

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



**FACTORES JURÍDICO-POLÍTICOS QUE INFLUYERON EN EL ORIGEN
DEL SISTEMA DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

BAYRON ESAÚ LÓPEZ HERNÁNDEZ

Quetzaltenango, mayo del 2018

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

**FACTORES JURÍDICO-POLÍTICOS QUE INFLUYERON EN EL ORIGEN
DEL SISTEMA DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

TRABAJO DE GRADUACIÓN

Presentado a las autoridades de la
Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales
Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Occidente
Universidad De San Carlos De Guatemala.

Por:

BAYRON ESAÚ LÓPEZ HERNÁNDEZ

**Previo a conferírsele el grado académico de:
Maestro en Ciencias en Derecho Constitucional.**

Quetzaltenango, mayo del 2018

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

AUTORIDADES

RECTOR MAGNÍFICO Dr. Carlos Guillermo Alvarado Cerezo
SECRETARIO GENERAL Dr. Carlos Enrique Camey Rodas.

CONSEJO DIRECTIVO

DIRECTORA GENERAL DEL CUNOR M Sc. María del Rosario Paz Cabrera.
SECRETARIA ADMINISTRATIVA M Sc. Silvia del Carmen Recinos Cifuentes

REPRESENTANTE DE CATEDRATICOS

M Sc. Héctor Obdulio Alvarado Quiroa.
M Sc. Fredy Rodríguez.

REPRESENTANTES DE LOS EGRESADOS DEL CUNOC

Licda. Tatiana Cabrera.

REPRESENTANTES DE ESTUDIANTES

Br. Luis Ángel Estrada García.
Br. Julia Hernández

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE POSTGRADOS

M Sc. Percy Ivan Aguilar Argueta

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS

Experto: M Sc. Alberto Pereira-Orozco.
Experto: M Sc. Allan Estrada.
Experto: M Sc. Leonardo Benavente Ramos.

ASESOR DE TESIS

Doctor: Carlos Abraham Calderón Paz.

MADRINA:

M Sc. Blanca Elizabeth González Gálvez.

NOTA: Únicamente el autor es responsable de las doctrinas y opiniones sustentadas en la presente tesis (artículo 31 del Reglamento de Exámenes Técnicos y Profesionales del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala
Centro Universitario de Occidente
Departamento de Estudios de Postgrado



ORDEN DE IMPRESIÓN POST-CUNOC-030-2018

El Infrascrito Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, luego de tener a la vista el dictamen correspondiente del asesor y la certificación del acta de examen privado No. 243-2018 de fecha 05 de Mayo de 2018 suscrita por los Miembros del Tribunal Examinador designados para realizar Examen Privado de la Tesis Titulada **“Factores Jurídico - políticos que influyeron en el origen del sistema difuso de Control de constitucionalidad”** presentada por el Maestrante **Bayron Esaú López Hernández** identificado con el Registro Académico **100020339**, previo a conferírsele el título de **Maestro en Ciencias en Derecho Constitucional**, **autoriza** la impresión de la misma.

Quetzaltenango, Mayo 2018.

IMPRIMASE

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


M Sc. Percy Iván Aguilar Argueta
Director Postgrados CUNOC



cc. Archivo



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala
Centro Universitario de Occidente
Departamento de Estudios de Postgrado



Quetzaltenango, 25 de octubre del 2017.

Señores
Consejo Académico de Postgrados
Centro Universitario de Occidente
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Apreciados señores:

De conformidad a nombramiento en mi calidad de asesor del trabajo de tesis del licenciado BAYRON ESAU LÓPEZ HERNÁNDEZ, el cual se titula: "FACTORES QUE INFLUYEN EN EL ORIGEN DEL SISTEMA DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD" Por lo anterior, me permito manifestarles que la profesional en mención ha concluido su trabajo de tesis para la obtención del grado académico de Maestro en Derecho constitucional.

El trabajo en mención suma a la bibliografía nacional un aporte a la ciencias jurídicas y sociales, describe los orígenes del sistema concentrado y el difuso en sus primeras manifestaciones fuera de nuestras fronteras y los gérmenes en nuestro país, el trabajo no solo discurre dentro de un estudio dogmático del control de constitucionalidad, sino trasciende al tema político que para el presente caso, se encuentra íntimamente ligado. Al final del trabajo confronta la posición que tiene la Corte de Constitucionalidad en entramado del sistema jurídico y sobre cuál sería la mejor forma de proteger los derechos fundamentales, llegando a sustentar la supresión de esta mixtura de sistema; pareciera atrevido, sin embargo, presenta sus razones con sustento y mucha objetividad.

Al final del trabajo de tesis, la comprueba la hipótesis que desde un inicio se perfila como una respuesta a la problemática que se planteada, se generan conclusiones congruentes con el objeto tratado, razón por la cual extendiendo el presente DICTAMEN FAVORABLE para que el licenciado LÓPEZ HERNÁNDEZ pueda sustentar su examen privado de tesis y obtener el grado académico pretendido.

Sin otro particular, me es grato suscribirme de ustedes como su atento y seguro servidor.


Dr. Carlos Abraham Calderón Ruz.
Asesor de Tesis.



USAC
TRICENTENARIA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



Centro Universitario de Occidente
Departamento de Estudios de Postgrado

EL INFRASCrito DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

CERTIFICA:

Que ha tenido a la vista el libro de Actas de Exámenes Privados del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente en el que se encuentra el acta No. 243/2018 la que literalmente dice:-----

En la ciudad de Quetzaltenango, siendo las quince horas del día viernes cinco de mayo del año dos mil dieciocho, reunidos en el salón de sesiones del Departamento de Estudios de Postgrado, el Honorable Tribunal Examinador, integrado por los siguientes profesionales: **Examinador:** M Sc. Alberto Pereira-Orozco; **Examinador:** M Sc. Leonardo Benavente Ramos; **Examinador:** M Sc. Allan Estrada; con objeto de practicar el **Examen Privado** de la Maestría en **Derecho Constitucional** en el grado académico de **Maestro en Ciencias** de él Licenciado **Bayron Esau López Hernández** identificado con el número de carné **100020339** procediéndose de la siguiente manera:-----
PRIMERO: El sustentante practicó la evaluación oral correspondiente, de conformidad con el Reglamento respectivo.-----
SEGUNDO: Después de efectuadas las preguntas necesarias, los miembros del tribunal examinador procedieron a la deliberación, habiendo sido el dictamen **FAVORABLE**-----
TERCERO: En consecuencia el sustentante **APROBO** parcialmente con observaciones todos los requerimientos académicos necesarios previo a otorgarle el título profesional de **MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**.-----
CUARTO: La terna determinó que él sustentante **deberá realizar las observaciones solicitadas**.-----
QUINTO: No habiendo más que hacer constar, se da por finalizada la presente, en el mismo lugar y fecha una hora con treinta minutos después de su inicio, firmando de conformidad, los que en ella intervinieron.-----

Y para los usos legales que al interesado converngan, se extiende, firma y sella la presente CERTIFICACIÓN en una hoja membretada del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala a los treinta días del mes de mayo del año dos mil dieciocho.-----

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Certifica:


Yamara Yamilet Rodas De León
Secretaria Depto. de Postgrados



Vo. Bo.


M. Sc. Percy José Aguilar Argueta
Director Departamento de Postgrados



ÍNDICE

TEMA	PÁGINA
Resumen	
Introducción	
Capítulo I. Teoría de la defensa de la constitución	
1. Constitución y supremacía constitucional.	1.
2. Supremacía constitucional y defensa constitucional.	3.
3. Defensa constitucional y sistemas de control constitucional	10.
Capítulo II. Sistemas de control de constitucionalidad de las leyes	
1. Clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad	14.
1.1. Sistemas de control de constitucionalidad ejercido por órgano político	15.
1.2. Sistema de control de constitucionalidad ejercido por órgano judicial.	15.
A. Sistema difuso de control de constitucionalidad	16.
A.1. Denominaciones	16.
A.2. Origen	16.
A.3. Características	18.
B. Sistema concentrado de control de constitucionalidad	19.
B.1. Origen	20.
B.2. Características	22.
C. Sistema mixto de control de constitucionalidad	23.
D. Sistema dual o paralelo de control de constitucionalidad	24.
2. Sistema de control de constitucionalidad en Guatemala.	25.
2.1. Sistema concentrado	25.
A. Establecimiento del tribunal constitucional	25.
B. Integración	25.

C. Requisitos para ser magistrado	25.
D. Duración en el cargo y presidencia	26.
E.- funciones de la corte de constitucionalidad	26.
F. Efectos de las sentencia de la corte de constitucionalidad	26.
G. Legitimidad para plantear la inconstitucionalidad de una norma ordinaria	27.
2.2. Sistema difuso	27.
A. Formas de inaplicar las normas contrarias a la constitución	28.
B. Efectos de las resoluciones	28.
C. Legitimidad para plantear la inconstitucionalidad	28.
Capítulo III. Factores jurídicos que influyeron en el origen del sistema de control de constitucionalidad en Estados Unidos y Guatemala	
1. Culturas jurídicas	29.
2. Fuentes del derecho	34.
2.1. La jurisprudencia.	34.
2.2. La ley	35.
3. Interpretación jurídica	37.
4. Carácter normativo de la constitución	42.
5. Otros factores jurídicos	45.
Capitulo IV. Factores políticos que influyeron en el origen del sistema de control de constitucionalidad en Estados Unidos y Guatemala.	
1. Montesquieu – Del Espíritu de las Leyes.	47.
2. Jean Jacques Rousseau – El Contrato Social	51.
3. John Locke – Ensayo Sobre el Gobierno Civil	54.

4. Hans Kelsen – La Garantía Jurisdiccional de la Constitución	55.
4.1. Concepción respecto a la interpretación judicial	55.
4.2. La constitución no tiene efecto normativo	57.
4.3. Quién controla la constitucionalidad de la ley	58.
4.4. Cuestión o duda de constitucionalidad	60.
5. Hamilton, Jay y Madison – El Federalista.	60.
5.1. Concepción acerca de poder judicial	61.
5.2. Concepción acerca de la supremacía constitucional	62.
5.3 el poder de los jueces en cuanto a la supremacía constitucional	63.
5.4. Concepción respecto a la permanencia de los jueces en el cargo.	64.
5.5. Concepción respecto al control de constitucionalidad	65.

Capitulo V. Sistemas de control de constitucionalidad. Guatemala, Estados Unidos de América y Austria

1. Evolución del sistema de control de constitucionalidad en el constitucionalismo guatemalteco	69.
1.1. Período pre-independiente	69.
A.- constitución de bayona –bayona 06-07-1808–	69.
B. Constitución política de la monarquía española –Cádiz 19-09-1812–	72.
B.1. Supremacía constitucional	72.
B.2. División de poderes	74.
B.3. Forma de ejercer la función jurisdiccional	75.
B.4. Control de constitucionalidad	79.
1.2. Período independiente	79.

A. Constitución de la República Federal de Centroamérica. –22-11-1824–	79.
A.1. Supremacía constitucional	79.
A.2. Forma de ejercer la función jurisdiccional	80.
A.3. División de poderes	81.
A.4. Sistema de control de constitucionalidad	81.
B.- Constitución Política del Estado de Guatemala. –11-10-1825–	82.
B.1. Supremacía constitucional	82.
B.2. Forma de ejercer la función jurisdiccional	83.
B.3. Sistema de control de constitucionalidad de tipo político	83.
C. Acta Constitutiva de la República de Guatemala. –19-11-1851–	84.
D. Ley Constitutiva de la República de Guatemala. –11-12-1879–.	85.
D.1. Reformas a la Constitución de la República de Guatemala de 1879 efectuada en 1921	85.
D.2. Reformas a la Constitución de la República de 1879 llevadas a cabo en 1927	87.
D.3. Reformas a la Constitución de la República de Guatemala, decretada el 11 de julio de 1935	88.
E. Constitución de la República. –11-03-1945–	90.
F. Constitución de la República. –02-02-1956–	92.
F.1. Supremacía constitucional	92.
F.2. Sistema difuso de control de constitucionalidad	92.
G. Constitución de la República. –15-09-1965–	93.
G.1. Supremacía constitucional	93.
G.2. Injerencia del Ejecutivo en el Judicial	93.

G.3. Principio de legalidad	94.
G.4. Sistema de control de constitucionalidad	94.
H.- Constitución Política de la República de Guatemala. –31-03-1985–	96.
2. El sistema difuso en la constitución de los Estados Unidos de América	97.
3. El sistema concentrado de control de constitucionalidad en la constitución de Austria.	99.
Capítulo VI. Corte de Constitucionalidad. Un Tribunal Innecesario en una República Democrática de Derecho	
.	105.
Conclusiones	115.
Recomendaciones	117.
Bibliografía	119.
Anexo: Plan de Investigación	123.

RESUMEN

El planteamiento del problema fue: ¿cuáles son los factores jurídico-políticos que influyeron en el origen del sistema difuso de control de constitucionalidad en los Estados Unidos y Guatemala?

Se parte del cuestionamiento del por qué Estados Unidos no tiene Tribunal Constitucional; una primera aproximación al problema lleva a afirmar que tanto el sistema concentrado como el difuso pertenecen a sistemas jurídicos distintos.

A partir de ello, se analizan factores jurídicos en el sistema del derecho común y civil; estos factores evidenciarán que Guatemala adoptó el sistema difuso, únicamente de manera formal, más nunca se dieron los factores jurídicos imperantes en Estados Unidos.

Seguidamente se analizan factores políticos que influyeron en el origen de los sistemas de control de constitucionalidad, analizando a: Montesquieu, Rousseau, Locke, Kelsen, Madisón, Jay y Hamilton; cada uno de ellos evidenciará que la función judicial fue concebida de manera distinta; en los sistemas europeo-continental, nunca se permitió el control de la ley por el juez, bajo el entendido que el mismo consistía en una función de carácter legislativo, ajeno a su función, además es el Legislativo quien representa la soberanía popular, consecuentemente la voluntad de la “nación” no podía ser cambiada; lo contrario sucede en Estados Unidos, en cuyo sistema fue “natural” ese control.

A partir del análisis señalado, se hace un estudio del constitucionalismo guatemalteco, donde se deja ver la influencia de los factores jurídico-políticos señalados, llegando a la conclusión que Guatemala adoptó únicamente de manera formal el sistema difuso y que el mismo en sus orígenes es incompatible con el sistema concentrado.

Por último, se hace un análisis si los factores que impidieron al Poder Judicial hacer un control de la legislación son válidos o no; y a partir de dicha conclusión cuestionar la existencia de la Corte de Constitucionalidad.

INTRODUCCIÓN

Los artículos 44, 149, 175 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establecen el principio de supremacía constitucional; el artículo 204 impone el deber jurídico a todo juez, en toda resolución o sentencia, que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. Lo anterior es el fundamento jurídico del origen del sistema difuso de control de constitucionalidad de las leyes, que debe llevarse a cabo de oficio, sin necesidad de petición alguna.

Lo anterior, que parece claro e inequívoco, ha dado lugar a dudas referente a la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad de oficio por parte de los jueces ordinarios; se ha pensado que para inaplicar una norma ordinaria contraria a la constitución, es necesario el planteamiento de la inconstitucionalidad en caso concreto (como acción, excepción o incidente), consecuentemente se niega la posibilidad del control de oficio; pero el debate no queda allí, juristas sugieren que debe regularse la cuestión o duda de constitucionalidad, negando el examen directo y oficioso de la constitucionalidad de las leyes por los jueces ordinarios. Por otra parte, el sistema jurídico guatemalteco, establece y regula una Corte de Constitucionalidad encargada de la defensa del orden constitucional, a través de las opiniones consultivas, dictámenes, declaratorias de inconstitucionalidades (por acción, omisión, de carácter general y en casos concretos) y amparos; es decir, en Guatemala se tiene un sistema mixto de control de constitucionalidad de las leyes.

El objeto de la investigación es determinar cuáles fueron los factores jurídicos y políticos que posibilitaron el surgimiento del sistema difuso de control de constitucionalidad, en contraposición al concentrado, poniendo énfasis en el sistema de Estados Unidos de América y Austria, para concluir al de Guatemala. Habiendo hecho uso de los métodos analítico y sintético e inductivo y deductivo; lo anterior, partiendo del estudio de cada uno de los factores –jurídicos y políticos– a efecto de concluir si los mismos eran aplicables al constitucionalismo guatemalteco. La hipótesis planteada en el diseño de investigación fue comprobada (cuáles eran los factores que permitieron el surgimiento de los sistemas de control difuso y concentrado), es más, se logró determinar otros factores que no fueron incluidos en el diseño.

La investigación pretende dar respuesta la pregunta de por qué Guatemala tiene una Corte de Constitucionalidad, porqué optó por este camino, y no como en Estados Unidos que hasta la fecha, tener la Suprema Corte de Justicia le ha sido más que suficiente; se pretende cuestionar si la actual Corte tiene justificación jurídica y política, y si es posible un sistema jurídico donde la Corte Suprema de Justicia, sea la garante de la defensa del orden constitucional. Para responder las anteriores interrogantes, imprescindible es conocer los factores jurídicos y políticos que posibilitaron el surgimiento del sistema difuso en Estados Unidos, y el sistema concentrado en Austria, ya que a partir de ellos, se determinará porque en Guatemala los jueces no ejercen un control de oficio de la constitucionalidad de las leyes y porque tenemos una Corte de Constitucionalidad.

El presente trabajo se divide en cuatro partes (que no necesariamente responden al orden de los capítulos contenidos en el índice): la primera contenida en los primeros dos capítulos, acerca de la “defensa de la constitución” y el “sistema de control de constitucionalidad de las leyes”; en estos capítulos se pretende dar ideas generales sobre la constitución y la supremacía constitucional, la defensa de la constitución y los diferentes sistemas de control de constitucionalidad, los países donde surgieron dichos sistemas, centrándose específicamente en Estados Unidos y Austria, que servirá de punto de partida para el análisis de los factores jurídicos y políticos que hicieron surgir dichos sistemas en esos países, para posteriormente determinar cómo influyeron en el sistema guatemalteco, y por último, se desarrolla la regulación actual en el sistema guatemalteco sobre el tipo de sistema adoptado.

Un segundo tema –capítulos tres y cuatro–, y ya entrando en materia, es referente a los “factores jurídicos y políticos que influyeron en el origen del sistema de control de constitucionalidad en Estados Unidos y Guatemala”; referente a los factores jurídicos, se hace referencia a las que el autor considera las principales, entre ellas: la culturas jurídicas, las fuentes del derecho, la forma de interpretación jurídica, el carácter normativo de la constitución, entre otros; el análisis de cada uno de estos temas se hace a partir del sistema estadounidenses y austriaco (al que también le he denominado sistema europeo-continental), y cómo ha influido en nuestro sistema constitucional, principalmente en el establecimiento de una Corte de Constitucionalidad. Así mismo, en el capítulo cuarto, se hace referencia a los factores políticos; nuevamente el autor ha tomado los principales pensadores que influyeron en los sistemas jurídicos de control de constitucionalidad, sin desconocer que puedan existir otros; en ese sentido, los pensadores políticos que influyeron en el surgimiento del sistema concentrado están: Montesquieu (Del Espíritu de las Leyes), Rousseau (El Contrato Social), Locke (Ensayo Sobre el Gobierno Civil), y Kelsen (La garantía Jurisdiccional de la Constitución –La Justicia Constitucional–); a través de estos pensadores podrá determinarse, que los países que siguieron sus ideas, necesariamente debieron optar por un sistema concentrado de constitucionalidad, como lo fue el caso de Guatemala; por otro lado, el análisis de los factores políticos en Estados Unidos se hace a partir de Hamilton, Jay y Madison –El Federalista–, en el cual se determinara que su concepción acerca de la Constitución, la función de los jueces, la supremacía constitucional es completamente distinta a la del sistema concentrado, y la razón por la cual dicho sistema nunca tuvo la necesidad de crear una Corte o Tribunal Constitucional, bastándole su Suprema Corte de Justicia. A partir del análisis de esos factores, jurídicos y políticos, se determinará que en esencia el sistema difuso y concentrado (en sus orígenes) son contrarios, porque parten de presupuestos diferentes, consecuentemente es absurdo optar por un sistema mixto; además, que actualmente no existe razón para que no se ejerza un control de constitucionalidad de oficio por los jueces ordinarios, y lo más importante aún, que la Corte de Constitucionalidad no debe existir.

