GUATEMALA	28
2.1 ¿El porqué del «giro cartesiano»?	28
2.2 ¿Qué involucra el nuevo giro y heurística? La agencia del estudiante en su estudio del derecho	30
2.3 ¿Qué proceso intelectual utilizamos? La agencia a través de la <i>discencia</i>	32
2.4 ¿Cómo criticamos y cómo construimos? La <i>parresia</i> como la externalización de la agencia y <i>discencia</i>	33
2.5 ¿De dónde partimos —un sistema legal— y hacia dónde vamos —un derecho propio—? Debate a través del principio dialógico	34
CONCLUSIONES	36
REFERENCIAS	36
APROXIMACIÓN HISTORIOGRÁFICA DEL DERECHO EN GUATEMALA	45
INTRODUCCIÓN	45

1. REFERENCIA PRELIMINAR Y NECESARIA SOBRE EL DERECHO EN GUATEMALA	48
2. LIBERALISMO E ILUSTRACIÓN: EL MOVIMIENTO SANCARLISTA DEL SIGLO XVIII Y XIX EN EL MODELO JURÍDICO GUATEMALTECO	50
3. LA CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO DE IDEAS LIMITADAS: LIBERALES DE SEGUNDA GENERACIÓN Y EL POSITIVISMO	53
4. LAS ENCRUCIJADAS DEL DERECHO GUATEMALTECO: SOCIAL, INTERNACIONAL, DESARROLLISTA Y PLURALISTA	55
4.1 Aproximación a la escuela histórica del derecho en Guatemala	56
4.2 Aproximación a una visión social económica del derecho en Guatemala	58
4.3 La visión internacional del derecho en Guatemala	61
5. UN NUEVO PUNTO DE PARTIDA TRANSACCIONAL: LA CONSTITUCIÓN DE 1985	63
5.1 La transacción constitucional	63
6. DIALÉCTICA DE OPOSICIÓN A UN DEBATE JURÍDICO Y PLURALISMO DE VALORES: DERECHO DECOLONIAL Y POSITIVISMO	65
6.1 Abatimiento de la desigualdad política: contexto de derecho sobre los pueblos indígenas	67
6.2 Abatimiento de la desigualdad política: mujeres	68
APUNTES FINALES	70
REFERENCIAS	72
FUENTES Y HERMENÉUTICA DEL DERECHO GUATEMALTECO	77
1. DEBATE SOBRE FUENTES Y HERMENÉUTICA EN GUATEMALA	78
2. ANTECEDENTES	83
3. FUENTES	84
3.1 Ley	84
3.2 Jurisprudencia	86
3.3 Costumbre	87
4. HERMENÉUTICA	89
4.1 Ley aplicada	91
4.1.1 Semántico	91
4.1.2 Supremacía constitucional	92
4.1.3 Jerarquía normativa	94
4.1.4 Carácter sistemático	94
4.1.5 Primacía del interés social	94
4.1.6 Límites de la legalidad	95

4.2 Ley interpretada e integrada	96
4.2.1 Finalidad y espíritu	96
4.2.2 Historia fidedigna	97
4.2.3 Analogía	98
4.2.4 Equidad	98
4.2.5 Principios generales del derecho	99
5. ANTINOMIAS	100
REFERENCIAS	101
DERECHO MULTINIVEL, GLOBALIZACIÓN Y FUENTES EXTRANJERAS	111
INTRODUCCIÓN	111
1. DERECHO MULTINIVEL	112
1.1 Constitucionalismo multinivel	112
1.2 Tutela multinivel	113
1.3 Estructura del sistema multinivel en Guatemala	114
1.3.1 Jurisdicción nacional	115
1.3.2 Jurisdicción internacional regional	117
1.3.3 Jurisdicción supranacional	118
2. GLOBALIZACIÓN Y EL <i>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE</i>	121
2.1 Globalización	121
2.2 <i>Ius Constitutionale Commune</i>	123
3. FUENTES NORMATIVAS EXTRANJERAS	124
REFLEXIÓN FINAL	126
REFERENCIAS	128
EL PRECEDENTE JUDICIAL Y SU APLICACIÓN EN EL SISTEMA GUATEMALTECO	135
1. CONSIDERACIONES GENERALES	135
2. TEORÍA DEL PRECEDENTE	136
2.1 Delimitación del concepto de «precedente»	136
2.2 <i>Dicta vs. holding</i>	138
2.3 Innovación vs. distinción	139
2.4 Efecto vertical y horizontal	142
3. EL PRECEDENTE EN EL SISTEMA GUATEMALTECO	143
3.1 La doctrina legal en Guatemala	143
3.2 Estabilidad de las decisiones en Guatemala	145

4. LOS CASOS EMBLEMÁTICOS	147
REFLEXIONES FINALES	150
REFERENCIAS	151
PLURALISMO JURÍDICO: NOCIONES FUNDAMENTALES Y ALGUNOS APUNTES SOBRE LOS RETOS PARA SU APLICACIÓN EN GUATEMALA	153
1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DEL TÉRMINO	153
2. PLURALISMO JURÍDICO EN GUATEMALA	154
2.1 Dimensión normativa y jurisprudencial	154
2.2 Dimensión fáctica	157
3. GENERALIDADES DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS	159
4. EL SISTEMA JURÍDICO O DERECHO INDÍGENA MAYA	161
5. RETOS PARA LA COORDINACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA Y EL DERECHO ESTATAL	163
6. ALGUNAS PAUTAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA COORDINACIÓN	165
CONSIDERACIONES FINALES	167
REFERENCIAS	169
REPENSANDO A TRAVÉS DEL MÉTODO COMPARADO EN GUATEMALA	171
1. CONSIDERACIONES GENERALES	171
2. CONCEPTO Y FUNCIONES DEL DERECHO COMPARADO	173
2.1 Herramienta de reforma y creación de ley	173
2.2 Herramienta para unificación o armonización, el <i>ius commune</i>	177
2.3 Herramienta de construcción o de interpretación judicial	179
3. EVOLUCIÓN DEL DERECHO COMPARADO	182
3.1 Antecedentes	183
3.2 Difusión del derecho	184
4. MÁS ALLÁ DEL <i>COPY PASTE</i> , EL MÉTODO	184
REFLEXIONES	185
REFERENCIAS	186
IUSNATURALISMO, POSITIVISMO Y CONCEPCIONES ACTUALES	193
1. IUSNATURALISMO	193
1.1 Algunos antecedentes históricos	193
1.1.1 Grecia	193

1.1.2	Roma	194
1.1.3	Edad Media	194
1.1.4	Renacimiento	195
1.2	Generalidades	195
1.2.1	Concepto	195
1.2.2	Tipos de leyes	195
1.2.3	Características	196
1.3	Escuelas del derecho natural	196
1.3.1	Escuela clásica (iusnaturalismo clásico)	196
1.3.2	Escuela moderna (iusnaturalismo moderno)	197
1.4	Algunos de los principales exponentes	197
1.4.1	Aristóteles (384-22 a. C.)	197
1.4.2	Marco Tulio Cicerón (106-43 a. C.)	198
1.4.3	Santo Tomás de Aquino (1225-1274)	198
1.4.4	Hugo Grocio (1583-1645)	199
1.4.5	Thomas Hobbes (1588-1679)	199
1.4.6	John Finnis (1940)	200
1.5	Críticas al iusnaturalismo	201
2.	POSITIVISMO	202
2.1	Algunos antecedentes históricos	202
2.1.1	Roma	202
2.1.2	Ilustración	202
2.1.3	Época contemporánea	203
2.2	Generalidades	203
2.2.1	Concepto	203
2.2.2	Tipos de leyes	204
2.2.3	Características	204
2.3	Escuelas	205
2.3.1	La escuela de los glosadores	205
2.3.2	La escuela de los posglosadores	205
2.3.3	La escuela de la exégesis (o escuela exegética)	205
2.3.4	La escuela histórica (o escuela alemana)	206
2.3.5	La escuela de la jurisprudencia de los conceptos	206
2.4	Algunos de los principales exponentes	207
2.4.1	Hans Kelsen (1881-1973)	207
2.4.2	Luis Recaséns Siches (1903-1977)	208

2.4.3	Norberto Bobbio (1909-2004)	208
2.4.4	Herbert Hart (1907-1992)	209
2.5	Críticas al iuspositivismo	209
3.	CONCEPCIONES ACTUALES	210
	REFERENCIAS	214
	DERECHO, POLÍTICA Y JURISTAS DE ESTADO EN GUATEMALA: REFLEXIONES CRÍTICAS	217
	INTRODUCCIÓN	218
1.	LA POLÍTICA Y EL DERECHO EN LOS JURISTAS Y ABOGADOS	220
2.	POLÍTICA Y DERECHO EN GUATEMALA	222
3.	EL VIEJO DERECHO POLÍTICO Y SU INFLUENCIA EN GUATEMALA	229
4.	LOS JURISTAS DE ESTADO EN GUATEMALA	234
4.1	El derecho público en Guatemala: el Leviatán	235
4.2	La forma política Estado: el Leviatán	236
5.	EL GIRO IUSPUBLICISTA: DEL DERECHO POLÍTICO AL DERECHO CONSTITUCIONAL (PROCESAL)	238
6.	«FORMALISMO» EN GUATEMALA	241
7.	DERECHO Y POLÍTICA EN LA GUATEMALA DEL SIGLO XXI: POLITIZACIÓN Y «NEOCONSTITUCIONALISMO»	244
	CONCLUSIONES	247
	REFERENCIAS	251
	CONCLUSIONES: DE AQUÍ ¿HACIA DÓNDE VAMOS?	259

PRESENTACIÓN

La Vicerrectoría de Investigación y Proyección (VRIP) es la dependencia de la Universidad Rafael Landívar encargada de definir y concretar la visión universitaria respecto de la investigación y la proyección, en búsqueda de una mayor y óptima sintonía con los procesos de educación formal e informal y de acción pública. Lo anterior, para garantizar una proyección institucional inspirada en la realidad compleja y apegada a la identidad landivariana, la tradición jesuita y el carisma ignaciano.

Sobre la base de capacidades y enfoques de trabajo convenientemente articulados, la VRIP aspira a: (1) describir, explicar y predecir fenómenos de la realidad y utilizar la evidencia reunida para iluminar las rutas más viables desde el punto de vista ético-político y deseables desde el punto de vista socioeconómico y natural, para transformarla hacia dimensiones más justas, plurales, incluyentes y sensibles a todas las formas de vida, procurando que las mejoras progresivas en estos ámbitos puedan mantenerse en el tiempo, es decir, que sean sostenibles; (2) retroalimentar los procesos de educación formal e informal que impulsa la Universidad y otros actores estratégicos interesados en la visión landivariana, para dotar, de esa manera, al país y la región con las investigadoras e investigadores científicos-críticos que necesita; y (3) nutrir cualitativamente el acervo intelectual y cultural de la Universidad, el país, la región y el mundo.

Las obras documentales como la que hoy se presenta a la comunidad académica y al público en general, sintetizan, en más de una manera, las tres aspiraciones de la VRIP expuestas anteriormente. Surgen del esfuerzo académico amparado en la construcción de conocimientos que son validados en el ejercicio profesional, en la práctica docente o por intermedio de investigaciones sistemáticamente conducidas. En manos de profesionales, investigadores e investigadoras, docentes, estudiantes y público en general, estas obras documentales tienen el potencial de estimular la capacidad intelectual, investigativa, comunicativa y axiológica de dichos grupos, frente a fenómenos complejos que demandan miradas multi e interdisciplinarias para su entendimiento.

Esta línea de trabajo documental de la VRIP se enriquece, potencia y adquiere trascendencia a partir de las vinculaciones. Por eso, celebramos las alianzas forjadas tanto al interior del Sistema Universitario Landivariano, en diferentes niveles, como fuera de este. En el primer caso, especialmente con la Vicerrectoría Académica (VRAC) y sus unidades facultativas, la Vicerrectoría de Identidad Universitaria (VRIU) y con las unidades responsables de las cátedras universitarias especializadas. En el segundo caso, con la comunidad académica en general y la diversidad de actores situados en el terreno, aquellos que son interlocutores imprescindibles, portadores de creencias, prácticas y saberes ancestrales y milenarios que enriquecen el proceso investigativo. A juzgar por la calidad y la relevancia intelectual y cultural de nuestras obras, así como por la continuidad en la producción y por su alcance, es lícito afirmar que esta alianza es efectiva.

Confiamos en que la entrega de obras de esta naturaleza abone progresivamente nuestra misión y, al mismo tiempo, su revisión crítica nos retroalimente e impulse hacia mejores estadios de investigación y proyección.

Dr. J. Juventino Gálvez R.
Vicerrector de Investigación y Proyección
Universidad Rafael Landívar

PRÓLOGO

El trabajo *Derecho guatemalteco en contexto*, coordinado por el Dr. Carlos Arturo Villagrán Sandoval y quienes contribuyeron a su realización, es un aporte de singular valor para la aproximación, la enseñanza y el desarrollo del derecho en Guatemala. Este aporte se visibiliza a través del abordaje de un tema tan complejo y necesario desde una perspectiva conceptual, epistemológica, pedagógica y axiológica, cuyo propósito es superar la crisis, como la llama el autor, que ha surgido a través de los años de recurrir a metodologías que respondieron a la interpretación y enseñanza del derecho de ayer; pero después de la experiencia de esos años, han perdido su vigencia.

En la Guatemala contemporánea han ido surgiendo talentos jóvenes, que están haciendo necesario y posible abordar el derecho y su enseñanza desde criterios que iluminan a docentes y estudiantes, situándolos ante nuevos horizontes en la conceptualización y entendimiento de esta ciencia, que exige nuevos conceptos epistemológicos y metodologías creativas para abordar su estudio. Es importante tener claro que la academia no tiene como finalidad proveer una respuesta a todo; su riqueza y su verdadero propósito es desarrollar en los estudiantes capacidades o ejercicios mentales bajo una variedad de métodos y formas diversas de pensamiento que permitan abrir sus mentes para interiorizar críticas y dudas, y, posteriormente, plantearlas a la sociedad¹. Esto conduce al posterior desarrollo de la investigación, la cual da vida a toda ciencia que se renueva. Sin ella, la docencia se limita a la trasmisión de conocimientos alejados de una realidad determinada.

El libro busca romper con el legalismo que se vive en el medio universitario y profesional, presentando un debate sobre la forma en que se entiende y enseña el derecho en Guatemala. Villagrán y sus colegas se proponen abordar algunos de los síntomas que afectan el estudio del derecho en el país, mostrando el legalismo que caracteriza al sistema jurídico. Este nuevo compendio de estudios tiene por objeto presentar una aproximación al derecho desde modelos de una ciencia robusta o un arte de pensamiento crítico, de tal modo que el estudiante supere el círculo de síntomas que enfrasan al derecho en Guatemala como un mecanismo y fenómeno repetitivo de subyugación de pensamiento².

Toda ciencia exige ser puesta en contexto, por ello, a partir de su experiencia de formación y ejercicio profesional, Villagrán Sandoval señala que³: el movimiento crítico del derecho que se inició en Harvard en los años 70 del siglo XX, se desarrolló en el movimiento *Law in context*—derecho en contexto—, presentando visiones realistas y contextuales de la ley y la interpretación, mostrando una faceta y discusión que en Guatemala aún no se ha procedido a estudiar⁴. Al no encontrar respuestas, los nuevos profesionales «del derecho», continúa Villagrán, estudiantes y profesionales de esta disciplina se ven en la necesidad de acudir a la doctrina extranjera, sin saber cómo lidiar con estos avances o con una metodología de reflexión de lo local y lo transnacional.

¹ Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, *Derecho guatemalteco en contexto*, URL, 2022, p. 11.

² *ibidem*, p. 12.

³ *ibidem*, p. 11.

⁴ Kennedy, Duncan, *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Siglo Veintiuno Editores, 2012, pp. 16-41.

El resultado es un modelo de derecho comparado basado en el *copy paste* a todo nivel, incluso en las cortes más prestigiosas y de mayor importancia en el país, y un malinchismo legal que no entiende las causas que produjeron estas doctrinas transnacionales en un inicio⁵. Sin embargo, los estudiantes, hasta cierto grado, no cargan con esa responsabilidad, puesto que son forzados, muchas veces inconscientemente, a convertirse en nuevos reproductores de los síntomas que se exhiben en este libro⁶.

Al concluir la última fase de sus estudios, los alumnos de derecho pasan cinco o seis años en las aulas universitarias bajo la pedagogía legal práctica que no forja en ellos un método de pensamiento crítico sobre las carencias del derecho en una sociedad injusta y desigual como la nuestra. Esta experiencia formativa deja como secuela que los nuevos profesionales —funcionarios, jueces, litigantes, notarios, etc.—, se vean forzados a buscar más tarde respuestas en los libros introductorios, respuestas que son aplicables a los casos que intentan resolver, buscando soluciones que esos libros originalmente nunca tuvieron o no se propusieron estudiar⁷.

El libro coordinado por el Dr. Villagrán Sandoval expresa la preocupación del autor y los colaboradores y las colaboradoras del mismo, el clamor de las nuevas voces que propugnan por el desarrollo de una nueva ciencia del derecho en Guatemala estudiando no sólo el tema de sus fuentes sino también todas las implicaciones políticas y de otro orden que el desarrollo de la ciencia jurídica lleva dentro y exige en cualquier país del mundo, de modo que responda a la búsqueda de la justicia en contextos democráticos en donde, a través del derecho, se respetan y hacen valer los derechos del ciudadano. Por ello es una obra de singular valor puesto que aporta nuevos conocimientos a la docencia y a la investigación en el mundo del derecho y de una academia llena de vida para la sociedad guatemalteca contemporánea.

Finalmente, esta colección de escritos busca posicionar al lector y le propone apartarse esencialmente del manejo conceptual, procesalista y reductivo del pensamiento jurídico vigente en el país para que, desde una serie de nuevas epistemologías y métodos observar, pueda analizar, interpretar y disentir dentro y fuera del derecho⁸. Asimismo, busca replantear la formación jurídica a partir de nuevos cuadros epistemológicos valiéndose de las ciencias sociales, la filosofía, la política, la historiografía y otras técnicas de investigación⁹.

Guatemala, septiembre de 2022

Dr. Otilio Miranda, S. J.

Investigador

Vicerrectoría de Investigación y Proyección

⁵ Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, *op. cit.*, p. 11.

⁶ *idem.*

⁷ *ibidem*, pp. 8-9.

⁸ *ibidem*, p. 350.

⁹ *ibidem*, p. 14.

A MANERA DE INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA AGENDA DEL DERECHO GUATEMALTECO EN CONTEXTO

Carlos Arturo Villagrán Sandoval¹

Al graduarse el estudiante de leyes, la sociedad espera que este pueda resolver y solucionar los problemas versátiles de una colectividad resultado de desafíos a niveles local, regional y global, con impulsos y valores en constante disrupción y conflicto, con nuevos avances tecnológicos y nuevos debates morales. Sin embargo, la mayoría de estos problemas y desafíos no son, y nunca han sido, objeto de análisis y estudio en sus libros de formación, o en las lecciones y epistemologías de sus formadores o catedráticos. Al terminar sus estudios de exámenes privados, habiendo cursado por varios años en la universidad y educados a través de una pedagogía legal práctica —que más adelante en este libro se le denomina como *legalista* y se caracteriza por impartir un método de pensamiento no crítico sobre los padecimientos del derecho en una sociedad injusta y desigual entre sus ciudadanos—, estos nuevos profesionales se ven incapaces de enfrentar los desafíos de esta colectividad cambiante y cada vez más globalizada.

Al no encontrar respuestas, los nuevos profesionales «del derecho» se ven en la necesidad de acudir a la doctrina extranjera, aun sin saber cómo lidiar con los nuevos desafíos de la sociedad, o sin una educación propia basada en metodología de reflexión de lo local, transnacional e internacional. El resultado: un modelo de estudio del derecho con tendencia y abuso en la práctica *copy paste*, observado a todo nivel, incluso en las cortes más prestigiosas y de mayor importancia en el país, y un malinchismo legal que no entiende las causas que produjeron estas doctrinas transnacionales en un inicio². Sin embargo, los estudiantes, hasta cierto grado, no cargan con esta culpa y responsabilidad, sino que son productos de una educación que, repitiendo ciclo, los mantiene encasillados, muchas veces de manera inconsciente, y luego se convierten en nuevos reproductores de los síntomas que se exhiben en este libro, ya sea a través de su ejercicio profesional o como catedráticos.

En el trascurso de la carrera de derecho se enseña que los libros y la ley siempre tienen la respuesta. Si no se encuentra en un libro nacional, entonces se debe recurrir al denominado derecho comparado, buscando respuesta en libros extranjeros³. Tan mal concebida se tiene la investigación académica

¹ Ph. D. (Law) y Master in Public and International Law de la Universidad de Melbourne, especialista en derecho internacional, de integración, constitucional y comparado. Investigador asociado del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas del Instituto de Investigación en Ciencias Socio Humanistas de la Universidad Rafael Landívar y catedrático de pregrado y posgrado de esa misma casa de estudios. Ha publicado en editoriales y revistas nacionales e internacionales.

² Ver una exposición sobre este fenómeno en: Hirshl, Ran, «The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law», *American Journal of Comparative Law*, vol. 53, 2005, pp. 128-129.

³ Como se expone en el libro, esto efectivamente no es derecho comparado, sino un efecto de la incompreensión de la disciplina. Sobre este mal uso de la disciplina, ver: Saunders, Cheryl, «The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law», *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 13, 2006, pp. 37, 67; Sitaraman, Ganesh «The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 32, 2009, pp. 32, 654, 679; Saunders, Kevin W., «Informal Fallacies in Legal Argumentation», *South Carolina Law Review*, vol. 44, 1992-1993.

en el país, que repercute en la metodología de investigación. No obstante, en realidad se ignora que el objeto de la academia no tiene esa finalidad, es decir, la de proveer una respuesta al todo. En sentido contrario, la riqueza de la academia no yace en presentar respuestas, ya que al hacerlo no sería efectivamente academia, sino religión; en realidad, su verdadero propósito es desarrollar en los estudiantes capacidades o ejercicios mentales bajo una variedad de métodos rigurosos y formas diversas de pensamiento que permitan abrir sus mentes para interiorizar críticas y dudas y, posteriormente, plantearlas a la sociedad con una posible solución.

Es frecuente que los libros de introducción del derecho sean desechados o poco revisados por los estudiantes al terminar el curso. Esto también sucede con otros libros que son redactados de forma mecánica como meras recopilaciones de temas y conceptos, como, por ejemplo, aquellos relacionados a la introducción a diferentes ramas específicas del derecho, como constitucional, civil, laboral, etc. Así mismo, se observa la proliferación de una nueva ola de libros que son meras compilaciones de sentencias de las altas cortes nacionales y supranacionales, como un mecanismo de repetición de conceptos⁴, o de aquellos manuales que simplemente imprimen tesis de licenciatura sin una visión formativa o crítica. Como se verá más adelante, estos ejercicios de aprendizaje se vuelven un sinsentido, ya que propugnan por desarrollar meramente *técnicas* y profesión jurídica donde el *procesalismo* domina por completo, y, como resultado, el estudio de doctrina y jurisprudencia es limitada y ciega a las otras ciencias sociales y la filosofía. Por ello, el ejercicio de réplica, y su variante *copy paste*, se constituye en un vicio central y cíclico de la producción y pedagogía legal en Guatemala⁵.

Actualmente, algunas universidades han adoptado nuevos modelos pedagógicos y de enseñanza, entre ellos la educación por competencias, los cuales efectivamente enseñan bajo un método de adaptación de aquellas competencias que se consideran esenciales para que los estudiantes puedan convertirse en profesionales con éxito⁶. No obstante, estos modelos no llegan a analizar el problema antes identificado. El desarrollo de competencias, aunque es de gran ayuda para los estudiantes al aprender técnicas profesionales, que de cierta forma se pueden medir e identificar, se aleja de la crisis de enseñanza del derecho en Guatemala, resultando en la continuación de una prisión mental para los estudiantes basada en conceptos y reductos epistemológicos y axiológicos que también es aplicada fuera del aula, perpetuando así la crisis legal que se vive hoy en día.

Este libro busca romper con ese *legalismo* rampante que se vive y presentar un debate sobre la forma en que se entiende y enseña el derecho en Guatemala. Para ello, y para iniciar con este debate tan necesitado, este proyecto presenta algunos de estos síntomas que afectan el estudio del derecho en Guatemala, mostrando el legalismo que caracteriza a nuestro sistema jurídico.

⁴ Me refiero a las compilaciones de la Corte de Constitucionalidad de constituciones comentadas, al igual que los códigos de trabajo o civiles.

⁵ Frankenberg, G., «Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited», *International Journal of Constitutional Law*, Estados Unidos, vol. 8, núm. 3, 2010, p. 563.

⁶ Ver, como ejemplo, Morales, Pedro, *Evaluación y Aprendizaje de Calidad*, Universidad Rafael Landívar, 2010, quien nos habla de una pedagogía de carácter universal y sin especialización.

Al contrario de los libros tradicionales de introducción al derecho, y de manera frontal, este compendio busca efectivamente el estudio del derecho bajo modelos de una ciencia robusta o un arte de pensamiento crítico, de tal manera que el estudiante salga del círculo de síntomas que enfrasan al derecho en el país como un mecanismo y fenómeno repetitivo de subyugación de pensamiento. Por consiguiente, esta obra es tanto pedagógica como crítica en su forma y desarrollo, toda vez que busca mostrar no solo las limitantes de la enseñanza del derecho en Guatemala, sino presentar, a su vez, alternativas a su estudio. En consecuencia, esta obra no cae en la falacia de presentar soluciones a los problemas que encuentre el estudiante y profesional del derecho en esta sociedad compleja y globalizada, sino que muestra, a través de la crítica y otras formas de pensamiento y ensayos, nuevas discusiones y debates a los estudiantes y profesionales quienes buscan cuestionar la ortodoxia *legalista* del derecho en nuestro país.

1. ¿POR QUÉ «DERECHO EN CONTEXTO»?

En cierto sentido, se puede decir que un libro de este tipo viene décadas tarde en la autorreflexión del derecho en Guatemala. Como sucedió en la década de 1930 en los Estados Unidos de América, el movimiento realista del derecho vino a mostrar *cómo* el derecho era sujeto y *funcionalizado* —ver el capítulo de Villagrán para identificar este concepto— por el contexto que vivía en aquel momento. Hoy en día, Duncan Kennedy, y el movimiento crítico del derecho que inició en Harvard en los años 70 del siglo XX, el cual se desarrolla en el movimiento *Law in context* —derecho en contexto— y presenta visiones realistas y contextuales de la ley y su interpretación por jueces y abogados, mostrando una faceta y discusión que en Guatemala no se ha procedido a estudiar⁷.

Esta colección de escritos busca apartarse esencialmente del manejo conceptual, procesalista y reductivo de pensamiento jurídico vigente en Guatemala y replantea la educación en cuadros epistemológicos más amplios ateniéndose, por ende, a las ciencias sociales, filosofía, política, historiografía y otras técnicas de investigación. Por ello, este libro se distingue por dar una aproximación de la teoría social del derecho, cuya investigación se deriva de áreas colindantes del derecho, como las otras ciencias antes mencionadas. Esta aproximación aporta distintos ejercicios y profundiza el entendimiento, interpretación e impacto del derecho más allá de una teoría general, meramente «descrita» en los libros tradicionales que se pueden hallar en la mayoría de las librerías del país⁸.

Por consiguiente, este libro se sale del molde de simplemente desbordar a los estudiantes de conceptos escritos por un mismo autor, pues busca que el mismo lector se forme no de conceptos, sino de ejercicios de reflexión que luego pueda utilizar en el aprendizaje de esta ciencia.

⁷ Kennedy, Duncan, *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Siglo Veintiuno Editores, 2012, pp. 16-41.

⁸ Aquí me baso en la filosofía de Hegel. Ver, por ejemplo, Hegel, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. J. L. Verma, Buenos Aires, Edit. Sudamericana, 1975.

2. CONSTRUYENDO EL ARGUMENTO PARA ESTA EDICIÓN

La colección tiene por objeto apartarse de una aproximación ortodoxa de los libros producidos en Guatemala, por ello se presentan una serie de ejercicios jurídicos-sociales-políticos del pensamiento del derecho. Al hacer esto, el contenido prosigue de la forma siguiente:

En su primera parte «Diagnosticando el estudio del derecho en Guatemala y su producción intelectual histórica», adentra al estudiante a la problemática de la pedagogía y el pensamiento jurídico en el país. Carlos Arturo Villagrán Sandoval presenta un estudio sobre los principales problemas de la pedagogía y academia guatemalteca actual —el legalismo, colonialismo, procesalismo y *güizachismo*—, y, a partir de este análisis, plantea la necesidad de un «giro cartesiano» en el estudio del derecho bajo una mirada democrática y disidente, posicionando al estudiante en el centro del estudio y la crítica social. Al propugnar este giro, Villagrán plantea sus críticas a partir de las ciencias y el constructivismo social y, en consecuencia, propugna por una aproximación metodológica a las limitaciones de estudio actuales. Por su parte, Héctor Oswaldo Samayoa desarrolla una historiografía de los autores y movimientos intelectuales jurídicos en Guatemala e indica que en el país se han suscitado varios movimientos históricos del derecho, siendo pionera en muchos. No obstante, como lo hace notar Samayoa, el legalismo imperante en las aulas es una reflexión del trágico momento vivido en Guatemala durante las décadas del conflicto armado interno, el cual redujo un movimiento de justicia social y sensibilidad al derecho internacional a un mero entendimiento textual de las leyes. Ambos autores presentan un ejercicio importante, enfatizando la visión endógena ortodoxa de su estudio.

En la segunda parte de la colección «Revisitando la teoría de fuentes en un mundo globalizado y en interacción», se presentan nuevas visiones sobre el estudio de las fuentes del derecho en Guatemala. En su capítulo, Juan Pablo Gramajo realiza un análisis histórico —no estático— de las fuentes y, a través de una selección jurisprudencial amplia y rica, brinda una visión informadora de las fuentes contenidas en la Ley del Organismo Judicial y su desarrollo histórico. No obstante, Gramajo muestra la existencia del conflicto en el origen intelectual del estudio de fuentes en Guatemala al verse con la existencia de una nueva constitución y los nuevos mecanismos de interpretación neoconstitucional, que vienen a confrontar con los métodos históricos de interpretación en Guatemala. Por su parte, Irma Rebeca Monzón introduce el estudio de fuentes en un plano subregional, regional e internacional. Muestra que el estudio del derecho ya no solamente se puede mantener en una posición estática, territorial y aislada del mundo, y que la globalización ha empujado los límites del derecho, permeando el sistema jurídico nacional, necesitando, en consecuencia, entender conceptos como la gobernanza «multinivel». Ambos, Gramajo y Monzón, muestran y retan el estudio estático de esta ciencia como un mero reducto anacrónico y desarraigado de los avances teóricos y globales.

En la tercera parte de la colección, denominada «Repensando a través del método», busca dar efectivamente el «giro cartesiano» al presentar varias metodologías y ejercicios de cómo concebirlo. Primeramente, Sara Larios hace un estudio sobre la importancia del uso del precedente en Guatemala. Larios muestra cómo la Corte de Constitucionalidad no ha logrado consolidar una

teoría para el uso del precedente, lo que influye en su legitimidad de actuar y decidir casos. Por su parte, Andrea Desirée Rabanales presenta una visión sobre el pluralismo jurídico en Guatemala, que se informa de las aproximaciones ya existentes realizadas por la Corte de Constitucionalidad, y el largo camino por recorrer, para efectivamente consolidar dicho sistema en el país. Por último, María Isabel Carrascosa describe de manera crítica el uso limitado —o ninguno— del derecho comparado en Guatemala. Ante ello, Carrascosa exhibe las limitaciones de las cortes en entender de una manera consciente y reflexiva —de más de un siglo de desarrollo— las metodologías comparativas. Estas tres autoras muestran, a través de un método crítico-jurídico, las limitaciones de la doctrina legal en Guatemala y se lanzan a presentar un mecanismo para revertir tal situación.

En la cuarta parte del libro, titulada «Discusiones axiológicas», la colección regresa a informar e ilustrar de ejercicios jurídicos que contribuirían a entender las raíces del derecho guatemalteco contemporáneo. En un primer ensayo, Fernando Javier Rosales presenta un recuento del pensamiento jurídico-filosófico occidental, presentando las ideas de los autores que han influenciado el debate transnacional en los últimos siglos. En otras palabras, proporciona las ideas de los intelectuales que han venido a informar el liberalismo jurídico contemporáneo más allá de las fronteras de Guatemala. Por su parte, Jesús María Alvarado realiza un ejercicio similar, pero enfocado a los guatemaltecos e ideas políticas locales que dieron sustento a los avances jurídicos de hoy en día. Sin embargo, la riqueza de Alvarado radica, aparte de recordar los nombres históricos del pensamiento jurídico guatemalteco, en el hecho de cómo la ortodoxia actual ha eclipsado todo este avance jurídico local, rico, complejo y contextualizado, por una visión formalista basado en una interpretación deficiente de autores extranjeros ya agotados y superados hace décadas a nivel transnacional, como lo hace ver Rosales. En su capítulo, Alvarado presenta cómo la política no ha estado desasociada del derecho —a diferencia del positivismo que impregna la ortodoxia jurídica actual—, sino lo contrario, que las ideas políticas ciertamente han influenciado el derecho. Ambos capítulos muestran el poder de las ideas y su influencia en los debates actuales, siendo necesario reflexionar sobre las mismas, situándonos no solamente en lo universal o local, sino teniendo una visión cosmopolita reflexiva y entendimientos de las ideas que han efectivamente moldeado el pensamiento del derecho.

Por último, Villagrán presenta una conclusión breve sobre cómo continuar con el estudio del derecho y la necesidad de pensarlo más allá del mismo y lo que esto pueda significar. Sobre este tema, el autor recapitula en las herencias del legalismo de la ortodoxia jurídica actual, un derecho sin historia, colonial y abstracto y, a partir de esto, señala la necesidad de un giro jurídico, que vaya más allá de las leyes, un giro cosmopolita del pensamiento intelectual, para entender lo que se ha perdido con la ortodoxia. Un segundo punto que recalca Villagrán es la urgencia de asumir la responsabilidad, que, de cierta forma, el procesalismo ha venido a reemplazar por los *check-lists* legales, y por ello, la necesidad de ser crítico, justo y a la vez humano al lidiar con el derecho, las normas y sus efectos.

REFERENCIAS

- Hegel, G. W. F. *Principios de la Filosofía del Derecho*. Trad. J. L. Vermal, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1975.
- Hirshl, Ran. «The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law». *American Journal of Comparative Law*, vol. 53, 2005.
- Frankenberg, G. «Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited». *International Journal of Constitutional Law*. Estados Unidos, vol. 8, núm. 3, 2010.
- Morales, Pedro. *Evaluación y Aprendizaje de Calidad*. Universidad Rafael Landívar, 2010.
- Saunders, Cheryl. «The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law». *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 13, 2006.
- Sitaraman, Ganesh. «The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation». *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 32, 2009.

PARTE I

DIAGNOSTICANDO EL ESTUDIO DEL DERECHO EN GUATEMALA Y SU PRODUCCIÓN INTELECTUAL HISTÓRICA

UN «GIRO CARTESIANO» Y NUEVAS FORMAS DE CONCIENTIZACIÓN Y EPISTEMOLOGÍA DEL ESTUDIO DEL DERECHO EN GUATEMALA

Carlos Arturo Villagrán Sandoval¹

INTRODUCCIÓN

El estudio del derecho en Guatemala se encuentra en una crisis que todavía no se ha analizado en el *ámbito* académico en el país y que se observa a muchos niveles: conceptual, epistemológico, pedagógico y axiológico. Hoy en día, la producción académica jurídica en Guatemala, aunque mínima, prevalece con tendencias que reproducen los síntomas de esa crisis². Los propios libros de introducción al derecho son un primer ejercicio de ello, pues inducen a los estudiantes a aceptar y sin cuestionar una realidad jurídica de estilo escolástico. Un ejemplo de esto es el aprendizaje de la pirámide normativa, o jerarquía de normas, atribuida a Hans Kelsen³, mientras la realidad es diferente, siendo esta una interpretación del trabajo de Kelsen por su estudiante, Adolf Merkl⁴. Por consiguiente, el aprendizaje del derecho en Guatemala es una realidad de estancamiento intelectual, inundada de conceptos sin contexto, laberintos de ejercicios mentales, un *procesalismo* sin jurisprudencia y un pensamiento de ritual que proyecta a reproducirse como fe, todo sin cuestionar su legitimidad.

Este capítulo presenta al estudiante aquellos síntomas que padecen la enseñanza y la producción legal en el país e identifica, bajo una argumentación empírica y señalando los indicios de carácter epistémico de la enseñanza del estudio del derecho en Guatemala⁵, los cuales consisten en: (1) legalismo, (2) funcionalismo, (3) el colonialismo/reductivista, (4) el procesalismo y gerencialismo y (5) la simulación conceptual —*güüzáchismo*—.

¹ Ph. D. (Law) y Master in Public and International Law de la Universidad de Melbourne, especialista en derecho internacional, de integración, constitucional y comparado. Investigador y catedrático de pregrado y posgrado del Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar. Ha publicado en editoriales y revistas nacionales e internacionales. Se agradece la revisión y comentarios de forma y fondo a la Dra. Mónica Mazariegos Rodas y a la Dra. Ursula Roldán.

² Paulo Freire ha advertido que, con el advenimiento de la modernidad, el ser humano se encuentra en una fase de inconsciencia de opresión: Freire, Paulo, *Pedagogía de la indignación: cartas pedagógicas en un mundo revuelto*, Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 67.

³ Así se observa en Gutiérrez de Colmenares, Carmen María y Chacón de Machado, Josefina, *Introducción al Derecho*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 33.

⁴ Así lo explica Domingo, Rafael, «La pirámide del derecho global», *Persona y Derecho*, vol. 60, 2009, p. 31.

⁵ Este capítulo se inspiró en el método encontrado en Isaiah Berlin, la formulación de preguntas que están más allá de lo empírico y lo formal: Berlin, Isaiah, *Conceptos y categorías. Ensayos filosóficos*, Fondo de Cultura Económica, 2013, pp. 13-14.

Al haber identificado cada uno de estos síntomas, prosigue resaltar la necesidad de un «giro cartesiano» en *el estudio y pedagogía del derecho en Guatemala*. En esta segunda parte del capítulo se adentra al estudio filosófico y epistemológico —específicamente a través de las ciencias sociales— de la crisis jurídica que se vive en el país, y para hacerlo, se requiere de conceptos epistémicos necesarios para fomentar la crítica y la construcción —*constructivismo*— de un *logos* —lógica— para la realización de este giro epistémico y axiológico en el estudio del derecho. Por consiguiente, el constructivismo trae consigo la necesidad de entender el estudio del derecho en contexto guatemalteco; en otras palabras, la necesidad de hacer frente a su rasgo colonizador y, con ello, propugnar a la descolonización de pensamiento y una visión de pluralismo jurídico.

El giro epistemológico busca proponer un método de enseñanza que propugne en los estudiantes las acciones siguientes: primero, reconocer la agencia del estudiante en su educación del derecho, otorgándole las herramientas lingüísticas —o *comunicación activa*— para efectivamente realizarlo; segundo, y al entender el valor en la agencia del estudiante, buscar que estos cuestionen o hagan *discencia* del entendimiento del derecho en el contexto guatemalteco; lo que se pretende es romper con este modelo de pensamiento y buscar alternativas al entendimiento y limitaciones ortodoxas del derecho en Guatemala; tercero, habiendo sembrado la duda cartesiana, la *discencia* en el estudio, se ha de continuar al plantar la semilla de una ciencia o arte crítica, o *parresia*, del derecho a este, lo cual se puede realizar a través del calificativo denominado *hermenéutica de la sospecha*, ya desarrollado por Kennedy; por *último*, se propugna a la necesidad del debate, informado del principio dialógico, para la creación o constructivismo de nuevo conocimiento del derecho, por el cual fomenta la interacción de ideas en un plano de iguales en una democracia descolonizada.

1. ¿CÓMO ESTAMOS HOY EN EL ESTUDIO DEL DERECHO? EL SÍNTOMA DEL LEGALISMO Y UN DERECHO SIN REFLEXIÓN

Este apartado del capítulo responde a la necesidad de presentar los síntomas del estudio y enseñanza del derecho en Guatemala, mencionados en la descripción anterior, y en la introducción de este libro, reflejados usualmente a través del ejercicio de reconocimiento y vivencias en clase y lectura de los libros de los cuales este proyecto es crítico.

1.1 Ideología del legalismo y la escolástica del derecho en Guatemala

La enseñanza del derecho en Guatemala se mueve en conceptos y aprendizaje al estilo escolástico; en otras palabras, casi religioso. Verbigracia, se toma por cierto o verdadero aquello que se encuentra en la ley o escrito por juristas, usualmente extranjeros y clásicos presentados en clase⁶. No es extraño que al principio de la carrera y al momento de los exámenes técnico-profesionales se realice la pregunta siguiente: ¿Qué es derecho? La respuesta oscila en palabras más y palabras menos, aunque usualmente se describe como un «conjunto de normas». Pero las preguntas, si

⁶ Tomar como referencia este pensamiento en: Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados 1555-02 y 1808-02, Inconstitucionalidad General Total, 13 de agosto de 2003.

academia es lo que se debiese enseñar y como se describirá en la segunda parte de este capítulo, deberían ir más allá: ¿Qué significa tener un conjunto de normas? ¿Qué significa para la sociedad en la que vive? ¿Hay otras definiciones de derecho más allá de esta?⁷

El legalismo, en este capítulo y como se ha mencionado en otras partes⁸, significa el estudio del derecho bajo conceptos taxativos y absolutos⁹. En otras palabras, estudiar conceptos como términos universales y abstractos, aplicables en todo momento y sin discusión de su contenido y aplicación¹⁰. Esto, de alguna forma, bordea la raya entre la ciencia y la religión, ya que, desde un principio, obliga al estudiante a aprender términos de memoria sin cuestionarlos como si fuesen cuestión de fe¹¹, por lo que se llega a entender el derecho sin contexto y bajo definiciones opresivas¹². Aunado a lo anterior, el estudiante es obligado al ejercicio mental de adecuar deductivamente los hechos a la norma o la autoridad académica sobre quien se basa¹³.

Como corolario, se evita ver qué hay fuera de la ley y del derecho, qué lo afecta directamente, y estudiantes y profesiones se convierten en repeticiones y mecanismos de opresión a otras personas¹⁴. Para mostrar esto, se toma ahora el término de «norma» y se analiza y deconstruye bajo una concepción más amplia de análisis de discurso y lenguaje¹⁵.

⁷ Sobre definiciones del derecho, ver: Dworkin, Ronald, «Introducción», en Dworkin, R., *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 40-44.

⁸ Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, «Introducción: La realidad guatemalteca, un constitucionalismo sin método ni metodología», en Villagrán Sandoval, Carlos Arturo (ed.), *Constitucionalismo Guatemalteco frente a lo Global: Estudios de una nueva generación de voces*, Editorial Cara Parens, 2020.

⁹ Shklar, Judith, *Legalism*, Harvard University Press, 1964, pp. 1-10; y ver caso Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados 1555-02 y 1808-02, Inconstitucionalidad General Total, 13 de agosto de 2003.

¹⁰ Gómez Romero, Luis, «Harry Potter contra el legalismo, o la magia republicana del pluralismo jurídico», *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 32, enero/junio 2014, p. 183; Ansolabehere, Karina, «Legalistas, legalistas moderados y garantistas moderados: ideología legal de maestros, jueces, abogados, ministerios públicos y diputados», *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 70, núm. 2, 2008, p. 333.

¹¹ Freire, Paulo, *Pedagogía del oprimido*, segunda edición, traducción de Jorge Mellado, México, Siglo XXI Editores, 2005, pp. 91-92.

¹² Rodríguez-Garavito, César, «Remapping Law and Society in Latin America: Visions and Topics for a New Legal Cartography», en Rodríguez-Garavito, César (ed.), *Law and Society in Latin America: A new map*, Londres, Routledge, 2014, p. 3; y Couso, Javier A., «The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America», en Couso, Javier A, Huneus, Alexandra y Sieder, Rachel (eds.), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 144.

¹³ Merryman, John Henry y Pérez-Perdomo, Rogelio, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Estados Unidos, Stanford University Press, 2009, pp. 80-81; Legrand, Pierre y Machado, Antonio, «Are civilians educable?», *Legal Studies*, vol. 18, núm. 2, junio de 1998, pp. 216-217; López-Medina, Diego, «The Latin American and Caribbean Legal Traditions: Repositioning Latin America and the Caribbean on the Contemporary Maps of Comparative Law», en Bussani, Mauro y Mattei, Ugo (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 353-353. Ver también: Mirow, M. C., *Latin American Law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Texas, University of Texas Press, 2004, pp. 168.

¹⁴ Williams Bernard, *En el principio era la acción. Realismo y moralismo en el argumento político*, Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 61-65.

¹⁵ Aquí me baso en la filosofía de Ludwig Wittgenstein y su *Tractatus Logico-Philosophicus*. También se puede utilizar una aproximación de *De la gramatología* de Jacques Derrida.

Las normas son aquellas reglas ya consideradas «aceptadas» en una sociedad, por instituciones encargadas de realizar esta aceptación¹⁶. Consiguientemente, ya decir un conjunto de normas, trae una carga moral y social implícita, o sea, trae consigo juicios de valor; un pensamiento sobre qué es bueno y malo para la sociedad y el individuo¹⁷; un proceso por el cual estas se crean y dan a conocer; y, de manera más importante, un implícito sobre cómo medir y juzgar estas reglas y a quienes las crean e implementan¹⁸. Esto nos convierte en actores pasivos que acatamos normas, y en agentes juzgadores de la conducta y razones de actuación de las otras personas¹⁹.

La norma, o una constitución inclusive, provee de herramientas para pensar e interpretar qué es bueno y juzgar lo que es erróneo por parte de los demás. Las normas no solamente prevén de acciones positivas, sino también de un reclamo moral de exclusión de otros tipos de razonamientos o acciones²⁰. Es decir, categorizan qué es legal y qué no lo es. Por lo tanto, el derecho lleva consigo el juzgar²¹, lo que supone un pensamiento y una acción derivada de este, o sea una representación del ser, su intención y su capacidad de transmitir ideas de conformidad a su capacidad y en un ambiente societal²². Este pensamiento, y por ende su impacto en el derecho y la interpretación de la ley, es moldeado por la forma que crecemos e interactuamos, la forma que nos enseñaron a ver el mundo y las vivencias que tenemos. Consecuentemente, la norma trae una inmensa carga moral implícita en ella, al igual que la interpretación individual que le damos a la misma, sin importar que tan simple sea²³. En otras palabras, la norma trae consigo la autoridad de someter la voluntad o cambiar las justificaciones y razones de las personas²⁴.

Ejemplos de normas pueden ir desde las que regulan nuestras garantías esenciales de libertad de pensamiento y creencia, hasta aquellas que establecen de qué lado del carril conducimos. Las normas existen tanto para la determinación de los impuestos hasta para fijar la política exterior de un país. Pero la pregunta recae: ¿Por qué nos sujetamos a la norma? ¿Es simplemente —como lo ven ciertos autores como Hans Kelsen—, por el hecho de que, si no se cumple, entonces se impone una sanción? Entonces, ¿el derecho depende de la certeza de su implementación por instituciones o de las sanciones que se puedan aplicar por incumplir la norma?

¹⁶ A esta labor se llama regla de reconocimiento. Ver Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 100-105.

¹⁷ Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 2009, pp. 28-29.

¹⁸ Williams, B., «Moral luck», *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 50, 1976, pp. 115-135.

¹⁹ Sobre razones normativas, me baso en los escritos de Raz, Joseph, *From Normativity to Responsibility*, Oxford University Press, 2011, p. 23.

²⁰ Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, *ibid.*, p. 30.

²¹ Sobre las diferentes formas de argumentar y justificar el derecho, ver Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Palestra Editores, 2016, p. 32.

²² Ver Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*, Siglo Veintiuno Editores, 2019, capítulo 4.

²³ Coleman, Jules, *Repensando el Derecho*, Derecho Global Editores, S. A., 2018, pp. 98-99.

²⁴ Raz, Joseph, «The Future of State Sovereignty», en Sadurski, Wojciech *et al.*, *Legitimacy: The State and Beyond*, Oxford University Press, 2019, p. 73.

Sin embargo, no se pueden codificar todas las normas. Existen normas escritas, formales o positivas, asimismo, existen las informales o no escritas, como la costumbre o derecho consuetudinario²⁵. Las primeras son aquellas que efectivamente la sociedad considera relevantes para juzgar y regular la conducta humana y de las instituciones que las positivizan (poner por escrito a través de un diálogo político) e implementan²⁶. Por ello, el juicio de valoración se da a niveles macro. No obstante, si a nivel individual tenemos posturas, pensamientos y críticas propias, pueden surgir un sinnúmero de cuestionamiento, desde: ¿Qué nos hace pensar que la decisión de una mayoría es mejor que la de unos cuantos —o élites, como los jueces—? ¿Cómo y a qué nivel estaríamos dispuestos a aceptar estas normas para vivir dentro de ellas (legalidad²⁷ vs. legitimidad²⁸)? *A contrario sensu*, planteado de una manera general: ¿Qué beneficios conlleva que sea escrita y con una sanción, a que simplemente sea esta una conducta no regulada? Más importante aún, el lector debiera preguntarse ¿quién tiene la autoridad de declarar o decretar normas? ¿El Congreso de la República, las cortes, o, inclusive, pueden ser fuentes de normas aquellas instituciones no reconocidas en la Constitución o ley, como los consejos de ancianos indígenas?

La batería de preguntas tiene el sentido de informar que el derecho no se vive en un vacío; quizá, similares preguntas se han formulado en libros de introducción al derecho o sus especialidades. Sin embargo, hay interrogantes de mayor peso que se pueden plantear respecto a la función interpretativa de las cortes, por ejemplo: ¿Qué hace a una corte plantear dos interpretaciones distintas sobre una prohibición constitucional de elección a presidente? Esto efectivamente pasó con el caso de elección del general Efraín Ríos Montt, al cual, en un primer momento, le fue denegada su elección a la presidencia²⁹ y, luego, en un segundo momento, le fue autorizada³⁰. Ambos casos fueron litigados bajo el seno de la Corte de Constitucionalidad, entonces, ¿por qué dos magistraturas no llegaron a la misma conclusión, si el derecho que aplican y aprendieron es el mismo? Nuevamente nos cuestionamos: ¿La ideología o los valores de los jueces, o el contexto y el tiempo que se vive cambian los resultados de un juicio? Por ello, incluso de un mismo artículo, acto, línea gramatical, se pueden desprender múltiples interpretaciones. La semántica y el acto en abstracto, el leer de manera simple, no es convincente o conveniente³¹.

Pero esto no queda solo a nivel de cortes. ¿Qué pasa si la misma Constitución tiene antinomias que luego se busca resolver? Es interesante saber que la Ley de Amparo, Exhibición Personal y

²⁵ Desde una perspectiva de «ciencia del derecho», Enneccerus se refiere al derecho consuetudinario como: «producido por la voluntad jurídica general de una colectividad manifestada normalmente mediante el uso». Enneccerus, Ludwig, *Tratado de Derecho Civil (Parte General)*, España, vol. 1, Bosch, Casa Editorial, 1943, p. 175. Sobre el reconocimiento de la costumbre en Guatemala, ver los artículos 2 y 3 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República.

²⁶ En Guatemala, esto se denomina el proceso de «Formación y Sanción de Ley», Sección Tercera del Capítulo II del Título IV de la Constitución Política de la República de Guatemala.

²⁷ Me refiero a vivir de la ley.

²⁸ Ver su definición más adelante en este capítulo.

²⁹ Corte de Constitucionalidad, Expediente 280-90, Apelación de Sentencia de Amparo, 19 de octubre de 1990.

³⁰ Corte de Constitucionalidad, Expediente 1089-2003, Apelación de Sentencia de Amparo, 14 de julio de 2003.

³¹ Carnap, Rudolph, «Empiricism, Semantics, and Ontology», *Revue Internationale de Philosophie*, 1950, pp. 20-40.

de Constitucionalidad —ley de rango constitucional que define los procedimientos para defender la constitucionalidad de la acción del Estado—, limita el derecho de acción de protección de amparo al afectado, mientras que la Constitución, en su artículo 135, establece como un deber y derecho cívico del ciudadano «el cumplir y velar» que se cumpla la Constitución. En ese contexto, y considerando que todos tenemos la suerte —o fortuna— de crecer en el mismo sistema constitucional que determina los valores básicos y comunes de la sociedad en la que se vive³², resulta relevante inducir a la reflexión del lector con el planteamiento de las preguntas siguientes: ¿A qué se debe la férrea defensa de la legitimidad activa que tuvieron magistraturas previas frente a la *actio popularis* reconocida en magistraturas actuales³³ —como se empezó a ver en los casos de designación de jueces— y como fue diseñado en el primer proyecto constitucional y de la primera Declaración de Derechos del Hombre de Centroamérica de 1811? ¿Qué hizo cambiar de parecer al juzgador o por qué el derecho constitucional vino a limitar este tipo de acciones denominadas de garantía social³⁴?

Estas contradicciones no solamente se viven dentro de un ámbito judicial, también se observan en otros aspectos de la gobernanza. A nivel de creación de normas y regulaciones, por cuanto se insiste en la modalidad de presentar dos cuestionamientos que contribuyan a la reflexión y análisis del lector: ¿Por qué existen instancias donde el sector privado tiene prevalencia³⁵? ¿Por qué el Congreso de la República es tan resistente a emitir una norma que regule las consultas a pueblos indígenas, cuya obligación ya reconoció el derecho internacional³⁶ y qué significa eso en términos de nuestra democracia³⁷?

Por otra parte, hay que entender que actualmente la sociedad se rige bajo un diseño jurídico-institucional-moral, por el cuales se acepta vivir en «opresión» de la norma. Por lo anterior, y como lo señala Thomas Pogge, los seres humanos son seres que viven en opresión conjunta

³² Sobre suerte o fortuna constitucional —o *constitutional luck*—, como una premisa de actuación similar bajo un régimen constitucional, ver Diamantis, Mihailis E., «The Moral Irrelevance of Constitutive Luck», *Erkenntnis*, 2021, pp. 11-14.

³³ Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados 4639-2014, 4645-2014, 4646-2014 y 4647-2014, Amparo en Única Instancia, 19 de noviembre de 2014.

³⁴ Sobre esto, véase el estudio de García Laguardia, Jorge Mario, «Orígenes y viacrucis del Primer Proyecto Constitucional y de la Primera Declaración de Derechos del Hombre de Centroamérica», *Textos y Estudios Legislativos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

³⁵ Ver Rodríguez Quiroa, Luisa Fernanda, «Empresario con poder: al menos 58 instancia del Estado en las que las cámaras tienen voto o voz», *Plaza Pública*, 30 de enero de 2018. <https://www.plazapublica.com.gt/content/empresarios-con-poder-58-instancias-del-estado-en-las-que-las-camaras-tienen-voz-y-voto>

³⁶ En este tema, la Corte de Constitucionalidad actuó como legislador positivo, emitiendo las reglas o normas para la realización de la consulta de los pueblos indígenas. Ver sentencia de fecha 11 de junio de 2020, expedientes acumulados 3207-2016 y 3344-2016.

³⁷ Aquí tomo de la teoría de desigualdad política de Gargarella, Roberto, «“We the People” Outside of the Constitution: Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances». Para el contexto de Guatemala, ver Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, «Guatemala: Un constitucionalismo transaccional» en Attard, María Elena *et al.*, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, España, Pireo Editorial: Colección Comparaciones, 2021 [próximo a publicación].

bajo estándares propios humanos, y si alguien actúa de otra forma, afecta esa visión de opresión societal. Entonces, ¿qué se haría cuando alguien actúa fuera de la opresión? ¿Qué rol tienen el político, el ciudadano, el profesor de derecho y el estudiante en esto? ¿Por qué existen tantos privilegios legales —y que los justifica— en la sociedad³⁸?

Con la evidencia clara, se ha de aceptar que se vive en juicios de otros y en los de una sociedad organizada y, por consiguiente, el individuo ha de informarse de que no vive en un mundo de conceptos, sino de interpretaciones y justificaciones³⁹. Por ello, ¿cómo se puede defender el hecho de que el derecho es abstracto y puro⁴⁰? ¿El derecho es una ciencia que provee de soluciones y de una «certeza jurídica» mientras la realidad y evidencia apunta lo contrario? Por lo anterior, el legalismo, y frases como *dura lex sed lex* (la ley es dura, pero es la ley), simplemente han de aceptarse como imposiciones —y opresiones— que hacen aceptar un *statu quo* de una interpretación y justificación que no es propia, y renegar de que el derecho existe en contexto, con virtudes y vicios, ejercicios y procesos que no siempre son legítimamente democráticos⁴¹. Al contrario, ayuda a la repetición del ciclo de opresión como ideología que raya el borde, entre la ciencia y religión, aceptando términos como enseñados o establecidos en libros que no siempre tienden al verdadero ejercicio académico⁴².

1.2 Una interpretación funcionalista y debate de contradicción: un sistema de indeterminismo estructural

En el inciso anterior se puso en evidencia que el derecho no existe en forma legalista; contrariamente, la evidencia arroja el hecho que esta visión del derecho no puede existir de una forma que sea sostenible o aceptada por la ciudadanía —lo que obliga a leer al derecho y su estudio en términos de legitimidad y justificación—. Como consecuencia, el apartado anterior arribó a presentar que el derecho se mueve por interpretaciones y justificaciones a todo nivel. Estas interpretaciones y justificaciones dependen de las vivencias que ha tenido la sociedad y de sus integrantes individuales. Por consiguiente, el derecho depende en gran medida de quien lo interpreta y del debate y capacidad de convencer para implementarlo. A continuación, se presenta un segundo síntoma del derecho en Guatemala, que el legalismo ignora al igual que su academia, pero en la práctica es señalado por profesionales como un medio de ataque y para evitar debates: el funcionalismo legal.

³⁸ Para Thomas Pogge, la pobreza es el resultado de la falta de implementación de decisiones realizadas por elites, quienes, por el contexto político, moral y económico, se han desligado de una responsabilidad directa y creado espacios de privilegio. Ver Pogge, Thomas, «Introduction», en Pogge, Thomas (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor?* Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 6.

³⁹ Tasioulas, John, «The Moral Reality of Human Rights», en Pogge, Thomas (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor?*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 76.

⁴⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Editorial Nacional, 1948.

⁴¹ Una crítica a este pensamiento opresor utilitarista, y no positivista, es expuesto magistralmente por: Hart, H. L. A., «Positivismo, Derecho y Moral», en Dworkin, R., *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 96-100.

⁴² Ver esta crítica a nivel pedagógico en Freire, Paulo, *Pedagogía de la indignación: cartas pedagógicas en un mundo revuelto*, Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 67.

En este capítulo, el funcionalismo legal hace referencia al uso del derecho bajo una idea utilitarista preconcebida. Verbigracia, el derecho se utiliza en función de algo más, sujetándolo a convertirse en un vehículo de cumplimiento de algo superior⁴³. De cierta manera, el derecho constitucional y administrativo son ramas esencialmente funcionalistas y la historia constitucional guatemalteca es prueba de ello, al crear regímenes que daban la apariencia de legalidad —o sea, que sí cumplían con la ley—, mientras permitían en realidad su quebrantamiento por caudillos y élites⁴⁴. De igual forma, ciertos conceptos, como el de «certeza jurídica», se utilizan bajo valores utilitarios. Por ello, no es extraño ver que el derecho constitucional, al igual que los conceptos antes mencionados, pueda someterse a ideales de carácter económico o social⁴⁵. Es por lo anterior que el derecho se convierte en un mecanismo costo/beneficio apuntalado por el litigio y un pensamiento de desarrollo económico y opresión bajo estándares extralegales⁴⁶.

El litigio, por su parte, es un mecanismo de contradicción. Simplemente reduce los conflictos, individuales y sociales, a dos puntos de vista limitados. En casos entre individuos, el juez está por resolver entre dos interpretaciones, las cuales pueden o no ser legítimas y legales. En un plano civil, laboral y comercial, el litigio puede ser la salida inmediata de un conflicto entre partes. Pero a nivel administrativo o constitucional, el juez está ponderando limitaciones a derechos fundamentales y velando por la proporcionalidad de acciones públicas. En otras palabras, se pide al juzgador convertirse en un mecanismo contra mayoritario, por el cual limita la voluntad de un Congreso o Ejecutivo electo⁴⁷. Entonces, ¿cuándo y cómo es legítimo que una corte intervenga⁴⁸? Y de ser así, ¿de qué forma debería de hacerlo en una sociedad democrática o con una desigualdad política y económica significativa⁴⁹?

Ejemplos de esto pueden verse en una variedad de casos. Se puede mencionar el caso en que el Organismo Ejecutivo intentó cerrar el paso fronterizo con Honduras por el golpe de Estado sucedido al expresidente Zelaya, no obstante, este fue declarado inconstitucional a solicitud de cámaras

⁴³ Montero Ballesteros, Alberto, «El funcionalismo en el derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs», *Anuario de Derechos Humanos, nueva época*, vol. 8, 2007, pp. 365-374.

⁴⁴ El jurista Francisco Villagrán Kramer expuso esto en la década de los 70 al denominar la constitución como una «jaula de hilos de seda para un león africano». Ver Villagrán Kramer, F., *Estudios de Ciencia Política y otros ensayos*, Serviprensa Centroamericana, 1979, primera parte, capítulos I, II y III.

⁴⁵ Kennedy, Duncan, *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Siglo Veintiuno Editores, 2012, pp. 16-41.

⁴⁶ Oxford, Anne, «Beyond Harmonization: Trade, Human Rights and the Economy of Sacrifice», *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, 2005, pp. 179-2013.

⁴⁷ Esta es la posición asumida por positivistas como Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Editorial Trotta, 2014, p. 60.

⁴⁸ Sobre la legitimidad de los jueces en actuar, hay muchos escritos. Ver Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2018; Stone, Adrienne, «Democratic Objections to Structural Judicial Review», *University of Toronto Law Journal*, vol. 60, 2010; Hart Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1980.

⁴⁹ Una salida es la que nos da Dworkin, con el uso de principios al momento de colisión de normas. Ver Dworkin, Ronald, «¿Es el derecho un Sistema de Normas?», en Dworkin, R., *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 117-133.

empresariales quienes eran económicamente afectados por el cierre. En este caso, ciertamente la Corte de Constitucionalidad utilizó la propia Constitución para fundamentar e interpretar como inconstitucional el cierre fronterizo, pero este caso, leído en un contexto político-económico más amplio, es informado por la perspectiva utilitarista: el mantener abierta la frontera para el comercio y en beneficio de los exportadores. Con ello, se observa que el derecho constitucional es simplemente una herramienta funcional en momentos de resolución de conflictos en favor de algunos. Lo mismo se puede decir sobre el giro de interpretación de la legalidad de contingentes y desgravación arancelaria de productos, por el cual durante el tiempo del expresidente Portillo, el sector privado accionó legalmente en contra, las cuales, muchas fueron declaradas con lugar por parte de la Corte de Constitucionalidad interpretando la necesidad de intervención del Congreso de la República⁵⁰; mientras que a la entrada del expresidente Berger, y con una nueva magistratura en la Corte de Constitucionalidad, se realizó un giro jurisprudencial, permitiendo estas medidas ejecutivas sin rendición de cuentas alguna⁵¹.

Respecto a la situación anterior, se puede aprovechar un ejercicio de reflexión mediante la formulación de las siguientes preguntas: ¿Para qué utilizar conceptos y normas? ¿Pueden estos ser maleables a la interpretación de la gente? Al tener una respuesta afirmativa, tal como los ejemplos anteriores ilustran, se observa la existencia de un indeterminismo de interpretación y aplicación de la ley⁵². Es decir, la utilización de conceptos para toda situación los hace aplicables a todo momento, y, al final, aplicables a nada. A su vez, este indeterminismo aumenta al existir un pluralismo de valores como producto de la fragmentación de la sociedad en la que actualmente se vive.

El indeterminismo es un aspecto fundamental de nuestra sociedad, no obstante, la forma de lidiar con ella puede llevar a la polarización de visiones e interpretaciones en competencia⁵³. Por consiguiente, el litigio representa falta de conciliación entre partes y reduce el conflicto y debate a dos posturas únicas e irreconciliables. ¿Intentamos entender el pensamiento jurídico solamente a través de casos resueltos? ¿Qué pasa si, incluso, una corte posterior deja sin efecto su propia jurisprudencia⁵⁴?

Las sentencias, normas e interpretaciones, por ende, no se justifican por sí solas. Retomando el ejemplo de cierre de frontera, e informados bajo un aspecto normativo constitucional, viene a reforzar la aplicación de la Constitución como limitante del Estado en sus relaciones con otros Estados⁵⁵. Sin embargo, ampliando su estudio en contexto, se denota una corte alineada a un sector, privilegiando la economía en vez de la solidaridad regional del mantenimiento de la democracia prescrita en tratados centroamericanos, una cultura jurídica de más de 100 años de existencia, para

⁵⁰ Véase los Expedientes Acumulados de la Corte de Constitucionalidad 44-2004 y 61-2004 del 20 de junio de 2004; 1589-2002 del 23 de octubre de 2003.

⁵¹ Véase Corte de Constitucionalidad, Expediente 249-2004 del 14 de junio 2007; 184-2012 del 31 de julio de 2013.

⁵² Endicott, Timothy, «Linguistic Indeterminacy», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, núm. 1996, p. 669.

⁵³ Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecha: Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 89.

⁵⁴ Corte de Constitucionalidad, Expediente 2395-2006, Solicitud de Anulación, 10 de octubre de 2006.

⁵⁵ Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados 2420-2009 y 2474-2009, Amparo en Única Instancia, 26 de noviembre de 2010.

el resguardo democrático en Centroamérica. A su vez, esta misma corte ha mostrado preferencias sobre políticas económicas y antagonismo a ejecutivos no alineados a intereses privados. Es aquí cuando el derecho se observa *funcionalizado* y utilizar la jurisprudencia de este caso se convierte en un aspecto cíclico y sin crítica social.

Lo mismo se puede decir del caso antes mencionado en esta introducción, donde la Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional el Decreto 50-2002 del Congreso de la República, mediante el cual se aprobó la adhesión al Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional; así como también en el caso de la declaratoria de inconstitucional a la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos relacionados a desapariciones forzadas en Guatemala. Sobre la anulación de la adhesión, fue el hecho de interpretar que la Constitución no contempla la acción de «adherirse» a un tratado internacional por parte del Ejecutivo, lo que provocó que el Estado de Guatemala no podía formar parte de dicha Convención⁵⁶. Sin embargo, entendiendo que en ese momento Guatemala, en especial, algunos abogados, lucraban con la adopción de niños, la Corte fue efectivamente influenciada por ese contexto declarando inconstitucional la adhesión de Guatemala a convenios internacionales multilaterales, a pesar de que Guatemala llevaba más de un siglo viviendo bajo el multilateralismo, como lo expresó el voto disidente de esa sentencia.

El segundo caso, en el cual la Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional la implementación de sentencias de la Corte Interamericana, se basó en el hecho de que la garantía de *non bis in idem* —o prohibición de la doble persecución penal del mismo hecho⁵⁷— tenía una ponderación valorativa superior a la justicia de las víctimas de desapariciones forzadas por parte del Estado de Guatemala⁵⁸. No obstante, la magistratura de este momento, entre 2005-2012, estuvo conformada por un grupo de magistrados reconocidos por su corte legalista y defensa de militares, incluso declarando sin lugar, con base a criterios técnicos, la sentencia de genocidio del general Ríos Montt⁵⁹.

Por lo anterior, surgen tres preguntas: ¿Qué informaba legal y legítimamente las decisiones de los magistrados de la Corte de Constitucionalidad? ¿Cómo si apreciamos, por su valor legal —efectivamente ponderando derechos e implementado la ley— o se interpretan bajo su concepto? Y ¿tienen las sentencias y normas todas un *baggage* contextual similar?

La evidencia antes mencionada hace sospechar de la forma como se utilizan ciertos conceptos y normas, y por quiénes. Y eso ha de ser normal para un estudiante, profesional y académico.

⁵⁶ Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados 1555-02 y 1808-02, Inconstitucionalidad General Total, 13 de agosto de 2003.

⁵⁷ También denominado única persecución, ver artículo 17 del Congreso de la República de Guatemala, Decreto 51-92, Código Procesal Penal.

⁵⁸ Corte de Constitucionalidad, Expediente 548-2010, Amparo en Única Instancia, 25 de agosto de 2010 en conexión con el Expediente 386-2011, Amparo en Única Instancia, 13 de abril de 2011.

⁵⁹ Villagrán Sandoval, Carlos Arturo y Larios, Sara, «Guatemala» en Albert, Richard *et al.* (eds.), *Global Review of Constitutional Law*, I•CONnect and the Clough Center for the Study of Constitutional Democracy at Boston College, 2018, p. 128. Ver caso de la Corte de Constitucionalidad, Expediente 4371-2011, Inconstitucionalidad General Parcial, 9 de octubre de 2012.

La cosa es buscar la forma y metodología de exponer y leer estos casos de una manera que sea técnica y rigurosa, pero aceptando que la interpretación que hacemos de estos casos también presenta ciertas tendencias que no se pueden obviar. La honestidad y ética académica se convierte, por ende, en un pilar de la academia e investigación.

1.3 Derecho sin historial local y la herencia colonial y colonialista: la reducción de conceptos y la inconsciencia legalista

El legalismo no solamente es ciego al funcionalismo, pero a su vez ignora la colonialidad de la norma en un contexto históricamente cargado. No obstante, cabe aclarar que el colonialismo se observa de muchas formas en Guatemala. Primero, por la forma de reproducción del derecho, como una forma excluyente de pensamiento u otras formas de producción intelectual. Segundo, el colonialismo también se identifica como síntoma de carácter epistémico en la enseñanza del derecho, en aras de evitar estudiar los «sistemas jurídicos indígenas o mayas» (en tanto tienen autoridades, instituciones y normas propias) y de «la costumbre indígena». Lo primero reconoce la autonomía y fundamentos propios de los sistemas ancestrales, mientras que lo segundo los asume como subsistemas del sistema oficial. Por esa razón, los pueblos indígenas —y particularmente en los debates a partir de la firma de los Acuerdos de Paz—, han rechazado la idea de que sus sistemas sean considerados como meras «costumbres». Este capítulo aborda centralmente el primer aspecto, el colonialismo como una forma de dominio de pensamiento y exclusión —aunque cabe aclarar que esta colección retoma el debate del pluralismo jurídico en su Parte III «Repensando a través del método» con mayor detalle—.

Adentrándonos en la primera forma de colonialismo del derecho en Guatemala, y tomando lo señalado por Juan Blanco y Heidegger, se refiere a una forma de pensamiento que anula las posibilidades de producción y epistemología de nuevas formas críticas o alternas de producción jurídica y académica del que ya se encuentran vigentes⁶⁰. Verbigracia, el colonialismo conlleva implícita la determinación existente, o platónica, de que el derecho es un concepto preconcebido, el cual no es cuestionable con metodologías de su producción y fuentes ya preestablecidas⁶¹. En otras palabras, el derecho se imprime a los estudiantes como recetas de cocina, donde el uso de instrumentos y cantidades de medición están ya plasmadas, y donde no se cuestiona y todos son forzados a cocinar de la misma manera. Lo que se ignora es que estas recetas fueron creadas para la réplica y sin cuestionamiento por quienes sostienen que las redactaron, cerrándose a nuevas formas de cocinar y recetas fuera del libro y solamente se ciñen al pensamiento original.

Por lo anterior, pensar que el derecho es una ciencia, bajo un pensamiento escolástico, cae por su propio peso. Al elevar al derecho a la calidad de ciencia, se pretende que este se convierta en un mecanismo que se autorreproduce y tenga respuestas estandarizadas. También, por insinuar que es autorreproductivo, se ignoran los avances de otras ciencias sociales y en particular el de la filosofía,

⁶⁰ Blanco, Juan, *Hermenéutica nihilista decolonial*, Editorial Cara Parens, 2019, pp. 7-8.

⁶¹ Sobre una discusión sobre la problemática de este abordaje platónico, ver Ridaó, José María, *La democracia intrascendente: Ensayos sobre el lenguaje, la verdad y el poder*, Galaxia Gutenberg, 2019, pp. 19-76.

las cuales han sido determinantes en su formación a lo largo de los siglos. El dar la espalda a esas ciencias es negar la propia existencia de cómo se formó el derecho mismo. Otro argumento en esa línea es que, si el derecho fuese una ciencia, su aplicación sería igual alrededor del planeta, o al menos de los sistemas de tradición civilista, del cual la cultura jurídica guatemalteca es heredera⁶². Pero esto no es remotamente así. Algo de lo que sí es heredero el pensamiento jurídico guatemalteco es la incapacidad de interiorizar e introducir nuevas formas de pensamiento alternos para la solución de controversias legales, apuntalando su sistema hermenéutico desfasado y obsoleto⁶³, los cuales se repiten una y otra vez en los libros de texto, específicamente los nacionales.

Esta implicación de colonialidad también tiene otros efectos secundarios en la educación o pedagogía jurídica, en particular: el olvido de la historia y la exclusión de narrativas alternativas⁶⁴. Sobre el primer punto, el legalismo compromete a las personas a leer las leyes, y como lo establece la propia Ley del Organismo Judicial «de manera textual». Esto supone dos premisas: Uno, que la ley es dominio exclusivo de quien las crea; y, dos, las entidades y personas llamadas a interpretarlas son llamadas a la armonización de un único pensamiento. En otras palabras, busca hacer que exista un pensamiento unilateral, sin reflexión alguna, entre el creador de la norma y quien la interpreta y, últimamente, implementa⁶⁵.

Estas dos premisas, en sí, son problemáticas y dependen mucho del contexto político y social en que se vive. Por ello, el derecho nos hace suponer que la Constitución, la ley, la norma, y sus mecanismos de interpretación son funcionales y civilizados⁶⁶. Consecuentemente, el derecho se convierte en un mecanismo excluyente de otros sistemas de cuestionamiento. Un ejemplo de esto fue el caso por el cual la Corte de Constitucionalidad —la cual se utiliza como ejemplo en este capítulo, derivado al hecho de su rol como árbitro político de última instancia⁶⁷— niega la utilización de textiles mayas por el argumento de protección a propiedad intelectual.

⁶² Merryman, John Henry y Pérez-Perdomo, Rogelio, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Estados Unidos, Stanford University Press, 2009, pp. 80-81; López Medina, Diego, «The Latin American and Caribbean Legal Traditions: Repositioning Latin America and the Caribbean on the Contemporary Maps of Comparative Law», en Bussani, M. y Mattei, U. (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2012, pp. 353-353. Ver también Mirow, M. C., *Latin American Law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Estados Unidos, University of Texas Press, 2004, p. 168.

⁶³ Legrand, Pierre, «Are Civilians Educable?», Reino Unido, *Legal Studies*, vol. 18, núm. 2, 1998, pp. 18, 216-217.

⁶⁴ Aquí se informa de Arendt, Hannah, *La pluralidad del mundo. Antología*, Taurus, 2019, pp. 334-335.

⁶⁵ Artículo 45. Acción contra infractores y legitimidad de resistencia. «[...] Es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías consignados en la Constitución». Sobre ello, también ver Rawls, J., «Teoría de la Desobediencia Civil», en Dworkin, R., *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 214-222.

⁶⁶ Torres Valenzuela, Artemis, «El Positivismo: Concepto Civilizador en Guatemala», en Casaús Arzú, Marta Elena, *El Lenguaje de los Ismos: Algunos conceptos de la modernidad en América Latina*, F&G Editores, 2010.

⁶⁷ Sobre esta visión de la Corte de Constitucionalidad, consultar el capítulo de Ortiz Romero, Edgar, «Corte de Constitucionalidad: ¿árbitro de última instancia del juego político? La ruptura con el legalismo», en Villagrán Sandoval, Carlos Arturo (ed.), *Constitucionalismo Guatemalteco frente a lo Global: Estudios de una nueva generación de voces*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Editorial Cara Parens, 2020.

Incluso, y de manera breve, cabe señalar que las nociones de propiedad intelectual tienen un predominio civilizador sobre la costumbre de pueblos indígenas y acceso a beneficios de sus tradiciones locales⁶⁸. Además, la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, al igual que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, presenta límites a la costumbre indígena, los derechos humanos occidentales. Por consiguiente, al momento de una inversión, las costumbres de pueblos indígenas, y su derecho a consulta, es concebido de una manera occidental centralizada, aunque, la Corte de Constitucionalidad ya dio luces de descolonizar ciertos aspectos de esta regulación⁶⁹.

En ese caso, ¿dónde se deja la historia de negación de derechos indígenas a lo largo de la formación del Estado, y de sujetos colectivos indígenas que producen y aplican derecho cotidianamente? Con ello, se hace exclusión del estudio del denominado pluralismo jurídico —el cual se aborda en el capítulo de Andrea Rabanales—, lo que ignora los diversos sistemas jurídicos (y de organización política) de los pueblos (no minorías culturales) que coexisten en el país. Esto ya se adentra a la segunda forma de colonialismo en Guatemala.

Otro ejemplo de este método excluyente es la falta de aceptación y utilización del derecho comparado⁷⁰. La Corte de Constitucionalidad ha prescrito una interpretación limitada de su funcionamiento solamente para expandirse en conceptos⁷¹. No obstante, se abusa del derecho comparado al realizar copias textuales de otros tribunales, tomando como universales su aplicación y nunca cuestionando su aplicabilidad en Guatemala⁷². Ejemplo de ello es la sentencia del Protocolo de Nagoya, donde la Corte de Constitucionalidad cita las fases de la negociación, aprobación y suscripción de un acuerdo internacional⁷³. En este caso, la Corte es ciega al trasplantar esta doctrina sin efectivamente tener los mecanismos jurídicos como los tiene Colombia, lo cual imposibilita la aplicación de esta sentencia en Guatemala.

Otro ejemplo es el uso de la proporcionalidad —el cual tiene un significado especial en el extranjero⁷⁴—, de la cual la Corte de Constitucionalidad introduce un concepto, pero no hace reflexión alguna de su propia jurisprudencia, como el principio de razonabilidad e *indubio pro legislatore* —en caso de duda, se resuelve a favor del legislador o Congreso⁷⁵—, creando un

⁶⁸ Corte de Constitucionalidad, Expediente 2906-2017, Apelación Sentencia de Amparo, 21 de septiembre de 2017.

⁶⁹ Baxi, Upendra, *The Future of Human Rights*, Oxford University Press, 2006, p. 255.

⁷⁰ Kadner Graziano, Thomas, «Is It Legitimate and Beneficial for Judges to Compare», en Andenas, Mads y Duncan Fairgrieve (eds.), *Court and Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 30.

⁷¹ Corte de Constitucionalidad, Expediente 2020-2014, sentencia del 7 de agosto de 2014.

⁷² Menski, Werner, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, 2006, p. 6. Sobre uso de propiedades normativas foráneas, ver Eklund, Matti, *Choosing Normative Concepts*, Oxford University Press, 2017, capítulo V.

⁷³ Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados 2606-2016 y 2607-2016, sentencia del 16 de junio de 2020.

⁷⁴ Sobre este tema, ver Villagrán Sandoval, Carlos Arturo y Ana Elena García Barrientos, «De trasplantes, métodos y la reformas a la ley de ONG», *Pensamiento Jurídico* 7, 2020.

⁷⁵ Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad General Parcial, 29 de junio de 2001 (caso doctrina *Indubio pro legislatore*).

laberinto conceptual de su aplicación en el país. Se puede observar que, una y otra vez, la Corte de Constitucionalidad simplemente repite y es confusa presentando conceptos como el de razonabilidad⁷⁶.

Sobre la segunda premisa, la armonización del pensamiento se realiza efectivamente al poner a todos los actores en un plano igualitario. Por ello, el estudio del derecho en Guatemala ignora la historia y otros movimientos decoloniales. Los estudiantes aprenden conceptos como los contratos, obligaciones, procesos judiciales, como reductos abstractos. Este ejercicio también se trasplanta al derecho constitucional y administrativo, donde se pretende tener un solo pensamiento sobre los bienes públicos y los derechos fundamentales. Sin embargo, ¿existen los mismos conceptos e interpretaciones sobre derechos humanos? ¿No deberían estos ser tautológicos en su reconocimiento —o, en otras palabras, aceptables bajo el mismo lenguaje por todos, sin importar quién fuera—⁷⁷? Entonces, si la Constitución prescribe que se deberá reconocer cualquier derecho no contenido en ella, ¿por qué no se reconoce el matrimonio igualitario⁷⁸?

Como lo ha hecho ver Ana Elena García Barrientos, la Constitución actual tiene efectivamente un elemento machista, aunque sea a nivel inconsciente⁷⁹. Las discusiones sobre familia, los derechos laborales de los padres y madres fueron, y continúan a cierto grado, dominados por hombres o un pensamiento masculino y religioso. Entendiendo esto, permite deducir que ciertamente la Constitución tiene un tinte por el cual el hombre tiene a cargo un rol patriarcal y de manutención, mientras la mujer el de hacerse cargo de la familia, los niños y el menaje de casa. Por ello, ¿qué tan legítima sería la Constitución actual en interpretar estos nuevos derechos de minorías, aquellos específicamente relacionados a la población LGBTI⁸⁰?

⁷⁶ Villagrán Sandoval, Carlos Arturo y Ana Elena García Barrientos, *op. cit.*

⁷⁷ Sobre ello, ver el trabajo de Alfred Ayer, quien toma de Wittgenstein, y presenta una visión de verificacionismo u positivismo lógico, para determinar que es efectivamente verdad. Ver Ayer, A. J., *Language, Truth and Logic*, Penguin Books, 1971, capítulo III.

⁷⁸ Sobre este tema ver Monzón Rojas, Irma Rebeca. *La extensión del derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo: análisis en el contexto de la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Editorial Cara Parens, 2021, <http://recursosbiblio.url.edu.gt/publicjlg/URL/IIJ/978-9929-605-71-8.pdf>

⁷⁹ Ver García Barrientos, Ana Elena, «El constitucionalismo dialógico feminista para la plena legitimidad democrática», en Villagrán Sandoval, Carlos Arturo (ed.), *Constitucionalismo Guatemalteco frente a lo Global: Estudios de una nueva generación de voces*, Editorial Cara Parens, 2020.

⁸⁰ Atendiendo a las diferentes y múltiples categorizaciones que existen, así como a los debates que se dan en diferentes ámbitos, la Unidad para los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), «ha sugerido la utilización de estas siglas con el fin de dar una nominación fácilmente reconocible y unificar en forma práctica algunos de los principales debates que persisten en relación a las categorías de orientación sexual, identidad de género y expresión de género. La CIDH toma nota de esta terminología y al mismo tiempo reconoce la auto-identificación de cada persona como una línea de guía fundamental; en consecuencia, es posible que personas objeto de la atención de la Unidad no se auto-identifiquen dentro éstas u otras categorías». Organización de los Estados Americanos, CIDH, Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex. Ver <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/CIDH/r/DLGBTI/precisiones.asp>

A partir de lo anterior surgen nuevas preguntas que llaman a la reflexión: ¿Quién tiene la efectiva interpretación de los derechos humanos? Ciertamente, si los derechos humanos son objeto de discusión política y la democracia, se corre el riesgo de que la mayoría efectivamente limite a las minorías. Sin embargo, si los dejamos en las manos de jueces, ¿son ellos efectivamente los adecuados para definir los estándares de una sociedad? Entonces, ¿existen verdaderamente derechos humanos universales o un derecho natural, o simplemente son prisiones mentales con las cuales ya se conforma la sociedad?

Es por lo anterior que se vive una colonialidad del pensamiento jurídico en Guatemala. Una colonialidad que muchas veces es ciega y no se trata o estudia, lo que tiene por efecto que las minorías se resientan por su sumisión de manera directa y discriminatoria. Aquí, entonces, se vale preguntar: ¿Por qué se sigue siendo ciego a estos reclamos históricos? Entonces, ¿qué rol tienen los actores internacionales y supranacionales en este debate —ONU, Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos— quienes han tenido una mayor apertura en este debate? ¿Seguimos argumentando soberanía y la defensa de intereses con naturaleza colonial o podemos adoptar el derecho internacional, bajo ciertos métodos como un mecanismo descolonizador?

Sobre lo anterior: ¿Se puede plantear la adopción del derecho internacional bajo ciertos métodos —como las interpretaciones progresivas de la Corte IDH— como mecanismo descolonizador, sin atender a los procesos de colonialismo interno sobre los sistemas indígenas que marcan de igual manera crítica la enseñanza, producción, aplicación (e incluso negación) del derecho? ¿Cuál sería la propuesta multinivel para ese fenómeno que se reproduce también —incluso de manera previa— en el ámbito nacional?

1.4 Procesos versus jurisprudencia

Otra semblanza del aprendizaje del derecho en Guatemala viene respecto a su fijación al derecho adjetivo o procesal⁸¹. En otras palabras, el aprendizaje de procesos para la obtención de justicia ya sea en materia constitucional, civil, comercial, laboral, etc. Conforme a este pensamiento, el estudiante es forzado a pensar en procesos y laberintos procesales de recursos, remedios y acciones bajo un paraguas de litigio.

En la mayoría de los planes de estudios de derecho en el país, el Derecho Procesal es un aspecto fundamental de la carrera. Estos cursos constituyen más de la mitad de la carrera y son concebidos como el aspecto práctico que se convierte en elementos necesarios para el ejercicio de la abogacía.

Sin embargo, existe una problemática fundamental de este modelo de aprendizaje: este es el estudio de meras técnicas para el ejercicio de una profesión. Ciertamente la abogacía es necesaria para defender las causas de un cliente en un litigio o disputa, pero aquí recae la crítica más grande, el convertir al estudiante y profesional en un mero técnico quien se dedica a saber la diferencia entre

⁸¹ Ver Mendoza, Norvin Leonardo, «Universidad Galileo incorpora la primera maestría en Derecho Procesal», *Prensa Libre*, 7 de marzo de 2020, <https://www.prensalibre.com/economia/vida-empresarial/universidad-galileo-incorpora-la-primera-maestria-en-derecho-procesal/>.

—caducidad y prescripción—, —tasa o tributo—, —revocatoria o reposición—, y otras premisas similares, para defender una causa y no un sistema jurídico⁸². Como resultado, el estudiante no conoce de sentencias, de interpretaciones de cortes y jueces, sino de los mecanismos de cómo plantear los reclamos de sus clientes. En otra palabra, el «machote» de memoriales se convierte en la herramienta principal de aprendizaje y se fuerza a los estudiantes a pensar en soluciones tautológicas —que siempre son consideradas verdaderas y con una sola ruta colonialista de solución—, castigando el libre pensamiento fuera de la técnica o ritual.

En consecuencia, la pregunta se plantea así: ¿Para qué sirve conocer un procedimiento si no es solamente para defender una parte y no entenderlo como su función bajo justicia y sociedad? Al ser enteramente procesalistas, la técnica se convierte en el vicio del funcionalismo y se somete el derecho a una lista de requerimientos para completar. Así, el abogado competente no es aquel que pueda defender una posición, sino aquel que pueda procurar de mejor manera los intereses de su cliente al conocer los procesos y tener los mejores «machotes» de memoriales⁸³.

Sin embargo, las listas de requerimientos revelan un problema más a fondo del derecho: la incapacidad de asumir responsabilidad. Ha sido frecuente que cortes y funcionarios busquen requerimientos para no entretener un litigio y luego se excusan en conceptos como legitimidad activa, definitividad y otros para determinar la procedencia de acciones de los ciudadanos en búsqueda de justicia⁸⁴.

Hoy en día, se le hace muy fácil a un juez y funcionario rechazar una solicitud administrativa. Al pensar de esta manera, la empatía y equidad se hace a un lado constituyendo un amoralismo en el trabajo y comienza la automatización de la labor administrativa y la tiranía de la letra escrita de la ley⁸⁵. Lo mismo se observa con las cortes, incluyendo la Corte de Constitucionalidad, donde se aprecia que su eficiencia se mide por la cantidad de casos que evacúa, aunque cuente con la misma cantidad de funcionarios públicos en sus filas. ¿Qué se puede esperar de tales sentencias? ¿Qué podemos esperar de funcionarios y jueces quienes antes de resolver se enfocan en verificar la forma?

Al ser entrenados para ejecutar procesos, bajo un esquema de litigios, el derecho en Guatemala tiende a la polarización⁸⁶. Se reducen las avenidas de debate y se recae en la contradicción y anulación de este. Esto se observa específicamente en temas de derechos humanos en conflicto,

⁸² Villagrán Sandoval, Carlos Arturo y Cazali, Luis Pedro, «En sacrificio del pasado: un diagnóstico de la enseñanza del derecho internacional en Guatemala», en Prieto-Ríos, Enrique *et al.* (eds.), *Repensar la Educación en Derecho Internacional en América Latina: Avances y discusiones en el 2019*, Colombia, Universidad del Rosario, 2020.

⁸³ Guzmán, Martín, *El Amparo Fallido*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2004.

⁸⁴ Corte de Constitucionalidad, Expediente 266-99, Apelación de Sentencia de Amparo, 20 de mayo de 1999 (caso *Límites del Amparo contra la jurisdicción ordinaria*); Corte de Constitucionalidad, Expediente 916-97, Apelación de Sentencia de Amparo, 27 de mayo de 1998 (caso de *Agostamiento de la Definitividad*) en conexión con Expediente 142-88, Apelación de Sentencia de Amparo, 15 de junio de 1988 (caso de la *Legalidad del Amparo*).

⁸⁵ Twining, William, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 316–317, 320.

⁸⁶ Gardner, John, *Why Study Jurisprudence?*, pp. 2-3, <https://johngardnerathome.info/pdfs/whystudyjurisprudence.pdf>

donde resultan irreconciliables las posturas sobre el derecho de quién predomina⁸⁷. Asimismo, los reclamos legítimos de los clientes y la sociedad se encierran en llenar los requisitos legales. En consecuencia, la justicia se tecnifica y se convierte en *gerencialismo*⁸⁸.

El concepto de gerencialismo, para esta introducción, se refiere, a la capacidad de sujetar al derecho bajo estándares de procesos y eficacia⁸⁹. Nuevamente, el juez se convierte en un mero ejecutor de leyes, bajo un sistema colonial, donde se espera que resuelva de tal forma para obtener los resultados deseados⁹⁰. Aquí es donde la «certeza jurídica» juega un rol, condicionando al juez de una manera disciplinaria y religiosa a imponer, bajo un rol históricamente concebido: la defensa del *statu quo*.

Bajo este pensamiento procesalista y gerencialista, el derecho se interpreta bajo un pensamiento costo/beneficio, al igual se pudiera pensar de los derechos humanos⁹¹. El costo de impacto que pudiese tener en empresas sobre ciertos derechos pudiera ciertamente tener una huella observada en los porcentajes de ganancias. Lo mismo pudiera decirse con los encauces de ríos o la contaminación, al observarse y ponderarse en un plano de multas. Una interpretación de este tipo, una interpretación económica, ciertamente reduce a todo en un mundo de expectativas, donde los más débiles son excluidos de los foros de litigio y toma de decisiones a nivel de país por no tener capacidad de influencia en el Producto Interno Bruto (PIB)⁹².

1.5 Un derechismo (*güizachismo*) y doctrina sin derecho ni doctrina

Bajo el gerencialismo, el derecho se convierte efectivamente en una herramienta funcional, donde la interpretación colonial toma fuerza, la crítica es desechada y la educación a través de «machotes» cobra fuerza. La polarización toma forma y el litigio cobra fuerza como un mecanismo de exclusión, lo cual invita a cuestionar: ¿Por qué se quiere estudiar el —o la ciencia del— derecho, entendiendo su legalismo, juntamente con sus implicaciones funcionales, coloniales y procesalistas? ¿Se vive y profesa efectivamente en un sistema jurídico o solamente un sistema legal?

Efectivamente, la forma que se ha estructurado la carrera de derecho excluye el estudio de otras ciencias sociales, viéndose en una aproximación limitada a la filosofía y se enfoca en aspectos

⁸⁷ Green, Jamal, «Rights as Trumps?», *Harvard Law Review*, 2018.

⁸⁸ Koskenniemi, Martti, «The Politics of International Law», *European Journal of International Law*, 1990, p. 8.

⁸⁹ Tamanha, Brian Z., *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, 2001, p. 143; Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005, p. 524.

⁹⁰ Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, «De funcionalismo a heurística comparativa: Una respuesta a César Salazar», *Voces Centroamericanas*, 5 de diciembre de 2017, <https://vocescentroamericanas.wordpress.com/2017/12/05/de-funcionalismo-a-heuristica-comparativa-una-respuesta-a-cesar-salazar/>

⁹¹ Douzinas, Costas, *The End of Human Rights*, Hart Publishing, 2000, p. 127.

⁹² Rajagopal, Balakrishnan, «The International Human Rights Movement Today», *Maryland Journal of International Law*, 2009, p. 60; Ibnawoh, Bonny, «The Right to Development: The Politics and Polemics of Power and Resistance», *Human Rights Quarterly*, 2011, p. 80; Kennedy, David, «The International human rights regime: still part of the problem?», en Dickinson, Rob y otros (eds.), *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, Cambridge University Press, 2012, p. 22.

técnicos sin verdaderos debates en donde se posicione la sociedad. Se concentra al estudio de normas, como reductos abstractos, porque les parece mejor, a ciertas facultades, no adentrarse en esos debates. Se ha caído en un derechismo —o coloquialmente denominado *güizachismo*— en la utilización y pensamiento del derecho que se convierte en una amenaza para la sociedad⁹³. Un ejemplo de estos son las recientes decisiones de la última magistratura —2021 a 2025— de la Corte de Constitucionalidad, una sobre la comúnmente conocida Ley de ONG⁹⁴; y la segunda, sobre la criminalización de la conducta del abogado Alfonso Carrillo⁹⁵. Sobre la primera resolución, la Corte de Constitucionalidad resolvió no proceder con la acción de amparo, derivado al hecho que las leyes solamente se pueden impugnar mediante el proceso apropiado. Esta resolución puede considerarse, en muchas formas, aclaratoria sobre los procesos a interponer y la naturaleza de estos⁹⁶.

Sin embargo, las siguientes preguntas pueden surgir: ¿Puede el formalismo retardar la justicia? ¿Cuál es el deber de un tribunal, defender leyes o impartir justicia? Sobre el segundo caso, la Corte de Constitucionalidad procedió a denunciar a un abogado por accionar de oficio un amparo desde el extranjero. Por lo anterior, ¿qué separa esta magistratura y su nuevo criterio hacia criminalizar una conducta de defensa de la Constitución respecto de la previa que aceptó esta conducta? ¿El deber de proteger la Constitución por parte de los ciudadanos está condicionado por el formalismo o rituales de la corte de turno?

Sobre ambos casos, la Corte de Constitucionalidad propuso un argumento procesal sobre cómo acceder a la justicia y sus límites. Es de muchas formas ilustrativa sobre el debido proceso bajo la nueva magistratura. No obstante, el cambio de actitud radical entre las magistraturas, una de libre acceso y promoción y la otra hacia una penalización, no se puede abordar desde una perspectiva legalista, lo cual es omitido por el estudio en las universidades⁹⁷.

Esto también es el resultado de las universidades al no fomentar algo fundamental: la libertad de cátedra y expresión de pensamiento crítico-académico. La falta de libertad de pensamiento crítico, como resultado de décadas de conflicto armado interno, y como se presenta en este libro a través de sus ensayos, muestra cómo a las generaciones previas se les ha forzado a aprender de autores extranjeros, y la mayoría de hombres occidentales, sin contexto, y que además vivieron una época donde la academia guatemalteca, con una tradición enfocada a la conexión entre el derecho y las condiciones sociales-económicas de manera interdisciplinaria, se anuló por completo.

⁹³ Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*, Siglo Veintiuno Editores, 2019, p. 361.

⁹⁴ Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados 859-2020, 860-2020, 879-2020, 895-2020, 896-2020, 904-2020, 905-2020 y 1029-2020, sentencia del 11 mayo de 2021.

⁹⁵ Corte de Constitucionalidad, Expediente 2067-2021, Comunicado 13-2021 del 14 de mayo de 2021.

⁹⁶ Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados 859-2020, 860-2020, 879-2020, 895-2020, 896-2020, 904-2020, 905-2020 y 1029-2020, Considerando II.

⁹⁷ Sobre ello, ver el voto razonado disidente de la magistrada María Cristina Fernández García en la Resolución del 14 de mayo de 2021, dictada por la Corte de Constitucionalidad dentro del Expediente 2067-2021, formado con ocasión de la gestión efectuada por Oscar Fernando Scheel Morales, quien hace constar la necesidad de la justicia sobre el proceso.

En consecuencia, la enseñanza del derecho se produjo de forma abstracta, como un mecanismo de preservación de sus profesionales, lo que luego forjó la intolerancia a nuevas ideas o de las ideas que aquellos que con suerte pudieron abandonar el país y lograron crecer con su pensamiento crítico desde el exterior. Esta intolerancia, desde luego, se convirtió en un ciclo repetitivo, colonial y excluyente. El debate se desecha bajo argumentos sin justificación y el derecho cae a procesalismo y legalismo y su aplicación bajo parámetros gerencialistas, con los cuales los abogados nacionales tradicionales se escudan en ideas de vanguardia o extranjeras.

La falta de debate crítico en las clases solamente amplía esta polarización, sostenida por el pensum lleno de materias procesales y libros extranjeros que no tocan la realidad nacional, o no lo hicieron en el momento de opresión de las décadas previas a la última Constitución vigente⁹⁸. De esto, luego se espera continuar con un pensamiento similar que excluye los reclamos bajo un «velo de ignorancia», como ha sido sostenido por John Rawls⁹⁹. Este velo se refiere al comienzo de un nuevo sistema jurídico, bajo una nueva constitución, pretendiendo que la sociedad surja de un nuevo pacto entre iguales basado en preceptos de meritocracia. Lo desfavorecedor de este pensamiento es que sigue manteniendo el pensamiento patriarcal y sostenido de un pensamiento colonial de manera inconsciente. O sea, una nueva realidad sin apreciación de la historia o de los conflictos y sucesos que sucedieron previos a esta nueva realidad histórica. No es extraño, entonces, esperar que el sistema legal actual, en especial su sistema constitucional, se encuentre en una crisis a todo nivel.

Esta crisis es el resultado histórico por el cual Guatemala ya había transitado y que, incluso así, sus constituyentes apostaron a la misma fórmula. En términos de Gargarella esto constituye una «sala de máquinas», a través de la cual se replicó un sistema jurídico público que hizo que se mantuvieran las inequidades de poder, mientras que su sistema privado se mantuvo sin discusión y en una posición retrograda¹⁰⁰. Un sistema público fragmentado a través de numerosas leyes, contradicciones interpretativas, asentado en un gerencialismo sin responsabilidad, resultó en una crisis de constitucionalidad que se vive hoy en día¹⁰¹. Por su parte, el sistema privado que regula a los individuos se mantiene con una postura conservadora, sin alteración alguna y dominante, limitando así el reconocimiento de nuevos derechos individuales y adelantos tecnológicos, y revelando el colonialismo positivista conservador¹⁰².

⁹⁸ Sobre este punto, me informo del debate que ha realizado Twining, William, *Jurist in Context. A Memoir*, Cambridge University Press, 2019, pp. 209-212.

⁹⁹ Para una explicación del velo, ver Freeman, Samuel, «Original Position», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2019, <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/original-position/>

¹⁰⁰ Gargarella, R., *Latin-American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

¹⁰¹ Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, «A manera de Introducción: La realidad guatemalteca, un constitucionalismo sin método ni metodología», en Villagrán Sandoval, Carlos Arturo (ed.), *Constitucionalismo Guatemalteco frente a lo Global: Estudios de una nueva generación de voces*, Universidad Rafael Landívar, Editorial Cara Parens, 2020.

¹⁰² También se puede denominar de carácter «comteano». Ver Torres Valenzuela, Artemis, «El Positivismo: Concepto Civilizador en Guatemala», en Casaús Arzú, Marta Elena, *El Lenguaje de los Ismos: Algunos conceptos de la modernidad en América Latina*, F&G Editores, 2010, pp. 115-116 y 120-121.

De lo anterior, se explica por qué el aprendizaje del derecho en Guatemala es el aprendizaje de un «conjunto de normas» sin derecho. Su método es el de fomentar un pensamiento sin responsabilidad, basado en procesos y libros abstractos y sin contexto. De aquí se parte de un derecho sin doctrina ni pensamiento propio, así como legalista, que puede ser sustentado en cualquier pensamiento utilitarista o funcional y es desarraigado de la historia política y social de Guatemala. En otras palabras, es un pensamiento que puede verse en términos de eficacia económica y que puede soportar cualquier *copy paste*.

2. EL «GIRO CARTESIANO» Y UNA HEURÍSTICA PARA CONCIENTIZAR EL DERECHO EN GUATEMALA

El apartado anterior cuestionó la realidad de la enseñanza del derecho en Guatemala y muestra la crisis a la cual se busca hacer frente, pero que, a su vez, es ignorada por la academia y las distintas facultades de Derecho. De manera clara, el apartado anterior propone establecer que la enseñanza del derecho en el país es inverosímil. No obstante, esta descripción es solamente un punto de partida, el cual sirve para mudar y proporcionar un giro a su instrucción, alejándola de la técnica gerencialista y la realidad colonial de su pedagogía¹⁰³. Esta segunda parte presenta la necesidad y justificación de dar este «giro cartesiano».

Para llevar este «giro cartesiano» del estudio del derecho, este capítulo propugna un método de estudio que fomente en el estudiante lo siguiente: primero, mudarse de visiones legalistas a términos de legitimidad. Es decir, entender al derecho no como mera ley o una serie de rituales legales, sino en su beneficio a la sociedad a través de su estudio, por ello, el fin primordial del estudio del derecho es posicionar al estudiante como agente de su educación al otorgarle las herramientas necesarias para lograr su agencia, en concreto: el lenguaje y comunicación activa; segundo, entender que el estudio del derecho tiene una función social en la agencia del estudiante, por lo que se ha de propugnar que este busque la *discencia* con las injusticias de la sociedad, que se encuentran legalizadas dentro del sistema jurídico actual, y que efectivamente los confronte bajo aspectos de legitimidad y justicia; tercero, la *discencia* ha de externalizarse a través de la crítica —o *parresia*—, como un medio de legitimación del estudio en la carrera, lo que se puede realizar por medio de la denominada hermenéutica de sospecha del derecho y comunicación activa. Por último, entendiendo que la *parresia* fomenta el estudio crítico del derecho, se ha de continuar con el deber de construcción del derecho a través del debate, que ha de ser informado del principio dialógico, para llevar cabo ese constructivismo del derecho de una manera legítima.

2.1 ¿El porqué del «giro cartesiano»?

Al igual que Descartes en su momento (siglo XVII), el estudio del derecho en la Guatemala actual se encuentra en un periodo de una necesidad transicional. Guatemala es una sociedad posconflicto

¹⁰³ Como lo menciona Isaiah Berlin, todo avance de la ciencia y la filosofía se muestra como un parricidio: Berlin, *op. cit.*, p. 33.

con una realidad histórica cargada. La Constitución reciente (1985) provee de un nuevo «velo de ignorancia» colonial, para así crear un nuevo rumbo societal; no obstante, este no fue suficiente para lidiar con el pluralismo de valores y conflictos que históricamente han existido en el país. El nuevo velo constitucional, por ende, se vio rápidamente desfasado e incapaz de lidiar con la realidad prevalente.

Al igual que el velo constitucional, la enseñanza del derecho, apoyada en un manto legalista similar, se ve incapaz de lidiar con todas sus herramientas hermenéuticas —o de interpretación— y escolásticas —casi religiosas y tomando como fe lo expuesto por las autoridades o catedráticos y sus recursos— con la realidad pública y privada que se vive hoy en día. Como lo explica Descartes, incluso un edificio o un palacio nuevo no puede venir a encubrir la sociedad sobre la cual se erige, ya que no se puede erigir sobre rocas lisas, pantanos y otros accidentes geográficos¹⁰⁴. Sin embargo, también se presenta un escenario de un *canvas* blanco en el que se puede construir.

Por ello, el discurso del método, al igual que otras aproximaciones filosóficas y de las ciencias sociales como el constructivismo¹⁰⁵, permiten integrar el vacío que ha conducido el legalismo jurídico nacional en los últimos años. Al igual que Descartes, se busca replantear la forma en que se entiende el derecho aplicado a una realidad concreta, rechazando aquello que ya parece «verdad». En otras palabras, el pasar de un pensamiento escolástico desfasado a uno constructivo de diversas connotaciones que pueda, o no, justificar una nueva pedagogía del derecho para las nuevas generaciones de estudiantes.

Como se ha descrito antes, el derecho no provee de una realidad o interpretación homogeneizadora que pueda aparentar un pensamiento universal, ni mucho menos algo denominado como verdad. Lo contrario, el contexto ha mostrado que los jueces de turno moldean este pensamiento y la interpretación, nunca exponiendo sus razones de fondo, al igual que no revelando los valores que se buscan proteger en ese momento, manipulando directamente el rumbo de la sociedad.

Ante la realidad de interpretaciones en un mundo pluralista de valores, en el cual no existe una interpretación uniforme, sino justificaciones y acciones, queda el método. El método plasma las diversas formas y rutas de pensamiento para la solución de conflictos y, por lo tanto, puede variar de persona a persona y de escuela a escuela. Por consiguiente, el método se convierte en la herramienta principal para evidenciar una justificación y la acción derivada de esta. El método se encuentra intrínsecamente ligado a la axiología de la persona y la epistemología de su pensamiento. Pueda ser que el legalismo sea muy bien recibido en ciertas ocasiones, pero sin un método que lo justifique o un dialógico democrático, se vuelve en un pensamiento utilitario funcional¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Descartes, René, *Discurso del método para bien conducir la razón y buscar la verdad en las ciencias*, Editorial Trotta, 2018, p. 51.

¹⁰⁵ Retamozo, Martín, «Constructivismo: Epistemología y Metodología en la Ciencias Sociales», en de la Garza Toledo, Enrique y Leyva, Gustavo, *Tratado de metodología de las ciencias sociales: perspectivas actuales*, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 374.

¹⁰⁶ Freire, Paulo, *Pedagogía de la autonomía: saberes necesarios para la práctica educativa*, Siglo Veintiuno Editores, 2015, pp. 27-30.

Es por lo anterior que el método se convierte en una herramienta y valor que demuestra el proceso de raciocinio y permite transformar la interpretación en comunicación activa. Por consiguiente, desarrollar y construir un método para una comunicación activa efectiva, transformaría el debate y el pensamiento de litigio a uno constructivista y de crítica pluralista, introduciendo hechos y fundamentos racionales y morales en el contenido jurídico de una norma¹⁰⁷.

En breve, y tomando lo expuesto por Habermas, la comunicación activa se refiere a la acción social dirigida al entendimiento de una situación. Significa que el lenguaje y su entendimiento se convierten en la herramienta principal para determinar cómo se aprecian las situaciones y cómo se puede dar un acuerdo racional entre individuos o partes. Por ello, se pone en tela de juicio, a muchos niveles de raciocinio, el mensaje de los comunicadores, explorándolos en su contexto, historia, moral, etc.¹⁰⁸.

Es por lo anterior que la academia debe de apuntalar: primero, al desarrollo de métodos con aras a una comunicación activa que promuevan el pluralismo de ideas y salir de esa escolástica, transformando así el estudio de conceptos a uno de doctrinas con pensamiento estructural y legítimo; segundo, a la promoción del estudio de jurisprudencia y no memorización de procesos, todo en aras de ver más allá del gerencialismo y el funcionalismo del derecho; y, por último, la creación de una sensibilidad que pueda entender el derecho en un contexto crítico, local, transnacional e internacional sin recaer en ejercicios *copy paste*.

2.2 ¿Qué involucra el nuevo giro y heurística? La agencia del estudiante en su estudio del derecho

Para cambiar la realidad legalista actual se pueden tomar varios rumbos, no obstante, un denominador común debe de prevalecer: el método. El ejercicio realizado para la crítica a la realidad jurídica nacional es una metodología propensa a regresar a la razón de las cosas, el darles una justificación, y de ser posible presentar un acto de legitimidad para cuestionarlo¹⁰⁹. Para partir hacia un destino necesitamos un inicio, y el inicio surge de los cinco síntomas que forman parte de la crisis de la pedagogía jurídica en Guatemala.

El objetivo de la primera parte de este primer capítulo es presentar la evidencia, caso por caso, de cada elemento o caracterización de la crisis que sufre la pedagogía jurídica en Guatemala. Al igual que Descartes, esta obra busca presentar que el método escolástico de educación ya no es una alternativa viable o justificable para nuestro tiempo y, por ello, un primer paso para dejar atrás la escolástica es la discreción¹¹⁰.

Sin embargo, no es necesario tirar por la borda lo que ya se tiene o existe, sino cuestionarlo, empujar los límites de esas apreciaciones para contextualizarlas y verificar su validez en los tiempos

¹⁰⁷ Coleman, Jules, *op. cit.*, pp. 100-102.

¹⁰⁸ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Editorial Trotta, 2018, pp. 118-119.

¹⁰⁹ Carnelutti, Francesco, *Metodología del Derecho*, Valetta Ediciones, 2008, pp. 15-16, 20-23.

¹¹⁰ Descartes, *op. cit.*, p. 33.

actuales. En consecuencia, no se busca reinventar el derecho, por así decirlo, sino de entablar discusiones de las cuales los ciudadanos se puedan entender y sobrepasar la crisis en la que se vive —ya sea viendo el pasado, lo transnacional y comparado—¹¹¹. Para ello, los estudiantes y profesionales deben, como describe Descartes, convertirse en ese extranjero en su propio país y cuestionar los cimientos del sistema legal propio¹¹².

Es por lo anterior que se pasa de una conversación sobre legalidad hacia una de legitimidad. En términos de legitimidad, se muda de un plano sobre «lo que se debe de hacer» hacia lo que «se debería de hacer». Aquí ya no se entendería a la norma como una acción que se requiera a la persona a hacer, cumplir, incumplir una u otras cosas, sino a pensar el porqué se cumple con la misma. En otras palabras, el profesional y el estudiante se mueve de la sumisión a la aceptación. La diferencia entre una y otra, deviene a la libertad y autonomía como un elemento de la legitimidad y justificación de la academia¹¹³.

La legitimidad tiene una gran acepción de connotaciones y definiciones. Sin embargo, y como lo señala Descartes, la libertad implica el tener que escoger qué estudiar¹¹⁴, o sea, la agencia del mismo estudiante. Lo más importante es que para promover esta agencia, el proceso de aprendizaje no recae en el estudiante, sino en los catedráticos, las facultades y las universidades, ya que estas últimas deben observar el derecho de libertad de expresión académica y cátedra como el valor central, entendiendo que la enseñanza se basa en fomentar la tolerancia y entendimiento del pluralismo y la existencia de posiciones y métodos alternos de pensamiento¹¹⁵.

Entendiendo lo anterior, y contextualizando todo en una relación pedagógica orientada hacia una libertad académica, la definición de Joseph Raz sobre legitimidad se convierte en la más constructiva para ese cometido, siempre inclinada hacia esta libertad de persecución de conocimiento y el deber pedagógico de mostrar la realidad pluralista. Raz, entonces, define a la legitimidad de la manera siguiente:

primero, el sujeto sería mejor conforme a razones que se aplican a él de todos modos (es decir, razones otras que de las mismas directivas de la autoridad) si pretende guiarse por las directivas de la autoridad que si no lo hace (me referiré a él como la tesis de la justificación normal o la condición, CNM). En segundo lugar, que las cuestiones sobre las que se cumple la primera condición son tales que respecto de ellas es mejor ajustarse a la razón de decidir por sí mismo, sin ayuda de la autoridad (me referiré a ella como la condición de independencia) [traducción propia del autor].¹¹⁶

¹¹¹ *ibidem*, p. 34.

¹¹² *ibidem*, p. 37.

¹¹³ Por ello, me fundamento en el debate de libertad académica de Adrienne Stone, visualizada en Trear, Peter, *Book review: Open Minds explores how academic freedom and the public university are at risk*, *The Conversation*, 10 de marzo de 2021, theconversation.com.

¹¹⁴ *ibid.*, pp. 53-55.

¹¹⁵ Evans, Carolyn *et al.* «Academic Freedom», *Melbourne Legal Studies Research Paper Series*, núm. 891, 2020.

¹¹⁶ Original en inglés: «[f]irst, that the subject would better conform to reasons that apply to him anyway (that is, to reasons other than the directives of the authority) if he intends to be guided by the authority's directives than

En ese contexto e informados de la naturaleza de la libertad de cátedra, la pedagogía se legitima al momento en que el estudiante está en la mejor condición de decidir por sí mismo, o en la agencia, tomando como base los distintos métodos de interpretación. Es, hasta el momento en que el estudiante hace propios los distintos modelos de conocimiento y materias del derecho, que podrá formar su criterio libremente conforme a métodos de razón, alcanzando así su agencia en el estudio del derecho.

2.3 ¿Qué proceso intelectual utilizamos? La agencia a través de la *discencia*

Nuevamente se insiste en que este libro no pretende ofrecer un método idóneo que un estudiante pueda tomar para sí con el fin de obtener respuestas estandarizadas, pues como se ha mencionado anteriormente, esto no sería académico. Sin embargo, sí se pueden afirmar ciertas características de un método de estudio del derecho que sea compatible e informado de valores democráticos y decoloniales, así el estudiante puede amarrar su agencia en su crecimiento profesional y social. Es por lo anterior que en el proceso para que el estudiante asuma su agencia en el estudio del derecho, primero ha de conocer su realidad y la del derecho e indignarse de su aspecto de dominación colonial.

Paulo Freire, el filósofo de la pedagogía, expone cómo mudarse de una pedagogía de la opresión hacia una de la indignación y, últimamente, de la autonomía y agencia. Sobre esto, Freire expone los peligros de la educación bancaria, o sea, aquella solamente relacionada y dirigida al aprendizaje de conceptos, como la que se observa en Guatemala. De forma similar, como se expuso en esta introducción, esta metodología de investigación da la espalda al colonialismo y discriminación acompañada de esta.

Es por ello que Freire impulsa a indignarse de este modelo de educación y lo que representa y, al igual que Descartes, este autor busca replantear el entendimiento de las cosas, la necesidad de amarrar el contexto, el de dudar de las imposiciones lógicas y el de liberar a los estudiantes. Es por lo anterior, que la autonomía convierte a los estudiantes en «agentes» propios, con capacidad de contestación (crítica informada y rechazo justificado) de las normas, doctrina que les educa e informa, convirtiéndolos en el centro de producción de nuevas normas y doctrinas y de rendición de cuentas de lo jurídico y lo moral¹¹⁷.

Sin embargo, para lograr esta obtención de agencia, y como Freire apunta, al estudiante se le debe fomentar la *discencia* —indignación— a través de rigor metódico, investigación, respeto, crítica,

if he does not (I will refer to it as the normal justification thesis or condition, NJC). Second, that the matters regarding which the first condition is met are such that with respect to them it is better to conform to reason than to decide for oneself, unaided by authority (I will refer to it as the independence condition)». Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 137-138.

¹¹⁷ Aquí tomo de autores como Pettit, Philip, «The Control Theory of Legitimacy», en Sadurski, Wojciech y otros, *The State and Beyond*, Oxford University Press, fecha N/D, pp. 18-21; Petit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, 1999, pp. 92-97; Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astra de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989.

ética; no solamente aprender en abstracto, sino con conciencia de la colonialidad, la humildad, tolerancia, entender el contexto y una convicción de que el cambio es posible; y, por último, la humanidad, la cual requiere compromiso consigo mismo y la sociedad, exige generosidad, tiempo, exigirse, tomar consciencia y fomentarla. Este es el aspecto intrínseco de la agencia en el estudiante.

Es aprender de tal forma que la agencia toma forma. El pensamiento propio se enriquece y el estudiante puede de manera efectiva analizar lo que se le plantea como derecho. No obstante, este debe tomar acciones positivas sobre cómo expresar esta agencia de manera externa, externalizando su *discencia*.

2.4 ¿Cómo criticamos y cómo construimos? La *parresia* como la externalización de la agencia y *discencia*

En este apartado, sobre cómo se construye la agencia y *discencia* en el estudiante, un elemento esencial viene a la mente: el lenguaje. El lenguaje es el instrumento principal por el cual la *discencia*, acción jurídica y la norma, toma forma¹¹⁸. Es aquel instrumento que recubre a la justificación¹¹⁹. Es por ello que el análisis del lenguaje permite analizar la acción comunicativa o discurso tomado para la elaboración de una norma, estructura su raciocinio y determina los caracteres que tiene dentro de un universo donde no todo es uniforme¹²⁰. Por ello, y parafraseando a Ludwig Wittgenstein, el límite del lenguaje de las personas se convierte en el límite de su mundo¹²¹ —en este caso, limitaciones en creatividad, justificación, acción y crítica jurídica—.

Aunado a lo anterior, la crítica también tiene un aspecto axiológico y práctico, especialmente en una sociedad que debería ser propensa a la autonomía y libertad de cátedra y expresión, derivado del legado histórico de opresión y colonialidad. Por esto, la crítica no se convierte en un acto destructivo, sino de apertura propia del ser a la sociedad, o, en otros términos, una *parresia*¹²². En breve, la *parresia* se opone al silencio, y propugna el abrirse al debate mediante la franqueza, experiencia, evidencia y la reflexión. Por ello, y como menciona Foucault, la *parresia*, al igual que el «giro cartesiano», involucra la necesidad metodológica de producción de conocimiento a través de la experiencia mental y el ejercicio de creación del discurso¹²³.

¹¹⁸ Sobre esto, me baso en Marmor, Andrei, «La pragmática del lenguaje del derecho: ¿Puede implicar el derecho más de lo que textualmente dice?», en Damiano, Canale y Tuzet, Giovanni, *¿Es el Derecho Interpretación? Derecho, Interpretación y Convencionalismo*, Derecho Global de Editores, 2018.

¹¹⁹ Halliday, M. A. K., *El lenguaje como semiótica social. La interpretación social del lenguaje y del significado*, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 237-249.

¹²⁰ Foucault, Michel, *La arqueología del saber*, Siglo Veintiuno Editores, 2015, pp. 35, 76-84.

¹²¹ Esto se denomina el *solipsismo wittgenstiano*, Karam Tanius, «Lenguaje y Comunicación en Wittgenstein», núm. 57, 2007, <http://www.razonypalabra.org.mx/antiores/n57/tkaram.html>, consultado el 27 de julio de 2022.

¹²² Foucault, Michel, *Discurso y Verdad: Conferencias sobre el coraje de decirlo todo, Genoble 1982/ Berkeley, 1983*, Siglo Veintiuno Editores, 2017, p. 81.

¹²³ *ibid.*, pp. 81-82.

Es por vía de la crítica que el debate no solamente se informa de argumentos ajenos de otros autores, jueces y abogados, sino que realiza una reflexión personal y determinante, la cual interactúa con el autor académico —con sus escritos— o juez —con sus resoluciones— en un contexto más amplio y reconoce las limitaciones y condicionales propias del lector y ponente¹²⁴. De ahí que la crítica se enfoca en plasmarse con ese debate de forma tal que se logra realizar un verdadero intercambio de posiciones razonadas, interpretando la letra, oraciones y discurso de quien se lee de manera objetiva y un lenguaje jurídico. Por ello, la argumentación jurídica se transformaría de un mero intento de plasmar aportes procesales hacia un discurso sobre cómo los procesos, posiciones de parte, normas y leyes se adecuan, bajo el pensamiento del ponente, en un cuadro de justicia. Es solamente así que se logra determinar la autonomía de la persona y logra ligarse a un discurso mayor, por el cual presenta abiertamente sus afinidades. Incluso, sería a este nivel que se podría dirigir, y no armonizar, el debate alrededor de una posición, hecho, valor e ideología de manera constructiva, evadiendo así la funcionalización del derecho y su gerencialismo que la opaca¹²⁵.

Un ejercicio de este tipo es el denominado hermenéutica de la sospecha, de Duncan Kennedy¹²⁶. Brevemente, la hermenéutica de la sospecha es la identificación, bajo distintos métodos, de los argumentos utilizados por jueces y aquellos que critican las resoluciones de estos, para descubrir los motivos encubiertos de los argumentos plasmados por los jueces y sus críticos¹²⁷. Kennedy identifica que los signos de abuso de formas de razonamiento, como el pensamiento de interpretaciones «únicas», «universales», «procedimentales», etc., son reductos para el encubrimiento de la funcionalización del derecho y una actitud gerencialista por parte de jueces o críticos¹²⁸.

Sin embargo, al aplicar la hermenéutica de la sospecha también hay que aceptar que quienes la aplican vienen también con una posición propia y valoración distinta. La hermenéutica de la sospecha provee de métodos para identificar argumentos ocultos, pero estos vienen fuertemente cargados de una posición propia. Por ello, para aplicarla efectivamente se ha de realizar una *parresia* y así evitar caer en el mismo funcionalismo que se busca criticar.

2.5 ¿De dónde partimos —un sistema legal— y hacia dónde vamos —un derecho propio—? Debate a través del principio dialógico

Como se mencionó previamente en este capítulo, el lenguaje y su uso para la creación del discurso racional, ya sea político, jurídico, moral, etc., yace en el centro del actuar académico, la pedagogía jurídica y la actuación profesional. La crítica es un mecanismo por el cual la *parresia* es una acción metodológica, mediante la cual se crea un discurso y se evita la funcionalización del derecho y su gerencialismo. No obstante, la creación del discurso necesita de método y, primariamente, guiarse

¹²⁴ Žižek, Slavoj, *Porque no saben lo que hacen. El sinthome ideológico*, Ediciones Akal, 2017, pp. 144-145.

¹²⁵ Sobre ello, ver Heidegger, Martin, *¿Qué significa pensar?*, Editorial Trotta, 2010, p. 32.

¹²⁶ Kennedy, Duncan, «The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought», *Law and Critique*, vol. 25, núm. 2, 2014, p. 100.

¹²⁷ *ibidem*, p. 92.

¹²⁸ *ibidem*, p. 101.

por un principio dialógico, entendido como el vivir en una democracia en pro de la autonomía de la persona.

El principio dialógico significa la construcción de ideas a través de las vivencias y la interacción humana. Como lo hace ver Martin Buber, este no se logra al enfocarse en uno propio, en la otra persona, o invocando ideas abstractas¹²⁹. Esto significa el aterrizar en la actuación de cada uno, en concreto y no en la idealización de cada ser en alternativas construidas por la imaginación de cada uno. Lo mismo sucede en el derecho, este no se construye un paso detrás de las normas, leyes, códigos, sentencias, tratados etc., sino en el diálogo de justificaciones de varias partes, donde la equidad de voz y libre pensamiento es una garantía. De aquí, las teorías constructivistas, las cuales evalúan y analizan las normas a partir de su creación, justificación, historiografía, contexto, incluyendo las necesidades presentes y deudas históricas, se hacen valiosas para el estudio del derecho¹³⁰. Es por ello por lo que, a partir de tales tipos de análisis, no solamente se busca replantear el significado de las normas, sino sus procesos de creación y cómo obtenemos el conocimiento para construirlas¹³¹. De ahí, que entendemos si las normas, leyes, sentencias y otros actos jurídicos, cuadran dentro de una realidad crítica, llena de privilegios, justificando, así, el actuar de los individuos, abogados, jueces, catedráticos, etc.¹³².

Por consiguiente, para lograr este discurso, dentro de un contexto dialógico, la promoción de la libertad, autonomía y cátedra, la crítica se convierte en un pilar de la sociedad y democracia, que se ha de fomentar a vivir. Sin ello, el *güizachismo* seguirá plagando la construcción del derecho en Guatemala, manteniendo su crisis creada por el legalismo actual. Un ejemplo de esto es la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 4 de febrero de 2021, la cual deja sin efecto una sentencia de casación de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, por razón de que la cámara civil aplicó la hermenéutica —o disposiciones de interpretación— establecida por la Ley del Organismo Judicial, al hacer lectura del Código Civil —caso concreto de la notificación de una revocación de donación—, este ejercicio llegó a un resultado injusto¹³³. Por ello, la Corte de Constitucionalidad reconoce los límites del legalismo ortodoxo, al determinar que la aplicación mecánica de la ley sí puede conducir a resultados inconstitucionales e injustos. Este reconocimiento hace plasmar una serie de preguntas finales: ¿Qué remedios tenemos ante el legalismo? ¿Qué nuevas doctrinas se podrían desarrollar para limitar el legalismo?

¹²⁹ Buber, Martin, *El principio dialógico*, Hermida Editores, 2020, p. 61.

¹³⁰ Retamozo, Martín, «Constructivismo: Epistemología y Metodología en la Ciencias Sociales», en de la Garza Toledo, Enrique y Leyva, Gustavo, *Tratado de metodología de las ciencias sociales: perspectivas actuales*, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 374.

¹³¹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 100-105.

¹³² Sobre ello, me baso en la teoría de Joseph Raz. ver Raz, Joseph, «On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries», en Alexander, Larry (ed), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 1999, p. 157.

¹³³ Corte de Constitucionalidad, Expediente 3227-2020, Amparo en Única Instancia, 4 de febrero de 2021. Se hace la aclaración que esta fue de la Magistratura de 2015 a 2021.

CONCLUSIONES

Este capítulo presenta un primer análisis del Estado y la crisis de la pedagogía y estudio del derecho en Guatemala. Mostró, en primer lugar, los síntomas de la crisis legal que se vive en el país, las cuales se centran en la problemática del legalismo. De ahí, este capítulo pasa de un aspecto descriptivo a uno propositivo, planteando que la solución de la pedagogía jurídica de Guatemala es de naturaleza metodológica. O sea, la construcción de un discurso crítico a través del método. Es por ello que se recalca en la agencia del estudiante a través de un método que, a través de la *discencia* —intrínseco—, *parresia* —externalización— y debate dialógico —social/grupal— pueda construir su visión del derecho y su estudio.

De este capítulo en adelante, los contenidos siguientes informan de la necesidad de crear aproximaciones jurídicas al estudio del derecho en Guatemala, utilizando aproximaciones contextuales y métodos críticos. Así, este trabajo se convierte en un ejemplo propio del «giro cartesiano» necesario en el estudio del derecho en el país.

REFERENCIAS

- Ansolabehere, Karina. «Legalistas, legalistas moderados y garantistas moderados: ideología legal de maestros, jueces, abogados, ministerios públicos y diputados». *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 70, núm. 2, 2008.
- Arendt, Hannah. *La pluralidad del mundo. Antología*. Taurus, 2019.
- Atienza, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Palestra Editores, 2016.
- Ayer, A. J. *Language, Truth and Logic*. Penguin Books, 1971.
- Baxi, Upendra. *The Future of Human Rights*. Oxford University Press, 2006.
- Berlin, Isaiah. *Conceptos y categorías. Ensayos filosóficos*. Fondo de Cultura Económica, 2013.
- Blanco, Juan. *Hermenéutica nihilista decolonial*. Editorial Cara Parens, 2019.
- Buber, Martin. *El principio dialógico*. Hermida Editores, 2020.
- Carnap, Rudolph. «Empiricism, Semantics, and Ontology». *Revue Internationale de Philosophie*, 1950.
- Carnelutti, Francesco. *Metodología del Derecho*. Valetta Ediciones, 2008.
- Coleman, Jules. *Repensando el Derecho*. Derecho Global Editores, S. A., 2018.
- Couso, Javier A. «The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America». En Couso, Javier A, Huneeus, Alexandra y Sieder, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

- Descartes, René. *Discurso del método para bien conducir la razón y buscar la verdad en las ciencias*. Editorial Trotta, 2018.
- Diamantis, Mihailis E. «The Moral Irrelevance of Constitutive Luck». *Erkenntnis*, 2021.
- Domingo, Rafael. «La pirámide del derecho global». *Persona y Derecho*, vol. 60, 2009.
- Douzinas, Costas. *The End of Human Rights*. Hart Publishing, 2000.
- Dworkin, Ronald. «Introducción». En Dworkin, R. *La filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica, 2018.
- _____. «¿Es el derecho un Sistema de Normas?». En Dworkin, R. *La filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica, 2018.
- Endicott, Timothy. «Linguistic Indeterminacy». *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 1996.
- Enneccerus, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil (Parte General)*. España, vol. I, Bosch, Casa Editorial, 1943.
- Eklund, Matti. *Choosing Normative Concepts*. Oxford University Press, 2017.
- Evans, Carolyn *et al.* «Academic Freedom». *Melbourne Legal Studies Research Paper*, núm. 891, 2020.
- Ferrajoli, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Editorial Trotta, 2014.
- Foucault, Michel. *Discurso y Verdad: Conferencias sobre el coraje de decirlo todo*. Grenoble 1982/Berkeley, 1983, Siglo Veintiuno Editores, 2017.
- _____. *La arqueología del saber*. Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- _____. *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*. Siglo Veintiuno Editores, 2019.
- Freire, Paulo. *Pedagogía de la autonomía: saberes necesarios para la práctica educativa*. Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- _____. *Pedagogía de la indignación: cartas pedagógicas en un mundo revuelto*. Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- _____. *Pedagogía del oprimido*. 2.^a ed., traducción de Jorge Mellado, México, Siglo XXI Editores, 2005.
- García Barrientos, Ana Elena. «El constitucionalismo dialógico feminista para la plena legitimidad democrática». En Villagrán Sandoval, Carlos Arturo (ed.). *Constitucionalismo Guatemalteco frente a lo Global: Estudios de una nueva generación de voces*. Editorial Cara Parens, 2020.
- García Laguardia, Jorge Mario. «Orígenes y viacrucis del Primer Proyecto Constitucional y de la Primera Declaración de Derechos del Hombre de Centroamérica». *Textos y Estudios Legislativos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

- Gargarella, R. *Latin-American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Gómez Romero, Luis. «Harry Potter contra el legalismo, o la magia republicana del pluralismo jurídico». *Revista Derecho del Estado*. Colombia, núm. 32, enero/junio de 2014.
- Green, Jamal. «Rights as Trumps?». *Harvard Law Review*, 2018.
- Gutiérrez de Colmenares, Carmen María y Chacón de Machado, Josefina. *Introducción al Derecho*. Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- Guzmán, Martín. *El Amparo Fallido*. Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2004.
- Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Editorial Trotta, 2018.
- Halliday, M. A. K. *El lenguaje como semiótica social. La interpretación social del lenguaje y del significado*. Fondo de Cultura Económica, 2017.
- Hart Ely, John. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Estados Unidos, Harvard University Press, 1980.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford University Press, 2012.
- _____. «Positivism, Derecho y Moral». En Dworkin, R., *La filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica, 2018.
- Heidegger, Martin. *¿Qué significa pensar?* Editorial Trotta, 2010.
- Ibnawoh, Bonny. «The Right to Development: The Politics and Polemics of Power and Resistance». *Human Rights Quarterly*, 2011.
- Kadner Graziano, Thomas. «Is It Legitimate and Beneficial for Judges to Compare». En Andenas, Mads y Fairgrieve, Duncan (eds.). *Court and Comparative Law*. Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Karam, Tanius. «Lenguaje y Comunicación en Wittgenstein», núm. 57, 2007.
- Kelsen, Hans. *Teoría general del Estado*. Trad. de Luis Legaz Lacambra. México. Editorial Nacional, 1948.
- Kennedy, David. «The International human rights regime: still part of the problem?». En Dickinson, Rob et al. (eds.). *Examining Critical Perspectives on Human Rights*. Cambridge University Press, 2012.
- Kennedy, Duncan. «The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought». *Law and Critique*, vol. 25, núm. 2, 2014.
- _____. *Izquierda y derecha: Ensayos de teoría jurídica crítica*. Siglo Veintiuno Editores, 2010.

- _____. *La enseñanza del derecho como forma de acción política*. Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- Koskenniemi, Martti. *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Cambridge University Press, 2005.
- _____. «The Politics of International Law». *European Journal of International Law*, 1990.
- Legrand, Pierre y Machado, Antonio. «Are civilians educable?». *Legal Studies*, vol. 18, núm. 2, junio de 1998.
- López Medina, Diego. «The Latin American and Caribbean Legal Traditions: Repositioning Latin America and the Caribbean on the Contemporary Maps of Comparative Law». En Bussani, M. y Mattei, U. (editores). *The Cambridge Companion to Comparative Law*. Reino Unido. Cambridge University Press, 2012.
- Marmor, Andrei. «La pragmática del lenguaje del derecho: ¿Puede implicar el derecho más de lo que textualmente dice?». En Damiano, Canale y Tuzet, Giovanni. *¿Es el Derecho Interpretación? Derecho, Interpretación y Convencionalismo*. Derecho Global de Editores, 2018.
- Menski, Werner. *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*. Cambridge University Press, 2006.
- Merryman, John Henry y Pérez-Perdomo, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Estados Unidos. Stanford University Press, 2009.
- Mirow, M. C. *Latin American Law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America*. Texas. University of Texas Press, 2004.
- Montero Ballesteros, Alberto. «El funcionalismo en el derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs». *Anuario de Derechos Humanos, nueva época*, vol. 8, 2007.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Editorial Astra de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989.
- Orford, Anne. «Beyond Harmonization: Trade, Human Rights and the Economy of Sacrifice». *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, 2005.
- Ortiz, Edgar. «Corte de Constitucionalidad: ¿árbitro de última instancia del juego político? La ruptura con el legalismo». En Villagrán Sandoval, Carlos Arturo (ed.). *Constitucionalismo Guatemalteco frente a lo Global: Estudios de una nueva generación de voces*. Universidad Rafael Landívar, Editorial Cara Parens, 2020.
- Petit, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford University Press, 1999.
- _____. «The Control Theory of Legitimacy». En Sadurski, Wojciech *et al.* *The State and Beyond*. Oxford University Press, fecha N/D.

- Pogge, Thomas. «Introduction». En Pogge, Thomas (ed.). *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor?* Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Rajagopal, Balakrishnan. «The International Human Rights Movement Today». *Maryland Journal of International Law*, 2009.
- Rawls, J. «Teoría de la Desobediencia Civil». En Dworkin, R. *La filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica, 2018.
- Raz, Joseph. «On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries». En Alexander, Larry (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge University Press, 1999.
- _____. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford University Press, 2009.
- _____. *From Normativity to Responsibility*. Oxford University Press, 2011.
- _____. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford, Oxford University Press, 2012.
- _____. «The Future of State Sovereignty». En Sadurski, Wojciech *et al.* *Legitimacy: The State and Beyond*. Oxford University Press, 2019.
- Retamozo, Martin. «Constructivismo: Epistemología y Metodología en la Ciencias Sociales». En de la Garza Toledo, Enrique y Leyva, Gustavo. *Tratado de metodología de las ciencias sociales: perspectivas actuales*. Fondo de Cultura Económica, 2012.
- Ridao, José María. *La democracia intrascendente: Ensayos sobre el lenguaje, la verdad y el poder*. Galaxia Gutenberg, 2019.
- Rodríguez-Garavito, César. «Remapping Law and Society in Latin America: Visions and Topics for a New Legal Cartography». En Rodríguez-Garavito, César (ed.). *Law and Society in Latin America: A new map*. Londres, Routledge, 2014.
- Saunders, Kevin W. «Informal Fallacies in Legal Argumentation». *South Carolina Law Review*, vol. 44, 1992-1993.
- Shklar, Judith. *Legalism*. Harvard University Press, 1964.
- Stone, Adrienne. «Democratic Objections to Structural Judicial Review». *University of Toronto Law Journal*, vol. 60, 2010.
- Tamanha, Brian Z. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford University Press, 2001.
- Tasioulas, John. «The Moral Reality of Human Rights». En Pogge, Thomas (ed.). *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor?* Oxford, Oxford University Press, 2007.

- Torres Valenzuela, Artemis. «El Positivismo: Concepto Civilizador en Guatemala». En Casaús Arzú, Marta Elena. *El Lenguaje de los Ismos: Algunos conceptos de la modernidad en América Latina*. F&G Editores, 2010.
- Twining, William. *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Twining, William. *Jurist in Context. A Memoir*. Cambridge University Press, 2019.
- Villagrán Kramer, F. *Estudios de Ciencia Política y otros ensayos*. Serviprensa Centroamericana, 1979.
- Villagrán Sandoval, Carlos Arturo. «A manera de Introducción: La realidad guatemalteca, un constitucionalismo sin método ni metodología». En Villagrán Sandoval, Carlos Arturo (ed.). *Constitucionalismo Guatemalteco frente a lo Global: Estudios de una nueva generación de voces*. Universidad Rafael Landívar, Editorial Cara Parens, 2020.
- _____. «Guatemala: Un constitucionalismo transaccional». En Attard, María Elena *et al.* *Derecho Constitucional Latinoamericano*. España. Pireo Editorial: Colección Comparaciones, 2021.
- _____. «Introducción: La realidad guatemalteca, un constitucionalismo sin método ni metodología». En Villagrán Sandoval, Carlos Arturo (ed.). *Constitucionalismo Guatemalteco frente a lo Global: Estudios de una nueva generación de voces*. Editorial Cara Parens, 2020.
- Villagrán Sandoval, Carlos Arturo y Cazali, Luis Pedro. «En sacrificio del pasado: un diagnóstico de la enseñanza del derecho internacional en Guatemala». En Prieto-Ríos, Enrique *et al.* (eds.). *Repensar la Educación en Derecho Internacional en América Latina: Avances y discusiones en el 2019*. Colombia. Universidad del Rosario, 2020.
- Villagrán Sandoval, Carlos Arturo y Larios, Sara. «Guatemala». En Albert, Richard *et al.* (eds.). *Global Review of Constitutional Law*. I•CONnect and the Clough Center for the Study of Constitutional Democracy at Boston College, 2018.
- Waldron, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores, 2018.
- Williams, B. «Moral luck». *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 50, 1976.
- Williams Bernard. *En el principio era la acción. Realismo y moralismo en el argumento político*. Fondo de Cultura Económica, 2012.
- Žižek, Slavoj. *Porque no saben lo que hacen. El sinthome ideológico*. Ediciones Akal, 2017.

Normativas

- Corte de Constitucionalidad. Expediente 280-90. Apelación de Sentencia de Amparo, 19 de octubre de 1990.

- _____. Expediente 1089-2003, Apelación de Sentencia de Amparo, 14 de julio de 2003.
- _____. Expedientes Acumulados 3207-2016 y 3344-2016, sentencia de fecha 11 de junio de 2020.
- _____. Expedientes Acumulados 4639-2014, 4645-2014, 4646-2014 y 4647-2014, Amparo en Única Instancia, 19 de noviembre de 2014.
- _____. Expediente 2395-2006, Solicitud de Anulación, 10 de octubre de 2006.
- _____. Expedientes Acumulados 2420-2009 y 2474-2009, Amparo en Única Instancia, 26 de noviembre de 2010.
- _____. Expediente 548-2010, Amparo en Única Instancia, 25 de agosto de 2010.
- _____. Expediente 386-2011, Amparo en Única Instancia, 13 de abril de 2011.
- _____. Expediente 4371-2011, Inconstitucionalidad General Parcial, 9 de octubre de 2012.
- _____. Expediente 2020-2014, sentencia de 7 de agosto de 2014.
- _____. Expedientes Acumulados 2606-2016 y 2607-2016, sentencia del 16 de junio de 2020.
- _____. Inconstitucionalidad General Parcial, 29 de junio 2001.
- _____. Expediente 266-99, Apelación de Sentencia de Amparo, 20 de mayo de 1999.
- _____. Expediente 916-97, Apelación de Sentencia de Amparo, 27 de mayo de 1998.
- _____. Expediente 142-88, Apelación de Sentencia de Amparo, 15 de junio de 1988.
- _____. Expedientes acumulados 859-2020, 860-2020, 879-2020, 895-2020, 896-2020, 904-2020, 905-2020 y 1029-2020, sentencia del 11 mayo de 2021.
- _____. Expediente 2067-2021, Comunicado 13-2021 del 14 de mayo de 2021.
- _____. Expediente 2906-2017, Apelación Sentencia de Amparo, 21 de septiembre de 2017
- _____. Expediente 3227-2020, Amparo en Única Instancia, 4 de febrero de 2021.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto 51-92, Código Procesal Penal.

Electrónicas

- Freeman, Samuel. «Original Position». *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Summer 2019 Edition. Edward N. Zalta (ed.). <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/original-position/>>
- Gardner, John. *Why Study Jurisprudence?* <https://johngardnerathome.info/pdfs/whystudyjurisprudence.pdf>

Trear, Peter. «Book review: Open Minds explores how academic freedom and the public university are at risk». *The Conversation*. 10 de marzo de 2021. theconversation.com

Monzón Rojas, Irma Rebeca. *La extensión del derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo: análisis en el contexto de la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Guatemala. Universidad Rafael Landívar, Editorial Cara Parens, 2021. <http://recursosbiblio.url.edu.gt/publicjlg/URL/IIJ/978-9929-605-71-8.pdf>

Organización de los Estados Americanos, CIDH. Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex. <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/CIDH/r/DLGBTI/precisiones.asp>

Villagrán Sandoval, Carlos Arturo. «De Funcionalismo a Heurística Comparativa: Una Respuesta a César Salazar». *Voces Centroamericanas*. 5 de diciembre de 2017. <https://vocescentroamericanas.wordpress.com/2017/12/05/de-funcionalismo-a-heuristica-comparativa-una-respuesta-a-cesar-salazar/>

Otras

Mendoza, Norvin Leonardo. «Universidad Galileo incorpora la primera maestría en Derecho Procesal». *Prensa Libre*. 7 de marzo de 2020. <https://www.prensalibre.com/economia/vida-empresarial/universidad-galileo-incorpora-la-primera-maestria-en-derecho-procesal/>

Rodríguez Quiroa, Luisa Fernanda. «Empresario con poder: al menos 58 instancia del Estado en las que las cámaras tienen voto o voz». *Plaza Pública*, 30 de enero de 2018, <https://www.plazapublica.com.gt/content/empresarios-con-poder-58-instancias-del-estado-en-las-que-las-camaras-tienen-voz-y-voto>

Villagrán Sandoval, Carlos Arturo y Ana Elena García Barrientos. «De trasplantes, métodos y la reformas a la ley de ONG». *Pensamiento Jurídico* 7. 2020.

APROXIMACIÓN HISTORIOGRÁFICA DEL DERECHO EN GUATEMALA

Héctor Oswaldo Samayoa Sosa¹

INTRODUCCIÓN

Al entrar a la Facultad de Derecho, o más bien de Leyes, el estudiante ingresa a un mundo en el que prontamente descubre que su estudio no será más que aprenderse el texto de algunas leyes, saber la ubicación de algunos conceptos e identificar, quizá, su origen latino y romano. Algunos, no muchos, desisten en ese momento de seguir adelante, se cuestionan si realmente se estudia o solo se repiten conceptos y leyes. El que decide continuar, se encuentra prontamente ante eruditos conceptuales que no sólo saben su origen, sino que también su aplicación precisa en casos concretos.

Al continuar por ese sendero de estudio, aparecerán cuales lámparas en la oscuridad, aquellos que se saben los procesos y procedimientos de la A la Z, ilustrarán los caminos y resolverán los laberintos de plazos, excepciones e incidentes. No podrá faltar el que enseña por qué las leyes son legítimas al ser emanadas del órgano legislativo como fuente formal de las mismas.

Puede afirmarse que el proceso de estudio en las facultades de derecho, o más bien de leyes, tienen un proceso en donde, cual cinta de manufactura, los estudiantes son programados y vueltos en meros objetos pasivos del proceso educativo. De estos procesos se destaca que el alumno se vuelva seguidor de profesores, no porque este haya realizado algún descubrimiento novedoso o algún planteamiento científico, sino porque sabe cómo funciona el sistema y ahí puede estar la clave para hacerse posteriormente de trabajo. En los planteamientos de la educación bancaria descrita, el educando se vuelve dócil objeto de la realidad del sistema.

Este modelo educativo tiene una intención, mantener al derecho en un marco corporativista y patrimonialista. Como bien dice María Alejandra Morales: «el Constitucionalismo en Guatemala, más allá de pretender la instauración de un Estado moderno, se ha convertido en un esfuerzo por preservar los intereses —privilegios— de los estamentos que tienen acceso a la maquinaria burocrática del Estado»².

El rol y papel del abogado en Guatemala se ha vuelto en ser el objeto que media los intereses del sistema para que las personas cumplan con la legalidad de la norma, sin más, ni menos, la mera

¹ Doctorando en Derecho Constitucional Internacional por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Profesor de pregrado y posgrado en la Universidad de San Carlos de Guatemala, Universidad Rafael Landívar y Universidad del Valle de Guatemala. Desarrolla investigación en las líneas de derecho constitucional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal y penitenciario.

² Morales, María, *Constitucionalismo en Guatemala: patrimonialismo y corporativismo*, en Villagrán, Arturo (coordinador), *El constitucionalismo guatemalteco frente a lo global: estudios de una nueva generación de voces*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Editorial Cara Parens, 2020, p. 28.

legalidad porque proviene del Legislativo. Para que esto funcione nos sumimos en un estudio kelsesiano de conceptos que repetimos sin parar y desde la creencia de un sistema piramidal de normas que guardan una jerarquía con supuesto desarrollo de los preceptos constitucionales.

¿Cómo volvemos al profesor y al estudiante en sujetos activos del proceso educativo? Sujetos que cuestionan, investigan y proponen desde el derecho, no solo desde la ley. Para ello creo que existe una serie de caminos que se pueden seguir, con implicaciones diversas en el mundo académico, profesional, burocrático, etc. Considero importante, en uno de esos caminos, empezar por descubrir los caminos del derecho en Guatemala, desde una construcción colonial, ilustrada, liberal, social, económica, internacional y pluralista, con la cual se descubra un tránsito que, inicialmente, guiado por la Universidad de San Carlos, ha respondido a sus contextos y épocas, incluso adelantándose a ellas.

El presente escrito inicia con una necesaria referencia al derecho de los pueblos mayas en su mezcla con el derecho hispánico, para luego presentar una época centroamericana de ilustración guiada por un grupo de intelectuales, criollos, hechos en casa sancarlista, quienes a finales del siglo XVIII profesaban muy bien el liberalismo inglés y la Ilustración francesa. El profesor García Laguardia es quien mejor ha documentado aquella época, un tanto por la revelación de una génesis del constitucionalismo centroamericano-guatemalteco, y otro poco por descubrir a los grandes intelectuales de aquella época, entre ellos al profesor interino de la Universidad de San Carlos José María Álvarez y Estrada, quien desde su cátedra participó en el movimiento ilustrado y se constituyó en el principal referente del estudio del derecho Real de Castilla y de las Indias, no como un teórico innovador, pero sí como alguien que compiló de forma adecuada el método de estudio para conocer el derecho de la monarquía.

Con mucha relevancia también se observa la influencia inglesa de la garantía del *habeas corpus* y, en la primera época independiente, de la promoción de un recambio legal en el ámbito penal, derivado de las recomendaciones de Jeremy Bentham sobre los Códigos de Livingston.

Luego de esta exposición, este ensayo se introduce en el segundo período liberal —1871— y la instalación de un modelo limitativo al estudio del derecho, esto es, el positivismo como marco filosófico y doctrinario. La ley como objeto verificable tiene validez, por lo cual las leyes se tornan el objeto exclusivo de estudio de las facultades. Esto eliminó la posibilidad de otras escuelas de estudio del derecho, que, sin embargo, para la primera década del siglo XX encontraban desarrollo, como la escuela histórica, en las tesis de grado que se presentaban en la Universidad de San Carlos y que concordaban con las ideas revolucionarias mexicanas, así como el cansancio de dictaduras o caudillos como Estrada Cabrera.

Pero el modelo limitativo se impuso, las ideas liberales de orden y progreso tuvieron mucho impacto en el ámbito jurídico, precisamente para ese modelo corporativista y patrimonialista al que se hizo referencia anteriormente. La dictadura de Ubico dio cuenta de aquella imposición.

En América Latina, particularmente en Guatemala, con la revolución de 1944, el modelo social y económico del derecho encuentra una generación de académicos, quizá solo comparable con

la de 1790, siempre desde la Universidad de San Carlos, que promueven y realizan estudios que orientan el Derecho a tener una función social que encuentra dos corrientes, una progresista y otra desarrollista. Entre estos académicos, destacan Francisco Villagrán Kramer, Adolfo Mijangos López, Manuel Colom Argueta, Mario López Larrave, entre otros, quienes tuvieron que exiliarse, mientras que otros al tener participación política fueron asesinados por el régimen de militarización política durante el conflicto armado interno.

Los académicos de los años sesenta y los setenta estaban claramente interesados en la cuestión del desarrollo. Aunque ese concepto terminó incluyendo una variedad de significados, es fundamental para su comprensión la idea de conseguir un crecimiento económico cada vez más equitativo. Los desarrollistas, que trabajaron recurriendo a la disciplina del derecho, se esforzaban para tratar de captar la relación efectiva entre el desarrollo económico y de otras clases y el sistema jurídico.³

En paralelo a aquel movimiento, Guatemala se insertó en el mundo del derecho internacional y comunitario de una manera mucho más acelerada a partir de finales de la Segunda Guerra Mundial. El representante sobresaliente fue el profesor y canciller Carlos García-Bauer, que participó como juez *ad hoc* en la Corte Internacional de Justicia y su labor al frente de la elaboración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cabe hacer referencia que surge en este íterin del derecho social económico e internacional, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de San Carlos, que se proyectaba como un ente de propuestas desde la ciencia jurídica, pero que fue víctima del proceso político de aquella época.

Llegar al año 1985, año de la Constitución vigente, ante un contexto de transacción, es decir, no es un sistema de derecho originario, sino de adhesiones para enfrentar modelos económicos indetenibles, con acuerdos y discusiones sin terminar, es llegar al proceso de democratización política, redefinición de agendas legislativas y de marcos jurídicos que no logran impactar en la academia como debería haberlo hecho. Las discusiones entonces se diversifican en laberintos entre legalismos confundidos con originalismo; pluralismo confundido con neoconstitucionalismo y mutaciones constitucionales utilizando de forma abusiva los derechos humanos.

El mundo académico limitado del país tiene presente, además, una forma de descalificar cualquier propuesta fuera del positivismo, esto porque, como se afirmaba al inicio de este escrito, la educación bancaria seguía siendo el modelo y no era cómodo al corporativismo en donde el abogado/a resultaba efectivamente útil.

Los nuevos roles frente a este indetenible proceso actual nos conducen al presente documento, como una primera aproximación al derecho en Guatemala y un estudio historiográfico. Por razones diversas, no entro a plenitud y de forma extensa a cada tema, pero se trata de sentar dos elementos: la idea y el contexto, que sirven de puerta para el desarrollo de estos estudios.

³ Esquirol, Jorge, *Las ficciones del derecho latinoamericano*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2014, p. 184.

1. REFERENCIA PRELIMINAR Y NECESARIA SOBRE EL DERECHO EN GUATEMALA

Las formas de organización jurídica y social de la colonia descansaron en el modelo normativo oficial dictado por la monarquía española. Ciertamente, en el ámbito jurídico, decidieron, por decreto monárquico, que se respetase la costumbre jurídica de los pueblos que habitaban los territorios conquistados, siempre y cuando estas no fueran contradictorias a los intereses supremos guiados por aspectos económicos de explotación y extracción, y también por el dominio de pensamiento religioso cristiano. Siendo de difícil cumplimiento tal normativa, el derecho originario de los pueblos fue inaplicado e invisibilizado.

El ocultamiento del derecho de los pueblos conllevó a la construcción de un derecho hispánico, que descubría como rasgos característicos que hoy pueden ser aún observados, entre ellos:

1. Un casuismo acentuado y, en consecuencia, una gran profusión... se legisló... sobre cada caso concreto y se trató de generalizar, en la medida de lo posible, la solución adoptada sobre cada caso... **2. Una tendencia asimiladora y uniformista.** Se pretendió desde la Metrópoli... la casa Borbón, estructurar la vida jurídica de estos territorios con visión uniformadora y tratando de asimilarlos a las viejas concepciones peninsulares... **3. Una gran minuciosidad reglamentarista.** Los monarcas españoles quisieron tener en sus manos todos los hilos del gobierno de un mundo tan vasto, tan complejo y lejano... Comprendían las dificultades que esto ofrecía, y movidos por la desconfianza en sus autoridades coloniales, multiplicaron las instrucciones de gobierno y complicaron extraordinariamente los trámites burocráticos y administrativos. **4. Un hondo sentido religioso y espiritual.** La conversión a la fe de Cristo y la defensa de la religión católica en estos territorios fue una de las precauciones primordiales en la política colonizadora de los monarcas españoles. Esta actitud se reflejó ampliamente en las llamadas Leyes de Indias. En buena parte fueron dictadas estas Leyes, más que por juristas y hombres de gobierno, por moralistas y teólogos...⁴

La fuente del derecho hispánico oficial era la monarquía, sin embargo, la fuente primordial del derecho se sostenía en las capitulaciones que el reino otorgaba a los representantes de las expediciones, los cuales, sobre la base de dicho contrato, desarrollaban sus intereses económicos en los pueblos conquistados, utilizando como método de sometimiento la Inquisición de la Edad Media europea.

Una cosa era la construcción por decreto monárquico; otra el derecho hispánico ya caracterizado; otra la capitulación aplicada por el adelantado o jefe expedicionario;

⁴ Ots, José, *Bases jurídicas de la colonización española en América*, en Medrano, Edgar; González, Edna, *Antología: Historia de la cultura de Guatemala*, Guatemala, Editorial Orión, 2011, p. 80.

y muy distinta y distante, la realidad práctica que enfrentaban los pueblos indígenas frente a los encomenderos.

Para el efecto, es necesario recordar que dominó una realidad de sometimiento y tributación que tuvo como proceso clave la denominada reducción⁵ de pueblos, que significaban la concentración de personas pertenecientes a pueblos indígenas en pequeños poblados, los cuales eran custodiados por los tres poderes de dominación: la Corona, representada en los ayuntamientos, la Iglesia y el poder de fuerza directa que eran los mismos conquistadores y herederos a través de la Encomienda y el Repartimiento como instituciones centrales de la dominación. Se instaló la doble tributación, una para la Corona y otra para el hacendado, además de los diezmos que debía hacer para la Iglesia.

El segundo discurso que surge es el de la decadencia, el cual es presentado y señalado por el profesor Guzmán Böckler⁶ como aquel que utiliza Occidente (Europa) para representar poblaciones atrasadas y por lo tanto le da la justificación de ser el civilizador. Ambos conceptos, reducción y decadencia, hicieron desaparecer las distintas formas de organización social, política, económica y jurídica de los diversos pueblos que habitaron Centroamérica, particularmente relegaron el derecho originario a una categoría inferior aplicable en casos extraordinarios, pero normalmente invisibilizado.

Rompieron, entonces, en la práctica del individuo, su visión comunitaria, es decir, su relación con una historia, una costumbre y un idioma común⁷. Con lo cual le hacen ajeno a sus formas de resolver conflictos y encontrar equilibrio. Es decir, abstraen al sujeto de su sentido de pertenencia al ámbito en donde puede encontrar un orden jurídico.

En la práctica de sometimiento, el conquistador rompió dos bases esenciales del derecho de los pueblos indígenas: (1) la visión cosmogónica, es decir la ubicación de la persona en relación con el cosmos, de donde la armonía y el equilibrio tiene esencia, por lo tanto, la reparación tiene un significado mayor al castigo; y (2) la propia estética de pueblo, por una estética del vencido, construyendo una cultura de lamentación representada posiblemente en las danzas, con lo cual rompe el tiempo o ciclo de vida, impidiendo acudir a sus propias autoridades; si no, debe acudir a la autoridad del vencedor o a su deidad, en este caso, cristiana.

Las bases de orden jurídico previo al hispánico, encuentra bases organizacionales en lo comunitario y bases de desarrollo de aplicación en principios como la armonía, el equilibrio, la reparación y el tiempo.

Es importante resaltar, además, que el sistema jurídico anterior a los españoles no encontraba reglamentos extensos, sino prácticas aceptadas y reconocidas, las cuales se orientaban por los principios ya enunciados. La profesora Claudia Dary enseña que el derecho de costumbre en los

⁵ Martínez, Severo, *Motines de Indios: la violencia colonial en Centroamérica y Chiapas*, Guatemala, F&G Editores, 2011, p. 32.

⁶ Guzmán, Carlos, *Colonialismo y revolución*, Guatemala, Editorial Catafixia, 2019, p. 41.

⁷ Dary, Claudia, *El derecho internacional humanitario y el orden jurídico maya*, Guatemala, Facultad Latinoamericana de Estudios Sociales y Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998.

pueblos indígenas está constituido por reglas, valores y maneras de conducirse que son difundidas por tradición oral y de generación en generación.

A este punto, habiendo encontrado los elementos esenciales de un orden jurídico prehispánico, es importante la orientación de no romantizar o construir comunidades prehispánicas no conflictivas, sino observar que entre ciudades Estados existían guerras, así como dentro de cada comunidad existían conflictos sociales y entre personas, por lo cual el método de tradición oral y de ubicación comunitaria gana preponderancia en la forma de resolver y en la construcción de la norma. Al respecto, la profesora Dary, citando a Ochoa, defiende la tesis que «el orden jurídico maya está codificado en la cultura, y sus principios jurídicos pueden buscarse en las prácticas sociales, en la visión del mundo, su sistema ético moral y en la lengua»⁸.

2. LIBERALISMO E ILUSTRACIÓN: EL MOVIMIENTO SANCARLISTA DEL SIGLO XVIII Y XIX EN EL MODELO JURÍDICO GUATEMALTECO

En un hallazgo revelador, debe indicarse que el derecho en Guatemala encontró un momento de encrucijadas por construir su propia identidad, pero sin alejarse del contexto mundial de las ideas del siglo XVIII. La Ilustración francesa y el liberalismo inglés estuvieron presentes en los movimientos que dieron origen al constitucionalismo clásico. A su vez, la limitación del poder y la exaltación de la persona y sus derechos.

Justamente es hacia finales de aquel siglo que la Ilustración alcanzó América y sus casas de estudios superiores no eran ajenas a ello. La Universidad de San Carlos de Guatemala fue impactada de tal forma que se fomentó la libertad de enseñanza en ciencias jurídicas, lo que conllevaba el conocimiento de doctrinas contrarias a las dominantes.

Hanns-Albert Steger, citado por García Laguardia expresa al respecto de la Universidad de San Carlos de Guatemala: «Se convirtió en el gran centro de esta clase de ilustración en América que (como documentan los temas de disertaciones y los planes de estudio) estaba completamente a la par en las últimas actualidades de las discusiones europeas, con un retardo que correspondía al tiempo que se necesitaba para transportar un libro de Europa a América»⁹.

Surgieron grandes profesores, la producción académica de aquella época fue representada por José Liendo y Goicochea, que fuera maestro de José Cecilio del Valle, quien dentro de sus estudios llegó a ser llamado el Sabio. De acuerdo con los datos aportados y conservados en la Universidad Autónoma de México en la Facultad de Filosofía y Letras, se puede afirmar que la Universidad de San Carlos de Guatemala se convirtió en la universidad de la americanidad. Al respecto, John Tate Lanning, citado también por García Laguardia expresó:

⁸ *idem.*

⁹ García Laguardia, Jorge Mario, *Orígenes y vicisitudes del Primer Proyecto Constitucional y de la Primera Declaración de Derechos del Hombre en Centroamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 11.

Todos estos informes introducidos en el expediente a finales de 1782 y comienzos de 1783, revelan que los nuevos sistemas de enseñanza gozaban ya del respeto de casi todo el mundo. De esta manera, Guatemala es otro caso ilustrativo del hecho que la ilustración surgió en estas universidades relativamente aisladas de Hispanoamérica, más temprano que en los más imponentes y menos aislados centros de América, como Lima y México.¹⁰

Señala García Laguardia que para 1795 las tesis universitarias de derecho, como la de proposiciones de derecho público de Manuel Noriega, evidenciaban ya posturas antimonárquicas y republicanas que, entre otras cosas, señalaban la fundación de la república como una necesidad.

Una prominente generación de sancarlistas fue quien llevó el pensamiento de los espíritus académicos, representando el movimiento intelectual de inicios del siglo XIX que finalmente se constituye como el que acompaña la independencia y asienta el primer período liberal de aquel siglo. Entre estos intelectuales se destaca a don José María Álvarez, autor del único libro de derecho civil en América aun siendo esta colonia española: *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, la cual fue utilizada en México, Lima, Colombia, España y la Habana. Su obra fue editada nuevamente en 1982 por la Universidad Autónoma de México.

Este movimiento universitario instala tres ideas fundamentales que son parte de la época y que se recogen bien en la lectura de García Laguardia: (1) la teoría del pacto social; (2) la idea de soberanía popular; y (3) la teoría de la división de poderes¹¹.

Puede afirmarse que las ideas científicas, particularmente en el área que nos interesa, la jurídica, fue influenciada por el iusnaturalismo y el contrato social, ideas propias de la Ilustración francesa y sobre las cuales descansó las limitaciones al poder mediante el respeto de derechos. Basta recordar el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: «una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución».

En la historia del derecho guatemalteco, aún colonial, pero creado por aquel movimiento generacional ilustrado, 1810 es el momento en que se construye la propuesta de una constitución de 112 artículos y la Primera Declaración de Derechos del Hombre de Centroamérica, documentos que acompañaron a Antonio Larrazábal y Arrivillaga en las Cortes de Cádiz. Se tiene como autor de aquellos escritos a José María Peynado.

En el ámbito de esa influencia limitadora del poder, la propuesta que llevaba Larrazábal ya incluía el *Habeas Corpus* o Exhibición Personal. Es precisamente el liberalismo inglés el que constituye la segunda influencia sobre aquellos movimientos, quizá cercana a la idea del utilitarismo de Jeremy Bentham en cuanto seguridades contra el mal gobierno, pero a la vez lejana, en cuanto a su crítica sobre el iusnaturalismo. Debe señalarse y recordarse, que Bentham creía en un Estado con intervención y fuerte administrativamente, con ello, promovía, desde 1825, la aprobación de los

¹⁰ *ibidem*, p. 12.

¹¹ *ibidem*, p. 19.

Códigos de Livingston en la justicia guatemalteca, a partir de cartas que enviaba a José Cecilio del Valle quien lo promovía ante Barrundia que los tradujo, y quien los promovió ante las asambleas de 1834 y 1835 para que finalmente Mariano Gálvez terminara de darles el sí en enero de 1837.

Es de importancia un acontecimiento entre la aprobación de la asamblea de 1835 y la entrada en vigor de 1837 de los Códigos de Livingston: la instalación de juicios por jurado el 27 de agosto de 1836 en una división de once distritos, mediante el cual, el modelo de Luisiana, en los Estados Unidos, se intentó poner en práctica. Asimismo, se resalta que dentro de estos códigos existía el de Reforma y Disciplina de Prisiones que entrañaba ya las ideas de John Howard considerado padre del derecho penitenciario y del penitenciarismo. Este código textualmente regulaba: «los medios de que debe esperarse la enmienda son la reflexión, la instrucción, la aplicación a la industria i la religión». Es decir, los castigos físicos quedaban ya por fuera y la pena de muerte no estaría vigente como un castigo.

Para concluir sobre estos códigos, se encuentra el primer antecedente de legislación que incluye el control jurisdiccional de la prisión: «Art. 7º. También se espera mucho de los magistrados, i de los otros que se declaran visitadores, cuyo encargo no es un privilegio de honor conferido para satisfacer la expectación pública, sino para el mejor cuidado, i para la cumplida ejecución de la ley».

Como puede observarse, el intento de abandono del régimen colonial guatemalteco implicó, para 1834, la instalación ya de las ideas iluministas de Beccaria, Howard y Bentham, promovidas y admitidas por sus contemporáneos de la época provenientes de la Universidad de San Carlos. Importante es hacer ver, que, en la publicación *Semanario de Guatemala*, apareció, como lo indica Luján Muñoz (2000), el documento veinticinco lecciones sobre los códigos y en él se justificó que todos los códigos aprobados tenían como fin proteger las libertades civiles y limitar el poder arbitrario¹².

Se destaca, de la lectura de aquellos documentos, de la revisión de las ponencias del diputado Larrazábal, y del movimiento de ilustración guatemalteco, que la construcción de un modelo de derecho guatemalteco descansaría en cinco aspectos básicos:

- Un derecho que limita el quehacer político y previene el despotismo;
- la legislación proviene del derecho natural en cuanto a lo justo y equitativo;
- en el derecho civil, los derechos y deberes guardan una relación que establece límites a las bondades relativas y absolutas;
- el derecho administrativo se desarrolla en el ámbito de principios de seguridad, libertad y propiedad; y
- el derecho penal debe guardar proporcionalidad entre delito y pena.

¹² Muñoz, Luján, *Del derecho colonial al derecho nacional: el caso Guatemala*, en González, Luis (coordinador), Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, España, Academia puertorriqueña de historia, 2003, pp. 685-706.

Todo el liberalismo de la época estaba estructurado en aquella generación bajo elementos discutibles en cuanto pudieron determinar una discusión entre sistema presidencialista o parlamentarista en el modelo político.

Los conservadores, por otra parte, se dieron a la tarea de bloquear el ingreso de libros a la ciudad, controlar al máximo cualquier propuesta innovadora que viniera en encomienda. Llegaron al punto, en 1815, de quemar en la plaza central los documentos e instrucciones que llevaba Larrazábal. Esto se dio en el marco del regreso del absolutismo a España y, en Guatemala, una idea de tildar de revolucionario a los ilustrados académicos que habían ya dejado ver un modelo de derecho guatemalteco.

3. LA CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO DE IDEAS LIMITADAS: LIBERALES DE SEGUNDA GENERACIÓN Y EL POSITIVISMO

La generación ilustrada de finales del siglo XVIII y principio del XIX condujo, luego de firmada la independencia, el intento de un proceso de reforma del derecho guatemalteco colonial, así los Códigos de Livingston ganaron vigencia promovidos por quienes observaban un proceso de cambio importante en el ámbito de la intervención punitiva del Estado ante el liberalismo de las personas.

El primer período liberar finaliza en 1838 y los movimientos académicos iniciales caen con él. En el derecho guatemalteco, sin embargo, perviven ideas del liberalismo inglés como el *habeas corpus* que se mantienen en vigencia en el período de cuarenta años de los conservadores. Así puede observarse en la Declaración de los Derechos del Estado y sus Habitantes de 1839 emitido por los conservadores que habían derrocado ya a Mariano Gálvez.

En Latinoamérica, de acuerdo con el profesor Gargarella, el contexto del constitucionalismo responde a procesos, inicialmente experimentales, que buscaban la consolidación de la independencia (1810-1850); y posteriormente fundacionales, que se interesan en la consolidación económica de un modelo (1850-1917). Estos procesos condicionan, ciertamente, los quehaceres económicos, políticos y jurídicos.

En la etapa fundacional, la filosofía dominante en Latinoamérica radicaba en el positivismo filosófico de Augusto Comte, el cual condicionaba que únicamente tiene valor científico lo verificable. En el plano del positivismo político, las ideas centrales radicaron en la orientación de *orden y progreso*, lo cual recayó en profundizar el modelo colonialista sobre las ideas de ciudadanía¹³, propiedad y libertad. Se torna, por tanto, excluyente de cualquier discusión sobre permitir escuelas iusnaturalistas o históricas del derecho. Por ejemplo, el profesor García Laguardia señala, precisamente, que el programa liberal guatemalteco del siglo XIX enarbola el

¹³ Si bien la ciudadanía, propiedad y libertad son postulados clásicos del liberalismo propio del siglo XVIII, su traslado a la Latinoamérica independiente se puede ligar a la construcción de un sujeto que, para ser considerado ciudadano, requiere pertenecer a una élite favorecida por el propio modelo colonial, entre otras ser hombre, alfabeto, con rentas familiares suficientes.

atacar cualquier forma de tenencia comunal y corporativa de la tierra¹⁴, con lo cual limitan que, el modelo de propiedad de los pueblos indígenas, que sería explicado por la escuela histórica del derecho, sea desarrollado.

Esta idea de orden y progreso fue incluso sostenida por Jorge Ubico y evidenciada en su renuncia al poder tras catorce años: «Volveré así a la vida privada, después de consagrar al servicio del país mis energías y experiencias en la vasta labor de dirección de un gobierno de orden y progreso»¹⁵.

Bajo dicho contexto, el profesor García Laguardia también nos enseña la instalación del postulado político de *dictaduras democráticas*¹⁶ que justificaban o sostenían las ideas de orden y progreso ante una sociedad tan plural. Es, decían «más que como una patología necesaria de la sociedad local».

La política caudillista, salvadora de la patria para el sujeto ciudadano, requirió, entonces del positivismo en el plano jurídico como ideal para regular la interacción social. Por lo tanto, lo único verificable en el derecho será la ley. De tal cuenta, el positivismo jurídico plantea que los análisis de legalidad pueden suceder, si y solo si la ley ha surgido conforme las reglas de creación. A su vez, su método será lógico-formal porque las normas, esencialmente, son mandatos del Estado. Finalmente, la justicia quedará implícita en la misma ley.

De esa forma, con Gavazzi, se exponen razones en donde se asume un subjetivismo ético y la imposibilidad de dotar a las normas de una objetividad universal, por lo que quien puede garantizar su cumplimiento es, únicamente, la proveniencia de la norma de autoridad dotada de poder y otra autoridad dotada de capacidad para hacerla cumplir.

Mario Cattaneo, citado por el profesor Pedro Morales, identifica que los tipos de positivismo jurídico radicarán en

el nivel de creación que se corresponde con el punto de vista del legislador; entonces el positivismo jurídico se presenta como la teoría que niega la posibilidad de conocer y determinar racional y objetivamente los valores, afirmando que la prevalencia de un valor u otro es fruto de una elección subjetiva, que el pretendido derecho ideal no es sino expresión de una determinada ideología política, y por esta razón, dirige su atención al derecho positivo.¹⁷

¹⁴ García, Laguardia, Jorge, *Constituciones Iberoamericanas, Guatemala, México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006, p. 21.

¹⁵ Villagrán Kramer, Francisco, *Estudio de Ciencia Política y otros ensayos*, Guatemala, Serviprensa Centroamericana, 1979, p. 50.

¹⁶ Esta conceptualización presentada por el profesor García Laguardia puede ser entendida desde la definición de caudillo, que, en el ámbito de Latinoamérica, puede ser visto como el salvador de la patria, por lo que, en busca del orden y progreso, se le permite la concentración del poder y la adjudicación, abusiva, de cierta violencia para mantener el orden.

¹⁷ Morales, Félix, *De Bellagio a Pavía. Auge y crisis del positivismo jurídico italiano*, en Grández, Pedro; Morales, Félix (editores), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Perú, Editorial Palestra, 2017, p. 32.

Las reglas civiles de convivencia, por tanto, se sujetan a una ideología política que condiciona la producción del derecho y el estudio de este, lo cual ya entraña diferencias con el modelo de ilustración guatemalteco y se asienta en:

- Orden y progreso;
- caudillos;
- derecho no interpretado sino sobre la base del espíritu de la norma, generan un ordenamiento jurídico que se presume pleno, es decir, tiene una norma para cada situación; y
- la política condicionando el derecho, crea un modelo limitativo, unidimensional y lejano a cualquier estudio histórico social.

El modelo académico de derecho, por tanto, se condiciona a un modelo de glosadores, esto es, hacer una exégesis literal o en busca de la razón que orientó al legislador a la producción de la norma. Aunque este método de la escuela romana del estudio del *corpus iuris*, radicado en la escuela de Bolonia es una técnica reconocida, al ser trasladada a la realidad política de Latinoamérica, más parece un método orientado a establecer un orden social que permita sujetar a este mediante la estructura creada por el modelo monárquico colonial¹⁸.

Este sistema instalado crea una educación acrítica a nivel universitario, pero pueden identificarse momentos jurídico-académicos que, desgastados por el positivismo, con contenido social, se desarrollan en algunos estudios y posturas que pueden ser vistos de 1905 a 1920.

4. LAS ENCRUCIJADAS DEL DERECHO GUATEMALTECO: SOCIAL, INTERNACIONAL, DESARROLLISTA Y PLURALISTA

En el planteamiento del presente escrito, se identifican cinco momentos en la academia jurídica guatemalteca, uno propio de finales del siglo XVIII e inicios del XIX, que dejó su huella y ciertos aspectos que sobreviven en el derecho actual.

Otros tres momentos se observan en el siglo XX que pudieron impulsar visiones humanas y críticas del derecho en Guatemala. El primero será marcado por la revolución mexicana de 1910-1911, con lo cual se promueve el principio de justicia social, derechos laborales, feminismo y reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos.

El segundo se descubre por el primer intento, en el año 1917, de una proclama internacional sobre los derechos del hombre. El profesor García Bauer nos recuerda que se presentó al Instituto Americano de Derecho Internacional un proyecto sobre Derechos Internacionales del Individuo

¹⁸ Existen dos discursos preponderantes en la posindependencia, esto tomando como referencia a los autores guatemaltecos Severo Martínez Peláez y Carlos Guzmán Böckler, el de la normalidad y de la decadencia. En el primero se entiende el sostenimiento del modelo colonial en cuanto tributos, propiedad privada, trabajo forzado, monocultivos, entre otros. Y el segundo, el de la decadencia, como el discurso de superioridad, en donde se reconoce a las poblaciones originarias como atrasadas y, por tanto, se justifican sus fines civilizadores.

y de las Asociaciones Internacionales, a su vez, «en 1925, el Instituto Americano de Derecho Internacional, en su Proyecto n.º 13, reproduce con ligeras modificaciones dicho proyecto. [...] En 1931, un proyecto de Declaración sobre las bases fundamentales y los grandes principios del derecho internacional moderno [...] y cuyo título VI, [se denominaba] de Derechos Internacionales del Individuo»¹⁹.

Mientras que el tercer momento será marcado por la contra revolución del año 1954, que significa la reivindicación del modelo limitativo ya descrito en el apartado anterior, pero desarrollado en un marco de discusión del derecho desde lo económico social, planteándose argumentos desarrollistas. El quinto modelo, que me permitiré presentar en un apartado específico relativo al derecho a partir de la Constitución de 1985.

4.1 Aproximación a la escuela histórica del derecho en Guatemala

De los principales postulados de la escuela histórica del derecho, entre otros, se menciona aquel que expresa que el origen y fundamento del derecho radica en la conducta histórica de la población, por lo cual, la ley, como producto terminado de la voluntad de un conjunto de legisladores, no podrá ser determinado como la única fuente del derecho, sino, además, los usos sociales o prácticas denominados costumbres. Las críticas, emanadas de defensores del racionalismo, descansan precisamente en explicar que la creación de las normas desde un movimiento silencioso es una cuestión meramente metafísica. A su vez, afirman, sus críticos, que el espíritu popular de una norma será una cuestión más bien romántica.

Sin embargo, para el análisis y estudio del derecho en Guatemala, no puede dejarse por un lado que la revolución mexicana representó una oposición al positivismo político y jurídico, trayendo a cuenta un estudio del derecho desde el ámbito de los pueblos. Así, el proceso revolucionario mexicano hasta la Constitución de Querétaro de 1917 incorporó las demandas sociales como la propiedad de la tierra, liquidación de latifundios, nacionalización de riquezas naturales, derechos de los trabajadores, entre otros. A la luz de ello, entre 1910 y 1920, época de la dictadura de Estrada Cabrera en Guatemala, la academia universitaria guatemalteca registra las siguientes tesis de grado²⁰:

- La mujer ante el criterio jurídico contemporáneo, tesis de 1910, autor Carlos Pacheco.
- La civilización precolombina, tesis de 1911, autor Humberto Robles.
- Ligeras consideraciones acerca del sufragio universal, tesis de 1911, autor Tomás Echaberri.
- Legislación de Guatemala sobre accidentes del trabajo, tesis de 1911, autor Federico Ojeda Salazar.

¹⁹ García Bauer, Carlos, *Los derechos humanos preocupación universal*, Guatemala, Editorial Universitaria, 1960, p. 26.

²⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales (IIJS) y Centro de Información Jurídica (Cijur), *Catálogo de tesis de graduación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala 1841-1994*, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1995, pp. 180-183.

- El salario, tesis de 1913, autor Segundo Huembes.
- Algunos derechos de la mujer, tesis de 1914, autor Salvador Rodríguez.
- Derechos políticos de la mujer, posición actual del problema, tesis de 1915, autor Francisco Gálvez Portocarrero.
- Algunas ideas económicas, políticas y sociales sobre la prosperidad y bienestar de los pueblos, tesis de 1916, autor José Ernesto Andrade Zelaya.
- Sindicatos Obreros, tesis de 1918, autor Miguel Ángel Peñate.
- Los municipios independientes hacen a las naciones libres, tesis de 1920, autor Manuel Coronado Aguilar.

La caída de Estrada Cabrera en 1920 trajo consigo la reforma a la Constitución de 1879, en donde las ideas presentadas por la academia tuvieron impacto en las discusiones de la Asamblea Constituyente. Se presentó una preocupación por la racionalización del poder, cambios en la filosofía, recepción del derecho internacional y constitucionalización de derechos sociales. En el caso del voto de la mujer, de acuerdo con García Laguardia, no fue aprobado por un voto de diferencia y, entre otros temas, se discutió sobre derecho laboral, previsión social y huelga, todo explicable, no desde el positivismo, como sí desde la escuela histórica del derecho.

Resulta importante, en este apartado y momento del documento, explicar que algunos querrán decir que la realidad vivida a partir de la revolución mexicana responde más a una teoría marxista del derecho o realismo soviético. Esto por algunos planteamientos propios que presenta dicha teoría, como los que expone el profesor García Bauer: «el Derecho, se dice, es, en primer lugar, un producto de las fuerzas económicas. Los fenómenos de inmigración, colonización, distribución de la tierra y de la riqueza, de la producción, del desarrollo, de la agricultura, del comercio, de las revoluciones económicas, etc., han influido decisivamente en la aparición de determinadas formas jurídicas y en la transformación de instituciones de derecho»²¹. Es decir, podrá relacionarse aquellos acontecimientos históricos con estos postulados de la escuela marxista.