Una vez analizado los factores jurídicos y políticos, tanto en el sistema difuso como el concentrado, se hará estudio de la influencia que esos factores tuvieron a lo largo del constitucionalismo guatemalteco, desde la Constitución o Carta de Bayamo hasta la Constitución actual, así como de la Constitución de Estados Unidos y Austria.

Por último, como cuarto punto o tema (capítulo sexto) se expondrá porque la Corte de Constitucionalidad es un Tribunal innecesario en una República Democrática de Derecho, a partir del análisis de los anteriores temas, evidenciado que la misma no tiene razón de ser (jurídica ni política) y que la Corte Suprema de Justicia puede y debe ejercer las funciones que actualmente ejerce aquella.

El autor no desconoce que al suprimir la Corte de Constitucionalidad, y que sus actuales funciones sean ejercidas por la Corte Suprema de Justicia (o por una de sus Cámaras o como sucede en otros países con las Salas Constitucionales), no significa que no deba fortalecerse el Poder Judicial y su función para garantizar una eficaz y eficiente administración de justicia, sin embargo, dichos temas escapan a la presente investigación.

CAPITULO I

TEORÍA DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

1. CONSTITUCIÓN Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La construcción y consolidación de la democracia, es un anhelo de los pueblos que aún no termina; esto derivado de sus crisis, retrocesos y amenazas. Desde la edad antigua los problemas del poder –justificación, límites, función, etc.– han sido objeto de análisis y discusión desde distintas áreas del conocimiento, pero no fue sino hasta la época del liberalismo clásico, principalmente con la revolución inglesa, norteamericana y francesa, que empieza a cimentarse y repensarse la democracia como hoy la conocemos.

El liberalismo clásico forjará distintas teorías relacionados con el poder, entre ellos: el contractualismo, derechos naturales, libertad e igualdad, división de poderes, principio de legalidad y supremacía de la ley, el lugar de la persona frente al Estado, soberanía, poder constituyente –originario y derivado–; cada aspecto tiene por objeto limitar el poder, justificarlo, determinar cuál o cuáles son sus fines. La pretensión del pensamiento ilustrado y liberal es poner fin al absolutismo y al abuso de poder. Es la época donde empieza a abandonarse las relaciones de poder por las relaciones de derecho.

El pensamiento liberal traerá la democracia a los Estados, y las distintas teorías generadas se verán plasmadas en un *nuevo*¹ texto normativo (específicamente en Estados Unidos de América y Francia), surgido en el siglo XVII y principios del XVIII: la Constitución; por ello, ésta no es más que la positivización del concepto que se tenga de democracia, de libertad, de derechos naturales, de bien común, etc. Obviamente no todo el pensamiento ilustrado y liberal fue plasmado en las Constituciones, por el contrario muchas de ellas regularon aspectos del antiguo régimen que pretendía abandonarse; a lo

¹ Lasalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?*. Grupo Editorial Tomo S.A., segunda edición, enero de 2013. México. *“una Constitución real y efectiva la tiene y la han tenido siempre todos los países, ... y no hay nada más equivocado ni que conduzca a deducciones más descaminadas, que esa idea tan extendida de que las constituciones son una característica peculiar de los tiempos modernos... Todo país tiene necesariamente, una Constitución, real y efectiva, pues no se concibe país alguno en que no impere determinados factores reales de poder, cualesquiera que ellos sean. Lo que es, en esencia, la Constitución de una país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país.”* Pág. 66. — Flores Juárez, Juan Francisco. *Constitución y Justicia Constitucional / Apuntamientos*. Guatemala. 2009. Primera edición, segunda reimpresión. *“Las constituciones materiales son longevas y existen desde tiempos muy remotos.”* Pág. 37.

largo de la historia y de cada Estado en particular, el contenido se fue corrigiendo y robusteciendo.

En ese sentido, la función de la Constitución, en sus inicios, fue normar ese pensamiento (jurídico, político, filosófico, etc.) y partir de ella, establecer las bases de la democracia y el Estado de Derecho; la Constitución contendrá la forma de gobierno, funciones y atribuciones de cada órgano político creado, a fin de salvaguardar a los individuos del abuso de poder.

Después de varias épocas absolutismo, despotismo –incluso ilustrado– y arbitrariedad, la función principal de la Constitución emerge como un límite al poder público, ser un texto superior² a los órganos de poder y determinar su actuación; por ello, no es casualidad que a la par de ella, hayan surgido diversos principios: a) supremacía constitucional; b) rigidez constitucional; c) creación de órganos y procedimientos para velar su observancia.

“El principio de suprema constitucional es el substratum del sistema constitucional, constituyendo una garantía sustancial en torno de la cual gravitan otras que posibilitan su plena vigencia . . . La adecuación de las normas jurídicas a la Constitución es siempre prenda de seguridad y paz social, porque la Constitución es el límite a la voluntad humana en el gobierno y garantía de los gobernados. En ese carácter, . . . radica la importancia superlativa de la Constitución, porque sobre todas las cosas, . . . ella es una ley de garantías; garantía de la nación contra las usurpaciones de los poderes a los cuales ha debido confiar el ejercicio de su soberanía, y garantía también de la minoría contra la omnipotencia de la mayoría. . . ”³

“La supremacía de la Constitución resulta pues, del hecho de ser el primer fundamento del orden jurídico y del Estado; ella es la fuente o el principio del orden estatal entero, y

² Lippmann, Walter. Retorno a la Libertad. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México. “La convicción íntima de que existe un derecho superior que está por encima de la ley escrita, las ordenanzas y los usos, se encuentra en todos los pueblos civilizados. Nace de una vaga intuición que la humanidad percibe a cada instante y que, perdida a veces, trata de volver a descubrir y poseer. Durante no menos de veinticinco siglos, los hombres la han ido formulando, y la han expresado de mil maneras diferentes. Es algo que han discutido desde que aprendieron a discutir ideas generales. El concepto de una ley superior ha sido negado a menudo por los soberanos e invocado por sus súbditos; porque la creencia en una ley superior es, en realidad, una plegaria que invoca, contra los poderes materiales de un hombre que rige los destinos de un pueblo, algún poder inmaterial que pueda obligársele a respetar, y que atribuye a la naturaleza de las cosas, principios universales de orden a que debe supeditarse la voluntad caprichosa del hombre. Pág. 379.

³ Flores Juárez, Juan Francisco. Constitución y Justicia Constitucional / Apuntamientos. Guatemala. 2009. Primera edición, segunda reimpresión. Pág. 145.

hace que todo lo demás dentro de la vida del Estado, sea de determinada manera y no de otra diferente. Por eso se dice que la Constitución es la ley de las leyes.”⁴

La Constitución y el principio de supremacía constitucional (al igual que los otros principios señalados) tienen justificación por su fuente; el texto supremo es fruto del poder constituyente originario, razón por la cual por encima de ella no hay ni puede haber norma superior, porque la soberanía del pueblo es absoluta e ilimitada; por ello, la constitución es suprema, es la fuente del todo el ordenamiento jurídico y del poder público.

No obstante el establecimiento de un ordenamiento jurídico-político superior, como una pretensión de la ilustración, el mismo no siempre se cumplió, y la Constitución no dejó de ser, a veces, una mera declaración de buenos deseos, pero que en la práctica no cumplió su finalidad. Lo anterior conllevó a generar toda una teoría sobre su defensa, y que se analiza en el siguiente apartado.

2. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DEFENSA CONSTITUCIONAL

Pese al establecimiento del “*principio de supremacía constitucional*”, de manera expresa o implícita, la simple declaración del mismo no fue suficiente para hacer valer el imperio de las normas constitucionales. “La justicia constitucional surge como reacción ante la crisis del concepto clásico de la Constitución. Se acepta que la Constitución deje de ser una simple declaración de principios y se convierta en norma directamente aplicable. . . A la luz de lo anterior no puede ser juzgado como casualidad el hecho de que los albores de muchos de los sistemas de aplicación de justicia constitucional que actualmente operan en países de variadas latitudes, hayan sido sucedáneos a acontecimientos especialmente traumáticos de su vida nacional, asociadas a violaciones de derechos humanos de gran magnitud. Esto último fue sin duda reconocido como síntoma inequívoco de la fragilidad de sus organizaciones establecidas frente a la siempre latente amenaza del abuso del poder y, en consecuencia, de la necesidad imperiosa de crear mecanismos que garantizaran más contundentemente la fuerza normativa de las Constituciones como valladares naturales de aquella amenaza.”⁵

⁴ Umaña Calderón, José Wilfredo. El Control de Oficio de la Inaplicación, por inconstitucionalidad, de las Normas Ordinaria. Tesis de posgrado. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. Pág. 58.

⁵ Varios autores. Opus Magna Constitucional Guatemalteco 2010 Tomo I. Instituto de Justicia constitucional. Corte de Constitucionalidad. Pág. 173-174.

La crisis de la Constitución y del principio de supremacía constitucional puede analizarse desde dos perspectivas, una de carácter real y otra teórica. La primera se refiere al hecho concreto del irrespeto del texto constitucional por quien sustentaba el poder o lo asumía, y la segunda, sobre ciertas teorías que hicieron que la Constitución no tuviera fuerza normativa como cualquier otra ley.

El primer aspecto se evidencia en Estados como Guatemala, que en el periodo pre-independiente fue regulado por la Constitución de Bayona de 1808 (sin vigencia real en las Américas), y la de Cádiz de 1812, y desde la época independiente hasta la actualidad por seis Constituciones (1825, 1879, 1945, 1956, 1965, 1985), sin incluir la de la extinta Federación Centroamericana de 1824 y el Acta Constitutiva de 1851; además, varias décadas Guatemala no tuvo una constitución, ya que Rafael Carrera gobernó a través del Acta Constitutiva, los liberales –Miguel García Granados y Justo Rufino Barrios– promulgaron la constitución casi después de diez años en el poder, y Ríos Montt en su gobierno de facto lo hizo a través del Estatuto Fundamental de Gobierno. Por ello, la promulgación de varias constituciones no fue producto del poder soberano, sino del rompimiento del orden constitucional.

A lo anterior debe sumarse las reformas constitucionales, con el objeto de desconocer un principio fundamental de la democracia: el principio de alternatividad en el poder, (Reyna Barrios, Estrada Cabrera y Ubico Castañeda), convirtiéndose de esa manera Guatemala en un Estado autoritario; los regímenes militares y los treinta y seis años del conflicto armado, demuestran que el texto constitucional no fue respetado, y la promulgación de nuevas constituciones (o del Estatuto Fundamental de Gobierno) fue el medio para dar apariencia de legalidad al nuevo régimen.

El segundo aspecto –teórico– de la crisis de la Constitución y del principio de supremacía constitucional, que pusieron en duda dicho principio, son: a) la duda del carácter normativo de la Constitución⁶; b) plenitud del ordenamiento jurídico, al indicar que la *ley*, tenía una norma para cada supuesto de hecho, siendo innecesario acudir al texto constitucional; c) no tener facultades discrecionales los jueces, para aplicar la Constitución cuando considerasen que era violentada por una ley; d) la Constitución y la ley tenían la misma fuente: el pueblo o nación, razón por la cual no podía limitarse al parlamento cuando decretaba leyes, porque eso conllevaba limitar a la nación; e) la falta

⁶ Sierra González, José Arturo. Derecho Constitucional Guatemalteco. Corte de Constitucionalidad. Guatemala. 2000. Pág. 1.

de instrumentos y órgano encargados de mantener el orden constitucional; f) la injerencia entre los poderes constituidos.

A raíz de lo anterior, se generó toda una teoría acerca de **la defensa de la constitución**. “Dejando antecedentes que podrían llevarse a Grecia y Roma, la idea de la defensa constitucional, se inicia en el período del constitucionalismo liberal, cuyo centro puede fijarse provisionalmente en la Revolución Francesa. // Sin embargo, el desarrollo de la teoría es reciente. En su inicio, el sistema de *judicial review* de tipo difuso norteamericano, ... la recepción de la institución inglesa del *habeas corpus*; y la configuración del juicio de amparo mexicano como institución protectora, son los antecedentes decimonónicos de la teoría, que ha tenido diversos desarrollos. Y, en 1920, en la Constitución austríaca, la creación de la Corte de Justicia Constitucional como sistema concentrado, bajo la inspiración de Hans Kelsen. // Precisamente la discusión sobre esta institución, permitirá formular la idea expresa de la defensa constitucional.”⁷

Para Héctor Fix Zamudio, “la *defensa de la constitución* está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento, y lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las disposiciones constitucionales ... El mismo Fix Zamudio ... indica que el concepto puede dividirse ... en dos categorías fundamentales, la Protección de la constitución, y las Garantías constitucionales. La primera se integra por todos aquellos instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados a través de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales, con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia Constitución, instrumentos que se refieren al aspecto fisiológico de la ley fundamental; y la segunda con los medios jurídicos predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder, a pesar de los instrumentos protectores, instrumentos destinados a la corrección de una patología constitucional.”⁸

⁷ García Laguardia. Ob. Cit. Pág. 9.

⁸ Ibidem. Pág. 12-13.

Lo señalado en la primera parte por Fix Zamudio, referente a la *conservación* de la norma constitucional, *prevención* de su violación, *reprimir* su desconocimiento y el *desarrollo y evolución* de su contenido, son aspectos desarrollados por el constitucionalismo guatemalteco. Así, la función preventiva se desarrolla a través de las opiniones consultivas y dictámenes de la Corte de Constitucionalidad; además, en el proceso legislativo, el presidente puede vetar las leyes por considerarlas inconstitucionales. La función de conservación y de reprimir, se llevan a cabo principalmente cuando el tribunal constitucional conoce de inconstitucionalidades de carácter general o amparos –en doble o única instancia– expulsando normas o dejando en suspenso actos del poder público contrarios al texto supremo. Por último, la función de desarrollo y evolución se llevan a cabo a través de la interpretación y aplicación de la Constitución en los procedimientos que conoce la Corte de Constitucionalidad y los jueces y magistrados del Poder Judicial.

La protección de la constitución “está constituida, . . . por los instrumentos encaminados a proteger el orden constitucional. Pueden ser de diverso carácter, político, económico, social y estrictamente jurídico, pero siempre, todos se manifiestan a través de normas de carácter constitucional.” y se pueden clasificar así:

a. Políticos

1. División de Poderes

En el constitucionalismo guatemalteco esta teoría ha tenido eco desde la primera constitución de Guatemala; y en el artículo 140 del texto supremo se declara: *Estado de Guatemala. Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo.* El artículo 141 establece: *Soberanía. La soberanía radica en el pueblo quien la delegada, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. **La subordinación entre los mismos, es prohibida.***

2. Controles intraórganos e interórganos

Tal como se ha indicado, existen diferentes tipos de controles para el recto desempeño de las funciones del Poder Público, y dentro de ellas se encuentran, los establecidos dentro de los mismos organismos, en base al principio de jerarquía o competencia, así como aquellos controles que se ejercen desde fuera por otro poder diferente; entre ellos están:

a) Procedimiento Legislativo

El procedimiento de formación de leyes, ha sido establecido con el fin de enmarcar las pautas dentro de las cuales deberá desarrollarse el proceso de creación de las normas ordinarias a fin de adecuarlas tanto en su forma como su fondo al texto constitucional.

b) Refrendo ministerial

“se produce un control interno del mismo organismo, que compromete a mayor número de funcionarios en la decisión que se toma.”⁹ El artículo 194, de la constitución actual regula: *Funciones del ministro. Cada ministerio estará a cargo de un ministro de Estado, quien tendrá las siguientes funciones: . . . c) Refrendar los decretos, acuerdos y reglamentos dictados por el Presidente de la República, relacionados con su despacho para que tengan validez.*

c) Organización jerárquica del Poder Judicial

No obstante que la jerarquía del Poder Judicial se tiene como forma de protección de la constitución, debe ser considerado fuera de lugar, en virtud que la organización –específicamente en lo referente a los jueces y magistrados– del Organismo Judicial es horizontal y nunca jerárquico (como lo sería el Ministerio Público); así lo ha manifestado Raúl Zaffaroni: “*es tan peligroso un Poder judicial jerarquizado, como un ejercito horizontalizado*”.

d) Veto presidencial

“Se denomina así el derecho que tiene el mal llamado jefe del Estado (monarca o presidente de la república) para rechazar la *promulgación* de una ley sancionada por el Poder Legislativo.”¹⁰ El primer párrafo del artículo 178, de la Constitución guatemalteca establece: *Veto. Dentro de los quince días de recibido el decreto y previo acuerdo tomado en Consejo de Ministros, el Presidente de la República podrá devolverlo al Congreso con las observaciones que estime pertinentes, en ejercicio de su derecho de veto. Las leyes no podrán ser vetadas parcialmente.*

⁹ *Ibíd.* Pág. 15.

¹⁰ Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, vigésima octava edición, Buenos Aires, Argentina. 2001. Pág. 1015.

e) Interpelación ministerial

“La interpelación, es la figura jurídico-política, mediante la cual el parlamento controla los actos y las políticas administrativas del Primer Ministro o Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros de Estado. La interpelación es una figura típica del sistema Parlamentario, ... // En Guatemala, no obstante haber adoptado el Régimen Presidencialista, tiene algunas características del Régimen Parlamentario, . . . // Los Ministros de Estado, en Guatemala, no funcionan como simples órganos asesores, como dentro del Régimen Presidencialista de los Estados Unidos de Norteamérica, sino que son órganos con competencias administrativas, lo que hace que nuestro régimen sea un régimen Semipresidencialista y Semiparlamentario. A raíz de que se crean los Ministerios de Estado como órganos con decisión, deviene la figura de la interpelación, como característica del parlamentarismo.”¹¹ La interpelación se encuentra regulada en los artículos 166 y 167 de la actual Constitución.

b. Económicos y hacendarios

Estas formas de protección a la constitución, entre otros, se refieren, a la obligación del Ejecutivo de someter el proyecto de Presupuesto General de Ingresos y Egresos de la Nación, al conocimiento del Legislativo, quien puede aprobarlo, modificarlo o rechazarlo; en lo financiero, al Congreso corresponde con exclusividad decretar impuestos y arbitrios. Para el control de los intereses económicos y financieros, la Constitución ha creado la “Contraloría General de Cuentas”, institución técnica y descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas. Estando también sujetos a dicha fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que, por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos.

c. Sociales. Régimen constitucional de los partidos

“Otros instrumentos son de carácter social y se orientan a la preservación del orden constitucional a través de los grupos intermedios, especialmente los partidos

¹¹ Calderón Morales, Hugo Haroldo. Derecho Administrativo I. Editorial Fénix. Octava edición. Guatemala 2005. Pág. 335.

políticos y los grupos de presión, a los que se les da participación en el proceso de poder.”¹²

En Guatemala existe libertad de formación y funcionamiento de las organizaciones políticas, tal como lo regula el artículo 223, de la Constitución Política; libertad desarrollada en la Ley Electoral y de Partidos Políticos, así como lo referente al sufragio, derechos políticos, organizaciones políticas, autoridades y órganos electorales y proceso electoral.

d. Rigidez constitucional

Uno de los grandes problemas de las Constituciones a lo largo de la historia, ha sido su escaso respeto y vigencia; pocos han sido los textos constitucionales cuya validez han perdurado. El *principio de rigidez constitucional*, tiene por objeto regular la forma de decretar, reformar o derogar el texto constitucional, estableciendo procedimientos diferentes al proceso legislativo ordinario, formación de órganos políticos ajeno al Congreso (Asamblea Constituyente) para llevarlas a cabo, votación especial para que sea aprobada la reforma, y, en el caso guatemalteco, la consulta popular para ciertos artículos de la constitución.

El *principio de rigidez constitucional*, se encuentra establecido en la Constitución vigente, en el Título VII, Reformas a la Constitución, Capítulo único, Reformas a la Constitución, regulando quienes tienen iniciativa para proponer las reformas, lo referente a la Asamblea Nacional Constituyente, reformas por el congreso y consulta popular, y por último los artículos pétreos o no reformables.