Sin embargo, esta teoría tiene como fundamento la superación del derecho burgués y la instalación de un derecho proletario, lo cual está muy lejano de la discusión de la revolución mexicana y, especialmente, de las discusiones político-jurídicas de Guatemala.

Así, también, aquellos acontecimientos podrían ser tomados como expresiones dentro del realismo jurídico o positivismo sociológico norteamericano, la cual tiene como fin obtener una reforma legal liberalizadora. Esta teoría atiende a poner atención a la sociedad y su dinámica, de la cual el juez no puede escapar. Pero no alcanza esta teoría para el abordaje de lo que hasta ahora se ha expuesto.

²¹ Villegas, René, *Temas de Introducción al Estudio del Derecho y de la Teoría General del Derecho*, Guatemala, Esger 6.^a edición, 2020, p. 58.

De tal cuenta, es con la escuela histórica del derecho, en donde debe destacarse a Rudolf von Ihering, quien exponía que el espíritu del pueblo y de la época es también el espíritu del derecho. «Hoy ya no se discute que el Derecho no es, tal como se lo consideró en otro tiempo, un agregado externo de determinaciones libremente elegidas que deba su origen a las reflexiones de los legisladores; sino que se lo considera, al igual que al lenguaje de un pueblo, un producto, íntimamente trabado, de la historia»²².

Ahora bien, sí se lograron discutir en la Asamblea Constituyente de 1921 aquellas ideas, por qué llamarle a esta época de encrucijada, teniendo algunas de ellas aprobación para su inclusión constitucional. Debe recordarse dos hechos, siendo el primero, que aquella reforma constitucional en nueve meses perdió su vigencia a partir del golpe de Estado a Herrera Luna. Asimismo, que los planteamientos académicos no tuvieron ninguna oportunidad de prosperar a lo interno del régimen político, el cual, nuevamente, regresó al ámbito exclusivamente positivista.

4.2 Aproximación a una visión social económica del derecho en Guatemala

La revolución de octubre de 1944 instaló el constitucionalismo social en el derecho guatemalteco y permitió retomar discusiones propias de la revolución mexicana; asimismo, resaltó avances que este constitucionalismo social ya presentaba en el contexto Latinoamericano. Algo importante de aquella década entre 1940 y 1950, en el ámbito jurídico de la región, era que:

El derecho estatal, entendido como la suma de normas y regulaciones oficiales, se veía como algo que funcionaba de una forma bastante separada de las necesidades y características de las sociedades latinoamericanas. La metáfora de la gran brecha se usó para caracterizar la distancia que separa el derecho escrito, sancionado por el Estado, y el derecho vivo, es decir, las reglas reales que siguen las personas.²³

En este contexto de entendimiento sobre el derecho estatal, las propuestas de corrientes desarrollistas motivaban, en Latinoamérica, un estudio jurídico y un campo de aplicación normativo tendiente a favorecer la activación económica, procesos judiciales más efectivos y accesibles, y un papel del derecho tendiente a la resolución de conflictos. Sin embargo, como señala Esquirol, el contexto político de militarización, autoritarismo y guerra fría que se acentuó en la región, por un lado, utilizó de forma efectiva aquellos postulados para ganar legitimidad popular; mientras que, por otro lado, logró frenar cualquier intento de reformas o modernización del derecho.

Durante la década de 1960 a 1970 se desarrollaron, además, postulados e ideas de la relación entre derecho y desarrollo, dando un enfoque socioeconómico a sus propuestas. Esencialmente, sus promotores jurídicos en la región descansaron sobre la redistribución de la riqueza, la justicia social y la estabilidad económica.

²² Rodríguez, José María, *Rudolf von Ihering*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 4., 1987, pp. 249-272. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142123>

²³ Esquirol, Jorge, *op cit.*, p. 168.

El movimiento se radicalizó bastante a ambos lados del espectro. Por la derecha, el progreso económico se convirtió en una justificación de los gobiernos militares y la represión sistemática de las demandas sociales. El Pinochet de Chile es un duro ejemplo [...] Por la izquierda, la promesa de desarrollo económico terminó siendo ilusoria, y la relación entre países desarrollados y subdesarrollados, más estática y simbiótica que colaboradora y cambiante.²⁴

Dos corrientes surgen en el punto medio de las corrientes radicales, una progresista y otra desarrollista, esta última enmarcada en mercados disciplinados, que promovían discusiones dicotómicas, entre ellas: la teoría social del derecho; la brecha entre el derecho y la sociedad; y el derecho estatal impenetrable y formalista.

Los profesores y juristas Francisco Villagrán Kramer, Manuel Colom Argueta y Adolfo Mijangos, con colaboración del médico Rolando Collado y el economista René Calderón, escribieron en 1966 el documento *titulado Bases para el desarrollo económico y social de Guatemala*, en el cual realizaban planteamientos socioeconómicos como punto de partida para el desarrollo agrario, salud pública, alfabetización, electrificación e integración social: «El gobierno tiene que perseguir una coyuntura de prosperidad, de aceleración del desarrollo económico, de corrección progresista de las desigualdades económico-sociales, si pretende que el país arranque al progreso»²⁵.

Quizá lo citado no aclare tanto la visión de estos juristas, que claramente empata con la visión social y económico del derecho, pero se devela, en citado documento, cuando expresan:

La economía de mercado no camina por sí sola; existe siempre una dirección, producto de las fuerzas confluyentes del sector privado. Del conflicto entre las fuerzas efectivamente capitalistas del sector privado y de las fuerzas de tipo oligárquico, fundamentalmente latifundistas, se produce una dirección. La planificación implica escoger entre varias alternativas, y determinar los objetivos en que debe participarse democráticamente, porque la planificación es un ejercicio de democracia y de pedagogía política moderna.²⁶

La visión se clarifica entonces cuando la propuesta entraña una visión desarrollista, mostrando la ineficacia de los sistemas, lo cual requiere de un campo de acción política, económica, social y, primordialmente, de un sistema jurídico estatal capaz de promover el desarrollo. Esto se determina a partir de que las referencias al ámbito social conllevan un derecho estatal, calificado de rígido y formalista, necesitado de aproximarse a las particularidades sociales de cada pueblo.

En esta propuesta el derecho debe: (1) servir de respaldo al trabajo nacional y local; (2) ser ejecutada por autoridad de forma racional, justa y precisa; y (3) ser evaluada constantemente para ser sometida a las reformas necesarias para que sirva sin perder conexión con la realidad socio económica.

²⁴ *idem.*

²⁵ Villagrán, F.; Colom, M.; Mijangos, A.; *Bases para el desarrollo económico y social de Guatemala. Comisión de planificación de unidad revolucionaria democrática*, México, 1966, <https://gazeta.gt/wp-content/uploads/2019/02/Bases-para-el-desarrollo-economico-y-social-de-Guatemala.pdf>

²⁶ *idem.*

El profesor Villagrán Kramer es quien mejor representa este movimiento y escuela en Guatemala. En su libro *Estudios de Ciencia Política y otros ensayos*, retoma algunos esquemas del modelo de derecho guatemalteco surgido con la Ilustración, principalmente iusnaturalista, pero de una forma ajustada al planteamiento social económico:

[...] régimen de legalidad es un concepto más amplio y completo que el imperio del derecho y otros de connotación política como democracia funcional o regímenes de derecho (en contraposición a regímenes de facto) toda vez que no se circunscribe a establecer si existe o no un ordenamiento legal y el mismo es observado o no, sino que para asegurar el imperio del derecho en un régimen de esa índole debe existir la necesaria correlación entre la norma jurídica —ley— y la realidad socio política y económica dentro de la cual la norma juega el papel que está llamada a desempeñar. El concepto por otra parte involucra, asimismo, la eficacia de los derechos y deberes fundamentales del ciudadano frente al poder público, al igual que el correcto ejercicio del poder por quienes lo ejercen.²⁷

El profesor Villagrán recuerda que esta discusión, además, es sostenida en 1959, en Nueva Delhi, por la Comisión Internacional de Juristas, en donde se establece que no solo se debe tender a los derechos civiles y políticos, sino, también, a las condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen la dignidad.

Los problemas legales frente a la realidad socioeconómica se registran de muchas maneras, ya lo detalla el documento citado *ut supra* de bases para el desarrollo económico y social de Guatemala. Sin embargo, el profesor Villagrán establece el examen de tres problemas específicos: (1) la predominancia exclusiva del español en un país con varios idiomas indígenas; (2) la limitación del conocimiento de sus derechos por parte de la mayoría de la población; y (3) actos y contratos de derecho privado que se han asegurado en favorecer a la parte económicamente fuerte.

Cabe agregar, en el ámbito del idioma, que el autor citado plantea la convivencia de todos los idiomas, la enseñanza del oficial sin exclusión de los demás. Al respecto, hoy en día existe el Decreto 19-2003 del Congreso de la República, Ley de Idiomas Nacionales, pero justamente incurre en lo que señala el profesor Villagrán, es decir, es parte de un ordenamiento legal sin ser materialmente efectivo, por la rigidez del derecho estatal y su burocracia.

Finalmente, en este ámbito del derecho social económico en Guatemala, puede citarse de nuevo al autor en referencia: «[...] la práctica, la costumbre y creencias no de pocos sino de los más variados y numerosos sectores de nuestra población, entran en conflicto a menudo con la norma y la sanción que apareja su incumplimiento o inobservancia, en tales casos resulta inoperante y en otros injusta»²⁸.

Lo antes referido instala, o busca instalar, en el ámbito académico nacional un estudio del derecho que incluye ideas como la capacidad representativa en los órganos del Estado, los procedimientos de toma de decisión legislativo y judicial, las formas de ejecución judicial y, entre otros, cuestiona

²⁷ Villagrán Kramer, Francisco, *op. cit.*, p. 76.

²⁸ *ibidem*, p. 86.

la falta de transparencia, racionalidad y accesibilidad al poder público y la participación ciudadana en la toma de decisiones. Esto, por tanto, tenía en el fondo el rompimiento de una metodología de enseñanza del derecho distinta a la positivista.

En 1978, se fundó en la Universidad de San Carlos el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, el cual impulsaría modelos de investigación que coadyuvaran a resolver problemas relacionados al derecho y a la situación social del país.

Si bien en el lapso que tiene de funcionar el IIJS se han alcanzado determinados resultados, no los esperados para ser un referente en materia de investigación jurídica y social en el medio. Esta situación tiene varias causas, aunque quizás la principal es que la Universidad de San Carlos de Guatemala, al igual que la población guatemalteca, fue duramente golpeada por el conflicto armado interno, dejando con ello secuelas difíciles de superar.²⁹

De nuevo la encrucijada, ahora por la represión estatal hacia la población y el aprovechamiento de un contexto de guerra para no dejar prosperar ninguna idea distinta a la del régimen, mucho menos, diversificar el estudio del derecho.

Pero debe sumarse, ahora —1960—, que el jurista austriaco Hans Kelsen ha aportado una construcción científica sobre el formalismo positivista jurídico, admitiendo una estructura de fuentes jurídicas pasadas por autoridades políticas creando derecho y una teoría pura del derecho. Para el caso de Guatemala, el impacto de Kelsen se representa institucionalmente cuando, en Latinoamérica, es el primer país en institucionalizar un tribunal o corte de constitucionalidad, precisamente en la Constitución de mitad de la década de 1960.

Habría que decir que comprender el derecho en Guatemala únicamente desde una visión positivista ha sido hasta ahora una imposición con sentida distorsión en la academia y, más, en la política. Además, «intentar comprender el derecho... únicamente por medio de un enfoque sobre Kelsen sería insatisfactorio y engañoso»³⁰.

Aprovecharse de la teoría pura del derecho, de Kelsen, para construir un derecho estatal oficial aproximado a pequeños intereses, permitió que el enfoque desarrollista señalara al sistema jurídico y judicial como incapaz de alinearlos con políticas sociales y económicas. La concreción o expresión de esta incapacidad y verticalización sistémica será la enseñanza estructurada en una fuente del derecho radicada exclusivamente en ley.

4.3 La visión internacional del derecho en Guatemala

El mundo ha sido estremecido por los efectos de la Segunda Guerra Mundial, especialmente, a partir de ello, las propuestas idealistas de relaciones internacionales han ganado preponderancia. Es importante la instalación de un órgano internacional capaz de promover la paz y una construcción

²⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales (IIJS), *boletín informativo*, Guatemala, 2014, <http://derecho.usac.edu.gt/redax/>

³⁰ Esquirol, Jorge, *op. cit.*, p. 196.

de relaciones multilaterales basadas en desarme, bien común internacional, resolución pacífica de controversias y la dignidad como centro de protección de los derechos humanos de todas las personas, sin distinción alguna por razones de nacionalidad, etnia, raza, credo, ideología, género, sexualidad, color de piel, etc.

En 1948, cerca de las propuestas desarrollistas y progresistas ya referidas, los países de América se reúnen en la Conferencia Panamericana emitiendo la resolución XXXII en la cual expresan que la libertad, en la región, descansa en la dignidad del hombre como persona y la soberanía de la nación como Estado. Asimismo, que se debe mantener y elevar el nivel de vida de los pueblos mediante una política social y económica adecuada.

E inmediatamente antes de la Conferencia de San Francisco, que estableció la Organización de las Naciones Unidas, en Chapultepec, en 1945, los países americanos se habían pronunciado en favor de un sistema de protección internacional de los derechos esenciales del hombre y habían recomendado al Comité Jurídico Interamericano la redacción de un anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, que en la IX Conferencia Interamericana de Bogotá de 1948 se transformó en la Resolución XXX que contiene la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.³¹

Todo este proceso, desde Guatemala, fue conducido por un grupo de profesores, de quienes resaltaré al profesor Carlos García Bauer, esto porque fue él quien presidió la elaboración del proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, así como juez *ad hoc* de la Corte Internacional de Justicia, entre otros muchos puestos de relevancia para el desarrollo del Derecho Internacional de Derechos Humanos a nivel de Naciones Unidas como Interamericano.

El impacto de esta participación y de este derecho internacional de derechos humanos puede ser evidenciado en la Constitución del año 1956 y 1965, que siendo de una posición propia de la Guerra Fría incluyen parte del movimiento académico internacional, esencialmente con la inclusión de dos conceptos propios de la coyuntura posterior a la Segunda Guerra: la *imprescriptibilidad* de delitos cometidos contra personas detenidas y la *extradición* por delitos contenidos en tratados internacionales ratificados por Guatemala.

En el caso de la imprescriptibilidad, es evidente la influencia de la discusión relacionada al derecho internacional humanitario con el tema de prisioneros de guerra como personas protegidas y, entre otros aspectos, la influencia de los tribunales de Nuremberg y Tokio respecto a la responsabilidad en crímenes de guerra. Toda esa discusión, desde el derecho de Nueva York, conllevó a la Convención sobre Imprescriptibilidad que dispone la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, incluyendo el genocidio. Mientras que, en el caso de la extradición conforme delitos contenidos en tratados internacionales, se abre la puerta al reconocimiento de la necesidad de juzgamiento de cualquier persona que haya cometido delitos ya contenidos en el derecho internacional, en razón, también, de las discusiones de los tribunales *ad hoc* señalados

³¹ García Bauer, Carlos, *op. cit.*, p. 28.

y, por tanto, de la tendencia internacional de no dejar impunes actos de agresión contra la paz internacional, los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio.

El derecho penal guatemalteco fue impregnado, también, con aquella visión internacional del derecho. En 1973 incluye en su derecho penal delitos como genocidio y deberes contra la humanidad; este último incluye acciones cometidas contra el derecho internacional humanitario (crímenes de guerra) y acciones contra población civil (lesa humanidad).

Puede afirmarse que los movimientos ilustrados del modelo originario del derecho guatemalteco, sumados en el campo del tiempo a procesos sociales, históricos y socioeconómicos, se suma una postura de observancia y respeto al proceso internacional de derechos humanos.

5. UN NUEVO PUNTO DE PARTIDA TRANSACCIONAL: LA CONSTITUCIÓN DE 1985

Nadie puede asegurar que los principios constitucionales del país permanezcan en vigor por largo tiempo. Generalmente las fuertes oposiciones a los regímenes de gobierno se basan en violaciones de uno o varios preceptos constitucionales. Cuando esa oposición triunfa, en ocasiones por medios violentos no tiene inconveniente en derogar totalmente la Constitución por procedimientos extra constitucionales. Así lo comprueba el número de constituciones que nos han regido o más bien que han estado en vigor desde la independencia.³²

En marzo de 1982 se llevó a cabo un golpe de Estado contra el presidente militar Lucas García y el 27 de abril de ese mismo año perdió vigencia la Constitución de 1965, entrando en vigor el Estatuto Fundamental de Gobierno emitido por la Junta Militar de Gobierno en Decreto Ley 24-82. De nueva cuenta, una constitución más perdía su vigencia y, al igual que en 1963, el derecho constitucional se encontraba en suspenso.

Para agosto de 1983 un nuevo golpe de Estado depone al militar Ríos Montt y coloca al militar Mejía Víctores, el Estatuto Fundamental de Gobierno sigue en vigencia y, este Gobierno, enfrenta el proceso de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente y las dinámicas del derecho internacional de derechos humanos, la globalización económica, así como la consolidación de un régimen de legalidad en el país.

5.1 La transacción constitucional

El profesor Villagrán Kramer expone una serie de puntos que deben ser analizados para entender la inestabilidad política e institucional. A mi criterio, es como tener una prueba o test de legitimidad para el retorno a la legalidad, lo cual será útil en el sentido de observar el desarrollo del derecho en Guatemala, así:

- la participación del pueblo en su adopción

³² Peralta Azurdía, Arturo, citado por Villagrán, F., *op. cit.*, p. 91.

- adecuación a principios universales y a la realidad
- el apropiado desarrollo de preceptos constitucionales
- controles constitucionales y políticos
- rigidez vs. flexibilidad constitucional

Al respecto, en el proceso de 1985 encontramos una transacción entre tres sectores de poder identificables: (1) los militares; (2) los grupos económicos de poder; y (3) los sectores políticos organizados; nunca podremos hablar de una participación del pueblo en la adopción de un nuevo régimen constitucional, al menos no en la de 1985. Asimismo, no puede afirmarse que exista el apropiado desarrollo de preceptos constitucionales, toda vez que la Constitución de 1985 convive hoy en día con el orden público legal de la década de 1960.

En países en los que la constitución tiene el carácter de norma fundamental, su posterior desarrollo en leyes, reglamentos y otros actos jurídicos juega un papel muy importante para asegurar la estabilidad política e institucional... Por ejemplo: en lo relativo a los derechos sociales en la Constitución de 1945 la adopción del código de trabajo, de la ley básica de seguridad social y algunos otros cuerpos legales tienen que admitirse que constituyó un paso positivo.³³

Dos elementos de la prueba del profesor Villagrán Kramer fueron entonces transados, quienes conformaron la constituyente fueron representantes de sectores de poder económico-militar que dominaban el arte de hacer constituciones, es decir, una constitución formal emitida (la que emiten y aprueban) con una constitución material desfazada (el orden público civil vigente anterior). Estos poderes cedieron ante dos elementos de los cinco enunciados: adecuación a los principios universales y de la realidad; y controles constitucionales y políticos; en otras palabras, una visión socioeconómica del derecho y derechos humanos.

Puede afirmarse que la legitimidad de la Constitución guatemalteca de 1985 no se construye a partir de la participación popular en su realización. Tampoco guarda legitimidad en cuanto a su sistema positivista de norma superior sobre normas orgánicas. Es legítima en cuanto ha permitido involucrar una legalidad radicada en derechos y libertades fundamentales, condiciones socioeconómicas de bien común, limitaciones y garantías frente al ejercicio del poder político.

Reconfiguremos entonces el modelo que debería ser del derecho guatemalteco con todo lo hasta ahora planteado:

- un derecho que limita el quehacer político y previene el despotismo
- el derecho constitucional proviene del derecho natural en cuanto a lo justo y equitativo
- el derecho civil radicado en función socioeconómica
- el derecho administrativo en función de la escuela histórica del derecho
- el derecho penal en función de los derechos humanos

³³ *idem.*

Sin embargo, conocemos que la academia guatemalteca del derecho poco ha internalizado esta nueva configuración y, por razones ya referidas, mantiene las ideas limitadas y el positivismo como único método de estudio.

6. DIALÉCTICA DE OPOSICIÓN A UN DEBATE JURÍDICO Y PLURALISMO DE VALORES: DERECHO DECOLONIAL Y POSITIVISMO

Señores representantes: la existencia del indígena, no solo en Guatemala sino en la América, es anterior a la nuestra; pero de la conquista para nuestros días, lo hemos tenido en realidad, por hacer una discriminación racial y luego envuelto en una trama del despotismo o, al menos, de imposición del llamado blanco o ladino, lo hemos tenido relegado y hemos llegado a tener un doble complejo y una doble forma de considerar la cuestión indígena. Uno de los complejos es creernos nosotros racialmente superiores.³⁴

Extraigo del texto citado y de la lectura de aquella ponencia del constituyente de 1945, David Vela, tres ideas principales: (1) las ideas de superioridad racial, configuradoras en un Estado excluyente, deben ser abandonadas por ideas de igualdad; (2) las condiciones de igualdad deben fundarse en la posibilidad del goce y ejercicio de derechos individuales y sociales de los pertenecientes a pueblos indígenas; y (3) la inclusión en la norma constitucional genera obligaciones estatales que crean un fuero protector de derechos.

Las ideas señaladas pueden resumirse en *igualdad, derechos y reconocimiento*, pero llegar a ello tiene implicaciones no solo jurídicas, sino también sociales y políticas. En este último campo la existencia de un Estado de privilegios (no de derechos) manejado desde una visión positivista crea tensiones en cuanto a reconocer derechos preexistentes de los pueblos indígenas, lo que termina en un reconocimiento multicultural del Estado, pero no en un reconocimiento intercultural y plurinacional.

Cuando se habla de preexistencia se deben observar tres dimensiones que la profesora Silvina Ramírez nos presenta:

la dimensión fáctica, simplemente estamos afirmando un hecho empírico largamente acreditado, los pueblos originarios fueron los primeros habitantes de nuestros países, y por ello son sujetos de un conjunto de derechos. La dimensión jurídica de la preexistencia es la justificación de la existencia de derechos, mientras que la dimensión política está asociada a la construcción de ciudadanía, una ciudadanía diferenciada que conjuga el estatus del habitante de un país determinado con la condición de miembro de un pueblo indígena.³⁵

La dimensión fáctica citada otorgaría legitimidad a los derechos preexistentes y la discusión pasa al positivismo de reconocimiento expreso de derechos o bien a la internalización cultural y social de

³⁴ Congreso de la República de Guatemala, *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1945*, Guatemala, edición facsimilar, Editorial Tipografía Nacional, 2006, tomo II, pp. 504-505.

³⁵ Ramírez, Silvina, *Matrix Constitucional, Estado Intercultural y Derechos de los Pueblos Indígenas*, Argentina, 2015, p. 30.

los sistemas normativos propios de cada pueblo. Así, es importante el Convenio 169 de la OIT que representa un cambio filosófico con dos postulados básicos: participación y consulta, que hoy se acompaña con la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es decir, desde el derecho internacional de derechos humanos la legalidad es un ámbito de internalización cultural y social, el reconocimiento de los sistemas normativos de los pueblos.

Asistimos entonces, en el siglo XXI, a la discusión sobre una ruptura de la matriz tradicional del estudio del derecho imperante en la académica latinoamericana. Un método descolonizado, esto es, una dialéctica que tiene su ámbito en lo ontológico; una dialéctica de oposición o negativa que la entendemos como «método que surge desde la negación de lo negado en la totalidad, y por ello su limitación estriba en tener en la misma totalidad la fuente de su movilidad crítica».

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala sentencia que el Congreso de la República debe emitir una legislación para la consulta y participación de los pueblos en la administración de explotación de sus bienes naturales. El positivista puro estará de acuerdo con que científicamente el derecho parte de la evidencia de la obligación, y esa evidencia será la obligación contenida en ley como hecho fáctico y comprobable. Sin embargo, en la dialéctica de oposición podemos descubrir que el Estado debe respetar los procesos de consulta y participación desde la afirmación de la exterioridad, esto es, hechos que no son meramente de naturaleza humana, sino hechos que son cultural e históricamente creados por pueblos y sistemas normativos preexistentes.

Este método es el que desmonta la matriz tradicional del estudio del derecho, hace inoperante la ley del organismo judicial que reconoce a la ley como única fuente de derecho y, desde la libertad de pueblos, como una realidad, el hecho o lo fáctico será un acontecimiento histórico, cultural y práctico. Entendiendo este plano de discusión, se evita un abordaje desde lo judicial para atender el derecho desde decisiones políticas, quiero decir, el derecho de los pueblos atendido por políticas estatales evitará que los jueces deban ser protagonistas. Mientras esto sucede las decisiones judiciales serán la arena del debate jurídico y pluralismo de valores.

Desde el proceso del derecho internacional, los Acuerdos de Paz, en las últimas tres reformas constitucionales propuestas sobre el sistema de justicia, en todas, se ha presentado como debate necesario el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas y, además, las puertas a un debate sobre su institucionalidad preexistente. No puede dejarse, por un lado, que la discusión guarda relación con la tierra y territorio, los cuales serán o diremos que son los elementos reivindicativos del reconocimiento, por tanto, del derecho.

La idea limitada sobre el abordaje de la problemática del derecho desde la visión clásica del siglo XIX, orden y progreso en lo político, positivismo en lo jurídico, conlleva evitar que el modelo de justicia tome medidas sociales previas a los conflictos históricos. Hace del actuar burocrático que el derecho estudie la situación desde el uso de derecho civil en sus conceptos de invasor y desalojo, del derecho penal como usurpador, y desde el orden político, como desordenados, justificando medidas policiales antes que de derecho.

6.1 Abatimiento de la desigualdad política: contexto de derecho sobre los pueblos indígenas

En los años 70 diversos movimientos antropológicos, acompañados de la descolonización de diversos pueblos de Asia y África, dieron como resultado la observancia que un sistema jurídico monista, positivista, era impreciso para la explicación normativa del mundo. Jacques Vanderlinden distinguió, entonces, tres aspectos fundamentales:

- (a) el cuestionamiento existente del derecho como fenómeno legislativo cuyo resultado es la norma; (b) la idea que todo ordenamiento jurídico tiene vocación totalitaria y esto lo diferencia de otros mecanismos reguladores, sin perder de vista que el derecho es un sistema regulador de la sociedad como tantos otros; (c) toda sociedad practica una multiplicidad de sistemas jurídicos. Con lo cual toda sociedad es plural en cuanto a sus normas, por lo que no puede haber espacio para el monismo estatal.³⁶

Con esto las tensiones que surgen son entre un derecho oficial estatal, propio de la concepción de Estados naciones, en relación con un derecho no oficial considerado de menor jerarquía o invisibilizado, es decir, una postura conflictiva. Sin embargo, Pablo Iannello, citando a Masaji Chiba³⁷ presenta que el derecho interno positivo se encuentra cada vez más determinado por la influencia del sistema de derecho transnacional, determinando un cupo para derechos no reconocidos expresamente en los órdenes jurídicos internos, lo que impone la necesidad de una visión armonizadora y de gestión. Esto puede ser explicado desde el artículo 44 y 46 de la Constitución guatemalteca vigente desde 1985.

Este estudio de derecho plural tiene un impacto de alta intensidad en el derecho constitucional, con lo cual se destacan tres posturas iniciales que la profesora Silvina Ramírez presenta y que sintetizó así: (1) el que rechaza abiertamente el reconocimiento del derecho de pueblos argumentando que el reconocimiento específico de derechos es contrario a la igualdad; (2) el neutral que admite pero no desarrolla una posición hermenéutica de interacción; y (3) el que admite para la búsqueda de igualdad e inclusión³⁸.

Sin embargo, a partir de estas tres posturas, Silvina Ramírez propone una cuarta «llamado constitucionalismo pluralista. Este constitucionalismo entiende que los derechos de los pueblos indígenas no solo se encuentran plenamente justificados, sino que generan transformaciones constitucionales profundas tanto en materia de derechos como en temas de organización y distribución del poder»³⁹.

³⁶ Iannello, Pablo. *Pluralismo Jurídico*, en Fabra, Jorge; Núñez, Álvaro (editores), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, vol. I, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 774.

³⁷ *ibidem*, p. 776.

³⁸ Ramírez, Silvina, *op. cit.*, pp. 144 y ss.

³⁹ *idem*.

En la propuesta de reforma constitucional contenida en la Iniciativa de Ley 4387 del Congreso de la República de Guatemala, en sus votos razonados de discusión el diputado Amílcar Pop expresaba: «Hoy se hace imprescriptible poner un orden en lo que ha evolucionado el derecho y la realidad sociopolítica del país en base a la construcción de la pluralidad, específicamente en base a la impostergable y necesaria forma de respetar los derechos de los pueblos indígenas como parte integral del Estado guatemalteco»⁴⁰.

Esto pone en discusión la construcción política y jurídica del ciudadano, entendida desde la posición dominante de quien hace el derecho, en relación con quienes practican derecho para atender y resolver sus quehaceres diarios. Es decir, desestimar la posición caudillista como tradición de un modelo limitativo del estudio del derecho, que defiende una visión monista de lo jurídico (positivista) para pasar a una distribución de poder jurídica formada por instituciones, normas, prácticas, identidades y valores que no se sedimentan en una sola forma de estudio.

Al campo de lo dicho, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007 expresa claramente la necesidad de un respeto a la libre determinación de cada pueblo, lo cual no debe entenderse como un rompimiento del Estado, sino la admisión de modelos de desarrollo diferenciados que, entre otros temas, tienen como puntos centrales el territorio y el manejo de los bienes naturales que existen en los mismos.

6.2 Abatimiento de la desigualdad política: mujeres

El derecho para las mujeres, históricamente, se ha construido desde la consideración de no ciudadanas, con lo cual quedan excluidas del quehacer político (visión sexista); también como sujetos sociales partícipes, pero no de la elaboración legislativa, con lo cual se construye una posición netamente desde los hombres (visión masculina); y desde un plano formal: la libertad, la dignidad y la igualdad pueden ser enarboladas como discursos, pero no se refleja en el plano material (visión participativa pero excluyente).

Las ideas de la Ilustración francesa, que con la participación de la mujer construyó documentos importantes como la Declaración de los derechos de la Mujer y de la Ciudadana de 1791, no fueron suficientes ya que terminó enterrando cualquier idea de que la mujer pudiera alegar participación ciudadana, propiedad y libertad absoluta. André Amar exponía en el ejercicio de su diputación «¿Cuál es el carácter propio de la mujer? Las costumbres y la naturaleza le han señalado sus funciones: educar a los hijos, preparar el espíritu y el corazón de sus hijos para las tareas públicas, elevar sus almas... Después del cuidado de las tareas de su casa, la mujer ha estado destinada a hacer amar la virtud entre los suyos. Es así como ellas sirven a la patria...». Con lo cual la mujer fue remitida a un papel de madre, esposa y familia lo cual se trasladó a las ideas de América y particularmente a las ideas civiles.

⁴⁰ Pop, Amílcar, *Voto Razonado*, dictamen de Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República de Guatemala, 2012.

Para el contexto latinoamericano, es importante señalar la celebración del primer congreso feminista en 1916, celebrado en Yucatán, México, a propósito de la revolución mexicana y las ideas sociales, en algunas conclusiones de dicho congreso se destaca:

la escuela primaria debe iniciar a la mujer en el aprendizaje de ocupaciones que hasta ahora han sido exclusivas del hombre; la educación de los hijos después de un divorcio podría quedar en manos de cualquiera de los padres cuando el divorcio fuera de carácter voluntario; las mujeres mayores de 21 años que sepan leer y escribir tendrán derecho a votar, pero no a ser votadas «aún» en las elecciones municipales. Respecto a los medios que deberán emplearse para liberar a la mujer del yugo de la tradición se postuló que la educación de la mujer sería eminentemente científica, esto último en alusión directa a la intromisión de la Iglesia en la educación vigente en aquellos tiempos.⁴¹

Aunque las mujeres ya venían realizando actividades académicas y teóricas, como las de México a finales del siglo XIX y principios del XX, es con la posibilidad del constitucionalismo y los derechos humanos que se permite un crecimiento exponencial para desmontar discursos instalados a partir de una dominación histórica.

El Estado de Guatemala interioriza la protección de la persona humana en condiciones de igualdad en dignidad y le dota de protección fundamental. Se obliga ante el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente ante la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios o prácticas consuetudinarias que constituyen violencia.

De igual forma ante la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará), a que la garantía de que las mujeres vivan libres de violencia incluye el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación, así como de violencia en lo público o privado.

Para alcanzar la deconstrucción y el cumplimiento de estas obligaciones, se deben dar cambios de patrones en el ámbito del derecho que requieren de una comprensión primaria, por la cual, siguiendo a la profesora Lucía Núñez⁴², quien cita a Carol Smart, implican admitir que el derecho es *sexista*, el derecho pone en desventaja a las mujeres, especialmente el derecho penal, que suele atender a estándares inapropiados o distintos, y que el derecho es *masculino*, esto aún en el plano de las normas que regulan la igualdad, pues sobreponen una igualdad universal radicada en el estándar del hombre.

⁴¹ Tuñón, Esperanza y Martínez, Juan, «La propuesta político-feminista de Hermila Galindo: Tensiones, oposiciones y estrategias», *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género en el Colegio de México*, México, 2017, <https://estudiosdegenero.colmex.mx/index.php/eg/article/view/143/97>

⁴² Núñez, Lucía, *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*, México, UNAM, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2018, pp. 16-20.

En un enfoque sociológico, el método de estudio del derecho que plantea Alda Facio, desde una perspectiva de género, identifica al fenómeno jurídico en tres componentes, ausentes aún en el ejercicio jurídico legislativo de Guatemala:

- El formal normativo (que es la ley formalmente promulgada y admitida como válida sin discusión);
- el componente estructural (validez que la sociedad le da a una norma, que quizá ya está derogada, pero pervive en las costumbres y prácticas sociales); y
- el componente político-cultural⁴³ (contenido que el operador le da a la ley escrita).

Desestructurar el estudio del derecho actualmente, en clave de género, bajo metodologías de interseccionalidad, se plantean también como retos del estudio del derecho en Guatemala, siguiendo líneas críticas y propositivas que rompan, como decían las mujeres en Yucatán, con la visión de familiaridad a la que han sido relegadas.

APUNTES FINALES

Desde una concepción liberal del derecho, este se presentó en Guatemala conforme a la época misma en la que se desarrollaba. Es una herencia de aquellas ideas ilustradas y liberales el que las constituciones guatemaltecas encuentren en sus textos el *habeas corpus* como una garantía de libertad; la separación de poderes como una forma de contener al poder; el establecimiento de un derecho civil con limitaciones sobre sus alcances, particularmente, en el ámbito de propiedad; la existencia clara de que el sistema burocrático del poder no era ilimitado, sino un ejercicio que, sobre los derechos de las personas, su ciudadanía y su libertad, debía encontrar límites efectivos. Sobre esa base, con la independencia los liberales promovían la constitución de una nueva república que tardó en llegar hasta la caída del Imperio mexicano de Iturbide y la redacción de la Constitución aprobada en 1824, en donde todas estas ideas quedaban plasmadas.

El punto quizá ilustrativo de querer hacer cambios, en el orden jurídico ordinario, llegó con los Códigos de Livingston que resignifican la relación entre ciudadano y poder sancionador.

El período conservador de 40 años, cuando Pedro Aycinena afirma no reconocer la división de poderes, establece a Rafael Carrera como el jefe supremo sin existir otro poder más que él, le hizo daño al derecho, pero también a los liberales, pues ya no encontramos aquellas ideas fundadas, sino, radicalizadas, de tal forma que su triunfo en 1871 «no organizó una democracia con amplia participación popular, sino un régimen censitario cuidadosamente elitista, que devino en un paternalismo autoritario —aunque reformista— que encontró en el positivismo kantiano, el instrumento teórico para justificar la nueva era»⁴⁴.

⁴³ Facio, Alda, *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, Costa Rica, Ilanud, 1992, p. 65.

⁴⁴ García Laguardia, Jorge, *op. cit.*, p. 19.

Se instaló en el estudio del derecho una escuela exegética, basada en el estudio y exposición de textos legales, lo que ha convertido a la escuela jurídica en profesores de leyes y no de derecho. La tarea de los juristas se concentró en los comentarios de códigos como una evolución del derecho. Este sistema estableció que el iusnaturalismo y la posibilidad de una escuela histórica del derecho serán cuestiones meramente metafísicas, con lo que limitó el estudio y su aproximación.

A pesar de ello, a finales del siglo XIX e inicios del XX, ese progresismo limitado que impulsaban los liberales permitió de alguna manera investigaciones jurídicas sobre ideas más bien sociales que, apegadas más a una escuela histórica, dieron cuenta de un proceso que a nivel mundial se conoce como constitucionalismo social y, en Guatemala, se presentan en lo político con la fallida reforma de 1921. La pronta retoma liberal en diciembre de ese mismo año y hasta 1944, cuando la Revolución de Octubre, cerraron cualquier intento de academia jurídica nacional por fuera del positivismo, aunque las ideas sociales estaban presentes y, con ellas, las ideas ya de un internacionalismo y pluralismo.

Kelsen y Maynez se constituyeron, para el estudio académico jurídico, los orientadores de un positivismo de mediados del siglo XX, quizá Recaséns Siches trató de distanciarse en algún punto de ese positivismo jurídico desde teorías generales, pero no lo abandonó.

La revolución de 1944, sin embargo, instaló en algunos pensadores y académicos, la posibilidad de dos corrientes de estudio: la socioeconómica y la internacionalista, que a pesar de ser reprimida con la contrarrevolución logró subsistir con el surgimiento de juristas que podían ser comparados, en su movimiento, con aquellos de finales del siglo XVIII. Las ideas desarrollistas e internacionalistas casaron, muy bien, con las ideas sociales y de un iusnaturalismo contemporáneo, viene en cuenta la creación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Carlos, el cual fue reprimido por las distintas prácticas políticas de la época.

Toda esta construcción académica sobrevivió. Se enfrentó al proceso político transaccional de una nueva constitución en 1985, con lo cual conviven el positivismo, la escuela histórico-social, el iusnaturalismo, el derecho socioeconómico desarrollista y, además, el ahora llamado constitucionalismo pluralista, que instala, desde las necesidades de personas invisibilizadas políticamente, movimientos reivindicativos y de reconocimiento. A fuerza de una obsoleta ley, como la Ley del Organismo Judicial de 1989, reformada varias veces ya, se impone que la única fuente del derecho es la ley, condicionando nuevamente la instalación de la escuela exegética y, como se dijo al inicio de este documento, a un modelo de estudio en donde el alumno es un objeto que se rellena de contenido.

REFERENCIAS

- Congreso de la República de Guatemala. *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1945*. Guatemala. Edición Facsimilar. Editorial Tipografía Nacional, 2006. Tomo II.
- Dary, Claudia. *El derecho internacional humanitario y el orden jurídico maya*. Guatemala. Facultad Latinoamericana de Estudios Sociales y Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998.
- Esquirol, Jorge. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2014.
- Facio, Alda. *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. Costa Rica. Ilanud, 1992.
- García Bauer, Carlos. *Los derechos humanos preocupación universal*. Guatemala. Editorial Universitaria, 1960.
- García, Laguardia, Jorge. *Constituciones Iberoamericanas, Guatemala*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006.
- _____. *Orígenes y viacrucis del Primer Proyecto Constitucional y de la Primera Declaración de Derechos del Hombre en Centroamérica*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- Guzmán, Carlos. *Colonialismo y revolución*. Guatemala. Editorial Catafixia, 2019.
- Iannello, Pablo. *Pluralismo Jurídico*. En Fabra, Jorge; Núñez, Álvaro (editores). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. México. Vol. I. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales (IIJS) y Centro de Información Jurídica (Cijur). *Catálogo de tesis de graduación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala 1841-1994*. Guatemala. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1995.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales (IIJS). *Boletín informativo*. Guatemala. Universidad de San Carlos de Guatemala, 2014.
- Martínez, Severo. *Motines de Indios: la violencia colonial en Centroamérica y Chiapas*. Guatemala. F&G Editores, 2011.
- Morales, Félix. *De Bellagio a Pavía. Auge y crisis del positivismo jurídico italiano*. En Grández, Pedro; Morales, Félix (editores). *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Perú. Editorial Palestra, 2017.
- Morales, María. *Constitucionalismo en Guatemala: patrimonialismo y corporativismo*. En Villagrán, Arturo (coordinador). *El constitucionalismo guatemalteco frente a lo global: estudios de una nueva generación de voces*. Guatemala. Universidad Rafael Landívar. Editorial Cara Parens, 2020.
- Muñoz, Luján. *Del derecho colonial al derecho nacional: el caso Guatemala*. En González, Luis. (coordinador).

- Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. España. Academia Puertorriqueña de Historia, 2003.
- Núñez, Lucía. *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*. México. UNAM, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2018.
- Ots, José. *Bases jurídicas de la colonización española en América*. En Medrano, Edgar; González, Edna. *Antología: Historia de la cultura de Guatemala*. Guatemala. Editorial Orión, 2011.
- Pop, Amílcar. *Voto Razonado*. Dictamen de Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República de Guatemala. Guatemala, 2012.
- Ramírez, Silvina. *Matriz Constitucional, Estado Intercultural y Derechos de los Pueblos Indígenas*. Argentina, 2015.
- Rodríguez, José María. *Rudolf von Ihering*. En *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid, núm. 4, 1987.
- Tuñón, Esperanza; Martínez, Juan. «La propuesta político-feminista de Hermila Galindo: Tensiones, oposiciones y estrategias». *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género en el Colegio de México*. México, 2017.
- Villagrán Kramer, Francisco. *Estudio de Ciencia Política y otros ensayos*. Guatemala. Serviprensa Centroamericana, 1979.
- Villagrán, F.; Colom, M.; Mijangos, A. *Bases para el desarrollo económico y social de Guatemala. Comisión de planificación de unidad revolucionaria democrática*. México, 1966.
- Villegas, René. *Temas de Introducción al Estudio del Derecho y de la Teoría General del Derecho*. Guatemala. Esger. 6.^a edición, 2020.

PARTE II

REVISITANDO LA TEORÍA DE LAS FUENTES EN UN MUNDO GLOBALIZADO Y EN INTERACCIÓN

FUENTES Y HERMENÉUTICA DEL DERECHO GUATEMALTECO

Juan Pablo Gramajo Castro¹

Guatemala atraviesa una lucha política que empieza a traducirse en un debate teórico. En parte la oposición *positivismo-neoconstitucionalismo* —más propia de la tradición europea continental— se equipara con la norteamericana *originalismo-constitucionalismo viviente*. Ese debate apenas inicia, surgido en contextos recientes de confrontación cuya urgencia (y acaso el interés de actores) ha ocultado matices importantes y pendientes de ser explorados. Aunque el tribunal constitucional ha reflejado influencia de algunos debates metodológicos y opción por posturas nacidas de ellos, está lejos de mostrar perfiles claros, coherentes y predecibles al respecto².

Según López Medina, en el siglo XIX la exégesis francesa y el conceptualismo alemán se fusionaron en un formalismo clásico latinoamericano, revitalizado al receptarse el pensamiento de Kelsen. En la actualidad persisten teorías positivistas junto a un antiformalismo surgido de la mezcla entre autores como Hart y Dworkin, la recepción de la teoría anglosajona y otras tradiciones, el constitucionalismo y los derechos humanos³.

Durante mucho tiempo se pensó que la decisión judicial o administrativa es un silogismo en que la norma general es premisa mayor; los hechos del caso, premisa menor; y el fallo, la conclusión. Hoy se estima errónea esa visión mecánica, pues la decisión aporta calificaciones y determinaciones no contenidas en la norma general. El juez determina qué norma es aplicable, constata los hechos y los califica jurídicamente, no de modo sucesivo sino simultáneo. Esto conlleva cierta dimensión creadora en la función judicial, no ceñida a una aplicación meramente deductiva de la lógica tradicional⁴. La visión tradicional de aplicación, interpretación e integración como tres escalones diferenciados es hoy insostenible. Puede haber algo de todas en el acto mental indiviso del juzgador.

La Ley del Organismo Judicial (LOJ) establece normas sobre fuentes y hermenéutica del derecho guatemalteco. Su estudio revela la influencia de diversas corrientes filosóficas y metodológicas, haciendo necesaria una teoría adecuada para su manejo práctico. La diversidad de influencias sobre el derecho y la formación jurídica, a lo largo de décadas, ha producido modos distintos de

¹ Abogado y notario, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y maestrando en Historia por la Universidad Francisco Marroquín (UFM), máster en Propiedad Intelectual y doctorando en Derecho por la Universidad de San Carlos. Catedrático titular de Filosofía del Derecho, Teoría de la Justicia y Análisis Económico del Derecho en la UFM. Agradece al Dr. Arturo Villagrán sus valiosas observaciones y sugerencias para este trabajo.

² cfr. Gramajo Castro, Juan Pablo, «¿Cómo se interpreta la Constitución? Originalismo, neoconstitucionalismo y la vía guatemalteca», *Plaza Pública*, 17 de enero de 2021, <https://bit.ly/3rYloHF>; «¿Originalismo es conservadurismo y constitución viviente, activismo judicial? No tan rápido», *Plaza Pública*, 19 de enero de 2021, <https://bit.ly/3dXA0S7>.

³ cfr. López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho*, Colombia, Legis, 2013, pp. 116-126.

⁴ cfr. Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, 16.ª edición, México, Porrúa, 2009, p. 195-204.

aproximarse al derecho traducidos en diferentes enfoques de interpretación. Estas divergencias pueden coincidir con orientaciones de ideología política y cambios generacionales⁵.

En el debate público local, la promoción del originalismo y crítica al constitucionalismo viviente, neoconstitucionalismo y postconstitucionalismo, tienden a venir de abogados mayores cercanos a posturas conservadoras o empresariales, invocando mayor deferencia del tribunal constitucional frente a los órganos políticos y la justicia ordinaria, y enfatizando el valor certeza jurídica. La crítica del originalismo y textualismo, la admisión de la lectura moral de la Constitución y de interpretaciones optimizadoras de principios constitucionales más allá del texto, tienden a ser defendidas por abogados más jóvenes y autores cercanos a posturas en defensa de derechos humanos, progresistas o movimientos de sociedad civil⁶.

Estos trazos generales, sin duda, admiten matices y excepciones si se investiga más detenidamente. Hay temas en que las correlaciones son distintas o más complejas⁷. No interesa petrificar narrativas simplistas, sino dar una muestra —pequeña pero ilustrativa— sobre cómo estos temas se manejan en el debate público con trascendencia nacional. Ello evidencia el valor de comprender las teorías en discusión, sus procesos y formas locales de recepción y adaptación.

Este capítulo hace una propuesta explicativa a grandes rasgos del desarrollo político y teórico-jurídico reflejado en la LOJ, sus influencias, temas o problemas que exigen profundización. Examina sus Preceptos Fundamentales valiéndose en lo posible de jurisprudencia de las altas cortes del país, para reflejar el estado actual del derecho nacional.

Se critica la falta de metodologías conscientes para la práctica jurídica local, consecuencia de poca profundización en los procesos históricos e intelectuales que originaron su regulación y ejercicio. Ofreciendo una visión básica de estos temas, se pretende aportar a futuras investigaciones que desarrollen esta área fundamental del derecho guatemalteco.

1. DEBATE SOBRE FUENTES Y HERMENÉUTICA EN GUATEMALA

Comprender este debate requiere evocar que la formación del Estado moderno lleva consigo una *monopolización de la producción jurídica por parte del Estado*, directamente mediante la ley o

⁵ cfr. Balkin, Jack, *The cycles of constitutional time*, Nueva York, Oxford, 2020, pp. 97-111, quien lo describe para el caso estadounidense, señalando que también responde a cambios cíclicos de predominio político.

⁶ cfr. Fuentes Destarac, Mario, «Interpretación de la Constitución», *elPeriódico*, 11 de febrero de 2019, <https://bit.ly/2PZcdJt>; Fuentes Destarac, Mario, «Octava magistratura de la CC», *elPeriódico*, 19 de abril de 2021, <https://bit.ly/3b9OAVW>; González, Luis, «Resoluciones de la actual CC causaron inseguridad jurídica y daños irreparables en la economía», *República*, 28 de febrero de 2021, <https://bit.ly/3eqDYUp>; Mutz, Viviana, «Agravios de la CC continuarán con teorías ajenas a la Carta Mana, según expertos», *República*, 15 de enero de 2021, <https://bit.ly/2RAa3jX>; Samayoa, Oswaldo, «Orden jurídico con Constitución», *Plaza Pública*, 13 de julio de 2020, <https://bit.ly/3nVGI4V>; Movimiento Pro Justicia, *El tránsito del CSU-USAC del secretismo a la publicidad en la designación de magistrados*, 29 de abril de 2021, <https://bit.ly/3ttMYwg>; Rodríguez Martínez, Jorge Mario, «La lectura moral de la Constitución», *elPeriódico*, 31 de agosto de 2017, <https://bit.ly/3nWxO1s>.

⁷ cfr. Corte Suprema de Justicia, Expedientes Acumulados 1372/1373-2015, sentencia del 21 de agosto de 2015.

indirectamente mediante el control y reconocimiento de la costumbre y otras fuentes. Regular las fuentes y hermenéutica pretendía reforzar esta monopolización, reduciendo al juez a mero aplicador subordinado del legislador, quien se reservaba la potestad creadora. Esto fue un giro respecto de la tradición histórica occidental, en que el pluralismo de fuentes jurídicas había sido lo ordinario desde la antigua Grecia y Roma y en la sociedad europea medieval, viendo el derecho como fenómeno social y no producto del Estado⁸.

Recordar que estas regulaciones se basan en determinadas concepciones filosóficas permite entender sus tensiones o conflictos al entrar en contacto con otras orientaciones: «La hermenéutica del derecho (...) ofrece los rasgos de una doctrina filosófica del derecho»⁹.

La codificación moderna más influyente es la francesa o napoleónica. En general, la idea de codificar nace de la concepción racionalista de legislación universal —válida para todo tiempo y lugar— con sencillez y unidad: la complejidad del derecho histórico sería una corrupción de la naturaleza¹⁰. Cobra fuerza el rechazo a la costumbre y el afán de ordenar racionalmente la sociedad¹¹.

Los intérpretes del código napoleónico originan la escuela de la exégesis, en parte por la presión política del régimen para enseñar solamente el nuevo derecho positivo. Su rígido estatalismo y culto al texto no son negación genérica del derecho natural, sino de cualquier otra fuente distinta de la legislación¹². Desde el siglo XIX se trasplantaron a Latinoamérica las reglas de interpretación de la exégesis, aunque entendidas como positivización de la hermenéutica pandectística alemana. De ahí se adaptaron los métodos gramatical, lógico, histórico, sistemático y teleológico¹³.

En la Guatemala colonial regía el derecho español que consideraba el derecho divino (natural y positivo) y humano (canónico y civil). El civil se subdividía en escrito (ley) y no escrito (costumbres, incluyendo las de los pueblos indígenas si eran razonables y no opuestas a la religión)¹⁴. Napoleón y su Código fueron modelos para los libertadores y caudillos iberoamericanos. En Guatemala hay antecedentes e intentos de codificación desde 1813, pero es hasta con la reforma liberal que se

⁸ cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 44-47.

⁹ Osuna Fernández-Largo, Antonio, citado en Hernández Manríquez, Javier, *op. cit.*, p. 45.

¹⁰ cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 79-81.

¹¹ Hayek critica el positivismo señalando que darle prioridad a la legislación deliberadamente diseñada parte de la creencia errónea que sólo esta tiene carácter racional, despreciando la costumbre, tradición e historia como formas menos perfectas de producción normativa. Sin embargo, no se opone a que el legislador —como jefe de la organización con monopolio de aplicación legal en un sistema desarrollado— dé instrucciones a los tribunales sobre cómo averiguar o descubrir el derecho, sin que el legislador necesariamente determine su contenido sustancial (cfr. Hayek, Friedrich A., *Derecho, legislación y libertad*, traducción de Luis Reig Albiol, Madrid, Unión Editorial, 2006, pp. 27-30, 99, 240-244).

¹² cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 92-103.

¹³ cfr. López Medina, Diego, *op. cit.*, pp. 188-204.

¹⁴ cfr. Álvarez, José María, *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*, México, UNAM, 2016, tomo I, p. 46-63, <https://bit.ly/31S26s4>; Gramajo Castro, Juan Pablo, «Pluralismo jurídico en Guatemala: reflexiones desde Mises y Hayek», *Revista de Investigación en Humanidades UFM*, vol. 2, 2017, pp. 89-90, <https://bit.ly/3fL28tU>.

promulgan códigos exitosamente (1877)¹⁵, incluyendo normas sobre fuentes y hermenéutica en el Código Civil. El proyecto reformador se inspiró en la filosofía positivista para imponer unidad en pro de sus ideales, con los códigos como instrumento¹⁶, adoptando el monismo jurídico como ideología de eficiencia estatal y contra los espacios de autonomía indígena que los regímenes colonial y conservador habían permitido¹⁷.

En la década de 1880 se publicaron las *Instituciones de derecho civil patrio*, encargadas por el presidente Barrios al abogado y filósofo Fernando Cruz como una especie de comentario oficial al Código. Su contenido refleja influencia del positivismo filosófico y la escuela exegética¹⁸. Adopta una definición formalista de ley excluyendo la costumbre y jurisprudencia, aunque admite el valor didáctico de esta última¹⁹. Para Cruz, la interpretación se dirige a la intención del legislador, y solo admite como obligatoria la interpretación auténtica, rechazando la usual y la doctrinal, aunque acepta el recurso a principios racionales y reglas de la lógica para interpretar e integrar²⁰. Valorativamente resalta la certeza sobre la justicia: «Cuando la ley es clara, por dura que sea, por contraria que aparezca a la equidad, no puede prescindirse de ella, porque (...) vale más someterse a una regla escrita, cierta y conocida que hacer prevalecer la arbitrariedad»²¹.

La obra de Cruz fue parte de la formación jurídica guatemalteca durante muchos años. Partes del Código de 1877 estuvieron vigentes hasta 1964, y el comentario de Cruz sigue siendo referencia útil dada la continuidad de algunas disposiciones en el Código actual²². Pero poco se ha estudiado la influencia de su visión formalista, positivista y exegética sobre la cultura jurídica nacional que, en alguna medida, persiste hasta hoy.

Aproximándonos en amplios trazos al desarrollo teórico local podemos observar que, para 1932, Buenaventura Echeverría proponía una definición de ley alejada del formalismo positivista. La ley se basa en las costumbres que se juzgan buenas o malas, útiles o perjudiciales, según las aspiraciones sociales y la opinión pública. Refleja el carácter, mentalidad y moralidad de la época y sociedad en que surge, requiriendo un estudio psicológico y filosófico de la sociedad y los hechos²³.

¹⁵ cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 90-92, 187-191.

¹⁶ cfr. Torres Valenzuela, Armantina Artemis, *Historia del pensamiento positivista en Guatemala (1870-1900)*, Guatemala, tesis doctoral, Universidad Rafael Landívar, 2009, pp. 253-255, <https://bit.ly/30RXula>; García Laguardia, Jorge Mario, *La reforma liberal en Guatemala*, Guatemala, 3.ª edición, Tipografía Nacional, 2011, pp. 309-313.

¹⁷ cfr. Vásquez Monterroso, Diego, «Heterarquía, comunidad y autoridad», *Revista Voces*, 2.ª época, año 11, núm. 11, 2017, pp. 143-147, <https://bit.ly/2RgK4xK>.

¹⁸ cfr. Torres Valenzuela, Armantina Artemis, *op. cit.*, pp. 164, 243-247.

¹⁹ cfr. Cruz, Fernando, *Instituciones de derecho civil patrio*, Guatemala, Tipografía El Progreso, 1882, tomo 1, pp. 17-20, <https://bit.ly/3sXBJNg>.

²⁰ cfr. *ibidem*, pp. 52-54, 60.

²¹ *ibidem*, p. 56.

²² cfr. Villegas Lara, René Arturo, *Derecho civil de las obligaciones y de los contratos*, Guatemala, Editorial Universitaria, 2015, p. 382.

²³ cfr. Echeverría, Buenaventura, *Derecho constitucional guatemalteco*, Guatemala, Tipografía Nacional, 1944, pp. 37-38.

En 1950 Kestler Farnés analizaba críticamente varios autores contemporáneos, concluyendo que un sistema jurídico debía satisfacer una exigencia mínima de justicia reconociendo la dignidad humana como valor supremo. Su carácter normativo depende del reconocimiento de valores jurídicos objetivos por parte de quienes ejercen el poder²⁴.

Gutiérrez y Chacón, cuya primera edición data de 1990, acogen la teoría tridimensional del derecho: lo jurídico como norma, hecho y valor²⁵. Para Gutiérrez Dávila, la actual Constitución guatemalteca contiene características, principios y valores del neoconstitucionalismo, cuyo rasgo fundamental como modelo de interpretación constitucional es la crítica al positivismo jurídico²⁶. También la CSJ ha señalado la influencia del neoconstitucionalismo sobre la Constitución²⁷. La propuesta de reforma constitucional de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (Cicig) se refirió a la Constitución como parte del nuevo constitucionalismo pluralista, que supone un cambio de identidad en el Estado-nación al reconocerse como multiétnico y pluricultural²⁸. La CC ha caracterizado la regulación constitucional de estos aspectos como parte de la aspiración a una democracia participativa²⁹.

Hoy es imprescindible discutir la problemática entre nacionalidad y Estado moderno. Ludwig von Mises, desde su experiencia, consideraba las doctrinas tradicionales sobre Estado moderno, liberalismo y democracia como insuficientes en poblaciones que incluyen varias naciones o comunidades lingüísticas y grupos con intereses particulares opuestos al bien común. Aunque afirma que sólo la democracia —cuya esencia es la autodeterminación— y el liberalismo pueden minimizar el conflicto, considera aquella insuficiente en poblaciones mixtas pues el principio mayoritario no garantiza que la formación de leyes y el Gobierno sean participativos, y la representación proporcional como correctivo aplica a elecciones pero no a decisiones legislativas, administrativas y judiciales³⁰. Los planteamientos actuales del pluralismo jurídico abordan estos problemas, cuya solución práctica siempre es compleja.

La monopolización jurídica a que obedece la positivización de normas sobre fuentes y hermenéutica pretende también monopolizar el poder. En Guatemala fue instrumento de la ideología y propósitos de la reforma liberal. El liberalismo se manifestó, paradójicamente, a la vez autoritario, viendo el uso fuerte del poder estatal como medio para alcanzar una rápida modernización en todo ámbito.

²⁴ cfr. Kestler Farnés, Maximiliano, *Introducción a la teoría constitucional guatemalteca*, Guatemala, Sánchez & De Guise, 1950, p. 194.

²⁵ cfr. Gutiérrez de Colmenares, Carmen María y Chacón de Machado, Josefina, *op. cit.*, pp. 5-11.

²⁶ cfr. Gutiérrez Dávila, Alejandro José, *El neoconstitucionalismo como paradigma epistemológico*, Guatemala, tesis doctoral, Universidad de San Carlos, 2017, pp. 129-131, <https://bit.ly/3uuhEPe>.

²⁷ cfr. CSJ, Expediente 492-2019, sentencia del 12 de junio de 2019; Expediente 816-2019, sentencia del 27 de mayo de 2020; Expediente 3187-2017, sentencia del 12 de diciembre de 2018.

²⁸ cfr. Cicig, *Exposición de motivos, Reforma constitucional en materia de justicia*, Guatemala, s/e, 2016, p. 26, <https://bit.ly/39JBZYP>.

²⁹ cfr. CC, Expediente 2066-2019, sentencia del 22 de abril de 2020; Expediente 4044-2018, sentencia del 22 de mayo 2019; Expediente 1467-2014, sentencia del 10 de marzo 2016.

³⁰ cfr. Mises, Ludwig von, *Nation, State and Economy*, traducción de Leland Yeager, Alabama, Mises Institute, 2000, pp. 70-83, 106, 116, <https://bit.ly/3t1hH4x>; Gramajo Castro, Juan Pablo, *Pluralismo jurídico...*, *op. cit.*, pp. 92-94.

La legislación como única fuente jurídica y el énfasis hermenéutico sobre la intención del legislador refuerzan y hacen eficaz esa autoridad.

Desde los avatares históricos de la Constitución de Cádiz, Latinoamérica heredó la idea de los cambios jurídicos como legitimaciones y refuerzos de cambios políticos³¹. Esto es claro con la reforma liberal, pero también en todos los cambios constitucionales del siglo XX y en otras materias jurídicas. Por ejemplo, un episodio muy conocido de la década revolucionaria es la destitución por el Congreso del presidente y algunos magistrados de la CSJ, por haber admitido a trámite un amparo contra un acto en aplicación de la Ley de Reforma Agraria. La jurisdicción laboral dedicó un ejemplar de la *Gaceta*³² a defender y aplaudir la destitución (incluyendo argumentos jurídicos) y publicar muestras de apoyo al Gobierno y a la reforma agraria, mientras otros sectores lo vieron como un rompimiento constitucional que dio paso a una dictadura³³. Esto es otro ejemplo local interesante de cómo el derecho y su interpretación son también campos y vehículos de disputa política y social (también filosófica y científica), no un monumento de valores objetivos e indiscutibles plasmados por el legislador racional y sabio. Sucesos más recientes de la actualidad nacional sin duda lo confirman.

Las diferentes ideas de ley y derecho, antes referidas, muestran que al menos hacia finales del primer tercio del siglo XX ya se cuestionaba en el país el modelo formalista decimonónico. Las diferentes apreciaciones sobre la Constitución (incluyendo por parte de las altas cortes nacionales) indican que la época de apertura democrática ha supuesto asimismo una apertura hacia nuevos entendimientos de lo jurídico, sobresaliendo el neoconstitucionalismo y el pluralismo.

Esto se debe al decidido énfasis sobre los derechos humanos que adoptó la Constitución de 1985, para superar un pasado inmediato autoritario y violento y mejorar la reputación internacional del país. Así Guatemala abrazó tendencias del derecho internacional y del pensamiento de derechos humanos nacidas desde la segunda posguerra mundial, fortalecidas y ampliadas por las luchas anticolonialistas y las resistencias contra totalitarismos de ambos extremos ideológicos³⁴. Aunque las bases filosóficas de los derechos humanos pueden ser diversas y hasta contradictorias —la misma historia de su positivización refleja la pugna ideológica de la Guerra Fría—, comparten la convicción de atributos inherentes a la dignidad humana inviolables por el Estado³⁵. En ese sentido son posturas antipositivistas y antiestatalistas, en las antípodas de la visión decimonónica.

³¹ cfr. Mirow, M. C., *Latin American Constitutions: The Constitution of Cádiz and its Legacy in Spanish America*, New York, Cambridge University Press, 2015, pp. 270-274.

³² cfr. Magistratura de Coordinación de la Jurisdicción de Trabajo y Previsión Social, *Gaceta de Trabajo*, Guatemala, 2.^a época, vol. 3, mayo a diciembre de 1953, Editorial del Ministerio de Educación Pública, <https://bit.ly/3dLDXZE>

³³ cfr. Sabino, Carlos, *Guatemala, la historia silenciada (1944-1989): tomo I, Revolución y Liberación*, Guatemala, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 189-190.

³⁴ cfr. Moyn, Samuel, *The Last Utopia*, Massachusetts, Harvard University Press, 2010.

³⁵ cfr. Nikken, Pedro, «La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 52, julio-diciembre de 2010, pp. 65 y 83, <https://bit.ly/3cZrliB>

2. ANTECEDENTES

La LOJ —específicamente sus Preceptos Fundamentales— reviste tal importancia que ha sido llamada «Ley introductoria al ordenamiento jurídico del país»³⁶, aplicable no solo a la actividad judicial sino a toda la vida jurídica. Los Preceptos Fundamentales se remontan al Código Civil de 1877 que, siguiendo la práctica de la época de incorporar normas sobre interpretación legal, estableció reglas para reemplazar las dispersas en la normativa española³⁷.

El nuevo Libro I del Código Civil (1926) incluyó un Título Preliminar que dio forma más completa a reglas sobre promulgación, efecto, aplicación, interpretación y derogación de la ley. En 1936 reciben su nombre de Preceptos Fundamentales como capítulo especial de la Ley Constitutiva del Poder Judicial (Decreto 1862). El Decreto 1762 (Ley del Organismo Judicial, 1968) contiene normas equivalentes tituladas «Principios generales».

La actual LOJ (Decreto 2-89) surge del mandato del artículo 10 transitorio de la Constitución de 1985, que ordenó a la Corte Suprema de Justicia (CSJ) presentar iniciativa de «ley de integración del Organismo Judicial». Su finalidad esencial fue armonizar con la nueva constitución, incluyendo su filosofía y novedades generales, dando una perspectiva más dinámica, moderna y flexible al derecho nacional³⁸.

La LOJ presenta, metafóricamente, tres principales capas con sedimentos de distintas posturas filosóficas y metodológicas: Sobre una capa original de formalismo positivista se agregó otra que, dentro de cánones positivistas atenuados, se abrió hacia roles secundarios de la jurisprudencia y la costumbre, la equidad interpretativa y los principios generales del derecho. Después, mediante la supremacía constitucional, la prevalencia del derecho internacional de derechos humanos y la interpretación conforme, se añade una capa ajena al positivismo formalista, nacida de corrientes antipositivistas del siglo XX y desde ellas entendida.

³⁶ Vásquez Martínez, Edmundo, Palabras Iniciales, en: CSJ, *Proyecto de Ley del Organismo Judicial*, Guatemala, Ediciones del Organismo Judicial, 1987, p. s/n.

³⁷ cfr. Congreso de la República de Guatemala, *Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene la Ley del Organismo Judicial*, 29 de junio de 1988, registro 093, folio 3.

³⁸ cfr. CC, Expediente 5477-2019, sentencia del 8 de octubre de 2019; Gramajo Castro, Juan Pablo, *La técnica jurídica del derecho romano clásico y su perenne actualidad*, Guatemala, tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Francisco Marroquín, 2008, pp. 612-617, <https://bit.ly/3kCgqOc>

3. FUENTES

Son fuentes del derecho «los hechos o los actos a los que un determinado ordenamiento jurídico atribuye idoneidad o capacidad para la producción de normas jurídicas»³⁹. Esto es un punto fundamental del positivismo jurídico⁴⁰, vinculado a la primacía que la legislación adquirió sobre otras fuentes al formarse el Estado moderno⁴¹.

La función que hoy cumple el artículo 2 de la LOJ correspondía al 17 del Código de 1877: «Los Jueces no pueden dejar de aplicar las leyes, ni juzgar sino por lo dispuesto en ellas»⁴². El sistema de fuentes actual es más amplio.

3.1 Ley

La ley es la principal fuente del ordenamiento jurídico (artículo 2, LOJ) y contra su observancia no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario (artículo 3). La legalidad tiene límites en las normas que ordenan o prohíben conductas, cuya observancia se refuerza mediante la figura del fraude de ley (artículo 4). La LOJ, conformándose a la Constitución de 1985 y su espíritu, explicitó la supremacía constitucional y la jerarquía normativa (artículo 9).

El artículo 2 refleja influencia del positivismo jurídico, basado en la prioridad de la ley ordinaria sobre las demás fuentes en un ordenamiento complejo y jerárquicamente estructurado. El positivismo prioriza la ley considerándola expresión directa del poder estatal. Subordina a ella las demás fuentes mediante el *reconocimiento* o *recepción* de hechos sociales previos o independientes (como la costumbre), o por *delegación* a otros órganos del poder limitado de establecer normas (como los reglamentos). El positivismo puede admitir varias fuentes subordinadas, pero sostiene que sólo la ley ordinaria puede calificarlas como jurídicas⁴³.

La ley puede entenderse en dos sentidos: (1) material: norma jurídica general que regula relaciones sociales. Esta noción es independiente del órgano que la dicte, comprendiendo tanto los decretos del Congreso como reglamentos administrativos, ordenanzas municipales, y demás disposiciones generales⁴⁴ y (2) formal o estricto: atendiendo al órgano emisor de la norma, se limita a esta como producto de la potestad legislativa del Congreso (ley ordinaria)⁴⁵.

³⁹ Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1993, p. 169.

⁴⁰ El positivismo puede entenderse en tres sentidos: como teoría o como ideología del derecho y como método para su estudio. En tanto teoría, postula tesis sobre la definición del derecho, sus fuentes, la norma, el ordenamiento y el método para interpretarlo. Sus postulados sobre fuentes y metodología interpretativa han influido sobre los Preceptos Fundamentales de la LOJ. cfr. Bobbio, *op. cit.*, pp. 141-143.

⁴¹ cfr. *idem*.

⁴² cfr. Gramajo Castro, Juan Pablo, *op. cit.*, p. 628.

⁴³ cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 170-173.

⁴⁴ cfr. CC, Expediente 1806-2014, sentencia del 17 de noviembre de 2015; Expediente 2567-2017, sentencia del 10 de marzo de 2020.

⁴⁵ cfr. CC, Expediente 1031-2000, sentencia del 3 de abril de 2001; Expediente 1806-2014, sentencia del 17 de

Para ser norma en sentido material, una disposición debe reunir: (1) *generalidad subjetiva* o *impersonalidad*, dirigida a una multitud determinada o determinable de destinatarios, común a un conjunto de individuos; (2) *generalidad objetiva*, referida a un número indeterminado de hechos y relaciones, no situaciones particularmente consideradas; (3) *abstracción*, su contenido no se agota en una aplicación, siendo sus aplicaciones indeterminables⁴⁶.

Una relevancia práctica de estas nociones es que una norma que no sea general, impersonal y abstracta puede ser inconstitucional por violar el principio de seguridad jurídica. La Corte de Constitucionalidad (CC) lo estimó en un caso, considerando que es imposible observar y aplicar la ley si su redacción resulta ininteligible⁴⁷. En otro, lo denegó afirmando que la generalidad de la norma requiere interpretarla, por lo que en vez de plantear inconstitucionalidad por ambigüedad debía promoverse recursos procesales⁴⁸. La interpretación es el medio ordinario para dar sentido a las normas, salvo que su expresión sea confusa, contradictoria o ininteligible al grado de hacerla inconstitucional⁴⁹.

La noción de ley también es relevante para determinar si, cuando la Constitución admite que un derecho pueda limitarse por ley, se refiere a su sentido material o formal. La tendencia ha sido entenderlo como material⁵⁰, pero en algunos casos en sentido formal⁵¹. Es cuestionable si existe fundamento suficiente para el trato distinto de cada derecho. Distinto el caso del principio de legalidad en materias que, por disposición constitucional, exigen ley ordinaria para regular temas como los delitos (artículo 17) y tributos (artículo 239).

También es importante para la procedencia de casación: debe entenderse en sentido material amplio, haciendo viable el recurso por violación, aplicación indebida o interpretación errónea de la Constitución, leyes ordinarias, reglamentos, leyes extranjeras aplicables, o incluso la costumbre y principios generales del derecho⁵².

noviembre de 2015; Expediente 2567-2017, sentencia del 10 de marzo de 2020.

⁴⁶ cfr. CC, Expediente 1031-2000, sentencia del 3 de abril de 2001; Expediente 4249-2015, sentencia del 13 de septiembre de 2017; Expediente 2075-2006, sentencia del 4 de febrero de 2008.

⁴⁷ cfr. CC, Expediente 1031-2000, sentencia del 3 de abril de 2001.

⁴⁸ cfr. CC, Expediente 4104-2011, sentencia del 16 marzo de 2012.

⁴⁹ cfr. CC, Expediente 2158-2009, sentencia del 16 de febrero de 2010; Expediente 6095-2014, sentencia del 2 de julio de 2015; Expedientes Acumulados 2523/2807-2013, sentencia del 15 de enero de 2015.

⁵⁰ cfr. CC, Expediente 2567-2017, sentencia del 10 de marzo de 2020; Expediente 2153-2003, sentencia del 2 de febrero de 2004; Expediente 443-97, sentencia del 11 de junio de 1998 (libertad de acción, libre locomoción y propiedad privada).

⁵¹ cfr. CC, Expediente 682-96, opinión consultiva del 21 de junio de 1996; Expediente 97-86, sentencia del 25 de febrero de 1987; Expediente 4468-2009, sentencia del 27 de septiembre de 2011 (tenencia y portación de armas, garantía de expropiación, libertad de industria, comercio y trabajo).

⁵² cfr. Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mauro, *Manual de derecho procesal civil guatemalteco*, 3.^a edición, Guatemala, Magna Terra, 2004, vol. 2, pp. 328, 332-336.

3.2 Jurisprudencia

La jurisprudencia es fuente complementaria del ordenamiento jurídico (artículo 2, LOJ). Algunos autores circunscriben esta noción como sinónimo de doctrina legal⁵³. Otros admiten la jurisprudencia en sentido amplio, no obligatoria, como fuente formal indirecta o inspiradora, aunque requiriendo cierta reiteración uniforme⁵⁴.

He propuesto⁵⁵ entender la jurisprudencia del artículo 2 en su sentido más amplio: todas las resoluciones de los órganos jurisdiccionales serían fuente indirecta que contribuye a formar el derecho, aunque no conformen precedente obligatorio. Son fuente directa cuando constituyen doctrina legal. Reducir la noción de jurisprudencia como doctrina legal quizá refleja influencia de la postura positivista y estatista de definir el derecho como esencialmente coactivo⁵⁶.

Sientan doctrina legal tres fallos de la CC, o cinco de la CSJ como Tribunal de Casación, que sean contestes (en igual sentido) y consecutivos (no interrumpidos por fallo en contrario)⁵⁷.

La CSJ ha sostenido que la doctrina legal de la CC no puede invocarse directamente como motivo de casación⁵⁸. Otras veces ha aceptado su invocación indirecta como violación del artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (LAEPC), aunque estimando que no se pueden invocar como doctrina legal sentencias sobre inconstitucionalidades en caso concreto⁵⁹.

⁵³ cfr. Villegas Lara, René Arturo, *Temas de introducción al estudio del derecho y teoría general del derecho*, 5.ª edición, Guatemala, Editorial Universitaria USAC, 2011, p. 107-108; Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mario, *op. cit.*, p. 336; Aguirre Godoy, Mario, *Derecho procesal civil*, Guatemala, s/e, 2005, tomo II, vol. 2, pp. 502-505; Nájera-Farfán, Mario Efraín, *Derecho procesal civil*, 2.ª edición, Guatemala, IUS Ediciones, 2006, vol. 1, p. 49. Aguirre y Nájera-Farfán son anteriores a la LOJ y se basan en que la jurisprudencia no estaba contemplada como fuente (a diferencia de ahora). Empero, Nájera-Farfán apunta que la doctrina legal es acepción restringida de jurisprudencia, admitiendo también la amplia. Debe recordarse que sus estudios (como Montero y Chacón) son procesalistas, comentando la doctrina legal en contexto de la casación.

⁵⁴ cfr. Gutiérrez de Colmenares, Carmen María y Chacón de Machado, Josefina, *Introducción al derecho*, 3.ª edición, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2011, pp. 58-60.

⁵⁵ cfr. Gramajo Castro, Juan Pablo, *La técnica jurídica...*, *op. cit.*, pp. 684-689; «Jurisprudencia y doctrina legal: El derecho judicial en Guatemala», *Iuristec*, 4 de abril de 2017, <https://bit.ly/3rmJprw>

⁵⁶ cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 157.

⁵⁷ Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (LAEPC), Decreto 1-86, artículos 43 y 190; jefe del Gobierno de la República, Código Procesal Civil y Mercantil (CPCYM), Decreto Ley 107, artículos 621 y 627.

⁵⁸ cfr. CSJ, Cámara Civil, expediente 310-2011, sentencia del 16 de julio de 2012; Expediente 154-2011, sentencia del 18 de noviembre de 2011; Expediente 579-2010, sentencia del 8 de noviembre de 2011; Expediente 541-2010, sentencia del 5 de septiembre de 2011; Expediente 337-2010, sentencia del 12 de julio de 2011; Expediente 531-2011, 23 de noviembre del 2012; Expediente 512-2011, sentencia del 19 de noviembre de 2012; Expediente 433-2011, sentencia del 19 de noviembre de 2012; Expediente 344-2011, sentencia del 27 de agosto de 2012; Expediente 348-2011, sentencia del 13 de agosto de 2012; entre otros.

⁵⁹ cfr. CSJ, Cámara Civil, Expediente 17-2014, sentencia del 16 de octubre de 2014; Expediente 214-2013, sentencia del 11 de agosto de 2014; Expediente 290-2013, sentencia del 31 de julio de 2014; Expediente 258-2012, sentencia del 26 de junio de 2014; Expediente 636-2012, sentencia del 11 de marzo de 2014; Expediente 524-2012, sentencia del 11 de marzo de 2014; Expediente 548-2012, sentencia del 10 de marzo del 2014; Expedientes Acumulados 549/556-2011, sentencia del 10 de febrero de 2014; Expediente 175-2013, sentencia del 16 de diciembre de 2013;

Sin embargo, luego ha debido aceptarlos como doctrina legal al cumplir amparos otorgados por la CC⁶⁰. Esta indicó que sus sentencias de inconstitucionalidad en caso concreto (independientemente del sentido) integran doctrina legal, vinculante especialmente para los órganos jurisdiccionales, pero además para todo el poder público⁶¹.

La CC ha denegado amparos contra actos impugnados que se fundamentaron en su doctrina legal⁶². En al menos un caso otorgó amparo por violación al debido proceso estimando que la CSJ no puede de oficio invocar doctrina legal, y porque en el caso los fallos invocados no cumplían los requisitos para constituirla⁶³.

3.3 Costumbre

La costumbre sólo rige (1) en defecto de ley aplicable o (2) por delegación de la ley. No debe ser contraria a la moral o al orden público, y debe probarse (artículo 2, LOJ).

Esto refleja la postura estándar del Estado moderno bajo el positivismo jurídico que, para las relaciones entre costumbre y ley, admite la costumbre interpretativa (*secundum legem*, coincidente con lo ordenado en ley), si mucho la supletoria (*praeter legem*, que llena vacíos en ausencia de ley), pero nunca la violatoria (*contra legem*, opuesta a normas existentes) ni la derogatoria (*desuetudo*, pérdida de vigencia de una norma por desuso). El artículo 8 de la LOJ, sobre derogatoria de leyes, señala supuestos que parecen obvios: su verdadera función es excluir implícitamente la *desuetudo*⁶⁴, que es la pérdida de vigencia de una norma como efecto de su desuso.

La costumbre se integra por dos elementos: (1) objetivo (*inveterata consuetudo*), repetición prolongada y uniforme de una conducta y (2) subjetivo (*opinio iuris seu necessitatis*), convicción de que tal conducta es obligatoria, jurídica y sancionable⁶⁵. Sin embargo, en al menos un caso la CC distinguió entre la

Expediente 264-2012, sentencia del 6 de diciembre de 2013; Expediente 648-2012, sentencia del 11 de octubre de 2013; Expediente 585-2012, sentencia del 8 de octubre de 2013.

⁶⁰ cfr. CSJ, Cámara Civil, Expediente 252-2012, sentencia del 8 de febrero de 2016 (CC, expediente 1837-2014, sentencia del 28 de agosto de 2014); CSJ, Cámara Civil, Expediente 636-2012, sentencia del 13 de noviembre de 2015 (CC, Expediente 3604-2014, sentencia del 29 de septiembre de 2015); CSJ, Cámara Civil, Expediente 154-2012, sentencia del 30 de octubre de 2015 (CC, Expediente 2070-2014, sentencia del 30 de septiembre de 2015); CSJ, Cámara Civil, Expediente 585-2012, 10 de septiembre del 2015 (CC, Expediente 1838-2014, sentencia del 16 de junio de 2015); CSJ, Cámara Civil, Expediente 548-2012, sentencia del 18 de junio de 2015 (CC, Expediente 2069-2014, sentencia del 12 de mayo de 2015).

⁶¹ cfr. CC, Expediente 2070-2014, sentencia del 30 septiembre de 2015. Ya antes la CC había declarado existencia de doctrina legal invocando inconstitucionalidades en caso concreto: Expediente 882-95, sentencia del 15 de febrero de 1996.

⁶² cfr. CC, Expediente 5429-2014, sentencia del 13 de noviembre de 2015; Expediente 3649-2015, sentencia del 13 de noviembre de 2015; Expediente 3715-2015, sentencia del 26 de noviembre de 2015; Expediente 387-2016, sentencia del 9 mayo de 2016.

⁶³ cfr. CC, Expediente 2722-2012, sentencia del 3 abril de 2013.

⁶⁴ cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 177-178; Gutiérrez de Colmenares, Carmen María y Chacón de Machado, Josefina, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁵ cfr. Gutiérrez de Colmenares, Carmen María y Chacón de Machado, Josefina, *op. cit.*, p. 47.

costumbre como fuente de derecho (internacional, que exige los mismos elementos) y la costumbre laboral «como práctica reiterada o concesión unilateral de beneficios por parte del empleador». Según la CC, la segunda no requiere la concurrencia de ambos elementos, bastando la conducta patronal⁶⁶.

Parecería que la costumbre no es propiamente derecho, pues este no requiere probarse. La costumbre nacional sería menos derecho que el derecho extranjero, que puede aplicarse de oficio cuando proceda (artículo 35, LOJ). Sin embargo, debe distinguirse entre la necesidad de probar su existencia (cuestión de hecho) y su calidad de norma una vez probada⁶⁷.

Aunque la LOJ admite la costumbre supletoria, en teoría nunca debería faltar ley aplicable si la LOJ establece normas para su integración (artículo 10). Este problema metodológico amerita más estudio. Hay varios supuestos contemplados por la ley en que la costumbre rige por delegación⁶⁸. Además, la doctrina propone la costumbre como parámetro para determinar la buena fe como norma general del ejercicio de derechos (artículo 17, LOJ), y para descubrir principios generales que sirven para la interpretación e integración (artículo 10, LOJ)⁶⁹.

Además de la costumbre como fuente del ordenamiento estatal, existe el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. Su vigencia se reconoce en el artículo 66 de la Constitución e instrumentos internacionales como, principalmente, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (artículo 8).

En esta materia la jurisprudencia ha cumplido importantemente su papel de fuente complementaria. La CSJ ha señalado que «la falta de regulación por medio de leyes ordinarias de coordinación entre el derecho estatal y el indígena genera un vacío legal que debe ser suplido en las resoluciones judiciales»⁷⁰.

La CC señaló elementos que deben concurrir para aplicación del derecho indígena⁷¹: (1) personal: los sujetos son miembros de la comunidad, manteniendo un sentido de pertenencia a esta, su cultura, costumbres y tradiciones, y sujetándose voluntariamente a las autoridades indígenas⁷²; (2)

⁶⁶ cfr. CC, Expediente 2404-2019, sentencia del 12 de septiembre de 2019. La doctrina distingue la costumbre del uso, pero en ambos es relevante el elemento subjetivo para distinguirlos de actos de liberalidad: Richter, Marcelo, «Las fuentes del derecho del trabajo», en Canessa Montejo, Miguel F. (director), *Manual de derecho del trabajo*, 2.ª edición, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2011, tomo I, pp. 83-84.

⁶⁷ cfr. Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mauro, *op. cit.*, pp. 334-335.

⁶⁸ cfr. Artículos 347, 475, 1050, 1526, 1599, 1799, 1824, 1872, 1910, 2005, Código Civil; 278, 288, 311, 670, 763, 1022, Código de Comercio; 25bis, 552bis, Código Procesal Penal; 15, 20, 61, 79, 116, 126, 144, Código de Trabajo.

⁶⁹ cfr. Galgano, Francesco; Lorenzetti, Ricardo Luis; Valencia Restrepo, Hernán, citados en Gramajo Castro, Juan Pablo, *La técnica jurídica...*, *op. cit.*, pp. 719-723, 731-732; *ibidem*, pp. 733 y 734.

⁷⁰ CSJ, Cámara Penal, Expediente 1848-2012, sentencia del 29 de enero de 2013. cfr. de la misma Cámara: Expediente 1524-2012, sentencia del 6 de noviembre de 2012.

⁷¹ cfr. CC, Expediente 1467-2014, sentencia del 10 de marzo de 2016; Expediente 943-2017, sentencia del 21 de junio de 2017; Expediente 2315-2019, sentencia del 28 de enero de 2020.

⁷² cfr. CC, Expediente 2906-2017, sentencia del 21 de septiembre de 2017, aplicando el artículo 8.3 del Convenio 169.

territorial: los hechos ocurren dentro del territorio de la comunidad; (3) institucional: existencia y reconocimiento de un sistema de resolución de conflictos que integre usos, costumbres y procedimientos comúnmente conocidos y aceptados por los miembros de la comunidad; y (4) objetivo: el conflicto afecta los intereses de la comunidad lesionando un valor protegido por su cultura. Para determinarlos cobran especial importancia los peritajes culturales o antropológicos.

Aplicando el Convenio 169 (artículo 8.2), las cortes señalan que la aplicación del derecho consuetudinario indígena debe respetar los derechos fundamentales constitucionales y derechos humanos reconocidos internacionalmente⁷³. Así, sus actos de aplicación son susceptibles de amparo⁷⁴.

4. HERMENÉUTICA

Los preceptos fundamentales de la LOJ son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico nacional (artículo 1). El orden de redacción no es casual: según la teoría tradicional originada en la exégesis francesa, la norma se *aplica* cuando es clara, se *interpreta* cuando es oscura o ambigua, y se *integra* cuando es insuficiente o inexistente. A esto se refiere el artículo 10 sobre interpretación, al que remite el artículo 15 sobre interpretación e integración.

Estas operaciones conforman la hermenéutica jurídica: «la hermenéutica es la teoría científica del arte de interpretar textos, y en derecho (...) especialmente se hace referencia a la interpretación de la norma jurídica en cuanto a su manifestación textual»⁷⁵. Existen diversas teorías sobre la hermenéutica jurídica, ligadas a concepciones filosóficas del derecho.

La LOJ diseña un sistema en que la aplicación, interpretación e integración ocurrirían en dos «niveles», que propuse llamar: (1) ley aplicada y (2) ley interpretada e integrada⁷⁶. Cada nivel tiene, en teoría, sus métodos hermenéuticos.

⁷³ cfr. CC, Expediente 1559-2018, sentencia del 28 de enero de 2020; CSJ, Cámara Penal, Expediente 1848-2012, sentencia del 29 de enero de 2013; Expediente 1524-2012, sentencia del 6 de noviembre de 2012. La CSJ rechazó el argumento de que no había delito de violación cuando, a pesar de ser la víctima menor de catorce años, se celebró matrimonio bajo costumbres indígenas. En cambio, sostuvo que tal costumbre no exime de responsabilidad penal, pues sería contraria a ley ordinaria y tratados internacionales de protección a la niñez: CSJ, Cámara Penal, Expediente 1240-2019, sentencia del 28 de julio de 2020. Por la fecha, es posible que el caso esté pendiente de amparo ante la CC. Distinto ha sido el tratamiento de castigos físicos, pues la CC solo ha indicado que «las sanciones impuestas en el derecho indígena no pueden ser calificadas *prima facie* como vulneradoras de derechos humanos, en tanto que para su análisis es indispensable conocer los aspectos sociales y culturales de la comunidad en que se aplican»: CC, Expediente 1467-2014, sentencia del 10 de marzo de 2016. También: CSJ, Cámara Penal, Expediente 218-2003, sentencia del 7 de octubre de 2004.

⁷⁴ cfr. CC, Expediente 1467-2014, sentencia del 10 de marzo de 2016; Expediente 943-2017, sentencia del 21 de junio de 2017.

⁷⁵ Hernández Manríquez, Javier, *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*, México, UNAM, 2019, pp. 46-47, <https://bit.ly/2Q1t8dR>

⁷⁶ Originalmente, ley en sí misma y aclarada: Gramajo Castro, Juan Pablo, *La técnica jurídica...*, *op. cit.*, p. 715.

Clasificándolos según Bobbio⁷⁷, los métodos hermenéuticos de la LOJ (artículos entre paréntesis) son: (1) textuales: (i) semántico (10 §1, 11); (ii) teleológico (10.a); (iii) sistemático (10 §2); (iv) histórico (10.b); (2) extratextuales o integradores: (i) interpretación extensiva (similar a analogía *legis*); (ii) analogía *legis* (10.c); (iii) analogía *iuris* (10.d).

Tabla 1
Hermenéutica del derecho guatemalteco

Ley aplicada 9 10 §1 11 Semántico (Textual)	Supremacía constitucional		9	Sistemático (Textual)
			10 §1	
	Jerarquía normativa		9	
	Carácter sistemático		10	
	Límites de la legalidad		4	
	Primacía del interés social	Buena fe	22	17
		Abuso de derecho		18
Obscuridad, ambigüedad → Interpretación Insuficiencia, falta → Integración (15)				
Ley interpretada e integrada 10 §2 15	Finalidad y espíritu		10.a)	Teleológico (Textual)
	Historia fidedigna de la institución		10.b)	Histórico (Textual)
	Analogía		10.c)	Analogía <i>legis</i> (Extra-textual o integrador)
	Equidad y principios generales del derecho		10.d)	Analogía <i>iuris</i> (Extra-textual o integrador)
	Costumbre		(2) (17) (10.d)	

Fuente: elaboración propia.