Las garantías constitucionales son los medios jurídicos, de carácter procesal que tienden a hacer efectiva y real la constitución de un Estado, mismas que han dado nacimiento al llamado “Derecho Procesal Constitucional y Justicia Constitucional”, siendo principalmente las siguientes: (a) amparo como instrumento de protección de los particulares frente las amenazas o violaciones a sus derechos por parte del Poder Público, a fin de cesar la amenaza o restaurar los derechos reconocidos constitucional o legalmente, (b) la exhibición personal, constituye el medio para protegerla libertad de locomoción cuando la persona se encuentre ilegalmente presa, detenida o cohibida de cualquier otro modo del goce de su libertad individual, amenazado de la pérdida de ella o sufre vejámenes, (c) la inconstitucionalidad de las leyes, que puede ser en caso concreto o general, siempre que la norma ordinaria este en contraposición con el texto

¹² García Laguardia. Ob. Cit. Pág. 19.

supremo debe ser expulsado del ordenamiento jurídico o en su caso inaplicado al caso concreto.

3. DEFENSA CONSTITUCIONAL Y SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Las dos funciones principales de la constitución son: limitar el poder y establecer derechos fundamentales mínimos de las personas frente al Estado; por ello, al texto supremo se reviste de diversos principios –supremacía constitucional y rigidez constitucional– con el objeto de preservar su vigencia.

Tal función y cumplimiento no puede dejarse al arbitrio del poder público, razón por la cual la “teoría de la defensa de la constitución”, tiene por objeto analizar, establecer y desarrollar diferentes medios para hacer prevalecer la Constitución, según los actos del Poder Público. Como se ha expuesto anteriormente, se han desarrollado distintas formas, de carácter procesal, de defensa de la constitución (“garantías constitucionales” en el lenguaje de Fix Zamudio y de la constitución guatemalteca).

Una forma de defensa constitucional es a través los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes; dicho sistema tiene por objeto someter a revisión los actos del poder Legislativo y Ejecutivo, a través de procedimientos, judiciales o políticos, y expulsar del ordenamiento jurídico aquellos actos contrarios a la Constitución.

Como lo manifiesta Alfonso Celotto, los diferentes actos del Poder Público, fueron sometidos a diversos controles de carácter político y social, sin embargo la legitimidad de las leyes, especialmente en la tradición Europea, tuvo que esperar un poco más de tiempo, ya que el *judicial review*, nació hasta 1803 en los Estados Unidos de América, ... cuya Constitución de 1787, no preveía la posibilidad de un control semejante, consagrando así un sistema difuso de control de las leyes, donde todos los Jueces podían declarar la inaplicabilidad de cualquier ley; en la tradición europea, sin embargo la legitimidad de las leyes (en sentido amplio) tuvo que esperar más tiempo que en el *common law*, por los problemas que surgieron en torno a la aceptación del *principio de supremacía constitucional*, y es hasta en 1920, que Europa inicia el camino hacia el control de la constitucionalidad de las leyes, pero de un modo totalmente distinto al de Estados Unidos de América, cuando Hans Kelsen, establece el primer Tribunal Constitucional, en Austria, independiente, ajeno al Poder Judicial y permanente, cuya función era calificada como de *legislador constitucional*, ya que en el pensamiento

Kelseniano, la función legislativa se dividía en dos partes, una de carácter positiva, ejercida por el parlamento o congreso, consistente en hacer leyes, y la otra de carácter negativo, ejercida por el Tribunal Constitucional, dejar sin efecto las leyes.¹³

El control de constitucionalidad de las leyes, en el caso guatemalteco, presentó similares problemas a los señalados por Alfonso Celotto; el *sistema difuso*, tuvo recepción *constitucional* –aparentemente- hasta 1921, (casi 100 años después de dictada la primera Constitución de Guatemala, y 117 años después que el Juez Marshall dictara la sentencia en el caso “*Marbury vs. Madison*”) en las reformas a la Constitución de 1879; sin embargo, dichas reformas tuvieron poca vida, por un golpe militar a finales de dicho año, que las derogó y puso en vigencia sin dichas modificaciones la Constitución de 1879. Por lo que el verdadero antecedente, debe buscarse en las reformas del 20 de diciembre de 1927, donde nuevamente se establece dicho control.

El *sistema concentrado* nació con la promulgación de la Constitución de 1965, es decir, 45 años después del primer Tribunal constitucional de carácter permanente y autónomo, instituyendo por vez primera una Corte de Constitucionalidad, cuyo fin era controlar la constitucionalidad de las leyes; sin embargo, por la forma de su constitución, no especializado, sin independencia y pocos casos conocidos, (5 únicamente en sus 17 años de vida) no tuvo el protagonismo esperado, y al momento de emitirse la Constitución de 1985, cambió su forma de integración, ampliándose sus funciones, como las conocemos hoy en día.

Lo anterior es el antecedente constitucional de los sistemas seguidos en Guatemala, difuso y concentrado; sin embargo, también han existido referencias de normas de rango legal, en cuanto al sistema difuso: “Decreto de la Asamblea Legislativa del Estado, de fecha 28 de febrero de 1838, con un contenido de cuatro artículos, ... En el art. 1º establecía dicho decreto que *“ninguna ley evidentemente contraria a la Constitución puede ni debe subsistir”*. En el art. 2º se regulaba la siguiente hipótesis: *“Cuando se presente alguna ley notoriamente contraria a la Constitución, los tribunales deberán arreglarse en sus juicios al sentido claro de la fundamental, informando en seguida al cuerpo legislativo”*. En el artículo 3º se contemplaban los casos dudosos, así: *“Con respecto a los casos dudosos de contradicción, los tribunales y cualquier ciudadano*

¹³ Varios autores. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. Número 1, Enero-Junio, Editorial Porrúa, SA. México. Pág. 3.

pueden pedir a la asamblea la declaratoria correspondiente, sin perjuicio de que dichos tribunales resuelvan desde luego, según entiendan de justicia, y por su propio convencimiento”. Finalmente, el art. 4º del aludido decreto ordenaba que “la declaratoria que haga el cuerpo legislativo, solamente podrá aplicarse a los casos posteriores al que motivo la duda; y sin que pueda tener jamás un efecto retroactivo”¹⁴

En el mismo sentido la “*Declaración de los Derechos y Garantías Que Pertenecen a Todos los Ciudadanos y Habitantes del Estado de Guatemala*”, de 1837, regulaba en el artículo 5º: “*Que toda determinación sea en forma de ley, decreto, providencia, sentencia, auto u orden que proceda de cualquier poder, si ataca alguno o algunos de los derechos naturales del hombre, o de la comunidad, o cualquiera de las garantías consignadas en la ley fundamental, es ipso jure nula, y ninguno tiene obligación de acatarla y obedecerla*”

El sistema difuso regulado en norma infra-constitucional fue dejando sin efecto, y “*A la caída del régimen liberal, que coincidió con el rompimiento de la Federación, esta idea es abandonada. Los gobiernos de la restauración conservadora desconfían de la revisión judicial y en un decreto de setiembre de 1845 regularon: Art. 1º. Ningún acto del Poder Legislativo ni Ejecutivo, está sujeto a la revisión de los tribunales de justicia, los cuales no pueden conocer de la nulidad o injusticia que aquéllos contengan. Arto. 2. Las sentencias que se dieran nulificando los actos de gobierno y de las asambleas, serán nulas; y los jueces y magistrados que las pronunciaren serán responsables por los perjuicios que aquéllas causen a los particulares. Arto. 3. Se declara que las sentencias pronunciadas por los jueces y magistrados, dándose por competentes para calificar la validez o nulidad, justicia o injusticia de los decretos legislativos, o de los actos de gobierno que los cumplimentaron, serán nulos. Arto. 4. El gobierno cuidará de ejecutar y sostener la ejecución de las mismas leyes y de sus propios actos que tiendan a cumplimentarlas.*”¹⁵

Este es el antecedente normativo –constitucional y legal– de los dos sistemas de control de constitucionalidad en Guatemala; en el capítulo siguiente se analiza de forma detallada, las distintas formas de controlar la constitucionalidad de las leyes, tanto judicial como política, y el seguido en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

¹⁴ Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil, Tomo II, Volumen 1º. Guatemala CA. 2006. Centro Editorial Vile. Pág. 479.

¹⁵ Varios Autores. La Constitución Norteamericana y su Influencia en Latinoamérica (200 años 1787 – 1987). Cuadernos de CAPEL 23. Primera Edición, CAPEL, Costa Rica, 1987. Pág. 79.

CAPITULO II

SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Como se ha expuesto, el poder público se limita a través de normas –constitucionales y legales–, fijando parámetros de actuación y competencia, forma y contenido de emitir actos, entre otros; sin embargo, la historia ha demostrado que las regulaciones normativas para contener el poder son insuficientes, por ello el constitucionalismo ha desarrollado distintas formas de controlar los actos de las autoridades públicas.

La ley –en sentido amplio– es la principal forma del poder constituido de ejercer la autoridad concedida por el poder constituyente originario, a través de la Constitución, fijando alcances, contenido y forma de proceder; al ser la carta magna el texto supremo de un ordenamiento jurídico, imprescindible resulta establecer y desarrollar formas de controlar la promulgación de leyes, a efecto de revisar si los mismos se encuentran conforme a la ley fundamental.

El control de constitucionalidad de las leyes, es una garantía de tipo procesal, por el cual, a través de procedimientos, jurídicos o políticos, se revisa el contenido de la ley y su forma de creación, confrontándolo con el texto constitucional, a fin de expulsar del ordenamiento jurídico o no aplicar la ley en casos concretos, cuando la sea contraria a la constitución, y de esta manera hacer prevalecer su contenido.

Los distintos sistemas de control de constitucionalidad, no han clarificado el tipo de conflicto constitucional –jurídico o político– que debe promoverse ante el órgano encargado de revisar la constitucionalidad de la ley; no hay inconveniente con los conflictos jurídicos –confrontación en sentido estricto entre el texto de la constitución y la ley–, sin embargo, los conflictos de carácter político –decisiones tomadas a partir de conveniencia u oportunidad– generan inconvenientes.

Un ejemplo, puede clarificar este punto, tomando en cuenta el sistema de control en Guatemala: si el Congreso decidiera, a través de reforma de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, aumentar el pago de dos a diez dólares por voto recibido por los partidos políticos, dicha decisión sería eminentemente política (sin que ello signifique que no deba existir control sobre dicha decisión), de oportunidad y de conveniencia; al ser la decisión de tipo política, cómo debería resolver la Corte de Constitucionalidad, en dictamen, si la Constitución no fija un parámetro del pago votos emitidos a favor de los partidos políticos,

además, la decisión del Congreso antes que basarse en una norma expresa de la Constitución, estaría sustentada en cuestiones presupuestarias, de ingresos, egresos, de gasto público, es decir, cuestiones eminentemente políticas; pareciera que la Corte –cuya naturaleza es eminentemente jurisdiccional– no debería controlar este tipo de actos políticos, sino otro órgano de igual carácter.

Partiendo de lo expuesto, el constitucionalismo desde hace tiempo, ha desarrollado diversos “modelos” o “sistemas” de jurisdicción constitucional, esto es, las formas, usos, estilos o estructuras existentes para analizar, procesar y resolver los problemas que plantea la Constitución y su defensa.”¹⁶, siendo esto el objeto del presente capítulo.

1. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

“Para el control de la constitucionalidad, en las constituciones se han diseñado, atendiendo a diversos criterios, distintos sistemas que agrupan instrumentos y mecanismos para dicho control, ya sea atendiendo el órgano que predominantemente tiene a su cargo dicha función o la naturaleza de los instrumentos y mecanismos técnicos y jurídicos que se utilizan para ello.”¹⁷

Las principales clasificaciones de los sistemas de control, se han establecido y desarrollado, partiendo del órgano público que ejerce la función de revisar la constitucionalidad de las leyes; siguiendo esta tradición, se presenta la siguiente:

- a) Sistemas de control por órgano político.
- b) Sistemas de control por órgano judicial:
 - a) Difuso;
 - b) Concentrado:
 - c) Mixto;
 - d) Dual o paralelo.

¹⁶ García Belaunde, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia. 2001. Sin número de edición. Pág. 130.

¹⁷ García Becerra, José Antonio. Los Medios de Control Constitucional en México. Cuadernos Jurídicos 12. 2001. Pág. 15.

1.1.- SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO POR ÓRGANO POLÍTICO.

En este sistema el encargado de controlar la constitucional de las leyes es órgano de naturaleza político (quedando excluido por antonomasia el Poder Judicial, cuya función es jurisdiccional y no política); este órgano varia, según cada ordenamiento, pudiendo ser el Poder Ejecutivo o la creación de un organismo específico regulado para el efecto.

Este tipo de sistema tiene su antecedente en Francia, por las ideas del Abate Sieyès; en Guatemala, a través del constitucionalismo como se verá en capítulos posteriores, existió regulación de este tipo de control

Las características de este sistema, siguiendo a García Becerra, son:

- a) “La preservación de la Ley Fundamental se encomienda bien a un órgano distinto de aquellos en quienes se depositan los tres poderes de Estado, o bien se confía a alguno de éstos [exceptuando al Poder Judicial, obviamente];
- b) La petición de inconstitucionalidad corresponde a un órgano estatal o a determinados funcionarios públicos, en el sentido de que el órgano de control declare la oposición de un acto de autoridad o una ley con la Constitución;
- c) Ante el órgano de control no se ventila ningún procedimiento contencioso (juicio o proceso) entre el órgano petionario y aquél a quien se atribuye el acto o la ley atacados;
- d) Las declaraciones sobre inconstitucionalidad tienen efectos *erga omnes*, generales o absolutos.”¹⁸

1.2.- SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO POR ÓRGANO JUDICIAL.

En este sistema, el control de compatibilidad de las leyes esta conferido al Poder Judicial; dicho control puede llevarse a cabo con exclusividad por la Corte Suprema de Justicia, una Sala Constitucional –perteneciente al Organismo Judicial–, a bien estar encomendado a todos los jueces. También existe la posibilidad de la creación de un tribunal ajeno e independiente al Poder Judicial.

¹⁸ *Ibidem*. Págs. 16-17.

A.- SISTEMA DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

El control difuso de constitucionalidad, es el sistema por el cual todos los jueces del Poder Judicial, pueden declarar la inaplicabilidad –no la inconstitucionalidad– de una norma ordinaria por ser contraria a la Constitución; el control se ejerce exclusivamente en los procesos llevados ante la judicatura, y los efectos de la decisión son inter partes, la norma solo no se aplica y seguirá teniendo vigencia. Este sistema surge principalmente en los Estados Unidos de América como se verá a continuación.

A.1. DENOMINACIONES:

Bonilla Hernández, señala que a “este sistema se la ha denominado de diferentes maneras: (a) difuso, (b) americano, (c) descentralizado, (e) angloamericano, (f) anglosajón, (g) norteamericano, (h) incidental, etc. Cada una de estas denominaciones pretende describir alguna o algunas de las características u origen de dicho sistema; por ejemplo, el término *difuso* hace referencia a que la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes pueden llevarla a cabo cualquier juez del Poder Judicial; el *americano*, resalta que fue precisamente en Estados Unidos de América, con la famosa sentencia del Juez Marshall en el caso Marbury vs Madison, donde se inicia “formalmente” este sistema; *descentralizado*, expresión en contraposición con el sistema “concentrado” donde únicamente existe un tribunal encargado exclusivamente de velar por la constitucionalidad de las leyes; *angloamericano*, esta es una palabra compuesta por dos vocablos, derivados de “anglosajón” por ser dentro del *common law* de herencia inglesa, en contraste con el sistema *romanista o de derecho civil*, y el vocablo *americano*, que ya se explicó; *incidental*, porque se origina a partir de un proceso existente en el cual se están dilucidando pretensiones o cuestiones con relevancia jurídica.”¹⁹

A.2. ORIGEN

La Constitución Norteamericana regula en el artículo VI, segundo párrafo: “*Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que en Cumplimiento de ella sean creadas; y todos los Tratados previamente celebrados o que se celebren bajo la Autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley suprema de la Nación; y los Jueces de cada Estado*

¹⁹ Bonilla Hernández, Pablo Andrés, Justicia Constitucional y Sistemas de Control Constitucional Difuso y Concentrado. Tesis de grado. USAC. Guatemala 2007. Pág. 80.

estarán obligados a acatarla, aun cuando hubiere alguna Disposición en Contrario en la Constitución o en las Leyes de cualquier Estado.”

Lo anterior establece el deber de los jueces de *acatar* la Constitución sobre las disposiciones de las Constituciones o leyes de los otros Estados; sin embargo, el principio de jerarquía constitucional, control de constitucionalidad y sus efectos, entre otros, eran conceptos poco conocidos o desarrollados por el constitucionalismo que estaba en sus albores, por ello, los tratadistas al indicar el antecedente e inicio del sistema difuso de control de constitucionalidad lo han ubicado en el caso *Marbury versus Madison* de 1803, nunca señalando como antecedente directo el texto constitucional citado, por la falta de desarrollo de los conceptos señalados.

Por ello Cappelletti, citado por Bonilla Hernández, aclara: “El control difuso de constitucionalidad de las leyes, indiscutiblemente, ***fue impuesto por la jurisprudencia*** de los Estados Unidos de América e imitado posteriormente por varios países alrededor del mundo. Sin embargo, si bien es cierto que este sistema desde sus inicios poseyó características que le han valido ser considerado como el primero y único en su clase *per se*, también lo es el hecho que puedan encontrarse importantes y múltiples antecedentes históricos de mecanismos o instituciones *similares* al mismo; éstos pueden incluso ubicarse en el mismo derecho ateniense antiguo.”²⁰

El razonamiento de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Marbury versus Madison* es el siguiente: “*O bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso y como tales, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla. Si el primer extremo de la alternativa es la verdad, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución, no es una ley; si el segundo extremo de la alternativa es el verdadero, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente que todos aquellos que han elaborado*

²⁰ *Ibidem*. Pág. 84.

Como lo señala Capelletti, efectivamente pueden encontrarse anteces de control de constitucionalidad o de normas supremas en la antigüedad, así en Atenas “una decisión del consejo o de la asamblea podía ser impugnada mediante una forma especial de acción en la que se alegaba que aquella era contraria a la norma fundamental. Cualquier ciudadano podía presentar esa queja y entonces se suspendía la entrada en vigor de la ley en cuestión hasta que decidía un tribunal. Se juzgaba a la ley exactamente igual que a una persona, y una decisión adversa del tribunal la anulaba. En la práctica no había, al parecer límites al fundamento de tal acción; bastaba con la mera alegación de que la ley de que se tratase era inconveniente.” Sabine, George H. Historia de la Teoría Política. Tercera edición en español, séptima reimpresión. Fondo de Cultura Económica. 2006. México. Pág. 36.

constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución, debe considerarse inexistente. Esta teoría, por su esencia misma, va implícita en una Constitución escrita y, en consecuencia, este Tribunal tiene que considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad... Si una ley del Legislativo, contraria a la Constitución, es nula, a pesar de dicha nulidad ¿puede obligar a los tribunales a obedecerla y a ponerla en vigor? O, en otras palabras, a pesar de que no es ley ¿constituye una regla que tiene los mismos efectos que si fuera ley?... Indudablemente, es de la competencia y del deber del Poder Judicial el declarar cuáles la ley... Si una ley se opone a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución, haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esta es la verdadera esencia del deber judicial. ... los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, (luego) entonces la Constitución y no la tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.²¹

Lo anterior constituye el antecedente del origen del sistema difuso de control constitucional; siendo el punto de partida para el establecimiento y posterior desarrollo de dicho sistema. Nótese que el razonamiento no hace alusión al texto de la constitución, sino más bien el control de constitucionalidad esta dado por el razonamiento de los jueces, razón por la cual dicho sistema surge, como señala Cappelletti, *impuesto por la jurisprudencia* de los Estados Unidos.

A.3. CARACTERÍSTICAS

- a) De tipo concreto: el sistema difuso sólo se ejerce en casos sometidos al conocimiento de los jueces, por los sujetos intervinientes, generando la posibilidad de no aplicar la norma ordinaria al emitir una resolución o sentencia; excluyendo el análisis la ley de forma abstracta y confrontarla directamente con la constitución.

²¹ Carbonell, Miguel. *Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. Número 5 2006, Enero-Junio, Editorial Porrúa, SA. México. Pág. 291.

- b) Efectos de la decisión: las sentencias o resoluciones emitidas, tienen efectos *inter partes*, es decir, la inaplicabilidad de la norma contraria al texto constitucional únicamente afecta a las partes sometidas a juicio, por lo que seguirá teniendo vigencia para los demás casos; en otras palabras, los efectos no son *erga omnes*; sin embargo, los razonamientos o fundamentos de la Suprema Corte pueden ser considerados por los demás jueces al momento de resolver otros casos.
- c) Control a posteriori: el control difuso se ejerce una vez la norma ordinaria ha entrado en vigencia, y hasta que se pretenda aplicar a casos concretos, y sea sometido al conocimiento de los jueces.
- d) De acción privada: la posibilidad de solicitar la inaplicación de las normas contrarias al texto constitucional, es de *acción privada*, es decir, sólo los sujetos procesales con interés directo en el asunto, pueden pedir la aplicación de la constitución en vez de la norma ordinaria, no existiendo la *acción popular*.
- e) Discrecionales al decidir: en el sistema difuso hay mayor libertad para interpretar y aplicar las normas ordinarias y confrontarlas con la constitución, es decir, no son simples aplicadores de la ley, por el contrario, la función principal de los jueces es ser guardianes de la Constitución.
- f) Precedente judicial: las sentencias emanadas por las Supremas Cortes, en casos concretos sometidos a su conocimiento, son consideradas por los demás jueces al momento de resolver.
- g) Efectos ex tunc: los efectos de las declaratorias de no aplicación de la norma ordinaria son hacia el pasado, es decir, se retrotraen al momento que surge el conflicto entre las parte al momento de ser sometido al conocimiento de los juzgadores.

B.- SISTEMA CONCENTRADO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En el sistema concentrado, el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes está encomendado a un único órgano jurisdiccional; éste puede ser la Suprema Corte de Justicia, una Sala Constitucional perteneciente al Poder Judicial o un Tribunal independiente y ajeno al Organismo Judicial.

La forma de ejercer el control es diversa, ya que la declaratoria de incompatibilidad de la norma ordinaria puede ser general o concreta, a través de procedimientos directos ante el órgano encargado de ejercer la función – a través de la duda de constitucionalidad, suplica, recurso de anulación, etc.– o conociendo en segundo grado.

Este sistema surge principalmente en Estados cuyo ordenamiento jurídico pertenece al civil law, contrario al difuso cuyo origen y desarrollo se da en el common law.

B.1. ORIGEN

El sistema concentrado, tiene su origen específicamente en Europa, y el máximo antecedente debe buscarse en el Tribunal Constitucional establecido en la Constitución de Austria de 1920, basado en las ideas de Kelsen.

El artículo 89 de la Constitución de Austria de 1920 regulaba que los Tribunales no tenían competencia para examinar la validez de las leyes, decretos y tratados internacionales debidamente promulgados y que si existían objeciones por razón de ilegalidad contra la aplicación de algún decreto, se debía interponer, ante el Tribunal Constitucional, **la súplica** para que anulara dicho decreto. Si el Tribunal Supremo o algún tribunal competente para pronunciarse en segunda instancia tuvieren reparos contra la aplicación de una ley por razones de inconstitucionalidad, se debe interponer ante el Tribunal Constitucional **recurso de anulación** de dicha ley. Y en última instancia si el decreto que el Tribunal tenía que aplicar ya no estuviese en vigor, debía solicitarse en el recurso interpuesto ante el Tribunal Constitucional solicitar que éste dicte resolución en el sentido de que la norma legal era ilegal o anticonstitucional.

El artículo 139²² regulaba las funciones del Tribunal Constitucional, señalando que tenía competencia para conocer acerca de la *ilegalidad* de los decretos de distintas

²² "Artículo 139. 1. El Tribunal Constitucional conocerá acerca de la ilegalidad de los decretos de autoridades federales o regionales a instancias de cualquier tribunal, si bien lo hará de oficio cuando el decreto en cuestión haya de constituir el presupuesto para un pronunciamiento del propio Tribunal Constitucional. También entenderá de la ilegalidad de los decretos de autoridades regionales, incluso a instancias del Gobierno federal y acerca de la ilegalidad de los decretos de autoridades federales a instancia, incluso, de un Gobierno regional y sobre la ilegalidad de las órdenes de órganos de tutela de los municipios, ...3. El Tribunal Constitucional solamente podrá anular una ordenanza por razón de ilegalidad si se ha solicitado explícitamente la anulación o el propio Tribunal estuviera obligado a aplicarla al litigio pendiente ante él. Si el Tribunal Constitucional llegare, sin embargo, a la convicción de que la ordenanza entera: a) carece de fundamento legal; b) ha sido dictada por un órgano incompetente o bien; c) ha sido promulgada de forma ilegal, deberá anular la ordenanza entera como ilegal. ... 4. Si, en el momento de dictar resolución el Tribunal Constitucional, la ordenanza ya no estuviere en vigor y el procedimiento se hubiere incoado de oficio o la instancia se hubiere interpuesto por un tribunal o por persona que alegue haber sido directamente perjudicada en sus derechos por la ilegalidad de la ordenanza, deberá el Tribunal Constitucional decidir si la ordenanza era o no ilegal. ... 5. El fallo por el que el Tribunal Constitucional anule una ordenanza por motivo de ilegalidad, obliga a la suprema autoridad competente de la Federación o del Estado regional a publicar inmediatamente la anulación. ... La anulación entrará en vigor el día mismo de su publicación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración, plazo que no podrá exceder de seis meses, o bien de un año si fuese necesario adoptar providencias legales.6.

autoridades, pudiendo declarar su *anulación*, función llevada a cabo a instancia de cualquier tribunal o bien de oficio, según los casos que se señalaban; el fallo anulatoria, debía publicarse inmediatamente, señalándose la fecha en que el fallo entraría en vigor, y los efectos que se tenían en los casos aún tramitados en las judicaturas.

El artículo 140²³, regulaba la anulación o derogación por *anticonstitucionalidad* de distintas leyes o decretos emitidas por distintos organismos públicos, pudiendo ejercer la función a

Anulada una ordenanza por razón de ilegalidad o dictado por el Tribunal Constitucional el fallo conforme al párrafo 4, en el sentido de que una ordenanza es ilegal, quedarán vinculados a dicho pronunciamiento todos los tribunales y autoridades administrativas. Se seguirá, sin embargo, aplicando la ordenanza a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, con excepción del caso que haya dado precisamente origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiese dispuesto otra cosa en su sentencia. En caso de que el Tribunal haya fijado un plazo, conforme a lo previsto por el párrafo 5, en su fallo anulatorio, se aplicará la ordenanza a todas las situaciones de hecho consumadas antes de expirar dicho plazo, excepto el caso que haya dado origen a la sentencia.”

²³ “Artículo 140. 1. El Tribunal Constitucional entenderá de la posible anticonstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias del Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia, si bien conocerá de oficio cuando el propio Tribunal Constitucional tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente. Entenderá asimismo de la posible anticonstitucionalidad de las leyes regionales, a instancias, en su caso, del Gobierno federal, y de la posible anticonstitucionalidad de las leyes federales, a instancias, en su caso, de un Gobierno regional o de un tercio de los miembros del Consejo Nacional. Se podrá disponer por ley constitucional regional que tenga también este derecho de recurso un tercio de los componentes de la Asamblea regional, en cuanto a la inconstitucionalidad de leyes regionales. El Tribunal Constitucional conocerá igualmente de la anticonstitucionalidad de las leyes a instancia de cualquier persona que afirme haber sido directamente perjudicada en sus derechos por dicha razón, cuando la ley haya cobrado fuerza vinculante para dicha persona sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual. ... 2. En caso de que en un litigio pendiente ante el Tribunal Constitucional y en el que deba éste aplicar una ley, se desestimara la pretensión de la parte recurrente, proseguirán, sin embargo, las actuaciones ya iniciadas para la revisión de la constitucionalidad de la ley en cuestión. 3. El Tribunal Constitucional únicamente podrá anular una ley como anticonstitucional cuando se haya pedido expresamente su anulación o el propio Tribunal tuviera que aplicarla en el litigio pendiente ante él. Si el Tribunal Constitucional llegara, sin embargo, al convencimiento de que toda la ley ha sido dictada por un órgano legislativo no competente según el reparto de competencias o promulgada de modo anticonstitucional, deberá derogar la ley entera como anticonstitucional. No se aplicará esta norma cuando la anulación de la ley en su conjunto vaya manifiestamente contra los intereses jurídicos de la parte que haya interpuesto recurso con arreglo al último inciso del párrafo 1 o cuya acción procesal haya dado origen a la incoación de procedimiento de revisión de oficio de dicha ley. 4. Si en el momento de recaer el fallo del Tribunal Constitucional la ley ya no está en vigor y el procedimiento hubiere sido incoado de oficio o se hubiese interpuesto recurso por algún tribunal o por persona que alegue haber sido directamente perjudicada en sus derechos por la inconstitucionalidad de la ley, el Tribunal Constitucional deberá decidir si la ley era o no anticonstitucional... 5. El fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como anticonstitucional, obliga al Canciller federal o al Gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación... La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Dicho plazo no podrá exceder de un año. 6. Anulada por el Tribunal Constitucional una ley como anticonstitucional, volverán a entrar en vigor el día mismo en que surta efecto la derogación, a menos que el fallo haya dispuesto otra cosa, las disposiciones legales que hubiesen sido derogadas por la ley que el Tribunal haya declarado anticonstitucional. Se deberá especificar, además, en

instancia de cualquier tribunal, la Asamblea Regional, cualquier persona con interés o bien de oficio en casos concretos; regula la obligación de publicar la derogación, la fecha de vigor de la anulación.

En base a lo señalado pueden hacerse las siguientes consideraciones:

- a) Los jueces no pueden aplicar de manera directa la Constitución, cuando una norma ordinaria sea contraria a ella, deduciéndose que en el ejercicio de la función jurisdiccional son meros aplicadores de la ley, que no pueden o tienen limitado interpretar la ley en confrontación con la Constitución.
- b) Existen dos posibilidades para declarar la anulación de una ley: por ilegalidad y anticonstitucionalidad.
- c) Los efectos de la decisión pueden ser para el caso concreto o de forma general, es decir, efectos *erga omnes*.

B.2. CARACTERISTICAS

- a) Control previo y a posteriori: el Tribunal Constitucional, puede actuar previo a la entrada en vigencia de una norma jurídica, (opinión consultiva o dictamen, para el caso de Guatemala), pronunciándose sobre la constitucionalidad de una ley en proceso de formación, por solicitud de órganos públicos determinados; los efectos de las sentencias no son vinculantes (salvo el caso de dictamen favorable por la Corte de Constitucionalidad en Guatemala), sino más bien ilustran lo que sucedería si la norma fuera aprobada. En el caso del control a posteriori, el Tribunal actúa cuando la ley ya está en vigencia, y si se declara la inconstitucionalidad es expulsada del ordenamiento jurídico nacional.
- b) Efectos de las sentencia: si el control es *previo*, las resoluciones del Tribunal constitucional no son vinculantes, por tratarse de una opinión consultiva (salvo el dictamen favorable necesario para reformar leyes constitucionales en el caso

la publicación relativa a la anulación de la ley si vuelve a entrar en vigor alguna disposición legal y en caso afirmativo, cuáles. 7. Anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal Constitucional, conforme al párrafo 4, en el sentido de que una ley es anticonstitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes de que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia."

guatemalteco); en el control *a posteriori*, los efectos son *erga omnes*, siendo expulsada del ordenamiento jurídico la ley declarada inconstitucional.

- c) Abstracto: en el sistema concentrado, el Tribunal Constitucional, por lo general, no conoce casos concretos (en Guatemala, la Corte de Constitucionalidad conoce en apelación de toda inconstitucionalidad de carácter concreto); en este sistema los conflictos constitucionales conocidos son genéricos, donde no hay interés particular, el estudio realizado es únicamente entre la ley y la constitución.
- d) Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional (para el caso guatemalteco), en el control *a posteriori*, son *ex nunc*, por la naturaleza constitutiva del fallo, es decir, los efectos del fallo inician desde que se dicta, salvo cuando se haya decretado la *suspensión provisional*, supuesto en que los efectos se retrotraen al momento en que fue decretado.
- e) Los legitimados para promover el control de constitucionalidad varía, según el sistema que se siga; en Guatemala, existe la *acción popular*, ya que cualquier persona u organismo público puede instar la actividad de la Corte de Constitucionalidad; en algunos otros países, por el contrario, se sigue un sistema de *numerus clausus*, donde los sujetos legitimados están determinados, como sucedió en la Constitución guatemalteca de 1965, cuyo artículo 264, regulaba quienes podían interponer el *recurso* de inconstitucionalidad: 1) El Consejo de Estado; 2) El Colegio de Abogados, por decisión de su asamblea general; 3) El Ministerio Público, por disposición del Presidente de la República, tomada en Consejo de Ministros. 4) Cualquier persona o entidad ***a quien afecte directamente*** la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados en ejercicio;
- f) En este sistema la interpretación y aplicación de la ley está restringida, siendo los jueces meros aplicadores de normas jurídicas, que se presumen constitucionales, hasta que el Tribunal Constitucional decida lo contrario.

C.- SISTEMA MIXTO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

“Este sistema también denominado: dual, paralelo o simbiótico. No es un sistema puro, sino, como su nombre lo indica, implica una combinación de los dos sistemas que fueron analizados con anterioridad —el difuso y concentrado—, ya que, al tiempo que existe un órgano que desarrolla funciones de control abstracto y concentrado, por el que se pueden expulsar del ordenamiento jurídico una norma inconstitucional, también se otorgan

competencias al resto de tribunales para realizar un examen incidental y difuso, por el cual pueden inaplicar una norma jurídica que colisiona con la Constitución. // En efecto, en Guatemala contamos con un modelo dual, ya que coexisten mecanismos de control difuso –por medio de la inconstitucionalidad en caso concreto– y de control concentrado –por medio de la inconstitucionalidad general–.”²⁴

En el párrafo anterior al sistema mixto se le denomina *dual, paralelo o simbiótico*; lo cual es incorrecto como se verá al analizar este sistema; sin embargo, para efectos de aclaración, la nota característica del modelo o sistema mixto es la *mezcla* entre el sistema difuso y concentrado, es decir, que aparte que ambos sistemas se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico, ambos se entrelazan.

Así lo ha señalado García Belaunde “*sistemas mixtos*, es decir, mezcla de dos o más modelos, con diferentes elementos, que dan lugar a un *tertium*, que no es lo que son los dos anteriores, pero tampoco algo enteramente novedoso u original sino más bien sincrético. Por cierto, este *mixtum* es algo derivado, pues proviene de otros.”²⁵

Para el caso de Guatemala, el sistema es mixto²⁶, toda vez que existen ambos sistemas – difuso y concentrado–, pero la Corte de Constitucionalidad aparte de tener competencia abstracta, también lo tiene en casos particulares, cuando conoce en apelación, y resuelve en definitiva, las inconstitucionalidades en casos concretos, dándose así la “*mixtura*” de ambos sistemas, característica esencial del sistema mixto.

D.- SISTEMA DUAL O PARALELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

“El modelo *dual o paralelo* –puede llamársele indistintamente– es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y esto, que no es frecuente, tiene su partida de nacimiento en la Constitución peruana de 1979, y ha sido reiterado en la vigente Carta de 1993”²⁷

²⁴ Varios autores. Opus Magna Constitucional Guatemalteco 2010 Tomo I. Ob. Cit. Pág. 296.

²⁵ García Belaunde, Ob. Cit. Pág. 132.

²⁶ Flores Juárez, Ob. Cit. Pág. 203. “*Muchos estados latinoamericanos han asumido el llamado sistema mixto, ... y este es el caso de Guatemala ya que en nuestro país la Constitución recogió ambos sistemas –el difuso y el concentrado– con el objeto de proveer varias opciones para la defensa de la misma.*”

²⁷ García Belaunde, Ob. Cit. Pág. 133.

Nótese la diferencia entre el modelo mixto y dual: a) la característica que diferencia a ambos sistemas es la posibilidad de “mezcla”, “deformación” o “desnaturalización” entre ambos; cuando la coexistencia de los modelos es a través de su mezcla, el modelo es mixto, cuando no hay mezcla, es dual o paralelo; b) en base a lo anterior característica, al modelo mixto no puede dársele la nomenclatura de “dual” o “paralelo”, porque éste se da cuando existen ambos modelo, pero sin mezclarse.

2.- SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN GUATEMALA.

En Guatemala, el sistema de control constitucional es mixto; existe una Corte de Constitucionalidad con competencia para declarar la inconstitucionalidad y expulsar del ordenamiento jurídico normas opuestas al texto supremo; también todos los jueces del Poder Judicial, tienen competencia de inaplicar una norma jurídica en un caso concreto, ya sea a petición de parte o de oficio.

2.1. SISTEMA CONCENTRADO.

A. ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

De conformidad con el artículo 268 de la Constitución Guatemalteca, la Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado.

B. INTEGRACIÓN

La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco magistrados titulares y cinco suplentes, designados por:

- a) un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia;
- b) un magistrado por el pleno del Congreso de la República;
- c) un magistrado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros;
- d) un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos;
- e) un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados.

C. REQUISITOS PARA SER MAGISTRADO

- a) ser guatemalteco de origen;

- b) ser abogado colegiado;
- c) ser de reconocida honorabilidad;
- d) tener por lo menos quince años de graduación profesional;
- e) deberán ser escogidos preferentemente entre personas con experiencia en la función y administración pública, magistraturas, ejercicio profesional y docencia universitaria, según el órgano del Estado que lo designe.

D. DURACIÓN EN EL CARGO Y PRESIDENCIA.

Los magistrados duran cinco años en el ejercicio de la magistratura, y la presidencia se ejercerá por los magistrados titulares, en forma rotativa, en período de un año, comenzando por el de mayor edad y siguiendo en orden descendente de edades.

E.- FUNCIONES DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD.

Dentro del sistema de control de constitucionalidad, corresponde a la Corte velar por el estricto cumplimiento de la norma suprema, pudiéndolo hacer de dos maneras:

- a) *función preventiva*: de conformidad con el artículo 272 de la Constitución Política de la República de Guatemala, corresponde a la Corte de Constitucionalidad, emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado. Y según el artículo 164 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, le corresponde a la Corte, dictaminar sobre la reforma de las leyes constitucionales previamente a su aprobación. Dentro de esta función, de tipo preventiva, la norma jurídica aún no se encuentra vigente en el Estado Guatemalteco, por ello la Corte emite opinión acerca de la constitucionalidad de la misma, sin que dicha opinión sea vinculante.
- b) *función reparadora*: una vez un texto legal tenga vigencia dentro del ordenamiento jurídico, corresponderá a la Corte decidir si dicha norma se encuentra o no conforme a la normativa suprema; si existe discrepancia, deberá expulsar la norma ordinaria, reparando o protegiendo así el texto constitucional.

F. EFECTOS DE LAS SENTENCIA DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

Cuando la Corte declara que una norma ordinaria, vigente en el ordenamiento jurídico, es contraria la Constitución, los efectos de la misma son los siguientes:

- a) *efectos erga omnes*: al ser expulsado del sistema normativo una norma ordinaria, la sentencia que así lo declara, surte efectos jurídicos en todo el territorio.
- b) *efectos ex nunc*: de conformidad con el artículo 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, las normas declaradas inconstitucionales, dejarán de surtir efectos desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial.
- c) *efectos ex tunc*: según el artículo 141 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, cuando se hubiere acordado la suspensión provisional de la vigencia de la norma jurídica, los efectos del fallo se retrotraerán a la fecha en que se publicó en el Diario de Centroamérica la suspensión.