Los métodos textuales no corresponden exclusivamente a la aplicación, sino también los hay para interpretar e integrar. Los extratextuales o integradores sí corresponden a la ley interpretada e integrada.

⁷⁷ cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 217-223.

4.1 Ley aplicada

Desde una visión exegética, tiende a pensarse en la aplicación de la ley como algo mecánico restringido a su literalidad. Sin embargo, la LOJ incorpora criterios importantes como la supremacía constitucional, que obliga al intérprete a evaluar parámetros constitucionales material y sustancialmente superiores a la ley ordinaria y reglamentos, que además remiten a la apertura progresiva en materia de derechos humanos.

4.1.1 Semántico

Las normas se interpretan conforme a su texto y contexto, según el sentido propio de sus palabras, sin desatender su tenor literal cuando son claras (artículo 10, LOJ). La referencia a claridad (por reforma de 2005) ilustra que, aunque el texto diga interpretar, regula en primer lugar la aplicación: «toda norma jurídica, desde la situación concreta de su aplicación, requiere ser interpretada sin importar su grado de claridad. (...) la labor interpretativa en el derecho es fundamental, al grado de que la tarea de su aplicación queda supeditada a ella»⁷⁸.

La exposición de motivos del anteproyecto de la LOJ explicitó la intención de eliminar el concepto de interpretación literal, sustituyéndolo con el de interpretación conforme al texto, contexto y la Constitución, «manteniendo así el principio de jerarquía constitucional y especialmente el principio de “interpretación conforme a la Constitución”, que implica no sólo atender a lo puramente normativo, sino, lo que es más importante, a los valores fundamentales del orden constitucional»⁷⁹.

La LOJ establece el español como idioma oficial y que las palabras de la ley se entenderán según el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), salvo que el legislador las defina (prevalece la definición auténtica⁸⁰). A falta de definición en el diccionario, se le debe dar su acepción usual en el país, lugar o región pertinente. Las palabras técnicas, científicas, tecnológicas y artísticas se entenderán en su sentido propio, a menos que aparezca expresamente un sentido distinto (artículo 11).

⁷⁸ Hernández Manríquez, Javier, *op. cit.*, p. 47.

⁷⁹ CSJ, *Proyecto de Ley...*, *op. cit.*, p. 8.

⁸⁰ cfr. CC, Expediente 4459-2010, sentencia del 19 de julio de 2011.

La CC ha precisado que acudir al DRAE no significa interpretar un vocablo de modo aislado y literal, sino atendiendo al contenido y finalidad del precepto legal, para contextualizar un significado acorde a la intención legislativa⁸¹. El sentido propio de las palabras técnicas, o la acepción a falta de definición legal o del DRAE, puede aplicarse incluso a palabras en otro idioma⁸². Establecer definiciones legales es facultativo: su ausencia no causa inconstitucionalidad⁸³.

La aplicación textual no significa aplicación mecánica, silogística o exegética, pues la LOJ contempla criterios y elementos que deben tomarse en cuenta al aplicar la ley, aun cuando en teoría sea clara y completa. Se explican enseguida.

4.1.2 Supremacía constitucional

La LOJ ordena observar siempre el principio de supremacía constitucional sobre cualquier ley o tratado (salvo los tratados de derechos humanos que prevalecen sobre el derecho interno) e interpretar la ley de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Así, los artículos 9 y 10 de la LOJ reflejan los artículos 44, 46, 203 y 204 de la Constitución.

Estas reglas fundamentan acaso la llamada *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, base del neoconstitucionalismo. Aquella ocurre cuando se dan estas condiciones⁸⁴: (1) constitución rígida que incluye derechos fundamentales; (2) garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional; (3) fuerza vinculante de la Constitución, no programática sino preceptiva; (4) interpretación extensiva de la Constitución, deduciendo sus principios implícitos; (5) aplicación directa de las normas constitucionales, también a relaciones entre particulares; (6) interpretación conforme a la Constitución de leyes y normas inferiores; (7) influencia de la Constitución en el debate político.

Un debate contemporáneo importante es si la teoría hermenéutica reflejada en la LOJ es aplicable también a la interpretación constitucional, o si esta tiene su propia metodología. En Guatemala, por ejemplo, González Dubón ha criticado la propuesta neoconstitucionalista de interpretación axiológica de la Constitución y la técnica de la ponderación. En cambio, sostiene que la interpretación jurídica es esencialmente interpretación textual, por lo que la interpretación constitucional no presentaría diferencias respecto de la interpretación de leyes ordinarias⁸⁵.

La CC ha sido ecléctica en su uso de métodos hermenéuticos, sin que se puedan discernir lineamientos claros y constantes. Dentro de ese eclecticismo, ha admitido que los métodos específicos de hermenéutica constitucional no excluyen la aplicabilidad de los previstos en la LOJ⁸⁶.

⁸¹ cfr. CC, Expediente 2696-2014, sentencia del 24 de junio de 2015.

⁸² cfr. CC, Expediente 501-2004, sentencia del 6 de octubre de 2004.

⁸³ cfr. CC, Expedientes Acumulados 1202/1288-2006 y 1451-2007, sentencia del 8 de enero de 2008; Expediente 3004-2007, sentencia del 10 de junio de 2009.

⁸⁴ cfr. Comanducci, Paolo, «Constitucionalización y neoconstitucionalismo», en Comanducci, Paolo y otros, *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 86-87.

⁸⁵ cfr. González Dubón, Aníbal, *Hermenéutica y axiología constitucional*, Guatemala, tesis doctoral, Universidad de San Carlos, 2016, pp. 162-167, <https://bit.ly/3sjsYw3>

⁸⁶ cfr. CC, Expediente 1034-2001, sentencia del 17 de octubre de 2001.

Sin embargo, varios métodos que ha invocado como propios de la interpretación constitucional provienen también de la teoría tradicional: armónico o sistemático, finalista o causal-teleológico, histórico, literal o gramatical. Otros, en cambio, sí provienen de una teoría hermenéutica constitucional distinta: optimización de la fuerza normativa, concordancia práctica, corrección funcional, ponderación, proporcionalidad, interpretación evolutiva, dinámica o realista⁸⁷.

La interpretación conforme a la Constitución implica que, entre distintas interpretaciones, debe optarse por la compatible con los valores, principios y mandatos constitucionales. En ocasiones, esta puede ser correctiva o restrictiva. Esto puede servir para preservar la constitucionalidad de una norma, haciendo vinculante la interpretación del tribunal constitucional⁸⁸.

También existe la interpretación de los derechos constitucionales conforme a tratados internacionales de derechos humanos, importante por los artículos 46 constitucional y 9 de la LOJ. Esta armoniza los derechos y libertades constitucionales con los valores, principios y normas de los tratados internacionales y otras fuentes, buscando su mayor eficacia y protección. No es simple jerarquía de la norma internacional sobre la nacional, pues esta última puede tener mayor alcance protector⁸⁹.

Esto hace necesario conocer las fuentes del derecho internacional: (1) convenciones internacionales; (2) costumbre internacional; (3) principios generales del derecho; (4) decisiones de los tribunales internacionales; (5) opiniones doctrinarias del derecho internacional público. Además, conceptos como *ius cogens* y *soft law*⁹⁰.

La supremacía constitucional e interpretación conforme remiten a importantes criterios como el bloque de constitucionalidad⁹¹, control de convencionalidad⁹², contenido esencial de los derechos⁹³, *test* de proporcionalidad⁹⁴ y principio *pro persona*⁹⁵, entre otros. Estos han sido desarrollados jurisprudencialmente por la CC y son referentes importantes para la hermenéutica general.

⁸⁷ cfr. Gramajo Castro, Juan Pablo, *¿Cómo se interpreta la Constitución?*, *op. cit.*

⁸⁸ cfr. CC, Expediente 1475-2019, sentencia del 11 de agosto de 2020; Expediente 3783-2018, sentencia de 29 de septiembre de 2020.

⁸⁹ cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «Interpretación conforme y control difuso de constitucionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, pp. 549- 550, <https://bit.ly/2OKcPl6>.

⁹⁰ cfr. Organización de las Naciones Unidas, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38; Rojas Amandi, Víctor M., *Derecho internacional público*, México, Nostra Ediciones, 2010, pp. 19-23, <https://bit.ly/2OHm71P>.

⁹¹ cfr. CC, Expediente 1822-2011, sentencia del 17 de julio de 2012; 1006-2014, sentencia del 26 de noviembre de 2014.

⁹² cfr. CC, Expediente 2151-2011, sentencia del 23 de agosto de 2011.

⁹³ cfr. CC, Expedientes Acumulados 1079/2858/2859/2860/2861/2863-2011, sentencia del 12 de noviembre de 2013.

⁹⁴ cfr. CC, Expediente 1061-2020, sentencia del 22 de septiembre de 2020.

⁹⁵ cfr. CC, Expediente 3715-2017, sentencia de 26 de mayo de 2020; Expediente 576-2014, sentencia del 11 de diciembre de 2014.

4.1.3 Jerarquía normativa

Los tribunales deben observar el principio de jerarquía normativa, que invalida las disposiciones que contradigan una norma superior (artículo 9, LOJ). Esto se deriva de la supremacía constitucional e impone coherencia al ordenamiento jurídico⁹⁶. Es otra remisión importante a la interpretación constitucional dentro del esquema de interpretación ordinaria, no limitado a materia de amparo.

Sin embargo, conforme al principio *pro persona*, actualmente no se habla de una estricta jerarquía normativa sino de preferencia entre normas (o entre interpretaciones de una norma): «al tenerse como fin último la protección de los derechos de la persona, lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico»⁹⁷, sustituyendo la idea de jerarquía por las de armonización y coordinación.

4.1.4 Carácter sistemático

El artículo 10 de la LOJ indica que las normas se interpretan según su contexto, y el conjunto de una ley sirve para ilustrar el contenido de sus partes. Esto incorpora el método sistemático de interpretación, basado en postulados positivistas en tanto «implica no sólo el presupuesto de que el legislador sea racional, sino también que su voluntad sea uniforme y coherente; desde dicho presupuesto se puede intentar esclarecer el contenido de una norma a partir de su relación con las demás»⁹⁸.

4.1.5 Primacía del interés social

El artículo 22 de la LOJ establece que el interés social prevalece sobre el particular, reflejando el artículo 44 constitucional. La exposición de motivos del anteproyecto de la LOJ de la CSJ indica que las normas sobre buena fe (artículo 17), abuso de derecho (artículo 18) y renuncia de derechos (artículo 19) son ampliaciones del principio de primacía del interés social, que presuponen⁹⁹.

La primacía del interés social se introdujo mediante el Decreto 1862, Ley Constitutiva del Poder Judicial, y ya entonces (1933) se le atribuyeron tendencias socialistas¹⁰⁰. El representante Skinner Klée defendió su inclusión en la Constitución de 1985 como un equilibrio entre el excesivo liberalismo y una normativa absolutamente socializante que destruyera el derecho individual y patrimonial. Invocó a favor precisamente el haberse incluido en el Decreto 1862, redactado por «pilares del conservadurismo» guatemalteco, sobre la necesidad de solidaridad social¹⁰¹.

⁹⁶ cfr. CC, Expediente 5437-2019, sentencia del 12 de enero de 2021.

⁹⁷ Brito Melgarejo, Rodrigo, «El principio *pro persona* y la protección de los derechos humanos: alcances e implicaciones», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXV, núm. 264, julio-diciembre de 2015, p. 272, <https://bit.ly/3rHimaT>

⁹⁸ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 218.

⁹⁹ cfr. Gramajo Castro, Juan Pablo, *La técnica jurídica...*, *op. cit.*, p. 641.

¹⁰⁰ cfr. *ibidem*, p. 645, citando la exposición de motivos.

¹⁰¹ cfr. Asamblea Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, tomo I, sesión 21, 12 de diciembre de 1984.

También la CC ha indicado la solidaridad como respaldo de este mandato, que niega a los derechos un carácter ilimitado y absoluto, supeditándolos al valor superior del respeto a la libertad, tranquilidad y seguridad ajenas, dentro de los límites de la proporcionalidad¹⁰². Los derechos deben ejercerse conforme (1) las convicciones éticas imperantes en la comunidad (exigencia de buena fe), y (2) la finalidad económica y social para las cuales se atribuye (prohibición de abuso del derecho)¹⁰³.

La buena fe, como regla hermenéutica, introduce un estándar objetivo que debe construirse sobre las costumbres relevantes a cada caso. Cumple una función correctiva del ejercicio de derechos y provee datos para integrar la ley. Por su fuente legal constituye un control y un límite. Como principio general es un mandato de optimización, prescribiendo el mayor comportamiento cooperativo posible¹⁰⁴.

Un deber que impone la buena fe es el de coherencia, limitando el ejercicio de los derechos según la anterior conducta de los sujetos en un caso, y obligando a aceptar las consecuencias de los actos propios¹⁰⁵.

El abuso del derecho es una forma de mala fe¹⁰⁶. Ocurre cuando se usa un derecho con finalidad ilegítima y distinta de proteger los intereses que ampara¹⁰⁷, excesiva, imprudente o innecesariamente, causando daños personales o patrimoniales, u omitiendo su ejercicio cuando tal abstención pueda causar daño o perjuicio¹⁰⁸. Por ejemplo: acudir a mecanismos legales para causar retardo procesal malicioso¹⁰⁹.

4.1.6 Límites de la legalidad

El artículo 4 de la LOJ señala la nulidad de pleno derecho (salvo efecto distinto legalmente establecido) de todo acto contrario a normas imperativas y prohibitivas expresas. Como refuerzo, regula el fraude de ley: los actos amparados en el texto de una norma que persigan un fin prohibido o contrario al ordenamiento jurídico no impiden la aplicación de la norma que se intentó eludir.

¹⁰² cfr. CC, Expedientes Acumulados 1079/2858/2859/2860/2861/2863-2011, sentencia del 12 de noviembre de 2013; Expediente 682-96, opinión consultiva del 21 de junio de 1996; Expedientes Acumulados 2123/2157-2009, sentencia del 10 de febrero de 2012.

¹⁰³ cfr. Díez-Picazo, Luis, citado en Contreras Ortiz, Rubén Alberto, *Obligaciones y negocios jurídicos civiles (Parte general)*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2004, pp. 22-23.

¹⁰⁴ cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis y Rosado de Aguiar, Ruy, citados en Gramajo Castro, Juan Pablo, *La técnica jurídica...*, *op. cit.*, p. 720. Abordan la buena fe contractual, pero su descripción parece extensible al carácter general que la LOJ le atribuye.

¹⁰⁵ cfr. CC, Expediente 5433-2014, sentencia del 19 de marzo de 2015; Expediente 1879-2019, sentencia del 10 de julio de 2019.

¹⁰⁶ cfr. CC, Expediente 5433-2014, sentencia del 19 de marzo de 2015.

¹⁰⁷ cfr. Planiol, citado en la exposición de motivos del Código Civil (Decreto Ley 106) comentando el artículo 1653; CSJ, Cámara Civil, Expediente 141-2000, sentencia del 26 de febrero de 2001.

¹⁰⁸ cfr. Contreras Ortiz, Rubén Alberto, *op. cit.*, pp. 22-23.

¹⁰⁹ cfr. CC, Expediente 1327-2008, sentencia del 26 de junio de 2008; Expediente 5297-2015, sentencia del 1 de agosto de 2017; Expediente 6400-2016, sentencia del 18 de octubre de 2017; Expediente 272-2016, sentencia del 30 de marzo de 2016; Expediente 153-2005, sentencia del 1 de septiembre de 2005.

Las normas no siempre son imperativas o prohibitivas. Pueden ser facultativas. Las imperativas contienen mandatos que los particulares no pueden modificar. Las dispositivas admiten una voluntad particular distinta, ante la cual tienen función supletoria¹¹⁰.

Según la CC, hay fraude de ley cuando se acude a una modalidad jurídica o cambio de estado de hecho permitido por ley, con propósito deliberado de incumplir indirectamente el derecho objetivo, persiguiendo un resultado contrario al orden jurídico. Se materializa si concurren: (1) la intención; (2) alcanzar el resultado clara y explícitamente prohibido por una norma (defraudada) al amparo de otra norma (de cobertura), materializándose tal resultado en un acto jurídico (fraudulento). Puede haber fraude a la Constitución con una norma de cobertura de inferior jerarquía, mediante actos judiciales o administrativos, de derecho privado o público. El fraude puede declararlo una autoridad judicial o administrativa, observando el debido proceso y sujetos a control. El fraude de ley no es por sí un ilícito penal¹¹¹.

4.2 Ley interpretada e integrada

4.2.1 Finalidad y espíritu

Llamado también criterio o elemento lógico. Indagar el fin perseguido por el legislador (*ratio legis*) parte de la idea positivista de que tiene voluntad racional y, consecuentemente, establece fines y medios idóneos para alcanzarlos¹¹².

Los motivos para emitir una ley se resumen en sus «Considerandos»¹¹³, que «contienen los razonamientos jurídicos que dan fundamento ideológico a la normativa, constituyéndose en los presupuestos de legitimación de esta»¹¹⁴. Sin embargo, su análisis «no puede sustituir la obvia interpretación de las disposiciones claras»¹¹⁵.

Los considerandos no siempre son suficientes para establecer la finalidad, haciendo necesario acudir a la historia fidedigna¹¹⁶.

¹¹⁰ cfr. CC, Expediente 387-2010, sentencia del 7 de julio de 2011.

¹¹¹ cfr. CC, Expediente 2906-2011, sentencia y voto concurrente del 8 de agosto de 2011.

¹¹² cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 218.

¹¹³ cfr. CC, Expediente 3003-2010, opinión consultiva del 21 de diciembre de 2010; Expediente 5145-2013, sentencia del 17 de febrero de 2015; Expediente 186-2014, sentencia del 8 de febrero de 2018; Expediente 360-2002, sentencia del 5 de junio de 2002; Expediente 4860-2013, sentencia del 24 de abril de 2014; Expediente 5477-2019, sentencia del 8 de octubre de 2019.

¹¹⁴ CC, Expediente 2464-2015, sentencia del 23 diciembre de 2015.

¹¹⁵ *idem*.

¹¹⁶ cfr. CC, Expediente 2729-2011, sentencia del 14 de agosto de 2012.

4.2.2 Historia fidedigna

Se acude al historial legislativo de la norma: exposición de motivos de su iniciativa, dictámenes de comisiones legislativas, discusiones parlamentarias (diarios de sesiones), etc., para desentrañar las razones o finalidad por las que fue establecida, considerando el contexto y circunstancias de su época. También puede compararse la regulación del tema en leyes anteriores, observando las modificaciones sufridas¹¹⁷. La CC ha mencionado la historia fidedigna para contextualizar e ilustrar sus precedentes¹¹⁸.

Para normas o instituciones jurídicas trasladadas de otros ordenamientos o con equivalentes en ellos, o de mayor antigüedad, será útil acudir al derecho comparado¹¹⁹ y a la historia del derecho¹²⁰.

Este método es similar al originalismo que, importado desde el pensamiento estadounidense, algunos promueven hoy para la interpretación constitucional. Sin embargo, su aplicación no siempre es sencilla, pues «mientras el historiador se satisface con describir debates que reflejan distintas perspectivas, el abogado quiere fijar el significado del texto como respuesta a una controversia»¹²¹.

A pesar del discurso que presenta al originalismo como una cierta restauración de la práctica nacional sobre justicia constitucional, en realidad la CC ha acudido al método histórico examinando los diarios de sesiones de los constituyentes en muy pocas ocasiones¹²². También hay ejemplos de sentencias —ordinarias o constitucionales— que, por inaplicación del método histórico, contienen pronunciamientos que contradicen, a veces gravemente, la historia fidedigna del Código Civil¹²³.

¹¹⁷ cfr. CC, Expediente 113-92, sentencia del 19 mayo de 1992; Expediente 113-87, voto razonado del 16 de junio de 1987; Expediente 306-92, sentencia del 29 de septiembre de 1992; Expediente 5432-2019, sentencia del 28 abril de 2020; Expedientes Acumulados 909/1008/1151-2006, sentencia del 19 de julio de 2006; Expediente 3380-2007, sentencia del 12 diciembre de 2007; Expediente 2906-2011, sentencia del 8 de agosto de 2011.

¹¹⁸ cfr. CC, Expediente 461-2014, sentencia del 7 de marzo de 2014.

¹¹⁹ cfr. CC, Expediente 1086-2012, sentencia del 3 de julio de 2013; Expediente 1122-2005, sentencia del 1 de febrero de 2006; Expediente 1979-2003, sentencia del 31 de agosto de 2005; Expediente 1904-2004, sentencia del 3 de noviembre de 2004; Expedientes Acumulados 4470/4479/4483/4487/4488/4495/4506/4506-2017, sentencia del 13 diciembre de 2008, entre otros.

¹²⁰ cfr. CC, Expediente 937-2003, sentencia del 19 abril de 2004; Expediente 3033-2013, sentencia del 6 mayo de 2014; Expediente 2896-2009, sentencia del 14 de octubre de 2009; Expedientes Acumulados 282/285-87, sentencia del 19 mayo de 1988; Expediente 2928-2008, sentencia del 12 de febrero de 2009; Expediente 1491-2007, sentencia del 1 abril de 2008; Expediente 4670-2017, sentencia del 8 de octubre de 2019; Expediente 5955-2013, sentencia del 25 de noviembre de 2015.

¹²¹ cfr. Gramajo Castro, Juan Pablo, ¿Originalismo es conservadurismo...?, *op. cit.*, siguiendo a Jack Rakove.

¹²² cfr. Gramajo Castro, Juan Pablo, ¿Cómo se interpreta la Constitución?, *op. cit.*, nota 5.

¹²³ cfr. Gramajo Castro, Juan Pablo, *Código civil comentado y anotado*, 3.^a edición, Guatemala, IUS Ediciones, 2016, pp. 89-90, 361; CC, Expediente 2027-2008, sentencia del 3 de febrero de 2009.

4.2.3 Analogía

La interpretación analógica se basa en la semejanza, que debe ser relevante. Es relevante cuando uno o más elementos comunes son razón suficiente para atribuirles cierto predicado: en derecho, hay semejanza relevante cuando responden a una misma *ratio legis*. La analogía *legis* formula una nueva norma, similar a la existente, aplicable a un caso semejante no previsto en ella. Una forma atenuada de analogía es la interpretación extensiva, en que la misma norma se aplica a un caso no previsto pero similar¹²⁴.

4.2.4 Equidad

Históricamente, la equidad ha sido factor de crítica y corrección del derecho vigente. Sus conceptos básicos son como adecuación de la justicia al caso concreto, o moderación del rigor de la ley por razones éticas, políticas, culturales, caridad o misericordia, libertad y flexibilidad, entre otras¹²⁵.

La doctrina distingue tres tipos de equidad: (1) *sustitutiva*, suple la falta de norma legislada; (2) *integradora*, completa lo que falta a una norma legislada existente pero genérica o incompleta; (3) *interpretativa*, define el criterio de una norma legislada existente y completa. El positivismo tradicional acepta la sustitutiva e integradora, pero no la interpretativa¹²⁶. Puede afirmarse que el derecho guatemalteco admite las tres¹²⁷.

El anteproyecto de la LOJ preveía como mandato general ponderar la equidad en toda aplicación de normas, aunque sólo podrían fundarse resoluciones exclusivamente en ella cuando la ley lo permitiera. El Congreso eliminó la equidad como criterio general de aplicación, limitándola a su función interpretativa e integradora, estimando que lo otro llevaría a separarse del texto legal perjudicando la seguridad y estabilidad jurídicas¹²⁸.

Guatemala admite los arbitrajes de equidad. Según la CSJ, estos no necesariamente excluyen la invocación de normas legisladas¹²⁹.

Aun cuando no fuere necesario acudir a ella para interpretar o integrar, tiene un papel implícito al ponderar criterios de aplicación como la buena fe, primacía del interés social y supremacía constitucional.

¹²⁴ cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 219-222; CC, Expediente 1777-2007, sentencia del 19 de septiembre de 2007; Expediente 370-2010, sentencia del 4 de noviembre de 2010; CSJ, Cámara Civil, Expediente 23-2008, sentencia del 28 de julio de 2008; s/e, sentencia del 28 de agosto de 1990.

¹²⁵ cfr. Gramajo Castro, Juan Pablo, «Equidad y derecho en Guatemala: reflexiones con ocasión del arbitraje», *Revista de la Facultad de Derecho UFM*, año XVII, núm. 27, 2009, pp. 30-45, <https://bit.ly/38Ju5xX>.

¹²⁶ cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 180-182.

¹²⁷ Gramajo Castro, Juan Pablo, *Equidad y derecho...*, *op. cit.*, pp. 34-45.

¹²⁸ cfr. Gramajo Castro, Juan Pablo, *La técnica jurídica...*, *op. cit.*, pp. 646-647.

¹²⁹ cfr. CSJ, Cámara Civil, s/e, sentencia del 16 mayo de 1983.

4.2.5 Principios generales del derecho

Bobbio no se refiere a principios generales del derecho sino a los del ordenamiento jurídico. Acudir a estos implica dos procedimientos: (1) *abstracción*, obteniendo inductivamente principios generales a partir de un conjunto de reglas y (2) *subsunción*, aplicando el principio como norma general a casos no regulados en las reglas singulares. Esto se denomina analogía *iuris*¹³⁰.

Otros autores señalan que lo anterior es una de dos maneras de entender los principios generales del derecho: directrices axiológicas existentes dentro del derecho positivo, conocibles mediante inducción. La otra acepción los identifica con los principios del derecho natural, conocibles por intuición inmediata¹³¹. Esto se critica, pues no existe acuerdo sobre qué es el derecho natural, sino «una pluralidad de concepciones iusnaturalistas discrepantes y, en ocasiones, contradictorias entre sí»¹³². Aún otros los identifican con los principios del derecho romano o con la idea de justicia¹³³.

En la Asamblea Nacional Constituyente y Comisión de los Treinta se mencionó el derecho natural al argumentar temas como la función social de la propiedad¹³⁴; en el sentido de potestad natural para defender los derechos en ausencia de garantías sociales¹³⁵; derechos naturales como sinónimo de derechos humanos¹³⁶; la cultura y la lengua como derechos naturales¹³⁷; la vida como primer derecho natural en oposición al aborto y a favor de la paternidad responsable¹³⁸; derecho natural fundado en un común denominador de antropología humana universal, como elemento básico de los derechos humanos¹³⁹; derecho natural como superior a la Constitución¹⁴⁰; derecho natural de los padres a educar a sus hijos y de estos a recibir educación¹⁴¹. La CC no ha profundizado sobre el derecho natural, aunque ha empleado el término en algunas ocasiones¹⁴².

Convendría profundizar en la noción de derecho natural y sus sentidos o implicaciones en la Asamblea Nacional Constituyente y otras fuentes guatemaltecas. La importancia de figuras como

¹³⁰ cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 222-223.

¹³¹ cfr. García Máynez, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, Fontamara, 1994, p. 60.

¹³² *ibidem*, p. 67.

¹³³ cfr. Galindo Garfias, Ignacio, *Estudios de derecho civil*, México, UNAM, 1981, p. 79, <https://bit.ly/3vGDVKL>.

¹³⁴ cfr. Asamblea Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, tomo II, sesión 29, 16 de enero de 1985.

¹³⁵ cfr. *idem*.

¹³⁶ cfr. Asamblea Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, tomo II, sesión 33, 29 de enero de 1985.

¹³⁷ cfr. Asamblea Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, tomo I, sesión 5, 17 de agosto de 1984.

¹³⁸ cfr. Comisión de los Treinta, *Diario de Sesiones*, tomo I, sesión 5, 11 de septiembre de 1984.

¹³⁹ cfr. Comisión de los Treinta, *Diario de Sesiones*, tomo I, sesión 15, 8 de noviembre de 1984.

¹⁴⁰ cfr. *idem*.

¹⁴¹ cfr. Cfr. Comisión de los Treinta, *Diario de Sesiones*, tomo III, sesión 60, 15 de febrero de 1985.

¹⁴² cfr. CC, Expediente 4132-2013, sentencia del 14 de febrero de 2014; Expediente 4208-2013, sentencia del 17 de diciembre de 2013, entre varios otros (derecho de sindicalización); Expediente 65-2018, sentencia del 14 de junio de 2018 (vínculo familiar como base del interés superior del menor); Expediente 4274-2009, sentencia del 4 de octubre de 2011 (no es de derecho natural atentar contra la integridad psíquica de la mujer); Expediente 2150-2008, sentencia del 23 de octubre de 2008 (obligación prescrita es derecho natural: lo confunde con la terminología civil de obligación natural).

Tomás de Aquino en la historia del pensamiento iusnaturalista y su adopción en la doctrina cristiana católica, hace que el derecho natural se asocie hoy con posturas religiosas, concretamente de carácter conservador. Pero históricamente han existido varios iusnaturalismos, algunos incluso opuestos entre sí. El iusnaturalismo racionalista moderno, de énfasis secularista y subjetivo, por ejemplo, fue importante en el constitucionalismo moderno con su teoría de derechos inalienables, pero también sentó algunas bases del positivismo jurídico¹⁴³.

A la noción tradicional de los principios generales como «convicciones morales y sociales, históricamente contingentes, que subyacen a las normas legisladas»¹⁴⁴, se contraponen actualmente su consideración «como expresión directa de valores morales objetivos. (...) vienen a jugar ahora el mismo rol funcional que antes desempeñaban las normas de derecho natural»¹⁴⁵, y están consagrados en la Constitución. Esto fundamenta teorías del derecho y la hermenéutica asociadas al neoconstitucionalismo. Por ejemplo, la CC ha argumentado siguiendo la noción de reglas y principios de Robert Alexy¹⁴⁶.

5. ANTINOMIAS

La LOJ incorpora tres criterios contemplados en doctrina para resolver antinomias: (1) *cronológico*: norma posterior prevalece sobre anterior (artículo 8); *jerárquico*: norma superior prevalece sobre inferior (artículo 9); (iii) *de especialidad*: norma especial prevalece sobre general (artículo 13).

La doctrina propone reglas para resolver conflictos entre los criterios: (1) entre jerárquico y cronológico (norma anterior superior contra norma posterior inferior) prevalece el jerárquico; (2) entre de especialidad y cronológico (norma anterior especial contra norma posterior general) prevalece el de especialidad; (3) entre jerárquico y de especialidad (norma general superior contra norma especial inferior), no existe acuerdo sobre cuál prevalece: para algunos, el cronológico es criterio auxiliar, prevaleciendo la posterior¹⁴⁷.

Cuando ningún criterio aplica (normas contemporáneas, de igual rango y generales), la doctrina hace prevalecer la *lex favorabilis* (norma permisiva) sobre la *lex odiosa* (norma imperativa: mandato o prohibición). Sin embargo, esto sólo sirve si la antinomia es entre normas de derecho público. Si ambas son imperativas (una ordena, otra prohíbe), excluyen recíprocamente su validez, resultando que la conducta está permitida¹⁴⁸.

¹⁴³ cfr. Hervada, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1996; Massini Correas, Carlos, *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, Eunsa, 2006.

¹⁴⁴ Mora Sifuentes, Francisco, «Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios. Entrevista a Juan Antonio García Amado», *Ciencia Jurídica*, año 5, núm. 10, 2016, p. 266, <https://bit.ly/3r0fMLK>

¹⁴⁵ *idem*.

¹⁴⁶ cfr. CC, Expediente 5956-2016, sentencia del 5 de octubre de 2017.

¹⁴⁷ cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 206-209.

¹⁴⁸ cfr. *ibidem*, pp. 209-210.

El Código de 1877 excluía el criterio de *lex favorabilis* (artículo 2429). Actualmente no hay norma al respecto. Siguiendo el principio *pro persona*, debería optarse por la norma favorable pues maximiza el derecho de libertad de acción, recordando que además trasciende la estricta jerarquía.

Un ejemplo interesante es cómo la CC ha oscilado en su criterio sobre si el auto de enmienda del procedimiento es apelable en una ejecución en vía de apremio. La LOJ es posterior al Código Procesal, Civil y Mercantil (CPCYM), ambas son leyes ordinarias y especiales respecto del acto y del proceso. La Corte ha asentado y modificado doctrina legal al efecto¹⁴⁹.

REFERENCIAS

Aguirre Godoy, Mario. *Derecho procesal civil*. Guatemala, s/e, 2005, tomo II, vol. 2.

Álvarez, José María. *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*. México. UNAM, 2016, tomo I, <https://bit.ly/31S26s4>

Asamblea Nacional Constituyente (1984-1985). *Diario de Sesiones*. Guatemala. Congreso de la República, 2011.

Asamblea Nacional Constituyente. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-86.

Balkin, Jack. *The cycles of constitutional time*. Nueva York. Oxford, 2020.

Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid. Debate, 1993.

Brito Melgarejo, Rodrigo. «El principio *pro persona* y la protección de los derechos humanos: alcances e implicaciones». *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXV, núm. 264, julio-diciembre de 2015, <https://bit.ly/3rHimaT>

Canessa Montejo, Miguel F. (director). *Manual de derecho del trabajo*. 2.^a edición. Guatemala. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2011, tomo I.

Comanducci, Paolo y otro., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Comisión de los Treinta (Comisión del Proyecto de Constitución) (1984-1985). *Diario de Sesiones*. Guatemala. Congreso de la República, 2011.

Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala. *Exposición de motivos, Reforma constitucional en materia de justicia*. Guatemala, s/e, 2016, <https://bit.ly/39JBZYP>

Congreso de la República, Código de Comercio, Decreto 2-70.

¹⁴⁹ cfr. CC, Expediente 4734-2011, sentencia del 14 de febrero de 2013.

_____. Código de Trabajo, Decreto 330 (reformado por decreto 1441 y otros).

_____. Código Procesal Penal, Decreto 51-92.

_____. *Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene la Ley del Organismo Judicial*, 29 de junio de 1988, Registro 093.

Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Obligaciones y negocios jurídicos civiles (Parte general)*. Guatemala. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2004.

Corte de Constitucionalidad. Expediente 1006-2014, sentencia del 26 de noviembre de 2014.

_____. Expediente 1031-2000, sentencia del 3 de abril de 2001.

_____. Expediente 1034-2001, sentencia del 17 de octubre de 2001.

_____. Expediente 1061-2020, sentencia del 22 de septiembre de 2020.

_____. Expediente 1086-2012, sentencia del 3 de julio de 2013.

_____. Expediente 1122-2005, sentencia del 1 de febrero de 2006.

_____. Expediente 113-87, voto razonado del 16 de junio de 1987.

_____. Expediente 113-92, sentencia del 19 de mayo de 1992.

_____. Expediente 1327-2008, sentencia del 26 de junio de 2008.

_____. Expediente 1467-2014, sentencia del 10 de marzo de 2016.

_____. Expediente 1475-2019, sentencia del 11 de agosto de 2020.

_____. Expediente 1491-2007, sentencia del 1 de abril de 2008.

_____. Expediente 153-2005, sentencia del 1 de septiembre de 2005.

_____. Expediente 1559-2018, sentencia del 28 de enero de 2020.

_____. Expediente 1777-2007, sentencia del 19 de septiembre de 2007.

_____. Expediente 1806-2014, sentencia del 17 de noviembre de 2015.

_____. Expediente 1822-2011, sentencia del 17 de julio de 2012.

_____. Expediente 1837-2014, sentencia del 28 de agosto de 2014.

_____. Expediente 1838-2014, sentencia del 16 de junio de 2015.

_____. Expediente 186-2014, sentencia del 8 de febrero de 2018.

_____. Expediente 1879-2019, sentencia del 10 de julio de 2019.

-
- _____. Expediente 1904-2004, sentencia del 3 de noviembre de 2004
- _____. Expediente 1979-2003, sentencia del 31 de agosto de 2005.
- _____. Expediente 2066-2019, sentencia del 22 de abril de 2020.
- _____. Expediente 2069-2014, sentencia del 12 mayo de 2015.
- _____. Expediente 2070-2014, sentencia del 30 de septiembre de 2015.
- _____. Expediente 2075-2006, sentencia del 4 de febrero de 2008.
- _____. Expediente 2150-2008, sentencia del 23 de octubre de 2008.
- _____. Expediente 2151-2011, sentencia del 23 de agosto de 2011.
- _____. Expediente 2153-2003, sentencia del 2 de febrero de 2004.
- _____. Expediente 2158-2009, sentencia del 16 de febrero de 2010.
- _____. Expediente 2315-2019, sentencia del 28 de enero de 2020.
- _____. Expediente 2404-2019, sentencia del 12 de septiembre de 2019.
- _____. Expediente 2464-2015, sentencia del 23 de diciembre de 2015.
- _____. Expediente 2567-2017, sentencia del 10 de marzo de 2020.
- _____. Expediente 2696-2014, sentencia del 24 de junio de 2015.
- _____. Expediente 272-2016, sentencia del 30 de marzo de 2016.
- _____. Expediente 2722-2012, sentencia del 3 de abril de 2013.
- _____. Expediente 2729-2011, sentencia del 14 de agosto de 2012.
- _____. Expediente 2896-2009, sentencia del 14 de octubre de 2009.
- _____. Expediente 2906-2011, sentencia del 8 de agosto de 2011.
- _____. Expediente 2906-2011, sentencia y voto concurrente del 8 de agosto de 2011.
- _____. Expediente 2906-2017, sentencia del 21 de septiembre de 2017.
- _____. Expediente 2928-2008, sentencia del 12 de febrero de 2009.
- _____. Expediente 3003-2010, opinión consultiva del 21 de diciembre de 2010.
- _____. Expediente 3004-2007, sentencia del 10 de junio de 2009.
- _____. Expediente 3033-2013, sentencia del 6 de mayo de 2014.

- _____. Expediente 306-92, sentencia del 29 de septiembre de 1992.
- _____. Expediente 3380-2007, sentencia del 12 de diciembre de 2007.
- _____. Expediente 360-2002, sentencia del 5 de junio de 2002.
- _____. Expediente 3604-2014, sentencia del 29 de septiembre de 2015.
- _____. Expediente 3649-2015, sentencia del 13 de noviembre de 2015.
- _____. Expediente 370-2010, sentencia del 4 de noviembre de 2010.
- _____. Expediente 3715-2015, sentencia del 26 de noviembre de 2015.
- _____. Expediente 3715-2017, sentencia del 26 de mayo de 2020.
- _____. Expediente 3783-2018, sentencia del 29 de septiembre de 2020.
- _____. Expediente 387-2010, sentencia del 7 de julio de 2011.
- _____. Expediente 387-2016, sentencia del 9 de mayo de 2016.
- _____. Expediente 4044-2018, sentencia del 22 de mayo de 2019.
- _____. Expediente 4104-2011, sentencia del 16 de marzo de 2012.
- _____. Expediente 4132-2013, sentencia del 14 de febrero de 2014.
- _____. Expediente 4208-2013, sentencia del 17 de diciembre de 2013.
- _____. Expediente 4249-2015, sentencia del 13 de septiembre de 2017.
- _____. Expediente 4274-2009, sentencia del 4 de octubre de 2011.
- _____. Expediente 443-97, sentencia del 11 de junio de 1998.
- _____. Expediente 4459-2010, sentencia del 19 de julio de 2011.
- _____. Expediente 4468-2009, sentencia del 27 de septiembre de 2011.
- _____. Expediente 461-2014, sentencia del 7 de marzo de 2014.
- _____. Expediente 4670-2017, sentencia del 8 de octubre de 2019.
- _____. Expediente 4734-2011, sentencia del 14 de febrero de 2013.
- _____. Expediente 4860-2013, sentencia del 24 de abril de 2014.
- _____. Expediente 501-2004, sentencia del 6 de octubre de 2004.
- _____. Expediente 5145-2013, sentencia del 17 de febrero de 2015.

-
- _____. Expediente 5297-2015, sentencia del 1 de agosto de 2017.
- _____. Expediente 5429-2014, sentencia del 13 de noviembre de 2015.
- _____. Expediente 5432-2019, sentencia del 28 de abril de 2020.
- _____. Expediente 5433-2014, sentencia del 19 de marzo de 2015.
- _____. Expediente 5437-2019, sentencia del 12 de enero de 2021.
- _____. Expediente 5477-2019, sentencia del 8 de octubre de 2019.
- _____. Expediente 576-2014, sentencia del 11 de diciembre de 2014.
- _____. Expediente 5955-2013, sentencia del 25 de noviembre de 2015.
- _____. Expediente 5956-2016, sentencia del 5 de octubre de 2017.
- _____. Expediente 6095-2014, sentencia del 2 de julio de 2015.
- _____. Expediente 6400-2016, sentencia del 18 de octubre de 2017.
- _____. Expediente 65-2018, sentencia del 14 de junio de 2018.
- _____. Expediente 682-96, opinión consultiva del 21 de junio de 1996.
- _____. Expediente 882-95, sentencia del 15 de febrero de 1996.
- _____. Expediente 937-2003, sentencia del 19 de abril de 2004.
- _____. Expediente 943-2017, sentencia del 21 de junio de 2017.
- _____. Expediente 97-86, sentencia del 25 de febrero de 1987.
- _____. Expedientes Acumulados 1079/2858/2859/2860/2861/2863-2011, sentencia del 12 de noviembre de 2013.
- _____. Expedientes Acumulados 1202/1288-2006 y 1451-2007, sentencia del 8 de enero de 2008.
- _____. Expedientes Acumulados 2123/2157-2009, sentencia del 10 de febrero de 2012.
- _____. Expedientes Acumulados 2523/2807-2013, sentencia del 15 de enero de 2015.
- _____. Expedientes Acumulados 282/285-87, sentencia del 19 de mayo de 1988.
- _____. Expedientes Acumulados 4470/4479/4483/4487/4488/4495/4506/4506-2017, sentencia del 13 de diciembre de 2008.
- _____. Expedientes Acumulados 909/1008/1151-2006, sentencia del 19 de julio de 2006.

Corte Suprema de Justicia. *Proyecto de Ley del Organismo Judicial*. Guatemala. Ediciones del Organismo Judicial, 1987.

_____. Expediente 3187-2017, sentencia del 12 de diciembre de 2018.

_____. Expediente 492-2019, sentencia del 12 de junio de 2019.

_____. Expediente 816-2019, sentencia del 27 de mayo de 2020.

_____. Expedientes Acumulados 1372/1373-2015, sentencia del 21 de agosto de 2015.

Corte Suprema de Justicia. Cámara Civil. Expediente 141-2000, sentencia del 26 de febrero de 2001.

_____. Expediente 154-2011, sentencia del 18 de noviembre de 2011.

_____. Expediente 154-2012, sentencia del 30 de octubre de 2015

_____. Expediente 17-2014, sentencia del 16 de octubre de 2014.

_____. Expediente 175-2013, sentencia del 16 de diciembre de 2013.

_____. Expediente 214-2013, sentencia del 11 de agosto de 2014.

_____. Expediente 23-2008, sentencia del 28 de julio de 2008.

_____. Expediente 252-2012, sentencia del 8 de febrero de 2016

_____. Expediente 258-2012, sentencia del 26 de junio de 2014.

_____. Expediente 264-2012, sentencia del 6 de diciembre de 2013.

_____. Expediente 290-2013, sentencia del 31 de julio de 2014.

_____. Expediente 310-2011, sentencia del 16 de julio de 2012.

_____. Expediente 337-2010, sentencia del 12 de julio de 2011.

_____. Expediente 344-2011, sentencia del 27 de agosto de 2012.

_____. Expediente 348-2011, sentencia del 13 de agosto de 2012.

_____. Expediente 433-2011, sentencia del 19 de noviembre de 2012.

_____. Expediente 512-2011, sentencia del 19 de noviembre de 2012.

_____. Expediente 524-2012, sentencia del 11 de marzo de 2014.

_____. Expediente 531-2011, sentencia del 23 de noviembre de 2012.

_____. Expediente 541-2010, sentencia del 5 de septiembre de 2011.

- _____. Expediente 548-2012, sentencias del 10 de marzo de 2014 y 18 de junio de 2015.
- _____. Expediente 579-2010, sentencia del 8 de noviembre de 2011.
- _____. Expediente 585-2012, sentencias del 8 de octubre de 2013 y 10 de septiembre de 2015.
- _____. Expediente 636-2012, sentencias del 11 de marzo de 2014 y 13 de noviembre de 2015.
- _____. Expediente 648-2012, sentencia del 11 de octubre de 2013.
- _____. Expedientes Acumulados 549/556-2011, sentencia del 10 de febrero de 2014.
- _____. s/e, sentencia del 16 de mayo de 1983.
- _____. s/e, sentencia del 28 de agosto de 1990.
- Corte Suprema de Justicia. Cámara Penal. Expediente 1240-2019, sentencia del 28 de julio de 2020.
- _____. Expediente 1524-2012, sentencia del 6 de noviembre de 2012.
- _____. Expediente 1848-2012, sentencia del 29 de enero de 2013.
- _____. Expediente 218-2003, sentencia del 7 de octubre de 2004.
- Cruz, Fernando. *Instituciones de derecho civil patrio*. Guatemala. Tipografía El Progreso, 1882, tomo 1, <https://bit.ly/3sXBJNg>
- Echeverría, Buenaventura. *Derecho constitucional guatemalteco*. Guatemala. Tipografía Nacional, 1944.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. «Interpretación conforme y control difuso de constitucionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano». *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, <https://bit.ly/2OKcPl6>
- Fuentes Destarac, Mario. «Interpretación de la Constitución». *elPeriódico*, 11 de febrero de 2019, <https://bit.ly/2PZcdJt>
- _____. «Octava magistratura de la CC», *elPeriódico*, 19 de abril de 2021, <https://bit.ly/3b9OAVW>.
- Galindo Garfias, Ignacio. *Estudios de derecho civil*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, <https://bit.ly/3vGDVKL>
- García Laguardia, Jorge Mario. *La reforma liberal en Guatemala*. 3.^a edición. Guatemala. Tipografía Nacional, 2011.
- García Máynez, Eduardo. *Lógica del raciocinio jurídico*. México. Fontamara, 1994.
- González, Luis. «Resoluciones de la actual CC causaron inseguridad jurídica y daños irreparables en la economía». *República*, 28 de febrero de 2021, <https://bit.ly/3eqDYUp>

- González Dubón, Aníbal, *Hermenéutica y axiología constitucional. Algunos problemas de la interpretación de la Constitución y de la discusión valorativa en las decisiones constitucionales*. Guatemala. Tesis doctoral. Universidad de San Carlos de Guatemala, 2016, pp. 162-167, <https://bit.ly/3sjsYw3>.
- Gramajo Castro, Juan Pablo. *Código civil comentado y anotado*. 3.^a edición. Guatemala. IUS Ediciones, 2016.
- _____. «¿Cómo se interpreta la Constitución? Originalismo, neoconstitucionalismo y la vía guatemalteca». *Plaza Pública*, 17 de enero de 2021, <https://bit.ly/3rYloHF>.
- _____. «Equidad y derecho en Guatemala: reflexiones con ocasión del arbitraje». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín*, año XVII, núm. 27, 2009, <https://bit.ly/38Ju5xX>.
- _____. «Jurisprudencia y doctrina legal: El derecho judicial en Guatemala». *Iuristec*, 4 de abril de 2017, <https://bit.ly/3rmJprw>.
- _____. *La técnica jurídica del derecho romano clásico y su perenne actualidad*, Guatemala. Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Francisco Marroquín, 2008, <https://bit.ly/3kCgqOc>.
- _____. «¿Originalismo es conservadurismo y constitución viviente, activismo judicial? No tan rápido». *Plaza Pública*, 19 de enero de 2021, <https://bit.ly/3dXA0S7>.
- _____. «Pluralismo jurídico en Guatemala: reflexiones desde Mises y Hayek». *Revista de Investigación en Humanidades UFM*, vol. 2, 2017, <https://bit.ly/3fL28tU>.
- Gutiérrez Dávila, Alejandro José. *El neoconstitucionalismo como paradigma epistemológico*, Guatemala. Tesis doctoral. Universidad de San Carlos de Guatemala, 2017, <https://bit.ly/3uuhEPe>.
- Gutiérrez de Colmenares, Carmen María y Chacón de Machado, Josefina. *Introducción al derecho*. 3.^a edición. Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2011.
- Guzmán Brito, Alejandro. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. Navarra, Aranzadi, 2006.
- Hayek, Friedrich A., *Derecho, legislación y libertad*. Traducción de Luis Reig Albiol. Madrid. Unión Editorial, 2006.
- Hernández Manríquez, Javier. *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 2019, <https://bit.ly/2Q1t8dR>.
- Hervada, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona. Eunsa, 1996.
- Jefe del Gobierno de la República. Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.

- Kestler Farnés, Maximiliano. *Introducción a la teoría constitucional guatemalteca*. Guatemala. Sánchez & De Guise, 1950.
- López Medina, Diego. *Teoría impura del derecho*. Colombia. Legis, 2013.
- Magistratura de Coordinación de la Jurisdicción de Trabajo y Previsión Social, *Gaceta de Trabajo*. 2.^a época, vol. 3, Guatemala, mayo a diciembre de 1953, Editorial del Ministerio de Educación Pública, <https://bit.ly/3dLDXZE>
- Massini Correas, Carlos. *La ley natural y su interpretación contemporánea*. Pamplona. Eunsa, 2006.
- Mirow, M. C. *Latin American Constitutions: The Constitution of Cádiz and its Legacy in Spanish America*. New York. Cambridge University Press, 2015.
- Mises, Ludwig von. *Nation, State and Economy*. Traducción de Leland Yeager. Alabama. Mises Institute, 2000, <https://bit.ly/3t1hH4x>
- Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mauro. *Manual de derecho procesal civil guatemalteco*. 3.^a edición. Guatemala. Magna Terra, vol. 2, 2004.
- Mora Sifuentes, Francisco. «Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios. Entrevista a Juan Antonio García Amado». *Ciencia Jurídica*, año 5, núm. 10, 2016, <https://bit.ly/3r0fMLK>.
- Movimiento Pro Justicia. *El tránsito del CSU-USAC del secretismo a la publicidad en la designación de magistrados*. 2021, <https://bit.ly/3ttMYwg>
- Moyn, Samuel. *The Last Utopia: Human rights in history*. Massachusetts. Harvard University Press, 2010.
- Mutz, Viviana. «Agravios de la CC continuarán con teorías ajenas a la Carta Mana, según expertos». *República*, 15 de enero de 2021, <https://bit.ly/2RAa3jX>
- Nájera-Farfán, Mario Efraín. *Derecho procesal civil*. 2.^a edición. Guatemala. IUS Ediciones, vol. 1, 2006.
- Nikken, Pedro. «La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales». *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 52, julio-diciembre de 2010, <https://bit.ly/3cZrliB>
- Organización de las Naciones Unidas, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- Recaséns Siches, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. 16.^a edición. México. Porrúa, 2009.
- Rodríguez Martínez, Jorge Mario. «La lectura moral de la Constitución». *elPeriódico*, 31 de agosto de 2017, <https://bit.ly/3nWxO1s>
- Rojas Amandi, Víctor M. *Derecho internacional público*. México. Nostra Ediciones, 2010, <https://bit.ly/2OHm71P>

Sabino, Carlos. *Guatemala, la historia silenciada (1944 – 1989): Tomo I, Revolución y Liberación*, Guatemala. Fondo de Cultura Económica, 2007.

Samayoa, Oswaldo. «Orden jurídico con Constitución». *Plaza Pública*, 13 de julio de 2020, <https://bit.ly/3nVG14V>

Torres Valenzuela, Armantina Artemis. *Historia del pensamiento positivista en Guatemala (1870-1900)*. Guatemala. Tesis doctoral. Universidad Rafael Landívar, 2009, <https://bit.ly/30RXula>.

Vásquez Monterroso, Diego. «Heterarquía, comunidad y autoridad. Un acercamiento a las comunidades indígenas y el pluralismo jurídico como forma eficaz de justicia en Guatemala (siglos XVI-XXI)». *Revista Voces*. 2.^a época, año 11, núm. 11, 2017, <https://bit.ly/2RgK4xK>

Villegas Lara, René Arturo. *Temas de introducción al estudio del derecho y teoría general del derecho*. 5.^a edición. Guatemala. Editorial Universitaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2011.

DERECHO MULTINIVEL, GLOBALIZACIÓN Y FUENTES EXTRANJERAS

Irma Rebeca Monzón Rojas¹

INTRODUCCIÓN

El artículo desarrolla nuevos espacios dentro de la estructura del Estado que rebasan el orden interno tradicionalmente establecido, en aras de favorecer la protección de los derechos y la cooperación en el ámbito internacional; para ello se destaca el funcionamiento jurisdiccional en los distintos niveles de actuación, desde de los tribunales internos hacia los tribunales supranacionales que surgen de la relación comunitaria, y a los tribunales internacionales que se rigen por el derecho internacional, así como la aplicación de los diferentes órdenes normativos, nacionales, comunitarios, internacionales y normas extranjeras. Es decir, el desarrollo de las opciones de fuentes normativas y órganos jurisdiccionales multinivel, cada uno en el ámbito de su competencia, explicados desde el marco de la globalización.

Los efectos de la globalización y la aplicación de diferentes órdenes normativos a lo interno de cada Estado han propiciado hablar de un *ius commune*, que busca articular y armonizar el derecho interno, comunitario, e internacional, dentro de un contexto jurídico multinivel.

En ese contexto, se puede afirmar que el modelo tradicional centrado en la jurisdicción interna de los Estados se ha visto superado con otras concepciones, que pasan a formar parte de las jurisdicciones aplicables a cada Estado y fijan un camino para acceder a una mayor protección jurídica para los derechos de las personas, mediante la aplicación e interacción de distintivo órdenes jurídicos.

El contenido de los temas se explica de forma concreta para facilitar la comprensión, el contexto en que se aplican los distintos niveles, en particular el derecho comunitario centroamericano que surge por motivo del establecimiento de la comunidad centroamericana y que culmina con la creación del derecho de integración o derecho comunitario de la subregión centroamericana, siendo este tema de los más importantes y sugerentes del presente artículo.

El trabajo se divide en tres aportes, el primero sobre el derecho multinivel, este desarrolla la vinculación, contenido y aplicación del derecho multinivel en el espacio latinoamericano y concretamente en el subsistema centroamericano. El segundo aborda la globalización y el *Ius Constitutionale Commune*. Por último, en el tercero, se atiende un tema que no debe pasar desapercibido por los estudiosos del derecho: la importancia de la aplicación de las normas extranjeras, y para

¹ Doctora en Derecho y máster en Sociedad Democrática, Estado y Derecho conjuntamente por la Universidad del País Vasco y la Universidad Rafael Landívar; máster en Derechos Humanos y licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogada y notaria por la Universidad Rafael Landívar. Profesora universitaria e investigadora del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas del Instituto de Ciencias Socio Humanistas de la Universidad Rafael Landívar.

ello se expone el contexto dentro del cual aquellas normas se aplican, identificando la normativa guatemalteca que así lo contempla.

El trabajo también incluye un cuadro explicativo del bloque de constitucionalidad establecido a la luz de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad que servirá de referencia puntual para identificar los tratados internacionales que en Guatemala conforman dicho bloque; así también, un apartado de ejercicio práctico de retroalimentación para los alumnos de derecho para generar debate en torno a los contenidos desarrollados.

1. DERECHO MULTINIVEL

1.1 Constitucionalismo multinivel

Como antecedente es pertinente mencionar que el concepto de «constitucionalismo multinivel» adquirió relevancia en el contexto europeo, con el Proyecto de Constitución Europea y con el Tratado de Lisboa, dando paso a una nueva realidad constitucional para la Unión Europea (UE). Con dicho tratado

el sistema de protección de derechos fundamentales del Derecho de la UE se configura a través de diversos ejes y fuentes de protección, destacando la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea] —CDFUE— (...), así como el [Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales] —CEDH— y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales del Derecho de la Unión (...).²

En ese sentido, en Europa se puede hablar de tres niveles autónomos de garantía de los derechos fundamentales en el territorio de los países miembros de la unión, según la normativa: el nacional, conformado por las constituciones nacionales de cada Estado miembro; el de la UE, mediante la Carta de Derechos Fundamentales; y el convencional, conformado por Convención Europea de Derechos Humanos de 1950. Ese conjunto normativo permitió que dicho sistema se conociera como «constitucionalismo multinivel». Adicionalmente, en cada uno de estos niveles correspondía «un garante de los derechos fundamentales y máximo intérprete de su aplicación en su nivel respectivo»³. En su orden, la competencia recae en el Tribunal Constitucional, en el Tribunal de Justicia, y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En suma, el constitucionalismo multinivel «permite la coexistencia y articulación de varios ordenamientos legales, ubicados en diversos niveles tanto territoriales como funcionales, pero entre los cuales existen principios de coordinación»⁴. Este modelo hace posible el ejercicio de

² Sarrión Esteve, Joaquín, «Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Melloni», en Baño León, José María (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Madrid, vol. 1, tomo I, 2016, p. 217.

³ *ibidem*, p. 203.

⁴ Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 241.

funciones constitucionales sin que exista un ordenamiento constitucional único ni una fuente de poder constitucional exclusiva.

1.2 Tutela multinivel

Si bien la denominada protección multinivel de derechos fundamentales tiene su origen y desarrollo en el contexto europeo, también en América Latina se ha ganado espacios fortaleciéndose progresivamente, por cuanto puede afirmarse que la «tutela multinivel» es un término cada vez más común en materia de protección de los derechos y libertades de las personas. Puede entenderse como un «fenómeno de la proliferación de catálogos e instrumentos de garantía que operan en distintos niveles y con distinto grado de eficacia»⁵, en otras palabras, se refiere a la existencia de «diversas esferas, en ocasiones superpuestas, de protección de derechos fundamentales (...)»⁶. De hecho, este término ha cobrado mayor relevancia conceptual para comprender la estructura de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y la forma en que se relacionan con el sistema constitucional interno. En otras palabras, el vocablo alude a la realidad de la expansión del ámbito de protección de los derechos más allá del espacio nacional, que alcanzan el ámbito supranacional e internacional.

En ese sentido, uno de los presupuestos de los que parte la teoría de la tutela multinivel es precisamente «la existencia de diversos sistemas normativos de orden constitucional, sin que ello implique que uno anule al otro. Se trata de una estructura basada en la coexistencia y coordinación entre sistemas normativos»⁷.

En esa estructura multinivel, los sistemas normativos funcionan en diferentes estrados para la protección de los derechos humanos, que, si bien coexisten, son autónomos y operan sobre la base de diferentes marcos jurídicos y distintos medios de protección.

La tutela multinivel implica lo siguiente:

La existencia de una pluralidad de mecanismos de garantía resultante de las limitaciones del Estado soberano para hacer frente a los desafíos que plantea la efectiva protección de los derechos, el origen de esta doctrina podría situarse en la creación misma de la Organización de Naciones Unidas (ONU). Es decir, la tutela multinivel existe desde el momento en el que existen distintas esferas de protección de los derechos más allá de las fronteras del Estado.⁸

⁵ Bilancia, Paola, «Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti», citado por Antonio Milani, *Annuale, Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Casa Editrice Dott, Padova, 2008, p. 401.

⁶ Torres Pérez, Aida, «La protección multinivel de los derechos fundamentales y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE ¿Incrementa la Carta los poderes de la UE para la regulación de derechos fundamentales?», en Institut d'Estudis Autònoms, *La incidència del Tractat de Lisboa en el exercici de les competències autonòmiques*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2010, p. 277.

⁷ Torres Zúñiga, Natalia, «Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 70, 2013, p. 353.

⁸ Montesinos Padilla, Carmen, Tutela multinivel de los derechos: Obstáculos procesales, tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 19.

Ahora bien, para explicar la relación entre el derecho nacional, el derecho comunitario y el derecho internacional como un sistema de protección de derechos dentro de una estructura multinivel, es conveniente desarrollar su delimitación conceptual, contenido, aplicación, coexistencia, y explicar las relaciones entre los diferentes ordenamientos jurídicos, utilizando las teorías de sistemas y subsistemas. En ese contexto, en el presente artículo se explicará la estructura del sistema multinivel de protección de derechos fundamentales en el ámbito americano y centroamericano.

1.3 Estructura del sistema multinivel en Guatemala

Como se ha señalado, la protección de los derechos desde una protección multinivel abarca los derechos reconocidos en las constituciones y derecho interno, el derecho comunitario y los convenios internacionales. Su efectiva aplicación e interpretación depende de los tribunales nacionales, supranacionales e internacionales. Con esa base original del marco europeo, cabe preguntarse si el sistema multinivel de protección de derechos fundamentales es aplicable en América Latina. La respuesta inmediatamente es afirmativa, ya que cada Estado contempla la protección al nivel nacional a nivel constitucional; mientras que a nivel internacional lo hace mediante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como Estados miembros de la OEA.

En tanto que la protección a nivel supranacional, a diferencia del sistema europeo y las experiencias del Mercado Común del Sur (Mercosur)⁹, la Comunidad Andina (CA)¹⁰ y el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)¹¹, por citar algunas, presentan otra finalidad. En el primero existen instrumentos de cooperación en materia de derechos humanos, así como instrumentos que protegen derechos específicos, pero «no establecen un verdadero régimen comunitario de derechos humanos al interior del Mercosur, con efecto directo y supremacía sobre el orden jurídico nacional, tendiente a vincular tanto a la organización internacional como a los Estados miembros»¹². En cuanto al segundo, es pertinente mencionar que dentro de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, se encuentra el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, pero su

⁹ Es un proceso de integración política y económica regional, instituido inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay al cual, en fases posteriores, se han incorporado otros países sudamericanos. Desde su creación, su objetivo principal es «propiciar un espacio común que generara oportunidades comerciales y de inversiones a través de la integración competitiva de las economías nacionales al mercado internacional». Mercosur. ¿Qué es el Mercosur?, <https://www.mercosur.int/quienes-somos/en-pocas-palabras/>

¹⁰ La Comunidad Andina está conformada por Países Miembros, órganos e instituciones, articulados en el Sistema Andino de Integración (SASI). Se trata de un mecanismo de integración subregional «que cuenta con diversos órganos e instituciones que integran el Sistema Andino de Integración (SAI) cuyo objetivo es alcanzar un desarrollo integral, equilibrado y autónomo, mediante la integración andina, con proyección hacia una integración sudamericana y latinoamericana». Comunidad Andina, *¿Qué es la Comunidad Andina?*, <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=189&tipo=QU&title=somos-comunidad-andina>

¹¹ El Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) está conformado por diferentes órganos, secretarías, instituciones especializadas, programas y proyectos regionales. Tiene por objetivo la integración de Centroamérica, para constituir la en una región de paz, libertad, democracia y desarrollo. Sistema de la Integración Centroamericana. *Entendiendo la integración*, <https://www.sica.int/breve>

¹² Bandeira Galindo, George Rodrigo y otros (coordinadores), *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual, Red de Derechos Humanos y Educación Superior*, p. 22.

jurisprudencia «no ha contribuido a la protección de los derechos humanos a nivel comunitario»¹³, y de los acuerdos entre los Estados miembros, como por ejemplo la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos que, por su naturaleza, tampoco constituye fuente de derecho comunitario ni vincula a la comunidad en la protección de los derechos humanos.

En cuanto al SICA, se resalta, entre otros, la creación de la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) como parte del sistema. El tribunal garantizará el respeto del derecho en la interpretación y ejecución del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo. Para efectos del presente artículo, se desarrollará en apartados posteriores, para analizar su papel en la protección de derechos a nivel supranacional en la subregión centroamericana y específicamente en Guatemala.

De lo anterior se puede asumir que en la región latinoamericana solo existen dos niveles de protección de derechos humanos, el nacional e internacional, no así el nivel intermedio, el supranacional.

1.3.1 Jurisdicción nacional

La protección sustantiva o material de los derechos humanos se encuentra establecida en las respectivas constituciones nacionales, derecho interno, y en el conjunto normativo que conforman el bloque de constitucionalidad de cada uno de los Estados. De lo que se desprende que dicha protección tiene una doble fuente, una constitucional y otra internacional; estos últimos al ser ratificados por cada Estado, se incorporan en el ordenamiento jurídico nacional con carácter de ley.

Guatemala, así como el resto de los países centroamericanos, son Estados monistas legales, y uno de sus atributos es el efecto directo de los tratados y normas internacionales dentro de los sistemas legales nacionales sin necesidad de ser implementado a través del Organismo Legislativo¹⁴.

¹³ *idem*.

¹⁴ Centroamérica presenta un esquema de gobernanza multinivel, donde prevalece la división entre las competencias y normas de las instituciones internacionales, regionales y nacionales, el modelo de jerarquía kelseniano —atribuido a su discípulo Adolf Julius Merkl— (nivel fundamental, legal y sublegal), ha sido rebasado al tratar con nuevas formas de interacción entre diversos niveles de sistemas legales. «Lo anterior se debe a que el modelo kelseniano se creó para tratar con la jerarquía de normas centrada en el Estado y antes del desarrollo de organizaciones regionales y desarrollos posteriores del derecho internacional». Para el jurista Carlos Arturo Villagrán Sandoval, la jerarquía normativa en la región centroamericana coloca en la cúspide a los instrumentos internacionales de derechos humanos, junto con las constituciones nacionales (con excepción de Costa Rica, que es superior); el segundo nivel consiste en instrumentos internacionales generales, incluidos los tratados del SICA y sus tratados complementarios; en tanto que el tercer nivel comprende la legislación nacional aprobada por el Congreso; y el nivel más bajo contiene actos de ejecutivos y normas derivadas del SICA. Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, *Decodificando al SICA: una crítica a la integración centroamericana a través del derecho regional comparado*, Guatemala, Editorial Cara Parens, 2021, pp. 47, 48 y 50.

En Guatemala, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales regionales y universales¹⁵, así como la jurisprudencia de la Corte IDH, conforman el bloque de constitucionalidad. Esta figura jurídica se determina mediante los artículos 44 y 46 constitucionales.

Al efecto, la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad (CC) define el bloque de constitucionalidad como:

(...) un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, [la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶] incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano.¹⁷

La CC considera que la naturaleza de esta figura es de carácter procesal ya que al determinar el conjunto de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que lo conforman, permite ejercer el debido control de constitucionalidad¹⁸.

Ahora bien, adicionalmente a la protección sustantiva de los derechos humanos, se han creado distintos mecanismos para su efectiva garantía. Se trata de mecanismos jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional, cuando el mismo ha sido violado por los propios órganos del poder.

En Guatemala corresponde a la Corte de Constitucionalidad la defensa del orden constitucional, la cual, a través de sus sentencias y opiniones, tutela los derechos humanos reconocidos en la carta magna y otros instrumentos internacionales.

De conformidad con el artículo 272 de la Constitución, la Corte de Constitucionalidad como máximo intérprete del texto constitucional, conoce, entre otros, de las acciones de inconstitucionalidad plantadas contra leyes o disposiciones de carácter general; de las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el presidente y el vicepresidente de la república; de toda apelación de amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia; emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley; y

¹⁵ Al final del artículo se presenta una tabla que enumera e identifica los tratados internacionales en materia de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad en Guatemala, según la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad.

¹⁶ Corte de Constitucionalidad, Expediente 2295-2015, sentencia del 3 de mayo de 2014, apartado II, p. 4. Véase también: Corte de Constitucionalidad, Expediente 6276-2016, sentencia del 24 de octubre de 2017, considerando IV, p. 12; Corte de Constitucionalidad, Expediente 5024-2017, sentencia del 22 de mayo de 2018, considerandos I y IV, pp. 12, 21 y 25. Corte de Constitucionalidad, Expediente 3448-2017, sentencia del 26 de junio de 2018, considerando III, p. 16.

¹⁷ Corte de Constitucionalidad, Expediente 1822-2011, sentencia del 17 de julio de 2012, considerando IV, p. 15.

¹⁸ Los tribunales domésticos están llamados a ejercer el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

en general, actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia.

Así también, se debe mencionar que corresponde a los tribunales nacionales, incluyendo a la CC, ejercer el control difuso de convencionalidad, institución utilizada para la aplicación, en sus resoluciones, del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia del tribunal internacional regional en esa materia.

1.3.2 Jurisdicción internacional regional

Los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA)¹⁹, adoptaron una serie de instrumentos internacionales que constituyen la base del sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, el «Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)».

A través de este sistema se crearon dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados parte, para la observancia y garantía de los derechos humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en la materia²⁰, mientras que la Corte IDH es un órgano judicial que ejerce una función contenciosa y una función consultiva.

El artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su parte conducente:

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial. Estados parte que hayan reconocido dicha competencia.²¹

La jurisprudencia del tribunal interamericano refiere que el ejercicio de su competencia contenciosa

depende normalmente de una cuestión previa y fundamental, como es el consentimiento de los Estados para someterse a su jurisdicción²². Si ese consentimiento ha sido otorgado, los Estados que participan en el proceso toman técnicamente el carácter de partes en el mismo y se comprometen a

¹⁹ La Organización de Estados Americanos constituye un organismo regional con la intención de lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículo 1.

²⁰ Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículo 1.

²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 62.

²² El 9 de marzo de 1987, Guatemala presentó en la Secretaría General de la OEA el Acuerdo Gubernativo 123-87, del 20 de febrero de 1987, por el cual reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

cumplir con la decisión de la Corte (artículo 68.1 de la Convención). En cambio, mientras no exista tal consentimiento la jurisdicción de la Corte no podrá ejercerse, de modo que carece de sentido examinar los asuntos de fondo que determinan la controversia sin antes haber establecido si las partes involucradas han aceptado o no su jurisdicción.²³

El conocimiento de los casos contenciosos por parte de la Corte IDH procede una vez se haya agotado el procedimiento ante la Comisión; a su vez, para que la CIDH conozca de peticiones que se le presenten, debe de agotarse previamente el procedimiento jurisdiccional interno. Por tanto, es importante señalar que la competencia de la Corte IDH tiene carácter subsidiario y complementario, razón por la cual la Corte IDH no constituye un tribunal de tercera instancia.

La Corte IDH ha dictado una considerable cantidad de sentencias y opiniones consultivas con amplios criterios e interpretaciones progresivas en materia de derechos humanos. En sus sentencias «determina la responsabilidad internacional de los Estados y ordena las reparaciones e indemnizaciones que considere oportunas como consecuencia de las violaciones a los derechos humanos cometidas por el Estado»²⁴. Según lo establecen los artículos 63.1, 68.1 y 68.2 de la CADH, el Estado está obligado a cumplir las decisiones de la Corte y ejecutar lo establecido en sus resoluciones, sean estas sentencias, resoluciones de medidas provisionales, e incluso opiniones consultivas.

1.3.3 Jurisdicción supranacional

El Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) es el marco institucional de la integración regional centroamericana. Fue constituido mediante la suscripción del Protocolo a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (Odeca), conocido también como Protocolo de Tegucigalpa. Como se indicó en párrafos anteriores, el SICA tiene por objeto la integración de Centroamérica para constituirla en una región de paz, libertad, democracia y desarrollo.

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) respaldó la creación del sistema mediante la Resolución A/48L, de fecha 19 de diciembre de 1993, otorgándole reconocimiento a nivel internacional, además abrió la puerta para que los órganos e instituciones del SICA se relacionaran formalmente con la ONU²⁵. Por cuanto, el SICA es un órgano internacional con personería jurídica propia y distinta a la de los Estados miembros que la integran.

La principal estructura del SICA incorpora diferentes órganos, dentro de los cuales se pueden

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, § 21.

²⁴ Monzón Rojas de Paredes, Irma Rebeca, «Jurisdicción interamericana: la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia contenciosa y consultiva», *Boletín Pensamiento Jurídico*, núm. 11, Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales, julio de 2020, p. 30.

²⁵ Dirección de Relaciones Internacionales Parlamentarias. Asamblea Nacional de Nicaragua, Análisis al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, (Odeca), suscrito el 13 de diciembre de 1991, marzo de 2014, pp. 5-6.

mencionar: la Reunión de Presidentes; el Parlamento Centroamericano; la Corte Centroamericana de Justicia; el Comité Ejecutivo; la Reunión de Vicepresidentes y Designados a la Presidencia de la República; el Consejo de Ministros; el Comité Consultivo; y la Secretaría General²⁶.

De los anteriores órganos, es pertinente enfocarse en la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) para hacer un enlace a la estructura del sistema multinivel que se viene desarrollando en este artículo.

a) Corte Centroamericana de Justicia

Como órgano judicial principal del proceso de integración centroamericana, la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) fue «creada para garantizar el respeto del derecho en la interpretación y ejecución del Protocolo de Tegucigalpa y sus instrumentos complementarios o derivados»²⁷. Es decir, la interpretación y aplicación del derecho comunitario centroamericano.

Concretamente, el artículo 3 del Protocolo de Tegucigalpa refiere que «La Corte tendrá competencia y jurisdicción propia, con potestad para juzgar a petición de parte y resolver con autoridad de cosa juzgada, y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el “Sistema de la Integración Centroamericana”, y para sujetos de derecho privado».

Algunos autores señalan que los artículos anteriores constituyen el fundamento que califica a la Corte Centroamericana de Justicia como un tribunal supranacional, pero dicha calificación «no implica superioridad, con respecto a los poderes judiciales, puesto que la Corte Centroamericana no es ningún tribunal de alzada, es decir, no es una corte superior a las cortes nacionales»²⁸. Lo que realmente existe son espacios de poder diferenciados, mientras las nacionales ejercen su jurisdicción en el ámbito interno en forma independiente, la CCJ lo hace dentro de sus competencias en el campo del derecho comunitario, «que es justamente el Derecho aplicable a la Comunidad Económica Política de los Estados Centroamericanos»²⁹.

De los contenidos normativos antes señalados se puede afirmar que la CCJ tiene una amplia competencia y jurisdicción, exclusiva y excluyente, a la cual están sujetos los Estados, incluso aquellos que no hayan ratificado el estatuto de la Corte³⁰. Esa competencia se puede delimitar en distintas áreas materiales y funcionales: (a) internacional; de integración; consultiva; constitucional;

²⁶ Protocolo a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, artículos 12 y 35.

²⁷ Ulate Chacón, Enrique, «El Protocolo de Tegucigalpa y la Jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia», *Revista electrónica Iberoamericana*, vol. 2, núm. 2, 2008, p. 27.

²⁸ Lobo Lara, Francisco Darío, *Corte Centroamericana de Justicia, primer tribunal internacional creado en el mundo. Sus competencias*, Managua, 2016, p. 149.

²⁹ *idem*.

³⁰ CCJ, Resolución del 12-7-96. Consulta del director general de Integración Económica de Nicaragua, donde se subraya la obligatoriedad de los criterios de la Corte en cuanto a la interpretación normativa; y CCJ, Resolución del 13-12-96, sobre la consulta del Parlacen, referente a la sumisión de todos los Estados parte a la autoridad jurisdiccional de la Corte, aun cuando no hayan ratificado su estatuto.

y arbitral³¹.

No obstante, la competencia de la CCJ es de señalar que, a diferencia del modelo español, su competencia no abarca la materia de derechos humanos; por disposición expresa del artículo 25 de su estatuto, resulta excluida expresamente de la competencia de la Corte y se establece que dicha materia corresponde con exclusividad a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

b) Derecho comunitario

El derecho comunitario está conformado por un marco jurídico bastante amplio. La propia Corte Centroamericana de Justicia ha establecido una jerarquía dentro de las normas que integran el derecho comunitario, enmarcándolas en tres categorías³²: (1) derecho constitutivo u originario, conformado por el Protocolo de Tegucigalpa, el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y el Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia; (2) el derecho complementario, que abarca los tratados suscritos por los Estados dentro del marco del Sistema de la Integración Centroamericana, por ejemplo, el Tratado General de Integración Económica de Centroamérica; y (3) otras disposiciones emanadas de los órganos y organismos comunitarios³³.

El Protocolo de Tegucigalpa es el tratado constitutivo de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico del SICA; en el artículo 35 del Protocolo establece su jerarquía normativa por encima de cualquier norma anterior o posterior, sea tratado o derecho derivado o complementario.

El Derecho Comunitario se ha definido como el conjunto de reglas jurídicas establecidas por los tratados constitutivos o fundacionales de los procesos de integración entre los Estados, y las normas emanadas de las instituciones creadas por dichos procesos³⁴.

En suma, el derecho comunitario constituye un conjunto normativo que regula las comunidades de Estados y sus relaciones con otros sujetos de derecho internacional y con particulares, sean estas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. Se trata de un ordenamiento jurídico autónomo con primacía sobre el ordenamiento interno de los Estados, con base en la integración regional que garantiza su aplicación en los países parte del sistema de integración.

De los conceptos anteriores se desprenden varios rasgos característicos del derecho comunitario: (1) aplicación inmediata, forma parte del derecho interno, por lo tanto los tribunales nacionales tiene la obligación de aplicar el derecho comunitario; (2) aplicación directa, las normas comunitarias generan un conjunto de derechos y obligaciones para los particulares, que en la medida en que

³¹ Protocolo a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, *op. cit.*, artículo 32.

³² Perotti, Alejandro Daniel *et al.*, *Derecho y doctrina judicial comunitaria Corte Centroamericana de Justicia y tribunales supremos nacionales*, 3.^a ed., Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2019, p. 231.

³³ Véase: Secretaría General del Sistema de la Integración Centroamericana, *Instrumentos Jurídicos del Sistema de la Integración Centroamericana*, 3.^a ed., El Salvador, 2011. <https://www.minex.gob.gt/MDAA/DATA/MDAA/20161227104458983InstrumentosSICA.pdf>

³⁴ Villalta Vizcarra, Ana Elizabeth, *El Derecho Comunitario y la integración en Centroamérica*, Seminario de la Corte Centroamericana de Justicia, en el marco de creación de Acecadip, Panamá, enero de 2013, p. 1.

puedan resultar afectados, pueden exigir al Estado su aplicación directa; (3) primacía sobre las normas nacionales, su aplicación es preferente frente al derecho interno, se desprende de la voluntad de los Estados en atribuirle a las normas comunitarias prioridad absoluta en la aplicación; y (4) responsabilidad estatal, los Estados se obligan a asegurar la eficacia de las normas comunitarias y garantizar los derechos que dichas normas otorgan a los particulares, mediante la adopción de medidas que aseguren su cumplimiento³⁵.

Como corolario, hay que acotar que son los jueces nacionales los llamados a interpretar y aplicar el derecho comunitario. Como parte del ordenamiento jurídico interno, las normas comunitarias deben aplicarse por todas las instancias y competencias que correspondan.

2. GLOBALIZACIÓN Y EL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

2.1 Globalización

En un esfuerzo por tratar de entender el fenómeno de la globalización, se ha utilizado el vocablo de globalización desde diferentes acepciones. Un concepto amplio lo define como un fenómeno universal

que se desenvuelve desigualmente entre unos países o zonas del mundo y otras. Se trata de un fenómeno pluridimensional que conlleva profundas transformaciones: económicas, culturales, políticas, sociales, militares, ecológicas, jurídicas, etc. Supone el desarrollo de una nueva estructura económica del mundo que afecta a la independencia de las economías nacionales, crea vínculos y redes de relaciones en espacios sociales transnacionales, enlaza grandes extensiones de territorios, regiones y continentes y permite un intercambio e interrelación en el plano local, nacional, regional, internacional y global.³⁶

Como causas de la globalización se ha mencionado la «reestructuración geopolítica del mundo tras la finalización de la Guerra Fría con la caída del bloque soviético, la apertura económica con el intercambio de mercancías, bienes y servicios y la liberación de los mercados de capitales y la revolución de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones»³⁷. Lo cierto es que han provocado una serie de efectos como la creación de nuevas instituciones multilaterales o supranacionales, verbigracia: Organización Mundial del Comercio, Corte Internacional de Justicia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Banco Mundial, por citar algunas.

³⁵ Guerrero Mayorga, Orlando, «El Derecho Comunitario: Concepto, naturaleza y caracteres», *Revista de Derecho*, Nicaragua, Universidad Centroamericana (UCA), núm. 6, 2003, 15 de octubre de 2014, pp. 221-222.

³⁶ Rayón Ballesteros, María Concepción, «La globalización: su impacto en el Estado-Nación y en el Derecho», *Revista Jurídica de Derecho*, La Paz, vol. 7, núm. 8, junio de 2018, p. 21.

³⁷ *idem*.

Es decir, el tradicional Estado-nación³⁸ ha cambiado. Con la globalización, otros actores adquieren un creciente protagonismo y un nivel superior al propio Estado, así entonces emergen empresas multinacionales, órganos e instituciones internacionales y supranacionales.

La globalización ha producido cambios en los elementos fundamentales del Estado-nación; por ejemplo, en la población hay que considerar nuevos actores, los ciudadanos con doble nacionalidad se mueven alrededor del mundo y exigen sus derechos en todos los Estados; en el territorio se supera el concepto de frontera y el territorio ya no constituye un límite para el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado³⁹, esa superación del principio de territorialidad se puede observar en las resoluciones de tribunales internacionales que resuelven casos que eran competencia exclusiva de la jurisdicción interna⁴⁰; y en el caso de la soberanía, por ejemplo en la función jurisdiccional, adquieren relevancia los tribunales internacionales y supranacionales en tanto que el derecho comunitario traspasa la esfera de la función legislativa interna, etcétera⁴¹.

³⁸ El modelo de Estado-Nación, que ostenta la autoridad legislativa, ejecutiva y judicial, consta de tres elementos clásicos: soberanía, población y territorio.

³⁹ Guatemala reconoce la extraterritorialidad de la ley penal, el artículo 5 del Código Penal establece los casos en que los delitos estarán sujetos a la aplicación extraterritorial de la ley guatemalteca; y en los artículos 38 y 53 del Código Procesal Penal se establece la extensión de la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales. Estas normas fundamentan la aplicación extraterritorial de la ley, incluido el principio de jurisdicción universal; es decir, permiten iniciar procesos judiciales dentro del país y según las leyes nacionales, contra personas nacionales o no, por delitos cometidos fuera del territorio guatemalteco, dentro de los cuales se establecen aquellos delitos graves de trascendencia internacional como el genocidio, instigación al genocidio, delitos contra los deberes de humanidad, así como también la piratería, tortura, desaparición forzada, trata de personas.

El principio de la jurisdicción universal es un fundamento de jurisdicción único previsto en derecho internacional que permite a un Estado ejercer la jurisdicción nacional respecto de ciertos crímenes en interés de la comunidad internacional.

Sobre el tema de jurisdicción universal véase:

Asamblea General de Naciones Unidas, Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal, Informe del secretario general preparado sobre la base de los comentarios y observaciones de los gobiernos, A/65/181, 29 de julio de 2010.

Asamblea General de Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 70.º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), suplemento núm. 10 (A/73/10), pp. 337 y ss.

Asamblea General de Naciones Unidas, anexo de la nota verbal de fecha 27 de noviembre de 2001 dirigida al secretario general por las Misiones Permanentes del Canadá y de los Países Bajos ante las Naciones Unidas, los principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, A/56/677, 4 de diciembre de 2001.

⁴⁰ La superación del principio de territorialidad también se puede observar con el advenimiento del Internet, que presenta una nueva forma de extraterritorialidad a los límites tradicionales de los Estados, en ese sentido es importante profundizar en los alcances extraterritoriales que pueden tener las normas que rigen el Internet y las formas para defender los derechos de los usuarios en la web: «La principal problemática existente dentro del marco del derecho es que, debido al carácter universal y descentralizado de la red, surgen problemas para aplicar el régimen jurídico de los Estados implicados. Estos problemas derivan de que internet no tiene fronteras físicas y todos los usuarios interactúan independientemente de su ubicación, circunstancia que propicia no poder aplicar la legislación de un Estado a sujetos que no se encuentran bajo su jurisdicción».

Almudena Sanz, Perla, «Reseña a Introducción al derecho de internet. Régimen jurídico básico de los contenidos digitales», Revista Tecnología, Ciencia y Educación, núm. 3, enero-abril de 2016, p. 105.

⁴¹ Rayón Ballesteros, María Concepción, *op. cit.*, pp. 24-25.

En ese orden de ideas, es pertinente resaltar el impacto de la globalización en los sistemas jurídicos, que se presentan de diferentes formas a lo interno de los países, porque el impacto dependerá de la profundidad de la inserción del derecho global dentro de los sistemas jurídicos nacionales⁴².

2.2 *Ius Constitutionale Commune*

Sobre la globalización y su impacto en el derecho constitucional, vale acotar que la globalización del derecho «empezó antes que la actual globalización, relacionada con aspectos más de orden económico y cultural con un importante soporte tecno-científico»⁴³.

Ese inicio marca dos espacios en el proceso de la globalización jurídica. Uno, a partir de 1948, centrado en la ONU y sus órganos, con el objetivo de establecer un derecho multilateral universal con sus cortes y jurisdicciones internacionales para resolver los conflictos entre países, proteger los derechos humanos y juzgar los más atroces crímenes de la humanidad. El otro inicia después del 11 de septiembre de 2001, caracterizado por el unilateralismo de los Estados Unidos de América, con miras a imponerse sobre otros Estados bajo el manto de combatir el terrorismo. Esto apuntó a la globalización del derecho estadounidense que perseguía luchar contra estas actividades criminales, pero también implicó una injerencia hacia otros Estados⁴⁴.

La globalización ha generado un impacto dentro del derecho constitucional, especialmente con el esfuerzo de los Estados para garantizar y proteger universalmente los derechos fundamentales de todas las personas; el proceso de internacionalización de estos derechos otorgó a los tratados internacionales un rango superior al de la ley interna⁴⁵; también dio paso a la creación de sistemas regionales de protección de derechos humanos, generando tres niveles diferentes de protección: el interno, el internacional y el supranacional o comunitario, como quedó apuntado anteriormente.

Otro de los impactos de la globalización al derecho constitucional

se refiere a las transformaciones que el Estado moderno ha sufrido tanto al exterior como hacia el interior. En el plano internacional, el proceso de globalización ha impulsado el cambio de un sistema Estado céntrico. Si bien, el Estado-nación continúa siendo el actor fundamental en este nuevo sistema global, la novedad es que ya no puede ser pensado ni como actor hegemónico del sistema de relaciones internacionales ni como único representante de los intereses y las necesidades de sus sociedades.⁴⁶

⁴² *ibidem*, p. 30.

⁴³ Jiménez Benítez, William Guillermo, «Globalización del Derecho. Aspectos jurídicos y derechos humanos», *Nova et Vetera*, Colombia, vol. 20, núm. 64, 2011, p. 24.

⁴⁴ *idem*.

⁴⁵ En el ámbito interamericano se pueden mencionar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados internacionales sobre derechos humanos, sen regionales o universales.

⁴⁶ Fuentes Gantenbein de Semrau, Rosa Eugenia, *La globalización y su impacto en el derecho constitucional*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010. Resumen. <https://www.tdx.cat/handle/10803/32074#page=1>

Es decir, el Estado coexiste con otros órganos internacionales y entidades multinacionales, creándose nuevas relaciones entre estos como consecuencia de la globalización económica, jurídica, entre otras.

Ahora bien, respecto al *Ius Constitutionale Commune* y específicamente en América Latina, se debe apreciar desde un enfoque regional, el cual se sustenta en la «experiencia respecto de condiciones de vida inaceptables y apunta a la transformación de la realidad política y social de América Latina por medio del fortalecimiento concertado de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos»⁴⁷.

En América Latina esta ideología apuesta a un «constitucionalismo regional de los derechos con garantías supranacionales»⁴⁸. Los distintos convenios internacionales regionales en materia de derechos humanos, ratificados por los Estados parte, constituyen el conjunto normativo del *Ius Constitutionale Commune*.

Ese conjunto normativo específico ha dado lugar a que se hable *Ius Constitutionale Commune* en Derechos Humanos, que se explica desde tres variantes: el contenido transformador de las constituciones que se desarrolla en normas sobre derechos fundamentales; dichas normas constituyen un núcleo duro o piedra angular para la protección de los derechos de las personas; y, por último, las sentencias judiciales⁴⁹ que proporcionan al *Ius Constitutionale Commune* la interpretación y aplicación de las normas sobre derechos humanos⁵⁰.

3. FUENTES NORMATIVAS EXTRANJERAS

Una ley o norma extranjera «es aquella regla de derecho o disposición de carácter general, abstracto y permanente que ha sido generalmente creada por el legislador extranjero o por un organismo internacional para regular los comportamientos sociales, económicos o políticos en un determinado Estado o territorio»⁵¹.

Dentro de las fuentes extranjeras se pueden citar, a manera de ejemplo, las del derecho internacional privado: el Código de Derecho Internacional Privado —Código de Bustamante—; la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Cheques; la

⁴⁷ Von Bogdandy, Armin, «*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador», *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, pp. 3-4.

⁴⁸ *ibidem*, p. 4.

⁴⁹ La función judicial en la aplicación del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, fortalece el *Ius Constitutionale Commune*.

⁵⁰ Von Bordingo, Armin y otros (coordinadores), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, p. 150.

⁵¹ Marín Fuentes, José Luís, «La aplicación de la ley extranjera en Colombia», *Revista Jurídicas*, Colombia, vol. 4, núms. 271-79, julio-diciembre de 2007, p. 72.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Recepción de Pruebas en el Extranjero y la Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes para ser usados en el Extranjero.

Una de las características del derecho internacional privado es que la mayoría de su normativa deriva de preceptos jurídicos nacionales contenidos en leyes del respectivo país. Los dos tipos de normas que lo conforman se pueden diferenciar en directas e indirectas. Las primeras son las normas nacionales que regulan el fondo de la materia objeto de aplicación, por ejemplo, el Código Civil; en cuanto a las segundas, revisten de mayor importancia porque determinan el ordenamiento jurídico aplicable para resolverlo. Estas últimas son llamadas por el tratadista Felipe Rodríguez Serrano⁵² como normas de conflictos, normas conflictuales, normas de colisión o normas de remisión

Ahora bien, uno de los temas más importantes del derecho internacional privado, y su mayor justificación, es su aplicación. Ante la posibilidad de conflictos entre los derechos y obligaciones de las partes, debe existir la certeza de aplicar estas normas ante los tribunales nacionales o autoridades de un país; es decir, aplicar normas de un país en otro distinto⁵³.

En Guatemala, el fundamento para esta aplicación se establece en el artículo 35 de la LOJ, el cual dispone:

Del derecho extranjero. Los tribunales guatemaltecos aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de otros Estados. La parte que invoque la aplicación de derecho extranjero o que disienta de la que se invoque o aplique, justificará su texto, vigencia y sentido mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, la que deberá presentarse debidamente legalizada. Sin perjuicio de ello, el tribunal nacional puede indagar tales hechos, de oficio o a solicitud de parte, por la vía diplomática o por otros medios reconocidos por el derecho internacional.

Esta aplicación atiende a las diferentes situaciones que se pueden presentar en las relaciones contractuales de las partes basadas en las leyes extranjeras directas, es decir las leyes internas de cada país. La LOJ detalla en el capítulo II, artículos 24 al 35, las diferentes situaciones que conlleva la aplicación del derecho internacional privado, sea porque las partes así lo pacten, porque la propia ley así lo ordene, o porque los Estados así lo acordaron.

⁵² Rodríguez Serrano, Felipe, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, San José, Lehmann Editores, 2.ª ed., 1992, p. 7.

⁵³ Sáenz Carbonell, Jorge Francisco, *Elementos de derecho internacional privado*, 2.ª ed., Costa Rica, Instituto Manuel María de Peralta, 2016, p. 54.

REFLEXIÓN FINAL

Actualmente existe una pluralidad de órdenes normativos que se interrelacionan en un mundo globalizado. El derecho interno, las normas extranjeras, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho comunitario, establecen y condicionan el ejercicio del poder estatal frente a las personas individuales o jurídicas. Se trata de contextos de protección multinivel que proporcionan un marco más amplio para la protección de los derechos.

El control de convencionalidad y el control de constitucionalidad constituyen dos mecanismos fundamentales para consolidar el *Ius Constitutionale Commune* en la región latinoamericana, y en especial la jurisprudencia de los tribunales nacionales, supranacionales que permiten fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.

Como corolario, se incluye una tabla que enumera e identifica los tratados internacionales en materia de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad en Guatemala, según la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad.

Tabla 2
Base jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad en Guatemala

	Tratado internacional	Jurisprudencia de la CC
1	CADH	Sentencia de 15 de mayo de 2013, exp. 4793-2012; sentencia de 22 de noviembre de 2013, exp. 1094-2013; sentencia de 26 de febrero de 2015, exps. acumulados 3308-2014 y 3347-2014; sentencia de 13 de agosto de 2015, exp. 1732-2014; sentencia de 26 de noviembre de 2015, exp. 1006-2014; sentencia de 8 de noviembre de 2016, exp. 3438-2016; sentencia de 20 de julio de 2017, exp. 1264-2017; sentencia de 24 de enero de 2019, exp. 1705-2017; sentencia de 29 de enero de 2019, exp. 3239-2017.
2	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes	Sentencia de 17 de julio de 2012, exp.1822-2011; sentencia de 7 de agosto de 2013, exp. 1497-2013; sentencia de 19 de marzo de 2014, exp. 1552-2013; sentencia de 7 de diciembre de 2017, exp. 2841-2017.
3	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	Sentencia de 17 de julio de 2012, exp. 1822-2011.
4	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belém do Pará»	Sentencia de 30 de octubre de 2012, exp. 1240-2012; sentencia de 6 de febrero de 2017, exp. 4136-2016.
5	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares	Sentencia de 29 de enero de 2019, exp. 3239-2017.

6	Convención sobre el Estatuto de los Apátridas	Sentencia de 29 de enero de 2019, exp. 3239-2017.
7	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	Sentencia de 26 de noviembre de 2015, exp. 1006-2014; sentencia de 29 de enero de 2019, exp. 3239-2017.
8	Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada	Sentencia de 29 de enero de 2019, exp. 3239-2017.
9	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	Sentencia de 6 de febrero de 2017, exp. 4136-2016.
10	Convención sobre los Derechos del Niño y estándares internacionales protectores de los derechos de niños, niñas y adolescentes	Sentencia de 26 de noviembre de 2015, exp. 1006-2014; sentencia de 5 de julio de 2016, exps. acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013; sentencia de 12 de octubre de 2017, exp. 2709-2017; sentencia de 24 de octubre de 2017, exp. 6276-2016; sentencia de 22 de mayo de 2018, exp. 5024-2017; sentencia de 8 de agosto de 2018, exp. 858-2016.
11	Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo y estándares internacionales protectores de los derechos humanos de pueblos indígenas y sus miembros	Sentencia de 30 de mayo de 2012, exps. acumulados 401-2012 y 489-2012; sentencia de 10 de marzo de 2016, exp. 1467-2014; sentencia de 5 de julio de 2016, exps. acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013; sentencia de 26 de mayo de 2017, exps. acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017; sentencia de 21 de junio de 2017, exp. 943-2017.
12	Convenio 154 de la Organización Internacional de Trabajo sobre la negociación colectiva	Sentencia de 14 de febrero de 2017, exp. 1490-2016.
13	Convenio 98 de la Organización Internacional de Trabajo sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva	Sentencia de 14 de febrero de 2017, exp. 1490-2016.
14	Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	Sentencia de 5 de julio de 2016, exps. acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013.
15	Declaración Universal de Derechos Humanos	Sentencia de 8 de septiembre de 2015, exps. acumulados 2-2015, 151-2015, 298-2015 y 1045-2015; sentencia de 5 de julio de 2016, exps. acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013.
16	Derecho de consulta	Sentencia de 21 de diciembre de 2009, exp. 3878-2007; sentencia de 25 de marzo de 2015, exps. acumulados 156-2013 y 159-2013; sentencia de 10 de septiembre de 2015, exp. 1149-2012; sentencia de 12 de enero de 2016, exp. 3753-2014; sentencia de 12 de enero de 2016, exp. 411-2014; sentencia de 7 de julio de 2016, exp. 5711-2013; sentencia 29 de junio 2017, exp. 3120-2016.

17	Jurisprudencia de la Corte IDH	Sentencia de 3 de mayo de 2014, exp. 2295-2015; sentencia de 24 de octubre de 2017, exp. 6276-2016; sentencia de 22 de mayo de 2018, exp. 5024-2017; sentencia de 26 de junio de 2018, exp. 3448-2017.
18	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Sentencia de 13 de agosto de 2015, exps. 1732-2014; sentencia de 26 de noviembre de 2015, exp. 1006-2014; sentencia de 5 de julio de 2016, exps . acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013.
18	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Sentencia de 8 de septiembre de 2015, exp. acumulados 2-2015, 151-2015, 298-2015 y 1045-2015; sentencia de 10 de marzo de 2016, exp. 1467-2014; sentencia de 5 de julio de 2016, exps. acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013; sentencia de 21 de junio de 2017, exp. 943-2017
20	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Sentencia de 8 de septiembre de 2015, exps. acumulados 2-2015, 151-2015, 298-2015 y 1045-2015; sentencia de 21 de octubre de 2015, exp. 5290-2014; sentencia de 20 de julio de 2017, exp. 1264-2017.
21	Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes	Sentencia de 7 de agosto de 2013, exp. 1497-2013; sentencia de 19 de marzo de 2014, exp. 1552-2013; sentencia de 7 de diciembre de 2017, exp. 2841-2017
22	Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)	Sentencia de 25 de octubre de 2018, exp. 5614-2016.
23	Tratados internacionales en materia de derechos de la mujer, de forma general	Sentencia de 7 de febrero de 2018, exp. 4221-2017.

Fuente: elaboración propia con base en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad.

REFERENCIAS

Acosta Alvarado, Paola Andrea. Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2015.

Acuerdo Gubernativo 123-87. 20 de febrero de 1987, por el cual reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Almudena Sanz, Perla. «Reseña a Introducción al derecho de internet. Régimen jurídico básico de los contenidos digitales». *Revista Tecnología, Ciencia y Educación*, núm. 3, enero-abril de 2016.

Asamblea General de Naciones Unidas. *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal*. Informe del secretario general preparado sobre la base de los comentarios y observaciones de los gobiernos, A/65/181, 29 de julio de 2010.

_____. Anexo de la nota verbal de fecha 27 de noviembre de 2001 dirigida al secretario general por las Misiones Permanentes del Canadá y de los Países Bajos ante las Naciones Unidas. Los principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, A/56/677, 4 de diciembre de 2001.

_____. Informe de la Comisión de Derecho Internacional 70.º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), suplemento núm. 10 (A/73/10).

Bandeira Galindo, George Rodrigo y otros (coordinadores). *Protección Multinivel de Derechos Humanos*. Manual. Red de Derechos Humanos y Educación Superior.

Milani, Antonio. *Annuale, Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. Casa Editrice Dott. Padova, 2008.

Carta de la Organización de los Estados Americanos.

CCJ. Resolución del 12-7-96. Consulta del director general de Integración Económica de Nicaragua.

_____. Resolución del 13-12-96, sobre la consulta del Parlacen, referente a la sumisión de todos los Estados parte a la autoridad jurisdiccional de la Corte, aun cuando no hayan ratificado su estatuto.

Código Penal, Decreto 17-73.

Código Procesal Penal, Decreto 51-92.

Comunidad Andina. *¿Qué es la Comunidad Andina?* <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=189&tipo=QU&title=somos-comunidad-andina>

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

Corte de Constitucionalidad, Expediente 6276-2016, sentencia del 24 de octubre de 2017.

_____. Expediente 1822-2011, sentencia del 17 de julio de 2012.

_____. Expediente 2295-2015, sentencia del 3 de mayo de 2014.

_____. Expediente 3448-2017, sentencia del 26 de junio de 2018.

_____. Expediente 5024-2017, sentencia del 22 de mayo de 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Dirección de Relaciones Internacionales Parlamentarias. Asamblea Nacional de Nicaragua, Análisis al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (Odeca), suscrito el 13 de diciembre de 1991, marzo de 2014.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1979.

Fuentes Gantenbein de Semrau, Rosa Eugenia. La globalización y su impacto en el derecho constitucional. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, 2010. Resumen. <https://www.tdx.cat/handle/10803/32074#page=1>

Guerrero Mayorga, Orlando. «El Derecho Comunitario: Concepto, naturaleza y caracteres». *Revista de Derecho*. Nicaragua, Universidad Centroamericana (UCA), núm. 6, 2003, 15 de octubre de 2014.

Jiménez Benítez, William Guillermo. «Globalización del Derecho. Aspectos jurídicos y derechos humanos». *Nova et Vetera*. Colombia, vol. 20, núm. 64, 2011.

Institut d'Estudis Autonòmics. *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2010.

Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89.

Lobo Lara, Francisco Darío. Corte Centroamericana de Justicia. *Primer tribunal internacional creado en el mundo. Sus competencias*. Managua, 2016.

Marín Fuentes, José Luís. «La aplicación de la ley extranjera en Colombia», *Revista Jurídicas*. Colombia, vol. 4, núm. 271-79, julio-diciembre de 2007.

Mercosur. *¿Qué es el Mercosur?* <https://www.mercosur.int/quienes-somos/en-pocas-palabras/>

Montesinos Padilla, Carmen. Tutela multinivel de los derechos: Obstáculos procesales. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

Monzón Rojas de Paredes, Irma Rebeca. «Jurisdicción interamericana: la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia contenciosa y consultiva». *Boletín Pensamiento Jurídico*, núm. 11, Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales, julio de 2020.

Perotti, Alejandro Daniel y *et al.* *Derecho y doctrina judicial comunitaria Corte Centroamericana de Justicia y tribunales supremos nacionales*. 3.^a ed. Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, 2019.

Protocolo a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, 1991.

Rayón Ballesteros, María Concepción. «La globalización: su impacto en el Estado-Nación y en el Derecho». *Revista Jurídica de Derecho*. La Paz, vol. 7, núm. 8, junio de 2018.

- Rodríguez Serrano, Felipe. *Introducción al derecho internacional privado*. 2.^a ed. San José. Lehmann Editores, 1992.
- Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. *Elementos de derecho internacional privado*. 2.^a ed. Costa Rica. Instituto Manuel María de Peralta, 2016.
- Sarrión Esteve, Joaquín. «Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Melloni». En Baño León, José María (coord.). *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*. Madrid, vol. 1, tomo I2016.
- Secretaría General del Sistema de la Integración Centroamericana. *Instrumentos Jurídicos del Sistema de la Integración Centroamericana*. 3.^a ed., El Salvador, 2011, <https://www.minex.gob.gt/MDAA/DATA/MDAA/20161227104458983InstrumentosSICA.pdf>
- Sistema de la Integración Centroamericana. *Entendiendo la integración*. <https://www.sica.int/breve>
- Torres Zúñiga, Natalia. «Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos». *Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 70, 2013.
- Ulate Chacón, Enrique. «El Protocolo de Tegucigalpa y la Jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia». *Revista electrónica Iberoamericana*, vol. 2, núm. 2, 2008.
- Villagrán Sandoval, Carlos Arturo. *Decodificando al SICA: una crítica a la integración centroamericana a través del derecho regional comparado*. Guatemala. Editorial Cara Parens, 2021.
- Villalta Vizcarra, Ana Elizabeth. *El Derecho Comunitario y la integración en Centroamérica*. Panamá. Seminario de la Corte Centroamericana de Justicia, en el marco de creación de Acecadip, 2013.
- Von Bogdandy, Armin. «Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador». *Revista Derecho del Estado* núm. 34, enero-junio de 2015.
- Von Bordingo, Armin y otros (coordinadores). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. México. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

PARTE III

REPENSANDO A TRAVÉS DEL MÉTODO

EL PRECEDENTE JUDICIAL Y SU APLICACIÓN EN EL SISTEMA GUATEMALTECO¹

Sara Larios Hernández²

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La dicotomía jurídica tradicional, que clasifica a los sistemas jurídicos en aquellos que forman parte de una tradición basada en derecho común —*common law*—, siguiendo la cultura anglosajona, y aquellos que pertenecen a la familia de sistemas jurídicos civiles de tradición romano-germánica, pone especial relevancia en la importancia dada a las decisiones judiciales. Eso nos lleva a pensar que uno de los elementos de juicio acerca del sistema de justicia de un Estado es el valor que en él se confiere a los precedentes judiciales.

Dada la naturaleza evolutiva del derecho, la frontera existente entre los tipos de sistemas antes referidos se ha vuelto cada vez más borrosa, hasta el punto en que es posible afirmar que no existe, hoy en día, un sistema puro. Es así que los países que se identifican como basados en la escuela de derecho anglosajón tienden cada vez más hacia la codificación de sus normas, amparándose en el llamado *statutory law* o derecho estatutario, y aquellos Estados que se basan principalmente en el derecho escrito y predeterminado, han llegado a depender crecientemente de las decisiones de los tribunales de justicia, para llenar vacíos legales e interpretar las normas oscuras o contradictorias.

A pesar de esta evolución, el estudio del derecho guatemalteco ha seguido excesivamente enfocado en la ley escrita, dejando de lado la importancia del estudio de la jurisprudencia de las más altas cortes del país y de los conceptos básicos para comprender la teoría del precedente y contribuir a su aplicación sistemática en el ejercicio de la profesión, para lograr fortalecer la impartición de una justicia imparcial, objetiva y equitativa. La inclusión de esta temática en los estudios introductorios de derecho ha sido una asignatura pendiente en las aulas universitarias, que rendirá a largo plazo grandes frutos en beneficio de la certeza jurídica del país.

En primer término, el presente capítulo introducirá al lector a la teoría del precedente judicial, para luego analizar su relevancia y aplicación en el sistema jurídico guatemalteco y realizar unas consideraciones finales.

¹ El presente capítulo recoge algunas ideas desarrolladas en la tesis para obtener el grado de magíster en Derecho Constitucional de la autora, *La importancia del principio stare decisis en la doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad*.

² Abogada y notaria por la Universidad Francisco Marroquín. LL. M. en *International Business and Economic Law*, por Georgetown University Law Center. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Rafael Landívar. Abogada formadora del Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad. Profesora de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Francisco Marroquín. Contacto: s.larios@gmail.com

2. TEORÍA DEL PRECEDENTE

2.1 Delimitación del concepto de «*precedente*»

El precedente judicial puede definirse, de manera general, como la decisión de un caso anterior que sirve como modelo de un caso posterior, siempre que este último tenga suficiente similitud con el primero. En esa línea, el Diccionario de la Real Academia Española ofrece la siguiente definición del concepto jurídico referido: «Aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta»³.

Sin embargo, la aplicación en la práctica de esta figura amerita puntualizar aún más en su definición. En esa línea, es necesario enfatizar que, al hablar de precedente, la parte de la resolución que interesa no es aquella que impone o declara el resultado del caso, sino la razón de decisión o ratio decidendi, que ha llevado al tribunal a la decisión que asume, es decir, la motivación central y concreta que puede entenderse como tesis del caso y que puede encontrar aplicación en un asunto posterior⁴.

Por ello, lo que interesa al citar o hacer referencia a un precedente no es la parte resolutive de la sentencia, sino la razón de la decisión que establece concretamente la motivación del tribunal para decidir el caso en la forma en que lo hace, y que puede ser posteriormente aplicada a otro caso cuyas circunstancias permitan la aplicación debido a las similitudes que se advierten.

La naturaleza del precedente responde a la necesidad de tomar en consideración las lecciones del pasado, por lo que al decidir un caso los juzgadores deben reconocer los beneficios que presenta consultar y adoptar la manera en que sus antecesores solucionaron una cuestión similar. Adicionalmente, el precedente permite asegurar que las decisiones no sean antojadizas y disímiles en circunstancias iguales, reforzando también la imparcialidad del juez, que no debe decidir caso alguno, atendiendo a intereses personales. Con la aplicación del precedente judicial, se busca también asegurar a los ciudadanos que pueden confiar que su caso será decidido de la misma manera en que un caso análogo fue resuelto en el pasado, generando confianza y certeza en el sistema de justicia.

Por lo anterior, es posible afirmar que el respeto al precedente judicial permite resguardar los siguientes principios jurídicos:

- *Imparcialidad de los juzgadores*: Resolver conforme al precedente es un fuerte indicio de la imparcialidad del juzgador, lo que es deseable en un sistema jurídico, debido a que, al

³ Diccionario de la Real Academia Española, <http://dle.rae.es/?id=TuvfsO1>

⁴ «(...) el precedente no es propiamente aquella parte de una sentencia que un tribunal impone o declara como tal, sino la ratio esencial de la decisión, con el nivel de generalidad que le atribuyan los jueces en casos futuros...», Casal Hernández, Jesús M., «Cosa Juzgada y Efecto Vinculante en la Justicia Constitucional», *Annuario de Derecho Constitucional Americano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2004, p. 325, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2004.1/pr/pr14.pdf>

adoptar un criterio anteriormente establecido, es posible advertir que el tribunal no tiene algún interés particular en el caso y ha decidido el asunto de la misma manera en que cuestiones similares se han decidido en el pasado. Por otro lado, ignorar un precedente aplicable y decidir un caso de manera distinta a otro similar debe alertar a la población sobre las verdaderas motivaciones del juzgador. Es por ello que la carga argumentativa es especialmente alta cuando se decide un asunto sin seguir una línea jurisprudencial ya asentada, ya que las razones por las que se decide apartarse del precedente deben brindar suficiente transparencia para erradicar toda duda que pueda existir sobre si el tribunal tuvo un interés indebido en el asunto que ponga en juicio su imparcialidad.

- *Igualdad ante la ley:* Seguir una línea jurisprudencial ya asentada permite también preservar el principio de igualdad ante la ley, debido a que situaciones similares deben ser tratadas de manera similar. La labor de los tribunales constitucionales ha adquirido un papel cada vez más preponderante y sus criterios tienen una gran incidencia en la vida de todas las personas. Por ello, la interpretación normativa que realizan esas altas cortes puede llenar vacíos legales que deben coadyuvar a generar certeza jurídica, a través de la legítima expectativa de que la decisión de un asunto en un sentido determinado seguirá rigiendo para casos subsiguientes con circunstancias similares. De lo contrario, no puede afirmarse que esa interpretación normativa que una corte realiza encuentra igual aplicación para todos y el principio de igualdad ante la ley se ve gravemente perjudicado.
- *Economía procesal:* Visto desde la perspectiva del engranaje interno de las cortes, el resolver los casos conforme a los precedentes del propio tribunal o de uno superior permite también preservar el principio de economía procesal al permitir la aplicación de una solución ya decantada, que implica únicamente la verificación de la pertinencia del criterio, más no una revisión del fondo del asunto que sin duda conlleva invertir más tiempo y recursos.
- *Certeza jurídica:* Los anteriores principios se concatenan con el fortalecimiento de la certeza jurídica a través de la aplicación del precedente. El seguimiento de una línea jurisprudencial clara por parte de un tribunal genera en la población una legítima expectativa de que esa regla es fuente de derecho y permanecerá invariada a través del tiempo. A esta idea, el sistema anglosajón le ha denominado *reliance*, término que puede traducirse como *dependencia*, y mientras más tiempo haya prevalecido un criterio determinado, más dependencia tiene la población en su aplicación. De ahí que resulte de más importancia sostenerlo, aun cuando quienes integren una corte posteriormente no estén del todo de acuerdo con el fondo del criterio sostenido. De lo contrario, la constante variación de criterios por medio de giros jurisprudenciales genera una gran incertidumbre jurídica, de manera que los justiciables no pueden presumir cuál será el resultado de un caso que llega al conocimiento de esa corte, a pesar de existir precedentes que han decidido casos similares anteriormente.

Todo lo anterior muestra las diversas maneras en que el respeto al precedente permite fortalecer el sistema de justicia de un país y por qué es deseable que una corte cree líneas jurisprudenciales claras, consistentes e invariables a través del tiempo.

2.2 *Dicta vs. holding*

La idea de fallar de conformidad con un precedente pareciera ser simple, pero su aplicación práctica puede presentar algunas complicaciones. Dentro del cuerpo de una decisión judicial, no todas las consideraciones del tribunal revisten la misma naturaleza y es necesario diferenciar los tipos de pronunciamientos para determinar la parte de la decisión que adquiere el carácter de precedente judicial. El autor inglés Geoffrey Marshall identifica algunos alcances erróneos que se dan a la argumentación basada en precedentes. En primer lugar, es común que las partes de un proceso citen una serie de decisiones, sin mayor análisis, como relevantes y aplicables al caso concreto. En segundo lugar, se incurre también en el error de citar como precedente el resultado o parte resolutive de una decisión, sin hacer alusión al razonamiento que llevó al juzgador a decidir el caso de esa manera. En tercer lugar, es importante delimitar adecuadamente la regla sentada por el precedente, de manera que se incurre en error, al hacer referencia a un precedente citando una regla más amplia de lo que la decisión realmente sostuvo⁵.

Para superar estas dificultades, es necesario determinar cuál es la *ratio decidendi* o razón de la decisión que se analiza como precedente judicial, pues es este el razonamiento esencial que el tribunal realiza para dar respuesta al caso sometido a su conocimiento. Esta parte esencial de la decisión, también conocida en el derecho anglosajón como *holding*, debe diferenciarse de los pronunciamientos accesorios, llamados también *obiter dicta*, que son consideraciones del juzgador que pueden ayudarle a sustentar su fallo o estampar un estilo propio a su redacción, pero que no constituyen la argumentación central⁶.

Por ende, es la razón de decisión, la parte de la sentencia que puede adquirir carácter vinculante; esta se conoce también como *holding*, en sistemas de tradición inglesa, en alusión a que es la regla que sostiene el tribunal en ese caso concreto. Así se reconoce en la doctrina⁷ y ha sido desarrollado de esa manera por diversas cortes constitucionales⁸ en sus resoluciones.

A diferencia de la *ratio decidendi*, las consideraciones que forman parte de la decisión, pero son accesorias a la razón de la decisión, conocidos como *obiter dicta* o pronunciamientos *en*

⁵ Marshall, Geoffrey *et al.*, *Interpreting Precedents: a comparative study (applied legal philosophy)*, Routledge, Nueva York, Estados Unidos, 2016, p. 503.

⁶ Así lo reconoce también el autor venezolano Jesús María Casal Hernández, al señalar que: «... De ahí surge la distinción entre la *ratio decidendi* o *holding* y los *obiter dicta* o *dicta*. La primera está compuesta por las razones básicas y necesarias que fundamentan la parte resolutive o dispositiva de la sentencia, mientras que los segundos son afirmaciones complementarias o tangenciales emitidas en el pronunciamiento judicial. Solo la *ratio decidendi* integra el precedente vinculante, que rige los casos sustancialmente iguales que se presenten posteriormente, y se extiende a otros casos con base en el razonamiento analógico...», Casal Hernández, Jesús M., *op. cit.*, p. 321.

⁷ Olano García, Hernán Alejandro, *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 218.

⁸ Ver, por ejemplo, sentencia T-360 de 2015, de la Corte Constitucional de Colombia: «... la *ratio decidendi* que puede definirse como “la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica», <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=72858>

*passant*⁹, constituyen reflexiones del juzgador que no son necesarias para la decisión, sino que se consideran de cierta forma incidentales en la argumentación de la resolución. Al ser de esa manera, estos pronunciamientos carecen de carácter vinculante y no deben citarse como tal en casos subsiguientes¹⁰.

Es necesario puntualizar que pueden existir distintos pronunciamientos accesorios que tienen diferente peso en el razonamiento del tribunal. Algunas consideraciones pueden ser hechas sin especial conexión con el caso, por contribuir al estilo de la resolución o por elección del juzgador. Sin embargo, otros pronunciamientos pueden no ser la razón de decisión, pero tener una relación directa con esta última, y adquirir una especial relevancia en la comprensión de la decisión en su integridad. Más aun, una corte que comprende el carácter integral, evolutivo y constructivo de su jurisprudencia puede ir hilando sus consideraciones en diversos casos que se refieren a una misma materia, de forma que sus fallos se basen sobre lo considerado anteriormente, aunque esto no sea la razón de decisión. Esto tiene como resultado una especial congruencia y unidad en la jurisprudencia de un tribunal¹¹.

En aquellos sistemas en que el precedente no tiene una fuerza vinculante formal, ha sido poco analizada la diferencia en los diferentes pronunciamientos que integran el razonamiento del tribunal. Podría argumentarse que, si nada del pronunciamiento es de observancia obligatoria, resultaría válido citar cualquiera de sus partes, como forma de argumentación persuasiva. Sin embargo, en aquellas decisiones que, por haber emanado de un Tribunal supremo, de forma reiterada, han adquirido carácter vinculante, la distinción debe hacerse para comprender adecuadamente cuál es el precedente judicial que se desprende de esa decisión y así poder invocar su aplicación en casos posteriores, abonando a la certeza jurídica del país.

2.3 Innovación vs. distinción

El efecto vinculante de la jurisprudencia no tiene carácter absoluto. Cuando las circunstancias así lo ameritan, el juzgador tiene, dentro del marco de las facultades que la ley le confiere, la posibilidad de apartarse de su jurisprudencia. En doctrina anglosajona, se dice que la corte ha realizado un *overruling* del precedente, es decir que anula la tesis que se había sostenido, superándola por un nuevo criterio que debe regir en lo subsiguiente. También se conoce como *judicial departure*, y esta

⁹ Esta segunda forma de referirse a los pronunciamientos accesorios viene del francés, cuya traducción sería pronunciamiento «de paso».

¹⁰ Olano García, Hernán Alejandro, *op. cit.*, p. 219.

¹¹ La Suprema Corte de Estados Unidos construye sobre su propia jurisprudencia constantemente, como puede evidenciarse en la decisión del caso *Obergefell v. Hodges*: «Un segundo principio de la jurisprudencia en esta Corte es que el derecho a contraer matrimonio es fundamental porque apoya la unión de dos personas como ninguna otra. Esta asociación íntima protegida por este derecho fue central en el caso *Griswold vs. Connecticut*, en el que se decidió que la Constitución amparaba el derecho de las parejas casadas para usar métodos anticonceptivos y fue admitido en el caso *Turner*», https://derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_constitucional/revista/III_JURISPRUDENCIA_EXTRANJERA/Caso_Obergefell_vs_Hodges.pdf

puede ser explícita o implícita¹², dependiendo si el tribunal reconoce en su fallo expresamente que se apartará del criterio aplicable o si únicamente emite una decisión diferente a la tesis que ha sostenido, sin indicar los motivos de su innovación ni anunciar que el nuevo criterio deberá regir en casos posteriores. Las innovaciones implícitas presentan grandes problemas para la población, debido a que generan falta de certeza jurídica, al dejar a las partes y a futuros litigantes del tribunal ante la duda de las razones por las que no fue aplicada la tesis que ha regido en casos similares. Dejan, además, en tela de juicio si fue un error del juzgador, al no reparar en la existencia de precedentes que permitían dar una solución al caso o si se ignoró conscientemente la línea jurisprudencial existente, por motivaciones de índole no jurídica. Y, lo más importante, impiden a futuros justiciables saber qué criterio adoptará el juzgador ante un caso similar.

Por ello, es deseable que un Tribunal sea siempre explícito, al decidir apartarse de su propia jurisprudencia y realizar una innovación de criterio, pues esto brinda transparencia acerca de sus motivaciones y razonamiento, y permite conocer de qué manera se solucionarán casos futuros, con circunstancias similares. Aunado a ello, es importante recalcar que la facultad de apartarse de su propia jurisprudencia no da al juzgador total discrecionalidad para hacerlo, ya que el hacerlo, adquiere una particular carga de argumentación que le obliga a revelar sus motivaciones e indicar rigurosamente el razonamiento que le llevó a concluir que la innovación era necesaria. Ante esta argumentación, debe el tribunal tomar en cuenta los siguientes factores, para decidir si es deseable apartarse de un criterio vinculante¹³:

- *La dependencia de la sociedad en el criterio:* previo a decidir cambiar una tesis que ha sido reiterada, el juzgador debe tomar en cuenta el nivel de dependencia de la sociedad en ese criterio. Si se trata de un asunto que motiva una gran cantidad de casos periódicamente y si el criterio sostenido permite el ejercicio de algún derecho relacionado con ese asunto, el nivel de dependencia será alto y es aconsejable valorar eso y procurar la estabilidad del criterio, para no generar abruptamente un vacío en el ejercicio del derecho relacionado.
- *El tiempo por el que el criterio ha sido sostenido:* en la misma línea, es importante valorar el tiempo por el que el criterio ha sido sostenido ya que, a mayor tiempo, más confianza puede tener la sociedad de que la corte resolverá los casos, en aplicación del mismo criterio. Por ello, la innovación de un criterio que ha sido reiterado por un tiempo considerable no se aconseja y, en todo caso, amerita una fundamentación más rigurosa en cuanto a los motivos que llevan al tribunal a reexaminar el asunto que por tanto tiempo se ha considerado zanjado.
- *El número de veces que el criterio ha sido reiterado:* con relación al punto anterior, también es importante valorar el número de casos en que la corte ha tenido ocasión de reiterar el criterio bajo análisis, pues a mayor cantidad de reiteración, más dependencia genera un criterio. Así, es posible que una tesis no haya sido desarrollada hace mucho tiempo, pero

¹² Marshall, Geoffrey *et al.*, *op. cit.*, 2016, traducción libre, p. 521.

¹³ Acerca de los factores a tomar en cuenta, previo a decidir una innovación jurisprudencial, ver la audiencia de confirmación ante el Senado de la Jueza de la Suprema Corte de Estados Unidos, Sonia Sotomayor, <https://www.youtube.com/watch?v=VycHKuCEATA>

que, en ese corto lapso, haya sido reiterada en diversas ocasiones y esa circunstancia debe obligar al tribunal a procurar la estabilidad del criterio o fundamentar con gran rigurosidad los motivos del nuevo examen del asunto.

- *Si el precedente sienta reglas claras para la sociedad:* una circunstancia que puede llevar a un tribunal a reexaminar un asunto es si el criterio sostenido ha demostrado no dar luces claras en cuanto al tema analizado. Este extremo debe valorarse también, previo a decidir la innovación, de manera que procure siempre orientar claramente a la población en cuanto al actuar que le es permitido.
- *Los cambios de circunstancias relevantes:* previo a decidir la innovación de un criterio, también es importante evaluar si ha existido un cambio de circunstancias relevantes al asunto analizado, que ameriten o aconsejen un giro en la tesis sostenida. Ello puede darse en asuntos que valoran factores sociales, al decidir un caso, o políticas que podrían haber variado desde la última vez que el asunto fue sometido a conocimiento del tribunal.
- *Los avances de ciencias relacionadas:* debido a la gran variedad de temas que llegan al conocimiento de los altos tribunales, en casos que conllevan un aspecto técnico-científico, es importante valorar si ha existido algún avance en las ciencias relacionadas que permita al juzgador contar con mejores luces sobre el tema y amerite un cambio de criterio. Por lo anterior, es de suma importancia que el tribunal busque siempre contar con el apoyo de la ciencia, reconociendo los campos que no son de su pericia, cuando el caso así lo amerite.
- *Si el criterio toca un asunto de derechos humanos:* también se considera importante valorar, en cuanto al fondo del asunto analizado, si se trata de un tema de desarrollo de derecho humanos, en cuyo caso la innovación debe ir siempre encaminada a asegurar el principio de progresividad, es decir, en garantizar cada vez un mayor y mejor goce de los derechos inherentes a la persona humana. En ese orden, le estaría vedado al tribunal realizar una innovación de criterio que pueda tacharse de regresiva o que disminuya el goce de los derechos humanos.

Por otro lado, en algunas ocasiones, el tribunal puede inaplicar un precedente de relevancia, por considerar necesario hacer una distinción o diferenciación, sin que ello signifique una superación general del criterio imperante. Esa distinción se realiza al advertir que algunas de las circunstancias materiales que estaban presentes en el caso o serie de casos que asentaron el criterio vinculante, cambian sustancialmente en el asunto de mérito, afectando la procedencia del precedente y haciendo inviable su aplicación¹⁴. La distinción puede presentarse como una excepción a la regla general y, en cualquier caso, es imprescindible que el juzgador sea expreso y muy riguroso en la delimitación de la excepción que realiza o en la particularidad de las circunstancias que hacen meritoria la diferenciación. De esa manera, el tribunal articula una nueva subregla del criterio general, sin restar a la vigencia de la tesis que se había sostenido.

¹⁴ Garner, *et al.*, *The Law of Judicial Precedent*, Thomas Reuters, Estados Unidos de América, primera edición, 2016, p. 97.

2.4 Efecto vertical y horizontal

La vinculatoriedad de la jurisprudencia de un alto tribunal se aprecia en dos facetas: una faceta vertical, de carácter estricto, que obliga a cortes inferiores a aplicar la tesis a casos similares que lleguen a su conocimiento y una faceta horizontal, de carácter más laxo, que obliga al propio tribunal que ha sostenido una línea jurisprudencial a fallar conforme a esta, a menos que haga un debido uso de su facultad de apartarse de su propio criterio.

En su faceta vertical, la no observancia de la obligatoriedad del precedente debe conllevar como sanción la revocación del fallo por parte del tribunal superior que tenga ocasión de revisar esa sentencia¹⁵. Es de gran importancia que el precedente se observe, en su faceta vertical, debido a que, si no existe esa vinculatoriedad del criterio del tribunal superior, pueden darse divisiones de criterio entre cortes de igual jerarquía, resultando en falta de certeza y desigualdad ante la ley, ya que el resultado de casos similares va a depender del juzgador que decida el caso. En ese sentido, el tribunal de mayor jerarquía en el ordenamiento actúa como órgano de cierre, pues permite asentar la línea que deben seguir todas las cortes inferiores, unificando la jurisprudencia en temas a veces controvertidos. Es importante señalar que, para que exista una eficiente aplicación del precedente en su efecto vertical y que el sistema de justicia funcione como un engranaje integral en que todas las cortes acaten los criterios vinculantes del tribunal de mayor jerarquía, es imprescindible contar con mecanismos de difusión de las sentencias del tribunal de cierre, que permitan a todos los juzgadores de menor jerarquía, así como al gremio de juristas que litigan ante estos, conocer sin lugar a dudas las tesis que tienen carácter vinculante.

En cuanto a la faceta horizontal, como se ha recalcado, el precedente es vinculante de una manera menos estricta, debido a la facultad que tiene el Tribunal de decidir si es pertinente realizar una innovación o giro jurisprudencial. El principio que, en el derecho anglosajón, inspira la observancia del precedente se conoce como *stare decisis et quia non movere*, o simplemente *stare decisis*, y que refiere a que el juzgador debe *estarse a lo decidido y no variar lo resuelto*. Puntualizando sobre este principio, en su vertiente horizontal, el estadounidense Brian Garner menciona que:

Con los precedentes horizontales, decisiones previas de la misma corte, nada sobre el *stare decisis* es absoluto. La adherencia al precedente es la alternativa preferida ya que promueve el desarrollo de principios legales predecibles y consistentes, fomenta la dependencia en decisiones judiciales y contribuye a la integridad real y percibida de la integridad del proceso judicial.¹⁶

El autor continúa refiriendo que la relevancia de esta vertiente de la obligatoriedad del precedente reside en diversos motivos, entre ellos, que es una manera de honrar la sabiduría y experiencia de generaciones pasadas que ostentaron el cargo de juez, por lo que se trata de una actitud de honor y lealtad. Además, permite mayor eficiencia en el trabajo del tribunal, al no ser obligado a considerar el caso como uno de primera impresión, sino recurrir a reglas ya determinadas. Avanza también

¹⁵ González Tocci, María Lorena, «Algunas Reflexiones sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», *Revista Jurídica*, UCES, p. 140.

¹⁶ Garner, Brian, *et al.*, *op. cit.*, traducción libre, p. 35.

la imparcialidad del juez, que puede posicionarse ante la sociedad como una fuente neutral, al demostrar que sigue el mismo criterio en casos iguales, sin tener interés en el asunto¹⁷. Todo lo anterior permite advertir que el respeto de un tribunal por su propia jurisprudencia responde no únicamente a motivaciones de derecho, sino también a aspectos prácticos que deben ser ponderados al decidir los asuntos objeto de litigio.

3. EL PRECEDENTE EN EL SISTEMA GUATEMALTECO

3.1 La doctrina legal en Guatemala

Como seguramente es del conocimiento del lector, Guatemala no sigue una tradición jurídica basada estrictamente en la obligatoriedad del precedente entre cortes de diferente jerarquía. Sin embargo, el sistema guatemalteco contempla en su legislación la figura de la doctrina legal, que se refiere a aquellos criterios que han sido reiteradamente sostenidos por un mismo tribunal, y cuya reiteración les ha dado un valor preponderante, de tal manera que la ley reconoce que su observancia deviene obligatoria.

Este concepto nos permite encontrar un punto de convergencia entre el valor dado al precedente en sistemas de tradición civilista y sistemas de tradición anglosajona. Si bien en estos últimos, atendiendo a la jerarquía de las cortes, basta con un único precedente para adquirir fuerza obligatoria para cortes inferiores, la posibilidad de formar doctrina legal en nuestro sistema abre la puerta a que existan criterios que tengan ese carácter vinculante para cortes inferiores, de forma muy semejante al sistema basado en precedentes. En esa línea, nuestro sistema no atiende el principio de *stare decisis* en el que un único precedente deviene obligatorio, si emana de la corte de mayor jerarquía, sino que sigue el concepto conocido en la literatura como *jurisprudence constante*¹⁸. Esta expresión, de origen francés, se refiere al valor preponderante que adquiere un criterio al ser reiterado, de manera ininterrumpida, por un mismo tribunal, hasta adquirir fuerza vinculante, para cortes inferiores y para el propio tribunal¹⁹.

A diferencia del *stare decisis*, el principio de *jurisprudence constante* no se desprende de las raíces del sistema y el rol principal de los jueces, sino del reconocimiento paulatino que la codificación normativa no puede vislumbrar *a priori* todas las posibles situaciones de conflicto que pueden darse y es necesario, en algunos casos, que la interpretación judicial permita arribar a una solución. Aunado a ello, la única manera de garantizar la igualdad ante la ley es a través de la resolución de casos similares, de la misma manera, y con estabilidad en el tiempo²⁰. Es por ello que el concepto de *jurisprudence constante* ha ido ganando fuerza en sistemas civilistas y se ha incorporado formalmente

¹⁷ *ibidem*, p. 37.

¹⁸ Del francés «jurisprudencia constante».

¹⁹ Novak, Marko, «Ensuring uniform case law in Slovenia: jurisprudence constante, stare decisis, and a third approach», *Studia Iuridica Lawlinensia*, vol. XXVII, 2018, p. 132, <https://journals.umcs.pl/sil/article/download/6611/pdf>

²⁰ Legarre, Santiago y Julio César Rivera, «Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 1, pp. 109-124, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007

en las leyes, cuando se trata de las decisiones que emiten las más altas cortes, a través de la figura de la doctrina legal.

En el caso de nuestro sistema, la ley reconoce la posibilidad de sentar doctrina legal únicamente a las más altas cortes del país. Así, la Corte Suprema de Justicia tiene esa facultad, de conformidad con el Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece en su artículo 621:

Artículo 621. Casación de fondo.

Habrá lugar a la casación de fondo:

1°. Cuando la sentencia o auto recurrido contenga violación, aplicación indebida o interpretación errónea de las leyes o doctrinas legales aplicables.

2°. Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos, que demuestren de modo evidente la equivocación del juzgador. **Se entiende por doctrina legal la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos.**²¹ (el énfasis es agregado)

Asimismo, este cuerpo normativo indica, en su artículo 627:

Artículo 627. Cita de leyes y doctrinas legales.

En el escrito en que se interponga el recurso deben citarse los artículos violados y exponerse las razones por las cuales se estiman infringidos. No será necesaria la cita de leyes, en relación al motivo de casación que consiste en error de hecho en la apreciación de la prueba. Si se alegare infracción de doctrina legal, **deben citarse, por lo menos, cinco fallos uniformes del Tribunal de Casación que enuncien un mismo criterio, en casos similares, y no interrumpidos por otro en contrario.** El Tribunal no tendrá en cuenta otras leyes y doctrinas legales que las citadas al interponerse el recurso o antes de señalar día para la vista del asunto.²² (el énfasis es agregado).

De lo anterior podemos extraer que la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de sentar doctrina legal, la cual se forma por la reiteración de cinco fallos de casación contestes e ininterrumpidos por otro en contrario.

²¹ Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil.

²² *idem*.

En la misma línea, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece, en su artículo 43, que la Corte de Constitucionalidad tiene la facultad de sentar doctrina legal de la siguiente manera:

Artículo 43. Doctrina legal.

La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales **al haber tres fallos contestes de la misma Corte**. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido.²³ (El énfasis es agregado).

De la literalidad de este artículo, pueden extraerse las dos facetas de obligatoriedad de la doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad: la faceta vertical, que obliga a tribunales inferiores a observar los criterios y la faceta horizontal, que obliga a la propia Corte a fallar conforme a su jurisprudencia, salvo una innovación razonada.

La doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad juega un papel trascendental en el sistema de justicia guatemalteco, por lo que es imprescindible que el estudiante de derecho se familiarice con este concepto, con su relevancia y aplicación práctica, desde los inicios de su formación jurídica. Más aún, es de suma importancia familiarizarse con los sistemas de búsqueda de jurisprudencia²⁴ de ambas cortes y domine las formas de investigación necesarias para ubicar, en el acervo jurisprudencial de cada una de ellas, los precedentes de relevancia para argumentar su postura ante futuros casos. Esto será un valor agregado como profesional, sin importar el área de su desempeño, ya que tanto en la academia, como en el litigio y en la administración de justicia, es esencial conocer la doctrina legal vigente en nuestro sistema.

3.2 Estabilidad de las decisiones en Guatemala

Las consideraciones anteriores nos permiten advertir que, formalmente, las decisiones de las más altas cortes del país, que han adquirido fuerza de doctrina legal, tienen una especial posición en nuestro sistema y la intención del constituyente y del legislador ha sido que esos criterios se mantengan estables a través del tiempo, abonando a la certeza jurídica del país. Así es que hay tesis de gran trascendencia que fueron establecidas jurisprudencialmente desde hace mucho tiempo y se mantienen vigentes hoy en día.

Particularmente, la doctrina de la Corte de Constitucionalidad ha moldeado la interposición de las garantías constitucionales en aspectos muy importantes, tales como la confrontación

²³ Asamblea Nacional Constituyente, Decreto 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

²⁴ Sistema de búsqueda de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Cenadoj), <http://jurisprudencia.oj.gob.gt/>
Sistema de búsqueda de jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>

técnico-jurídica entre la norma que se impugna de inconstitucional con la norma constitucional que se estima vulnerada²⁵, en la garantía de inconstitucionalidad general, el incumplimiento del presupuesto de definitividad por prematuridad de la garantía de amparo, cuando existen recursos pendientes en vías ordinarias²⁶, entre muchos otros.

Por otro lado, también es posible advertir asuntos en que las cortes han sido cambiantes en el criterio que adoptan, generando incertidumbre. Como ejemplo de lo anterior, cabe traer a colación algunas resoluciones de la Corte de Constitucionalidad. El criterio en cuanto a si procede o no el recurso de apelación para impugnar la resolución de enmienda del procedimiento, en juicios civiles como el oral o el sumario, que tienen restringido el recurso de apelación por la ley, ha sido variante en la jurisprudencia del tribunal.

Así, en sentencias de fechas 18 de enero de 2008, 29 de mayo de 2009 y 27 de septiembre de 2010, dictadas dentro de los expedientes 2469-2007, 663-2009 y 2298-2010, respectivamente, se sostuvo que en los juicios en que el recurso de apelación se encuentra limitado, el auto de enmienda de procedimiento no es apelable pues —invocando el principio de especialidad— se había hecho prevalecer lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil sobre lo dispuesto en el artículo 67 inciso (d) de la Ley del Organismo Judicial.

Posteriormente, a pesar de estar vigente por casi cinco años, la Corte se apartó de su doctrina legal, al sostener en las sentencias de 7 de agosto de 2012, 17 de octubre de 2013, 17 de agosto de 2015 y 25 de octubre de 2016, dictadas dentro de los expedientes 1838-2012, 725-2013, 2499-2014 y 615-2016, respectivamente, que el auto de enmienda de procedimiento sí es apelable, en toda clase de juicios, pues la norma que debía prevalecer, en aplicación del principio de especialidad, es el artículo 67 inciso (d) de la Ley del Organismo Judicial, por ser la que rige la facultad del juez de enmendar el procedimiento. La Corte consideró también que, al ser la enmienda de procedimiento una resolución dispuesta de oficio por el juez, era razonable que la voluntad del legislador se haya inclinado por dar oportunidad a las partes que intervienen en un proceso de discutir o cuestionar una decisión que fue dictada sin la intervención de estas y sin que tuviera oportunidad de argumentar en contra.

En un nuevo estudio del asunto, la Corte de Constitucionalidad anunció su separación del criterio antes sostenido, en la sentencia de fecha 4 de abril de 2017, dentro del expediente 2646-2017, al regresar al criterio antes sostenido y considerar que el principio de especialidad debe entenderse como la aplicación de las normas que rigen el proceso —en el presente caso el Código Procesal Civil y Mercantil—, y no aquella que faculta al juez a enmendar el procedimiento —artículo 67 de la Ley del Organismo Judicial—, por lo que el auto de enmienda del procedimiento no es apelable

²⁵ Ver sentencias del 8 de diciembre de 2011, dentro del Expediente 3647-2010, del 18 de junio de 2014, dentro del Expediente 3698-2013 y del 3 de diciembre de 2015, dentro del Expediente 365-2014, todas de la Corte de Constitucionalidad.

²⁶ Ver sentencias del 2 de enero de 1996, dentro del Expediente 572-94, del 31 de agosto de 1995, dentro del Expediente 671-94 y del 19 de noviembre de 1997, dentro del Expediente 651-97, todas de la Corte de Constitucionalidad.

en juicios que tienen ese recurso restringido. El criterio se consolidó como doctrina legal, con su reiteración en dos sentencias más.

Los cambios de criterio antes referidos coinciden con una nueva integración de la Corte, por lo que es posible advertir que los magistrados del tribunal priorizan la imposición de su opinión en cada asunto, por sobre la importancia de resguardar la estabilidad de las decisiones. Ante ello, cabe recalcar que, en algunas ocasiones, es más importante que un asunto quede *firmemente* decidido que *correctamente* decidido, a los ojos del juez. Y es que este tipo de variaciones en el criterio deja a la población en incertidumbre en cuanto a cómo deben resolverse casos similares, pues el juzgador no es conteste en su tesis, cambiándola con relativa frecuencia.

No es posible generalizar y afirmar que la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad son tribunales inconsistentes con su propia jurisprudencia y que se apartan de sus criterios de una manera que imposibilita del todo conocer su postura frente a asuntos reiterados. Se aprecia que ciertas cuestiones han quedado zanjadas desde hace décadas, y aun hoy continúan vigentes; mientras que otros asuntos sufren variaciones de criterio con regularidad. Lo que es importante es un constante seguimiento de las decisiones de estas altas cortes, de manera que la presión ciudadana genera la expectativa de estabilidad en los criterios, en beneficio de la certeza jurídica del país.

4. LOS CASOS EMBLEMÁTICOS

Especial consideración merecen los casos emblemáticos. Estos casos son aquellos en que las decisiones que se emiten han dado solución a situaciones complejas, han significado avances o cambios considerables en los derechos de las personas o han sido las primeras en asentar un criterio que, desde entonces, se ha utilizado consistente y frecuentemente (estos últimos se conocen en la doctrina anglosajona como *leading cases*). A algunos de los casos emblemáticos se les reconoce como parteaguas en la historia jurisprudencial del país. Este es un motivo más por el que el estudiante de derecho debe especial atención a los precedentes de las altas Cortes de su país.

La Suprema Corte de Estados Unidos ha emitido diversas sentencias, a lo largo de su historia, que pueden clasificarse como emblemáticas. Una de las más trascendentales, para el derecho estadounidense, así como para el desarrollo de la justicia constitucional en la región, fue la decisión en el caso *Marbury v. Madison*²⁷, en que la Corte Suprema de Estados Unidos se arrogó la facultad de realizar el control constitucional normativo y declarar la inconstitucionalidad de una ley, facultad que continúa ejerciendo hoy en día y que allanó el camino para el diseño utilizado en muchos países (incluyendo Guatemala), de un tribunal constitucional concentrado con la facultad de realizar el control constitucional normativo. Pueden mencionarse también, como ejemplos de casos emblemáticos en la jurisprudencia estadounidense, la decisión en el caso *Brown*

²⁷ Suprema Corte de Estados Unidos, *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137), <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>

*v. Board of Education*²⁸, que reconoció como inconstitucional la doctrina anteriormente aceptada de segregación racial en las escuelas, pues eso suponía una forma de discriminación hacia los niños y las niñas afroamericanos(as), en detrimento de su preparación escolar. Y la decisión en el caso *Roe v. Wade*²⁹, que estableció que existe un derecho constitucional de las mujeres, en el ámbito de su vida privada, de terminar voluntariamente un embarazo, en las primeras semanas, entre muchas otras sentencias de imprescindible conocimiento para quien tenga interés en el Derecho.

En la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, es importante recordar la emblemática decisión dentro del Expediente 71-44³⁰, de la que se desprendió el análisis que llevó al planteamiento teórico de la figura del bloque de constitucionalidad, debido a que el caso giró en torno al derecho de asociación que no se encontraba, en ese momento, expresamente reconocido en el articulado formal de la Constitución. Por ello, el Consejo Constitucional decidió aplicar partes del preámbulo de la Constitución y de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 —textos que no formaban parte formal de la norma suprema—, para tutelar el derecho referido, avanzando con esta decisión hacia la figura de la Constitución material. Al analizar esta sentencia, el jurista francés Louis Favoreau acuñó el término de *bloc de constitutionnalité*³¹ (bloque de constitucionalidad), para referirse al conjunto de la Constitución y otras normas que tienen la misma jerarquía y pueden, por tanto, utilizarse como parámetro de control constitucional. Este concepto ha migrado a nuestra región para referirse al fenómeno de aceptación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos como parte material de la constitución de los países.

De igual manera, puede citarse como caso emblemático, el de *Banco Mizhari v. ministro de Finanzas*³², de la Suprema Corte de Israel, que reconoció que las leyes que se conocen como «leyes básicas» de ese Estado tienen supremacía por sobre todas las otras leyes, otorgándoles efectivamente la posición que, en la mayoría de ordenamientos, ocupa la Constitución. Hasta el año 1995, las *leyes básicas* en el Estado de Israel eran leyes que trataban asuntos de derechos fundamentales, más no eran reconocidas como jerárquicamente superior a las leyes ordinarias. Sin embargo, en el caso referido, que es equiparado a la sentencia en el caso *Marbury v. Madison* de la Suprema Corte de Estados Unidos, la Suprema Corte de Israel, presidida por el jurista Aharon Barak, por vía de la interpretación judicial estableció que las leyes básicas son normas supremas, por encima de cualquier otra ley, y pueden utilizarse como parámetro de control constitucional normativo³³.

²⁸ Suprema Corte de Estados Unidos, *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/#tab-opinion-1940809>

²⁹ Suprema Corte de Estados Unidos, *Roe, Jane, et al., Appellants, v. Henry Wade* (410 U.S. 113), <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>

³⁰ Consejo Constitucional de Francia, decisión en el caso 71-44, del 1 de julio de 1971, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm>

³¹ Favoreau, Louis, «Légalité et constitutionnalité», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 3, novembre de 1997, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/legalite-et-constitutionnalite>

³² Suprema Corte de Israel, *Bank Mizrahi v. Migdal Cooperative Village*, https://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/United%20Mizrahi%20Bank%20v.%20Migdal%20Cooperative%20Village_0.pdf

³³ Posner, Richard, «Judicial Review, a Comparative Perspective: Israel, Canada and the United States», *Cardozo Law Review*, 2010, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9623&context=journal_articles

Todas las decisiones antes referidas son solo algunos ejemplos de cómo los casos emblemáticos moldean la historia constitucional de cada país y, por ende, conocer la jurisprudencia y el rol que juegan las altas cortes con sus resoluciones en esos casos es un deber irremplazable para los estudiosos del derecho y para comprender la evolución y desarrollo que ha tenido cada tribunal.

Guatemala no ha sido la excepción y la Corte de Constitucionalidad ha emitido resoluciones que, sin duda, han conducido a la justicia constitucional guatemalteca por un rumbo muy propio. Quedaríamos en deuda con el lector si no mencionáramos como caso emblemático en la jurisprudencia de nuestro país la decisión emitida en el expediente 225-93, el veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y tres, conocido coloquialmente como *el caso del Serranazo*. La sentencia referida respondió a un intento de golpe de Estado del entonces gobernante, Serrano Elías, a través de una serie de disposiciones que denominó «Normas Temporales de Gobierno», que llevó a la Corte de Constitucionalidad a actuar de oficio y declarar la inconstitucionalidad de lo decidido por Elías.

Desde las primeras líneas del fallo, es de relevancia advertir que el tribunal examinó «las decisiones emitidas por el presidente de la república difundidas [ese mismo día], a través de una cadena de radio y televisión, mediante las cuales anunció que deja sin efecto disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República»³⁴. La rapidez con que la Corte respondió a lo decidido por el presidente muestra lo apremiante de la situación que atravesaba el país, la gravedad de lo anunciado por el entonces jefe de Estado y la seriedad con que el tribunal constitucional, de reciente creación, ejerció su papel de guardián del orden constitucional. Además, el hecho de que las decisiones fuesen difundidas por cadenas de radio y televisión no impidió a la corte someterlas al control de constitucionalidad, enfatizando que este «comprende las disposiciones de carácter general que dicte el Organismo Ejecutivo»³⁵, sin importar el medio de difusión. Por ello, el tribunal analizó las decisiones tomadas por el líder de Gobierno y determinó que suprimir normas constitucionales es una facultad que se reserva para una Asamblea Nacional Constituyente o bien para el Congreso, conforme lo establecido en la propia Constitución. Es por ello que la Corte consideró que los actos sometidos a control constitucional «no sólo transgreden determinados artículos constitucionales, sino que representan el rompimiento del orden constitucional»³⁶.

El contundente actuar de la Corte permitió dejar sin efecto ese intento de alterar tan significativamente nuestra estructura organizativa, los cimientos de nuestra república, y restauró el orden que la Constitución establece. El porvenir de Guatemala hubiese sido, sin duda alguna, totalmente diferente de no ser por esa histórica decisión.

Desde entonces, la Corte ha emitido otras sentencias de mucha importancia en nuestra historia constitucional, tales como la decisión en el expediente 1822-2011, que reconoció por primera vez la figura del bloque de constitucionalidad, comprendiendo los tratados internacionales en materia de

³⁴ Corte de Constitucionalidad, sentencia del 25 de mayo de 1993, dentro del Expediente 224-93.

³⁵ *idem*.

³⁶ *idem*.

derechos humanos, como parte material de la Constitución. Hasta ese entonces, el Tribunal había sostenido que los referidos Tratados no eran parámetro de constitucionalidad, criterio que cambió con esa decisión, por lo que, actualmente, se sostiene que en materia de derechos humanos, con el fin de garantizar siempre el mayor goce en sus derechos a las personas, los tratados internacionales ratificados por el Estado de Guatemala sí son parámetro de constitucionalidad³⁷.

REFLEXIONES FINALES

La Exposición de Motivos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad nos ofrece una valiosa orientación en cuanto a la intención del constituyente al establecer la facultad de la Corte de Constitucionalidad de asentar doctrina legal constitucional. A ese respecto, el referido documento menciona:

Jurisprudencia constitucional

Se trata, no solamente de darle más importancia a la jurisprudencia como fuente de derecho, sino reafirmar una tendencia sostenida en el Decreto 8 que desafortunadamente no fue cumplida por la Corte Suprema de Justicia. La Corte de Constitucionalidad podrá desarrollar la jurisprudencia actualizando día a día la Constitución, y manteniendo conciencia de lo mismo a través de su recopilación y publicación. Incluso se le da carácter especial al Boletín Constitucional (gaceta en la ley). Las facultades de la Corte de Constitucionalidad para crear jurisprudencia son muy amplias, y es cuestión de desarrollar la materia constitucional y hacer buen uso de esa facultad.³⁸

Existen varios aspectos de estos apuntes del legislador constituyente que vale la pena destacar:

- La voluntad del legislador constituyente fue dotar de más importancia a las decisiones de la Corte como fuente de derecho, lo cual puede deducirse que buscó lograr, a través de la facultad que otorgó al tribunal de sentar doctrina legal, ser vinculante para el resto de los tribunales del país;
- la visión del legislador constituyente, además, fue que la Corte pudiese realizar una labor ordenada y minuciosa, en la compilación y difusión de la jurisprudencia, actualizando los criterios vigentes, para lo cual buscó dar un carácter privilegiado a la gaceta de la Corte, dada la importancia que reviste esta tarea de compilación y difusión de la jurisprudencia;
- el legislador constituyente estaba consciente del alcance de la facultad que estaba otorgando al tribunal constitucional, por lo que su voluntad fue también que esta facultad se ejerciera de forma mesurada, prudente, razonable, todo lo cual puede extraerse de las últimas palabras citadas, al mencionar que se espera de la Corte «hacer buen uso de esa facultad».

De igual manera, la regulación en la ley de la facultad de la Corte Suprema de Justicia de formar

³⁷ Corte de Constitucionalidad, sentencia del 17 de julio de 2012, dentro del Expediente 1822-2011.

³⁸ Asamblea Nacional Constituyente, *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad*, 1985.

doctrina legal, con la reiteración de un mismo criterio en cinco ocasiones, nos permite advertir la intención de dejar a las más altas cortes del país, cada una en su materia, la labor de ser tribunales de cierre que permitan generar certeza jurídica y clarificar el criterio a seguir ante casos que llegan de manera frecuente al sistema de justicia.

Esto nos obliga a prestar especial atención a la jurisprudencia, como fuente de derecho y a servir, como estudiosos del derecho, como litigantes, como auxiliares del sistema de justicia, a contribuir para lograr los objetivos trazados por el constituyente, antes referidos, a través de un constante examen de la labor de esas cortes a las que se han encomendado tan importantes tareas y confiado tan delicadas facultades.

Por ello, es válido cuestionarse ¿de qué manera puede el estudiante de derecho contribuir a la consecución de los fines antes descritos? ¿Cómo fortalecer, desde la academia, el rol de los altos tribunales y el respeto del precedente judicial? Las respuestas a estas interrogantes deben ponernos en acción para propender hacia un sistema de justicia que reconozca la evolución, en tiempos recientes, del rol de las Cortes y asentar, con ello, el actuar de juzgadores que permitan generar certeza jurídica y estabilidad de criterios en nuestro país.

REFERENCIAS

Asamblea Nacional Constituyente. *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad*. 1985.

_____. Decreto 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil.

RAE. *Diccionario de la lengua española*, s. v. «precedente», <http://dle.rae.es/?id=TuvfsO1>

Casal Hernández, Jesús M. «Cosa Juzgada y Efecto Vinculante en la Justicia Constitucional», *Anuario de Derecho Constitucional Americano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2004, p. 325. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2004.1/pr/pr14.pdf>

Garner *et al.* *The Law of Judicial Precedent*. Thomas Reuters, Estados Unidos de América. 2016.

González Tocci, María Lorena. «Algunas Reflexiones sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación». *Revista Jurídica*, UCES.

Legarre, Santiago y Julio César Rivera, «Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis». *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 1, pp. 109-124, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007

Marshal, Geoffrey *et al.* *Interpreting Precedents: a comparative study (applied legal philosophy)*. Routledge, Nueva York, Estados Unidos, 2016.

Novak, Marko. «Ensuring uniform case law in Slovenia: jurisprudence constante, stare decisis, and a third approach». *Studia Iuridica Lwlinensia*, vol. XXVII, 2018, p. 132, <https://journals.umcs.pl/sil/article/download/6611/pdf>

Olano García, Hernán Alejandro. *Interpretación y Neoconstitucionalismo*. México. Editorial Porrúa, 2006

Consejo Constitucional de Francia. Decisión en el caso 71-44 del 1 de julio de 1971, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm>

Favoreau, Louis. «Légalité et constitutionnalité», *Cahiers du conseil constitutionnel*, núm. 3, 1997, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/legalite-et-constitutionnalite>

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-360 de 2015, de la Corte Constitucional de Colombia.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia del 25 de mayo de 1993, dentro del Expediente 225-93.

_____. Sentencia del 17 de julio de 2012, dentro del Expediente 1822-2011.

_____. Sentencia del 8 de diciembre de 2011, dentro del Expediente 3647-2010.

_____. Sentencia del 18 de junio de 2014, dentro del Expediente 3698-2013.

_____. Sentencia del 3 de diciembre de 2015, dentro del Expediente 365-2014.

_____. Sentencia del 2 de enero de 1996, dentro del Expediente 572-94.

_____. Sentencia del 31 de agosto de 1995, dentro del Expediente 671-94.

_____. Sentencia del 19 de noviembre de 1997, dentro del Expediente 651-97.

Suprema Corte de Estados Unidos, *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137), <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>

_____. *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* (576 U.S.), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/#tab-opinion-3427254>

_____. *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/#tab-opinion-1940809>

_____. *Roe, Jane et al., Appellants, v. Henry Wade* (410 U.S. 113), <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>

PLURALISMO JURÍDICO: NOCIONES FUNDAMENTALES Y ALGUNOS APUNTES SOBRE LOS RETOS PARA SU APLICACIÓN EN GUATEMALA

Andrea Desirée Rabanales de la Roca¹

1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DEL TÉRMINO

El pluralismo jurídico parte de la noción de que en una sociedad hay multiplicidad de sistemas legales y que, además, estos sistemas existentes operan de manera simultánea y se interrelacionan.

En un primer momento, se sostenía una noción tradicional de pluralismo jurídico. Si bien existía la posibilidad de sistemas jurídicos diversos, estos no se relacionaban entre sí. Se pensaba que las fronteras entre los sistemas jurídicos estaban delimitadas y que estos órdenes jurídicos diversos estaban aislados.

Especialmente relevante resultan los estudios desarrollados por Leopold Pospisil² con relación a los papúes kapaku de Nueva Guinea y su relación con el derecho alemán y la intersección entre el sistema legal indígena y el sistema jurídico occidental; estudios que redefinieron la forma ortodoxa de concebir el pluralismo jurídico (como la existencia de sistemas jurídicos diversos pero separados), hacia una perspectiva en la que los sistemas jurídicos coexisten e interactúan en el mismo ámbito social. El valor de lo propuesto reside en plantear la existencia de relaciones e interacciones jurídicas complejas en las que esta complejidad viene dada por factores de diversidad étnica y/o cultural.

Por su parte, Boaventura de Sousa Santos plantea que:

Junto a la idea de que el derecho opera en tres escalas (local, nacional y global) y espacios de tiempo distintos (doméstico, producción, comunidad, ciudadanía, mundial) significa que las sociedades modernas son, en términos sociojurídicos, formaciones jurídicas o constelaciones jurídicas. En vez de ordenarse según un sistema jurídico único, las sociedades modernas se rigen por una pluralidad de órdenes jurídicos que se interrelacionan y distribuyen socialmente de distintas formas en el campo social. Esto plantea el debate del pluralismo jurídico.³

¹ Magíster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España. Magíster en Bioética por la Universidad del Istmo, Guatemala; abogada y notaria y licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala; directora de Análisis de Procedimientos Administrativos de la Comisión Contra la Corrupción, Guatemala; y profesora universitaria de pregrado y posgrado.

² Pospisil, Leopold, *The Kapuaku Papuans of west New Guinea. Case studies in cultural Anthropology*, Yale University, 1966.

³ De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común el derecho*, Bogotá, Ilsa, 2009, p. 90.

Según Pablo Iannello, con el devenir del tiempo y los aportes de distintos autores, dentro de los que se encuentran, además de los ya citados, por ejemplo, Eugene Elrich, John Griffiths, Jacques Vanderlinden, entre otros, se han dado diferentes acepciones al concepto de pluralismo jurídico: pluralismo jurídico clásico y nuevo pluralismo jurídico⁴.

El pluralismo jurídico clásico se conecta con la recepción del derecho occidental, con tradiciones jurídicas propias de los pueblos indígenas u originarios. Estos estudios generaron conceptos y nociones tales como la interacción de órdenes jurídicos con estructuras diferentes, la atención a la costumbre en culturas determinadas y la dialéctica entre los órdenes jurídicos existentes. Por su parte, el denominado nuevo pluralismo jurídico, que se originó a partir de los años setenta, estudia la posibilidad de órdenes jurídicos múltiples en sociedades no colonizadas, relacionando distintos niveles normativos que coexisten en una sociedad determinada y que, aunque interconectados, poseen autonomía respecto al sistema u orden jurídico imperante.

Tanto el pluralismo jurídico clásico como el nuevo pluralismo jurídico cuestionan al centralismo jurídico. Asimismo, las posturas pluralistas «... suelen caracterizarse en su sentido más clásico por marcar una tensión entre el derecho estatal y un sistema menor de derecho»⁵.

En términos generales se puede afirmar que el pluralismo aspira a visibilizar que no es sostenible la afirmación que el derecho es simplemente una creación legislativa desarrollada en el seno de los Estados-nación, puesto que esta visión no considera que el tejido social que integra los Estados puede desarrollar sistemas normativos distintos a los occidentales.

2. PLURALISMO JURÍDICO EN GUATEMALA

Desde las perspectivas planteadas, no es difícil percatarse que en Guatemala se está ante un escenario de pluralismo jurídico producido por la interacción entre el sistema jurídico estatal de raíz romano-canónico y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, bien se trate del sistema de derecho indígena de los xincas, garífunas o maya descendientes.

2.1 Dimensión normativa y jurisprudencial

Desde el plano normativo, el derecho indígena ha ido paulatinamente encontrando espacios de reconocimiento, en determinadas ocasiones de forma expresa y otras de forma tácita.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente en el Capítulo II del Título II, en donde se contemplan los derechos sociales, se incluye un apartado especial acerca de la situación y derechos de los pueblos indígenas, al que se denominó «comunidades indígenas». Alejandro Morales Bustamante, al desarrollar lo relativo a la odisea del estatuto especial y la

⁴ cfr. Iannello, Pablo, «Pluralismo jurídico», en Fabra Zamora, Jorge Luis y Núñez Vaquero, Álvaro (coordinadores), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, vol. 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁵ *ibidem*, p. 776.

identidad cultural de los pueblos originarios en el constitucionalismo guatemalteco, sostiene, al hacer referencia a la incorporación de ese apartado en la Constitución de 1985: «Esa regulación supuso un hito en el constitucionalismo guatemalteco, no solo por su especificidad, sino porque por primera vez los indígenas fueron concebidos expresamente como sujetos de derecho»⁶.

El artículo 66 incluido en este apartado plasma el reconocimiento de diversas manifestaciones de la identidad cultural y también establece la obligación del Estado de respetarlas e incluso promoverlas. Por otra parte, el artículo 58 reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo con sus valores, lengua⁷ y sus costumbres. Con estos dos artículos se consolida a nivel constitucional la protección y compromiso del Estado de respetar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. Dentro de esta identidad cultural es factible incluir el respeto y deber de protección a los sistemas jurídicos indígenas.

Vale destacar que la realización de lo previsto en el artículo 58 y 66 de la Constitución no se debe entender, tal como lo afirma Roberto Gargarella, en «tolerar» que se vistan de modo «exótico», hablen idiomas o practiquen rituales «pintorescos»⁸, sino conlleva un reconocimiento formal, material e integral de la identidad cultural de los pueblos indígenas, identidad dentro de la que se enmarca el respeto a su forma de vida y sistema jurídico.

Al respecto la Corte de Constitucionalidad ha manifestado que:

En una sociedad democrática y multicultural como la guatemalteca, el cumplimiento pleno de los deberes estatales que emana del mandato constitucional contenido en los artículos 58 y 66 de la Ley fundamental, enlazado con la obligación internacional prevista en el artículo 2, numerales 1 y 2 del Convenio 169 (...) requiere que el reconocimiento formal de la identidad de dichos pueblos (...) sea materializado mediante programas y prácticas institucionales que garanticen su respeto, conservación y desarrollo (...) y que generen condiciones propicias para su interacción, interdependencia, intercambio y reciprocidad pacíficas con otras culturas-estado de interculturación o interculturalidad...⁹

Por otra parte, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas suscrito el 31 de marzo de 1995 reconoce el derecho consuetudinario y plasma expresamente que:

1. La normatividad tradicional de los pueblos indígenas ha sido y sigue siendo un elemento esencial para la regulación de la vida de las comunidades y, por consiguiente, para el mantenimiento de su cohesión (...) 4. En aquellos casos donde se requiera la intervención de los tribunales, y en particular

⁶ Morales Bustamante, Alejandro, «La odisea del estatuto especial y la identidad cultural de los pueblos originarios en el constitucionalismo guatemalteco», en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Bogotá, año XXIII, 2017, p. 610.

⁷ Actualmente el termino idóneo es idioma.

⁸ Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz editores, 2015, p. 323.

⁹ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Expedientes Acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013, sentencia del 5 de julio de 2016.

en materia penal, las autoridades correspondientes deberán tener plenamente en cuenta las normas tradicionales que rigen en las comunidades...

En el plano normativo internacional, el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes (en adelante Convenio 169 de la OIT) también contempla disposiciones normativas para respaldar el reconocimiento y respeto al sistema jurídico indígena. El artículo 8 del precitado convenio internacional estipula:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Asimismo, el artículo 9 del mismo cuerpo normativo preceptúa:

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

También en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se puede encontrar respaldo al respeto y deber de protección del sistema jurídico propio de los pueblos indígenas, específicamente lo preceptuado en el artículo 5 de la precitada declaración que expresa: «Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado». Finalmente, de alguna manera se puede identificar el deber de proteger y respetar el derecho indígena como manifestación de la identidad cultural contemplada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰.

Respecto a la interpretación del marco normativo nacional e internacional mencionado, la Corte de Constitucionalidad sostuvo dentro del expediente 3300-2009 que: «Como puede advertirse, el marco jurídico previamente citado, reconoce la existencia del derecho consuetudinario indígena y sobre todo el deber de las autoridades y tribunales de respetarlo y observarlo al momento de resolver...»¹¹, en similar sentido se pronunció en el expediente identificado con el número 1467-

¹⁰ Artículo 1. 1. «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural (...) 3. Los Estados Parte en el presente Pacto (...) promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de Naciones...». Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹¹ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Expediente 3300-2009, sentencia de 21 de octubre de 2010.

2014 al afirmar que: «según lo regulado en la Constitución y los instrumentos internacionales (...) el Estado de Guatemala tiene la obligación de reconocer el derecho indígena como un aspecto cultural fundamental propio de la convivencia social de los pueblos originarios del país»¹².

Dentro de la jurisprudencia nacional, también se pueden encontrar pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia, que consolidan el reconocimiento formal que se hace al derecho indígena y, por ende, reconocen la existencia de pluralismo jurídico en Guatemala.

La Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, afirmó que:

Hemos iniciado un proceso de superación de la postura monista (...) La ideología liberal tradicional e igualdad formal, es sustituida gradualmente al aceptar paulatinamente el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y la doctrina, criterios de ponderación y proporcionalidad en el tratamiento diferenciado necesario en una sociedad plural y democrática, en consideración a las exigencias concretas de convivencia y tolerancia entre los diferentes pueblos (...) El derecho, incluyendo el indígena, implica normas de cumplimiento obligatorio, instituciones, autoridades reconocidas y por ende legítimas, procedimientos, órdenes y coacción; es un medio para conseguir metas colectivas de interés general de un grupo social, sistema e instituciones que son consideradas legítimas y que implican la regulación de las actividades personales y colectivas en relación a fines en procura de lograr el bien común de los pueblos.¹³

En esa misma sentencia, la Cámara Penal sostiene esta importante afirmación:

en cumplimiento del mandato de las naciones que integran la comunidad internacional de la que Guatemala es parte, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha iniciado un proceso de formación de doctrina jurisprudencial en la que define el derecho indígena como un conjunto de principios y normas consuetudinarias, instituciones, autoridades, procedimientos y sanciones reconocidas por una comunidad indígena, la que debe ser comprendida integralmente, es decir como un sistema jurídico único en su dimensión cultural, social y espiritual, que coexiste con el derecho estatal bajo un prisma de pluralismo jurídico.¹⁴

2.2 Dimensión fáctica

La corroboración fáctica de la existencia de pluralismo jurídico en Guatemala parte de la toma de conciencia de la existencia de pueblos indígenas en el territorio y, principalmente, de la comprensión de la forma en la que estos se desarrollan en los planos sociales, económicos, culturales y jurídicos, la que presenta rasgos identitarios distintos a los de la cosmovisión occidental.

¹² Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Expediente 1467-2014, sentencia 10 de marzo de 2016.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, Expediente de casación 01004-2012-01524, sentencia de 6 de noviembre de 2012.

¹⁴ *idem*.

Como punto de partida, resulta imprescindible determinar a quiénes comprende la denominación «pueblos indígenas». El Convenio 169 de la OIT aporta parámetros al respecto: la literal b), numeral 1 del artículo 1 de ese convenio estipula que se puede considerar una persona o grupo de personas como indígenas:

Por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas...

Adicionalmente, el numeral 2 de ese mismo artículo resalta como criterio para la determinación de pueblos indígenas y tribales a la conciencia de la propia identidad.

Rigoberta Menchú Tum y Ángel Francisco Canil Grave, como miembros del pueblo indígena maya, manifiestan que ser indígena es una forma de sentir, una forma de ser, es un modo de vida que se construye con el caminar de los días, de los tiempos y a lo largo de toda la existencia de un ser vivo¹⁵.

Al respecto, Tania Li, citada por Aída Hernández Castillo, consigna que «La autoidentificación grupal como indígenas no es algo natural o inevitable, pero tampoco es algo simplemente inventado, adoptado o impuesto. Es más bien un posicionamiento que surge de prácticas sedimentadas, paisajes y repertorios de significados que emergen a través de formas particulares de lucha...»¹⁶.

En los Acuerdos de Paz, específicamente el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, se determina que «los pueblos indígenas incluyen el pueblo maya, el pueblo garífuna y el pueblo xinca, y que el pueblo maya está configurado por diversas expresiones socioculturales de raíz común (...) se reconoce la identidad del pueblo maya así como de las identidades de los pueblos garífuna y xinca, dentro de la unidad de la nación guatemalteca...».

En su libro *Teoría general de los derechos humanos*, Marvin Rabanales García sostiene que el derecho a la identidad cultural abarca, entre otros aspectos, el reconocimiento que el Estado debe dar a los integrantes de pueblos, comunidades o naciones indígenas, los cuales fueron definidos por un estudio de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías en 1987, al establecer que son aquellos que, teniendo continuidad histórica con sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran a sí mismos como distintos de otros sectores de las sociedades ahora prevalecientes en esos territorios o parte de ellos¹⁷.

¹⁵ El pueblo maya, expresado a través de sus nietas y nietos, *Raxxalaj Mayab, Káslemalil. Cosmovisión maya. Plenitud de la vida*, Guatemala, s/n., 2006, p. 15.

¹⁶ Hernández Castillo, Aída, «La Construcción de los indígenas como campo de poder. Posibilidades y limitaciones de las identidades indígenas en las luchas emancipadoras», en Armony, Víctor y Rousseau, Stéphanie (editores), *Diversidad cultural, desigualdades y democratización en América Latina*, Bélgica, Diversitas, 2012, p. 55.

¹⁷ Rabanales García, Marvin, *Teoría general de los derechos humanos*, Guatemala, Editorial Saqarik, 2021, p. 105.

En Guatemala, los pueblos mayas, xinca y garífuna satisfacen los rasgos demarcados por el Convenio 169 de la OIT para considerarlos como indígenas. Los mayas y xincas tienen su origen histórico en épocas precolombinas y los xincas en la época de la colonización; además, presentan rasgos identitarios propios y diferentes con relación a la cosmovisión occidental.

Por ello, se justifica que la protección contenida en el artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala relativa a la protección a grupos étnicos, les asista; lo que conlleva el respeto a sus formas de vida, costumbres, tradiciones, organización social y también, con ello, el respeto de sus sistemas jurídicos que presentan rasgos culturales e identitarios particulares que los diferencian del sistema jurídico occidental o estatal.

3. GENERALIDADES DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS

Si bien las diversas manifestaciones de derecho indígena en Guatemala presentan características distintas entre sí y resultaría imprudente incluir un catálogo de rasgos cerrado e inflexible, sí que es factible sostener que hay algunos rasgos que son identificables, en alguna medida, tanto en el sistema jurídico maya como en el xinca y el garífuna.

Raquel Yrigoyen Fajardo sostiene que cuando se habla de derecho indígena se alude a un concepto relacional; no es una descripción de un derecho antes de la contaminación occidental sino a lo que los indígenas perciben como suyo frente al derecho estatal u otros sistemas en un determinado momento histórico¹⁸.

Uno de los principales rasgos de los sistemas jurídicos indígenas, dentro de los que se deben incluir el sistema maya, xinca y garífuna, es que estos provienen de sociedades de tradición oral y, por ende, el derecho en gran medida también lo es¹⁹. «La oralidad es un sistema que forma parte y es a la vez un elemento de la organización social...»²⁰; además, la oralidad tiene como fin preservar información y esto incluye preservar sistemas de conocimiento, la visión histórica y la memoria social que son propias de un determinado pueblo.

La oralidad requiere ciertas estrategias, de manera que una sociedad que se administra mediante mecanismos orales requiere de ciertas condiciones de organización social para este funcionamiento, de ahí que los testigos tengan un papel tan trascendental en los sistemas jurídicos indígenas, pues coadyuvan a asegurar el cumplimiento de los compromisos entre las partes. Además, una sociedad de tradición oral funciona vinculada a procesos deliberativos y colectivos. La oralidad también permite registrar lo producido en la sociedad y ofrecer modelos para vivir el presente, proyectar el futuro y conservar y transmitir valores²¹.

¹⁸ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999, p. 30.

¹⁹ No hay que olvidar que la escritura es una forma o vía de comunicación, pero no la única, ni la mejor, por lo que resulta equivocado pensar que el derecho oral eventualmente debe «evolucionar» hacia un derecho escrito. La diferencia entre la forma oral y la escrita no es cualitativa o de valor, es más bien de forma.

²⁰ Ochoa García, Carlos, *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico*, Guatemala, Editorial Cholsamaj, 2002, p. 37.

²¹ *ibidem*, p. 38.

La normatividad, al funcionar mediante un sistema oral, abre un campo de tensiones en su relación con la norma estatal que posee una lógica dominada por la escritura. El deber ser en la legislación estatal está escrito. En la tradición occidental la ley fue confiada a las tablas no a la memoria de la gente (...) En las sociedades de tradición oral la búsqueda de certeza se mueve en un terreno deliberativo.²²

El derecho indígena es fundamentalmente, aunque no exclusivamente, oral y, por ende, es flexible en el tiempo, más ágil y rápido, usualmente, que el sistema jurídico occidental y también muchas veces de menor costo. En términos generales, lo resuelto, y que queda plasmado en pronunciamientos, no genera jurisprudencia, tal como en el sistema occidental. En los sistemas jurídicos indígenas predomina el sentido común y el diálogo en cada caso²³.

Algunos autores también vinculan a los sistemas jurídicos indígenas con la noción de territorio. Según el Convenio 169 de la OIT dentro de la noción de territorio se debe incluir no solo a la tierra sino a los recursos naturales y también a los recursos del subsuelo. Además, la noción de territorio es entendida por algunos como un atributo de la identidad de grupo. También esta noción resulta trascendental para la determinación de la jurisdicción; es decir, del ámbito sobre el cual la justicia indígena puede aplicarse.

Otro rasgo de los sistemas jurídicos indígenas es que, dada la vinculación de este con la forma de estructurar y ordenar las relaciones entre las personas, es la relevancia que se da a la estructura familiar y social de sus integrantes. Esto resulta vital para determinar y organizar las actividades económicas, rituales y jurídicas, y también, inclusive, porque «el ejercicio de los derechos individuales es modalizado por la estructura familiar»²⁴.

Por otra parte, la noción de equilibrio presente en gran medida en la cosmovisión maya, xinca y garífuna también se refleja en sus sistemas jurídicos. La percepción que las relaciones, la interacción con el territorio e incluso el proceder respecto a sí mismo, deben guardar un equilibrio con el entorno y con los demás, encamina muchas veces a que el derecho indígena tenga una vocación reparadora o restauradora, justamente para no alterar el orden social y recuperar el equilibrio. Vale destacar que esta reparación no es equivalente a castigo sino es más bien un ajuste que tiende al orden y a la armonía.

En el derecho indígena (xinca, maya o garífuna), la concepción de la persona y su capacidad de ejercer derechos y obligaciones se vincula a la edad (niños, adultos, ancianos). Las sociedades «generan mecanismos para que sus miembros permanentemente estén aprendiendo los deberes y derechos que le corresponden en un momento dado de su vida»²⁵. Finalmente, la religión o espiritualidad juega un papel relevante en los sistemas jurídicos y de organización social de los

²² *ibidem*, p. 40.

²³ *ibidem*, pp. 45-47.

²⁴ Ochoa García, Carlos, *op. cit.*, p. 61.

²⁵ *ibidem*, p. 72.

pueblos indígenas; de esta cuenta, muchas de las transgresiones se analizan en función del conjunto de valores y prácticas sociales connotadas por lo sagrado²⁶.

Como se evidencia de lo anotado, los sistemas jurídicos indígenas no se circunscriben a la posibilidad de que autoridades indígenas conozcan de controversias²⁷, sino que es, más bien, una forma de organización del poder y en general de establecimiento de las pautas de organización social para vivir en armonía. Contempla parámetros para demarcar y orientar las relaciones de la población entre sí y también las relaciones de las personas con las autoridades; es decir, los sistemas jurídicos indígenas definen de forma integral, e incluso no estrictamente desde la perspectiva normativa, las pautas de convivencia y organización de la comunidad de que se trate, por lo que no se les debe equiparar, exclusivamente, con la posibilidad que tienen las autoridades indígenas de ejercer jurisdicción para solventar controversias entre individuos pertenecientes a la comunidad.

4. EL SISTEMA JURÍDICO O DERECHO INDÍGENA MAYA

Uno de los sistemas jurídicos con los que el sistema occidental confluye dentro del territorio guatemalteco es el proveniente de los pueblos maya descendientes. Si bien cada comunidad experimenta y expresa su organización social y jurídica de manera particular, expertos en la materia han demarcado algunos rasgos comunes de este derecho.

El derecho indígena maya encuentra su base en la cosmovisión propia de sus pueblos. El sustento filosófico del sistema de organización jurídico parte de la manera de entender la vida, la existencia y las relaciones entre el ser humano y su entorno. Se privilegia la armonía²⁸ y el equilibrio, que resultan ser la finalidad misma de la resolución de los conflictos puesto que muchos estiman que el conflicto surge de la ruptura entre la vinculación, armonía o equilibrio entre la persona, su comunidad y el universo.

En este derecho se articula la cosmovisión, la cultura y la espiritualidad y no existe una rígida división entre normas morales, religiosas y jurídicas; cubre materias como las uniones de cónyuges, relaciones familiares, herencias, el uso de recursos naturales, los hechos que rompen el equilibrio social y las reparaciones, sanciones o restituciones que se pueden imponer, el sistema de autoridades y sus mecanismos de elección, los derechos y deberes de los miembros de la comunidad, etcétera²⁹.

²⁶ *ibidem*, p. 74.

²⁷ «Lo que en realidad se reconoce no es la potestad de impartir justicia, sino la existencia de los sistemas jurídicos propios y específicos de los pueblos indígenas...». Grupo por el pluralismo jurídico en Latinoamérica, Prujula, *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2012, p. 53.

²⁸ «Estado en el cual se tiene conciencia de estar cumpliendo la finalidad inherente a la existencia. Es una especie de empatía, de unidad y concordancia en energía y en estado espiritual, que se establece entre las personas, y entre la persona y las cosas, o entre varios elementos de la creación». Pop Ac, Amílcar de Jesús, *Pluralismo Jurídico y Derechos Indígenas en Guatemala*, Guatemala, Ediciones Maya 'Na'oj, 2015, p. 53.

²⁹ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *op. cit.*, p. 32.

Amílcar Pop Ac destaca como valores del derecho indígena maya el respeto al trabajo, a los ancianos y a los niños, la solidaridad, la sinceridad, la obediencia, la palabra y la invocación al creador; y, como antivalores, la soberbia, la envidia, la mentira, el crimen, la ingratitud, la holgazanería y el orgullo³⁰.

Dentro de las características de este derecho, y en particular de la parte del mismo encaminada a la resolución de controversias, destacan: (1) es un sistema **analítico**, pues se inicia en la mayoría de los casos con un llamado a la reflexión por parte de todas las personas involucradas en un asunto, ello con el objeto de que se pueda llegar a la mejor solución posible, además se expone desde el inicio que la idea subyacente del derecho indígena y de impartir justicia no consiste en señalar a un vencedor y a un perdedor sino en construir soluciones comunes; (2) tiene vocación de **conciliación**, puesto que se la concibe como la base para la armonía y la clave para el restablecimiento del respeto entre las personas involucradas en un conflicto, además en este sistema jurídico se apela a aspectos morales para lograr un proceso de reconciliación profundo y verdadero; (3) es **dinámico y flexible** porque los procedimientos carecen de formalismos y no están regidos por reglas de aplicación cerrada, sino, más bien, el derecho indígena se adapta al caso concreto, lo que permite el análisis particularizado del asunto y la toma en consideración de las circunstancias personales de los sujetos involucrados previo a asumir una decisión; (4) aspira a ser **formativo** dado que en cada intervención del derecho se pretende compartir una enseñanza no solo a nivel individual sino principalmente en la esfera colectiva, de manera que lo vivido por unos sirva de referente para los demás miembros de la comunidad y eventualmente el proceso sirva para detonar una reflexión colectiva en torno a la mejor forma de convivir en armonía; (5) se desarrolla predominantemente de forma **oral** lo que resulta vital para garantizar su accesibilidad a la población; y (6) su finalidad es **reparar o restaurar** la armonía, orden y equilibrio, esto va desde la devolución de lo material hasta la asunción de responsabilidad o una combinación de ellas. Restaurar o reparar no evoca volver al estado anterior sino compensar y volver a la armonía no solo con la persona afectada sino con toda la comunidad³¹.