G. LEGITIMIDAD PARA PLANTEAR LA INCONSTITUCIONALIDAD

De conformidad con el artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, tienen legitimidad para plantear las inconstitucionalidades:

- a) La Junta Directiva del Colegio de Abogados, actuando a través de su Presidente;
- b) El Ministerio Público, a través del Procurador General de la Nación;
- c) El Procurador de los Derechos Humanos;
- d) Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos.

2.2. SISTEMA DIFUSO.

Los artículos 44, 149²⁸, 175 y 204 de la Constitución Política de la República, establecen el principio de supremacía normativa, señalando que la Constitución prevalece sobre

²⁸ La Corte de Constitucionalidad, dentro del expediente 1822-2011, de inconstitucionalidad general parcial por omisión señaló: “la omisión legislativa puede ser denunciada también cuando se estima la transgresión a normas constitucionales como las contenidas en los artículos 44 y 46 de la propia Constitución, vinculada tal omisión a la prohibición de una protección deficiente en materia de derechos humanos. ... Ello implica realizar el análisis confrontativo que requieren acciones de inconstitucionalidad como ésta, por el que se posibilite verificar si en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad en adecuación de tipos penales con no sólo conforme a normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que impulsaron los compromisos estatales para la tipificación de la tortura, cuestión que ha sido consentida por la doctrina y la jurisprudencia constitucional extranjera por la figura del “bloque de constitucionalidad”, institución que ha permitido realizar dicha integración de la Constitución material, pues de no advertirse lo anterior, la omisión relativa determinada implicaría, por sí sola, contravención de los artículos 44, 46 y 149 de la Constitución Política.” A partir de este criterio jurisprudencial la Corte ha señalado que también el artículo 149 de la Constitución, cuyo contenido es contribuir al mantenimiento de la paz, libertad, al “respeto y defensa de los derechos humanos”, interpretado conjuntamente con el artículo 44 –que regula expresamente el principio de jerarquía normativa– y 46 de dicho cuerpo normativo, el mismo debe ser considerado como norma que también se relaciona al principio de supremacía constitucional.

cualquier ley o tratado, indicando además que toda contravención es nula ipso iure, es decir, sin necesidad de declaración alguna.

El artículo 204 constitucional establece el deber –*observaran obligatoriamente*– de los jueces aplicar en toda resolución o sentencia preferentemente la Constitución.

A. FORMAS DE INAPLICARSE LAS NORMAS CONTRARIAS A LA CONSTITUCIÓN

- a) *de oficio*: ya se estableció el deber de los Jueces de aplicar la Constitución en *toda resolución o sentencia*, es decir, no existe discrecionalidad, consecuentemente es innecesaria la petición parte.
- b) *inconstitucionalidad en caso concreto*: dentro de los procesos judiciales, las partes o sujetos procesales con un interés en el asunto, pueden pedir, a través del procedimiento establecido en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que una norma ordinaria no sea aplicada al caso concreto; el planteamiento puede hacer como acción, excepción, incidente, hacer el planteamiento en casación antes que se dicte el fallo, según se esté en un caso administrativo o laboral. (artículos: 116 al 119 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).

B. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES

- a) *efectos inter-partes*: cuando órgano jurisdiccional declara inaplicable una norma jurídica, los efectos del fallo son únicamente para las partes dentro del proceso, no pudiendo vincular a terceros ajenos al mismo.
- b) *efectos ex tunc*: al declarase inaplicable una ley ordinaria al caso concreto, los efectos del fallo, se retrotraerán al momento en que surge la controversia entre las partes del proceso.

C. LEGITIMIDAD PARA PLANTEAR LA INCONSTITUCIONALIDAD

En casos concretos, debe existir un proceso en trámite, y serán únicamente las partes con interés dentro del caso concreto, quienes podrán plantear el conflicto constitucional, a efectos que la norma ordinaria no sea aplicada; consecuentemente, un tercero ajeno al proceso tendrá imposibilidad de hacer dicho planteamiento.

CAPITULO III

FACTORES JURÍDICOS QUE INFLUYERON EN EL ORIGEN DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESTADOS UNIDOS Y GUATEMALA

1. CULTURAS JURÍDICAS

La importancia de los antecedentes históricos de cualquier situación de la vida humana, permite comprender el contexto del surgimiento de instituciones sociales; en el tema que nos ocupa, dichas referencias nos permitirá comprender y comparar los sistemas jurídicos de Estados Unidos de América y Guatemala, señalando diferencias y similitudes, a efecto de poder determinar las causas de los distintos modelos o sistemas de control de constitucionalidad.

El sistema jurídico de los Estados Unidos tiene su origen en la familia del *common law*, mientras que el guatemalteco en el *civil law*; ambos sistemas tienen marcadas diferencias. En el sistema anglosajón las universidades forman abogados, los estudios de derecho parten del análisis de precedentes judiciales, la costumbre jurídica tiene vital importancia, al ser reguladora de gran parte de la vida de la sociedad, se dice también que los jueces crean derecho o descubren el derecho (a partir del contenido que debe tener la “ley”, según el pensamiento jurídico del siglo XVII en Inglaterra); ahora bien, en el sistema del *civil law* se forman juristas, los estudios de derecho parten del estudio de la ley y la norma jurídica, hay una desconfianza en la función jurisdiccional, como consecuencia los jueces deben ser la boca muda de la ley.

No tener en cuenta las diferencias entre ambos sistemas, en no pocas ocasiones lleva a los Estados a implementar instituciones jurídicas y políticas de manera formal, es decir, reglamentada a nivel constitucional o legal, pero no de forma sustancial, tomando en cuenta toda la cultura jurídica o política de donde provenga la institución a imitar; lo que lleva al fracaso de la implementación. Por ello, le asiste razón a Rodolfo Piza Racafort, refiriéndose a la influencia del constitucionalismo estadounidense en los países latinoamericanos: *“La influencia, aunque tardía, se ha hecho sentir en todos los países democráticos. En la mayoría de la América Latina, sin embargo, su implantación formal en las constituciones, no ha calado aún en la mente de los jueces llamados a ejercer la función. Siglos de pusilanimidad y timidez de nuestros tribunales –uso aquí las palabras*

*de Cappeletti– no se cambian por decreto. Nuestros jueces educados para aplicar las leyes, tienen poca capacidad para juzgarlas desde la perspectiva constitucional.*²⁹

Corresponde hacer pues un breve estudio de la cultura jurídica del common law, a efecto de comprender sus inicios y sus diferencias con el civil law. Morineau, señala “la escasa influencia del derecho romano en Inglaterra, durante el tiempo de la invasión del Imperio Romano, permitiendo un desarrollo propio de su derecho. El derecho inglés está conformado principalmente por *El common law* y el *Equity*. Guillermo I y sus sucesores se percataron que como base de la unidad nacional, era necesario lograr tanto la unificación de la administración de justicia, como del derecho, y que ambos objetivos deberían alcanzarse a través de la labor de los jueces reales. Con el tiempo, la Corona logró el establecimiento de tres tribunales, con sede en la ciudad de Londres, en la Sala de Tribunales de Westminster, que fueron el Tribunal del Tesoro ..., para asuntos hacendarios, el Tribunal del Banco del rey ..., con jurisdicción tanto civil como penal y el Tribunal de Causas Comunes ..., con jurisdicción civil... Para poder resolver los asuntos de su competencia, los tribunales reales debieron buscar lo que había de “común” en las costumbres locales, para así crear un derecho unificado, reglas, que aunque en un principio estuvieran basada en esas mismas costumbres, serían, en adelante, las normas aplicables en todo el país, o sea, que se convertirían en un derecho común a todo el territorio, y así surgió el *Common Law*, la *comune ley*, como la llamaron los normados.”³⁰

Continua manifestando Morineau “en el siglo XIV, los particulares, cuando no pudieron obtener justicia de los tribunales reales, empezaron a llevar sus quejar directamente al rey, quien a su vez, las turnó al canciller, como la persona idónea para resolverlas, ... De ahí que, para encargarse de estos asuntos, el canciller tuviera que crear un nuevo tribunal, que fue el Tribunal de la Cancillería,... que al principio funcionó como tribunal de equidad. De tal forma, el canciller, para llegar a una decisión debía tomar en cuenta las circunstancias especiales del caso, la intención más que la forma y procurar, además, hacerlo en el menor tiempo posible. Los jueces de la Cancillería gozaban de una gran discrecionalidad y se consideró entonces y aún se considera ahora, que los “remedios de *Equity*” se originan y tienen su fundamento precisamente en la equidad. Se puede decir

²⁹ Varios Autores. La Constitución Norteamericana y su Influencia en Latinoamérica (200 años 1787 – 1987). Cuadernos de CAPEL 23. Primera Edición, CAPEL, Costa Rica, 1987. Pág. 79.

³⁰ Morineau, Marta, Una Introducción al *Common Law*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Segunda reimpresión 2004. México. Pág. 15

que la *Equity* nació como una rama complementaria del *Common Law*, para remedir situaciones que este último, debido a su carácter más rígido y formal, fue incapaz de resolver. De tal suerte, la jurisdicción del *Equity* se extendió a situaciones desconocidas, no contempladas por el *Common Law*, dando lugar, en el ámbito procesal, a la creación de nuevas instituciones que, de esa manera, también ampliaron el campo del derecho sustantivo.”³¹

Como podrá evidenciarse el *common law* no fue influenciado fuertemente por el Imperio Romano, específicamente por su sistema jurídico (hasta el día de hoy se estudia en las Universidades con tradición de civil law), por el contrario, en el transcurso del tiempo creó y desarrollo su propio derecho, basado en la costumbre y lo común de los diferentes normativas que existían. Se evidencia también cierta discrecionalidad en la función de jueces y tribunales para resolver.

El sistema difuso de control de constitucionalidad surge en el seno del *common law*, mientras que el sistema concentrado surge en la familia del *civil law*; cabe recordar que Estados Unidos fue colonizado por Inglaterra y trajo “*consigo la tradición jurídica anglosajona, adoptando sus principios e instituciones a las realidades de su momento*”³²; por el contrario, Guatemala, al ser conquistada y colonizada por España³³, fue fiel seguidor del sistema del *civil law* y previo a la independencia siguió las leyes de la Corona –perteneciente al *derecho civil*– y posterior a 1821 dirigió su mirada principalmente a países Europeos (Francia, y su sistema surgido a raíz de la Revolución Francesa, principalmente el Código de Napoleón) en la creación de sus principales leyes, códigos, principios, instituciones y organización jurídica, tomando en cuenta que dichas normas

³¹ *Ibidem*. Pág.17-18.

³² Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Pág. 137.

³³ Varios Autores. Derecho Constitucional Comparado. México – Estados Unidos. Tomo I. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1990. Pág. 23. “*Inglaterra nunca dictó la masiva legislación que España y Portugal dieron a sus colonias. Además, de acuerdo con sus cartas constitutivas, los colonos gozaron de una gran medida de autogobierno. En 1636 la Asamblea General de Massachusetts adoptó una resolución que ordenó a las autoridades “redactar un proyecto de ley que se conformara con la Palabra de Dios” y exhortó a los jueces a oír y determinar los fallos “de acuerdo con la leyes actualmente vigentes y, cuando no haya ley, acercarse lo más posible a la ley de Dios”. Por tanto, ha sido la Biblia más bien que el derecho inglés, la que inicialmente sirvió de principal fuente jurídica a esa importante colonia. En todo caso, antes de 1700 la mayoría de los magistrados norteamericanos carecían de formación jurídica, y como legos no eran capaces de comprender las sutilezas de las reglas y principios elaborados por los tribunales ingleses. A veces los colonos miraban dichos refinamientos con abierto desdén. Se cuenta que un juez norteamericano instruyó al jurado, diciéndole: “Hagan justicia entre las partes, no según los subterfugios jurídicos que se encuentran en Coke o Blackstone –libros que nunca he leído y que jamás leeré- sino según el sentido común que existe de hombre a hombre.”*

jurídicas pertenecían a su propio sistema, salvo algunas excepciones como los Códigos de Livingston, de poca vida en nuestro país, por no ser de la familia del civil law.

Al notar las diferencias entre ambas culturas se puede afirmar categóricamente que el sistema difuso en Guatemala fue adoptado de manera formal, es decir, a la creencia que el mismo se implementa por la mera regulación, constitucional o legal, en la que los jueces deben inaplicar la ley cuando es contraria a la Constitución³⁴; además, existe duda incluso si los jueces pueden inaplicar de oficio leyes contradictorias a la ley suprema, creyendo necesario el planteamiento de inconstitucionalidad en caso concreto³⁵ y en el

³⁴ Antecedentes como este existen en Guatemala, así desde los albores de la independencia Mariano Gálvez señalaba: “El Jefe de Estado, doctor Mariano Gálvez, escribía al ex Jefe de Estado, don Pedro Molina, el 19 de noviembre de 1837, al respecto: Ha leído usted **La Democracia en América**, que he puesto en sus manos, y usted habrá visto en ella el remedio que tienen todos los Estados Unidos del Norte para anular el efecto de las leyes inconstitucionales, remedio eficaz, y sin los inconvenientes gravísimos de que el ejecutivo se haga superior al cuerpo legislativo. Los jueces y Tribunales, en cada caso, a reclamación de parte, juzgan por la Constitución y no por la ley contraria a ella. ¿No podremos nosotros hacer lo mismo, cuando hemos querido imitar las instituciones del norte? y antes, en su **Mensaje** a la Asamblea Legislativa, al iniciar sus sesiones en 1833, en el clímax de un agudo conflicto entre el ejecutivo y el legislativo, afirmaba que la paz es inconcebible mientras la Constitución Política sea un simulacro burlado en nombre de las leyes secundarias, emanadas de tronos corrompidos erigidos en tiempos de barbarie. Aunque no fue recogido en la Constitución Federal, a nivel de legislación ordinaria pronto apareció, la Asamblea Legislativa del Estado de Guatemala, el más importante de la Federación Centroamericana –que lo constituían otros cuatro (el Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica– promulgó el decreto de 11 de setiembre (sic) de 1837, con el nombre de Declaración de los **Derechos y Garantías que pertenece a todos los ciudadanos y habitantes del Estado de Guatemala.**” Varios Autores. La Constitución Norteamericana y su Influencia en Latinoamérica. Ob. Cit. Pág. 79.

³⁵ “¿Qué ocurre cuando, sin plantearlo las partes, el Juez se enfrenta con la aplicación de una Ley inconstitucional? La realidad es que ni la Constitución ni la Ley de Amparo prevén la posibilidad de que el Juez, de oficio, pueda cuestionarse e impulsar la incoación de un procedimiento de declaración de inconstitucionalidad en el caso concreto, de forma que, ante la inacción de las partes, el Juez ha de aplicar la Ley aunque tenga fundados motivos para estimar que es inconstitucional. **Sin embargo, la cuestión no es pacífica**, ya que existen artículos en la Constitución de la República de Guatemala que parecen habilitar al Juez para inaplicar las Leyes contrarias a la Constitución...44,...175...204... Indudablemente el juego combinado de estos artículos da pie a que el Juez pueda, en el caso concreto, de oficio, inaplicar la Ley que estime que contraría la Constitución. Aunque esta posibilidad no parece casar bien con la competencia atribuida a la Corte de Constitucionalidad para declarar la inconstitucionalidad de las Leyes en única instancia o en apelación ... es lo cierto que el supuesto aquí contemplado supone una laguna en las previsiones constitucionales que podría posibilitar la inaplicación de oficio por los jueces sin necesidad de seguir los cauces previstos en la Constitución para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes...” Varios Autores. El Amparo en Guatemala. Problemas y Soluciones. Cuadernos Judiciales de Guatemala No. 2. Ediciones del Organismo Judicial. Pág. 124.

“Sobre este punto [control de constitucionalidad de oficio] es pertinente matizar que conforme lo preceptuado en el artículo 204 de la CPRG los tribunales siempre deben aplicar la Carta Magna con preeminencia a cualquier norma infra-constitucional, mandato general que prácticamente extiende los alcances del control difuso de constitucionalidad a todo asunto sometido al conocimiento de los jueces, **indistintamente de si ha sido instada o no la inconstitucionalidad indirecta**; es decir, al tenor de esa intelección, subyace latente la posibilidad de que aquéllos inapliquen ex officio una disposición legal cuando arriben a la convicción de que no armoniza con el texto constitucional. **Empero, es inusual que asuman esa postura, por el natural temor de arrogarse una facultad que no entienden explícitamente reconocida.** La implementación de la figura de “cuestión o consulta de constitucionalidad” prevista en otras legislaciones podría coadyuvar a clarificar la situación.” Varios Autores. OPUS MAGNA Constitucional Guatemalteco. 2010. Tomo I. Instituto de Justicia Constitucional. Guatemala 2010. Pág. 190.

“Los sistemas de control jurisdiccional por vía de excepción, que también suelen denominarse “de control difuso” ostentan como nota relevante, según se habrá advertido, el auto-control de la constitucionalidad, es decir, que son los mismos jueces, de cualquier

peor de los casos, la necesidad de implementación de la “cuestión de constitucionalidad”, planteada por el Juez, que conoce del caso, a las cortes superiores.

Desconocer el contexto o factores que posibilitaron el surgimiento del sistema difuso, hizo creer en la cultura jurídica guatemalteca que a través de una mera regulación, constitucional o infra-constitucional³⁶ de la posibilidad de inaplicar las leyes contrarias a la Carta Magna, era suficiente para implementar dicho sistema, sin embargo, la historia ha demostrado lo contrario, *“La ley constitucional, al igual que el sistema político que gobierna y refleja, [y en el presente caso, el sistema difuso] es un producto de la historia, tradiciones y valores de cada sociedad.”*³⁷

Para confirmar lo anterior basta señalar que mediante decreto de septiembre de 1845 la revisión judicial quedó prohibida y penada, además en el período conservador no hubo Constitución, los liberales promulgaron una, hasta 1879, y la primera regulación constitucional respecto al sistema difuso fue en las reformas constitucionales de 1927,

categoría que sean, los que, por preterición aplicativa de una ley secundaria opuesta la Constitución, tutelan ésta en cada caso concreto mediante la adecuación de sus decisiones a los mandamientos del Código Fundamental. // El problema de si en nuestro país debe operar dicho auto-control, con vista a lo establecido en el artículo 133 de la Constitución, no ha dejado de apasionar a los estudiosos del derecho. Este precepto consigna a la obligación deontológica para todas las autoridades judiciales en el sentido de “arreglar” sus decisiones a la Ley Suprema, “a pesar de disposiciones en contrario que puedan haber en las constituciones o leyes de los Estados.” El cumplimiento de tal obligación entraña el análisis previo, ineludible y “motu proprio” de la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la norma secundaria que pueda o no oponerse a la Constitución. // El citado problema ha planteado, por ende, el dilema consistente en determinar si las cuestiones de inconstitucionalidad de leyes sólo pueden abordarse y definirse por la Justicia Federal a través del juicio de amparo principalmente, o si también pueden ser tratadas por cualquier autoridad judicial en acatamiento de la consabida obligación.” Burgoa, Ignacio. El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa. S A. México 1983. Vigésima edición. Pág. 161-162.

Ver también: Umaña Calderón, José Wilfredo, El Control de Oficio de la Inaplicación, por inconstitucionalidad, de las Normas Ordinarias. Tesis de posgrado. Universidad de San Carlos, Guatemala 2010.