El control de las conductas sociales está a cargo de un sistema de autoridades, hombres o mujeres, que además de pertenecer al sistema normativo laico, pertenecen al espiritual y al cósmico; también tiene una gran relevancia las comadronas y los tortuleros o tortoleros que son los encargados de celebrar las uniones conyugales. Algunas autoridades indígenas actuales tienen raíces coloniales como las alcaldías indígenas o las cofradías; sin embargo, los indígenas se han apropiado de ellas al punto de darles legitimidad³².

La forma como se solventan controversias en el marco del derecho indígena maya se realiza ante alguna o algunas figuras de autoridad³³ reconocidas por la comunidad y usualmente se desarrolla

³⁰ Pop Ac, Amílcar de Jesús, *op. cit.*, pp. 55-57.

³¹ cfr. Asociación Maya Uk'ú x B'e, *Q'atb'altzij Mahyab'. Sistema Jurídico Mayab' I parte*, Guatemala, s. e., y Pop Ac, Amílcar de Jesús, *op. cit.*

³² Yrigoyen Fajardo, Raquel, *op. cit.*, pp. 33-35.

³³ Dentro de las autoridades indígenas se pueden identificar (1) autoridades de raíz cultural maya: k'amal be':

en fases. La primera de ellas consiste en conocer el conflicto. Como se mencionó anteriormente, ello se realiza de forma oral, escuchando de viva voz a las partes interesadas; posteriormente, se procede a una fase en la que los afectados y/o interesados dialogan entre sí y con las autoridades. El objetivo de esta fase es tratar de alcanzar una solución que sea satisfactoria para todas las partes. En algunos casos, el diálogo incluye a toda la comunidad, de esa forma se desarrolla un proceso de consulta colectiva en el que la población que se ve afectada tiene la oportunidad de participar y brindar su perspectiva del asunto y proponer una solución. En un proceso de consulta no se rechazan opiniones o ideas, sino se desarrolla un proceso de deliberación horizontal en el que usualmente se da preferencia a la opinión de los ancianos. Posteriormente se llega a la fase del consenso en la que se analizan las propuestas de solución que surgieron en la fase de consulta y se busca la convergencia respecto a qué propuesta adoptar y también la forma de reparar el daño causado, cuando el asunto lo amerite, para volver a la armonía y el equilibrio. La base de lo enunciado es el consenso colectivo y la legitimidad que este proceso de solución de controversias tiene en el seno de las comunidades.

Si bien cada comunidad o región desarrolla y experimenta de forma diferente los mecanismos para alcanzar la armonía, usualmente dentro de los acuerdos que se alcanzan, en caso de que el asunto del que se trate sea uno contradictorio o una controversia entre dos o más partes, se incluyen entre otros, el compromiso a pagar daños cuando hay una afectación económica, el compromiso a devolver o reparar lo descompuesto, a cumplir con un trabajo asignado, o a pedir disculpas y resarcir la afectación moral producida³⁴.

La presencia de sistemas jurídicos organizados, coherentes, aplicables y aplicados tal como el sistema jurídico o derecho indígena maya (o el sistema jurídico xinca o garífuna, en su caso), hace evidente que, en Guatemala, estos confluyen con el sistema jurídico occidental, lo que permite sostener que se está ante un escenario de pluralismo jurídico.

5. RETOS PARA LA COORDINACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA Y EL DERECHO ESTATAL

El pluralismo jurídico presente en Guatemala, así como el respeto a la diversidad cultural, implican la necesidad de alcanzar efectivas relaciones entre los sistemas jurídicos existentes o entre los campos en los que se aplica la justicia. Esto parte de reconocer el carácter pluricultural, multiétnico y plurilingüe del Estado.

Al respecto, los esfuerzos se han centrado en el aspecto procesal o de solución de controversias del derecho indígena, específicamente en demarcar los límites de las competencias personales, materiales

ancianos o principales; Ajq'ij: guías espirituales o sacerdotes mayas; comadronas: mujeres que sirven como parteras y para intervenir en algunos conflictos familiares; y, (2) autoridades de origen colonial apropiadas: alcaldes indígenas o alcaldes auxiliares: encargados del gobierno local; cabildos: reunión de la población; y cofradías: grupo organizado con sistema de cargos rotativos. *ibidem*, p. 36.

³⁴ Al respecto, ver Asociación Maya Uk'ux B'é, *op. cit.*, pp. 83-85.

y territoriales del derecho indígena. También se ha discutido en torno a los procedimientos que se han de utilizar y las garantías y salvaguardas en ellos, así como los mecanismos para cuestionar o apelar las decisiones que bajo este sistema jurídico se puedan emitir. Por otro lado, se han analizado las sanciones que se aplican en los sistemas de justicia indígenas, que pueden ir desde multas a castigos corporales, pasando por la imposición de cargas de trabajo, la expulsión de la comunidad, entre otras. También algo se ha discutido en torno al papel de grupos en situación de vulnerabilidad en el esquema de organización social y jurídico de los pueblos indígenas. De manera tal que «... en vez de una discusión sobre la naturaleza del sistema legal nacional como un todo, la mayor parte de las discusiones se han preocupado por los límites y la aceptabilidad de las prácticas de justicia indígenas y su compatibilidad o incompatibilidad con normas constitucionales y derechos humanos internacionales»³⁵.

En este sentido, muchos pueblos indígenas han reforzado su organización interna para la resolución de conflictos locales, mientras que el sector público estatal paulatinamente reconoce la legitimidad del derecho indígena y la jurisdicción indígena para resolver conflictos de forma autónoma³⁶.

La efectiva coordinación y armonización entre la aplicación del derecho estatal de origen romano canónico y el derecho propio de los pueblos indígenas en el territorio, conlleva grandes retos de coordinación, la que algunos afirman que «está claramente entrapada por lógicas legales, estándares procesales y evidencias diferentes que prevalecen al interior del derecho indígenas y de la justicia ordinaria»³⁷.

Los Acuerdos de Paz demarcaban algunas pautas justamente para esta coordinación y armonización. En ellos se formula la necesidad de un sistema de justicia plural en donde se reforme el sistema de justicia estatal, se amplíen y reconozcan mecanismos alternativos de resolución de conflictos y se haga un reconocimiento genuino del derecho indígena. Esto incluye el respeto a su sistema normativo, a los métodos de designación de autoridades, a sus instituciones y procedimientos para regular la vida social, a los mecanismos para resolver conflictos, para organizarse internamente y para procurar el desarrollo y participación en la vida política del país³⁸.

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad ha plasmado, dentro de su producción jurisprudencial, las pautas de pluralismo jurídico que deben concurrir para su aplicación, que consisten en que los sujetos interesados sean miembros y posean un sentido de pertenencia a su comunidad, cultura y tradiciones; que los hechos que van a ser objeto de análisis jurídico acontezcan dentro del territorio

³⁵ Sieder, Rachel y Flores, Carlos Y., *Dos justicias: Coordinación interlegal e interculturalidad en Guatemala*, Guatemala, F&G Editores, 2012, p. 23.

³⁶ Paradigmático resulta ser que en la gran mayoría de casos en los que surge disputa respecto a la viabilidad de la aplicación del derecho indígena, son las autoridades estatales o no indígenas las que terminan determinando cuando este debe o no aplicarse. Ello no demerita el valor de pronunciamientos efectuados por los órganos jurisdiccionales, en especial los de más alta jerarquía, (Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad) en el reconocimiento a la jurisdicción indígena.

³⁷ Sieder, Rachel y Flores, Carlos Y., *op. cit.*, p. 36.

³⁸ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *op. cit.*, p. 67.

al que pertenece la comunidad; que exista un sistema reconocido y propio de resolución de conflictos que integre usos, costumbres y procedimientos conocidos y aceptados por los miembros de la comunidad; y que el conflicto afecte los intereses de la comunidad que se trate, por lesionar un valor protegido por su cultura (elementos personal, territorial, institucional y objetivo)³⁹.

A pesar de lo anotado, el reconocimiento y adopción del pluralismo jurídico es un reto latente en Guatemala, especialmente si se considera que ello conlleva necesariamente el respeto al derecho indígena, lo que implica garantizar:

(1) la potestad especial de tener y darse sus propias normas y procedimientos para regular la vida social; (2) sus propias instituciones y autoridades y con la facultad de designarlas por sí mismos; (3) la potestad jurisdiccional especial para administrar justicia o resolver sus conflictos por sí mismos así como la competencia para la ejecución de sus decisiones...⁴⁰

6. ALGUNAS PAUTAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA COORDINACIÓN

Raquel Yrigoyen Fajardo, especialista en derecho indígena, contempla algunos criterios para la aludida coordinación. Dentro de ellos está, en primer lugar, definir conflictos de competencia material, territorial, personal y temporal entre los sistemas jurídicos. En cuanto a la competencia material es importante precisar que no existe limitación jurídica para el conocimiento por parte del derecho indígena de asunto alguno, ni por materia⁴¹, ni por gravedad o cuantía, de manera que la justicia indígena está facultada para resolver todo tipo de situaciones⁴². Ello es trascendente pues posibilita la descongestión de juzgados estatales que podrían verse superados en sus capacidades.

Con relación a la competencia territorial y personal, la regla es que las autoridades indígenas son competentes para conocer de asuntos de personas indígenas sucedidos dentro de territorios indígenas; no obstante, puede darse el caso de que el derecho indígena le sea aplicado a personas no indígenas, por estar establecidas en territorios indígenas o bien por asuntos cuya ubicación no esté dentro de un territorio indígena, les interpielen directamente y por ende puedan ser conocidos por este sistema. Ante ello se prevé que «con el desarrollo del derecho plural, el derecho tienda al establecimiento de tribunales interculturales en donde se intente dirimir controversias poniendo en juego los diferentes referentes normativos que coexisten (...) No obstante, hasta ahora la mejor salida es que prive el criterio de la territorialidad sobre los ámbitos personales de validez...»⁴³.

³⁹ Véase, entre otras, la sentencia de la Corte de Constitucionalidad emitida dentro del Expediente 1467-2014, sentencia del 10 de marzo de 2016.

⁴⁰ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *op. cit.*, p. 84.

⁴¹ En el derecho indígena, la distinción entre material (civil, penal, agraria, laboral, familia) no opera bajo la misma lógica que el sistema jurídico estatal, pues en el derecho indígena la lógica es atender el conflicto de forma integral para restaurar la armonía, independientemente de la naturaleza del desequilibrio.

⁴² Yrigoyen Fajardo, Raquel, *op. cit.*, p. 90.

⁴³ Grupo por el pluralismo jurídico en Latinoamérica, Prujula, *op. cit.*, pp. 37-38.

En cuanto a la competencia territorial, se prevé que una vez que la jurisdicción indígena conozca de un asunto, este no puede ser sometido a la justicia estatal de nueva cuenta invalidando las actuaciones previas, puesto que ello implicaría la falta de reconocimiento del pluralismo jurídico.

Otro criterio para la armonización entre sistemas jurídicos resulta ser la necesidad de fomentar la descriminalización del derecho y promover la justicia indígena. La criminalización aludida sucede en gran medida por entender equivocadamente que las autoridades indígenas, al asumir una decisión en una controversia, usurpan la función jurisdiccional que sólo es competencia del Organismo Judicial, cuando en realidad desde la perspectiva del pluralismo jurídico, tal como se ha sostenido, tal afirmación es errónea. También se debe considerar que no se deben estigmatizar⁴⁴ o perseguir las formas de administrar justicia ni las formas en las que los pueblos indígenas imponen sanciones.

Trabajos de antropología jurídica muestran que en los pueblos y comunidades indígenas, existen principios como la reparación, la conciliación y el restablecimiento del orden, la participación solidaria en las conductas de los individuos, entre otras, que bien pueden ser entendidas como formas razonables de hacer justicia desde un contexto cultural específico...⁴⁵

Debe estimarse que, si bien es factible que se puedan producir violaciones a derechos humanos en el marco de la administración de justicia indígena, tal como sucede con la administración de justicia occidental, ello debe analizarse y resolverse bajo una perspectiva intercultural, para evitar que la vía de denuncia por violaciones a derechos humanos sea un mecanismo para criminalizar la justicia indígena. Los derechos humanos deben ser un referente para cuestionar prácticas que afecten la dignidad humana, desde esa perspectiva los propios pueblos indígenas y sus autoridades deben discutir al respecto y asumirlos como un marco a incorporar en sus actuaciones. El Estado en su totalidad debe promover el diálogo y la comprensión de la pluralidad, pues, de lo contrario, se puede caer en el error de otorgarle mayor primacía a la forma de decodificar el mundo propia de la cultura hegemónica.

Se debe tomar en cuenta que:

la concepción y vivencia cotidiana de los DD. HH. no es homogénea ni uniforme entre distintas sociedades, grupos o naciones. Para armonizar las normas indígenas y los DD. HH. se deben hacer interpretaciones contextualizadas de los valores (...) se debe establecer un diálogo intercultural (...) tanto las autoridades indígenas como las estatales, son corresponsables de la manutención de un estado de derecho democrático de las naciones pluriculturales y por supuesto de uno de sus pilares fundamentales: los DD. HH.⁴⁶

⁴⁴ «Por ahora no existe mayor conocimiento de lo que es la administración de justicia Maya. Existe mucha especulación sobre la misma y hay mucha tergiversación, porque todo lo desconocido produce reacciones negativas... el mensaje subliminal, manipulador y peligroso que ha aparecido en los distintos medios de comunicación, es que los Mayas cuando hacen justicia son crueles, criminales y destructores de la vida...». Asociación Maya Uk'ux B'e, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁵ Grupo por el pluralismo jurídico en Latinoamérica, Prujula, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁶ *ibidem*, p. 39.

Yrigoyen también incluye dentro de las pautas de coordinación el fomento de mecanismos para respetar actos jurídicos del derecho indígena tales como uniones conyugales, contratos, traspasos de propiedad, etc., sin establecer requisitos adicionales que desconozcan lo actuado por las autoridades indígenas, de manera que los actos mantengan su validez aun fuera de los territorios indígenas. También contempla la incorporación de mecanismos para el respeto de las decisiones jurisdiccionales de la justicia indígena para que, entre otros aspectos, esta no requiera, para ser considerada como válida, la declaración expresa de ello por parte del sistema jurídico estatal, sino que sea válida por sí misma, al grado que autoridades de poder público estatal se puedan ver compelidas por lo que en el marco del derecho indígena se determine (hacer o abstenerse de hacer algo o suspender actos que otorguen derechos u obligaciones de distinta manera que lo previsto en la decisión emanada del sistema jurídico indígena).

La autora incluye como un aspecto clave para la coordinación entre sistemas y, por ende, para el favorecimiento del pluralismo jurídico, el establecimiento de parámetros para la remisión de casos al derecho indígena, de manera que las autoridades de poder público estatales remitan a esa jurisdicción aquellos casos en los que esta resulte la idónea por razón de competencia (en atención a esta visión de competencia desde la perspectiva pluricultural). Esto supone el establecimiento de mecanismos de comunicación eficientes y coordinación entre sistemas fundamentados en criterios de mutuo respeto, diálogo y sin subordinación; lo que también implica la necesidad de fortalecer a las autoridades indígenas y la interrelación que estas tengan con las autoridades estatales. El fortalecimiento mencionado va desde el respeto a la forma de designación o selección de las autoridades propias de cada comunidad hasta las formas de acreditación o legitimidad de las mismas, de conformidad con lo previsto en el propio sistema indígena.

Finalmente se prevé como pauta para la coordinación entre sistemas jurídicos el prever procedimientos para resolver denuncias por posibles violaciones a derechos humanos por parte del derecho indígena; procedimiento que debe garantizar la comprensión intercultural de los hechos y debe efectuarse a partir de una interpretación igualmente intercultural de las normas atinentes, para evitar perspectivas etnocéntricas y monoculturales⁴⁷.

CONSIDERACIONES FINALES

La presencia de pluralismo jurídico en Guatemala implica importantes retos y ajustes. Uno que no debe pasar desapercibido es la reformulación de las fuentes del derecho que necesariamente surge ante el reconocimiento genuino de los sistemas jurídicos indígenas. Otro reto interesante reside en el fomento y el entendimiento de la perspectiva intercultural como método para comprender de mejor manera la otredad. En ese sentido, es importante comprender que como parte del derecho a la propia cultura y por ende a un sistema jurídico apegado a estas diferencias étnico-culturales,

⁴⁷ Para profundizar sobre los criterios y pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal, véase: Yrigoyen Fajardo, Raquel, *El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los Países Andinos, Cedla, Amsterdam, 1998*; e Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.

en el caso de los pueblos indígenas, no se trata exclusivamente de un derecho individual, sino es un derecho colectivo, pues el sujeto titular del derecho resulta ser el pueblo indígena como concepción colectiva y no individual.

También vale hacer énfasis en la necesidad de comprender que cuando se hace referencia al derecho indígena no se evoca exclusivamente a la resolución de controversias (aunque ello es una parte fundamental del derecho indígena, por su vocación de recuperar la armonía y el equilibrio), sino a todo un sistema integrado por normas jurídicas, esquemas valorativos y rasgos cosmogónicos que lo sustentan.

El respeto al pluralismo jurídico conlleva, asimismo, visibilizar los conflictos que pueden surgir entre los sistemas jurídicos y, primordialmente, saber administrar ese conflicto, encontrar modos de solucionarlo en la práctica y también entender y descifrar las causas estructurales del mismo, para así alcanzar la coordinación y armonía entre sistemas jurídicos, sin partir de premisas de supremacía de un sistema jurídico sobre otros.

Se requiere que los jueces ordinarios comprendan que (...) la generación de normas y el desarrollo de los juicios, no es un monopolio de las instituciones del Estado monista, sino que pueden surgir también de los pueblos indígenas como partes constitutivas de los Estados latinoamericanos. En esta perspectiva, la jurisdicción indígena conlleva no solo la aplicación de una normativa propia, sino también un sistema jurisdiccional con procedimientos y autoridades propias para la aplicación de la misma...⁴⁸

Dentro de los retos principales de armonización se puede destacar el cumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno necesarias para hacer valer las disposiciones normativas contempladas en el Convenio 169 de la OIT; la apropiación por parte de la población indígena y no indígena así como de las autoridades de poder público, de los acuerdos alcanzados y plasmados en los Acuerdos de Paz; la elaboración de planes, programas, proyectos y políticas encaminadas al fomento y respeto al derecho indígena, sus instituciones y autoridades; el planteamiento de estrategias dialógicas y deliberativas sentadas sobre la base de la interculturalidad para la resolución de controversias que puedan surgir en el seno de todo Estado plural.

Asimismo, se debe procurar que en aquellos conflictos en los que se utilicen mecanismos alternos al sistema de justicia tradicional, estos sean reconocidos y facilitados en su uso, y también que en los casos en los que no haya derecho indígena ni otros mecanismos alternos, intervenga un sistema estatal que tome en consideración las diferencias existentes en el tejido social guatemalteco, puesto que lo que se pretende no es exclusivamente el reconocimiento del derecho indígena sin más, «en última instancia, lo que exigen son servicios de justicia más eficaces, justos y transparentes para todos los ciudadanos, y el fin de la discriminación étnico-racial y de clase»⁴⁹. Solo de esta manera, bajo una perspectiva intercultural y respetuosa de la otredad, se podrá construir una sociedad más justa e inclusiva.

⁴⁸ Grupo por el pluralismo jurídico en Latinoamérica, Prujula, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁹ Sieder, Rachel y Flores, Carlos Y., *op. cit.*, p. 21.

REFERENCIAS

- Asociación Maya Uk'úx B'e, *Q'atb'altzij Mahyab'. Sistema Jurídico Mayab' I parte*. Guatemala, s. e.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común el derecho*. Bogotá, Ilsa, 2009.
- El pueblo maya, expresado a través de sus nietas y nietos. *Rax'alaj Mayab, Káslemalil. Cosmovisión maya. Plenitud de la vida*. Guatemala, s. n., 2006.
- Gargarella, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Madrid. Katz editores, 2015.
- Grupo por el pluralismo jurídico en Latinoamérica, Prujula. *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*. México. Konrad Adenauer Stiftung, 2012.
- Hernández Castillo, Aída. «La Construcción de los indígenas como campo de poder. Posibilidades y limitaciones de las identidades indígenas en las luchas emancipadoras». En Armony, Víctor y Rousseau, Stéphanie (editores). *Diversidad cultural, desigualdades y democratización en América Latina*. Bélgica. Diversitas, 2012.
- Iannello, Pablo. «Pluralismo jurídico». En Fabra Zamora, Jorge Luis y Núñez Vaquero, Álvaro (coordinadores). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. México, vol. 1. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Morales Bustamante, Alejandro. «La odisea del estatuto especial y la identidad cultural de los pueblos originarios en el constitucionalismo guatemalteco». En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Bogotá. Año XXIII, 2017.
- Ochoa García, Carlos. *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico*. Guatemala. Editorial Cholsamaj, 2002.
- Pop Ac, Amílcar de Jesús. *Pluralismo Jurídico y Derechos Indígenas en Guatemala*. Guatemala. Ediciones Maya'Na'oj, 2015.
- Pospisil, Leopold. *The Kapuaku Papuans of west New Guinea. Case studies in cultural Anthropology*. Yale University, 1966.
- Rabanales García, Marvin. *Teoría general de los derechos humanos*. Guatemala. Editorial Saqarik, 2021.
- Sieder, Rachel y Flores, Carlos Y. *Dos justicias: Coordinación interlegal e interculturalidad en Guatemala*. Guatemala. F&G Editores, 2012.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel. *El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los Países Andinos*, Cedla. Ámsterdam, 1998.
- _____. *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala. Fundación Myrna Mack, 1999.

REPENSANDO A TRAVÉS DEL MÉTODO COMPARADO EN GUATEMALA

María Isabel Carrascosa Coll¹

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La enseñanza del derecho tiene un impacto directo en la forma en que se ejerce en la calle. Desde 1900, en el Congreso de París², Lambert hacía énfasis en los beneficios de estudiar derecho mediante el método comparado. Para este autor francés estudiar el derecho extranjero permite entender mejor el derecho propio, pues nos obliga a ponernos frente al espejo del otro³.

A pesar de esta antigua observación al diseño de los programas de pregrado, las facultades en América Latina apenas empiezan a modificar su *pensum* académico⁴ y los métodos de enseñanza⁵ para salir del clásico estudio decimonónico legislativo⁶. Un programa actualizado de derecho debe

¹ Profesora titular de Derecho Comparado y de Sistemas Jurídicos Contemporáneos en la Universidad Francisco Marroquín, Guatemala. Maestra en Derecho Internacional y Derecho Comparado de la Universidad George Washington, Washington D. C., Estados Unidos. Abogada y notaria, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala. Contacto: micarrascosa@ufm.edu

² «París había sido designada como la ciudad que albergaría la última exposición universal del siglo XIX. Según nos cuentan las crónicas, la ciudad se volcó en ese evento y brilló durante varias semanas con la muestra de los avances tecnológicos y artísticos de la época. La afluencia de visitantes de todos los rincones del mundo y las maravillas que allí podían contemplarse animaban el optimismo tan característico con el que se abrió el nuevo siglo. Al acontecimiento tecnológico y social se unió el científico. Con motivo de la exposición fueron celebrados congresos internacionales de diferentes disciplinas. Hubo congresos de historia, de ciencias naturales, de feminismo y alpinismo...». Aragonese, Alfons, *Un jurista del modernismo: Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad, 2009, p. 37.

³ Extractos de las Actas del Congreso Internacional de Derecho Comparado, realizado en París del 31 de julio al 4 de agosto de 1900. Intervención de Édouard Lambert: *Concepción general, definición, método e historia del derecho comparado. El derecho comparado y la enseñanza del derecho*, actas de las sesiones y documentos, vol. I, París LGDJ, 1905, pp. 26-61.

⁴ En Guatemala, en 2021, únicamente la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín imparte, dentro del pregrado, la cátedra de Derecho Comparado.

⁵ «... se caracteriza por clases frontales, con exigencia de memorización de códigos y leyes, en que los currículos distinguen entre asignaturas troncales, complementarias y especiales o electivas, generalmente sin conexión...». Valenzuela Reyes, Mylene, *Formación Jurídica y enseñanza clínica del derecho: un aporte a la integración latinoamericana, Derecho Supranacional y Comparado*, México, Editorial Porrúa, 2014, p. 154.

⁶ «La enseñanza dominante... subrayaba a nivel básico, el papel de la memorización de reglas contenidas en leyes y códigos como pasos indispensables para recordarlas y mostrarles fidelidad. La “legalidad”, como técnica de control social, partía de allí, de la memoria, para continuar un trayecto en el que prevalecían, una a una, las técnicas formalistas del derecho». López-Medina, Diego, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Legis, 2004, p. 2.

incluir el derecho comparado⁷ como método de aprendizaje⁸. Estudiar derecho comparado le permite al estudiante profundizar en sus instituciones y ser crítico de ellas, estar familiarizado con sistemas jurídicos extranjeros y entender el derecho desde una perspectiva global.

Nuestra región ha sido, tradicionalmente, receptora/importadora de doctrinas e instituciones jurídicas⁹. Sin embargo, muchos de estos trasplantes no han pasado por un proceso de contextualización adecuado, sino más bien han sido un *copy paste*, o, peor aún, no han sido siquiera necesarios y en otros casos no han sido adecuadamente estudiados sino más bien tachados como experimentos fallidos solo por no tener los resultados deseados de forma inmediata o idéntica al lugar de origen de la norma.

Lo anterior ha generado mucha frustración en una región que pareciera no salir del subdesarrollo. En América Latina, en general, y en Guatemala, en particular, pareciera ser insalvable. Sin embargo, la apuesta de muchos juristas latinoamericanos es regenerar nuestra cultura jurídica, conociéndola, criticándola y pudiendo formular análisis más reales que partan de la ley en la práctica y que de esta forma también podamos ofrecer soluciones jurídicas desde América Latina para el mundo¹⁰. Salir de la depresión jurídica institucional en América Latina empezará cambiando la metodología con la cual enseñamos derecho. El derecho comparado puede ser un comienzo.

⁷ «... también es constatable una cierta pérdida de interés por el estudio sistemático del Derecho comparado como rama del saber jurídico, así como por su metodología de investigadora. Aunque ésta se sigue utilizando, se hace, no desde su conocimiento adquirido mediante su estudio, sino desde su aplicación intuitiva, con mayor o menor éxito...». Morán, Gloria M, «*El nuevo milenio ante el reto del derecho comparado en las universidades españolas*», 2001, pp. 503 y ss, <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2132/AD-5-21.pdf>

⁸ Vid. González-Montes Sánchez, José Luis, *Metodología docente en la Universidad: Especial referencia a la influencia y necesidad del Derecho comparado en las aulas, Derecho comparado en la docencia y en la investigación*, Dykinson, 2017, pp. 15-47

⁹ «... a causa del predominio de concepciones provenientes de la cultura jurídica europea y algunas veces proveniente de la cultura jurídica anglosajona no ha sido posible instituir una verdadera, auténtica y creadora teoría del derecho latinoamericano. Es más, como ya lo habíamos dicho, la cultura jurídica latinoamericana, aún hoy, se caracteriza por seguir direccionando la producción del conocimiento en el campo del derecho hacia el Norte global, representado básicamente por Europa y Estados Unidos... la cultura jurídica latinoamericana sigue siendo un espacio inacabado y disperso, pues muchas de las normas no dan cuenta de los fenómenos sociales». Cárdenas, Diego, *et al. Aproximaciones a la cultura jurídica en Latinoamérica y Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, 2016, p. 70.

¹⁰ «... las opciones institucionales existentes en el derecho estatal de Latinoamérica, en cualquier momento de la historia, pero especialmente en el contexto actual merecían y merecen ser consideradas en serio. Las alternativas institucionales locales son el resultado de una combinación particular de intereses políticos y de políticas públicas que han encontrado articulación por medio del derecho y sus normas. En estas normas se puede corroborar la existencia de un acervo normativo, de un capital jurídico, cuya preservación parcial y selectiva pueda traer beneficios». Esquirol, Jorge, *Las ficciones del derecho latinoamericano*, Colombia, Siglo de Hombres Editores, 2014, p. 362.

2. CONCEPTO Y FUNCIONES DEL DERECHO COMPARADO

Existe una gran discusión sobre si es una «rama del derecho independiente» o si bien es un método para estudiar derecho¹¹. Zweigart y Kötz explican que «el derecho comparado es la comparación de los diferentes sistemas del mundo»¹². Esto no quiere decir que hacer derecho comparado sea una actividad descriptiva, un *benchmark*¹³ legislativo. La actividad comparativa requiere de reflexiones sobre diferencias y similitudes acerca de una solución jurídica, así como contextualización. Esto lleva consigo que el estudio del derecho comparado esté acompañado de otras ciencias sociales auxiliares como la sociología, la historia, la economía, la antropología, etc.

Para comprender las funciones del derecho comparado, deberíamos primero regresar al concepto de derecho en sí mismo. Si nos apartamos de una visión positivista del derecho¹⁴ y lo consideramos por su función, como un conjunto de instituciones que previenen y resuelven conflictos entre personas, encontraremos en el derecho comparado una gama más amplia de soluciones, pues nos desliga de circunscripciones jurídico/territoriales¹⁵ que, normalmente, nos llevan a prejuicios, muchas veces infundados de otras culturas. La visión comparatista del derecho es eficiente porque nos permite encontrar diferentes ejemplos de cómo resolver un problema, pero además nos convierte en juristas más cultos y tolerantes. Aparte de estas consideraciones, el derecho comparado tiene funciones específicas que estudiaremos con detenimiento.

2.1 Herramienta de reforma y creación de ley

El proceso de creación de normas jurídicas está aparejado de procesos comparados. Tanto el asesor de un legislador con la tarea de hacer un proyecto de iniciativa, como el abogado de una firma multinacional que necesita redactar un código de auto regulación¹⁶ voltará a ver las opciones jurídicas que tiene en el mundo, para resolver un problema que ya se ha resuelto en otro lugar.

¹¹ Raymond Saleilles, nacido en París en 1855, es uno de los organizadores del Congreso de París de 1900 y fue quien defendió la autonomía del derecho comparado.

¹² Zweigart, Konrad; Kötz, Hein, *Introducción al derecho comparado*, México, Oxford, 2012, p. 3.

¹³ Cuando me refiero a un *benchmark* legislativo me refiero a una tabla descriptiva en la que comúnmente se comparan textos de una ley o el nombre de una ley.

¹⁴ Esta visión parte de que el derecho es únicamente derecho cuando emana del poder legislativo de un Estado. El positivismo hace una oda a la legislación y la constituye en la única fuente del derecho.

¹⁵ «Comparative Law is not a body of rules and principles. Primarily, it is a method, a way of looking at legal problems, legal institutions, and entire legal systems. By the use of that method it becomes possible to make observations, and to gain insights, which would be denied to one who limits his study to the law of a single country». Rudolf B. Schlesinger, *Comparative Law* 1, 5.ª edición, 1988

¹⁶ «La autorregulación consiste en la capacidad que tiene una entidad, ya sea una asociación, organización, sociedad o empresa, de regularse a sí misma, mediante un conjunto de normas, cuyo control y monitoreo de cumplimiento ejerce la misma entidad. Esta práctica puede materializarse de maneras diferentes: pueden crearse manuales o códigos de conducta que regulen las relaciones laborales y el ambiente laboral, normas de salud y seguridad industrial dentro de las instalaciones de la empresa, hasta reglamentos técnicos que contengan normativa específica sobre los procesos de producción o comercialización de la empresa o reglas técnicas que implementen el cumplimiento de las mejores prácticas técnicas o profesionales que existan en diversos temas, que pueden ser muy generales como la protección al medio ambiente, hasta muy específicos como la protección de datos y controles de seguridad». Roldán, Paula Nicole, «Autorregulación», *Economipedia*, <https://economipedia.com/definiciones/autorregulacion.html>

La reforma procesal penal en América Latina es el esfuerzo más importante de derecho comparado regional durante las últimas décadas. En este proceso participaron 14 países de la región y se transformaron los procesos penales de inquisitivos a mixtos, se institucionalizó la figura del Ministerio Público como una entidad independiente, se permitió que la investigación de los procesos estuviera a cargo del fiscal y no del juez, se introdujeron derechos para el imputado, entre otros cambios relevantes¹⁷. Este es un producto del derecho comparado porque se tomaron instituciones de otros sistemas, como el *Code d'instruction criminelle* de Napoleón, el código para el Estado de Louisiana de Edward Livingston y figuras típicamente anglosajonas, y se contextualizaron en cada país¹⁸. Este proceso inició en Córdoba, Argentina, con un texto que luego se convirtió en el código procesal penal modelo de la región y la referencia para cada uno de los países en sus procesos de reforma¹⁹.

En Guatemala, a pesar de utilizar constantemente referencias extranjeras en el proceso de creación de ley esto no se materializa en las exposiciones de motivos. Esto porque no se usa el método comparado de forma técnica sino de forma intuitiva. El legislador usa referencias extranjeras, pero no quiere enterar a los demás de su secreto *copy paste*, o bien no considera relevante incluir la referencia y más allá de la referencia el estudio de por qué tomó cierta institución o texto, lo que se constituye en una grave falta de técnica legislativa y de ética profesional. Cuando el legislador sí hace mención de modelos extranjeros lo hace de forma muy abstracta²⁰, como se hace evidente en los siguientes ejemplos:

La Ley para la Simplificación de Requisitos y Trámites Administrativos, Decreto 5-2021, en su exposición de motivos, hace referencia a un índice global pero no hace referencia de las similitudes y diferencias que tienen los países bien calificados con Guatemala, y tampoco hace un ejercicio de incorporación, pues no se entiende qué fue lo que tomó de la ley de Dinamarca en este caso e incorporó en Guatemala, si es que tomó algo.

¹⁷ Langer, Máximo, *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de las ideas legales desde la periferia*, CEJA, p. 4.

¹⁸ Presentación del Dr. Alberto Binder, «Historia de la reforma procesal penal en América Latina», 19 de marzo de 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=HWLuVKNtOtA>

¹⁹ «La creación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal les proporcionó el espaldarazo final, aprobando primero las bases uniformes para Iberoamérica y luego, las Jornadas de Río de Janeiro de 1988, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica que terminó presidiendo, si no toda, la menos gran parte de la reforma latinoamericana del proceso penal». Maier, Julio B., Ambos, Kai, Jan Woischnik, *Las reformas procesales penales en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung en colaboración con el Instituto Max Planck para Derecho Penal, 2000, Argentina, p. 23.

²⁰ «A ello se suma un riesgo ya experimentado durante las corrientes de reforma legislativa de los siglos XIX y XX. Se introducen, muchas veces, en nuestros países, normas de origen extranjero más por motivos de moda o de imitación que por razones fundadas en la aplicabilidad y efectos que esas normas puedan tener en nuestras sociedades. Se olvidan los motivos que llevaron en el extranjero a la sanción de esas normas, motivos muchas veces vinculados a cuestiones históricas o políticas que no son ajenas, o a realidades económicas y sociales inexistentes en nuestros países. Se olvidan también las diferencias en cuanto a las estructuras judiciales y administrativas que deberán aplicar esas normas. De esta forma, las leyes elaboradas con base en una visión comparativa superficial terminan siendo letra muerta, o desembocan, en los hechos, en sistemas jurídicos cuya realidad es marcadamente distinta a la de los países en que se originan las normas...». Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho societario en Estados Unidos, Introducción comparada*, Colombia, 2006, p. XVI.

En Guatemala la obtención de licencias para construcción se demora 205 días en 12 procedimientos, lo que equivale a seis meses y ocho días. Según el Doing Business 2018 del Banco Mundial (BM), es uno de los países donde más se demora la tramitología y se ubica en el puesto 116 de 190 analizados. Dinamarca, por ejemplo, es el país donde se obtiene con mayor rapidez una licencia de construcción, pues los trámites demoran apenas dos meses y cuatro días (64 días) en siete procedimientos.²¹

La Ley de Extinción de Dominio, Decreto 55-2010, contiene otro ejemplo interesante de cómo se hacen estas referencias legislativas sin, de nuevo, hacer ningún tipo de análisis cualitativo ni cuantitativo, sino el *benchmark* legislativo.

Jurisdicciones con decomiso de activos sin condena y legislación pertinente

Albania: Ley 9284 de 30 de septiembre de 2004 sobre Prevención y Combate al Crimen Organizado

Antigua y Barbuda: Ley sobre (Prevención de) Lavado de Dinero de 1996.

Australia: Ley de Procedimientos sobre Crimen de 2002

Canadá: Alberta: Restitución a las víctimas y Ley de Pagos de Compensación, S.A. 2001, c V-2 5 2001. Colombia Británica: Ley de Decomiso Civil, S.B.C 2005 c. 29

Colombia: Ley 793 de 2002 sobre la extinción de dominio de la propiedad. Ley 785 de 2002 sobre la administración de activos congelados...

Estados Unidos: 18 Códigos de Estados Unidos, secciones 981,983, 984,985 (decomisos de activos NCB)...²²

En el caso de la Ley de Leasing, Decreto 2-2021, la exposición de motivos de la iniciativa de Ley 4896 no hace referencia alguna a que la figura es extranjera y ni siquiera menciona legislación comparada. Sin embargo, en el dictamen la comisión trata de corregir el error estableciendo un capítulo denominado: Análisis de Legislación Comparada, en el cual se hace mención únicamente de los nombres de la legislación de otros países. Entre estos menciona a: Francia, España, Italia, Brasil, México, Chile, Perú, Colombia, Uruguay, Argentina, El Salvador y Panamá. Llama la atención que siendo una institución típicamente anglosajona no se estudie la institución original sino más bien otros trasplantes. Esto es común, ya que una de las dificultades del derecho comparado radica en las barreras idiomáticas de quien esté haciendo el ejercicio comparado. Sin embargo, más allá del idioma, no se hace el análisis comparado, sino que solo se mencionen las leyes que aplican en cada una de las jurisdicciones.

²¹ Extracto de la iniciativa de ley 5766 del Congreso de la República de Guatemala.

²² Extracto del dictamen 03-2010 de la iniciativa de ley 4021 del Congreso de la República de Guatemala.

En Francia las operaciones de leasing se llaman *credit-bail* y la ley del 2 de julio de 1966, establece que son locaciones de bienes de equipamientos y maquinarias, celebradas por empresas que conservan la propiedad y dan al locatario la posibilidad de adquirir total o parcialmente los bienes mediante un precio, que se fija teniendo en cuenta el pago realizado a título de alquiler. En España, el Real Decreto Ley 15/177 lo denomina «arrendamiento financiero» y lo define como aquellas operaciones que cualquiera que sea su denominación consistan en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo...²³

Los ejemplos anteriores demuestran que el derecho comparado no es un método que se utilice en la práctica legislativa, a pesar de que sí se encuentran textos que son copiados de legislación extranjera. El efecto del no uso del método del derecho comparado es que las exposiciones de motivos redactadas de esta forma no tienen un uso interpretativo en caso de laguna o ambigüedad para el juez²⁴; y tampoco para el profesor tiene valor didáctico porque difícilmente podrá saber de dónde tomaron los textos o la institución para hacer el trasplante. Esto convierte a las cátedras de cualquier rama del derecho más pobres en términos críticos. Pero además nos deja sin instrumentos de interpretación de ley, pues no se sabe cuál fue la voluntad del legislador o la razón de ser de cierta redacción.

En Guatemala, contrario a los casos anteriormente citados que son recientes, la exposición de motivos del Código Civil, Decreto Ley 106, sí contiene un estudio de derecho comparado. Algunas citas a continuación nos permiten observar la diferencia en cuanto a técnica legislativa:

El primer problema en nuestro trabajo fue el relativo a la estructura del Código. El Código del 77 se ciñó al plan romano-francés, el mismo que, con excepción del Brasil, adoptan todos los códigos de América, en cuenta los de México de 1928, del Perú de 1936, de Venezuela de 1942 y también el italiano de 1942. El sistema germánico, justamente elogiado por la construcción técnica y sistemática, innovaría en nuestro plan tradicional, sin razones suficientes de orden público para cambiarlo estando el nuestro más conforme al nivel cultural del pueblo, pues como expresa el connotado civilista español, refiriéndose al tono muy elevado del código alemán los destinatarios de las normas deben ser siempre los ciudadanos en general, no los profesionales en particular.²⁵

Aquí sí se presenta una explicación en cuanto a la exclusión del modelo de distribución del código alemán, la cual además es interesante hacer notar pues contiene una calificación cultural de la sociedad guatemalteca.

²³ Extracto del dictamen 01-2020 de la iniciativa de ley 4896 del Congreso de la República de Guatemala.

²⁴ «Artículo 10. Interpretación de la Ley. (Reformado por Decreto 75-90 y 59-2005 del Congreso de la República). 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». Congreso de la República de Guatemala, Decreto Ley 2-89, Ley del Organismo Judicial.

²⁵ Exposición de Motivos del Código Civil Guatemalteco, Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdia, jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

En el siguiente ejemplo con respecto al patrimonio familiar en la exposición de motivos, luego de citar el contenido del patrimonio familiar en distintas legislaciones, se hace referencia a una obra de derecho comparado de la época para luego explicar cómo se conforma el patrimonio familiar en Guatemala.

Tratándose de una Institución nueva en nuestro derecho, pues fue desconocida antes de 1933, consideramos importante exponer el criterio que sustentan las principales legislaciones que la han adoptado, acerca de los bienes y de su valor máximo... Fernández Clérigo, en su obra *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*, edición de 1947, hace observar que las legislaciones europeas consienten en algunos casos que el patrimonio se constituya sobre talleres y locales de industria reducida, explotado por una familia, tendencia ésta que se acentúa cada vez más, y que hace sospechar, dada la inclinación de las doctrinas, que el patrimonio familiar puede hacerse extensivo en el porvenir, incluso a modestos establecimientos comerciales que sean objeto de explotación familiar. Estudiando estos antecedentes, podemos fijar las bases del patrimonio familiar para nuestro medio, sirviendo de fondo el contenido del Asilo de Familia, regulado en el Código de 1933...²⁶

Pareciera que esta práctica se fue perdiendo conforme fue pasando el tiempo y que es necesario retomarla para tener mejor calidad de leyes y, a su vez, mejor interpretación y cátedras de derecho.

2.2 Herramienta para unificación o armonización, el *ius commune*

La unificación y la armonización implican procesos de homogenización legislativa. El proceso de unificación consiste en generar un derecho uniforme y luego incorporarlo locamente a través de un tratado internacional.

La unificación no puede alcanzarse simplemente invocando un derecho ideal respecto de cualquier tema y esperando que se le adopte. Primero que nada, hay que identificar los elementos comunes en las jurisdicciones a fin de integrarlos al derecho uniforme. Cuando haya diferencias en determinadas áreas, hay que reconciliarlas, ya sea adoptando la mejor variante de que se disponga o ingeniando, con métodos comparativos, una solución que resulte mejor y se aplique con más facilidad que las opciones existentes.²⁷

Estos procesos de unificación y armonización²⁸ se dan en ámbitos considerados transnacionales, por lo que es común encontrarse con ejemplos de armonización en materia: ambiental²⁹, adopciones

²⁶ *idem*.

²⁷ Zweigart, Konrad; Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 26.

²⁸ «En este contexto la comparación y el estudio del derecho extranjero, puede cumplir una triple finalidad, mirando a uniformar o armonizar los sistemas tomados como referencia o finalmente a unificarlos. En definitiva, mediante la operación comparativa siguiendo a Jeammaud se puede unificar, es decir implantar normas idénticas, uniformar, es decir obtener reglas distintas pero idénticas, o armonizar, mediante normas distintas pero equivalentes». Ferrante, Alfredo, «Entre derecho comparado y derecho extranjero: una aproximación a la comparación jurídica», *Revista chilena de derecho* 43.2, 2016, pp. 601-618.

²⁹ El Acuerdo de París es un tratado internacional sobre el cambio climático jurídicamente vinculante. Fue adoptado por 196 Partes en la COP21 en París, el 12 de diciembre de 2015 y entró en vigor el 4 de noviembre de 2016. Su

internacionales³⁰ o anticorrupción³¹. Sin embargo, la transnacionalidad³² de las normas es algo relativamente reciente, sobre todo en materias consideradas del ramo público; por el contrario, donde vemos un desarrollo más evidente e innegable es en el derecho privado y en el comercial. En derecho privado y comercial el derecho comparado ha impactado las leyes locales a través de un proceso de armonización *top-down* (vertical). Estos procesos de armonización y unificación han aumentado de forma significativa la seguridad y certeza jurídica en los negocios internacionales. Al comercio internacional le beneficia un sistema armonizado para tener mercados comunes, con normas comunes y, así, reducir costos. También es útil para una mejor interpretación de parte de los jueces o árbitros, quienes muchas veces tienen que escoger entre legislación de diferentes países, lo cual, entre otras funciones importantes, complica su labor³³.

El mejor ejemplo de derecho comparado aplicado en materia de armonización es la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías³⁴, no solo porque para redactarla se hicieron estudios de derecho comparado de sistemas jurídicos diversos, sino que esta convención también ha sido utilizada como referencia para la creación y reforma de la ley local³⁵. El éxito de esta convención radica en su neutralidad³⁶, ya que los once Estados originales eran completamente distintos en sus sistemas jurídicos, sociales y económicos (Argentina, China, Egipto, Estados Unidos, Francia, Hungría, Italia, Lesoto, Siria, Yugoslavia y Zambia). Este texto no responde a un sistema jurídico prestigioso, sino más bien es un estudio cuidadoso y completo de las costumbres internacionales

objetivo es limitar el calentamiento mundial a muy por debajo de 2°, preferiblemente a 1,5° grados centígrados, en comparación con los niveles preindustriales. Acuerdo de París, Naciones Unidas, 2015. https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf

³⁰ Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993. https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_la_Haya_sobre_la_Proteccion_de_Menores_Cooperacion_Materia_de_Adopcion.pdf

³¹ «RECONOCIENDO que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente; CONVENCIDOS de la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción...». Convención Interamericana contra la Corrupción, Organización de los Estados Americanos, Costa Rica, 2005. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1987/convencion-interam-2005.pdf>

³² Sobre la transnacionalidad del derecho, Patrick Glenn critica el concepto de Estado nación y aboga por la idea de que todos los Estados en realidad son cosmopolitas, a pesar de sí mismos. El autor considera que la idea romántica francesa de la nación y su propio sistema jurídico y procedimiento es falso. *vid.* Conferencia: Cátedra Casad, Glenn, H. Patrick, «*The cosmopolitan state*», OUP Oxford, 2013, <https://www.youtube.com/watch?v=PGrX-iv2RQo>

³³ Venteruzzo, Marco, *The role of comparative law in shaping corporate statutory reforms*, Duq. L. Rev. 52, 2014, p. 152

³⁴ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 1980, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf> En Guatemala el Congreso de la República de Guatemala aprobó el Decreto Ley 7-2018, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería en 2018 y entró en vigencia el 1 de enero de 2021.

³⁵ Ernst Rabel fue un gran comparatista, autor del libro *Das Recht des Warenkaufs*, su trabajo permitió grandes esfuerzos con el Unidroit.

³⁶ Oviedo Albán, Jorge, *Los Principios Generales En La Convención De Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional De Mercaderías*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, septiembre-diciembre, 2014, pp. 987 y ss.

en materia de compraventa internacional de mercadería. Hoy 94 Estados son parte. La Convención ha sido aplicada en tribunales locales y centros arbitrales de diferentes sistemas jurídicos, y en infinidad de contratos³⁷.

Otros ejemplos de estos procesos son: Unidroit³⁸, Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África³⁹ o la armonización de ciertas áreas del derecho europeo a través de las Directrices de la Unión Europea que establecen principios y estándares pero le permiten a cada Estado que libremente materialice la directriz⁴⁰.

2.3 Herramienta de construcción o de interpretación judicial

Esta es la función más cuestionable del derecho comparado, dado que el uso por parte del juez del derecho comparado para muchos es impensable y, para otros, parte de un dialogo jurisprudencial⁴¹ moderno del que los jueces y cortes también son parte. Los poderes judiciales en el mundo⁴² han tenido complejas discusiones de si la referencia a sistemas jurídicos extranjeros es válida para interpretar ambigüedades, llenar vacíos legales y de una forma aún más retadora como fuente principal equivalente a la costumbre⁴³ o, por el contrario, si tiene, únicamente, un uso cosmético y superficial como un argumento estratégico o decorativo.

El derecho comparado es utilizado comúnmente por cortes supranacionales⁴⁴, quienes muchas veces deben interpretar el derecho constitucional de los países en disputa. También es utilizado en la aplicación del derecho internacional por las cortes nacionales, lo que ha generado conflictos de aplicación interesante, razón que justifica, para muchos autores, la creación de cortes supranacionales que uniformen estas decisiones. Las cortes nacionales también se ven en la necesidad de aplicar derecho extranjero⁴⁵ en los casos en donde haya un conflicto de leyes. En estos casos el uso de derecho comparado es indiscutible.

³⁷ Huber, Peter, «Comparative Sales Law», *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, pp. 938-939.

³⁸ Instituto Romano para la Unificación del Derecho Privado, por sus siglas Unidroit, fue fundado en 1926 y se especializa en la venta de bienes. *vid.* <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>

³⁹ *vid.* <http://www.asociacionohada.com/ohada.html>

⁴⁰ Huber, Peter, *op. cit.*

⁴¹ Saunders, Cheryl. 31. *Judicial engagement with comparative law. Comparative Constitutional Law*, 2011, p. 571.

⁴² En Francia, la *Cour de Cassation* manifiesta una marcada insensibilidad al uso del derecho comparado, aun cuando ello se deba a que el derecho francés adoptó un estilo de juicio que prohíbe cualquier referencia a consideraciones sociológicas histórico-legales o comparativas.

⁴³ Uso de la *lex mercatoria* en cortes o los derechos humanos.

⁴⁴ Clérico, María Laura, «Notas y preguntas sobre los usos del derecho comparado por la Corte IDH», 2014, https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/70571/CONICET_Digital_Nro.8ef1f82e-c153-426e-968a-f1e27d016826_A.pdf?sequence=2

⁴⁵ Congreso de la República de Guatemala, Decreto Ley 2-89, Ley del Organismo Judicial, «Artículo 35. Del derecho extranjero. Los tribunales guatemaltecos aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de otros Estados. La parte que invoque la aplicación de derecho extranjero o que disienta de la que se invoque o aplique, justificará su texto, vigencia y sentido mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, la que deberá presentarse debidamente legalizada. Sin perjuicio de ello, el tribunal nacional puede indagar tales hechos, de oficio o a solicitud de parte, por la vía diplomática o por otros medios reconocidos por el derecho internacional».

Los sistemas anglosajones se prestan más a citarse entre sí, ese es el caso de los países que forman la *Commonwealth*⁴⁶. La misma constitución sudafricana, en su texto, abiertamente establece el uso del derecho comparado⁴⁷. En Estados Unidos de América la regla no ha sido la utilización del derecho comparado; por el contrario, la Corte Suprema ha tenido fuertes debates sobre el uso del derecho internacional y del derecho extranjero. El argumento que se ha utilizado es que las cortes no deben incorporar derecho extranjero si este no ha sido introducido al sistema jurídico por vías democráticas/legislativas⁴⁸.

El derecho comparado en materia jurisprudencial puede usarse tanto por las partes, como por la corte, o por ambos. Así también puede usarse con distintos propósitos, ya sea para fortalecer o para desvanecer el uso de un argumento. Además, se puede utilizar en diferentes momentos del proceso: en la delimitación del problema normativo, en el método de interpretación normativo (estándares como proporcionalidad), identificación de los efectos de posibles resoluciones, en la formulación de remedios y en la confirmación de una conclusión tentativa⁴⁹.

Existen dos tipos de crítica fundamental al uso del derecho comparado en las cortes. El primero se refiere a temas de legitimidad y el segundo es de tipo metodológico. En cuanto a legitimidad del uso del derecho comparado en cortes es importante analizar si existe en el sistema jurídico en particular habilitación directa o indirecta del derecho extranjero o, en su caso, exclusión directa. Además de estas consideraciones quizás vale la pena considerar el método que utilice la corte y las adecuaciones que haga. Al igual que en el uso del derecho comparado en materia de creación de ley, las críticas van dirigidas a la subjetividad de quien hace el análisis. Es decir, por qué escoger x o y sistema jurídico y, a su vez, se excluyó w y z⁵⁰; entender si se tomó en cuenta las diferencias culturales; si se están comparando las mismas instituciones; si el balance entre las diferencias y las similitudes es el adecuado⁵¹.

⁴⁶ Saunders, Cheryl, *op. cit.*, pp. 575-576

⁴⁷ Constitución de la República de Sudáfrica, «Artículo 39 de la (1) Al interpretar el Bill of Rights, una corte, un tribunal o un foro: a) deberá buscar promover los valores que subyacen en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la equidad y la libertad; deberá considerar el derecho internacional y c) Podrá considerar el derecho extranjero».

⁴⁸ En el caso *Atkins v. Virginia*, 536 US 304, 324-325 (2002) el magistrado Rehnquist estableció en su voto disidente que «I fail to see, however how the views of other countries regarding the punishment of their citizens provide any support for the Court's ultimate determination». También revisar el caso: *Lawrence v. Texas* donde el magistrado Scalia establece: «... it is the sense of the House of Representatives that judicial determinations regarding the meaning of the laws of the United States should not be based in whole or in part on judgments, laws, or pronouncements of foreign institutions unless such foreign judgments, laws, or pronouncements are incorporated into the legislative history of laws passed by the elected legislative branches of the United States or otherwise inform an understanding of the original meaning of the laws of the United States». Aquí también establece un argumento parecido, pero más amplio, establece que el derecho extranjero se puede utilizar por parte de los jueces siempre que conste en la exposición de motivos de la ley que el Congreso aprobó.

⁴⁹ Sourgens, Frédéric Gilles, *Comparative law as rhetoric: An analysis of the use of comparative law in international arbitration*. *Pepp. Disp. Resol. LJ* 8, 2007, pp. 1 y 19.

⁵⁰ También conocido como el *cherry picking*, o escoger los sistemas que me convienen y excluir los que no intencionalmente.

⁵¹ Saunders, Cheryl, *op. cit.*, p. 584.

En el caso de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad, en efecto, usa referencias de derecho extranjero; sin embargo, su uso pareciera ser únicamente referencial o cosmético, como veremos a continuación:

Se estima oportuno destacar que el Derecho Comparado reconoce la imposibilidad de recurrir el fondo de lo resuelto en un conflicto de jurisdicción, en España, por ejemplo, ha existido esa limitación impugnativa en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Contra las sentencias del tribunal de conflictos de jurisdicción no cabe otro recurso»; así como en el artículo 49 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial de España: «Las resoluciones recaídas en la tramitación de los conflictos de competencia no serán susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario».⁵²

En el caso anterior, es la Corte quien hace uso del recurso del derecho extranjero, pero vale la pena anotar que ahí la Corte no está haciendo derecho comparado, sino citando legislación extranjera. Además, el argumento principal no es la ley española sino la jurisprudencia, por lo que es de uso cosmético. En ese mismo sentido, la Corte resuelve en 2014 estableciendo que el derecho comparado:

Además, el hecho de que al dictar la sentencia, que constituye el acto reclamado, la Sala haya citado lo que respecto del contrato de promesa de compraventa ha manifestado la Suprema Corte de la Nación de México, no puede causar agravio, pues el derecho comparado, como la doctrina de los juristas, son invocables para entender determinadas figuras del derecho, sin que ello implique que los casos se juzguen por aplicación de derecho distinto del interno.⁵³

Estas dos sentencias son desalentadoras para el uso del derecho comparado pues lo ubica jerárquicamente al mismo nivel que la doctrina de autores; o sea, una fuente secundaria. En otras jurisdicciones se ha llegado a identificar conceptos universales mediante el reconocimiento de ciertas normas consideradas comunes a todos los sistemas. Sin embargo, hay otras sentencias en donde en efecto hace una relación más profunda, lo cual indica que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala no tiene una postura definida en cuanto al uso de esta herramienta.

En la siguiente cita revisaremos cómo analizó el conflicto de intereses en materia legislativa. Aquí la Corte además de explicar el contexto en Inglaterra y los principios que en ese país se utilizan, extrae dos y los vincula con la ley guatemalteca, fortaleciendo el argumento de que la norma sí contiene dicha prohibición.

Si bien estos Códigos de Ética parlamentaria son poco comunes en América Latina, en donde lo que básicamente existe son regímenes de incompatibilidades y prohibiciones, ello no es óbice para integrarlos como parámetros referenciales de la conducta de todo funcionario público. Dos son los principios formulados por la Comisión Nolan relacionados estrechamente con los conflictos de

⁵² Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Expediente 71-2010, sentencia del 27 de marzo de 2010, p. 5.

⁵³ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Expediente 2020-2014, sentencia del 7 de agosto de 2014, pp. 8-9.

interés: el de neutralidad y el de honestidad. Estos principios imponen que las decisiones públicas sean asumidas en función del interés público y no del interés de quien toma decisiones o de sus parientes. Estos dos principios se relacionan con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo que dispone que ningún diputado que esté presente en el acto de votar puede excusarse de hacerlo, pero si tuviere interés personal en el negocio o lo tuviere alguno de sus parientes en los grados de ley, debe abstenerse de hacerlo, explicando al Pleno los motivos de su abstención para que, escuchada la explicación, el Pleno decida si se acepta la excusa.⁵⁴

Luego vale la pena estudiar cómo cita el derecho colombiano para resolver una inconstitucionalidad, aunque la exposición de motivos de esa misma ley no tenga una referencia tan explícita al derecho colombiano:

respecto a derecho comparado, nuestra legislación sobre esta materia guarda concordancia con las características que informan al juicio de extinción de dominio en la República de Colombia... De la doctrina y el derecho comparado se puede concluir el juicio de extinción de dominio persigue los bienes que provienen de actividades lícitas o delictivas y no a las personas que los posean...⁵⁵

No hay duda de que el derecho comparado informa mejor a los juzgadores y que su uso es creciente en el mundo⁵⁶.

3. EVOLUCIÓN DEL DERECHO COMPARADO

En este capítulo haremos un breve repaso de los acontecimientos históricos del derecho comparado. A pesar de que el derecho comparado es un concepto relativamente nuevo, el trasplante o la difusión de normas de un lugar a otro es propio de la vida humana. Sin embargo, estudios como Ley de las XII Tablas, los estudios de los glosadores y posglosadores, los trabajos de Levi, Feuerbach o Mittermaier, los federalistas, *La democracia en América de Tocqueville* y muchos más son considerados estudios no sistematizados de derecho comparado.

Los autores consideran al Congreso de París de 1900 como un hito en la historia del derecho comparado, pues ahí se estableció su concepto general, funciones y método. Luego de este momento estelar se dieron las Guerras Mundiales y, posteriormente, la Guerra Fría, que dividieron al mundo y nos alejaron de esa concepción universal de 1900. A finales de la década de los 90 inició lo que hoy conocemos como globalización, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como un auge exponencial en el crecimiento económico mundial. Esto dio origen a un cambio radical en la forma en que nos relacionamos y también aumentó el tráfico jurídico.

⁵⁴ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Expedientes Acumulados 4470-2017, 4479-2017, 4483-2017, 4487-2017, 4488-2018, 4495-2017, 4506-2017y 4508-2017, sentencia del 13 de diciembre de 2018, p. 36.

⁵⁵ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Expediente 1086-2021, sentencia del 3 de julio de 2013, p. 6.

⁵⁶ Örüücü, Esin; Nelken, David (eds). *Comparative law: A handbook*. Bloomsbury Publishing, 2007, pp. 430-431.

3.1 Antecedentes

La *belle époque*. Imagínense estar en París en 1900. El ser humano soñaba con el progreso, los viajes, el tren y la tecnología. La Exposición Mundial era la oportunidad para que eruditos de todas las profesiones se reunieran y compartieran su conocimiento. Los abogados no fueron la excepción. Édouard Lambert y Raymond Saleilles fundaron el Congreso Internacional de Derecho Comparado.

Los juristas franceses de esa época rechazaban al legocentrismo y la escuela de la exégesis porque consideraban que la ley no podía garantizar por sí misma la libertad y que esta le restaba movimiento al derecho. En ese despertar, los franceses estudiaban el nuevo código civil alemán y querían hacer del derecho una ciencia, lo que implicaba desnacionalizarla⁵⁷. Ellos aspiraban a un derecho civil común, pues en esa época no se estudiaba el derecho público. Asimismo, es importante notar que era un movimiento predominantemente civilista, pues al Congreso solo se invitó a un jurista anglosajón, Pollock⁵⁸.

Lo que Lambert y Saleilles tenían en mente era el desarrollo de nada menos que un derecho común de la humanidad (*droit commun de l'humanité*). Debía crearse, pues, un derecho mundial, —no hoy, quizás mañana, pero debía crearse—, y era una misión que habría que encomendarse al derecho comparado. Para decirlo con palabras de Lambert, el derecho comparado debía resolver las accidentales y divisivas diferencias en los sistemas jurídicos de los pueblos que se encontraran en etapas de desarrollo cultural y económico similares, así como reducir la cantidad de divergencias en material legal, que podían atribuirse no tanto a las características políticas, morales o sociales de los diferentes países, cuanto al accidente histórico o a circunstancias temporales pero contingentes.⁵⁹

Se eliminan en este congreso los enfoques historicistas o etnológicos (*Urrecht*) y se concentran en un enfoque práctico (*Weltrecht*), que pretendía encontrar un derecho legislativo común.

Uno de los productos más importantes de estos autores de 1900 es el concepto de familia jurídica, por medio del cual ellos clasificaron los sistemas desarrollados de producción jurídica relevante (romano germánica y anglosajona) y los irrelevantes para la construcción del derecho común que eran las familias eslavas, musulmanas, judías y de medio oriente. El espacio jurídico transnacional moderno lo constituyen los sistemas desarrollados y los trasplantan a Japón, Turquía, Egipto y América Latina en procesos de modernización de los derechos en desarrollo⁶⁰.

⁵⁷ López-Medina, Diego, «El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina», *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, International Law 26, 2015, pp. 117-159.

⁵⁸ Benito, Héctor Domínguez. «Frederick Pollock en París, o la naturaleza conflictiva del derecho comparado», *Revista de historia del derecho* 55, 2018, pp. 91-126.

⁵⁹ Zweigart, Konrad; Kötz, Hein, *Introducción al derecho comparado*, México, Oxford University Press, 3.ª reimpresión, 2012, pp. 3-4.

⁶⁰ López-Medina, Diego, *El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina*, *op. cit.*, p. 148.

3.2 Difusión del derecho

Es común escuchar que los estudiantes de derecho en Guatemala identifiquen nuestro sistema jurídico dentro de la cultura romano-germánica, civilista o en términos más amplios occidental. Pareciera que no hay duda sobre esta autopercepción.

Las formas en que nos percibimos y catalogamos dentro de un mapa de percepción son importantes para comprender quiénes son nuestros referentes y si vemos necesidad de adaptar o contextualizar nuestra realidad con la otra. Para López Medina, América Latina es el espacio en donde mejor ha permeado la idea asimilacionista pues no nos percibimos lo suficientemente exóticos como para ver a los occidentales desde la otredad, más bien somos esos hijos bastardos, que son y no son de la familia civilista. Diego López Medina lo explica así:

al comienzo de nuestra vida republicana, cuando nuestros ideales de derecho y Estado imitaban cercanamente los de la República Francesa, éramos simplemente reproducciones imitativas de acontecimientos europeos. Y ahora, a comienzos del siglo XXI, cuando nuestros ideales de derecho y estado imitan cercanamente la «República comercial» de los norteamericanos.⁶¹

Las clasificaciones de los novecentistas y el concepto de familias jurídicas han sido superadas. Esto debido a que era una postura eurocéntrica que descartaba a los otros sistemas por falta de prestigio o poder. Los autores contemporáneos consideran que esas clasificaciones son estáticas y, en cambio, que el derecho es evolutivo y por lo mismo dinámico⁶².

4. MÁS ALLÁ DEL *COPY PASTE*, EL MÉTODO

El método funcional parte de que la comparación siempre debe de resolver un problema, que no se compara en abstracto. No se basa en el estudio de la norma, sino en sus efectos. Por esto se debería utilizar jurisprudencia y observación de la norma en la práctica (lo cual es complejo, toma tiempo y recursos). Como su nombre lo establece lo que busca este método es encontrar la función, el para qué de una institución. Se centra en el *tertium comparationis*, lo que es comparable, por eso en estos estudios se analizan las instituciones formales o informales, porque ambas pueden cumplir con la misma función. El método sirve para encontrar una mejor solución, es decir se califica y evalúa⁶³.

⁶¹ López-Medina, Diego, *Teoría Impura del Derecho*, *op. cit.*, p. 13.

⁶² vid. Husa, Jaakko, «Classification of Legal Families Today-Is it Time for Memorial Hymn?», *Revue internationale de droit comparé* 56.1, 2004, pp. 11-38; Palmer, Vernon Valentine, «Mixed Legal Systems... and the Myth of Pure Laws», *La. L. Rev.* 67, 2006; Mattei, Ugo, «Three patterns of law: taxonomy and change in the world's legal systems», *The American journal of comparative law* 45.1, 1997, pp. 5-44; La Porta, Rafael, Florencio Lopez-de-Silanes, y Shleifer, Andrei, «The economic consequences of legal origins», *Journal of economic literature* 46.2, 2008, pp. 285-332.

⁶³ Michaels, Ralf, *The Functional Method of Comparative Law*, 2006, p. 339.

Mathias Siems resume el método en cuatro pasos⁶⁴:

- **Primero:** establecimiento del tema a investigar y selección de los sistemas jurídicos a estudiar.
- **Segundo:** descripción de las normas, conceptos e instituciones de los países escogidos.
- **Tercero:** confrontación de la información obtenida y búsqueda de las razones que pudieran explicar diferencias y similitudes entre los sistemas.
- **Cuarto:** evaluación crítica de los resultados obtenidos, y eventualmente la preparación de recomendaciones tendientes a impulsar un cambio que mejore el marco jurídico de referencia.

Dentro de las críticas que se le hacen al método funcional está la tendencia a exagerar en el sentido de que no todas las sociedades enfrentan exactamente los mismos problemas. Por lo que la mejor solución del sistema x no es la mejor solución para el sistema y. Además, el sistema, como busca una mejor solución, establece superioridad de una solución frente a otra, por lo que debemos de considerar quién plantea el problema y cuál es la función e intención de la norma trasplantable. A pesar de las críticas sobre este método, este es sobre el cual se ha construido el derecho comparado.

REFLEXIONES

El derecho es producto de flujos y contra flujos jurídicos, sociales, económicos y políticos. Vivimos en un entorno interconectado, lo cual convierte nuestros procesos de creación, interpretación y reforma jurídica en procesos globalizados que, para ser adaptados localmente, necesitan ser comprendidos desde todas sus dimensiones. El derecho comparado nos enseña a ver lo global para comprender lo local, este nos obliga a través del análisis crítico de otras culturas y sistemas jurídicos a observar las diferencias y similitudes que tenemos con los demás para así comprender mejor nuestro propio sistema, llenar vacíos o generar reformas.

El derecho comparado tiene tres funciones importantes: (1) la de creación de ley o reforma, (2) la de unificación y armonización jurídica y (3) la interpretación normativa. En estos tres ámbitos, el método encuentra dificultades pues el ejercicio comparativo es subjetivo, ya que escoger x o y sistema jurídico y, a su vez, excluir w y z; entender si se tomó en cuenta las diferencias culturales; si se está comparando las mismas instituciones; si el balance entre las diferencias y las similitudes es el adecuado es una labor compleja.

Es valioso recordar que el derecho comparado encuentra sus orígenes en 1900 y que la inspiración de sus creadores era encontrar un derecho común a los países europeos continentales para que este a su vez fuera «compartido» a otras jurisdicciones que, al criterio de estos autores, no habían alcanzado el nivel de desarrollo jurídico que ellos sí. La idea del derecho común o del derecho global no se quedó en 1900, durante las últimas décadas del siglo XX se dieron varios sucesos políticos,

⁶⁴ Siems, Mathias, *Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 13 y ss.

sociales y económicos que intensificaron las relaciones de personas más allá de sus fronteras. A este proceso se le llama globalización y esta se relaciona directamente con la intensificación de la difusión jurídica, es decir con los trasplantes, procesos de unificación y armonización jurídica.

El derecho comparado gira, principalmente, en torno a la posibilidad de hacer trasplantes jurídicos y cómo hacerlos, utilizando comúnmente el método funcional. En Guatemala, tanto a nivel legislativo como a nivel judicial, el uso del método del derecho comparado es escaso, a pesar de que las referencias y las presiones extranjeras y supranacionales son abundantes. Esto se debe, probablemente, a que no se enseña derecho comparado en las aulas de pregrado y de forma muy irregular en posgrado.

Para poder empezarnos a proyectar como una región creadora de teorías e instituciones jurídicas, que puede aportar al diálogo transnacional, debemos de cambiar nuestras formas de enseñanza e incorporar el derecho comparado en las aulas, de tal manera que los futuros juristas tengan mejores herramientas como legisladores y juzgadores.

REFERENCIAS

- Aragoneses, Alfons. *Un jurista del modernismo: Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad, 2009.
- Benito, Héctor Domínguez. «Frederick Pollock en París, o la naturaleza conflictiva del derecho comparado». *Revista de historia del derecho* 55, 2018.
- Binder, Alberto. «Historia de la reforma procesal penal en América Latina». 19 de marzo de 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=HWLuVKNtOtA>
- Cárdenas, Diego, Ortiz, L. F., Rodríguez, G. D., Sánchez, M. A., y Jaramillo, N. A. *Aproximaciones a la cultura jurídica en Latinoamérica y Colombia*. Universidad Nacional de Colombia, 2016.
- Cátedra Casad, Glenn, H. Patrick. «*The Cosmopolitan State*». OUP Oxford, 2013, <https://www.youtube.com/watch?v=PGrX-iw2RQo>
- Clérico, María Laura. *Notas y preguntas sobre los usos del derecho comparado por la Corte IDH*. 2014, https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/70571/CONICET_Digital_Nro.8ef1f82e-c153-426e-968a-f1e27d016826_A.pdf?sequence=2
- Congreso de la República de Guatemala. Dictamen 01-2020 de la iniciativa de ley 4896.
- _____. Dictamen 03-2010 de la iniciativa de ley 4021.
- _____. Iniciativa de ley 5766.
- Enrique Peralta Azurdía. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Exposición de Motivos del Código Civil Guatemalteco, Decreto Ley 106.

- Esquirol, Jorge. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Colombia. Siglo de Hombres Editores, 2014.
- Extractos de las Actas del Congreso Internacional de Derecho Comparado, realizado en París del 31 de julio al 4 de agosto de 1900. Intervención de Édouard Lambert. *Concepción general, definición, método e historia del derecho comparado. El derecho comparado y la enseñanza del derecho*. Actas de las sesiones y documentos, vol. I, París LGDJ 1905.
- Ferrante, Alfredo. «Entre derecho comparado y derecho extranjero: una aproximación a la comparación jurídica». *Revista chilena de derecho* 43.2, 2016.
- González-Montes Sánchez, José Luis. *Metodología docente en la Universidad: Especial referencia a la influencia y necesidad del Derecho comparado en las aulas, Derecho comparado en la docencia y en la investigación*. Dykinson, 2017.
- Huber, Peter. «Comparative Sales Law». *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006.
- Husa, Jaakko. «Classification of Legal Families Today-Is it Time for Memorial Hymn?». *Revue internationale de droit comparé* 56.1, 2004.
- La Porta, Rafael, Florencio Lopez-de-Silanes, y Shleifer, Andrei. «The economic consequences of legal origins». *Journal of Economic Literature* 46.2, 2008.
- Langer, Máximo. *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de las ideas legales desde la periferia*. CEJA, 2010.
- López-Medina, Diego. *Teoría Impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá. Universidad de los Andes. Universidad Nacional de Colombia. Legis, 2004.
- _____. «El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina», *Revista Colombiana de Derecho Internacional, 26 International Law*, 2005 pp. 117-159.
- Maier, Julio B, Ambos, Kai, Jan Woischnik. *Las reformas procesales penales en América Latina*. Konrad Adenauer Stiftung en colaboración con el Instituto Max Planck para Derecho Penal, Argentina, 2000.
- Mattei, Ugo. «Three patterns of law: taxonomy and change in the world's legal systems». *The American Journal of Comparative Law* 45.1, 1997.
- Michaels, Ralf. *The Functional Method of Comparative Law*, 2006.
- Morán, Gloria M, «El nuevo milenio ante el reto del derecho comparado en las universidades españolas». 2001, <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2132/AD-5-21.pdf>
- Örücü, Esin; Nelken, David (eds.). *Comparative Law: A Handbook*. Bloomsbury Publishing, 2007.
- Oviedo Albán, Jorge. «Los Principios Generales en la Convención De Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional De Mercaderías». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, septiembre-diciembre, 2014.

Palmer, Vernon Valentine. «Mixed Legal Systems... and the Myth of Pure Laws». *La. L. Rev.* 67, 2006.

Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho societario en Estados Unidos, Introducción comparada*. Colombia, 2006.

Roldán, Paula Nicole. «Autorregulación». Economipedia, <https://economipedia.com/definiciones/autorregulacion.html>

Rudolf B. Schlesinger. *Comparative Law* 1. 5.^a edición, 1988.

Saunders, Cheryl. 31. Judicial Engagement with *Comparative Law. Comparative Constitutional Law*, 2011.

Siems, Mathias. *Comparative Law*. Cambridge University Press. Cambridge, 2014.

Sourgens, Frédéric Gilles. *Comparative Law as Rhetoric: An Analysis of the Use of Comparative Law in International Arbitration*. Pepp. Disp. Resol. LJ 8, 2007.

Valenzuela Reyes, Mylene. «Formación jurídica y enseñanza clínica del derecho: un aporte a la integración latinoamericana». *Derecho Supranacional y Comparado*. Editorial Porrúa. México, 2014.

Ventoruzzo, Marco. «The Role of Comparative Law in Shaping Corporate Statutory Reforms». *Duq. L. Rev.* 52, 2014.

Zweigart, Konrad; Kötz, Hein. *Introducción al derecho comparado*. Oxford University Press, 3.^a. México, 2012.

Legales

Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial, Decreto Ley 2-89.

Convención Interamericana contra la Corrupción. Organización de los Estados Americanos. Costa Rica, 2005, <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1987/convencion-interam-2005.pdf>

Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_la_Haya_sobre_la_Proteccion_de_Menores_Cooperacion_Materia_de_Adopcion.pdf

Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. Expediente 71-2010, sentencia del 27 de marzo de 2010.

_____. Expediente 2020-2014, sentencia del 7 de agosto de 2014.

_____. Expedientes Acumulados 4470-2017, 4479-2017, 4483-2017, 4487-2017, 4488-2018, 4495-2017, 4506-2017y 4508-2017, sentencia del 13 de diciembre de 2018.

_____. Expediente 1086-2021, sentencia del 3 de julio de 2013.

Naciones Unidas. Acuerdo de París. 2015, https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf

PARTE IV

DISCUSIONES AXIOLÓGICAS

IUSNATURALISMO, POSITIVISMO Y CONCEPCIONES ACTUALES

Fernando Javier Rosales Gramajo¹

1. IUSNATURALISMO

1.1 Algunos antecedentes históricos

1.1.1 Grecia

A Grecia se le identifica como la cuna de la filosofía occidental. En sus inicios se reflexionó sobre el origen del universo y posteriormente sobre el ser humano y el conocimiento mismo. Como parte del saber humano, el derecho fue objeto de su meditación, y, el derecho natural, como afirma Víctor Rojas, se concibió su existencia como un derecho superior a los hombres, de esencia racional y que fungiera como principio rector del derecho que funciona en forma real, es decir, como un regulador ideal en cualquier sociedad².

La primera teoría del derecho natural se atribuye a Heráclito³, pero una sistematización ya se puede encontrar en la filosofía de los estoicos⁴. En resumen, la filosofía griega sustenta el iusnaturalismo, como afirma Hugo Hanisch Espíndola⁵, en varios enunciados, entre los que destacan los siguientes: (1) el hombre, que es por esencia sociable y organizado en sociedad, debe ceñirse a leyes; (2) toda ley debe ser fundamentada en normas trascendentes sustentadas en la naturaleza humana; (3) la ley natural emana, según esta corriente filosófica, de una divinidad, voluntad superior o es la

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales; abogado y notario por la Universidad Rafael Landívar; diplomado en Derecho Corporativo y Tributario de la Universidad del Istmo; maestría en Derecho Procesal Penal de la Universidad Rafael Landívar; y postgrado en Administración de Negocios para Abogados en el Instituto Centroamericano de Administración de Empresas (Incae) Business School. En el área de investigación académica, fue jefe Académico e Investigador Principal del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJ) de la Universidad Rafael Landívar (URL); investigador principal del VII estudio sobre el fortalecimiento del sistema de justicia en la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (Asies); y actualmente es investigador del Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IJS). Abogado con experiencia en consultoría y litigio, gerente senior en EY Law, S. A., firma afiliada a EY.

² Rojas Armandi, Víctor Manuel, *Filosofía del derecho*, México, Oxford University Press México, 2000, p. 270.

³ Esta primera teoría surge de la observación de las transformaciones político-sociales de la ciudad, y en la búsqueda de un fundamento estable para el nuevo esquema. En este devenir y lucha se sugiere obrar conforme la naturaleza, una ley divina de la cual se nutre toda ley humana. Hanisch Espíndola, Hugo, «Principales hitos de la historia del iusnaturalismo», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1, núm. 2, 1974, p. 151, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649216>

⁴ La base de la concepción se encuentra en la razón, el principio del universo y el fundamento del derecho. Si el hombre se conduce con apego a los postulados de la razón alcanzará su naturaleza. Rojas Armandi, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 271.

⁵ Hanisch Espíndola, Hugo, *op. cit.*, pp. 154-155.

consecuencia de un orden cósmico; (4) la justicia no es una función positiva de la ley, sino una necesidad de la naturaleza humana; (5) la ley positiva no puede basarse en la voluntad arbitraria; y (6) la justicia es un equilibrio entre el hombre y la ley y la consecución de la justicia.

1.1.2 Roma

En Roma el derecho natural adquiere otra dimensión: se fundamentó en las premisas de los griegos y lo incorporó en los tratados jurídicos que tuvieron efectos en la jurisprudencia y doctrina, que las hizo más metódicas y sistemáticas⁶. Por lo anterior, el derecho como ley tuvo alcances generalizados en todo el territorio bajo el dominio romano, y es obligatoria para todos los pueblos y naciones de las épocas, siendo el derecho civil una aplicación del derecho natural eterno, cuyo asidero le da el carácter de justa a una norma, como precisa Edgar Bodonheimer⁷.

1.1.3 Edad Media

En la Edad Media, como afirma el jurista alemán citado *ut supra*, la filosofía jurídica, como las demás ciencias, estuvieron fuertemente influenciadas por la Iglesia católica y sus doctrinas⁸.

Los máximos exponentes en esta época fueron san Agustín y santo Tomás de Aquino, quienes se fundamentaron, en parte, en la filosofía griega de Platón y Aristóteles, respectivamente.

En esta época el derecho natural tuvo otra connotación. Por su fuente de conocimiento, era un derecho divino manifestado por la revelación⁹; por su finalidad, se concebía como un orden establecido por la Divina Providencia en la naturaleza misma del ser humano, mediante el cual este debe obtener su fin último que es la felicidad que solo puede conseguir plenamente en Dios¹⁰; por su relación con la ley humana es un orden de relaciones cuyo fundamento radica en la razón inmutable de Dios, que el hombre conoce sus premisas evidentes y de las que deduce las consecuencias cuyo desarrollo se vierte en las leyes humanas¹¹; y, por su jerarquía, las normas de derecho natural eran vinculantes y de superior jerarquía a las normas de derecho positivo, obligatorias para las autoridades eclesiásticas y gobernantes laicos¹².

⁶ *ibidem*, p. 155.

⁷ Bodonheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 86, https://elibro.net/es/ereader/rafaellandivar/71880?fs_q=positivismo&prev=fs&fs_page=2

⁸ *ibidem*, p. 90.

⁹ *idem*.

¹⁰ Hanisch Espíndola, Hugo, *op. cit.*, p. 162.

¹¹ Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, 5.ª edición, España, Bosch, 1974, p. 100.

¹² Rojas Armandi, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 273.

1.1.4 Renacimiento

En esta época no se produjo un avance significativo en el iusnaturalismo, pero sí en la reconstrucción del derecho romano, que reconocía el derecho natural como parte del derecho positivo, y se volcó la actividad intelectual en los problemas de la legislación, su interpretación y hermenéutica¹³.

1.2 Generalidades

1.2.1 Concepto

Como puede apreciarse, y como afirma Javier Felipe Hernández, en el iusnaturalismo

existe una serie de principios ético-jurídicos universales, históricos e independientes de la voluntad humana. Dichos principios, provenientes de la naturaleza divina o racional (según los distintos autores), pueden ser conocidos por el hombre mediante el uso de la razón y le deben servir de criterio de justicia en la creación de sus leyes. Así, el derecho natural no solamente puede distinguirse del derecho estatuido por los hombres (derecho positivo), sino que es superior a este, pues, al establecer lo que es universalmente justo y válido, el derecho natural así mismo determina qué norma humana concreta es justa o no y, por tanto, si se le debe obediencia o no.¹⁴

1.2.2 Tipos de leyes

Entre el derecho natural y el positivo puede darse un caso de oposición contradictoria, es decir, que entre las normas una permita lo que la otra prohíba. En términos generales, puede afirmarse que el derecho natural era de mayor jerarquía, por tanto, prevalecía. Pero dos teorías sobre la validez del derecho son importantes en este respecto:

- Agustín de Hipona distingue tres tipos de leyes: la ley eterna, la ley natural y la ley positiva; todas son una pero se manifiesta en tres momentos y objetos diferentes; **la eterna** es la razón ordenadora del cosmos; **la natural** es la ley eterna en cuanto participa de ella y la ley eterna es la misma ley natural si se aplica al ámbito de lo humano; y **la positiva** es la que es producto de la razón humana, y debe concordar con las dos anteriores en la solución más concreta de los problemas de cada sociedad¹⁵;
- Tomás de Aquino distingue entre ley eterna, ley divina, ley natural y ley humana: la eterna es la divina sabiduría que dirige todos los movimientos y acciones del universo; la divina son los preceptos revelados por Dios por medio de las Sagradas Escrituras¹⁶; la natural surge de

¹³ Hanisch Espíndola, Hugo, *op. cit.*, p. 160.

¹⁴ Hernández, Javier Felipe, «El “iusnaturalismo” de Thomas Hobbes», *Criterio jurídico*, vol. 10, núm. 1, 2010, p. 37, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3732998>

¹⁵ Carillo de la Rosa, Yezid y Carillo, Ahneyenzy, «La validez jurídica en el iusnaturalismo y el positivismo», *Saber, ciencia y libertad*, vol. 6, núm. 2, 2011, p. 91, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109410>

¹⁶ Rojas Armandi, Víctor Manuel, *op. cit.*, pp. 274-275.

la participación del ser racional en la ley eterna; y la humana es derivada del legislador o por la costumbre de la ley natural. Si la ley humana viola la natural es un caso de ley corrupta, pero no inválida o inexistente, y aunque injustas, porque son contrarias al bien del hombre o se oponen al fin natural de las cosas, deben ser obedecidas para evitar el escándalo y el desorden. Si fuese injusta porque se opone a la ley divina no debe observarse¹⁷.

1.2.3 Características

De los párrafos precedentes puede inferirse que las características del derecho natural son las siguientes:

- Coexiste con el derecho positivo;
- fundamenta y da validez al derecho positivo;
- es de mayor jerarquía que el derecho positivo, por ende, en caso de oposición contradictoria, prevalece el derecho natural;
- su ámbito de validez temporal es infinito, es decir, y como lo definió Ulpiano: «lo que siempre es bueno y equitativo»;¹⁸
- su ámbito de validez territorial es supranacional porque es válido en todas los países y culturas;
- por último, y como afirma la jurista López Salgado, atiende al fondo y no a la forma¹⁹.

1.3 Escuelas del derecho natural

Son dos las escuelas del derecho natural, a saber:

1.3.1 Escuela clásica (iusnaturalismo clásico)

En términos generales, en esta escuela se concebía al iusnaturalismo como un cuerpo de derecho eterno e inmutable que la razón humana podía descubrir y aplicar a la reconstrucción de la sociedad²⁰, partiendo de la premisa esencial de que el hombre nace libre e independiente, y que por un contrato con otras personas transfería a la sociedad cierta clase de sus derechos (mas no debían ser disminuidos porque eran conferidos por Dios al hombre y anteriores a toda sociedad, por ser naturales, ergo, inalienables) a cambio de la protección de su vida y propiedad contra la invasión de otras personas²¹.

¹⁷ Carillo de la Rosa, Yezid y Carillo, Ahneyenzy, *op. cit.*, p. 92.

¹⁸ Rojas Armandi, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 267.

¹⁹ Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *Introducción al estudio del derecho*, México, Grupo Editorial Patria, 2015, p. 3, https://elibro.net/es/ereader/rafaellandivar/39384?fs_q=introducción__al__derecho&prev=fs

²⁰ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, pp. 96-97.

²¹ *ibidem*, p. 97.

De acuerdo con Leonel Pereznieto Castro, la escuela clásica que se inició con la obra del jurista holandés Hugo Groccio, *De jure belli ec pacis*, publicada por primera vez en 1625, se extiende a lo largo de los siglos XVI y XVII, período en el cual pueden apreciarse tres etapas de la escuela: (1) la primera se caracteriza porque la garantía última de la aplicación del derecho natural que radica en la prudencia y autodeterminación de los gobernantes, y los pensadores de esta etapa son Grocio, Wolf, Pufendorf, Hobbes y Spinoza; (2) la segunda, la garantía de los derechos naturales de los individuos frente al Gobierno se apoya en la separación de poderes, y los autores Locke y Montesquieu son los representantes de este periodo; y, (3) la tercera, sustentada en la soberanía popular y en la democracia, cuyos máximos exponentes son Rousseau y Kant²².

1.3.2 Escuela moderna (iusnaturalismo moderno)

En esta escuela los jusnaturalistas modernos conciben al derecho, además de un instrumento para la protección y mantenimiento de las facultades individuales e inherentes, también como medio para promover el bien común, por lo que el enfoque se amplía en contenidos de sociología. En esta época los iusnaturalistas defienden los valores, por ejemplo, frente al marxismo²³.

El fundamento ontológico en esta escuela se funda en la dignidad del hombre en su naturaleza, razón por la cual el concepto de persona tiene como nota esencial la dignidad por naturaleza, como se aprecia en la definición de Boecio, citado por Cristóbal Orrego Sánchez: «persona es la sustancia individual de naturaleza racional, un individuo que es parte de toda la naturaleza, y, a la vez, lo más perfecto que hay en ella, que la trasciende mediante su espíritu»²⁴.

1.4 Algunos de los principales exponentes

A continuación, se expondrán las ideas centrales, y de manera sucinta, de algunos de los principales exponentes del iusnaturalismo:

1.4.1 Aristóteles (384-22 a. C.)

Hizo varios aportes sobre la justicia y la *polis*, entre otros valiosos en diferentes disciplinas. Respecto a la justicia, distinguió varios conceptos:

En primera instancia (1) la justicia natural y la convencional: la primera tiene la misma autoridad en todas partes y es independiente de la opinión; mientras la segunda es producto de una situación

²² Pereznieto Castro, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, cuarta edición, México, Oxford University Press México, 2002, p. 163.

²³ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, p. 123.

²⁴ Orrego Sánchez, Cristóbal, «Iusnaturalismo contemporáneo», en Fabra Zamora, Jorge Luis y Núñez Vaquero, Álvaro (coordinadores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, vol. I, p. 4, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>

particular derivada de un cuerpo legislativo²⁵. La razón del hombre, o su raciocinio, fue un concepto central de su conceptualización del hombre y de la ley natural, pues como afirma John Finch, citado por Leonel Perezniето, esa facultad distintiva de la razón es parte de su naturaleza que lo dota de volición y discernimiento, que posteriormente fue base de la concepción estoica de la ley natural²⁶; (2) lo justo por naturaleza y lo justo legal: el primero tiene vigencia en cualquier lugar, es permanente e invariable; pero lo justo legal es por determinación del hombre en la ley humana, siendo contingente y circunstancial²⁷; y (3) el derecho de la *polis* es el derecho natural mismo²⁸, fuera de la *polis* no habría derecho ni justicia sino salvajismo o barbarie, por ende, junto al derecho positivo existe un derecho natural, y ambos se encuentran bajo el concepto superior de lo justo político, pues el derecho y lo justo tienen un carácter político en el sentido de que solo en la *polis* encuentra el derecho su realización más plena, el lugar donde se aplica la ley y la misma se corrige mediante equidad²⁹.

1.4.2 Marco Tulio Cicerón (106-43 a. C.)

Con relación a la ley natural, Cicerón la conceptualizó de muchas formas: (1) en ocasiones le atribuye características divinas al manifestar que es «la recta razón proveniente de la mente divina, que manda hacer lo bueno y que prohíbe lo malo»³⁰; (2) también la conceptualiza sin características divinas, al definirla como «la suprema razón inserta en la naturaleza, que manda lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario, o (...) es la razón derivada de la naturaleza de las cosas, que mueve a obrar lo bueno e incita a omitir o evitar lo malo»³¹. Indistintamente de dichas variaciones, para Cicerón el último fundamento del derecho es la naturaleza, que precede a las normas humanas y a la fundación de las ciudades³².

1.4.3 Santo Tomás de Aquino (1225-1274)

El sistema filosófico tomista, influenciado por Aristóteles y adecuado a la doctrina cristiana, distingue clases de leyes, como se había indicado con anterioridad: eterna, natural, divina y humana³³: (1) la ley eterna es el plan de Dios, quien dirige todas las cosas hacia la persecución de sus fines³⁴; (2) la

²⁵ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, p. 85.

²⁶ Perezniето Castro, Leonel, *op. cit.*, p. 161.

²⁷ Areitio Rodrigo, Ramón, *Lecciones elementales de Derecho Natural*, España, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2013, p. 146, https://elibro.net/es/ereader/rafaellandivar/34066?fs_q=naturalismo__jur%C3%ADdico&prev=fs&fs_page=7

²⁸ Herrera, Hugo Eduardo, «Aristóteles y Carl Schmitt sobre el derecho natural», *Kriterion: Revista de Filosofía*, vol. 55, núm. 129, enero-junio 2014, p. 213, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2014000100012

²⁹ *ibidem*, p. 214.

³⁰ Areitio Rodrigo, Ramón, *op. cit.*, p. 151.

³¹ *ibidem*, pp. 151-152.

³² *idem*.

³³ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, pp. 90-91.

³⁴ Hernández, Javier Felipe, *op. cit.*, p. 42.

ley natural es la parte de la ley eterna, es expresión de la voluntad divina, dada a conocer al hombre por la revelación divina y la razón humana, que constituyó el antecedente de la racionalización del derecho natural y su emancipación de la teología en los siglos siguientes³⁵. Esta ley tiene varias propiedades: es una, pues si el orden del cosmos es uno, también la ley que lo dirige tendrá esa calidad y las demás leyes (físicas, mecánicas, biológicas, etc.) son sus manifestaciones; es universal, se extiende y aplica a todos los seres³⁶; (3) la ley humana tiene su origen en la ley natural, debe ser compatible con los preceptos de la ley natural de la cual se deduce o se limita a completarla. En caso la ley humana contradiga la natural, pierde su calidad de ley porque es corrupta³⁷; y, (4) la ley divina, que son los preceptos revelados por Dios por medio de las Sagradas Escrituras³⁸.

1.4.4 Hugo Grocio (1583-1645)

Se le ha considerado el padre del derecho natural, separó el derecho de los dogmas religiosos e ideó el concepto del derecho natural al servicio de la práctica jurídica (principalmente en el derecho internacional de la cual sentó sus fundamentos)³⁹. Afirmó que el derecho natural tiene su origen en la naturaleza humana, el cual es independiente de la existencia de Dios. Se basa en la naturaleza racional del hombre que se expresa en el instinto de sociabilidad para vivir juntos que da origen al derecho que regula las relaciones sociales. El derecho es justo si se adecúa a la naturaleza racional del hombre⁴⁰.

Hugo Grocio formuló dos leyes permisivas: debe permitirse defender la propia vida (1) y adquirir aquellas cosas que son útiles para la vida (2), pero su límite eran dos normas preceptivas: (1) nadie debe injuriar a su prójimo y (2) nadie debe aprovecharse de las posesiones que otro ha tomado antes⁴¹.

1.4.5 Thomas Hobbes (1588-1679)

Para Hobbes la fuente del derecho es la voluntad del soberano que tiende a la aplicación de leyes prudentes y naturales para observar el comportamiento razonable. Un poder instituido es suficiente para nuestra seguridad⁴². Concebía al hombre como egoísta y malvado, y por el instinto humano de la propia conservación se pone fin al estado de naturaleza de guerra del humano mediante la razón que orienta a la paz. Por lo anterior, el derecho natural es un conjunto de principios de la razón humana para proveer la vida pacífica y segura⁴³, frente a ese estado natural

³⁵ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, p. 93.

³⁶ Areitio Rodrigo, Ramón, *op. cit.*, p. 158.

³⁷ Hernández, Javier Felipe, *op. cit.*, p. 42.

³⁸ Rojas Armandí, Víctor Manuel, *op. cit.*, pp. 274-275.

³⁹ *ibidem*, p. 277.

⁴⁰ *ibidem*, pp. 277-278.

⁴¹ Hernández, Javier Felipe, *op. cit.*, p. 43.

⁴² Arango Escobar, Julio Eduardo, *Filosofía del derecho y de los derechos humanos*, Guatemala, Editorial Talleres Gráficos Ran-Her, 1995, p. 45.

⁴³ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, p. 100.

en el cual la igualdad genera desconfianza, y la desconfianza, la guerra, por la imposibilidad de disfrutar de bienes de manera conjunta⁴⁴. Reputa a la justicia desde un enfoque puramente formal como el cumplimiento de los convenios⁴⁵.

Esta concepción del derecho natural ha favorecido a que otros pensadores, como Hart, la definan como una «teoría de la razón como calculo» de utilidades para vivir en sociedad mediante pacto para constituir la sociedad civil y para que existan leyes positivas que garanticen la paz. Por consiguiente, se clasifica esta doctrina como una versión atenuada del derecho natural o un positivismo moderado⁴⁶.

1.4.6 John Finnis (1940)

Considerado por algunos juristas el autor iusnaturalista en filosofía del derecho más importante del siglo XXI, quien estima que solo se puede hacer una teoría general del derecho a partir de la consideración de lo que es bueno para el hombre, lo que permite su desarrollo, generando una conexión necesaria entre el derecho y la moral⁴⁷.

La esencia de su argumentación iusnaturalista consiste en: (1) afirmar que ciertos bienes se presentan de modo evidente como valores finales objetivos; (2) especificar las reglas del razonamiento práctico que dirigen al hombre del modo más pleno; (3) la realización de estas reglas requiere la existencia de una autoridad respetada; e (4) indagar la obligatoriedad moral del derecho promulgado por dicha autoridad. Respecto a la metodología del análisis jurídico, Finnis propone como instrumento una especie de tipo ideal del derecho sobre la base de un significado básico unívoco del término y sin excluir todo lo que no tenga sus características para desarrollar una noción útil para su explicación teórica⁴⁸.

Sobre la ley injusta, Finnis afirma que los mandatos contrarios al bien común carecen de la obligatoriedad moral y para asegurar y realizar el bien común es necesaria una autoridad respetada, es decir, no es derecho en su sentido focal, aunque lo siga siendo en el sentido secundario o analógico aceptado por el positivismo jurídico, pero admite la posibilidad de una obligación moral de cumplirla para resguardar un gobernante o un sistema jurídico por lo general justos⁴⁹.

⁴⁴ Fuertes-Planas Aleix, Cristina, «Validez, obligatoriedad y eficacia del Derecho en H. L. A. Hart», *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 2007, pp. 139-140, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2748178>

⁴⁵ Hernández, Javier Felipe, *op. cit.*, pp. 38-45.

⁴⁶ Fuertes-Planas Aleix, Cristina, *op. cit.*, pp. 139-140.

⁴⁷ Isler Soto, Carlos, «Presupuestos metodológicos de la teoría iusnaturalista de John Finnis», *Revista Ius et Praxis*, año 24, núm. 1, 2018, p. 102, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000100101

⁴⁸ Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín, «El iusnaturalismo de John Finnis», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1993, pp. 377-378, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142246>

⁴⁹ *ibidem*, pp. 381-382.

1.5 Críticas al iusnaturalismo

Esta concepción ha recibido críticas relevantes de juristas reconocidos, verbigracia:

Kelsen, citado por Julieta Marcone, determina que el iusnaturalismo se apoya en una falacia lógica por la cual infiere el «deber ser» (lo axiológico) del «ser» (lo ontológico), apelando un orden trascendente que no define quien lo establece (autoría) pero sí determina los contenidos de los dictados de la naturaleza o razón. Por lo anterior, deducir del derecho natural el derecho positivo sobre la premisa de un supuesto orden justo y bueno, universal y trascendente, podría implicar el riesgo de justificar leyes que podrían ser más peligrosas para la sociedad que las que dictaría un Estado legal y legítimamente constituido⁵⁰.

Norberto Bobbio, especulando sobre la autoría de una moral trascendente que define las reglas universales de la naturaleza, razona disyuntivamente de la siguiente manera: si compete a las autoridades sería aberrante porque se convierte la doctrina que resuelve la validez en justicia en la doctrina completamente opuesta que reconoce como justo lo que es ordenado; o, si corresponde a los ciudadanos, se llegaría al absurdo caso que si alguno desobedece la ley por considerarla injusta, las autoridades no podrían objetar algo, y la seguridad de la conveniencia civil resultaría destruida.

Luego, partiendo de la misma doctrina del derecho natural formula otras dos fuertes críticas: (1) sobre su funcionalidad y temporalidad, porque si para Locke y Hobbes, por ejemplo, el estado de naturaleza es imposible y es necesario salir de él para fundar el Estado, se puede inferir que el derecho natural no cumple con la función del derecho positivo, por ende, el término «derecho» sería ambiguo para una y otra categoría porque no pueden significar lo mismo, y el derecho natural sería «provisional» en tanto la comunidad se conforma en una sociedad de un Estado regido por el derecho positivo caracterizado por ser «perentorio» (de acuerdo con la doctrina de Kant); y (2) sobre la teoría de la obediencia se critica la afirmación consistente en que una norma debe ser obedecida aun si es injusta, porque evidencia que la justicia y validez de un precepto dos cosas diferentes y que finalmente reconoce que una norma puede ser válida (debe ser obedecida) aun si es injusta, y que, por tanto, justicia y validez no coinciden⁵¹.

En suma, las críticas contra el derecho natural pueden enumerarse como Víctor Manuel Rojas Armandi manifestó:

- No proporciona los criterios que permitan conocer de manera objetiva y certera qué es lo justo;
- se integra sólo de algunos principios de los cuales no se infiere de manera única y universal un sistema jurídico;
- su función radica en legitimar un orden jurídico existente más que conocer la esencia de la justicia;

⁵⁰ Marcone, Julieta, «Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo», *Andamios: Revista de Investigación Social*, vol. 1, núm. 2, junio 2005, pp. 126-127, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632005000300006

⁵¹ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, sexta reimpresión, España, Editorial Debate, 1999, pp. 42-43.

- sus teorías confunden el derecho con la moral;
- el concepto de naturaleza es subjetivo;
- las teorías atentan contra el principio lógico según el cual un deber ser no se puede derivar de un ser;
- su aplicación práctica puede afectar la certeza y seguridad jurídica⁵².

2. POSITIVISMO

2.1 Algunos antecedentes históricos

2.1.1 Roma

En el derecho romano se observa los orígenes del derecho positivo, no en el sentido científico del Renacimiento, pero sí en cuanto a sus fuentes e interpretación. En efecto, como afirma Víctor Rodríguez Gallón⁵³, en el pueblo romano se observa mucho respeto, apego y observancia a la norma positiva, cuya creación es la parte más valiosa del derecho romano, similar al tronco vivo de un árbol, en el cual el derecho natural fue solo un método de interpretación del derecho positivo para que mediante la interpretación la norma se ajuste lo mejor posible a la naturaleza de las cosas.

2.1.2 Ilustración

Este período, que pretendía iluminar con conocimiento y razón, tuvo grandes repercusiones en las ciencias. A Augusto Comte, secretario de Saint-Simon, se le adscribe el primer uso del término a nivel filosófico influenciado por Bacon, Hume y Locke, entre otros, y proponía un sistema unitario de conocimiento científico y una teoría basada en el método baconiano que posteriormente fue aplicado en la económica por John Stuart Mill. Esta concepción también influyó en Marx, Engels o Durkheim, en 1925 se gestó otro movimiento en Viena denominado neopositivismo, entre otras ramificaciones. Aplicado el positivismo al derecho, tiene dos sentidos: uno, como método de investigación riguroso, sistemático y verificable (conocimiento de hechos empíricos observables), sin dogmas y sin apelaciones sobrenaturales; y, dos, como la concepción del derecho que ubica a la ley sobre las restantes fuentes del derecho y conceptúa al ordenamiento jurídico como un todo pleno y coherente. En general, el positivismo jurídico está en contra de las fundamentaciones teológicas, naturales y metafísicas, y subraya la separación del derecho de la ética, moral y religión⁵⁴.

⁵² Rojas Armandi, Víctor Manuel, *op. cit.*, pp. 268-269.

⁵³ Rodríguez Gallón, Víctor, «Positivismo y iusnaturalismo en la jurisprudencia romana clásica», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 57, 1982, p. 215, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5317913>

⁵⁴ Guamán Chacha, Klever Aníbal y otros, «El positivismo y el positivismo jurídico», *Revista Universidad y Sociedad*, vol. 12, núm. 4, 2020, pp. 266-267, http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000400265

2.1.3 Época contemporánea

En años más recientes, el positivismo jurídico, el neopositivismo y el pospositivismo fueron una opción de planteamiento de base del derecho en Alemania después de la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y dio origen a un periodo en la doctrina sobre la renovación y actualización de la teoría y práctica del positivismo, sus pros y contras en el derecho posterior a la II Guerra Mundial y el contemporáneo. En este período sobresalieron juristas como Anschütz, Thoma, Hoerster, Bloch, Habermas, Luhmann y, por supuesto, Müller. En España, con su constitución de 1978, surgió una línea doctrinal iuspositivista, bajo influencia, en particular, de Norberto Bobbio, y con reconocidos representantes como Elías Díaz o Peces-Barba⁵⁵.

2.2 Generalidades

2.2.1 Concepto

Víctor Manuel Rojas Armandi distingue dos acepciones del concepto. **Sentido amplio**, alude al conjunto de normas jurídicas coercibles, bilaterales, externas y heterónomas; y, en **sentido estricto**, se refiere al conjunto de normas jurídicas que efectivamente se observan en una sociedad determinada, evidenciando una coincidencia entre las conductas (plano ontológico) y las prescripciones jurídicas (plano deóntico). La validez de una norma del derecho depende del cumplimiento de requisitos para formar parte de un sistema jurídico vigente, sin observar su contenido (enfoque formal). Por lo anterior es que García Máynez, citado por el jurista indicado, define la vigencia como un atributo de ese carácter, formal, por el cual el Estado imprime el sello de validez de los preceptos sancionados por él. Rojas Armandi agrega que, el positivismo, como ideología, además de justificar la existencia del derecho, también lo hace para su contenido, y se han formado dos direcciones para tal propósito: la primera, el derecho positivo por estar sancionado es justo y válido, por consiguiente, legalidad y justicia se equivalen; y, la segunda, determina que la ley, por haber sido emitida por el Estado, es útil para los fines de la sociedad (orden, la paz, la certeza y, en general, la legalidad)⁵⁶.

Del concepto se pueden evidenciar algunas diferencias como han precisado connotados juristas: (1) Norberto Bobbio indica que el iusnaturalismo reduce la justicia a la validez, y una norma es válida si es justa; pero para el positivismo es justo lo ordenado por el Estado, por tanto, es justo el precepto si es válida; y, (2) Hans Kelsen y Alf Ross, citados por Javier Felipe Hernández, afirman que para los positivistas las normas serán válidas si fue promulgada por autoridad competente y siguiendo el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico, y no está en función de contenidos valorativos universales propios del iusnaturalismo⁵⁷.

⁵⁵ Müller, Friedrich, *La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*, España, Dykinson, 2016, pp. 13-15, https://elibro.net/es/ereader/rafaellandivar/96855?fs_q=La_positividad_de_los_derechos_fundamentales:_cuestiones_para_una_dogmática_práctica_de_los_derechos_fundamentales&prev=fs

⁵⁶ Rojas Armandi, Víctor Manuel, *op. cit.*, pp. 296-302.

⁵⁷ Hernández, Javier Felipe, *op. cit.*, pp. 37-38.

2.2.2 Tipos de leyes

Las normas jurídicas emanadas por el Estado, como autoridad soberana facultada para promulgarlas y sancionarlas, distingue varios tipos de normas, las cuales se tratarán al desarrollar los aportes de Hans Kelsen en su conocida estructura piramidal del sistema normativo.

En este apartado se tratará más bien de la distinción entre derecho y moral, por su relevancia entre las concepciones iusnaturalistas y las positivistas. Al respecto, Luis Recaséns Siches manifiesta que el derecho y la moral son dos tipos de regulaciones que tienen en común la pretensión de dirigir la conducta humana y se inspiran en valores éticos, pero que se distinguen por las siguientes razones, entre otras: (1) por su efecto, la moral enjuicia la vida humana desde el punto de vista plenario con la finalidad suprema de la humana existencia, pero la norma jurídica la enjuicia y regula desde el punto de vista de las repercusiones de esta sobre otras personas para ordenar la convivencia y la cooperación sociales; (2) valor intrínseco, la moral mira la bondad o maldad de un comportamiento para la vida del individuo, su destinación, pero para el derecho no importa la bondad de un acto para el sujeto que lo realiza, sino que pondera el valor relativo para otro u otros sujetos (la sociedad); y (3) unilateralidad y bilateralidad, la moral considera los actos humanos en cuanto el sujeto que los cumple y dentro de su ámbito individual, mientras el derecho establece una coordinación objetiva bilateral o plurilateral entre el obrar de uno con el de los otros: la posibilidad lícita de un acto supone la facultad de impedir los comportamientos incompatibles, por ejemplo⁵⁸.

Hans Kelsen abona entre las diferencias, como la siguiente: las normas morales no imputan el incumplimiento de una sanción como acto coercitivo, pero el derecho sí es un orden coercitivo⁵⁹.

2.2.3 Características

- Conforme lo establecido, el positivismo tiene las siguientes características:
- El derecho se concibe como un medio específico de control social;
- el derecho es un producto cultural para un fin determinado: la coexistencia pacífica del ser humano en sociedad;
- el derecho es un orden coercitivo, característica que constituye la garantía para funcionar;
- concepción particularista (no universal) en cuanto que considera las características propias de los sistemas jurídicos particulares;
- estima que los contenidos del derecho son evolutivos y cambiantes en cada sociedad;
- la creación normativa corresponde al poder soberano (el Estado); y
- la validez de las normas se funda en el poder político y el procedimiento de su sanción (no en su racionalidad o la naturaleza)⁶⁰.

⁵⁸ Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, decimoquinta edición, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 86.

⁵⁹ Kelsen, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, traducción de Emilio Rabasa, México, Editorial Nacional, 1974, pp. 61-63.

⁶⁰ Rojas Armandi, Víctor Manuel, *op. cit.*, pp. 304 y 305.

2.3 Escuelas

2.3.1 La escuela de los glosadores

Esta escuela comenzó con la recuperación del Digesto de Justiniano, una selección de las obras de los juristas clásicos romanos, por Irnerio, un filósofo de la Universidad de Pisa. Los glosadores, cuya escuela elaboró sus principales obras en los siglos XII a XIV, consignaban a cada texto romano, entre líneas o en los márgenes de las páginas, un comentario sobre los problemas que podían solucionarse con dicho texto, para tal efecto se agregaba un sumario con las cuestiones que podrían resolverse, desarrollando respuestas a cada cuestión del sumario y a continuación, con una numeración marginal, relacionaban cada desarrollo con las cuestiones del sumario⁶¹.

2.3.2 La escuela de los posglosadores

Esta escuela se caracterizó por orientar su actividad a las necesidades prácticas del derecho de la época: frente a las necesidades de su sociedad adaptaron el derecho romano. Las consultas o dictámenes sobre las normas jurídicas de la época podían constituir un fundamento para interpretar el derecho romano; y, en otros casos, los textos romanos fueron la base para las consultas. Con esta faena se crearon nuevas ramas del derecho, verbigracia: derecho internacional privado, teoría de las corporaciones, teorías generales del derecho penal y del procedimiento penal, centrándose en el derecho positivo como medio de control social⁶².

2.3.3 La escuela de la exégesis (o escuela exegética)

El antecedente fáctico que motivó esta escuela, como manifiesta Víctor Manuel Rojas Armandi, fueron las transformaciones políticas en Francia después de la Revolución de 1789, cuya labor codificadora pretendía cambiar la tradición jurídica del sistema monárquico y crear una nueva con fundamento ideológico liberal, para tal efecto el derecho era uno de los principales instrumentos para el cambio, y correspondía al legislador transformar la razón en ley escrita, ordenar las normas y exponerlas sistemáticamente en los diversos códigos. Este fenómeno conllevó concebir al derecho como un conjunto de preceptos normativos, y el jurista centraba su interés en ellas para conocer la esencia del derecho valiéndose de métodos deductivos y de analogía. En esta escuela se privilegiaba el derecho positivo porque en los códigos estaba plasmada la razón suprema, por tanto, carecía de sentido la especulación propia del derecho natural⁶³.

⁶¹ *ibidem*, pp. 304-305.

⁶² *ibidem*, p. 306.

⁶³ *ibidem*, pp. 307-308.

A dicha caracterización, Luis Legaz y Lacambra resalta que la escuela de la exégesis posee un carácter profundamente estadista por la omnipotencia jurídica del legislador estatal; procuró compatibilizar el positivismo con un concepto metafísico del derecho; y profesó un culto desmedido a la autoridad y el precedente⁶⁴.

2.3.4 La escuela histórica (o escuela alemana)

Los antecedentes de la escuela histórica apuntan, como precisa Víctor Manuel Rojas Armandi, en la primera mitad del siglo XIX en Alemania, habiendo recibido su programa del jurista Savigny con influencia de pensadores ingleses y franceses del siglo XVIII, como Montesquieu, Voltaire, Hume, Burke y otros, aunado a la filosofía clásica alemana, principalmente de Schelling. Savigny consideraba que la historia era el camino para el conocimiento del Estado; también la concebía como el todo dentro del cual era necesario comprender cualquier fenómeno social, incluido el derecho. Por ende, los preceptos jurídicos por sí mismos no tienen valor, y para entenderlos se precisa que se haga dentro del contexto histórico de la nación en la cual surgieron y funcionan⁶⁵.

En esta escuela, «la intuición jurídica es la fuente ordinaria de todo el derecho. La existencia concreta de las relaciones sociales reales de cada pueblo conforma diversas instituciones jurídicas, que poseen una naturaleza orgánica tanto en la conexión viva de sus partes integrantes, como en su desarrollo progresivo»⁶⁶. Asimismo, como revela Andrés Botero Bernal, Savigny consideraba que el derecho de cada Estado debía responder al espíritu de su propio pueblo o *Volksggeist*, rasgo del cual se identifica su idealismo (reputa al derecho desde entes metafísicos); su organismo porque entrelaza lo colectivo e individual como un conjunto vivo; y su romanticismo, porque traslada a la realidad una concepción del hombre y de la nación como ser ideal o espiritual⁶⁷.

2.3.5 La escuela de la jurisprudencia de los conceptos

Esta escuela considera que el derecho debe ser analítico y deductivo, finalidad que se cumple mediante la construcción de conceptos jurídicos con reglas de lógica formal. Puchta, alumno de Savigny, construyó un sistema formal tipo lógico a partir del concepto supremo a priori (el concepto de libertad kantiano), dedujo el concepto de sujeto de derecho como una persona y el de derecho subjetivo, y posteriormente ideó conceptos infrajurídicos que se analizan con su jerarquía respecto al super concepto formal y no a su contenido, por lo que no es necesaria su significación real ni su apreciación histórica. Con el uso del análisis inductivo se forma un grupo jurídico dotado de racionalidad lógica en sí que sirve como molde formal. Este procedimiento de concepto a concepto se designa método histórico natural de la jurisprudencia⁶⁸.

⁶⁴ Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, pp. 97- 98.

⁶⁵ Rojas Armandi, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 308.

⁶⁶ *idem.*

⁶⁷ Botero Bernal, Andrés, *Positivismos jurídicos (1800-1950): estudio general de las escuelas y los movimientos iuspositivistas de la época*, Colombia, Ediciones UIS, 2020, pp. 124-125, https://elibro.net/es/ereader/rafaellandivar/162823?fs_q=iuspositivismo&prev=fs&page=186

⁶⁸ Rojas Armandi, Víctor Manuel, *op. cit.*, pp. 309-310.

2.4 Algunos de los principales exponentes

A continuación, se expondrán de manera sucinta las ideas centrales de algunos de los principales exponentes del positivismo:

2.4.1 Hans Kelsen (1881-1973)

Se tratarán tres aportes: teoría pura del derecho, juicio hipotético y la estructura piramidal del sistema normativo.

La **teoría pura del derecho** es, para Hans Kelsen, una teoría del derecho positivo, que se caracteriza por: (1) ser un orden coercitivo; (2) las normas son creadas por actos de voluntad de los seres humanos a través del organismo legislativo, judicial y administrativo o por la costumbre; (3) las normas pueden modificarse, y son diferentes en distintos tiempos y pueblos; y (4) excluye del derecho las normas sobrehumanas, cualquier ley divina y la ley natural⁶⁹.

Víctor Manuel Rojas Armandi expresa que para esta teoría el objeto de la ciencia jurídica queda determinado por las necesidades lógicas del método puro de esencia lógica formal, por consiguiente, es una ciencia de meras formas de pensamiento desvinculada de todo contenido real; asimismo, desvincula a la psicología de la lógica, y el fundamento formal de validez del deber ser como norma que descansa en el precepto supremo como asidero último de validez de toda ley, que denomina norma fundamental⁷⁰.

Luis Recaséns Siches subraya que la pureza del método kelseniano radica en que la ciencia jurídica debe conformarse de elementos y métodos normativos, prescindiendo de toda consideración psicológica, sociológica y teleológica⁷¹.

Respecto del **juicio hipotético**, Kelsen estudia la estructura lógica de la norma jurídica impositiva, afirmando que responde a la de un juicio hipotético: si A es, debe ser B, cuyo supuesto constituye la condición normativa de un acto de coerción, siendo sus elementos: la norma jurídica primaria, que prescribe la sanción sobre la base de que se realice el supuesto, que sería la conducta antijurídica; y, norma jurídica secundaria, que es el deber jurídico de actuar de forma diferente al previsto en el supuesto o hipótesis para la sanción (por ejemplo, el deber de no matar, y el deber de pagar el precio de una compra). Esta representación del juicio jurídico implica que hay dos normas separadas, pero recíprocamente conexas: una tendiente a lograr que cierto individuo observe la conducta «debida» (norma secundaria), y otra, según la cual un segundo individuo (el órgano del Estado) debe imponer una sanción si aquella norma se transgrede (norma primaria)⁷².

⁶⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 65-66.

⁷⁰ Rojas Armandi, Víctor Manuel, *op. cit.*, pp. 315-316.

⁷¹ Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁷² *ibidem*, pp. 123-124.

En cuanto a la **estructura piramidal del sistema normativo**, Kelsen desarrolló y profundizó las ideas expuestas por su colega Adolf Merkel, y se integra de estos elementos: (1) las normas válidas sólo las puede emitir una autoridad competente mediante una norma que autoriza a formularlas; (2) la norma fundamental condiciona la unidad de cada orden y representa la razón de validez de todas las demás; (3) la Constitución es el peldaño más alto de la pirámide; (3) Después de la Constitución, el peldaño inmediatamente inferior corresponde a las normas generales consuetudinarias o legislativas. Los preceptos jurídicos generales tienen dos niveles: decretos y normas reglamentarias; y (4) la administración y la justicia se encuentran dentro de la estructura escalonada del sistema, más abajo de la legislación porque son normas que habrán de aplicar a los casos de que conozcan⁷³.

2.4.2 Luis Recaséns Siches (1903-1977)

El derecho positivo, para Luis Recaséns Siches, supera las fronteras de un análisis lógico jurídico formal, y es producto de la actividad humana (ser cultural), una obra surgida en cierto tiempo, contorno social concreto y en una cierta situación que constituye su motivación y con finalidades prácticas para solucionar un problema de convivencia o cooperación, por lo que es la respuesta práctica a un problema de dicha índole, que puede ser justa o injusta, conveniente o inconveniente, eficaz o ineficaz para el problema que pretenda resolver (y no verdadera ni falsa). La interpretación de una norma no puede ser solamente una operación lógica formal, debe considerarse los efectos que la decisión tomada apoyada en la misma produciría en cada caso, comparando los efectos con el propósito de su creación, para sopesar su pertinencia y lograr los efectos que el derecho positivo se propone⁷⁴.

La filosofía de Luis Recaséns Siches es compleja, como señala Rosalío López Durán, entre otros juristas, porque hay varios puntos de vista para analizar el derecho: como valor, normas y hecho social, enfoques que han dado origen a distintos estudios jurídicos que se desenvuelven en el plano filosófico o abstracto, y en particular la estimativa o axiología jurídica, que puede referir al derecho natural; o, un plano empírico, también denominado positivo, que motiva el establecimiento de directrices para la política del derecho (aplicación de los criterios estimativos a la elaboración práctica del derecho)⁷⁵.

2.4.3 Norberto Bobbio (1909-2004)

Para algunos juristas, como Ramón Areitio Rodrigo, Norberto Bobbio fue como un árbitro entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, sin acusarlos ni defenderlos⁷⁶. Empero, en una síntesis de sus enseñanzas, elaborada por Luigi Ferrajoli, se refleja su tendencia al positivismo, por ejemplo,

⁷³ García Máñez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, novena edición, México, Editorial Porrúa, 1997, pp. 195-199.

⁷⁴ Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, pp. 121-122.

⁷⁵ López Durán, Rosalío y otros, *Introducción al estudio del derecho*, México, IURE Editores, 2018, pp. 20-21, https://elibro.net/es/ereader/rafaellandivar/40257?fs_q=introducción__al__derecho&prev=fs

⁷⁶ Areitio Rodrigo, Ramón, *op. cit.*, p. 201.

en sus obras siguientes: (1) Democracia y derecho: Bobbio era un convencido defensor de la separación entre derecho y moral y entre derecho y justicia, porque el derecho positivo no implica la justicia y mucho menos la democracia, porque puede ser injusto, antiliberal y antidemocrático. La justicia, las libertades y la democracia implican necesariamente al derecho, pero no puede haber democracia sin derecho porque precisa de reglas que aseguran los poderes de la mayoría e impone los límites para garantizar la libertad, la igualdad y los derechos humanos; (2) Derecho y razón: porque el derecho es el instrumento racional necesario para modelar y garantizar las instituciones democráticas; (3) Razón y paz: escribió Bobbio después de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial que la guerra es el producto de una inclinación natural, pero la paz es un dictado de la recta razón; y ante el «estado de naturaleza» que rige la ley primitiva del más fuerte, sólo es posible salir a través del derecho y la razón; (4) Paz y derechos humanos: Bobbio considera que la garantía y tutela a los derechos humanos (a la vida, las libertades fundamentales, los derechos sociales, etc.), evita sus transgresiones y que se acuda a la violencia y guerras⁷⁷. Los derechos humanos son objeto de regulación de las leyes, por tanto, estas son un instrumento para resguardarlos.

2.4.4 Herbert Hart (1907-1992)

Su obra más importante, *El concepto del derecho*, publicada en 1961, presenta una versión del positivismo jurídico parecida a la de Kelsen, con una filosofía del derecho caracterizada por ser normativista, positivista y analítica: normativista, porque el derecho es un dato positivo y está formado por un conjunto de normas; positivista, porque define el derecho como sistema de normas existentes, creadas o reconocidas de hecho por la sociedad de una manera contingente, con independencia de cualquier contenido ético, pues el derecho y la moral no son una sola y misma cosa, ni existe conexión necesaria entre ellas; y analítica, porque su pensamiento pertenece al ámbito de la filosofía analítica, que le diferencia de Kelsen (neokantismo) y de Ross (empirismo lógico), por lo que no tiene una preconcepción del derecho aplicado como un molde a la comprensión de los fenómenos jurídicos, y al no pretender ordenar la realidad, sino sólo entenderla, se libera de dicha precognición⁷⁸.

2.5 Críticas al iuspositivismo

Se ha malinterpretado por Blackstone y Montesquieu, según Hart, citado por Juan Vega Gómez, que se le atribuya al positivismo como formalismo y su problema con la interpretación por el cual se reduce al juez a una función de máquina automática que solo aplica deducciones lógicas para emitir decisiones partiendo de la identificación de los hechos y la regla aplicable a los mismos para deducir las consecuencias legales; pero subraya Hart que dicho extremo es propio del formalismo mas no del positivismo o la filosofía analítica del derecho. No obstante lo anterior, Hart sí menciona que las reglas jurídicas constituyen una penumbra de incertidumbre en su interpretación por la

⁷⁷ Ferrajoli, Luigi, «Norberto Bobbio, teórico del derecho y de la democracia», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 60, núm. 253, 2010, pp. 32-36, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3271725>

⁷⁸ Fuertes-Planas Aleix, Cristina, *op. cit.*, pp. 132-143.

extensión de los términos o palabras que usan los preceptos que pueden ampliarse a más objetos que los previstos por el legislador, y de allí la incertidumbre⁷⁹.

Yezid Carillo de la Rosa y Ahneyenzy Carrillo mencionan que en los sistemas jurídicos modernos los jueces tienden a admitir argumentos sustantivos y ponderar sobre valores fundamentales que deben ser tomados en cuenta para tomar una decisión, por lo que la validez e identificación del derecho no prescinde del contenido moral, axiológico⁸⁰.

Para Robert Alexy, en la filosofía no positivista del derecho existen, señala, algunas distinciones relevantes entre positivistas y antipositivistas que señalan las críticas, por ejemplo, en cuanto a los principios jurídicos, pues, para los positivistas, se les niega que obliguen de la misma manera como las normas, por lo que, si un juez se ve obligado a acudir a los principios, estaría haciendo uso de su discreción judicial. Por el contrario, para los antipositivistas los principios son como normas jurídicas obligatorias para jueces y juristas en términos de la moral y el derecho, ya que Alexy defiende la inclusión de la moral en el derecho proponiendo una tesis de vinculación de la eficacia social y la legalidad del ordenamiento con la corrección moral, es decir, vincular la validez social y legal con la moral⁸¹.

3. CONCEPCIONES ACTUALES

La **constitucionalización de los sistemas jurídicos** (transición del Estado legalista al constitucional) implicó cambios dramáticos a las concepciones del derecho natural y positivista, porque la noción de validez del derecho implica que las leyes tienen que acomodarse a ciertos criterios de contenido que integran ideas de moralidad y de justicia: los derechos fundamentales. Por tanto, y como afirmó Ferrajoli, citado por Manuel Atienza, el constitucionalismo moderno incorporó gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado, que dejó sin efecto la tesis positivista consistente en que el derecho puede tener cualquier contenido.

Lo anterior no significa que el constitucionalismo sea una especie de neoiusnaturalismo. Por ende, tanto Dworkin como Alexy no podrían concebirse de esa manera, pues actualmente el iusnaturalismo funciona más como una teoría sobre la fundamentación del derecho (deontología jurídica y no ontológica), en el que funciona para colmar lagunas del derecho positivo y/o negar validez jurídica a las normas que fueran particularmente injustas; ese cambio de función del derecho natural lo advierte Atienza en la obra de Finnis, cuya concepción del derecho la reputa como una parte de una teoría de la argumentación jurídica por la fundamentación última del discurso jurídico justificativo: explorando las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con el bien del ser

⁷⁹ Vega Gómez, Juan, *Ensayos de filosofía jurídica analítica*, España, Dykinson, 2014, p. 122, https://elibro.net/es/ereader/rafaellandivar/58022?fs_q=naturalismo__jur%C3%ADdico&prev=fs&fs_page=11

⁸⁰ Carillo de la Rosa, Yezid y Carillo, Ahneyenzy, *op. cit.*, p. 100.

⁸¹ *ibidem*, pp. 97-98.

humano, identificando los principios y los límites del Estado de derecho, y en evidenciar que el derecho válido se deriva de ciertos principios inmodificables⁸².

Aunado a los cambios en los sistemas jurídicos por el avance del **Estado constitucional**, y pese a que se continúa tratando sobre el positivismo jurídico (inclusivo, crítico, neopositivismo, etcétera), neorrealismo y neoiusnaturalismo, entre otros, pero en sus versiones más moderadas, se ha producido un cambio de paradigma, favorecido, en parte, por la obra de Dworkin, que constituye un punto de referencia a partir del cual se toma partido en amplios sectores de la teoría del derecho contemporáneo⁸³.

En efecto, Ronald Dworkin (1931-2013) realizó varios aportes, entre ellos, los siguientes, según Yezid Carillo de la Rosa y Ahneyenzy Carrillo: (1) la tesis de Dworkin era inicialmente empírica: los sistemas jurídicos reales incluyen principios morales; posteriormente, afirmó que el carácter moral del proceso de interpretación jurídica es tal que no puede haber aplicaciones moralmente neutras de reglas; (2) el derecho está integrado, además de las reglas positivas, por los principios y directrices políticas; (3) la validez de los preceptos legales pueden identificarse a partir de una prueba de origen o de una norma básica (regla de reconocimiento), mas esta no es suficiente para determinar la pertenencia al sistema de los principios y directrices, pues la validez de estos no depende de su origen sino de su peso específico en el caso concreto; y, (4) los principios tienen su origen en el sentido de conveniencia y oportunidad desarrollados en la sociedad y en el foro durante largos periodos de tiempo (no por un acto deliberado de algún legislador)⁸⁴.

Dworkin, de acuerdo con Luis Prieto Sanchís, pretende restaurar un individualismo de signo iusnaturalista: la legitimidad del Gobierno se funda en el respeto y protección de los derechos básicos e inalienables de todo humano que son anteriores a cualquier forma de voluntad humana o de pacto hipotético. Su teoría del derecho es casi una teoría de la función jurisdiccional, pues el juez «Hércules», según el mismo Dworkin, conecedor del derecho y en la teoría moral que envuelve al orden jurídico, protege los derechos individuales sin directriz política, pues no es un órgano político, y no desempeña una función mecánica⁸⁵.

Profundizando sobre la función jurisdiccional Dworkin ofrece una alternativa a la discrecionalidad judicial del positivismo jurídico conocida como la **tesis de la única respuesta correcta**, la cual significa que: (1) si el juez no encuentra una regla aplicable a un caso, entonces debe descubrir y aplicar los principios preexistentes en el propio ordenamiento jurídico (no crea una nueva regla por su cuenta); (2) lo anterior aplica aún en los casos difíciles, pues el juez está sometido a la ley y al derecho, y siempre habrá un principio aplicable, no regiría discrecionalidad; y (3) en el

⁸² Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, España, Editorial Ariel, 2012, pp. 54-56, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1695/4.pdf>

⁸³ *ibidem*, pp. 71-74.

⁸⁴ Carillo de la Rosa, Yezid y Carrillo, Ahneyenzy, *op. cit.*, p. 97.

⁸⁵ Prieto Sanchís, Luis, «Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1985, pp. 355-356, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=241940>

ordenamiento jurídico siempre hay una única respuesta correcta, lo que implica una visión cerrada de dicho ordenamiento (compuesto por reglas y principios) y una perspectiva objetiva de los principios⁸⁶.

Partiendo de los estudios de Dworkin, Atienza observa que muchos otros autores, como MacCormick, Alexy, Raz, Nino o Ferrajoli, procedentes de tradiciones filosóficas y jurídicas muy diversas entre sí (correspondientes al positivismo jurídico, el realismo, la teoría crítica, la hermenéutica y el neomarxismo, entre otros), han defendido en la actualidad tesis que, en el fondo, no se diferencian mucho de Dworkin. Naturalmente presentan diferencias, pero es preferible mostrar sus rasgos característicos que evidenciarían **una nueva concepción del derecho: pragmática, desde el punto de vista de la argumentación**. Ninguno de los autores indicados presenta en su obra todas las características que se individualizan a continuación:

- Los principios forman parte de la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico;
- la importancia de las reglas jurídicas y los principios en el razonamiento práctico jurídico, más que en estructura lógica formal;
- el derecho es una realidad dinámica que también está integrada por una práctica social compleja que incluye normas, procedimientos, valores, acciones y agentes, entre otros elementos;
- la perspectiva de la interpretación como proceso racional y conformador de derecho (y no solo como un resultado);
- la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del derecho;
- el entendimiento de la validez en términos sustantivos (no solo formales): una norma es válida si respeta los principios y derechos establecidos en la Constitución;
- la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales, por ende, la jurisdicción no está limitada en términos legalistas (sujeción del juez a la ley);
- entre el derecho y la moral existe una conexión en cuanto al contenido, conceptual o intrínseco;
- integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política;
- la razón jurídica comprende los medios y los fines, guiada por la idea de corrección y pretensión de justicia;
- justificar racionalmente las decisiones como característica esencial de una sociedad democrática;
- existen criterios objetivos (verbigracia: principio de universalidad, coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la justificación de las decisiones, lo que no implica aceptación de la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso;

⁸⁶ Pérez Jaraba, María Dolores, «Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart», *Revista de estudios jurídicos*, núm. 10, 2010, pp. 17-18, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3871466>

- el derecho es un instrumento para lograr objetivos sociales e incorpora valores morales que pertenecen a una moral racionalmente fundamentada⁸⁷.

La propuesta de Manuel Atienza parte de ciertas premisas, entre ellas, los estudios indicados que van mostrando esa nueva concepción del derecho, que fueron otorgando un valor singular a la argumentación jurídica, en la cual observan el derecho como una actividad en el sentido de Wittgenstein, ergo, es lenguaje en acción destinado a persuadir y convencer con el fin de establecer una cierta pretensión (justicia y verdad), faena que en excelencia se aprecia entre los actores que intervienen en un juicio oral, característico de los estados constitucionales de derecho, ya que deben dedicar un esfuerzo significativo a argumentar⁸⁸.

Por consiguiente, el pragmatismo jurídico o el derecho como argumentación, es una filosofía de tipo pragmatista que supone la aceptación de tesis como las siguientes:

- Considera el derecho y los problemas jurídicos en relación con el contexto;
- las teorías o las doctrinas se elaboran con un propósito y van dirigidas a un determinado auditorio;
- el rechazo de una concepción demasiado abstracta del derecho debe tener el nivel de abstracción adecuado;
- una visión instrumental y finalista del derecho: instrumento para resolver, prevenir o tratar conflictos, un medio para la obtención de fines sociales;
- el derecho relacionado con ciertas necesidades prácticas de los hombres;
- el énfasis que se pone en el futuro, sin perjuicio de que se tome en consideración el pasado;
- la verdad ya no se concibe en sentido aristotélico (no consiste en la correspondencia de los enunciados con el mundo), sino en que resulten útiles; por tanto, la importancia del diálogo y del consenso como criterio de justificación;
- la práctica es el medio de conocimiento: se aprende a argumentar argumentando⁸⁹.

⁸⁷ Atienza, Manuel, *op. cit.*, pp. 71-74.

⁸⁸ Cofré Lagos, Juan Omar, «Recensión», *Revista de Derecho Valdivia*, vol. 19, núm. 2, diciembre 2006, pp. 89, 285-286, <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art15.pdf>

⁸⁹ Atienza, Manuel, *op. cit.*, pp. 75-76.

REFERENCIAS

- Arango Escobar, Julio Eduardo. *Filosofía del derecho y de los derechos humanos*. Guatemala. Editorial Talleres Gráficos Ran-Her, 1995.
- Areitio Rodrigo, Ramón. *Lecciones elementales de Derecho Natural*. España. Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2013, https://elibro.net/es/ereader/rafaellandivar/34066?fs_q=naturalismo__jur%C3%ADdico&prev=fs&fs_page=7
- Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. España. Editorial Ariel, 2012, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1695/4.pdf>
- Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*. 6.^a reimpresión. España, Editorial Debate, 1999.
- Bodenheimer, Edgar. *Teoría del derecho*. México. Fondo de Cultura Económica, 1994, https://elibro.net/es/ereader/rafaellandivar/71880?fs_q=positivismo&prev=fs&fs_page=2
- Botero Bernal, Andrés. *Positivismos jurídicos (1800-1950): estudio general de las escuelas y los movimientos iuspositivistas de la época*. Colombia. Ediciones UIS, 2020, https://elibro.net/es/ereader/rafaellandivar/162823?fs_q=iuspositivismo&prev=fs&page=186
- Carillo de la Rosa, Yezid y Carillo, Ahneyenzy. «La validez jurídica en el iusnaturalismo y el positivismo». *Saber, ciencia y libertad*, vol. 6, núm. 2, 2011, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109410>
- Cofré Lagos, Juan Omar. «Recensión». *Revista de Derecho Valdivia*, vol. 19, núm. 2, diciembre 2006, <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art15.pdf>
- Ferrajoli, Luigi. «Norberto Bobbio, teórico del derecho y de la democracia». *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 60, núm. 253, 2010, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3271725>
- Flores Salgado, Lucerito Ludmila. *Introducción al estudio del derecho*. México. Grupo Editorial Patria, 2015, https://elibro.net/es/ereader/rafaellandivar/39384?fs_q=introducción__al__derecho&prev=fs.
- Fuertes-Planas Aleix, Cristina. «Validez, obligatoriedad y eficacia del Derecho en H. L. A. Hart». *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 2007, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2748178>
- García Máynez, Eduardo. *Filosofía del derecho*. 9.^a edición. México, Editorial Porrúa, 1997.
- Guamán Chacha, Klever Aníbal y *et al.* «El positivismo y el positivismo jurídico». *Revista Universidad y Sociedad*, vol. 12, núm. 4, 2020, http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000400265

- Hanisch Espíndola, Hugo. «Principales hitos de la historia del iusnaturalismo». *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1, núm. 2, 1974, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649216>
- Hernández, Javier Felipe. «El “iusnaturalismo” de Thomas Hobbes». *Criterio jurídico*, vol. 10, núm. 1, 2010, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3732998>
- Herrera, Hugo Eduardo. «Aristóteles y Carl Schmitt sobre el derecho natural». *Kriterion: Revista de Filosofía*, vol. 55, núm. 129, enero/junio 2014, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2014000100012
- Isler Soto, Carlos. «Presupuestos metodológicos de la teoría iusnaturalista de John Finnis». *Revista Ius et Praxis*, año 24, núm. 1, 2018, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000100101
- Kelsen, Hans. *Introducción a la teoría pura del derecho*. Traducción de Emilio Rabasa. México. Editorial Nacional, 1974.
- Legaz y Lacambra, Luis. *Filosofía del Derecho*. 5.^a edición. España, Bosch, 1974.
- López Durán, Rosalío y *et al.* *Introducción al estudio del derecho*. México. IURE Editores, 2018, https://elibro.net/es/ereader/rafaellandivar/40257?fs_q=introducción_al_derecho&prev=fs
- Marcone, Julieta. «Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo». *Andamios: Revista de Investigación Social*, vol. 1, núm. 2, junio 2005, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632005000300006
- Müller, Friedrich. *La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*. España. Dykinson, 2016, https://elibro.net/es/ereader/rafaellandivar/96855?fs_q=La_positividad_de_los_derechos_fundamentales:_cuestiones_para_una_dogmática_práctica_de_los_derechos_fundamentales&prev=fs
- Orrego Sánchez, Cristóbal. «Iusnaturalismo contemporáneo». En Fabra Zamora, Jorge Luis y Núñez Vaquero, Álvaro (coordinadores). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, vol. I, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>
- Pérez Jaraba, María Dolores. «Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart». *Revista de estudios jurídicos*, núm. 10, 2010, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3871466>
- Pereznieto Castro, Leonel. *Introducción al estudio del derecho*. 4.^a edición. México. Oxford University Press México, 2002.
- Prieto Sanchís, Luis. «Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin». *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1985, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=241940>

Recaséns Siches, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. 15.^a edición. México. Editorial Porrúa, 2006.

Rodríguez Gallón, Víctor. «Positivismo y iusnaturalismo en la jurisprudencia romana clásica». *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 57, 1982, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5317913>

Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín. «El iusnaturalismo de John Finnis». *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1993, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142246>

Rojas Armandi, Víctor Manuel. *Filosofía del derecho*, México. Oxford University Press México, 2000.

Vega Gómez, Juan. *Ensayos de filosofía jurídica analítica. España*. Dykinson, 2014, https://elibro.net/es/ereader/rafaellandivar/58022?fs_q=naturalismo__jur%C3%ADdico&prev=fs&fs_page=11

DERECHO, POLÍTICA Y JURISTAS DE ESTADO EN GUATEMALA: REFLEXIONES CRÍTICAS

Jesús María Alvarado Andrade¹

Se entiende por sí mismo que un pensador político sea involucrado con la enemistad de los frentes en lucha. La noción de lo político lo implica. El pensar correctamente no elimina ni suaviza este peligro. Más bien lo aumenta y lo agudiza. El ideal de «Wertfreiheit», científica, no pudo cambiar nada de este hecho. Una categoría como «Wertfreiheit» sólo puede fallar en cuanto a la verdad y realidad de lo político, porque la filosofía de valores convierte al amigo político en un mero «valor», y al enemigo político en un «sinvalor»².

Carl Schmitt

Es difícil liberar el concepto del derecho de la idea de justicia, porque ambos están constantemente confundidos, tanto en el pensamiento político como en el hablar corriente, y también porque esta confusión coincide con la tendencia que permite al derecho positivo aparecer como justo. Como consecuencia de esta propensión todo intento de considerar el derecho y la justicia como dos problemas diferentes, se hace sospechoso de que lo que se intenta es eliminar el requisito de que el derecho positivo debe ser justo. Pero la teoría pura del derecho, simplemente, se declara incompetente para dar una respuesta sea al problema de si un derecho dado es justo o no, o a ese otro más fundamental de qué es aquello que constituye la justicia. La teoría pura del derecho —que es una ciencia— no puede resolver estos problemas porque científicamente no pueden ser resueltos de ninguna manera³.

Hans Kelsen

¹ Abogado por la Universidad Central de Venezuela; máster en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila; máster en Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela; máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante y LL. M. máster di II livello. Global Rule of Law & Constitutional Democracy, Università degli Studi di Genova. Doctorando en Derecho, Universidad Austral. Es profesor por concurso de oposición de Derecho Constitucional, Universidad Central de Venezuela y catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Francisco Marroquín. Es miembro del Consejo Editorial de la *Revista de Derecho Público* dirigida por Allan R. Brewer-Carías. Cuenta con diversas investigaciones en derecho constitucional y derecho administrativo. Ha publicado más de sesenta artículos académicos en libros, revistas, capítulos de libros indexados y arbitrados.

² «Clausewitz como pensador político o el honor de Prusia», en *Revista de estudios políticos*, Madrid, núm. 163, Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 27.

³ Kelsen, Hans, «La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica», *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Crítica, 1994, p. 203.

INTRODUCCIÓN

Abordar la relación entre derecho y política es una cuestión retadora, máxime si se toma en cuenta el proceso casi irreversible de exaltación de la especialización en el mundo contemporáneo. En la cultura universitaria preponderante de universidades con facultades escindidas y recelosas de otros saberes, la sola evocación de una posible relación puede suscitar resquemores departamentales y etiquetas de nostalgia insuperada.

Prescindiendo de las exigencias o intereses gremiales actualmente en boga en el ámbito jurídico, el presente trabajo pretende coadyuvar al entendimiento de esta relación entre política y derecho en Guatemala postulando, en la medida de lo posible, una reconciliación de saberes con el objetivo de posibilitar nuevas visiones.

Si bien la cuestión de la indagación en torno a la política y al derecho presenta rasgos de complejidad crecientes, toda vez que requiere de una reconstrucción conceptual que escapa a los objetivos de esta publicación, se acota el estudio a cómo la dogmática jurídica en Guatemala ha tomado debido registro o no de la mencionada relación.

Esta indagación que vuelve la mirada hacia el pasado resulta propicia en momentos en que la cultura jurídica de Guatemala, escasa en reflexión escrita sobre temas medulares del ámbito jurídico, parece admitir sin tapujos la tabla rasa para encarar la reflexión del fenómeno jurídico. Esta extraña cuestión es resultado del extravío constante producto de la imitación acrítica a cuánta tendencia llega a ser dominante en el mundo civilizado.

Esta tabla rasa o simplemente abolición de la historia se ha traducido en una singular arrogancia en la aproximación al fenómeno jurídico en Guatemala, especialmente por los operadores jurídicos. Una simple evaluación de la jurisprudencia constitucional del país, todavía por hacerse, evidenciaría lo que en este trabajo se va a mostrar, a saber, la constante y deliberada mutilación de la tradición jurídica y la presencia de un «formalismo» cada vez más intenso, cuando no, de una colcha de retazos proveniente de la imitación acrítica de muchos lados sin orden ni concierto⁴.

En el caso de Guatemala, al no existir una doctrina jurídica fuerte y presente como en otros países, y mucho menos contar con escuelas de pensamiento como sucede en otras latitudes, ha cobrado importancia el rol de los abogados prácticos quienes abrevan en textos foráneos sin la debida contextualización tanto en el país de origen como en la realidad nacional. Repárese a que no es una crítica a la práctica del derecho, mucho más si se concibe a esta como un arte, pero es menester diferenciar la práctica del derecho y la abstracción necesaria en el estudio del mismo, e incluso la evaluación de esa práctica.

⁴ Un ejemplo paradigmático que debería tomarse en serio cualquier estudioso del derecho en el país es hacer un seguimiento crítico a los abogados, jueces, fiscales, abogados con exposición mediática, articulistas de prensa, etc., de todo cuanto opinan jurídicamente, evaluando su consistencia y coherencia.

La singular situación en Guatemala, de predilección exclusiva por la «práctica» del derecho, es el resultado de un desdén por la reflexión teórica. De hecho, son históricamente escasos los estudios jurídicos en Guatemala. Los estudios existentes, al menos los que se comentarán, son relevantes y dignos de ser tomados en cuenta para una evaluación sobre cómo se ha encarado la relación antes advertida entre derecho y política, pese al olvido de muchos de estos esfuerzos intelectuales.

El cambio generacional operado en el ámbito jurídico, así como la proliferación de universidades en el país con Facultades de Derecho, ha sido un factor decisivo en esta cuestión de desdén por lo teórico. No existe un canon jurídico y queda por establecer cuáles son las fuentes dogmáticas, jurisprudenciales y legislativas usadas por los estudiantes y profesores universitarios. Del mismo modo, queda por establecer cuál es la ideología constitucional dominante en el ámbito de la interpretación del derecho, la mayor de las veces oculta.

En efecto, la ausencia de estudios de sociología del derecho, e inclusive de sociología de la educación, ha sido reemplazada por intuiciones que pueden tener algo de comprobación empírica, tal es el caso, a modo de ejemplo, de la ruptura de un cierto canon en la formación jurídica, lo cual a largo plazo será decisiva en muchos problemas a futuro, siendo en el presente manifiesto el imposible diálogo sincero a nivel institucional. En cierta forma, la petrificación legislativa tiene que ver en parte con ello. Existe una «Torre de Babel» en el sentido más vulgar del término⁵ que impide una discusión a fondo sobre determinadas instituciones, conceptos y categorías.

Pese a todo ello, el motivo de la investigación no es otro que mostrar sucintamente que, en Guatemala, salvo en las obras de una pléyade de juristas, no ha existido un abordaje conceptual de la relación entre política y derecho. A diferencia de los juristas que serán mencionados a lo largo de esta investigación, los abogados en Guatemala y los operadores jurídicos han hecho históricamente caso omiso a los asuntos más intrincados de los fundamentos, es decir, de la reflexión honda y profunda por aspectos metodológicos y conceptuales en derecho, entre otras cosas, por el desprecio que ha tenido históricamente la reflexión teórica.

Este hecho singular explica en cierta forma la indefensión ideológica de los operadores jurídicos y abogados en general, en torno a las nuevas modas en el ámbito del derecho constitucional y en el derecho administrativo para no extendernos a ámbitos como el derecho privado.

De hecho, paradójicamente, la cultura «formalista» imperante no ha mermado, sino que ha cambiado de estrategia, pero no de traje, pese a que muchos abogados u operadores jurídicos se convencen ingenuamente a sí mismos que la adopción del llamado «neoconstitucionalismo» es una opción de vanguardia, cuando en realidad de lo que se trata es de una especie de politización del poder judicial y una reacción defensiva frente a los rigores de las formas procesales.

Como se tendrá ocasión de comprobar, las llamadas «novedades teóricas» en el ámbito jurídico, adaptadas irreflexivamente en el país, son sin duda un ropaje a la medida para justificar lo que siempre se ha hecho: justificar abusos constantes del poder no atendiendo a los principios más básicos del Estado de derecho.

⁵ Prescindimos de la sabia explicación de Michael Oakeshott.

1. LA POLÍTICA Y EL DERECHO EN LOS JURISTAS Y ABOGADOS

En Guatemala, diversos juristas han escrito obras académicas, especialmente en el ámbito del derecho constitucional. El número de obras académicas, si bien escaso, muestra por otro lado, así sea minoritario, el ímpetu de una pléyade de juristas dispuestos a diferenciarse de la actitud acrítica de abogados y de operadores jurídicos reticentes a la investigación académica.

Las obras académicas que se mencionarán son bastante diferentes en estilo y contenidos a lo que en la actualidad conocemos o asociamos como derecho constitucional o derecho administrativo. Producto de eventos históricos complejos que no vienen al caso, los políticos en Guatemala eran y son todavía principalmente abogados. Eso significa que históricamente se encuentran políticos graduados de Derecho u abogados con pretensiones académicas y tendientes a la investigación (académicos), e incluso juristas académicos con intereses políticos.

Estos abogados con intereses políticos devenían la mayoría de las veces en profesores y manifestaban preocupaciones genuinas por la historia y la situación política del país, por los atavismos que según ellos explicaban el atraso del país, e incluso abogaban por ciertas ideologías que consideraban provechosas para la mejora institucional y económica.

Estos juristas con obra escrita con diferencias particulares entre ellos se diferenciaban de los abogados u operadores jurídicos porque procuraban abstraerse de la rutina de la práctica profesional, tratando en la medida de lo posible de ofrecer una explicación, sistemática y coherente, de un determinado ámbito del derecho, pero también de la historia y política de la nación.

En medio de incentivos corporativistas que privilegian el rol de los abogados u operadores jurídicos en toda la estructura y organización del Estado, institucionalmente se atizan los intereses prácticos en detrimento de los académicos. Ahora bien, algunos abogados con intereses políticos y algunos juristas académicos con intereses políticos se han movido en torno a la necesidad de procurar un entendimiento más fino de las instituciones jurídicas del país en lugar de la práctica rutinaria de los prácticos del derecho.

En efecto, en la historia de Guatemala se encuentran escasas obras jurídicas dirigidas a analizar, indagar, criticar o perfeccionar determinadas disciplinas jurídicas, e incluso tendientes a depurar la terminología jurídica en boga. En compensación, durante los momentos fundacionales de la República se ha dicho que «Las obras de Bentham, se ve que circulaban con profusión en Guatemala»⁶, lo que da cuenta de la predilección por obras invaluable en el pensamiento jurídico moderno, cuya elección iba de suyo atada a la moderada o radical supresión del conocimiento del derecho histórico o «índiano». Este desfase entre el derecho histórico (el español) y las modas europeas francesas, alemanas o anglosajonas, ha tenido efectos institucionales nada desdeñables, cuestión que no ocurrió de la misma manera en los Estados Unidos de América, en donde el derecho inglés se mantuvo en muchos sentidos.

⁶ García Laguardia, Jorge Mario, *Precursores ideológicos de la Independencia en Centroamérica: los libros prohibidos*, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1969, p. 12.

Así, la lectura de Jeremy Bentham, más allá de la relación personal con el prócer José Cecilio del Valle, debe tomarse a beneficio de inventario, máxime si se toma en cuenta la poca asimilación en el gremio jurídico entre «*Expository*» y «*censorial jurisprudence*». De hecho, hay un largo trecho entre la cita y la comprensión de una obra⁷.

Esta circunstancia de precariedad de la investigación académica está atada a varios fenómenos, uno de ellos es el escaso valor que le otorga la sociedad guatemalteca a los profesores o la educación en general, así como la ignorancia en muchos de los profesores y la negativa de perfeccionar sus enseñanzas con más investigación y articulación de ideas por escrito. Otra no menos importante a destacar es el desdén para con la abstracción y con la labor de refinamiento conceptual e indagación de los conceptos jurídicos.

Estos factores aunados al apego acrítico a fuentes foráneas que se buscan en ausencia de investigación y meditación nacional como fuente de inspiración para la elaboración de leyes han ocasionado una distancia formidable entre el derecho escrito y las ideas y conceptos que tienen los abogados u operadores jurídicos. El resultado no ha sido otro que escasas obras académicas y una errática actitud de los abogados y operadores jurídicos por las discusiones teóricas y filosóficas, esfuerzos intelectuales que en cierta forma facilitarían una mirada crítica al derecho positivo, pero sin confundir esa crítica al derecho positivo con derecho positivo válido y vigente.

Esta última idea sin duda remite a Jeremy Bentham, acusada influencia en Guatemala, que vista al presente parece ser desmentida en los hechos, a menos que se admita que esa presunta influencia fue solo en las élites intelectuales del país pero que nunca permeó hacia abajo. De hecho, no existe en Guatemala, en términos generales, obras destinadas a examinar los códigos, al modo exegético, e incluso estudios jurisprudenciales rigurosos. Tampoco existe una influencia de un liberalismo transformador benthamita. En realidad, lo que sí ha existido es una especie de ritualismo acrítico con la legislación existente.

La consabida actitud hostil a la teoría en Guatemala puede deberse también a la estructura económica precapitalista imperante. De hecho, a diferencia de lo que sucedió en otras latitudes, como en Inglaterra, en donde los abogados hasta tiempos muy recientes pensaban que el derecho no se puede enseñar sino que únicamente podía ser aprendido mediante la práctica, en el caso de Guatemala la situación parece estar vinculada al hecho de que el profesorado nunca ha sido valorado socialmente, lo que ha impedido entender que teoría y práctica son necesarias por cuanto la enseñanza del derecho —si se hace del modo correcto— facilita el análisis y definición de los conceptos jurídicos, tarea que necesariamente no hará un hombre con tendencias prácticas⁸.

⁷ Un ejemplo de ello son las referencias de la Corte de Constitucionalidad en varios expedientes al «positivismo jurídico». La Corte ha ido creando un hombre de paja en materia de «positivismo jurídico» que, al margen de confundir una concepción del derecho con el derecho positivo, no suscribe nadie modernamente.

⁸ Dicey, A. V. *Can English Law Be Taught at The Universities? An Inaugural Lecture*, Delivered at All Souls College, 21st April 1883, By, B. C. L., Hon. Ll. D., Barrister-At-Law, Vinerian Professor of English Law in The University of Oxford, And Fellow of All Souls College. London: Macmillan and Co. 1883.

Sin embargo, la importancia inusitada que tiene el operador jurídico ha desdeñado la importancia y eficacia práctica del estudio riguroso del derecho. No es banal la petrificación legislativa en el país, pues además de no haber una reflexión crítica sobre el derecho vigente, existe un sin mar de concepciones jurídicas sincréticas fuertemente arraigadas, la mayor de las veces asimiladas sin poder dar explicación exhaustiva sobre sus fundamentos, alcances y pertinencia.

Por otro lado, y en no menor medida, existe una escasa evaluación de la terminología jurídica, estructuras y procesos, con la consabida actitud irreflexiva y acrítica que ha desembocado en un estancamiento de los estudios jurídicos en el país y de la legislación y jurisprudencia. Pese a lo antes mencionado ha existido en el país un esfuerzo distinto digno de ser evaluado.

Lamentablemente el olvido o simple ignorancia sobre cuánto se ha escrito y meditado en el país, especialmente, en el ámbito del poder, han nublado la comprensión del esfuerzo de algunos juristas en el país. La relación entre derecho y política, si bien poco indagada teóricamente, ha tenido implicaciones prácticas.

En este sentido y dado los problemas institucionales de Guatemala, luce prudente mostrar cómo ha sido de modo sucinto el devaneo intelectual de los juristas en Guatemala en su aproximación al poder con el objetivo de hacer comprensible la influencia que han tenido determinados juristas hasta el presente en el modo en cómo debería entenderse el derecho público.

En tal sentido lo que sigue es una apuesta a la evaluación de una tradición jurídica olvidada.

2. POLÍTICA Y DERECHO EN GUATEMALA

En Guatemala, teóricamente, no ha habido un abordaje de la política como ciencia o como técnica. Tampoco se encuentran obras de largo aliento sobre la importancia de la teoría del derecho y la filosofía del derecho. La indagación en torno al concepto de la política y del concepto de derecho es una cuestión que ha obsesionado al pensamiento occidental.

Si bien no será analizado en profundidad en este estudio todos los problemas inherentes a estos dos conceptos, sí cabe destacar que el tema se enfocará desde una perspectiva modesta en términos definicionales distanciada de toda intención esencialista⁹. En efecto, la renuncia al cometido esencialista no reduce la complejidad de la cuestión, por cuanto existen incontables definiciones estipulativas *ad infinitum* en torno al concepto de derecho, cuestión que sucede con cierta complicación si se toma en cuenta la distinción entre lo político¹⁰ y la política¹¹.

⁹ Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

¹⁰ Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 2014; Freund, Julien, *La esencia de lo político*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

¹¹ García-Pelayo, Manuel, *Idea de la Política*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 1999; Romero, Aníbal, *Aproximación a la política*, Caracas, Panapo, 1994

La cuestión problemática del concepto de derecho fue analizada por H. L. A Hart, entre muchos otros teóricos eminentes. Hart adujo con acierto, en su *The Concept of Law* (1961), que existe un empeño en formular «preguntas estructuradas más oscuramente, ¿tales como “cuál es la naturaleza (o la esencia) del derecho?”»¹². Ante tales preguntas, la filosofía analítica¹³ virtuosamente logró desplazar la pregunta *esencialista* por un esfuerzo intelectual modesto, abriendo el camino a la reconstrucción conceptual que tantos beneficios ha traído a la reflexión intelectual, senda que no ha sido muy valorada en Guatemala.

Otros teóricos del derecho ofrecerán perspectivas diferentes a la de Hart, intentando darle un barniz más complejo a la cuestión del concepto de derecho, pretendiendo procurar esencias o caminos más ambiciosos intelectualmente. Abjurando de las precauciones que sostuvieron los griegos sobre la *hybris*, las nuevas aproximaciones filosóficas en el ámbito jurídico han propiciado una proliferación de juristas con intereses políticos más ambiciosos.

Este último caso puede evidenciarse en la obra del jurista Ronald Dworkin quien enfatizó que la teoría del derecho es, a su vez, una teoría política «porque busca una respuesta normativa a una pregunta política normativa: ¿en qué condiciones adquieren las personas derechos y deberes genuinos que se pueden hacer cumplir a pedido de la manera descripta?»¹⁴.

Esta última visión tiene cierta popularidad, aunque no está exenta de críticas, así sean estas críticas minoritarias. Un filósofo inglés describirá críticamente la posición de Dworkin aduciendo que para el contendor de Hart¹⁵:

La ley no es ni un mandato, ni una convención, ni una predicción, ni un mero instrumento al servicio de la política. Es (según su estado de ánimo) una expresión de los derechos civiles, morales o constitucionales: la encarnación de una «moralidad política», la materialización de las ‘obligaciones asociativas’ de la comunidad en la que se rige.¹⁶

Es de conocimiento casi popular que la discusión en el ámbito de la teoría del derecho y de la filosofía del derecho condiciona la comprensión de los diferentes adjetivos en el ámbito jurídico: lo «constitucional» o lo «administrativo», por ejemplo. Del mismo modo, la discusión en torno a las concepciones jurídicas condiciona la comprensión de la relación entre derecho y política. También, en no menor medida, la asunción de una determinada filosofía política o moral condicionará la adscripción a una concepción del derecho. Estas cuestiones lamentablemente han sido poco abordadas en el país.

¹² Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 17.

¹³ Soames, Scott, *El surgimiento de la filosofía analítica: Frege, Moore, Russell y Wittgenstein*, Madrid, Tecnos, 2019.

¹⁴ Dworkin, Ronald, *Justicia para Erizos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 338.

¹⁵ Dworkin Ronald, «Hart's Posthumous Reply», *Harr. L. Rev* 130, 10 de junio de 2017.

¹⁶ Scruton, Roger, *Pensadores de la nueva izquierda*, Madrid, Rialp, 2017, p. 107.

En Guatemala, no ha existido una tradición académica de estudio riguroso de la teoría del derecho y de la filosofía del derecho. Esto tiene importancia cuando se inquiere por la concepción prevaleciente de *lo* político y de *lo* jurídico en el ámbito intelectual del país. Ahora bien, prescindiendo de matices entre lo que se considera teoría del derecho y filosofía del derecho, convenimos en que esta última no se ocupa de la realidad:

Porque para eso están las distintas ciencias y entre ellas la ciencia jurídica. La filosofía se ocupa de los aspectos necesarios de la realidad, llámense éstas ideas, categorías, conceptos o síntesis *a priori*. Esto implica una adhesión a la idea de la que la filosofía es sustancialmente análisis conceptual.¹⁷

La ausencia de una reflexión filosófica ha impedido un entendimiento más riguroso de lo que se entiende —o se ha entendido— por política y por derecho en el istmo centroamericano. Esta actitud alérgica en exceso a la especulación filosófica ha tenido el inconveniente de favorecer una práctica del derecho caótica, irreflexiva y estática, dándole la razón al personaje de Molière que hacía filosofía de incógnito, es decir, sin ser consciente el operador jurídico de ello.

Aun cuando en el ámbito jurídico de Guatemala se siga sosteniendo que la teoría del derecho, filosofía del derecho, historia¹⁸ y sociología¹⁹ son disciplinas ajenas a lo jurídico, ello no ha ocurrido del todo en el ámbito del pensamiento jurídico, es decir, en el articulado en palabras²⁰. Como luego se destacará, diversos juristas se han decantado por análisis más integrales de lo jurídico.

Curiosamente, en Guatemala nació Luis Recaséns Siches (1903-1977) aun cuando realmente no tuvo mayor vinculación con el país, estando más vinculado a España y a México por razones familiares e intelectuales. Este dato viene a colación, porque quizás esta ha sido una de las figuras más descolantes de la reflexión iusfilosófica en lengua española por accidente vinculado al país.

¹⁷ Bulygin, Eugenio, «Mi visión de la filosofía del derecho», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 32, Universidad de Alicante-Marcial Pons, 2009, pp. 86-87.

¹⁸ La historiografía en gran medida en Guatemala ha sido escrita por juristas, cuestión que ha ocurrido en muchos lados de la región y del mundo. Recientemente los historiadores profesionales recelan esta cuestión: «Si bien antes había sido imposible el desarrollo de la investigación histórica por la carencia de investigadores profesionales (la llamada historia la escribieron abogados y políticos aficionados a la metodología histórica para justificar sus posturas partidistas y las de sus respectivos líderes)». Véase Luján Muñoz, Jorge, «Situación de la Enseñanza Superior de la Historia y de la Investigación Histórica en Guatemala», Washington D. C., en *Revista de Historia de América*, núm. 90, Instituto Panamericano de Geografía e Historia-Organización de Estados Americanos (OEA), 1980, p. 134. Vale advertir, que, salvo la cuestión metodológica que se comparte, al menos para los criterios de la historia como ciencia, puede resultar en una cierta falacia *ad hominem*, pues también los historiadores pueden llegar a hacer lo que se critica en el caso de los abogados. Quizás la crítica más fuerte de los historiadores a los abogados es que no comprenden los factores que explican esa normatividad descrita en sus trabajos.

¹⁹ En mi comprensión del tema, por poner el caso, Hans Kelsen no se pronunció en contra de la sociología del derecho, sino del sincretismo metodológico de Eugen Ehrlich. Así que es falso que (...)

²⁰ (...) en Guatemala, pese a la importancia que ostenta la justicia constitucional, la filosofía del derecho no ha sido importante, y mucho menos, la argumentación jurídica como un capítulo de esta. Véase Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Editorial Trotta, 2017.

Ni siquiera por ese vínculo circunstancial ha sido estudiada en profundidad la obra de este singular jurista, a diferencia de lo que ocurre en España, Argentina o México. Esto no es casual. La cultura jurídica-universitaria en Guatemala, en general, ha sido predominantemente antifilosófica, especialmente por la politización y el inmediatismo como atestiguan excelsos filósofos del país²¹.

En efecto, el auténtico saber siempre riñe con la politización²², la cual existe en el país de manera profunda, especialmente en los siglos XX y XXI. Esto ha sido en parte resultado de pésimos incentivos y diseños institucionales en el ámbito universitario lo que impide y ha impedido en términos generales una vida universitaria plena²³. A este dato se suma la crisis del concepto de naturaleza humana²⁴, crisis de razón y de deriva estatista que permea culturalmente.

Este clima intelectual antifilosófico en el estudio de la política y del derecho en Guatemala ha tenido gran impacto. Destacadas figuras del país han prescindido del criterio de *ius soli* constitucional en lo que se refiere a la nacionalidad, procurándose una nacionalidad por adopción, abriéndose paso intelectualmente en otros lugares. En el ámbito de la lógica deóntica uno de los más importantes filósofos —incluso en el ámbito de la filosofía analítica— reconocido internacionalmente fue Héctor Neri-Castañeda²⁵, cuya obra ha sido y sigue siendo más apreciada en Europa y Estados Unidos que en el contexto nacional²⁶.

Ello evidencia que la cuestión filosófica no ha sido importante ni valorada en el país, por lo que cualquier pretensión de abstracción es constantemente rechazada con vehemencia en el ámbito académico nacional y mucho más en el ámbito jurídico. Esta atmósfera antifilosófica tiene su veta en el ámbito jurídico y político, con la animadversión a la filosofía del derecho y a la filosofía política, y especialmente con el imposible cultivo de la lógica formal o informal.

En el caso del derecho, las raíces de esta mentalidad renuente a la abstracción se remontan al predominio histórico de los *picapleitos* o *tinterillos*, los cuales, sin una formación académica rigurosa, han resultado más atractivos que los abogados. En efecto, los *picapleitos* o *tinterillos*, más ajustados

²¹ Neri Castañeda, Héctor, *Autobiografía filosófica*, traductor Rigoberto Juárez-Paz, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1998.

²² Negro Pavón, Dalmacio, «La politización de la naturaleza humana», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, núm. 84, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2007, pp. 181-228.

²³ La influencia de Rigoberto Juárez Paz es clave en el diseño universitario de la Universidad Francisco Marroquín. El profesor Juárez Paz estaba muy preocupado por el proceso de politización universitario. Estuvo también muy consternado por esa perniciosa actitud antifilosófica. Un eminente filósofo, el profesor Antonio Gallo Armosino, S. J., ha escrito por otra parte obras de gran valía y las mismas —hasta donde se tiene conocimiento— no han impactado decisivamente en el ámbito jurídico. Su obra en materia de valores y su obra en materia de hermenéutica son de gran valía y ayudarían a depurar el popurrí existente en el gremio jurídico.

²⁴ Scruton, Roger, *Sobre la naturaleza humana*, Madrid, Rialp, 2018.

²⁵ Neri Castañeda, Héctor, «Un sistema general de lógica normativa», *Dianoia: anuario de Filosofía*, México, núm. 3, Universidad Nacional Autónoma de México, 1957, pp. 303-333; Neri Castañeda, Héctor, «Las paradojas de la práctica deóntica: la solución más simple para todas ellas y de un solo golpe», en *Antología de la lógica en América Latina*, Madrid, Fundación Banco Exterior, 1988, pp. 283-335.

²⁶ Hilpinen, Risto, *New Studies in Deontic Logic: Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*, Springer, USA, 1981.

a los requerimientos de un derecho positivo premoderno²⁷, gozan de la confianza ciudadana por estar más a tono con la histórica cultura notarial o de escribanos.

Enseñanzas sociológicas permiten dar cuenta de las bases de la enseñanza jurídica en Guatemala y razones estrictamente técnicas, jurídicas, económicas, sociales y religiosas²⁸ dan cuenta del estado actual de la legislación positiva, al punto que esta sea considerada un material normativo con carácter inmutable. En cierta forma, desde el punto de vista político, con ahínco en el siglo XX, la hegemonía del consenso socialdemócrata potenció un proceso de despolitización²⁹ que en el ámbito jurídico ha tenido su correlato en la despersonalización del mando político³⁰.

Si bien en Europa se dio el fenómeno del «eclipse de los escritores políticos y juristas de Estado que se han encarado con los problemas de la organización y la convivencia política»³¹, en el caso de Guatemala ello ha sido casi la regla. Una antología del pensamiento jurídico y político por hacerse matizaría y colmaría la injusta acusación según la cual en el país no se ha hecho nada o absolutamente nada relevante en el terreno del pensamiento, argumento este casi siempre dirigido a justificar la imitación a cualquier devaneo intelectual ocasional alejado de la circunstancia del país y a los condicionamientos políticos, económicos, sociales del mismo.

Sin remontarnos a un pasado remoto, una indagación preliminar en el siglo XX en Guatemala atestigua diversos nombres relevantes. Una pléyade de «juristas de Estado»³² iniciaron esfuerzos tendientes a articular pensamientos sobre organización política y, en cierta forma, estudios sobre los factores políticos, sociales o económicos que condicionan la normatividad. Los nombres que se mencionarán a continuación tienen diferentes perspectivas acerca del derecho, e incluso bordearon los linderos entre lo que se conocía como derecho político y la nueva disciplina del derecho constitucional, y a veces incursionando en el ámbito histórico o sociológico.

Con el barro de la historia presente es menester destacar a juristas como Buenaventura Echeverría S.; Luis Beltranena Sinibaldi; Luis Beltranena Valladares; Alfonso Bauer Paiz; Francisco Villagrán Kramer; Jorge Skinner-Klée; Alejandro Maldonado Aguirre; Maximiliano Kestler Farnés; Edmundo Vásquez Martínez; Jorge Mario García Laguardia; Edgar Balsells Tojo, René Arturo Villegas Lara,

²⁷ Luján Muñoz, Jorge, *Los Escribanos en las Indias Occidentales y en particular en el Reino de Guatemala*, Guatemala, Instituto de Derecho Notarial, 1977.

²⁸ Pese a la importancia de la religión o del hecho religioso en el país no existen suficientes estudios sobre el impacto de esta en la interpretación jurídica. Hay que considerar que pese a ser un país eminentemente cristiano, no existen estudios sobre la libertad religiosa, especialmente, con la irrupción del protestantismo. Tampoco existen estudios o monografías sobre el impacto que el cristianismo ha tenido en la interpretación del derecho. En efecto, en los Estados Unidos sí existen obras sobre el particular.

²⁹ Fernández de la Mora, Gonzalo, *El crepúsculo de las ideologías*, Santiago de Chile, Zig-Zag, 1968.

³⁰ Gallego García, Elio A., *Representación y Poder. Un Intento de Clarificación*, Madrid, Editorial Dykinson, 2017.

³¹ Molina, Jerónimo, «Sin ilusión, sin pesimismo. El realismo político liberal de Raymond Aron», Lassalle, J. M. (ed.), *Raymond Aron: liberal resistente*, Madrid, FAES, 2005, p. 264.

³² Véase Molina Cano, Jerónimo, *Pensamiento Político en España a partir de 1935. Una aproximación en clave generacional. Memoria de Ingreso del Académico Correspondiente ILMO. Sr. D. Jerónimo Molina Cano*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2021.

Eduardo Mayora y Jary Leticia Méndez Maddaleno³³ entre otros³⁴, quienes han ofrecido al país sus ideas más hondas en el ámbito jurídico.

Estos juristas, con sus diferencias, se tomaron en serio la cuestión de la política y del derecho. Todos, de alguna manera, estuvieron o han estado preocupados por la realidad política. Esta preocupación les hizo usar su bagaje jurídico teórico para afrontar desde diversas perspectivas y con distintas concepciones aquellos fenómenos políticos y politizados que más aquejaban su existencia.

En cuanto a los fenómenos políticos, vale advertir que a estos juristas les preocupaba principalmente —aunque no exclusivamente— las teorías, ideologías políticas, partidos políticos y normas constitucionales. En cuando a los «fenómenos políticamente condicionantes» a modo de ejemplo, no a todos, les preocupó el tema de las clases sociales³⁵.

En el caso del segundo fenómeno, a saber, los politizados, vale advertir que los juristas antes mencionados estuvieron interesados en aquellos fenómenos que, aun no teniendo naturaleza política, en cierta forma, son condicionados por motivaciones políticas, como es el caso del desarrollo económico del país³⁶. Ahora bien, en cuanto a la visión de la política, es patente en el análisis de las obras de estos juristas diversas tendencias, siendo predominante una cierta predilección por concebir la política como un instrumento de perfección humana y con énfasis inusitado en la aspiración a una virtud republicana³⁷; es decir, una convicción de poderes casi regenerativos en el ámbito político: en el cambio político.

Derivado del pretorianismo militar histórico, los juristas han asumido el papel de portadores de la razón y de la civilidad incursionando en temas históricos y procurando levantar las banderas del cambio político. El discurso republicano y luego «democrático» irradiará en dichas obras, sin ahondar en demasía en el culto cuasi-religioso de la democracia entrevisto por el jurista Alexis de Tocqueville que muchos parecen adoptar. Apelaciones a la república y la democracia colmarán las páginas de estos juristas, aunque sin mucha precisión teórica sobre lo que se quiere decir por tales conceptos.

En esa pléyade de juristas algunos visualizaron o visualizan la política con una arrogante y utópica pretensión de supresión del conflicto, en cierta forma, deudores del marxismo y de la «cuestión social». Si bien no son —casi en su totalidad— partidarios de visiones anárquicas o cuasi-mesiánicas

³³ Méndez Maddaleno, Jary Leticia, *La Constitución como proceso político*, Madrid, Dykinson, 2012. Véase una reseña de Maldonado Aguirre, Alejandro, en *Revista digital. Auctoritas Prudentium*, Guatemala, año V, núm. 8, Universidad del Istmo, 2003, pp. 17-21.

³⁴ Se podría incluir a Adolfo Mijangos y a Manuel Colon Argueta.

³⁵ El tema de las clases sociales precede al marxismo, véase Hart, David M. (editor), *Social Class and State Power: Exploring an Alternative Radical Tradition*, Palgrave Macmillan, USA, 2018. Destacados liberales han encarado el análisis de temas sociales, económicos y jurídicos desde esta tradición de pensamiento. En Guatemala, Skinner-Klée, Jorge, *Consideraciones en torno a la clase media emergente en Guatemala*, José de Pineda Ibarra, Ministerio de Educación, Guatemala, 1965, es una muestra digna de ser tomado en cuenta, pese a ser una obra escueta.

³⁶ Se sigue a García-Pelayo, Manuel, *Idea de la Política*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 1999.

³⁷ Rosler, Andrés, *Razones públicas: Seis conceptos básicos sobre la república*, Madrid, Katz Editores, 2016.

del fin del Gobierno, sí está presente cierta despolitización socialdemócrata y un moralismo —o moralina— condenatorio al poder.

Este marcado énfasis condenatorio moral del poder, quizás precisamente por ser juristas, no llegó a ser pronunciado. Recálquese que la mayoría de los abogados en el país, históricamente, antes del predominio de la especialización, son los que han cultivado con obra escrita los temas políticos, históricos y sociales. Ciertamente, con la especialización y la pretendida naturaleza científica de estos saberes, la cuestión por el método³⁸ adquirirá importancia, especialmente por los historiadores, politólogos y sociólogos para cuestionar la obra de estos juristas. Como ya se advirtió en muchos juristas no había mucho interés por los temas metodológicos, teóricos o filosóficos, aspecto que luego será evaluado por otros teóricos sociales.

Pese al advenimiento de la especialización, las ciencias sociales, jurídicas y políticas, entre otras, en Guatemala, no han mejorado sustancialmente en el país. En realidad, permanece la precariedad académica por los factores antes mencionados, agregando una más, a saber, que no habrá mejora sustancial de ciertas cuestiones intrincadas del acontecer nacional si se persiste en negar el ámbito propio de lo jurídico, pues para hacer historia hay que conocer de derecho³⁹ y para hacer derecho hay que conocer de historia⁴⁰. Ello no elude el particular oficio específico de cada saber, pero sí remarca la importancia de la multidisciplinariedad⁴¹ en cierto grado y con bastantes limitaciones.

En el análisis de las tendencias de estos juristas se encuentra también una confianza en la perfectibilidad humana, y en cierta forma, una fe en la razón y en la capacidad creadora de la política, salvo en el caso de los juristas con tendencia liberal o conservadora que postulan, al contrario, un recelo de la autoridad política como clave del constitucionalismo. Visualizaciones de la política como amenaza se observan por igual en juristas con marcada orientación liberal de tendencia ilustrada escocesa, preocupados por circunscribir los poderes coercitivos del Gobierno a hacer valer reglas de conducta justa⁴².

De igual forma, tendencias conservadoras escépticas del cambio y de la viabilidad de las rupturas revolucionarias también están presentes, visiones alérgicas a cualquier intento de política de la perfección⁴³. Todo ello hace a este grupo de juristas un grupo interesante y diverso. Cabe destacar que en ese grupo de juristas y mucho más en la actualidad, existe una propensión a una «ética de

³⁸ Con perspectivas diferentes, véase Carrera, Damas, Germán, *Aviso a los historiadores críticos: «tantos peligros como corre la verdad en manos del historiador»*, Andrés Bello, Caracas, Ediciones Ge, 1995; y Sabino, Carlos A., *La historia y su método: guía para estudiantes y estudiosos de la historia*, Madrid, Unión Editorial, 2017.

³⁹ El odio a los abogados es histórico. Shakespeare lo reseña —a veces mal interpretado— y la guerra de independencia (o disputa) atestigua esa animadversión. ¡Maten a todos los abogados! Es un fenómeno que parece tener un contraejemplo en América del Norte como bien lo atestigua Alexis de Tocqueville. El materialismo-histórico y su poco valor al derecho ha influido en la historiografía poderosamente.

⁴⁰ Ello ocurre en Estados Unidos de América con gran naturalidad.

⁴¹ Un buen ejemplo de ello puede verse en la Bloomington School of Political Economy.

⁴² Es el caso de Eduardo Mayora Alvarado.

⁴³ La novela *El sueño de los justos* de Francisco Pérez de Antón muestra esta tensión con meridiana claridad.

la convicción»⁴⁴ en sentido weberiano eludiendo las consecuencias catastróficas de esta ética en el ámbito de la acción política.

Ello explica, en cierto grado, el usual *moralismo* en ciertas obras de «análisis»⁴⁵ del acontecer nacional. Este dato se matiza históricamente teniendo presente que los juristas con obra escrita en el país no fueron juristas abstractos sino en muchos casos juristas-políticos, por lo que conocían bien, hasta cierto grado, las consecuencias de su elección política. Como bien ha dicho un estudioso del jurista francés: «Teme Tocqueville que la política pase del predominio total de la acción, propia de los bárbaros, al triunfo de la teoría política separada de la práctica extendiendo la presunción de racionalidad, previsibilidad y recurrencia a objetos, como los políticos que carecen de ellas»⁴⁶.

Estos juristas de Estado con obra escrita pese a sus peculiares ideologías, posiciones político-partidistas y formaciones intelectuales diversas cultivaron un atisbo de derecho político bastante alejado del derecho constitucional contemporáneo, pero no por ello menos interesante. De hecho, se puede apreciar un entendimiento más refinado entre política y derecho, que estará ausente en los juristas posteriores.

Ahora bien, los cambios de orientación en el estudio y enseñanza de lo jurídico se reflejarán en los estudios universitarios contemporáneos, procurando centrar la atención en temas técnico-jurídicos en lugar de cuestiones con raigambre política.

No quiere esto decir que por el cultivo de ese derecho político se eludieron temas propios del derecho constitucional moderno, pero sí se quiere enfatizar que fueron relegados a un segundo plano por un largo período, siendo algunos de los cultivadores del derecho político, iusprivatistas e historiadores constitucionales los que introducirán temática estrictamente procesal constitucional bien adentrado el siglo XX.

3. EL VIEJO DERECHO POLÍTICO Y SU INFLUENCIA EN GUATEMALA

Para un estudiante o profesor de derecho del siglo XXI la indagación por las «chicas de servir» como fenómeno social escapará su atención intelectual, lo cual no era el caso de los juristas de Estado europeos y españoles⁴⁷ de principios de siglo XX.

Pese a la realidad económica, social, jurídica y tecnológica del país, los juristas modernos prefieren optar por discursos normativos a veces en el cielo de los conceptos, sin tomar en cuenta la realidad⁴⁸.

⁴⁴ Weber, Max, *La ciencia como profesión-La política como profesión*, Madrid, Espasa Calpe, 2009.

⁴⁵ Buena parte de los análisis en el país son columnas de opinión.

⁴⁶ Nolla, Eduardo, «Teoría y práctica de la libertad en Tocqueville», en *Alexis de Tocqueville. Libertad, igualdad, despotismo*, Madrid, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES), 2007, p. 1999.

⁴⁷ García-Pelayo, Manuel, «Esquema de una sociología de las chicas de servir», en *Revista de estudios políticos*, Madrid, núm. 51, Centro de Estudios Constitucionales, 1950, pp. 117-124.