³⁶ “... c) Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde al Poder Judicial declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros Poderes, cuando fuere contraria a los preceptos contenidos en la Constitución de la República; pero esta facultad sólo podrán hacer uso en las sentencias que pronuncie; ...” Artículo 93, de la Ley Constitutiva de la República de Guatemala, reformada por el artículo 20 –Reformas a la Constitución de la República de Guatemala 1921–. Artículo 5º: “Que toda determinación sea en forma de ley, decreto, providencia, sentencia, auto u orden que proceda de cualquier poder, si ataca alguno o algunos de los derechos naturales del hombre, o de la comunidad, o cualquiera de las garantías consignadas en la ley fundamental, es ipso jure nula, y ninguno tiene obligación de acatarla y obedecerla” “Declaración de los Derechos y Garantías Que Pertenecen a Todos los Ciudadanos y Habitantes del Estado de Guatemala”, de 1837 Artículo. 1º “ninguna ley evidentemente contraria a la Constitución puede ni debe subsistir”. Artículo 2º “Cuando se presente alguna ley notoriamente contraria a la Constitución, los tribunales deberán arreglarse en sus juicios al sentido claro de la fundamental, informando en seguida al cuerpo legislativo”. Artículo 3º “Con respecto a los casos dudosos de contradicción, los tribunales y cualquier ciudadano pueden pedir a la asamblea la declaratoria correspondiente, sin perjuicio de que dichos tribunales resuelvan desde luego, según entiendan de justicia, y por su propio convencimiento”. Artículo 4º “la declaratoria que haga el cuerpo legislativo, solamente podrá aplicarse a los casos posteriores al que motivo la duda; y sin que pueda tener jamás un efecto retroactivo” Decreto de la Asamblea Legislativa del Estado, de fecha **28 de febrero de 1838**.

³⁷ Varios Autores. Derecho Constitucional Comparado. México – Estados Unidos. Ob. Cit. Pág. 7.

consecuentemente durante 82 años en la historia jurídica guatemalteca, el sistema difuso estuvo prohibido.

2.- FUENTES DEL DERECHO.

Las fuentes del derecho, es tema que atrae a juristas y filósofos del derecho; sin embargo, el tema adquiere un grado de mayor relevancia cuando se pretende comparar los sistemas difusos y concentrados de constitucionalidad, porque las fuentes del derecho en el sistema inglés y europeo-continental han sido distintas, teniendo esto implicancia directa en los sistemas de control constitucional.

2.1. LA JURISPRUDENCIA:

El término “jurisprudencia” tiene diferentes significados, sin embargo, para objeto del presente estudio, se diferenciará entre jurisprudencia como *precedente judicial* y como *doctrina legal* equiparándolo a la ley; el primer término, de raigambre anglosajona, refiere a los fallos emitidos por las Cortes Superiores, y que orientan la función judicial de los jueces; el segundo término, surgido en el sistema europeo-continental, se refiere a los fallos emitidos por la Corte Suprema, sobre un mismo asunto y en el mismo sentido, teniendo fuerza de ley para los jueces ordinarios, estando obligados a respetar la misma.

En el sistema del common law, los precedentes tienen gran fuerza para resolver casos concretos; es más, la mayoría de jueces entienden que estos fallos son la fuente más importante del derecho, ya que la ley es abstracta y general y no dice nada respecto a los casos particulares, siendo los jueces en última instancia a quienes corresponde decidir.

“Una sentencia no es únicamente un proceso de descubrimiento, sino también –en grado considerable– un proceso de creación. El juez interpreta la conciencia social y le da realidad en el Derecho, pero al hacerlo contribuye a formar y modificar la conciencia que interpreta.” “Nadie conoce el Derecho relativo a ningún asunto o situación, transacción o acontecimiento dados hasta que ha habido una decisión específica al respecto.”³⁸

Si bien es cierto, los precedentes son de carácter orientador y no vinculante, en la mayoría de ordenamientos jurídicos del common law, una vez las Cortes Supremas ha emitido determinado criterio respecto a un caso en particular, por lo general, los jueces

³⁸ Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión de la segunda edición. Colombia 2004. Pág. 355 y 361.

inferiores seguirán ese criterio en los asuntos sometidos a su consideración, sin que sea necesario establecer doctrina legal (institución desconocida en el derecho inglés).

Lo anterior lleva irremediablemente a considerar a la jurisprudencia como fuente del derecho, contraria y distinta a la ley emitida por el legislador, es decir, el juez tiene la posibilidad real y efectiva de resolver casos concretos teniendo en cuenta de manera directa precedentes judiciales. Por el contrario, en el sistema europeo continental, la doctrina legal es equiparada a ley, y deben reunirse cierto número de resoluciones para ser vinculante para los jueces inferiores. La doctrina legal tiene como finalidad “interpretar la ley” y no permitir su violación; por ello, no es casualidad que en los sistemas europeo-continenciales se hayan instituido Tribunales de casación, a efecto de señalar la interpretación correcta de la ley (que para las épocas cuando surgen dichos tribunales, la ley era la forma en que el monarca emitía su voluntad, de ahí que debía observarse rigurosamente su mandato).

2.2. LA LEY

“...la respuesta a la proliferación de costumbres y a la imprevisibilidad e inaccesibilidad de la jurisprudencia fue, con la Revolución Francesa, el descubrimiento de la ley como fuente exclusiva del derecho y de la codificación como instrumento idóneo de conocimiento...”
“El racionalismo aplicado a la política, la demanda de mayor certeza y seguridad ante el particularísimo jurídico del *Ancien Regime* y el monopolio por el Estado del poder normativo fueron los factores que hicieron posible la aparición y desarrollo de una voluntad de racionalización y sistematización del sistema jurídico que se orientó en una doble y complementaria dirección: la codificación para facilitar el conocimiento del derecho vigente y el arte de la legislación que prometía mejores leyes.”³⁹

En este contexto surge el “*principio de legalidad*”, es decir, la potestad absoluta del legislador para crear normas jurídicas, establecer supuestos de hecho y sus consecuencias; de tal cuenta que toda situación de hecho está regulado por el legislador, ya sea porque está prohibido o permitido. Por ello, los juzgadores no se encontraran ante lagunas de ley, situaciones de hecho no previstas, normas ambiguas, porque el legislador lo ha previsto todo desde el momento mismo de su labor legislativa.

³⁹ Zapatero, Virgilio. El Arte de Legislar. Editorial Aranzadi, S.A. Primera Edición. España 2009. Pág. 11 y 13.

Que la ley sea la única fuente del derecho, es consecuencia de la desconfianza de los revolucionarios franceses hacia los jueces de la monarquía. “El 24 de marzo de 1790, Thouret abre en la Constituyente la discusión sobre la nueva organización del poder judicial. Poder que, según él, se halla “desnaturalizado” en Francia de tres maneras. Por una apropiación privada: los oficios de juez se venden, se transmiten por herencia, tienen un valor comercial y la justicia que se administra es, por eso mismo, onerosa. Por una confusión entre dos tipos de poder: el que administra la justicia y formula una sentencia aplicando la ley y el que hace la ley misma. Finalmente, por la existencia de toda una serie de privilegios que vuelven desigual el ejercicio de la justicia: hay tribunales, procedimientos, litigantes, delitos incluso, que son “privilegiados” y que quedan fuera del derecho común.”⁴⁰

Al tener este tipo de antecedente, era necesario limitar la función de los jueces, en cuanto a las normas sustantivas, tipo de procedimiento, valoración jurídica, formas de sentencia, etc.; es decir, se pretendía establecer de manera clara e inequívoca cual debía ser la función del juez, y ésta solo podía tener su fuente en la ley, y lo actuado fuera de ella, conllevaba responsabilidad judicial; esto sigue siendo así hasta la fecha, donde los jueces se someten irrestrictamente a las normas ordinarias sin cuestionar si las mismas son conforme o no al texto supremo, máxime aquellas normas dictadas antes que la norma suprema. En el sistema europeo-continental no es casualidad que el estudio del derecho sea precisamente conociendo las leyes, que exista toda una teoría de la norma jurídica, del ordenamiento jurídico donde el tema central es el sistema normativo de un Estado.

Lo contrario sucedió en el *common law*, donde la “ley” no tiene una construcción desde el órgano que la emite, sino más bien, desde la actividad diaria de los individuos que viven en sociedad; la ley y la libertad van unidas, es la sociedad quien crea la ley, a través del orden espontáneo, de ahí porque los jueces deben “descubrir la ley” en cada caso; lo anterior es producto de la concepción de *the rule of law* inglés y del papel de la ley. De ahí, que el precedente judicial, es el medio para descubrir o crear la ley, evidenciándose nuevamente la gran diferencia de los factores jurídicos que posibilitaron el surgimiento del sistema difuso y concentrado.

⁴⁰ Foucault, Michel. Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión. Siglo veintiuno editores. Traducción de: Aurelio Garzón del Camino. México 2009. Pág. 91.

Por ello, ha sido acertado cuando se ha afirmado que Francia pensaba en cómo crear códigos que contuvieran toda regulación posible de la vida de los ciudadanos, y el sometimiento a la ley, mientras países como Inglaterra se preocupaban de compilar los precedentes judiciales; uno de los grandes orgullos de la revolución francesa fue el Código de Napoleón, mientras que el norteamericano es su Constitución.

3.- INTERPRETACIÓN JURÍDICA.

El análisis de la interpretación jurídica llevada en Estados Unidos de América, se hará tomando como base a *Lawrence Baum*, quien respecto a las formas de interpretación señala lo siguiente:

“Interpretación literal. Una de estas técnicas consiste en el análisis del significado literal de las palabras en cuestión. En algunos casos, el significado literal de una previsión legal será lo suficientemente claro como para resolver la controversia en cuestión... Sin embargo, normalmente el Tribunal no tiene que vérselas con situaciones tan simples debido a que, en gran parte, los magistrados no consideran lógica la resolución de los fallos de los tribunales inferiores que proclaman resultados obvios. La mayor parte de los dictámenes del Tribunal giran en torno a previsiones ambiguas, tales como la protección de la Catorceava Enmienda de la Constitución, relativa al “proceso debido”, para la que no existen interpretaciones literales.”⁴¹

La interpretación literal de la norma jurídica tiene justificación, cuando se busca seguridad y certeza jurídica en la aplicación de la ley, generando confianza en la sociedad que sus conflictos se resolverán según la ley. Sin embargo, en sistemas jurídicos como el norteamericano, basado en el precedente judicial, con una Constitución sumaria, dejando amplio margen al Congreso para su desarrollo; por ello, una interpretación literal, de principio, no es del todo posible. Para ejemplificar lo anterior, basta señalar que la Constitución no señala competencia específica para la Suprema Corte, ni su integración.

No sucede lo mismo en estados como Guatemala, que desde sus primeras Constituciones, eran desarrolladas, programáticas, teniendo grandes regulaciones sobre puntos considerados importantes.

⁴¹ Baum, Lawrence. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica. Librería Bosch. Barcelona. 1987. Págs. 183 y ss.

“La voluntad de la ley. ... el intento de averiguar las intenciones de aquellos que redactan las provisiones legales. En el caso de leyes, el esfuerzo puede concentrarse en la lectura de la “historia legislativa” de la norma, y en particular de los dictámenes de la comisión. Al interpretar la Constitución, los magistrados utilizan las memorias de la Convención Constitucional, así como los debates del Congreso que precedieron a la adopción de enmiendas. Desgraciadamente, los propósitos de la Convención o del Congreso resultan frecuentemente difusos. Las declaraciones de intenciones pueden ser contradictorias o faltar por completo, por lo que su análisis resulta inútil al intentar resolver desacuerdos interpretativos... A veces no existe ningún propósito legislativo relevante en el tema enjuiciado por el Tribunal Supremo. ... En situaciones de este tipo, los magistrados pueden guiarse por la interpretación “finalista”, por la cual tratan de aplicar a la nueva circunstancia el objetivo que subyace en la antigua previsión. Este tipo de interpretación puede utilizarse para tratar, igualmente, temas “antiguos”.

Una gran diferencia con el sistema jurídico guatemalteco radica precisamente tener en cuenta de forma directa los documentos que precedieron a la redacción de normas jurídicas para establecer su contenido y alcance; a partir de este análisis la Suprema Corte resuelve casos, determina el alcance de las normas, por ello, dichos precedentes tienen una gran influencia a pesar de no ser ley; desde aquí puede verse que el sistema estadounidense no está sujeto únicamente al texto normativo, ni a la interpretación literal, por el contrario, también lo está a los debates legislativos, situación impensable en el sistema del civil law, donde la única fuente del derecho es el texto de la ley.

“El precedente. ... los precedentes judiciales constituyen un corpus separado de la propia ley ... en algunas áreas tradicionales del Derecho, como es el caso de la propiedad o de los contratos, el Derecho inglés o el estadounidense se desarrollaron al principio mediante la suma de decisiones judiciales, en vez de por constituciones o códigos, siendo los precedentes el único Derecho a interpretar. En la actualidad, esta circunstancia suele ser infrecuente; sin embargo, los precedentes continúan siendo muy importantes ... En primer lugar, los precedentes son importantes porque un principio general del Derecho es el de stare decisis (“que se mantenga la decisión”), por la cual un tribunal se encuentra vinculado por sus propios precedentes y por los de un tribunal superior a él en la jerarquía judicial ... Aparte de la doctrina legal, los precedentes tienen un valor práctico: la adhesión a un precedente permite al juez basarse en la práctica establecida, en vez de adoptar direcciones nuevas y quizás peligrosas en materia interpretativa ... Técnicamente un

tribunal no tiene la obligación de ajustarse en todo a un precedente, sino únicamente a la prescripción jurídica necesaria para la resolución del caso concreto: la denominada ratio decidendi. ... La mayor parte de los asuntos presentados ante el Tribunal Supremo están relacionados con asuntos que al menos marginalmente difieren de casos resueltos en el pasado, por lo que el precedente raramente determina una resolución. ... Además, como el Tribunal no está absolutamente obligado a seguir precedentes, en un caso dado los magistrados deben considerar deseable un abandono de interpretaciones pasadas.”

Se ha expuesto que el origen del derecho anglosajón fueron los precedentes judiciales; en el *common law*, el estudio del Derecho se hacía a base de resoluciones dictadas por los jueces antes que por las leyes; por ello, uno de los problemas era compilar la jurisprudencia dispersa en infinidad de decisiones judiciales. Estando así las cosas, la mayor parte de la vida de los ciudadanos se regía por precedentes, la forma de resolver casos concretos era revisando lo que habían resuelto los jueces en casos similares anteriormente. La ley pasaba a tener un sentido secundario, ya que la ley era lo que los jueces declaraban en sus resoluciones.

Nótese que el precedente no era únicamente una forma de interpretar la ley, sino la ley misma en materias determinadas, a través de ella se resolvía casos concretos, señalaba el camino a seguir en los procedimientos; contrario sucedió en el sistema europeo-continental, donde los jueces eran la boca muda del legislador, sin posibilidad de interpretar e inaplicar la ley, creándose el delito de prevaricato para el juez que *violara la ley*; además, se crea una Tribunal de Casación cuya función será la correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas, y solamente cuando se hayan dictado cierto número de fallos, contestes y en similar sentido se sentara doctrina legal, vinculante para los demás jueces.

Interpretaciones políticas ante que jurídicas. La Suprema Corte de Estados Unidos, a pesar de estar integrado por abogados, conocedores de la ley y el derecho, y ser una órgano de carácter jurídico, muchas veces los casos que conocen son políticos (de oportunidad, conveniencia, etc.) resolviendo consecuentemente también de forma política, lo cual no sucede en los países del *civil law*, cuya función es conflictos jurídicos, sin tener en cuenta criterios políticos; esas funciones están delegadas en los poderes políticos per se (congreso, presidencia, ministerios). Ahora bien, los magistrados de la Suprema Corte, al momento de resolver casos concretos, toman sus decisiones no únicamente en lo establecido en la ley, los precedentes, las memorias legislativas, sino en el impacto que

podría generar en la población o el sector a quien afectará su decisión. Por ello, Lawrence señala: “A pesar de todo, y por varias razones, la opinión pública tiene en general cierto efecto sobre las resoluciones del Tribunal. Quizás la más importante sea que los magistrados sepan que el impacto de sus decisiones depende hasta cierto punto, de la aceptación de las decisiones individuales y de la autoridad del Tribunal como institución por parte del público en general. Puede afirmarse que, cuanto más favorable sea la opinión de la población sobre el máximo órgano judicial y su tarea, más fácilmente aceptarán y cumplirán su política.”⁴²

Interpretar y aplicar los textos supremos y ordinarios, teniendo en cuenta criterios políticos o sociológicos, permite mayor libertad al ejercer la función jurisdiccional; contrario sucede en los sistemas del *civil law*, donde jueces y magistrados tienen bien definidas sus competencias (resolver con criterios estrictamente jurídicos) y funciones (juzgar y ejecutar lo juzgado). La Corte de Constitucionalidad ha señalado en varios fallos, que su función es eminentemente jurídica y no política (aunque esta situación ha estado cambiando), función ésta que corresponde a los demás órganos del Estado.

“El contenido esencial de estos escritos hace referencia por lo general, a los aspectos legales del caso... **Algunos de los escritos también presentan argumentos políticos**, tratando de convencer a los magistrados de que la defensa de su posición no solamente resulta conforme a Derecho, sino que **es igualmente buena política**. Por un lado, **tal práctica fue legitimada por el propio Tribunal Supremo en una resolución de 1908, en el caso Muller v. Oregon**. Entonces se dirimió la constitucionalidad de una ley estatal que limitaba el número de horas laborales a conceder a la mujer. Al confirmar esta ley, el Tribunal elogió el amplio **análisis de datos sociológicos** realizado por el abogado Louis Brandeis –quien posteriormente sería magistrado– en apoyo de la política subyacente a dicha ley. Al escrito que se ocupa de temas sociológicos se le denomina a veces “escrito Brandeis”.”⁴³ (La negrilla es propia y no aparece en el texto original).

Nótese cómo la Corte puede ser influenciada por componentes sociológicos al resolver, los *amigos de la corte*, pueden emitir dictámenes no jurídicos, teniendo cierta confianza que serán tomados en cuenta; en el *civil law*, una de las razones por las cuales los jueces no podían interpretar o inaplicar la ley, era porque estas funciones eran consideradas

⁴² *Ibidem*. Pág. 189.

⁴³ *Ibidem*. Pág. 164.

políticas, mismas que sólo podía ejercer otro poder también político. Por eso, la función del juez era juzgar y ejecutar lo juzgado. Siendo esto antecedentes del *common law* y *civil law* podemos comprender porque es más fácil para un juez norteamericano defender el orden constitucional y no jueces de la familia europeo-continental.

La forma de interpretar las normas jurídicas en el *civil law*, es diferente al anglosajón. Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol, respecto al Código de Napoleón, antecedente directo del sistema europeo-continental señalan: “*El primero de estos ingredientes o datos, de origen netamente francés, es el de la percepción del lugar y la función del juez en la dinámica del orden jurídico. El artículo 1, párrafo 5, del Código de napoleón establecía: “Se prohíbe a los jueces fallar por vía de disposición general o reglamentaria en las causas que se sujetan a su decisión...”*”⁴⁴ y en Guatemala no fue sino hasta la constitución de 1956, que dicha facultad –interpretar– fue suprimida al Congreso.

Incluso una vez admitido que los jueces pudieran interpretar la ley, uno de los grandes métodos desarrollados fue el “exegético”. “El pensamiento inspirador de la citada escuela fue por vez primera formulado ... por el jurista francés Blondeau en el año de 1841, ... las decisiones judiciales deben fundarse *exclusivamente en la ley*. El mencionado jurisconsulto admite la interpretación, pero sólo en el sentido de *exégesis de los texto*. Consecuente con su punto de partida, rechaza “las falsas fuentes de decisión, con las cuales se pretende substituir la voluntad del legislador”: precedentes, usos no reconocidos legalmente, consideraciones de utilidad general, equidad, adagios, doctrinas, etc. Y llega al extremo de sostener que si el juez se encuentra ante leyes contradictorias, que hagan imposible descubrir la voluntad del legislador, debe abstenerse de juzgar, considerar tales preceptos como no existente y rechazar la demanda.”⁴⁵ A raíz de dicha escuela se estableció que “*Cuando una ley es clara, no es lícito eludir su letra, so pretexto de penetrar su espíritu.*” norma regulada en el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial.

Al ser la ley la única fuente del derecho, los jueces no pueden *interpretarla*, convirtiéndose en meros aplicadores; en este sistema, se tiene la percepción que el legislador al crear la norma jurídica ha tenido en cuenta todo supuesto de hecho subsumible en la ley, por ello resulta absurdo pensar que la norma deba ser interpretada o que no se adapte a un caso

⁴⁴ Ferreres, Víctor y Xiol, Juan Antonio. El Carácter Vinculante de la Jurisprudencia. Editorial Fontamara. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid-México. 2010. Pág. 12.

⁴⁵ García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa S.A. Vigésima edición. México D.F. 1972. Pág. 333.

concreto; el ordenamiento jurídico es “*pleno*”, no contiene lagunas jurídicas y todo está regulado, por ello, es innecesaria la interpretación de las normas, toda vez que esta situación fue tomada en cuenta al crear la ley.

Al existir imposibilidad de interpretar la ley, sino únicamente aplicarla, el sistema francés crea los mecanismos procesales para que la ley sea respetada y no “violada”; por ello, “será necesario crear un Tribunal (de casación) –Cabe recordar el Tribunal de Casación propuesto por Robespierre en 1790, que tenía como finalidad “proteger la ley” de los actos de los jueces. En sentido completamente contrario de lo que sería el control de constitucionalidad de las leyes, la propuesta estaba orientada a “controlar a los jueces” para que no malinterpretaran la voluntad soberana del legislador. Cfr. M. Robespierre, Discurso a la Asamblea Constituyente (25 de mayo de 1790)⁴⁶ que se encargue de verificar la correcta o incorrecta aplicación de la ley, función que hasta el día de hoy sigue teniendo la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala; sin embargo, el sistema francés no quedó allí, y mantuvo la figura del Procurador del Rey para la defensa de su voluntad (la ley), institución mantenida en el ordenamiento jurídico guatemalteco a través del Ministerio Público, cuya función, según el artículo 251 de la Constitución es “*velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país.*”⁴⁷

Nuevamente se nota las diferencias de contexto jurídico entre el sistema difuso y concentrado de control de constitucionalidad de la ley; lo anterior llevará a un sistema a crear un tribunal especializado que defienda la Constitución, y a otro, serle suficiente los jueces superiores y ordinarios para dicha labor.

4.- CARÁCTER NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN

El problema de la normatividad de cualquier texto jurídico, radica en que ante su inobservancia puede exigirse su cumplimiento de manera coactiva, generando sanciones a quienes la inobserven.

⁴⁶ Salazar Ugarte, Pedro. La democracia Constitucional. Una Radiografía Teórica. Fondo de Cultura Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Primera edición, tercera reimpresión. Pág. 118.

⁴⁷ Juárez Elías, Erick. MINISTERIO PÚBLICO versus IMPUNIDAD. F&G Editores. Primera Edición. Guatemala 2012. Pág. 21-22. “Otra de las funciones asignada al Ministerio Público después de la Revolución Francesa, fue la de *defensor de la ley*, ... fortalece el positivismo jurídico de defender la ley... Esa idea de defensa de la ley, se impone a un funcionario representante del Estado, como representación histórica del representante del Rey, en el sentido que *las leyes eran expresión de la voluntad del monarca, la que no podía quebrantarse y por ende, debía ser observada*, que al no hacerlo se constreñía a través del funcionario respectivo ... La función de la defensa de la ley, y más que ello defensa de la voluntad del Rey y posteriormente voluntad del Gobierno, se transforma en velar por el estricto cumplimiento de la ley...”

Con la ley, el problema no fue de difícil solución, ya que el monopolio de la creación de ley, condujo necesariamente a su carácter vinculante; es decir, no podía alegarse práctica, costumbre o uso contrario a la misma;⁴⁸ su carácter vinculante la posicionó por encima de las demás normas no estatales.

El carácter normativo de la Constitución, generó incertidumbre, específicamente en los Estados que siguieron el sistema europeo continental (no así en los Estados Unidos, donde la Constitución tenía por objeto limitar el Poder, especialmente al Congreso en la producción de la ley, por ello, su carácter vinculante no dio mayor problema), dudando si era vinculante. La falta de fuerza normativa se debió a varias razones, entre ellas:

- a) Las Constituciones contienen principios y valores –justicia, libertad, equidad, seguridad, bien común–, de difícil definición (si es que pueden definirse), sin poderse determinar su naturaleza jurídica, como tampoco afirmar la posibilidad de su cognoscibilidad, consecuentemente su aplicación a casos concretos era difícil, siendo necesario primeramente que los mismos fueron definidos y regulados en normas jurídicas, de tal cuenta que al no haberse llevado, no podía exigirse su cumplimiento, incluso por la fuerza;
- b) Las Constituciones en muchos casos necesitan ser desarrolladas por normas ordinarias, que al no estar promulgadas por órgano competente, imposibilita su cumplimiento. Para el caso guatemalteco, el texto supremo necesita aproximadamente la promulgación de cuarenta leyes; consecuentemente mientras la mismas no sean decretadas la Constitución solo es un enunciado de buenas intenciones. Lo anterior llevó a la doctrina y la ley, desarrollar medios de control, surgiendo así la “inconstitucionalidad por omisión” y artículos como el 332 de la Constitución Uruguaya: *“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y alas doctrinas generalmente admitidas.”*
- c) La falta de garantías ante la inobservancia de la Constitución; en el caso guatemalteco si se emite una norma contraria a la constitución, existe la garantía

⁴⁸ Ver. Hobbes, Thomas, El Levietán. Segunda parte, De La República, Capitulo XXVI De Las Leyes Civiles

de inconstitucionalidad –general o en caso concreto–, si se emite un acto de poder público violando o amenazando derechos constitucionales, procede la acción de amparo, y si la libertad de locomoción se ve restringida arbitrariamente, procede la exhibición personal. Si bien es cierto, en el constitucionalismo guatemalteco, se ha desarrollado la figura de la inconstitucionalidad por omisión, también lo es que en no pocos casos la Corte de Constitucionalidad solo puede exhortar al Congreso a que legisle, es decir, no puede forzar a que se realice determinada conducta, razón por la cual el cumplimiento del texto supremo estará en la decisión de un órgano político. Lo mismo puede señalarse en el caso de los derechos sociales, donde no existe un mecanismo o garantía específica para exigir su cumplimiento.⁴⁹

Lo expuesto muestra, la forma en que era concebida la Constitución en el sistema europeo continental, contrario a lo ocurrido en los Estados Unidos, donde la ley suprema, fue siempre eso: *suprema*, y por lo tanto, vinculante principalmente para el Poder Ejecutivo y Legislativo, siendo su guardián el Poder Judicial, quien sí podía someter los actos públicos al imperio de la Constitución; a los jueces norteamericanos sí se les confió dicha tarea, además por tener facultades “discrecionales” podían cumplir de mejor forma la defensa del orden constitucional, situación reflejada en que no fue necesario crear un órgano, judicial o político, que velara por el cumplimiento de la Constitución. En Guatemala, los problemas de normatividad de la Constitución no generó problemas teóricos, sino prácticos, evidenciándose los largos períodos en que no se tuvo texto supremo, derivado del poder constituyente originario; por el contrario, fue más fácil cambiar de Constitución que leyes o códigos, por ello más fácil resultaba interpretar y aplicar la ley al caso concreto, sin necesidad de confrontación con el texto constitucional.

⁴⁹ Kelsen, Hans. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2001. Pág. 95-96. *“Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en sentido técnico.”*“el derecho positivo vela porque todo acto que esté en contradicción con una norma superior puede ser anulado salvo cuando esa norma superior es la propia Constitución. // Este débil grado de fuerza obligatoria real está en desacuerdo radical con la aparente firmeza, que llega hasta la rigidez, que se confiere a la Constitución cuando se somete a su revisión a un procedimiento dificultado. Ahora bien, ¿para qué tantas precauciones si las normas de la Constitución, bien que prácticamente inmodificables, se encuentran, en realidad, casi desprovistas de fuerza obligatoria?”

5.- OTROS FACTORES JURÍDICOS

A parte de los factores jurídicos señalados, existen otros, de menor relevancia, para comprender el surgimiento de los Tribunales Constitucionales, entre tales temas se encuentra:

- a) Los jueces, ¿crean derecho?⁵⁰
- b) La plenitud del ordenamiento jurídico.

El primer punto, si los jueces crean derecho, no es un planteamiento meramente teórico, sino por el contrario, tiene consecuencias en el ejercicio de la función judicial; si la respuesta es positiva, los jueces pueden interpretar y aplicar la ley de forma más amplia, pudiendo en consecuencia crear derecho; por el contrario, si la respuesta es negativa, los jueces solo pueden ceñirse al texto literal de la norma, lo cual da certeza y seguridad jurídica en la aplicación del Derecho.

Para afirmar que los jueces no pueden crear derecho, se sostiene que si esto fuera posible, se estaría aplicando de manera retroactiva la ley (la nueva norma creada por el juez), situación que violenta un principio fundamental del Derecho, y regulado constitucionalmente.

El problema de si el juez puede o no crear derecho, no debe basarse únicamente en base a lo expuesto en el anterior párrafo, sino por el contrario, analizarse desde la perspectiva del civil law y common law. En el sistema sajón los jueces *descubren la ley*, porque las normas son producto de la actividad de las personas, esto se relaciona con el concepto que tienen o tenían de ley y de libertad, donde no estaba permitido al parlamento imponer cualquier tipo de ley, no podía regular normas contrarias al orden espontaneo de la sociedad; es en ese aspecto que surge la cuestión de si el juez crea o no derecho, por ello el planteamiento realizado desde la perspectiva del civil law, es incorrecta, debiéndose estar al antecedente histórico y precisamente al sistema inglés.

Nótese pues como este planteamiento lleva a entender los sistemas de control de constitucionalidad. Si el juez no crea derecho, entonces es un mero aplicador de la ley, consecuentemente necesario resultara crear un Tribunal Constitucional; ahora bien, si el

⁵⁰ Para un completo análisis del tema, consultar: LA FUNCIÓN JUDICIAL. Ética y democracia. Malen, Jorge, Orozco, Jesús y Vásquez, Rodolfo (compiladores). Gedisa editorial. Primera edición. Barcelona 2003.

juez crea derecho –en el contexto sajón– tiene la posibilidad de ser garante de la Constitución, por lo tanto no es necesario un Tribunal cuyo función sea ser el defensor último del orden constitucional.

En cuanto a la plenitud en términos generales significa *“la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que a la ausencia de una norma se le denomina generalmente “laguna” ...plenitud significa “ausencia de lagunas”. En otras palabras, un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema.”*⁵¹

Lo relevante del tema de la “plenitud” del ordenamiento jurídico es que el juez nunca tiene la necesidad de interpretar o por lo menos integrar las normas jurídicas, porque cada sistema normativo tiene una norma para cada caso, es decir, no hay lagunas legales. Con esta característica de los sistemas jurídicos, de una manera indirecta se hace ver que la función del juez es buscar la premisa mayor –la norma– en la ley, y aplicarla al caso concreto, consecuentemente nunca se verá obligado a interpretar la ley para integrarla o suplir sus vacíos, mismos que no existen o no deberían existir.

En el pensamiento norteamericano, la ley debe ser interpretada, estando llamado a decidir el sentido de una norma, constitucional o legal, los jueces; además aceptan que no solo la ley es fuente de derecho (también la jurisprudencia y la costumbre), consecuentemente no discuten si los ordenamientos son completos o no, sino lo importante es el razonamiento de los jueces acerca de la ley.

Demás está decir, que estos temas no son –o por lo menos no lo fueron– objeto de discusión en el sistema sajón, cuya función judicial fue llevada según la costumbre, el precedente y no únicamente por la ley. Cuando vemos estas diferencias entre ambos sistemas –concentrado y difuso– notamos desde ya porque países como Guatemala, necesitaron un Tribunal Constitucional encargado de hacer respetar el texto constitucional y por qué no se confía dicho poder a los jueces ordinarios (si bien es cierto, en Guatemala existe la “inconstitucionalidad en caso concreto”, también lo es que dicha discusión es decidida en última instancia por la Corte de Constitucionalidad).

⁵¹ Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho. Tercera edición revisada y corregida. Editorial Temis S.A. Colombia 2007. Pág. 213.

CAPITULO IV

FACTORES POLÍTICOS QUE INFLUYERON EN EL ORIGEN DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESTADOS UNIDOS Y GUATEMALA

A continuación se analizarán algunos pensadores políticos que influyeron en distintas ramas del conocimiento –filosofía, política, derecho, economía, etc.–, como también en el origen de los sistemas de control de constitucionalidad, especialmente a partir del siglo XVII, dando cuenta por qué países como Guatemala tuvo la necesidad –justificada o no– de crear un Tribunal Constitucional, contrario a sistemas del *common law* donde el control de constitucionalidad de las leyes fue confiado a los jueces.

1.- MONTESQUIEU – DEL ESPIRITU DE LAS LEYES

Uno de los grandes pensadores de la Ilustración y Revolución Francesa fue Montesquieu, quien a través de su obra “Del Espíritu de las Leyes” (escrita aproximadamente en veinticinco años) influyó en Europa y América, principalmente en cuanto a la teoría de división de poderes –que tomó o adoptó del sistema inglés–. Este pensador político sentó las bases de la separación de funciones del Poder Público, evidenciando los riesgos en una república-democrática la concentración del poder, justificando así la necesidad de fraccionar las principales funciones en tres grandes organismos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, cada uno con diferentes funciones y sin posibilidad de intromisión entre ellos.

Montesquieu en el libro undécimo “De Las Leyes Que Forman La libertad Política En Sus Relaciones Con La Constitución”, capítulo VI. “De La Constitución de Inglaterra.” Señala: *“En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los casos relativos al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. // En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga la existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. **Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a ese último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado.** // Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. // No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los*

*ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.*⁵²—el resaltado es propio—

A la teoría de división de poderes de Montesquieu cabe hacer los siguientes comentarios:

- a) Una de sus grandes influencias fue la teoría de la división de poderes; y casi fueron transcritas sus palabras en las Constituciones del siglo XIX; la Constitución Política de la Monarquía Española, señala: *Artículo 15. La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey. Artículo 16. La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey. Artículo 17. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley.*”
- b) La teoría de división de poderes fue pensada y construida principalmente para impedir la concentración del poder Legislativo y Ejecutivo, más no de la función judicial, considerada como una parte del Ejecutivo, al identificarlo como “*poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil...**Se llama a ese último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado***”, evidenciando la debilidad del Poder Judicial y su falta de independencia desde su concepción filosófico-político; lo señalado se confirma cuando el propio Montesquieu afirma: “*también podría suceder que algún ciudadano, en el terreno político, violara los derechos del pueblo y cometiera delitos que los magistrados ordinarios no supieran o no pudieran castigar: pero, en general, no juzga el poder legislativo, no puede hacerlo, y menos en este caso particular en el que se representa a la parte interesada, que es el pueblo. El poder legislativo no puede ser más que acusador. ¿Y ante quién ha de acusar? ¿**Habrà de rebajarse ante los tribunales ordinarios**, inferiores a él, y que por esa misma inferioridad **habrían de inclinarse ante la autoridad de tan alto acusador?***⁵³” nótese cómo se tiene al Legislativo como un alto organismo, superior al judicial, lo cual tiene sentido si se toma en cuenta que en dicho poder, está representada la nación, consecuentemente un juez o tribunal no podía ser superior ante quien ejercía la soberanía del pueblo.
- c) Por último cabe hacer notar cuales eran las funciones del Poder Judicial: *castigar delitos y juzgar las diferencias entre particulares*, nótese que los jueces no tienen funciones de control de los demás poderes públicos teniendo como base la

⁵² MONTESQUIEU. Del Espíritu de las Leyes. Décimo octava edición. Editorial Porrúa. México 2010. Pág. 145-146.

⁵³ *Ibidem*. Pág. 152.

Constitución, por el contrario, la jurisdicción se ejerce en casos “civiles y criminales”, por ello la Constitución Política de la Monarquía Española, artículo 17 regulaba: “*La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley*”. Nótese que los jueces son “aplicadores” de la ley, y que dicha función se ejerce únicamente en “causas civiles y criminales”, consecuentemente el Poder Judicial, en el sistema europeo-continental, no emerge como un organismo de control; por ello, puede afirmarse que los Estados de estas familias jurídicas, necesariamente deberán crear y desarrollar Tribunales Constitucionales para ejercer la defensa de la Constitución, función no pesada para los jueces ordinarios.

Montesquieu respecto al poder judicial manifiesta: “*El poder judicial no debe dársele a un Senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designada de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad. // De este modo se consigue que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea función exclusiva de una clase o de una profesión; al contrario, sería un poder, por decirlo así, invisible y nulo.*”⁵⁴—el resaltado es propio—

Tres comentarios son necesarios señalar respecto a lo transcrito:

- a) El primero de ellos es referente a la *temporalidad* en el ejercicio del cargo. Para garantizar la independencia judicial, tanto interna como externa, es por demás sabido que uno de sus presupuestos es eliminar las judicaturas a termino, porque ello debilita el que hacer jurisdiccional; no puede esperarse un adecuado ejercicio de la función si los jueces ejercen por períodos definidos, y en el peor de los casos lapsos de tiempo corto. Esta concepción de la función de los jueces se afirma cuando Montesquieu señala: “*Bueno sería que en las acusaciones de mucha gravedad, el mismo culpable, concurrente con la ley, nombrara jueces; o al menos que tuviera el derecho de recusar a tantos que los restantes parecieran de su propia elección.*”.
- b) El segundo comentario es referente a que la función de juzgar debe ser *alternativa*. De por sí, la temporalidad hace daño a la independencia judicial, pero a ello hay que sumarle que los jueces deben alternarse finalizado el tiempo en que

⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 147.

ejercen su función. En los sistemas de control concentrados de constitucionalidad los jueces actúan con *temor* en su función, precisamente por no tener garantizada esa estabilidad; situación que Estados Unidos resolvió hace mucho tiempo, el Juez Marshall después de haber dictado la sentencia en el caso *Marbury vs Madison* en 1803 no fue destituido o separado del cargo, por el contrario continuo ejerciendo su función aproximadamente treinta años, hasta su muerte; un ejercicio como ese es impensable en Estados como Guatemala, donde el Judicial está subordinado al Ejecutivo o Legislativo.

- c) Por último la función de los jueces es considerada *terrible*, y debe ser *invisible y nulo*; nótese que la función judicial no es concebida como medio de control, por el contrario, si la función es terrible, coherente resulta construir el Organismo Judicial, con jueces temporales a quienes haya que cambiar constantemente.

Respecto a la interpretación judicial Montesquieu escribió: *“Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que **la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma ...**”*⁵⁵

Dos comentarios son necesarios hacer:

- a) Cuando se señala que los la *boca que pronuncia las palabras de la ley*, se deja sin lugar a dudas que el juez no puede interpretar la ley, solo aplicarla; este pensamiento influyó decisivamente en todo el constitucionalismo guatemalteco hasta la Constitución de 1945 cuyo artículo 119 disponía: *“Son también atribuciones del Congreso ... 1. Decretar, **interpretar ... las leyes...**”*; si bien es cierto, esta disposición desaparece a partir de la Constitución de 1956 hasta la vigente, también lo es que el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial señala: *“Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu”*. Si la función judicial es nula, invisible, temible, periódica y los jueces son la boca de la ley, no puede pretenderse defender la Constitución ante su posible violación o contradicción por normas inferiores; esta función es impensable en el sistema del *civil law*, resolver contrario a la ley es cometer delito –prevaricato–. Situaciones como estas quizá lleven a algunos a desarrollar la *“cuestión o consulta de constitucionalidad”* a un tribunal superior, único de interpretar la ley y declarar su anulabilidad o inconstitucionalidad; lo anterior hace

⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 152.

justificable la creación de una Corte o Tribunal Constitucional. Ahora bien, en el sistema norteamericano la “no interpretación de la ley” o su mera aplicación, es un *completo absurdo*, ya hemos visto las formas de interpretación desarrolladas en dicho sistema y cómo los jueces efectivamente tienen la posibilidad incluso de crear derecho (frase que debe ser entendida desde la perspectiva del common law), consecuentemente no necesitan un Tribunal Constitucional, independiente o sujeto al Poder Judicial, porque todos sus jueces, pueden ejercer dicha función.