⁴⁸ Hart, H. L. A., «El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna», en Pompeu Casanovas, y Josep Joan Moreso (coords.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Crítica, 1994, pp.109-126. La frase de Hart, «los hombres que hacen las leyes son seres humanos y no dioses» (p. 114) o

El recelo de los historiadores en contra de los abogados, en cierta forma, obedece al hecho de que al analizar la historia del país otorgan con exclusividad un papel excesivo a los textos o «leyes constitucionales» en detrimento de los factores políticos y económico-sociales que explican dicha normatividad.

Este énfasis jurídico en los enunciados normativos con la creencia firme de que ellos como enunciados lingüísticos no generan problemas interpretativos es y ha sido uno de los rasgos más característicos de la cultura jurídica de Guatemala. De hecho, ello puede evidenciarse en la precaria discusión en torno a la interpretación jurídica. Así vistas las cosas, la obsesión por una normatividad interpretada ramplonamente y estudiada sin mucha técnica, es y ha sido la excusa ideológica para evitar criticar el derecho existente.

Los juristas en Guatemala no han logrado demarcar en sus esfuerzos intelectuales lo que es «*expository jurisprudence*» y «*ensorial jurisprudence*»⁴⁹. En términos generales, el carácter «formalista» —no «positivista»— de la cultura jurídica en Guatemala se evidencia en el poco valor que le otorgan los abogados a la reforma del derecho, es decir, a la propuesta de reforma social.

En el caso de los juristas de Estado, enunciados con anterioridad tenían y tienen preocupaciones intelectuales diferentes a los «analistas» del derecho del siglo XXI. La cuestión problemática en la actualidad —siglo XXI— estará en que en el ámbito del derecho, propiamente, los juristas dedicados a temas de derecho público han renunciado al análisis de los fenómenos políticos y politizados, y a la importancia de la reflexión teórica que proporciona la teoría del derecho para poder entender cuestiones intrincadas del Estado⁵⁰.

En el caso de la relación política y derecho vale destacar que entre los juristas en Guatemala que más se adhirieron a las exigencias del derecho político está el nombre de Buenaventura S. Echeverría, quizás, hasta la fecha, el único autor de un curso sistemático de derecho político acompañado de indagaciones por las formas de Estado. Por otra parte, el país cuenta con obras realizadas por juristas-historiadores como Luis Beltranena Sinibaldi⁵¹, Luis Beltranena Valladares⁵² y Jorge Mario García Laguardia⁵³, quienes optaron por cultivar la historia con el escapismo político de la historia

la frase «Un dios puede ver todo esto; pero ningún ser humano, ni siquiera un legislador puede hacerlo» parecen no meditarlo lo suficiente en el contexto de Guatemala, que siguen optando por consignas vacías como que la legislación es «buena» pero no se «aplica».

⁴⁹ Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Burns, J. H. y Hart, H. L. A., (eds.), *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Clarendon Press Publication-Oxford University Press, London, 1996, pp. 293 y ss.

⁵⁰ Guastini, Riccardo, *Lecciones de teoría del derecho y del Estado*, Communitas, Lima, 2010.

⁵¹ *Como se produjo la caída de Estrada Cabrera*, Guatemala, Imp. Eros, 1970. Véase también su obra *Fundación de la República de Guatemala*, Guatemala, Tipografía Nacional, 1971.

⁵² *Madre España: influencia de España en la formación de la nacionalidad centro-americana*, Centro Editorial, Guatemala, 1943; *Attempts to Form a Union of Central America*, Department of Political Science, EE. UU., 1947.

⁵³ *Orígenes de la democracia constitucional en Centro América*, Editorial Universitaria Centroamericana, 1971 y juntamente con Torre Villar, Ernesto, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976. Véase también, entre muchas obras, *Política y*

constitucional que luego Jorge Mario García Laguardia cultivará con ahínco y en solitario, no solo en lo que se refiere a Centroamérica, sino también al constitucionalismo gaditano⁵⁴ cuyos aportes son reconocidos mundialmente.

Otros juristas más polifacéticos como Jorge Skinner Klée⁵⁵ y Francisco Villagrán Kramer⁵⁶, dedicaron esfuerzos intelectuales al complejo tema de los regímenes políticos. Skinner Klée, especialmente, realizó esfuerzos teórico-sociológicos referidos a la relación entre derecho y revolución que parecen seguir la obra de Felipe Eduardo González Vicén (1908-1991) aun cuando no fuera mencionada en la obra. Del mismo modo, Skinner Klée indagó en el tema de la legislación indígena con perspectiva histórica, especialmente en lo atinente a la base indígena que es base constitutiva del país⁵⁷ aun cuando ignorada en los estudios jurídicos hasta la fecha.

De hecho, Skinner-Klée y García Laguardia se preocuparon de estos temas silenciados en los estudios jurídicos posteriores y reducido por entero a la dimensión historiográfica. En el caso de Villagrán Kramer, este fue un jurista que cultivó temas de derecho internacional, y especialmente de integración económica⁵⁸ con importantes reflexiones teóricas en la conceptualización de los tratados. Este jurista ha sido el único que trató en su obra de acercarse al tema —aunque no lo desarrolló por completo— de la cuestión del sistema constitucional y sus diferentes ámbitos, aspecto que en el mundo anglosajón fue puesto de bulto por James Bryce. Este tema no es menor dada la importancia que tendrán los pactos políticos a veces confundidos con las propias constituciones.

Por influencia de las tendencias marxistas y de la «cuestión social», algunos juristas se dedicaron por completo a la cuestión obrera y a la legislación respectiva como es el caso de Alfonso Bauer

constitución en Guatemala: la constitución de 1985; Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, 1993; *Antonio Larrazábal y Arrivillaga en las Cortes de Cádiz*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar-Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2016; *La defensa de la constitución*, Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-Universidad de San Carlos de Guatemala, 1986 y *La reforma liberal en Guatemala. Vida política y orden constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.

⁵⁴ García Laguardia, Jorge Mario, *Centroamérica en las Cortes de Cádiz*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

⁵⁵ *Consideraciones en torno a la clase media emergente en Guatemala*, José de Pineda Ibarra, Guatemala, 1959; *Legislación indigenista de Guatemala*, Guatemala, ediciones especiales del Instituto Indigenista Interamericano, 1954; *Revolución y derecho: una investigación sobre el problema de la revolución en el derecho guatemalteco*, Seminario de Integración Social Guatemalteco, Guatemala, 1971; *Parlamentarismo, presidencialismo y otras reflexiones*, Guatemala, Serviprensa Centroamericana, 1991.

⁵⁶ *El régimen de legalidad: ensayo socio político*, Guatemala, Círculo de Estudios Constitucionales, 1963; *Teoría general del derecho de integración económica: (ensayo de sistematización)*, Guatemala, Editorial Universitaria Centroamericana, 1970; *Estudios de ciencia política y otros ensayos*, Guatemala, Serviprensa Centroamericana, 1979; *Derecho de los tratados*, Corte Suprema de Justicia, Guatemala, 2002.

⁵⁷ Carrera Damas, Germán, «¿Reanudación de su curso histórico por las sociedades aborígenes?: o ¿hacia dónde llevan a Bolivia?», *Procesos históricos: revista de historia, arte y ciencias sociales*, Mérida, núm. 11, Universidad de Los Andes (ULA), 2007, 197-204.

⁵⁸ García Laguardia, Jorge Mario, *Parlamento Centroamericano y Parlamento Europeo*, Canales de Cooperación Birregional, Guatemala, Asociación de Investigación y Estudios Sociales, 1990.

Paiz⁵⁹. Lo de la «cuestión social» irradiará por entero en los juristas posteriores, algunos por las exigencias de la doctrina social de la Iglesia, y otros por la influencia del «constitucionalismo social», innegablemente esto último derivado de la cercanía con México y su revolución, cuyo ejemplo está en la obra de Jorge Mario García Laguardia influenciado por Mario de la Cueva.

Históricamente resulta importante por cuanto la mayoría de los juristas abandonarán el constitucionalismo liberal, e influirán políticamente en la constitucionalización progresiva de los derechos sociales sin atender a las cuestiones organizativas que el constitucionalismo liberal entrevió con tino, sobre la conveniencia de esta opción y mucho menos considerando la estructura económica «pobre en extremo»⁶⁰ de la nación.

Paradójicamente, los juristas favorables al «Estado social» eludieron premisas liberales básicas atinentes a que no basta con escribir una constitución para limitar el poder⁶¹, pues ni la Constitución ni las leyes electorales bastan para mantener a raya las tendencias ambiciosas del Leviatán. Una vez las tendencias constitucionales del «constitucionalismo social» empezaron a abrirse paso en la región y en Guatemala se empezó a importar la discusión en torno al control político o control jurisdiccional.

De hecho, los juristas en Guatemala, derivados de sus preocupaciones políticas, empezaron a dedicar esfuerzos intelectuales a temas propiamente de derecho constitucional —procesal constitucional— y de derecho administrativo⁶². En este ámbito están figuras como Alejandro Maldonado Aguirre, este último bastante polifacético con sus trabajos sobre Simón Bolívar al igual que Clemente Marroquín Rojas, pero también excediendo sus preocupaciones constitucionales con su teoría del orden público en el derecho internacional privado guatemalteco⁶³.

Este interés de un iuspublicista por los temas iusprivatistas será una rareza, como sucedió con Villagrán Kramer. Una *rara avis* también será Edmundo Vásquez Martínez⁶⁴, quien preocupado y estudioso del derecho mercantil cultivará temas constitucionales en egregias obras con Jorge Mario García Laguardia y en solitario con su obra sobre derecho de amparo. Décadas después el

⁵⁹ *La frutera ante la ley: los conflictos laborales de Izabal y Tiquisate*, Ministerio de Economía y Trabajo, Guatemala, 1949; *La organización obrera: cómo debe enfocarse en Guatemala*, Tipografía Sánchez y De Guise, 1947; *Destellos y sombras en la historia patria*, Guatemala, Editorial Escolar Piedra Santa, 1966; y *Catalogación de leyes y disposiciones de trabajo de Guatemala del período 1872 a 1930*, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1955.

⁶⁰ García Laguardia, Jorge Mario, *La reforma liberal en Guatemala. Vida política y orden constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 1980, p. 24.

⁶¹ Buchanan, James M., *The Logical Foundations of Constitutional Liberty, The Collected Works of James M. Buchanan*, Indianapolis, tomo 14, Liberty Fund, 1999, p. 55.

⁶² Martínez-Sobral, Aguirre, Roberto, *Principios generales sobre derecho urbanístico, sus proyecciones: Necesidad de su legislación en Guatemala*, Departamento Editorial y de Producción de Material Didáctico José de Pineda Ibarra, Ministerio de Educación, Guatemala, 1966.

⁶³ Guatemala, Editorial José de Pineda Ibarra, 1971.

⁶⁴ Vásquez Martínez, Edmundo, *El proceso de amparo en Guatemala*, Guatemala, Editorial Universitaria de Guatemala, 1985; y con García Laguardia, Jorge Mario, *Constitución y orden democrático*, Guatemala, Editorial Universitaria de Guatemala, 1984.

jurista Villegas Lara intentará replicar la trayectoria vital de Edmundo Vásquez Martínez con sus obras de derecho mercantil y sus aproximaciones al derecho constitucional.

En el caso de la reflexión de la teoría constitucional solo ha sido cultivada con rigor por Jary Leticia Méndez Maddaleno. Su obra es quizás la única reflexión teórica del derecho político —y de derecho constitucional—, quien es radicalmente cristiana católica, pero abierta al debate con todas las tendencias. En el caso de Eduardo Mayora⁶⁵, es un jurista que procuró una obra constitucional llevada a la práctica, es decir, con pretensión de reforma constitucional inspirada en la obra de Friedrich. A. Hayek⁶⁶.

En el caso de la reflexión de derechos humanos desde el punto de vista sustantivo está la obra de Edgar Alfredo Balsells Tojo. Desde el punto de vista histórico, pero también de propuesta orgánica para la protección de los derechos humanos, la de Jorge Mario García Laguardia con su propuesta de ómbudsman⁶⁷ prácticamente constitucionalizada.

Estos juristas se nutrieron de tendencias foráneas que no es menester abordar *hic et nunc*. Tampoco es el objeto de indagar en sus aciertos o errores en este espacio. Por ello, lo que se quiere destacar es la pertinencia de rescatar esas discusiones, es decir, una tradición intelectual en el país con el cometido de entender la cuestión política y constitucional del país, sus aciertos y sus errores.

Esta empresa intelectual se ha visto truncada en tiempos presentes por razones históricas complejas, pero también por un cambio vertiginoso en la mentalidad jurídica. La mayoría de los juristas antes mencionados no cuentan con discípulos, derivado de la ausencia de una cultura universitaria robusta en el país, lo cual ha impedido un diálogo crítico.

La inexistencia de un debate público abierto, además de la cultura ágrafa en el ámbito del derecho en Guatemala, ha imposibilitado un diálogo con las obras antes mencionadas, las cuales son desconocidas por la falta de investigación y la poca deferencia de la jurisprudencia nacional para con las obras publicadas⁶⁸. Por otra parte, hay que tener presente que, pese a las menciones y supuestas influencias del constitucionalismo norteamericano, lo que ocurrió en el siglo XX de Guatemala es que se confundió el derecho constitucional (*constitutional law*) con las obras de ciencia política (*government*).

⁶⁵ *Teoría constitucional para una sociedad libre: el caso de Guatemala*, Fundación República para una Nueva Generación, Guatemala, 1997; *El imperio del derecho y el contencioso administrativo en el derecho guatemalteco y comparado*, Guatemala, Artemis Edinter, 2005.

⁶⁶ Por cierto, fue Jorge Mario Jorge Mario García Laguardia su mayor crítico en «Análisis del Proyecto Pro-Reforma de modificación de la Constitución de la República».

⁶⁷ García Laguardia, Jorge Mario, *El procurador de los derechos (ómbudsman) de Guatemala*, Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, 1996; Balsells Tojo, Edgar Alfredo, *El Procurador de los Derechos Humanos*, Procuraduría de los Derechos Humanos, Guatemala, 1990.

⁶⁸ Un autor bastante citado es Saénz Juárez, Luis Felipe, *Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala*, Guatemala, Serviprensa Centroamericana, 2004. Otros juristas importantes como Julio Córdón también estarán presentes en la evolución del derecho procesal constitucional.

Como luego se observará, precisamente por las discusiones en el ámbito del derecho público comparado, se empezará a comprender que la hoja de ruta del derecho constitucional, al menos en la concepción norteamericana de esta disciplina, es y ha sido diferente a la del derecho político. Es posible que, durante un buen tiempo, derivado de los prejuicios que todavía persisten en contra del positivismo jurídico, muchos profesores de derecho público en Guatemala renunciaran a un análisis de derecho positivo de las constituciones, desde el punto de vista técnico. A este respecto huelga recordar lo que decía un importante jurista del siglo XX:

Bien. Pero lo que mi amable crítico quiere decir, en realidad, no es que yo sea positivista, al menos en el sentido técnico de este concepto, sino que respeto la positividad del Derecho. Es un reproche que acepto con orgullo, el orgullo justamente de seguir siendo un jurista, porque sin positividad no hay Derecho, aunque pueda haber moral, o militancia política, o filosofía, muchas cosas, sin duda, pero otras. En una frase de Forsthoff, discípulo de Schmitt, por cierto, que escribe ya desde la nueva situación democrática, «*die Ueberwindung des Positivismus ist nicht die Preisgabe der Positivität des Rechts überhaupt*», esto es, «la superación del positivismo no implica en modo alguno el abandono de la positividad del derecho»⁶⁹.

4. LOS JURISTAS DE ESTADO EN GUATEMALA

Los juristas de Estado en Guatemala han sido predominantemente políticos o cercanos a la política, al punto que han detentado, la mayoría, importantes cargos públicos. Los cargos incluyen las más altas investiduras del Estado: presidentes, vicepresidentes de la república, diputados, magistrados, jueces y procuradores, sin menoscabo de posiciones importantes en el ámbito académico. Ello sin duda reforzó la preocupación por los grandes temas del país a veces desbordando con creces la estrechez de miras de lo jurídico visto con lente contemporáneo.

Aun así, es menester destacar que estos juristas guardan diferencia con los juristas de Estado europeos, en la medida en que optaron por vías escapistas como el cultivo de la historia constitucional, la historia de las doctrinas políticas en clave ideológica, la sociología centrada en el tema de los movimientos sociales, y en algunos casos, por comentarios críticos a los regímenes políticos existentes.

En el caso de España o Francia, la cuestión fue del todo diferente porque los juristas de Estado se vieron obligados a transitar en serio el tema de las formas políticas e historia de las ideas, y aún más, enfrentarse a lo político y a la política, cuestiones a veces confundidas, siendo la primera una esencia y la segunda su forma de actuar⁷⁰.

El precio conducente en la ruta intelectual del derecho político, así sea intelectualmente, remite a la imagen de san Casciano inmortalizada por Nicolás Maquiavelo. Quizás por ello, en Guatemala

⁶⁹ García de Enterría, Eduardo, «El Derecho Constitucional como Derecho», *Revista de derecho político*, Madrid, núm. 15, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 1982, pp. 12-13.

⁷⁰ Negro Pavón, Dalmacio, «Los tres modos de la política», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, núm. 95, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2018, pp. 183-199.

la cuestión de la política y del derecho genere desazón⁷¹. La razón de esto se deriva en parte por el miedo de los juristas a quedar ciegos ante la «Gorgona del poder»⁷². De hecho, las célebres disputas teóricas como las de Hans Kelsen y Carl Schmitt no han causado interés relevante en las discusiones jurídicas, entre otras cuestiones, por el simple hecho de que en muchos casos se elude la indagación de un orden previo a las reglas y decisiones, aspecto presente en el debate Schmitt-Kelsen más allá de la cuestión del guardián de la Constitución⁷³.

4.1 El derecho público en Guatemala: el Leviatán

Esta relación entre derecho y política ha sido oscurecida y de difícil precisión por la presencia de una cultura «formalista» que no positivista. Como ha sostenido Manuel Atienza, el «formalismo» es «una manera de entender el Derecho en la que el juez se siente vinculado únicamente por el texto de las normas jurídicas vigentes, y no, también, por las razones en las que ellas se fundamentan. Implica por ello un comportamiento ritualista, una forma de desviación que, en consecuencia (cuando se es consciente de ello), tiende a ocultarse»⁷⁴.

La prevalencia de la cultura «formalista» se detecta en el ámbito jurisprudencial, académico, legislativo y administrativo del país. De hecho, se puede palpar en el lenguaje oscuro y evasivo casi a modo obsesivo de muchos abogados animados siempre por la Eufemia. En efecto, la cultura «formalista» con raíces profundas en la cultura jurídica nacional tiene un matiz en lo que se refiere al pensamiento jurídico de los autores antes mencionados.

En el caso de los juristas de Estado en Guatemala hay la influencia de algunos juristas españoles de principios de siglo, entre otros nombres, a título enunciativo: Vicente Santamaría de Paredes (1853-1924) y Adolfo Posada (1860-1944). En el ámbito del derecho administrativo⁷⁵ escuetamente cultivado en el país, destaca la influencia de juristas como Adolfo Posada (1860-1944); Gabino Fraga Magaña (1899-1982) y Rafael Bielsa (1889-1966), pero también, aunque de forma tenue y no en sus aportes a la teoría del Estado, León Duguit (1859-1928).

En el ámbito del derecho constitucional y procesal constitucional destacan figuras como Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985); Eduardo García de Enterría (1923-2013); Héctor Fix-Zamudio (1924-2021) y Allan R. Brewer-Carías. En el caso del «constitucionalismo social» y laboral ha sido influyente Mario De la Cueva (1901-1981)⁷⁶. El desinterés por el derecho administrativo tiene razones complejas, pero pueden destacarse, entre otras razones, la inexistencia de la forma

⁷¹ Méndez Maddaleno, Jary Leticia, *La Constitución como proceso político*, Madrid, Dykinson, 2012.

⁷² La expresión es de Hans Kelsen.

⁷³ En Guatemala el tema de la «justicia constitucional» será una preocupación fundamental de alguno de los juristas mencionados, especialmente, preocupados por las nuevas tendencias del derecho constitucional de hacer de la Constitución un texto normativo.

⁷⁴ Atienza, Manuel, «Cómo desenmascarar a un formalista», en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, núm. 34, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2011, pp. 199-201.

⁷⁵ Calderón Morales, Hugo Haroldo, *Teoría general del derecho administrativo*, MR, Guatemala, 2011.

⁷⁶ De la Cueva, Mario, *Teoría de la constitución*, México, Porrúa, 2008.

política «Estado», lo cual explica que los estudios iuspublicistas presten poca atención a los asuntos propios de la burocracia.

De hecho, modernamente existen esfuerzos doctrinales en relación con el derecho administrativo, pero es evidente que el análisis jurídico-político de las administraciones públicas sigue pendiente, cuyo ejemplo se encuentra en el estado deplorable de los procedimientos administrativos, la contratación pública, la organización administrativa, los bienes públicos y el contencioso-administrativo. Razones políticas e históricas profundas explican esta situación.

En parte puede destacarse que prevalece un entendimiento premoderno del Estado que elude en gran medida la importancia de la burocracia⁷⁷. Como ha destacado la literatura especializada, la burocracia o las administraciones públicas devienen en instrumentos del Estado vitales para el cumplimiento de sus fines. La conformación, organización y actividad de estas administraciones públicas está severamente condicionada por factores históricos, políticos, sociales y económicos, siendo el Gobierno quien dirige esos medios personales y materiales.

Esto no es menor en la relación política y derecho en Guatemala, toda vez que existe una tendencia excesiva en analizar al Estado como institución política, pero poco en lo que se refiere a su análisis en su expresión constitucional «que es la que más directamente se conecta con el derecho administrativo»⁷⁸. De allí el énfasis de los juristas en detenerse en el concepto político del Estado, pero no en la complejidad de la teoría jurídica del Estado, evidenciado todavía en apelaciones políticas a las nociones de soberanía, etcétera.

En Guatemala, de hecho, es tenue la distinción entre política y administración y de hecho no es un rasgo característico del Estado —bastante nominal—, entre otras cosas, por no ser un Estado moderno. Curiosamente, los juristas en Guatemala, de variopintas tendencias, no han sido entusiastas defensores del modelo de «Estado administrativo», al menos con propuestas artificialistas.

La defensa del Estado administrativo ha sido básicamente derivada de la defensa del «Estado social».

4.2 La forma política Estado: el Leviatán

Esta cuestión del debate en torno a la forma política del Estado no ha tenido en el país la rigurosidad que se encuentra en otras latitudes, pero sí se puede observar en el debate entre la opción federal y la opción centralista aun cuando no estudiada rigurosamente salvo en su vertiente histórica, lo

⁷⁷ Brewer-Carías, Allan R., «Los condicionamientos políticos de la Administración Pública en los países latinoamericanos», en *Revista de la Escuela Empresarial Andina*, Convenio Andrés Bello, Lima, núm. 8, año 5, 1980, pp. 239-258; y Gil Villegas, Francisco, «Los fundamentos políticos de la teoría de la administración pública».

Foro Internacional, vol. 33, núm. 1 (131), Colegio de México, México, 1993, pp. 30-53.

⁷⁸ Nieto, Alejandro, «La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo», en *Revista de administración pública*, núm. 76, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1975, p. 11.

cual ha condicionado la renuncia a los estudios jurídico-administrativos en ese ámbito, entre otros temas, la cuestión municipal y las técnicas de organización administrativa.

De hecho, como luego se verá aunada a otras críticas, la tesis pluralista tantas veces aducida implícita y explícitamente no es más que un recurso de preservación del *statu quo*.

Esta tesis pluralista no deja de ser una apelación contradictoria ya que son los juristas propensos a la modernidad los que apelan a los llamados cuerpos intermedios, al modo característico de la época feudal, es decir, antes del advenimiento del Estado moderno. Es decir, la contradicción entre una modernidad exigida y una estructura pluralista premoderna que se justifica se debe al fracaso de la construcción del Estado.

Así, reuentes a ver las relaciones entre política y derecho, el discurso de los juristas y políticos en las últimas décadas ha sido procurar una tecnocracia en lugar de una burocracia, sin saber mucho las diferencias e implicaciones de ambas. La predilección por la tecnocracia «solo tiene sentido si se acepta la incoherente tesis del fin de las ideologías. Los políticos y los administradores pueden ser fructíferamente separados como tipos ideales, pero, en el mundo real, todos tienen muchos elementos de los dos ámbitos»⁷⁹.

Aunque los estudios de derecho administrativo son escuetos y su importancia en el debate jurídico y político es bastante precario, ha existido un cierto intento por parte de los politólogos por incursionar en el tema, obviando, a veces, que tanto los juristas como los politólogos, «tienden a flotar por sobre el paisaje político y administrativo y se concentran en el carácter formal de la ley y en las estructuras de la relación Estado/sociedad»⁸⁰.

Este énfasis por el carácter de la ley y las estructuras en detrimento de los condicionantes políticos, económicos, sociales, culturales, tiene bastante que ver con la cultura «formalista» y no tanto con una defensa constitucionalista, pues el constitucionalismo en Guatemala realmente está preso del modo europeo paradójicamente justificatorio de un Estado-máquina. Los juristas con inclinaciones hispanistas paradójicamente remiten a la defensa liberal del constitucionalismo gaditano que en cierta forma fue la inserción de España al constitucionalismo europeo.

Como se ha advertido, los juristas de Estado en Guatemala, a veces nostálgicos por la forma hispana no estatal han forjado mitos y a veces contradicciones insalvables con las otras tendencias que han importado a saber las doctrinas estatistas y el constitucionalismo europeo.

Esta nostalgia se refleja en la apelación a un mundo pluralista incompatible de suyo con la defensa férrea del «Estado social» que casi todos —hay excepciones claro está— los juristas dicen defender, obviando que este es incompatible con el Estado de derecho. De hecho, luce paradójico que la gran mayoría de los juristas defensores del «Estado social» aboguen por más derechos de carácter

⁷⁹ *ibidem*, p. 53.

⁸⁰ Rose-Ackerman, Susan «El Derecho Administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el Estado contractual», en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 43, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Caracas, 2009, p. 7.

prestacional y por más cláusulas económicas y sociales en el texto constitucional sin indagar en los temas propios del derecho administrativo, pese a la importancia de esa disciplina en dar rienda suelta a la ética de la redistribución en el sentido de Bertrand de Jouvenel.

5. EL GIRO IUSPUBLICISTA: DEL DERECHO POLÍTICO AL DERECHO CONSTITUCIONAL (PROCESAL)

Es menester tener en cuenta que los estudios iuspublicistas en Guatemala han cambiado radicalmente en las últimas décadas, especialmente a raíz de la Constitución de 1985. De un estudio y divulgación de un peculiar derecho político se ha transitado a preocupaciones más cercanas a temas relacionados al derecho procesal constitucional, especialmente en los cultivadores con obra escrita, pues predomina el carácter ágrafo de los juristas en el país.

Pese a ese cambio de orientación no se encuentran muchas obras sobre los temas del control jurisdiccional de la Constitución⁸¹. Este cambio de orientación en favor de un Derecho constitucional no se debe a las nuevas generaciones, sino que también se debe a los juristas de Estado quienes además de incursionar en diversos ámbitos del saber, consideraron en un momento histórico la importancia de incursionar en las técnicas, garantías o instrumentos necesarios para dotar de supremacía al texto constitucional.

En este sentido la obra *La defensa de la Constitución* de Jorge Mario García Laguardia está en plena sintonía con la obra de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*⁸² y por supuesto con las obras de Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones políticas y constitucionales*⁸³ y *Estado de derecho y control judicial. Justicia constitucional, contencioso-administrativo y amparo en Venezuela*⁸⁴. Estas obras, a título enunciativo, fueron y son paradigmáticas de un cambio de paradigma en el estudio del derecho constitucional en la región, siendo vital destacar que en el caso de García de Enterría y de Brewer-Carías fue efectuado por administrativistas.

En esta discusión sobre el control jurisdiccional aparecerá el conflicto entre política y justicia en Guatemala⁸⁵. Este énfasis en el control jurisdiccional vino acompañado de una fuerte crítica al excesivo «formalismo» que impedía la utilización sin dilaciones del derecho de amparo⁸⁶.

⁸¹ Además de García Laguardia, se encuentra la obra de Córdón Aguilar, Julio César, *El Tribunal constitucional de Guatemala*, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2009.

⁸² Editorial Civitas, Madrid, 1985.

⁸³ Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1985.

⁸⁴ Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987.

⁸⁵ *La defensa de la constitución*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1986, p. 69.

⁸⁶ Art. 51 de la Constitución de 1945 casi más gráfico con su «derecho de pedir amparo» y que Allan R. Brewer-Carías ha teorizado para América latina. Véase Brewer-Carías, Allan R. *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings*, Cambridge University Press, New York, 2009.

En esa discusión favorable a controles jurisdiccionales y no políticos de la Constitución surgieron posiciones favorables a la acción de inconstitucionalidad de las leyes, sin tantas restricciones, hasta hacer de ella una acción popular⁸⁷. El resultado de ello fue paradójicamente un precario entendimiento de la «justicia constitucional» y producto de las fallas estructurales del Estado en su organización, procesos y estructuras, el arma para la politización del poder judicial, aunado a una confusión atroz de los mecanismos de protección constitucional atizado por los propios tribunales quienes aducirán ser agentes de transformación social⁸⁸.

El tránsito del control político a un control jurisdiccional no ha sido fácil. Las dificultades no han sido solo técnico-jurídicas, sino también derivadas de la mentalidad jurídica prevaleciente⁸⁹, la cual niega una evaluación crítica de las bases constitucionales jurídico-positivas. De hecho, una subestimación de lo que podía acarrear un cambio institucional radical, llevó a sostener que era imposible un «gobierno de los jueces», es decir, se negó de suyo la posibilidad de que corte creada con carácter permanente bajo el texto de 1985 sufriera un proceso de politización⁹⁰, ateniéndose solamente a una experiencia previa y particular, a saber, el texto constitucional previo de 1965.

Esta politización se presentó y se seguirá presentando en el país y se agudizó cuando se empezó a confundir política con derecho y, más aún, «positivismo»⁹¹ con «formalismo», llegándose al extremo de concebir la judicatura al modo oracular, cuyo desenlace fue la politización en extremo de la justicia y el desprestigio de la justicia constitucional⁹². Ello sumado al mal diseño de escogencia, selección y nombramiento de los jueces y magistrados, plasmado al modo gremialista en el texto de 1985.

La pérdida de legitimidad de la «jurisdicción constitucional» se debió a un escaso debate en torno a temas propios de la teoría del Estado, de las formas políticas y de la teoría del derecho durante la Asamblea Nacional Constituyente. La Asamblea Nacional Constituyente, en muchos casos, hizo caso omiso al «*reflection and choice*»⁹³. De hecho, la importación de la técnica ideada por Hans

⁸⁷ García Laguardia, Jorge Mario, «Jurisprudencia constitucional. Guatemala, Honduras, México. Una Muestra», *Anuario Jurídico XXIV*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, pp. 71-125.

⁸⁸ Un ejemplo paradigmático es el Expediente Acumulado 859-2020, 860-2020, 879-2020, 895-2020, 896-2020, 904-2020, 905-2020 y 1029-2020 de la Corte de Constitucionalidad, en el que la misma Corte retrocede en su «amparitis», al menos en sus casos políticos, en una clara reacción al exceso formalista del neoconstitucionalismo.

⁸⁹ Véase la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* de 24 de noviembre de 2009 C211/2009 (párr. 121).

⁹⁰ *La defensa de la constitución*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1986, p. 75.

⁹¹ Las confusiones en Guatemala en torno al «positivismo jurídico» son persistentes. La positividad del derecho es una característica ineludible del derecho moderno. El «positivismo jurídico» y los hay de varios tintes, es una concepción o a lo sumo una teoría semántica que permite identificar qué es de derecho de lo que no es.

⁹² Maldonado Aguirre, Alejandro, *Las Constituciones de Guatemala*, Piedra Santa, Guatemala, 1984. Del mismo autor, *La Magistratura de lo constitucional*, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 1990 y *Reflexiones constitucionales*, Corte de Constitucionalidad, [s. f.].

⁹³ Hamilton, Alexander; James y Jay, John, *The Federalist (The Gideon Edition)*, Edited with an Introduction, Reader's Guide, Constitutional Cross-reference, Index, and Glossary by George W. Carey and James McClellan, Liberty Fund, Indianapolis, 2001, p. 1.

Kelsen de un tribunal separado del poder judicial chocaba con posiciones favorables a la tradición hispana no estatista. Sin embargo, esto no importó y se dio rienda suelta al ímpetu racionalista decidido a importar cualquier manía intelectual en favor de la tradición estatista para con ello cambiar la ciudadela medieval que tanto disgusta, pero que a la vez se defiende cuando se trata de modernizarla.

Este debate en torno a la forma «Estado» de gran calado para el derecho público, la teoría política y la teoría del Estado, no ha sido menor y se manifiesta en la legislación del país, a veces mestiza en cuanto a tradiciones —a veces incompatibles—, verbigracia, la Ley de Servicio Civil, Ley de lo Contencioso-administrativo, la Ley del Organismo Judicial, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, sin contar con las no existentes, a saber: de procedimientos administrativos, de administración pública, etcétera.

De hecho, como ya se mencionó, la petrificación legislativa en parte es el resultado al miedo existente en torno a la fragilidad del edificio constitucional endeblemente construido. El miedo, sigue siendo a que tendencias foráneas o fuerzas incontrolables destruyan el edificio constitucional. De hecho, en lugar de fomentar este debate, se elude.

Este debate entre juristas estatistas y no estatistas trasciende la dicotomía izquierda y derecha⁹⁴, siendo relevante a los efectos de la discusión entre derecho y política, la asunción de los estatistas en procurar artificialmente un Estado, o bien, crear capacidad estatal, rivalizando con aquellos que enfatizan la importancia de la *traditio* jurídica del país.

La complicada cuestión que deberá tomarse en cuenta es que una mejor economía, más capitalista y competitiva, requiere en cierta forma de mecanismos institucionales ausentes, especialmente existentes en el capitalismo moderno⁹⁵. Los juristas de Estado en Guatemala, aunque divididos por razones ideológicas y por diversas concepciones sobre la forma política estatal, a saber: partidarios de la hispanidad y defensores del Estado moderno, también tienen o han tenido diferencias más complicadas de entrever en su concepción sustantiva del derecho.

Para los juristas con obra escrita existió un rechazo al «formalismo» que ha acompañado la historia jurídica del país, pero no aclarando de qué «formalismo» se trataba, abriendo las puertas en cierta forma a una corriente claramente demoleadora del precario Estado de derecho, a saber: el «neoconstitucionalismo».

⁹⁴ Bobbio, Norberto, *Derecha e izquierda*, Taurus, Madrid, 2019.

⁹⁵ Matteucci, Nicola, *Estado moderno. Léxico y exploraciones*, Unión Editorial, Madrid, 2010 y Ripert, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Comares, Granada, 2001.

6. «FORMALISMO» EN GUATEMALA

La relación entre derecho y política en Guatemala, además de las disquisiciones recurrentes desde la óptica de la teoría del derecho, obliga a una indagación histórica. Aun cuando han existido algunos iusprivatistas interesados en los temas de la estructura y organización del Estado, es menester indicar que son *rara avis*.

Los prejuicios ideológicos en contra del derecho público han impedido en cierta forma un entendimiento de la importancia de las normas secundarias y del arreglo organizativo necesario para el cumplimiento de las reglas de conducta justa. Ello en otras palabras quiere decir que la gran mayoría de los «formalistas» en Guatemala están en el ámbito del derecho privado o del derecho procesal o incluso en el ámbito del derecho penal. Este «formalismo» en Guatemala no está relacionado con el «positivismo jurídico»⁹⁶.

De hecho, el «positivismo jurídico» —no el positivismo filosófico⁹⁷, cuestión distinta— no ha tenido arraigo en el país. Es por ello por lo que la cultura «formalista» en Guatemala ha encontrado recientemente en la obra de los *iusmoralistas*⁹⁸ un aliado insospechado.

Basta un análisis de la enseñanza jurídica en Guatemala y la forma con que se encaran los problemas prácticos para percatarse que la obra de Hans Kelsen, H. L. A. Hart, Joseph Raz, Norberto Bobbio, entre otros, no es seguida ni cultivada.

La polémica connotación de escepticismo⁹⁹ atribuida al «positivismo jurídico» salta por los aires con la asunción de las tesis iusmoralistas¹⁰⁰ y con la certeza moral con que jueces y operadores analizan problemas morales desde la judicatura. En cierta forma la alianza del «formalismo» con el *iusmoralismo* ha favorecido un cambio de mentalidad pronunciada en los juristas en el país favorables a ciertas revoluciones legales¹⁰¹ haciendo innecesario la vieja técnica del golpe de Estado militar.

⁹⁶ Navarro, Pablo E., *Los Límites del derecho: estudios sobre los compromisos conceptuales del positivismo*, Editorial Temis, Bogotá, 2005.

⁹⁷ Amurrio González, Jesús Julián, *El positivismo en Guatemala*, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1970.

⁹⁸ La categoría es de Juan Antonio García Amado.

⁹⁹ Bulygin, Eugenio, *El positivismo jurídico*, Distribuciones Fontamara, México, 2016.

¹⁰⁰ «En efecto, se ha sostenido más de una vez que para el positivismo todo derecho positivo y en particular toda norma jurídica emanada del poder estatal es válida en el sentido de que debe ser obedecida, cualquiera que sea su contenido. Basándose en argumentos de este tipo se acusó al positivismo de haber facilitado el advenimiento del régimen nazi, olvidando que los ideólogos del nacionalsocialismo solían invocar el derecho natural para justificar las tropelías jurídicas del Führer y sus secuaces. En realidad, el positivismo jurídico como teoría filosófica nada tiene que ver con las ideologías políticas y como bien decía Hume no hay peor argumento contra una teoría científica o filosófica que señalar sus presuntas consecuencias políticas perniciosas», Bulygin, Eugenio «Sobre el status ontológico de los derechos humanos», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, Universidad de Alicante-Marcial Pons, Madrid, 1987, p. 80.

¹⁰¹ Schmitt, Carl, «La revolución legal mundial», en *Revista de estudios políticos*, núm. 10, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1979, pp. 5-24 y Schmitt, Carl, «La noción de lo público», *Revista de estudios políticos*, núm. 132, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 5-14.

La cultura «formalista» imperante no es iuspositivista y lamentablemente es confundida con el positivismo filosófico. Esta confusión o prejuicios en torno a la cuestión del «positivismo jurídico» ha calado en la Corte de Constitucionalidad, la cual ha dicho sin rubor que, en el ámbito de la interpretación constitucional, debía la Corte separarse «de toda interpretación de la ley sustentada de forma excesivamente rigorista en el positivismo jurídico»¹⁰². Si esto último quiere decir apartarse del derecho positivo, puede decirse sin ambages que en mala hora tiene el país una corte al menos en lo formal.

Esta confusión en torno a lo que se ha entendido por «positivismo jurídico» ha sido patente por la asociación indebida de esta concepción con el apego irrestricto a formalismos no esenciales. De hecho, la escasa influencia del «positivismo jurídico» en el pensamiento jurídico contemporáneo de Guatemala es evidente en la posición política de buena parte de abogados, juristas y operadores jurídicos.

En efecto, la adhesión a la concepción positivista también tiene que ver con una posición política, en este sentido, el positivista es demócrata o parlamentarista, pues considera que las normas jurídicas —incluso las constitucionales— pueden estar sometidas a cambios, bien por procesos de reforma constitucional o bien por alteraciones del orden constitucional.

De hecho:

la ideología no es tan radicalmente distinta e independiente de la metodología positivista como se suele creer. Existe realmente un vínculo entre positivismo e ideología democrática. El positivismo se basa en una metaética anticognoscitiva y relativista. Los valores, al no tener existencia objetiva, no son cognoscibles, de tal forma que no existe ningún criterio que permita afirmar la superioridad de algunos de esos valores. La existencia de un criterio como ese proporcionaría un argumento a favor de un sistema de gobierno autoritario, porque el poder debe ser ejercido, evidentemente, por aquellos que conocen los valores verdaderos. Al contrario, si los valores son relativos, entonces no hay ninguna razón para que el poder pertenezca a un determinado grupo y no a otro. Por lo tanto, cada cual debe someterse, en la medida de lo posible, a sus propios valores y a las normas en que lo fundan, es decir, cada cual debe ser «autónomo». El único sistema político que tiene como objetivo la autonomía es la democracia.¹⁰³

Paradójicamente los críticos al «positivismo jurídico» en Guatemala, o lo que entienden por tal, evalúan políticamente adoptar a conveniencia el derecho positivo o someterse a él, pero si escogen lo primero lo hacen de manera no democrática a la luz de los valores «morales» o intereses políticos ocasionales que dicen defender. Como bien se ha enfatizado «El positivista suele ser formalista por demócrata; el iusmoralista es formalista (inconfeso) por otro tipo de razones»¹⁰⁴.

¹⁰² Expediente 3101-2009.

¹⁰³ Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del estado*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 120.

¹⁰⁴ Véase García Amado, Juan Antonio, «Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho», en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 3, Universidad Carlos III, Madrid, 2012, p. 41.

En tal sentido debe destacarse que una de las cuestiones más acuciantes del cambio de mentalidad jurídica en Guatemala no se reduce a la asunción del *iusmoralismo*, sino a la abdicación total de la importancia de la forma del derecho¹⁰⁵. Es por ello por lo que luce propicio traer a colación el hecho de que «los verdaderos y más propiamente formalistas, son los que se dicen antipositivistas, principialistas y ponderadores»¹⁰⁶.

En Guatemala se ignora que el iusmoralismo sostiene que «[...] la naturaleza o esencia última de las normas jurídicas es moral, o bien el Derecho contiene normas de dos tipos diferentes, pero las jerárquicamente superiores son, al tiempo, normas morales o normas que forman parte simultáneamente de los dos sistemas, el moral y el jurídico»¹⁰⁷, con lo cual la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral se disipa, pero también la separación conceptual entre derecho y política.

Sobre esta última cuestión es menester destacar que en materia de derecho y política habrá que al menos considerar que:

el establecimiento del derecho es uno de los fines primordiales de la política, puesto que es función de esta crear y garantizar un orden para la convivencia humana, y fundamento de este orden es el derecho. Segundo, el derecho no es una finalidad sino también un producto de la política, en el sentido de que su contenido concreto depende en buena parte de la distribución de las fuerzas políticas en el parlamento y de las relaciones de consenso y disenso entre ellas. Tercero, el derecho es un instrumento de la política, es una de las formas de social control, una vía de conversión de los programas y orientaciones políticos en normas vinculatorias. Pero, cuarto, el derecho también es el marco de la acción política, lo que se expresa en la primacía de la ley sobre el resto de las acciones del Estado, y en la primacía de la Constitución sobre la ley. Y, como consecuencia, quinto, el Derecho es la medida de legitimidad de la acción política, garantizada a través de los adecuados medios jurisdiccionales, de modo que por invocación a la Constitución y a la Ley pueden limitarse o rectificarse ciertas líneas de acción política. En resumen, entre el Derecho y la política nos encontramos de nuevo con un *feedback* o con una relación de causalidad circular; el Derecho es finalidad, producto e instrumento de la política, pero a su vez, la política ha de someterse a la normatividad jurídica vigente en cada momento. Naturalmente, se trata de una exposición muy simplificada del tema que necesitaría ciertas matizaciones.¹⁰⁸

Esta relación de causalidad circular lo tuvieron presente los juristas de Estado en Guatemala, pero ello se ha desvanecido por el constante ataque de abogados-notarios al «positivismo jurídico», el

¹⁰⁵ Atria, Fernando, *La Forma del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

¹⁰⁶ García Amado, Juan Antonio, «¿Quiénes son los verdaderos formalistas en la teoría de la decisión judicial?», *Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador*, Quito, 2019, p. 100.

¹⁰⁷ Véase García Amado, Juan Antonio «Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho», *op. cit.*, pp. 15-16.

¹⁰⁸ García Pelayo, Manuel, «Entrevista sobre la Historia y otros Temas», en *Obras Completas*, Tomo III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 3293.

cual no es otra cosa que un espantapájaros en la argumentación académica para con ello hacer pasar una tesis encubierta: sostener como idéntico el positivismo contemporáneo con el positivismo del siglo XIX, ignorando los cambios profundos que han efectuado pensadores como Hans Kelsen, H. L. A Hart, Joseph Raz, Norberto Bobbio, Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini, Juan Antonio García Amado y Andrés Rosler, entre otros, quiénes más bien han procurado no mezclar el derecho que *es* con el derecho que *debe ser*, reforzando más bien la defensa política contra un derecho contrario a la libertad.

En realidad, el no-positivismo en Guatemala, prescindido de la distinción conceptual entre derecho y política y derecho y moral, ha logrado enarbolar una nueva visión sobre el rol de los jueces. En la politización extrema del poder judicial ahora devenido en actor por antonomasia de las transformaciones sociales, se ha negado autoridad al derecho positivo, en tanto y en cuanto solo tendría carácter normativo si, solo si, se acomoda a la moral ocasional del principialista y ponderador¹⁰⁹.

7. DERECHO Y POLÍTICA EN LA GUATEMALA DEL SIGLO XXI: POLITIZACIÓN Y «NEOCONSTITUCIONALISMO»

Es menester destacar que «la disociación entre Derecho y Política es un dogma o una posición importantísima en la historia de las ideas jurídicas»¹¹⁰. Esta disociación entre derecho y política ha caracterizado los estudios jurídicos en Guatemala.

Como se ha referido, en las últimas décadas en Guatemala, derivado de un cambio de mentalidad, ha venido cambiando drásticamente la concepción de lo jurídico en el ámbito judicial y académico debido, entre otros factores, a la irrupción del neoconstitucionalismo¹¹¹. En este sentido pueden destacarse varios puntos sobre la relación política y derecho.

¹⁰⁹ «En segundo lugar, vengo manteniendo que el formalismo de la decisión judicial, tal como lo hemos caracterizado aquí, sí se puede predicar de dos grandes corrientes en esa materia: el positivismo metafísico e ingenuo del siglo XIX, tal como aparece en la Escuela de la Exégesis y en la Jurisprudencia de Conceptos, y buena parte del iusmoralismo del siglo XX, en especial en ese neoconstitucionalismo que tiene su primer antecedente claro en la Jurisprudencia de Valores alemana a partir de fines de los años cincuenta, y su principal inspiración en Dworkin, en particular en el Dworkin de Los derechos en serio». Véase García Amado, Juan Antonio, «Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho», en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 3, Universidad Carlos III, Madrid, 2012, p. 15.

¹¹⁰ Nino, Carlos Santiago, «Derecho, moral y política», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, Universidad de Alicante-Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 38.

¹¹¹ Es interesante observar cómo recientemente en el debate sobre el rol de la Corte de Constitucionalidad, algunos jóvenes abogados colocaron ejemplos provenientes del derecho anglosajón, especialmente, provenientes de los Estados Unidos de América, colocando a ésta como ejemplo de lo que debía ser la Corte de Constitucionalidad con una lectura progresista. Críticos de las tendencias conservadoras —no del positivismo que no existe en Guatemala— aducían visiones progresistas, sin percatarse que en los Estados Unidos la gran mayoría de los juristas progresistas son severos críticos de la *judicial review*, entre otros los profesores Erwin Chemerinsky y Eric J. Segall. Es un ejemplo que quedará registrado en los Anales de todo cuánto se ha dicho y queda por analizar.

En *primer lugar*, en la actualidad existe mayor énfasis del derecho constitucional en detrimento del otrora derecho político con el objetivo de hacer justiciable la Constitución, enfatizándose la importancia de las garantías que se han de disponer para que ello sea posible¹¹².

En *segundo lugar*, ha ocurrido un cambio de orientación intelectual en los estudiosos de la política los cuales han prescindido del derecho, emancipándose de las intrincadas cuestiones normativas para efectuar reflexiones abstractas, modelos, sistemas, haciendo más énfasis en data para analizar las preferencias electorales, o cuando no, haciendo análisis empírico del proceder de los jueces u otros operadores jurídicos.

En *tercer lugar*, se nota una renuncia de los abogados en favor de los economistas quienes con más integralidad han incursionado en el análisis de temas institucionales con cierta multidisciplinariedad¹¹³ ante el abandono de los juristas de estos temas.

Aunado a lo anterior, es menester destacar que la disociación entre política y derecho profundizó el apoliticismo integral que hay en ciertas corrientes liberales¹¹⁴, especialmente si se toma en cuenta el énfasis apolítico en relación con el mercado, derivado de ideas cuasi anárquicas que prescinden del Gobierno, prédica anárquica —ya no moral o de rasgo filosófica—, sino políticamente hablando.

Esta disociación entre derecho y política por igual ha respondido a una cuestión más honda y problemática que se remonta también a una filosofía política determinada. Repárese que la cuestión de la disociación entre derecho y política ha estado presente en la tradición histórica de la república de Guatemala, al menos de la mano de esa filosofía política: el «liberalismo» o, para ser preciso, una concepción del liberalismo. Basta recordar la importante discusión sobre el rol de los jueces que marcaron los Códigos de Livingston¹¹⁵, los cuales dejaron su influencia en la legislación vigente.

En el ámbito del derecho público, la influencia —siempre a beneficio de inventario— del ámbito anglosajón ha profundizado la tajante división. Repárese que la supuesta influencia del constitucionalismo norteamericano ha sido tenue en Guatemala y sólo ha ocurrido estáticamente en una época de la historia (siglo XIX).

Para dicho constitucionalismo, durante un buen tiempo, existía la convicción de que el juez estaba divorciado de la política. En los términos de un juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América: «[...] a judge who does not advance any political or policy preferences, but whose approach to constitutional and statutory interpretation involves fidelity to the text of the Constitution and adherence to the original understanding of that document or to the intent of its drafters»¹¹⁶.

¹¹² Ferrajoli, Luigi, «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, Universidad de Alicante-Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 15-32.

¹¹³ Véanse los aportes del Public Choice.

¹¹⁴ Véase la profunda discusión que tuvo lugar en la Asamblea de Turín de 1961. En el ámbito liberal es fuerte la controversia entre ordoliberales y otras tendencias.

¹¹⁵ Rodríguez, Mario, *The Livingston Codes in the Guatemalan crisis of 1837-1838*, Middle American Research Institute, Tulane University of Louisiana, New Orleans, 1955.

¹¹⁶ La frase es de Antonin Scalia. Véase Ring, Kevin A (ed.), *Scalia Dissents: Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken*, Regnery Publishing, USA, 2012.

Para el constitucionalismo galo y su énfasis revolucionario en la técnica de la separación de poderes no podía el juez ser un actor político, aspecto este inmortalizado en la célebre frase de aquel barón cuyo nombre parece nadie recordar que aducía que el judicial debía ser «invisible» y «casi nulo». Comoquiera que en Guatemala se han venido importando prótesis de otras tradiciones sin la debida comprensión, e incluso se ha logrado un cierto baipás a la Constitución por tirios y troyanos para lograr fines políticos, es evidente que la politización judicial seguirá ocurriendo.

Desde la imitación del derecho español democrático hasta otras constituciones de la América española, el tema de la concepción del poder o rol judicial ha ido cambiando, entre otras cosas, por fuerza de las tendencias favorables al gobierno de los jueces¹¹⁷. En esta tradición intelectual, normativa y jurisprudencial mestiza de Guatemala, el agudo observador retendrá que en los últimos años y por el predominio político de los Estados Unidos, se ha tratado de ver en el ámbito anglosajón un modelo, que, aunque bastante incomprendido se ha colocado de espantapájaros.

No hay que olvidar que en América del Norte hay un presidencialismo fuerte que en Guatemala se rechaza; existe un sistema federal que en Guatemala se entiende como descentralización funcional; y la existencia de un Gobierno federal en América del Norte no implica que Estados Unidos sea un Estado, cuestión que en la región se cree.

Para mayor confusión no se tiene presente que Estados Unidos de América no es equivalente al Estado de los Estados Unidos de América, de allí que todavía al menos formalmente allá exista un Gobierno, no un Estado, cuya constitución auténtica de 1787 se hizo para impedir la forma política Estado-Leviatán, pese a que ella ha sufrido mutaciones por la importación de las técnicas e ideas europeas desde la época de Woodrow Wilson y de Franklin D. Roosevelt en favor del Estado administrativo¹¹⁸.

Una perspectiva de largo período puede explicar el énfasis con el cual en la cultura jurídica de Guatemala toda reflexión profunda sobre la política sea vista con desdén. En efecto, basta recordar la defensa férrea liberal que se ha tenido históricamente en relación con la técnica de la separación de poderes, esto es la idea de que los jueces son tales en la medida en que estén alejados de todo el proceso político de creación de leyes.

La propia existencia de los Códigos de Livingston y la evolución compleja y tortuosa de la justicia constitucional demuestra esos cambios profundos. De igual forma, y en no menor medida, la propia historia de las cartas de derechos presentes en la historia constitucional de Guatemala, desde su nacimiento entendidos como «coto vedado»¹¹⁹, remiten a ese ideario, y *last but not least*, la

¹¹⁷ Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018.

¹¹⁸ Hamburger, Philip, *Is Administrative Law Unlawful?*, Chicago, University of Chicago Press, 2015.

¹¹⁹ Garzón Valdéz, Ernesto, «Dignidad, derechos humanos y democracia», Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2005. <https://www.acaderc.org.ar/2005/04/27/dignidad-derechos-humanos-y-democracia/>

idea de una justicia constitucional o control jurisdiccional sobre la base de que deben concebirse a los jueces como guardianes de la Constitución alejados de toda contaminación política era una forma de comprender el rol de los jueces.

CONCLUSIONES

En la historia del pensamiento jurídico en Guatemala pueden encontrarse esfuerzos sostenidos en favor de una mejor comprensión del poder, del Estado y del derecho público. En las primeras décadas del siglo XX se cultivó una especie de derecho político por parte de una pléyade de juristas que han sido denominados juristas de Estado. Buena parte de estos juristas de Estado han fallecido. Otros se encuentran vivos y activos.

No existe una escuela o seminario en el que todos tengan presencia activa y tampoco se detectan discípulos. La obra de estos juristas ha sido eclipsada por una imitación acrítica de cuanta moda existe en el mundo civilizado. La falta de libertad de expresión en Guatemala ha impedido un debate académico sincero entre personas de buena fe con ideas diferentes.

Es evidente que el estudio y divulgación del derecho político no ha sido masivo en Guatemala, entre otras cosas porque si se hace con tino y convicción puede ser o llegar a ser políticamente peligroso. También es cierto que por las nuevas tendencias esta tradición del derecho político ya no existe en términos generales, ni en Guatemala ni en otros lados del mundo.

Aun cuando este derecho político fue cultivado selectivamente por juristas interesados en miradas más amplias de lo jurídico, el hecho más preocupante es que han quedado en el olvido; es decir, cae sobre ellos una *damnatio memoriae* derivado de la predilección por lo inmediato.

Abogados, estudiantes, jueces y otros operadores en el país, no han oído ni leído nunca la obra de algunos de estos juristas con los cuales no hay que estar de acuerdo ni política ni ideológicamente para reconocer sus aportes y exaltar su coraje. El cambio de orientación en los estudios universitarios ha contribuido a ello.

Cada vez más las facultades de Derecho eliminan materias relacionadas a la historia de las ideas y las formas políticas, y en el ámbito de la ciencia política no existen materias de filosofía del derecho y teoría del Estado. Del mismo modo, el derecho público es reducido a un sinfín de lecturas caóticas de legislación incomprensible.

Por otra parte, en Guatemala, la visión general del derecho es truncada, parcial y presa de imitaciones momentáneas de cualquier lado, desatendido el análisis de los presupuestos o modelos y significativo el desconocimiento en términos generales de la tradición jurídica del país y de la región. Sin menoscabo de la importancia del derecho constitucional moderno, como se ha mencionado en este trabajo, resulta decisivo rescatar los aportes de los cultivadores del derecho político en Guatemala, disciplina que ha desaparecido no por el «positivismo jurídico», inexistente, académica, intelectual y políticamente hablando, sino más bien por la cultura notarial que priva en la enseñanza del derecho¹²⁰.

¹²⁰ Luján Muñoz, Jorge, *Los Escribanos en las Indias Occidentales, y en particular en el Reino de Guatemala*, Guatemala,

Lamentablemente las generaciones nuevas son ágrafas y desconocen la tradición jurídica del país, no solo académica, sino legislativa y constitucionalmente. Lamentablemente, los operadores jurídicos reacios a la abstracción siguen sosteniendo que la teoría del derecho, filosofía del derecho, historia¹²¹ y sociología son disciplinas ajenas a lo jurídico, o cuando más, disciplinas auxiliares a lo jurídico, es decir menos importantes. Paradójicamente, sus objetores cuando hacen uso de ellas es para hacer un sincretismo jurídico que pone en riesgo al Estado de derecho y la comprensión civilizada de las instituciones adoptadas jurídicamente, erosionando todas las formas y garantías procesales.

En tiempos recientes, derivado de este proceso de abolición de la historia y de la tradición en Guatemala, se ha venido fomentando una visión de lo jurídico caracterizada por telarañas conceptuales con implicaciones prácticas. El denostado Hans Kelsen advertía la importancia de la sociología, aun cuando el jurista checo, no sin falta de razón, fue bastante crítico con el sincretismo metodológico de Ehrlich. La cuestión en Kelsen podía deberse a que «La Sociología del Derecho, pues, presupone el concepto del Derecho»¹²².

La cuestión, a modo de ejemplo, no está para poner sobre bulto un estéril debate sobre si sociología sí o sociología no, sino discutir con rigor cuál ha de ser el criterio delimitador de lo jurídico, cuestión solo posible en el campo de la abstracción o del pensamiento especulativo.

Como se ha mencionado en los capítulos previos, si bien los juristas de Estado no abordaron todos los temas, es evidente que en la comparación existió una mayor articulación intelectual que lo que existe contemporáneamente. Un ejemplo de ello puede verse en la discusión en torno al «pluralismo jurídico», entre muchos otros temas. El denostado Hans Kelsen advertiría en Guatemala, si se tomara en serio, que no se respetan los campos ontológicos, o en otro giro, no se presta atención a la cuestión del derecho como norma o al derecho como hecho.

Es cierto que, en el ámbito del pensamiento jurídico en Guatemala, es decir, en el articulado en palabras, es escaso y, en términos generales, es ignorado el debate occidental y nacional en relación

Instituto de Derecho Notarial, 1977; Luján Muñoz, Jorge, *Ensayos de historia jurídica y del notariado en Guatemala*, Academia de Geografía e Historia de Guatemala, 2011.

¹²¹ En gran medida, en Guatemala, la historia la han escrito los juristas, como ha ocurrido en muchos lados de la región y del mundo. Recientemente los historiadores profesionales recelan esta cuestión. «Si bien antes había sido imposible el desarrollo de la investigación histórica por la carencia de investigadores profesionales (la llamada historia la escribieron abogados y políticos aficionados a la metodología histórica para justificar sus posturas partidistas y las de sus respectivos líderes)». Véase Luján Muñoz, Jorge, «Situación de la Enseñanza Superior de la Historia y de la Investigación Histórica en Guatemala», en *Revista de Historia de América*, Washington D. C., núm. 90, Instituto Panamericano de Geografía e Historia-Organización de Estados Americanos (OEA), 1980, p. 134. Vale advertir, que, salvo la cuestión metodológica que se comparte, al menos para los criterios de la historia como ciencia, puede resultar en una cierta falacia *ad hominem*, pues también los historiadores pueden llegar a hacer lo que se critica en el caso de los abogados. Quizás la crítica más fuerte de los historiadores a los abogados es que no comprenden los factores que explican esa normatividad descrita en sus trabajos.

¹²² Robles Morchón, Gregorio, «La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Jurídica», en *Annuario de filosofía del derecho*, Madrid, núm. 19, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 1976-1977, pp. 183-198.

con cuestiones decisivas de la teoría con gran impacto práctico¹²³. Si bien esto es cierto, resultan incompresibles sentencias como la de la Corte de Constitucionalidad, entre muchas otras¹²⁴, en el que básicamente, a modo de ejemplo, en un caso, adujo que una municipalidad que no tenga reconocimiento jurídico expreso y no encuadre en la estructura y organización del Estado, no es un argumento válido para rechazarse como sujeto de derecho puesto que:

El origen de las municipalidades o alcaldías indígenas se remonta a la época colonial y su estela se extiende hasta tiempos contemporáneos, funcionando con organización y conformación definidas en una significativa cantidad de comunidades rurales, en las que son percibidas como legítimas e importantes autoridades locales que, en términos generales, coadyuvan a la resolución de conflictos comunitarios y con frecuencia actúan como intermediarios ante las manifestaciones de poder público oficial.

En este caso, a modo de ejemplo, la «jurisdicción constitucional» vino a plasmar judicialmente un batiburrillo teórico y metodológico significativo del estado de la cuestión en la materia. La Corte de Constitucionalidad justificó su posición al margen de las expresas normas del derecho positivo vigente acudiendo a «la labor de no pocos investigadores y expertos sobre la materia» en las cuales se manifiesta que «no se trata de una mera forma de cohesión social y natural, sino de una institución genuina que pervive como parte de la tradición histórica de los pueblos indígenas, distinta de la corporación municipal prevista en la ley ordinaria».

Precítese que la Corte considera su función no ya como jurisdiccional sino como una especie de investigador antropológico que podrá auxiliarse de la «ciencia» o por quienes tendrían que hacer trabajos de verificación empírica que a todas luces parecen tener el mismo peso que las normas jurídicas expresas. Consciente la Corte de las escasas referencias a normas jurídicas expresas tanto del derecho nacional como de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, e incluso de interpretación exhaustiva del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales y de su valor normativo, políticamente señaló que:

La delimitación precisa de su esfera competencial y parámetros de compatibilidad con el sistema estatal convencional es un tema del que, como otros vinculadas al pluralismo jurídico, convendría que el Derecho, auxiliado de otras ciencias, se hiciera cargo; mas no puede ser ése el objeto de examen del presente desarrollo, que se concentra en elucidar una cuestión más concreta y elemental: si es dable considerar a la amparista como sujeto de derecho.

Urge en el país una nueva camada de juristas¹²⁵ que encaren temas presentes y no menos urgentes

¹²³ En Guatemala, pese a la importancia que ostenta la «justicia constitucional», la filosofía del derecho no ha sido importante, y mucho menos la argumentación jurídica como un capítulo de esta. Véase Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Editorial Trotta, 2017. Existe un sinnúmero de prejuicios.

¹²⁴ Expediente 1101-2010.

¹²⁵ Francisco Villagrán Kramer, en su obra *Biografía política de Guatemala: Los pactos políticos de 1944 a 1970*, menciona juristas de gran importancia en el siglo XX. Véase el caso de Vela Salvatierra, David, *Barrundia ante el espejo de su tiempo*, Guatemala, Editorial Universitaria, 1956. David Vela (1901-1992) fue diputado a la Asamblea Nacional Constituyente y miembro de la Comisión que redactó el Proyecto de Constitución de la República de 1945; Arriola,

con mirada crítica. Si bien pueden compartir intereses con los juristas de Estado en su obsesión por lograr establecer un Estado moderno en un país como Guatemala que históricamente ha estado al margen de esa forma histórica, Es válido también, además, incorporar posiciones contrarias al debate.

Diversas tendencias modernas han obviado el proyecto de investigación que se trazaron los juristas de Estado en Guatemala, aun cuando muchos en columnas de opinión debaten por la opción Estado, mientras que otros apelan a la historia mostrando su fracaso recurrente, entre otras cosas, por la inexistencia del Estado en la tradición española.

En este sentido, urge atenuar la imitación anglosajona que confunde «*State*» con Estado-máquina, lo cual ha acrecentado un sinnúmero de confusiones no solo en el ámbito del derecho, sino también en el ámbito de la política nacional. Modernamente parece preferirse una especie de popurrí intelectual que ha generado una jurisprudencia caracterizada por su tendencia a satisfacer el paladar gastronómico de los intereses ocasionales de entusiastas juristas devenidos en políticos no juristas.

La formación del derecho público, bastante reducida en el país a una lectura acrítica de la Constitución, ha ocasionado un desinterés por el derecho público creciente y sostenido. Los iusprivatistas también han sembrado un mar de telarañas conceptuales aduciendo que no es importante el derecho público. Todo ello debe su origen más remoto en la predilección universitaria en Guatemala por lo notarial, cuyo ejemplo es la ausencia de filosofía del derecho privado, una escasa teoría contractual y un precario entendimiento al menos teórico de la cuestión adjetiva.

El sucedáneo de todo ello ha sido acudir a diversas fuentes para remediar la ausencia de una cultura jurídica basada en la palabra impresa. Ágrafos en su gran mayoría, los nuevos abogados y notarios han intentado ocultar sus preferencias políticas procurando escalar en el contubernio público-privado que constitucionalizó el texto de 1985 y las precedentes. Los cultivadores del derecho privado no otorgan importancia al Derecho público, cuestión que ha socavado la importancia del Estado de derecho, pregonando un mundo ideal en el que no existen normas secundarias en la terminología habitual de la teoría del derecho moderna que permitan a órganos de justicia aplicar las normas primarias o de reglas de recta conducta.

A la vez, derivado de una influencia extraña denominada «neoconstitucionalismo», los abogados han venido a rescatar un torcido derecho público, pretendiendo sin conocimientos políticos y

Jorge Luis, *Gálvez en la encrucijada. Ensayo crítico en torno al humanismo político de un gobernante*, Guatemala, Biblioteca Básica de Historia de Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 2012. Arriola no era jurista. Marroquín Rojas, Clemente (1897-1978), *Crónicas de la Constituyente del 45*, Guatemala, Tipografía Nacional, 1970; *El Retorno a Bolívar*, Guatemala, Tipografía Nacional, 1972; *Historia de Guatemala*, Guatemala, Tipografía Nacional, 1970; *Francisco Morazán y Rafael Carrera*, José de Pineda Ibarra, Guatemala, 1971. Beltranena Sinibaldi, Luis, constitucionalista y dedicado enteramente a la labor histórica. De interés Manuel Coronado Aguilar (1895-1982), quien se desempeñó como juez sexto de primera instancia de Guatemala, autor de *Apuntes histórico-guatemalenses*, José de Pineda Ibarra, Guatemala, 1975. Recientemente de importancia la obra de Maldonado Aguirre, Alejandro, *Testigo de los testigos*, Guatemala, Serviprensa, 2012, quien trata de continuar una tradición de memorias.

jurídicos transformar la sociedad a través de sentencias judiciales, cuestión primera de los temores de los primeros letrados preocupados por la vida institucional del país.

A estos exaltados jacobinos tropicales les vendría bien problematizar la estatalidad y poder encarar los asuntos más intrincados de la teoría del Estado y de la teoría de la administración, y no escudarse en una condena moral al poder. En efecto, no hace falta incurrir en la palinodia, cosa inexistente en la cultura jurídica nacional, sino más bien en indagar cómo el activismo judicial es de suyo opuesto a la tradición jurídica del país.

De la misma manera, luce importante indagar por qué la apelación constante a esa «metaética utilitarista» y ese ímpetu en atizar un desapego total a la forma del derecho y a las palabras, procurando el dibujo libre en la interpretación jurídica, para con ello «adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real, que los jueces pueden identificar sólo a través de sus sentimientos de justicia»¹²⁶. A los juristas de Estado y a los que le siguen no les queda otra que aceptar aquella mención de Carl Schmitt sobre el inmortal Tocqueville: «Fue, pues, un vencido que acepta su derrota»¹²⁷.

REFERENCIAS

- Amurrio González, Jesús Julián. *El positivismo en Guatemala*. Guatemala. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1970.
- Arriola, Jorge Luis, *Gálvez en la encrucijada. Ensayo crítico en torno al humanismo político de un gobernante*. Guatemala. Biblioteca Básica de Historia de Guatemala. Universidad Rafael Landívar, 2012.
- Atienza, Manuel. *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid. Editorial Trotta, 2017.
- _____. «Cómo desenmascarar a un formalista». En *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, Madrid, núm. 34, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2011, pp. 199-201.
- Atria, Fernando. *La Forma del Derecho*. Madrid. Marcial Pons, 2016.
- Balsells Tojo, Edgar Alfredo. *El Procurador de los Derechos Humanos*. Guatemala. Procuraduría de los Derechos Humanos, Guatemala, 1990.

¹²⁶ Guastini, Riccardo, *Lecciones de teoría del derecho y del Estado*, Lima, Communitas, 2010, p. 202.

¹²⁷ Schmitt, Carl, «Historiographica in Nuce: Alexis de Tocqueville», en *Revista de estudios políticos*, Madrid, núm. 43, Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 113.

- Bauer Paiz, Alfonso. *Catalogación de leyes y disposiciones de trabajo de Guatemala del período 1872 a 1930*. Guatemala. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1955.
- _____. *Destellos y sombras en la historia patria*. Guatemala. Editorial Escolar Piedra Santa, 1966.
- _____. *La frutera ante la ley: los conflictos laborales de Izabal y Tiquisate*. Ministerio de Economía y Trabajo, Guatemala, 1949.
- _____. *La organización obrera: cómo debe enfocarse en Guatemala*. Tipografía Sánchez y De Guise, 1947.
- Beltranena Sinibaldi, Luis. *Cómo se produjo la caída de Estrada Cabrera*. Guatemala. Imp. Eros, 1970.
- _____. *Fundación de la República de Guatemala*. Guatemala. Tipografía Nacional, 1971.
- Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Burns, J. H. y Hart, H. L. A. (eds.). *The Collected Works of Jeremy Bentham*. London. Clarendon Press Publication-Oxford University Press, 1996.
- Beltranena Valladares, Luis. *Attempts to Form a Union of Central America, USA*. Department of Political Science 1947.
- _____. *Madre España: influencia de España en la formación de la nacionalidad centroamericana*. Guatemala. Centro Editorial, 1943.
- Bobbio, Norberto. *Derecha e izquierda*. Madrid. Taurus, 2019.
- Brewer-Carías, Allan R., «Los condicionamientos políticos de la Administración Pública en los países latinoamericanos». En *Revista de la Escuela Empresarial Andina*. Convenio Andrés Bello. Lima, núm. 8, año 5, 1980, pp. 239-258.
- _____. *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings*. New York. Cambridge University Press, 2009.
- Buchanan, James M. *The Logical Foundations of Constitutional Liberty, The Collected Works of James M. Buchanan*. Indianapolis, vol. 14, Liberty Fund, 1999.
- Bulygin, Eugenio. «Mi visión de la filosofía del derecho». En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Madrid, núm. 32, Universidad de Alicante-Marcial Pons, 2009, pp. 86-87.
- _____. «Sobre el status ontológico de los derechos humanos». En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Madrid, núm. 4, Universidad de Alicante-Marcial Pons, 1987.
- _____. *El positivismo jurídico*. México. Distribuciones Fontamara, 2016.
- Calderón Morales, Hugo Haroldo. *Teoría general del derecho administrativo*. Guatemala. Servicios Diversos, 2011.

- Carrera Damas, Germán. «¿Reanudación de su curso histórico por las sociedades aborígenes?: o ¿hacia dónde llevan a Bolivia?». En *Procesos históricos: revista de historia, arte y ciencias sociales*. Mérida, núm. 11, Universidad de Los Andes (ULA), 2007, 197-204.
- _____. *Aviso a los historiadores críticos: «tantos peligros como corre la verdad en manos del historiador»* Andrés Bello. Caracas, Ediciones Ge, 1995.
- Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2011.
- Cordón Aguilar, Julio Cesar. *El Tribunal constitucional de Guatemala*. Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2009.
- Coronado Aguilar, Manuel. *Apuntes histórico-guatemalenses*. José de Pineda Ibarra, Guatemala, 1975.
- Corte de Constitucionalidad. Expedientes Acumulados 859-2020, 860-2020, 879-2020, 895-2020, 896-2020, 904-2020, 905-2020 y 1029-2020.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. 24 de noviembre de 2009, C211/2009.
- De la Cueva, Mario. *Teoría de la Constitución*. México. Porrúa, 2008.
- Dicey, A. V. *Can English Law Be Taught At The Universities? An Inaugural Lecture*. Delivered at All Souls College, April 21st1883, by, B. C. L., Hon. Ll. D., Barrister-At-Law. Vinerian Professor of English Law in The University of Oxford and Fellow of All Souls College. London, Macmillan and Co. 1883.
- Dworkin, Ronald. «Hart's Posthumous Reply». *Harv. L. Rev* 130, junio de 2017.
- _____. *Justicia para Eriños*. México. Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Fernández de la Mora, Gonzalo. *El crepúsculo de las ideologías*. Santiago de Chile. Zig-Zag, 1968.
- Ferrajoli, Luigi. «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales». En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Madrid, núm. 29, Universidad de Alicante-Marcial Pons, 2006.
- Freund, Julien. *La esencia de lo político*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- Gallego García, Elio A. *Representación y Poder: un intento de clarificación*. Madrid. Editorial Dykinson, 2017.
- García Amado, Antonio. «¿Quiénes son los verdaderos formalistas en la teoría de la decisión judicial?». En *Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador*. Quito, 2019.
- _____. «Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho». En *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*. Madrid, núm. 3, Universidad Carlos III, 2012.

- García de Enterría, Eduardo. «El Derecho Constitucional como Derecho». En *Revista de derecho político*. Madrid, núm. 15, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 1982.
- García Laguardia, Jorge Mario y Torre Villar, Ernesto. *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.
- García Laguardia, Jorge Mario. *La reforma liberal en Guatemala. Vida política y orden constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.
- _____. «Jurisprudencia constitucional. Guatemala, Honduras, México. Una Muestra». En *Annuario Jurídico XXIV*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.
- _____. *Antonio Larrazábal y Arrivillaga en las Cortes de Cádiz*. Guatemala. Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2016.
- _____. *Centroamérica en las Cortes de Cádiz*. México. Fondo de Cultura Económica, 1994.
- _____. *El procurador de los derechos (ombudsman) de Guatemala*. Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, 1996.
- _____. *La defensa de la Constitución*. Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1986.
- _____. *La reforma liberal en Guatemala*. Vida política y orden constitucional. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 1980.
- _____. *Orígenes de la democracia constitucional en Centro América*. Guatemala. Editorial Universitaria Centroamericana, 1971.
- _____. *Parlamento Centroamericano-Parlamento Europeo*. Canales de Cooperación Birregional. Guatemala. Asociación de Investigación y Estudios Sociales, 1990.
- _____. *Precursores ideológicos de la Independencia en Centroamérica: los libros prohibidos*. Guatemala. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1969.
- Procuraduría de Derechos Humanos. *Política y constitución en Guatemala: la constitución de 1985*. Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, 1993.
- García Pelay, Manuel. «Entrevista sobre la Historia y otros Temas» En *Obras Completas*. Madrid, tomo III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- _____. «Esquema de una sociología de las chicas de servir». En *Revista de estudios políticos*. Madrid, núm. 51, Centro de Estudios Constitucionales, 1950, pp. 117-124
- _____. *Idea de la Política*. Caracas. Fundación Manuel García-Pelayo, 1999.

- Garzón Valdéz, Ernesto. «Dignidad, derechos humanos y democracia». Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2005. <https://www.acaderc.org.ar/2005/04/27/dignidad-derechos-humanos-y-democracia/>
- Gil Villegas, Francisco. «Los fundamentos políticos de la teoría de la administración pública». En *Foro Internacional*. México, vol. 33, núm. 1 (131), Colegio de México, 1993.
- Guastini, Riccardo. *Lecciones de teoría del derecho y del Estado*. Lima. Communitas, 2010.
- Hamburguer, Philip. *Is Administrative Law Unlawful?* Chicago. University of Chicago Press, 2015.
- Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John. *The Federalist (The Gideon Edition)*, edited with an Introduction, *Reader's Guide*. Constitutional Cross-reference, Index and Glossary by George W. Carey and James McClellan. Indianapolis. Liberty Fund, 2001.
- Hart, David M. (ed.). *Social Class and State Power: Exploring an Alternative Radical Tradition*. USA. Palgrave Macmillan, 2018.
- Hart, H. L. A. «El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna». En Pompeu Casanovas, y Josep Joan Moreso (coords.). *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid, Crítica, 1994.
- _____. *El concepto de derecho*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1961.
- Hilpinen, Risto. *New Studies in Deontic Logic: Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*. USA, Springer, 1981.
- Kelsen, Hans. «La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica». *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid, Crítica, 1994.
- Luján Muñoz, Jorge. «Situación de la Enseñanza Superior de la Historia y de la Investigación Histórica en Guatemala». En *Revista de Historia de América*. Washington D. C., núm. 90, Instituto Panamericano de Geografía e Historia-Organización de Estados Americanos (OEA), 1980.
- _____. *Ensayos de historia jurídica y del notariado en Guatemala*. Academia de Geografía e Historia de Guatemala, 2011.
- _____. *Los Escribanos en las Indias Occidentales y en particular en el Reino de Guatemala*. Instituto de Derecho Notarial, Guatemala, 1977.
- _____. *Los juristas de la independencia en Guatemala*. (José María Pérez Collados y Samuel Rodríguez Barbosa (ed. lit.). *Juristas de la independencia*. Madrid. Marcial Pons, 2012.
- Maldonado Aguirre, Alejandro [s. t.]. En *Revista digital. Auctoritas Prudentium*. año V. Guatemala, núm. 8, Universidad del Istmo, 2003.
- _____. *La Magistratura de lo constitucional*. Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 1990.

- _____. *Reflexiones constitucionales*. Corte de Constitucionalidad, [s. f.].
- _____. *Las Constituciones de Guatemala*. Guatemala, Piedra Santa, 1984.
- _____. *Testigo de los testigos*. Guatemala, Serviprensa, 2012.
- Marroquín Rojas, Clemente. *Crónicas de la Constituyente del 45*. Guatemala. Tipografía Nacional, 1970
- _____. *Francisco Morazán y Rafael Carrera*. José de Pineda Ibarra, Guatemala, 1971.
- _____. *El Retorno a Bolívar*. Guatemala. Tipografía Nacional, 1972.
- _____. *Historia de Guatemala. Guatemala*. Tipografía Nacional, 1970.
- Martínez-Sobral, Roberto. *Principios generales sobre derecho urbanístico, sus proyecciones: necesidad de su legislación en Guatemala*. Guatemala. Departamento Editorial y de Producción de Material Didáctico José de Pineda Ibarra. Ministerio de Educación, 1966.
- Matteucci, Nicola. *Estado moderno: Léxico y exploraciones*. Madrid, Unión Editorial, 2010.
- Mayora Alvarado, Eduardo. *El imperio del derecho y el contencioso administrativo en el derecho guatemalteco y comparado*. Guatemala. Artemis Edinter, 2005.
- _____. *Teoría constitucional para una sociedad libre: el caso de Guatemala*. Guatemala. Fundación República para una Nueva Generación, 1997.
- Méndez Maddaleno, Jary Leticia. *La Constitución como proceso político*. Madrid. Dykinson, 2012.
- Molina Cano, Jerónimo. *Pensamiento Político en España a partir de 1935. Una aproximación en clave generacional. Memoria de Ingreso del Académico Correspondiente ILMO. Sr. D. Jerónimo Molina Cano*. Madrid. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2021.
- _____. «Sin ilusión, sin pesimismo. El realismo político liberal de Raymond Aron». En Lassalle, J. M. (ed.). *Raymond Aron: liberal resistente*. Madrid. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES), 2005.
- Navarro, Pablo E. *Los Límites del derecho: estudios sobre los compromisos conceptuales del positivismo*. Bogotá. Editorial Temis, 2005.
- Negro Pavón, Dalmacio. «La politización de la naturaleza humana». En *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Madrid, núm. 84, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2007.
- _____. «Los tres modos de la política». En *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Madrid, núm. 95, Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2018.
- Neri Castañeda, Héctor. «Las paradojas de la práctica deóntica: la solución más simple para todas ellas y de un solo golpe». En *Antología de la lógica en América Latina*. Madrid. Fundación Banco Exterior, 1988.

- _____. «Un sistema general de lógica normativa». En *Dianoia: Anuario de Filosofía*. México, núm. 3, Universidad Nacional Autónoma de México, 1957.
- _____. *Autobiografía filosófica*. Traductor Rigoberto Juárez-Paz. México. Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1998.
- Nieto, Alejandro. «La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo». En *Revista de administración pública*. Madrid, núm. 76, Centro de Estudios Constitucionales, 1975.
- Nino, Carlos Santiago. «Derecho, moral y política». En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Madrid, núm. 14, Universidad de Alicante-Marcial Pons, 1993.
- Nolla, Eduardo. «Teoría y práctica de la libertad en Tocqueville». En *Alexis de Tocqueville. Libertad, igualdad, despotismo*. Madrid. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES), 2007.
- Ring, Kevin A. (ed.). *Scalia Dissents: Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken*. USA. Regnery Publishing, 2012.
- Ripert, Georges. *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Granada. Comares, 2001.
- Rodríguez, Mario. *The Livingston Codes in the Guatemalan crisis of 1837-1838*. New Orleans. Middle American Research Institute. Tulane University of Louisiana, 1955.
- Romero, Aníbal. *Aproximación a la política*. Caracas. Panapo, 1994.
- Rose-Ackerman, Susan. «El Derecho Administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el Estado contractual». En *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. Caracas, núm. 43, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 2009.
- Rosler, Andrés. *Razones públicas: Seis conceptos básicos sobre la república*. Madrid. Katz Editores, 2016.
- Sabino, Carlos A. *La historia y su método: guía para estudiantes y estudiosos de la historia*. Madrid. Unión Editorial, 2017.
- Saénz Juárez, Luis Felipe. *Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala*. Guatemala. Serviprensa Centroamericana, 2004.
- Schmitt, Carl. «Clausewitz como pensador político o el honor de Prusia». En *Revista de estudios políticos*. Madrid, núm. 163, Instituto de Estudios Políticos, 1969.
- _____. «Historiographica in Nuce: Alexis de Tocqueville». En *Revista de estudios políticos*. Madrid, núm. 43, Instituto de Estudios Políticos, 1949.
- _____. «La noción de lo público». En *Revista de estudios políticos*. Madrid, núm. 132, Instituto de Estudios Políticos, 1963.
- _____. «La revolución legal mundial». En *Revista de estudios políticos*. Madrid, núm. 10, Instituto de Estudios Políticos, 1979.

- _____. *El concepto de lo político*. Madrid, Alianza, 2014.
- Scruton, Roger. *Pensadores de la nueva izquierda*. Madrid. Rialp, 2017.
- _____. *Sobre la naturaleza humana*. Madrid. Rialp, 2018.
- Skinner-Klée, Jorge. *Consideraciones en torno a la clase media emergente en Guatemala*. Guatemala, José de Pineda Ibarra. Ministerio de Educación, 1965.
- _____. *Parlamentarismo, presidencialismo y otras reflexiones. Guatemala*. Serviprensa Centroamericana, 1991.
- _____. *Revolución y derecho: una investigación sobre el problema de la revolución en el derecho guatemalteco*. Guatemala. Seminario de Integración Social Guatemalteco, 1971.
- _____. *Legislación indigenista de Guatemala. Guatemala*. Ediciones especiales del Instituto Indigenista interamericano, 1954.
- Soames, Scott. *El surgimiento de la filosofía analítica: Frege, Moore, Russell y Wittgenstein*. Madrid. Tecnos, 2019.
- Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del estado*. Madrid. Dykinson, 2001.
- Vásquez Martínez, Edmundo y García Laguardia, Jorge Mario. *Constitución y orden democrático. Guatemala*. Editorial Universitaria de Guatemala, 1984.
- Vásquez Martínez, Edmundo. *El proceso de amparo en Guatemala*. Guatemala, Editorial Universitaria de Guatemala, 1985.
- Vela Salvatierra, David. *Barrundia ante el espejo de su tiempo*. Guatemala, Editorial Universitaria, 1956.
- Villagrán Kramer, Francisco. *El Derecho de los tratados*. Corte Suprema de Justicia, Guatemala, 2002.
- _____. *Estudios de ciencia política y otros ensayos*. Guatemala. Serviprensa Centroamericana, 1979.
- _____. *El régimen de legalidad: ensayo socio político*. Guatemala. Círculo de Estudios Constitucionales, 1963.
- _____. *Teoría general del derecho de integración económica: ensayo de sistematización*. Guatemala. Editorial Universitaria Centroamericana, 1970.
- Waldron, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Buenos Aires. Siglo XXI Editores, 2018.
- Weber, Max. *La ciencia como profesión-La política como profesión*. Madrid. Espasa Calpe, 2009.

CONCLUSIONES: DE AQUÍ ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

Carlos Arturo Villagrán Sandoval¹

Como se mencionó previamente, el objeto de este libro es el de presentar una serie de ejercicios para cuestionar, criticar y repensar el estudio del derecho en Guatemala, lejos de la ortodoxia predominante observada en otras obras del mismo nombre. Por ello, esta colección de ensayos busca posicionar al lector, estudiante o profesional, bajo una serie de nuevas epistemologías y metodologías de observar, analizar, interpretar y disentir dentro y fuera del derecho. En sí, la colección busca apartarse de la concepción general de teoría, y mudarse a otros pensamientos del derecho, sobre el derecho y más allá del derecho.

Como se ha descrito, el estudio del derecho en Guatemala se ha concentrado en un *procesalismo* que ha creado un sistema legal y funcionarios públicos sin responsabilidad, dispuestos a hacer un lado la justicia por no cumplir con requisitos de forma de un procedimiento en específico. Sobre ello, no ha existido un acercamiento ético, moral, psicológico y económico sobre las implicaciones de esta forma de pensamiento legal y sus impactos sociales y políticos en la sociedad. De aquí, queda pensar sobre el beneficio de continuar con una educación, de tal forma, donde la burocratización de los procesos de justicia, o aquellos procedimientos simples de protección de derechos de los ciudadanos —incluyendo el registro de sociedades, patentes y marcas— se convierten en prisiones mentales llenos de requisitos. Ante ello, se observa que este procesalismo y burocratización afecta esferas público y privada, nacionales y transnacionales, incluyendo inversión extranjera.

Más allá del procesalismo, la crisis de responsabilidad es tal que se desborda en la sociedad, siendo un resultado directo del derecho guatemalteco en el mismo, la cual ha resultado en proliferación de procesos, la abundancia de graduados, siendo la carrera de derecho un reemplazo de la carrera pública administrativa, lo que conlleva un desborde legalista y de *güizachismo* a otras esferas de gobernanza, no necesarias del propio derecho, como la negociación de presupuesto, salud pública, relaciones internacionales, etc. Como se describió en el primer capítulo de la colección, el pensamiento legalista ha tenido un efecto de cascada en otras áreas de la administración pública, siendo más perjudicial que efectiva. Esto incluye, desafortunadamente también, la falta de responsabilidad de otros funcionarios y administradores públicos.

¹ Ph. D. (Law) y Master in Public and International Law de la Universidad de Melbourne, especialista en derecho internacional, de integración, constitucional y comparado. Investigador asociado y catedrático de pregrado y posgrado del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas del Instituto de Investigación en Ciencias Socio Humanistas de la Universidad Rafael Landívar. Ha publicado en editoriales y revistas nacionales e internacionales.

Por lo anterior, queda solamente reflexionar sobre el uso del derecho en nuestra sociedad, y qué derecho se busca enseñar y construir. ¿Se mantiene el legalismo que desborda a otras esferas de la vida humana —pública y privada—, o se busca un derecho reflexivo, el cual entienda —desde dentro y de las otras disciplinas sociales— sus limitaciones, efectos, daños y beneficios? Por consiguiente, los autores de este libro buscan despertar una reflexión a los estudiantes, profesionales e interesados en el derecho, del porqué estudiar esta disciplina, y si el caso es afirmativo, buscar disenter, criticar, analizar y legitimar la enseñanza de un nuevo derecho en Guatemala.

Este libro busca que el estudiante, graduado profesional y juez, o incluso cualquier persona interesada en el derecho guatemalteco, cuestione la realidad ritualista de su interpretación y aplicación en el país. Para propugnar este cuestionamiento, este libro propone desarrollar la interiorización de métodos de *discencia*, *parresia* y crítica, exhibiendo una serie de ensayos que revelan los retrocesos y avances del derecho en Guatemala «en contexto» histórico, comparado, su conexión con la filosofía, política, otras ciencias sociales y en un mundo globalizado.

Esta publicación se distribuye de forma digital,
fue finalizada en octubre de 2023.

El libro busca romper con el legalismo que se vive en el medio universitario y profesional, presentando un debate sobre la forma en que se entiende y enseña el derecho en Guatemala. Villagrán y sus colegas abordan algunos de los síntomas que afectan el estudio del derecho en el país, mostrando el legalismo que caracteriza al sistema jurídico.

Este nuevo compendio de estudios tiene por objeto presentar una aproximación al derecho desde modelos de una ciencia robusta o un arte de pensamiento crítico.

ISBN: 978-9929-54-556-4



9 789929 545564



Universidad
Rafael Landívar
Identidad Jesuita en Guatemala

VRIP
VICERRECTORÍA DE
INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR

EDITORIAL
**CARA
PARENS**
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR



Grupo de
Editoriales
Universitarias
AUSJAL