- b) El segundo comentario se refiere a que los jueces son considerados “seres inanimados”, siendo coherente con la función que se les asignó: “aplicar” la ley, razón por cual no pueden mitigar su fuerza ni rigor. Un ser inanimado no puede ser concebido como órgano de control, ni mucho menos, controlar al Poder Legislativo –que representa a la nación– a partir de la Constitución.

2.- JEAN JACQUES ROUSSEAU – EL CONTRATO SOCIAL

La ilustración, la enciclopedia, la revolución francesa (junto a otros acontecimientos de la época) con las teorías contractualistas, los derechos naturales, la división de poderes, soberanía popular, limitación del poder, principio de legalidad y supremacía de la ley, entre otros, marcaron un antes y un después en el pensamiento filosófico-político en las repúblicas surgidas en el siglo XVII; a partir de entonces la organización de los Estados se hará en base a dicho pensamiento.

Uno de los pensadores de ese tiempo es Jean Jacques Rousseau, cuyas ideas se verán plasmadas en su obra: “El Contrato Social”. Rousseau es el principal propulsor de la teoría de la soberanía popular, que en términos generales significa que el poder supremo reside en la población, quien delega su ejercicio en la Asamblea –parlamento o legislativo–; esta teoría tendrá repercusión directa al momento de regular los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes; los Estados seguidores de esta teoría, llevada al extremo, se verán en la necesidad de crear un órgano distinto al Legislativo, Ejecutivo y Judicial para controlar la constitucionalidad de las leyes, por el contrario países como Estados Unidos, de la familia del *common law*, con tradición distante y distinta y con un concepto “un tanto diferente” de la soberanía no será necesario semejante organismo o tribunal. Veamos pues, cual es el pensamiento de Rousseau y cómo influyó en los sistemas de control.

En el libro primero, capítulo VII., “Del Soberano.” se señala: “Se necesita señalar aún que la deliberación pública, que puede obligar a todos los súbditos hacia el Soberano a causa de las dos diferentes relaciones bajo las cuales cada uno es considerado, no puede, por la razón contraria, obligar al Soberano hacia sí mismo, y que, por consecuencia, es contrario a la naturaleza del Cuerpo político que el Soberano se imponga una ley que no puede violar. No pudiendo considerarse más que bajo un solo e idéntico aspecto, se halla en el caso de un particular que contrata consigo mismo, de donde se deduce que no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para este cuerpo del pueblo, ni siquiera el Contrato Social. Lo cual no significa que este cuerpo no pueda perfectamente comprometerse hacia otro en aquello que no derogue en nada este Contrato, pues respecto al extranjero deviene un ser simple, un individuo. No teniendo su razón de ser el Cuerpo político o Soberano más que en la santidad del Contrato, no puede nunca comprometerse hacia otro en nada que derogue este acto primitivo, ni hipotecar un parte de sí mismo o someterla a otro Soberano. Violar el acto por el cual tiene su resistencia sería destruirse, y nada produce lo que nada es.”⁵⁶.

El primer concepto que se evidencia es el de “soberanía”, concebido como un poder absoluto, irrenunciable y sin límites; el soberano es la nación o pueblo (abandonando la teoría que el soberano era el monarca).

Como el soberano –nación o pueblo– no puede ejercer su voluntad de manera directa e inmediata –como en la antigua Grecia–, necesario resulta delegar su ejercicio en un órgano político, siendo éste la Asamblea Nacional; ésta será el órgano representativo por excelencia, tomando en cuenta que son electos de forma directa por la nación, consecuentemente quedan excluidos el monarca y los jueces, que no tienen esa legitimidad o representatividad.

Tomando en cuenta que el poder soberano es un poder absoluto y sin límites, coherente resulta pensar, construir y consolidar que la Asamblea Nacional –representante del soberano–, en el ejercicio de sus funciones, también tenga esas características, por ello resulta absurdo que otros poderes u organismo públicos, que no ostentan la representación de la nación, puedan limitar ese ejercicio, por el contrario, es la asamblea quien en realidad sí puede limitar a los otros poderes y éstos estar subordinados a él.

⁵⁶ Rousseau, Jean Jacques, EL CONTRATO SOCIAL. Editorial Alba. Tercera reimpresión. España 2001. Pág. 35-36.

El ejercicio de la función de la Asamblea Nacional se hace a través de LA LEY,⁵⁷, donde quedará plasmada la voluntad del pueblo; actuar contrario a dicha norma, desviar su sentido, o confrontarla con una “norma superior” –inexistente en los Estados de la tradición del civil law– es ir en contra del soberano, por ello los jueces tenían vedado ejercer soberanía –que traducido a términos jurídicos es: interpretar la ley e integrarla–; esta idea de que el único que ejerce soberanía es el parlamento, conllevó la necesidad de crear un órgano que sí pudiera interpretar las normas jurídicas y posteriormente que pudiera confrontarlas con la Constitución para determinar su constitucionalidad, a efecto de “derogarla” y expulsarla del ordenamiento jurídico.

La ley como forma de materializar la voluntad de la nación, a través de la Asamblea, se confirma cuando Rousseau señala: *“Desde luego, en todo estado de causa, un pueblo es siempre dueño de cambiar sus leyes, incluso las mejores, pues si a él le place perjudicarse a sí mismo, nadie tiene derecho a impedirselo.”*⁵⁸

Respecto a la interpretación de las leyes, se señala: *“Quien hace la ley sabe mejor que nadie cómo debe ser aplicada e interpretada.”*⁵⁹

En el capítulo referente a los “factores jurídicos” que influyeron en el origen de los sistemas de control, uno de ellos era el de la interpretación de la ley, siendo claro al indicar que en los sistemas del *civil law* los jueces no podían hacerlo, siendo de ese criterio Montesquieu, y ahora se ve plasmado en el “Contrato Social”; por ello no es casualidad que ordenamientos como el guatemalteco, hasta el día de hoy tengan normas como la del artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial al indicar que cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar u espíritu.

⁵⁷ *Ibidem*. Pág. 56-57. “Cuando la totalidad del pueblo legisla para sí solo se considera a sí mismo, y si entonces se establece una relación es la del objeto entero considerado desde los puntos de vista distintos, sin ninguna división del todo. En este caso, el procedimiento legislativo es tan general como la voluntad legisladora. A este acto se le denomina ley.” **el poder de legislativo**; pero siendo esto imposible en los grandes Estados y teniendo muchos inconvenientes en los pequeños, es menester que el pueblo haga por sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo.” “Se ve por esto que no hay necesidad de preguntar a quién corresponde hacer las leyes, ya que son actos de la voluntad general; ni si el príncipe es superior a las leyes, siendo, como es, miembro del Estado; ni si la ley puede ser injusta, pues nadie puede serlo consigo mismo; ni cómo siendo libre se está sometido a las leyes, ya que éstas no son sino expresión de nuestra voluntad.”

⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 74.

⁵⁹ *Ibidem*. Pág. 89.

Lo anterior evidencia que los jueces en el pensamiento de Rousseau, no pueden ser considerados como órganos de control del poder público, por el contrario, los jueces deben estar sometidos a la voluntad del soberano, materializada en la ley –que no tiene límites de contenido, porque el soberano incluso puede decretar leyes que le perjudiquen– que debe ser obedecida, por los jueces y el monarca.

3.- JOHN LOCKE – ENSAYO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL.

Locke, escribe su “Ensayo Sobre el Gobierno Civil” en la Revolución “gloriosa” inglesa de 1688, uno de los acontecimientos más importantes de la época (junto con la revolución francesa y norteamericana) que darán cimiento al constitucionalismo liberal clásico, de tal cuenta que debe tenerse presente las ideas surgida en dicho momento, a efecto de comprender su pensamiento y cómo este influenció en los sistemas jurídicos.

Sobre el Poder Legislativo, Locke escribió: “Consistiendo la esencia y la unidad de la sociedad en tener una voluntad única, el poder legislativo es, una vez establecido por la mayoría, el que hace saber y como si dijéramos, mantiene esa voluntad. El acto primero y primordial de una sociedad es la constitución del poder legislativo, porque con ello provee a la permanencia de su unidad bajo la dirección de ciertas personas y por medio de los lazos de la ley hecha por las personas encargadas de esa tarea por mandato expreso del pueblo.” “Primero: Si esa persona única o ese monarca impone su propia voluntad arbitrariamente, sustituyendo con ella a las leyes por las que el poder legislativo manifestó la voluntad de la sociedad, habrá cambiado con ello el poder legislativo. En efecto, si poder legislativo es aquel cuyas reglas y leyes deben ejecutarse y exigen obediencia, es evidente que ese poder legislativo ha cambiado cuando se dictan otras leyes, y se imponen otras reglas distintas de las que aquel poder legislativo que la sociedad estableció había dictado. De modo, pues, que quien, sin estar para ello autorizado por el nombramiento original de la sociedad, implanta nuevas leyes o subvierte las antiguas, desautoriza y derriba el poder que las hizo y, de ese modo, implanta un nuevo poder legislativo.”⁶⁰

Del pensamiento de Locke, puede hacerse los siguientes comentarios:

- a) Este pensador señala que el acto primero y primordial de una sociedad es “la constitución del poder legislativo”; Locke como contractualista, considera que el

⁶⁰ Locke, John. Ensayo Sobre el Gobierno Civil. Talleres de Editorial Calypso, S.A. México 1983. Pág. 162 a 164.

Legislativo deber ser el primer acto de la sociedad, toda vez que la esencia y la unidad de la sociedad es tener un voluntad única. Importante resulta resaltar que el Legislativo representa y mantiene la voluntad única de la sociedad, garantizando su unidad, dichas funciones no están dadas –en la constitución de la sociedad– al monarca o a los jueces. Lo anterior tiene correspondencia al señalar que la constitución del Parlamento es el “nombramiento original de la sociedad.”

- b) La sociedad al constituir al Legislativo otorga un *mandato expreso*, lo que da cuenta primeramente que ese mandato no fue dado a otros poderes, sino al Legislativo; además, el mandato hace relucir la idea de representación, de esa manera el Legislativo es representante de la sociedad, y no otra autoridad.
- c) La voluntad de la sociedad se materializa en la ley, que deben ejecutarse y exigen obediencia.

Nótese como el Legislativo se construye como un garante de la voluntad de la sociedad, consecuentemente las leyes emitidas en el ejercicio de la representación, deben ser obedecidas incluso por el monarca (no debe olvidarse que a partir de la Revolución inglesa da inicio la monarquía constitucional); lo anterior no quiere decir que el precedente judicial y la costumbre jurídica no tengan un papel importante en el ordenamiento jurídico, no debe olvidarse el contexto político en que escribe Locke.

4.- HANS KELSEN – LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCION (La Justicia Constitucional)

El último pensador que analizaré, en cuanto al sistema concentrado será Hans Kelsen, principal propulsor del Tribunal Constitucional en Austria, independiente al Poder Judicial, cuya función legislativa, de carácter negativo, era declarar inconstitucional las normas ordinarias contrarias a la constitución.

No pretendo analizar todo el pensamiento del gran jurista, pero sí evidenciar sus ideas respecto al sistema concentrado de constitucionalidad de las leyes, y porque optó por dicho sistema y no por el difuso.

4.1. CONCEPCIÓN RESPECTO A LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

“En la actualidad la teoría ... de que es necesario retirarle a los órganos de aplicación del derecho todo examen de la constitucionalidad de las leyes; de que debe acordarse a los tribunales, cuando mucho, el control de la regularidad de la publicación; que la

*constitucionalidad en la confección de las leyes se encuentra suficientemente garantizada por el poder de promulgación del jefe del Estado;*⁶¹

Parece no ser casualidad que Kelsen se refiera a “órganos de aplicación”; a partir de Montesquieu, la función judicial era “aplicar” la ley en casos civiles y criminales; y la aplicación implicaba ser seres inanimados, la boca de la ley. Si se parte de esas ideas, coherente es excluir todo “examen de la constitucionalidad”, a órganos, principalmente jueces, cuya laborar no es concebida como forma de control, razón por la cual la única “cuando mucho” es la regularidad de la publicación (inconveniente que podría darse si la ley fue publicada o no en el Diario oficial, o la fecha de entrada en vigencia).

El tipo de control por el que se opta es político, el cual “suficientemente garantiza” el Jefe de Estado, por el poder de promulgación; nótese que el control sería de tipo preventivo, porque la promulgación es la parte final del proceso de creación de la ley, por lo que una vez publicada la ley no habría posibilidad de ejercer control en casos concretos.

Pero veamos lo que sigue señalando Kelsen respecto a este tema: *“La autoridad llamada a aplicar la norma general, que puede retirar su validez para un caso concreto cuando ha reconocido su irregularidad, tiene el poder de anularla ... pero la anulación es simplemente parcial, limitada al caso concreto. Tal es la situación de los tribunales –no de las autoridades administrativas– frente a los reglamentos, según numerosas Constituciones modernas. Pero frente a las leyes, por regla general, están lejos de poseer tan amplios poderes de control. Lo más frecuente es que los tribunales no pueden examinar la regularidad de las leyes, es decir, la constitucionalidad de las leyes, en todos los aspectos, sino verificar únicamente la regularidad de la publicación de la ley no pudiendo, por tanto, rehusar su aplicación en un caso concreto más que a consecuencia de una irregularidad cometida en su publicación.”*⁶²—la negrilla es propia—

Prohibir el examen de regularidad de las leyes, no es más que impedir interpretar la ley conforme la Constitución, es reafirmar que los jueces son meros aplicadores de la ley; al estar así las cosas fácil es iniciar a analizar y discutir respecto de qué órgano público

⁶¹ Kelsen, Hans. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2001. Pág. 19-20.

⁶² *Ibidem*. Pág. 43.

debe controlar la constitucionalidad de las leyes, y el examen obviamente no parte de la función judicial; esta situación justifica la creación de un Tribunal Constitucional, ajeno al Poder Judicial, cuya función sea “examinar la regularidad de la ley”.

4.2. LA CONSTITUCIÓN NO TIENE EFECTO NORMATIVO

“El órgano legislativo se considera en realidad como un libre creador del derecho y no como un órgano de aplicación del derecho vinculado a la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien que en una medida relativamente reducida.”⁶³

El carácter normativo de la Constitución, significa que el texto supremo es de observancia obligatoria y ante su incumplimiento puede exigirse, incluso por la coerción, su acatamiento. Ya hemos visto los problemas que en algún momento ha generado este tema; sin embargo, los mismos se incrementan al señalarse que el Legislativo es un “libre” creador del derecho, y que la vinculación a la Constitución es en una “medida relativamente reducida”.

El principio de supremacía constitucional no es relativo, es absoluto. Una Constitución es suprema o no lo es, consecuentemente tiene efectos normativos o no los tiene. En el constitucionalismo norteamericano esta discusión terminó en 1803 con la sentencia del Juez Marshall, pero los sistemas europeo-continentales, en el primer cuarto del siglo pasado, parecía no tener una solución puntual y satisfactoria.

Kelsen señala que: “el derecho positivo vela porque todo acto que esté en contradicción con una norma superior puede ser anulado salvo cuando esa norma superior es la propia Constitución. // Este débil grado de fuerza obligatoria real está en desacuerdo radical con la aparente firmeza, que llega hasta la rigidez, que se confiere a la Constitución cuando se somete a su revisión a un procedimiento dificultado. Ahora bien, ¿para qué tantas precauciones si las normas de la Constitución, bien que prácticamente inmodificables, se encuentran, en realidad, casi desprovistas de fuerza obligatoria?”⁶⁴

Kelsen se esta refiriendo o más justificando la necesidad de un control y un órgano que lo ejerza (procedimientos como la inconstitucionalidad de la ley –de carácter general y en casos concretos, acciones de amparo, etc.), para garantizar la observancia obligatoria de

⁶³ Ibídem. Pág. 52.

⁶⁴ Ibídem. Pág. 96.

la Constitución, por ello señala: *“Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en sentido técnico.”*⁶⁵.

Ahora bien, la necesidad de la garantía de anulabilidad se da, porque en el pensamiento europeo-continental, los jueces no pueden declarar la anulabilidad de la ley, consecuentemente es necesario crear un órgano que ejerza dicha garantía, porque *“En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución que en relación con el procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar”*⁶⁶; semejante razonamiento no se dio en Estados Unidos, donde los padres fundadores no tuvieron necesidad de crear una garantía de anulabilidad, y órgano que lo ejerciera, la garantía de la supremacía constitucional fue el ejercicio de la función jurisdiccional. Podemos ver entonces, porque un Estado optó por un Tribunal Constitucional y otro no.

4.3. QUIÉN CONTROLA LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

*“La centralización del poder para examinar la regularidad de las norma generales, se justifica ciertamente en todos los aspectos. ... Se entiende que un poder tan considerable no puede ser confiado sino a una instancia central suprema.”*⁶⁷

Ya hemos visto que el control de constitucionalidad de la ley no está confiando a los jueces, consecuentemente es necesario un garantía de cumplimiento y un órgano que la ejerza; ahora vemos que dicho control debe ejercerlo una instancia central suprema, concentrada y única.

*“No solamente la “soberanía” del órgano que ha realizado el acto irregular sino, además, el dogma de la separación de poderes lo que se trae a discusión para evitar la anulación de los actos de una autoridad por otra.”*⁶⁸

El Legislativo representa al soberano, la voluntad de éste se materializa en la ley, a la que los demás órganos públicos deben someter su actuación; consecuencia de lo anterior, no

⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 95.

⁶⁶ *Ibidem*. Págs. 56-57.

⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 44

⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 46.

es posible que un Poder, que no ejerce soberanía –los jueces están incluidos en este apartado–, pueda controlar la actuación del Legislativo, además implicaría invadir las competencias de otros órganos, violentando “el dogma” de la separación de poderes.

“A este sistema se dirigen [encargar la anulación de los actos inconstitucionales, a una jurisdicción o tribunal constitucional], habitualmente, ciertas objeciones. La primera es, naturalmente, que tal institución sería incompatible con la soberanía del Parlamento... // No sucede así con la segunda objeción que se deriva del principio de separación de poderes. Ciertamente que la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto al órgano legislativo constituye una invasión al dominio del legislativo, como se dice habitualmente. Pero el carácter problemático de esta argumentación [des]aparece si se considera que el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aun reciba –por la independencia de sus miembros– la organización de tribunal. ... // Ahora bien, anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo.”⁶⁹

Acá vemos el pensamiento central del gran jurista; los jueces no pueden inaplicar la ley, porque implicaría violentar al organismo que representa al soberano, pero lo más importante es que dicha inaplicación o declaratoria de inconstitucionalidad es de carácter legislativo, razón por la cual es necesario crear un órgano de control de la misma naturaleza, pero de tipo negativo; esas características las tiene el Tribunal Constitucional, y por ser un legislador, de tipo negativo, no puede pertenecer al Poder Judicial.

La construcción y consolidación de un tribunal de este tipo, hace que los problemas de soberanía y división de poderes queden superados, pues tanto el Legislativo como el Tribunal Constitucional, ejercen la misma función, uno de tipo positivo y el otro negativo.

Este tipo de pensamiento, no existió en Estados Unidos, los constituyentes se preocuparon por el control de los actos del Legislativo y Ejecutivo, no por la naturaleza del acto por medio del cual se ejercía ese control, es por ello, que en este sistema una Corte

⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 52-55.

de Constitucionalidad es inconcebible, la familia jurídica a la que pertenece permite una construcción de control desde los jueces, contrario al civil law, del que Guatemala forma parte, donde imprescindible resulta tener Tribunales Constitucionales.

4.4. CUESTIÓN O DUDA DE CONSTITUCIONALIDAD

*“Entre varias soluciones posibles pueden indicarse las siguiente: autorizar y obligar a todas las autoridades públicas que al aplicar una norma tengan **duda**⁷⁰ **sobre su regularidad**, interrumpen el procedimiento en el caso concreto **e interpongan ante el tribunal constitucional una demanda razonada** para examen y anulación eventual de la norma. ... // Si el tribunal constitucional anulara la norma –y sólo en este caso– la autoridad demandante no debería aplicarla al caso concreto que dio origen a su demanda, sino decidir como si la norma –que es, de manera general, anulada pro futuro– no hubiera estado en vigor cuando el caso se produjo.”⁷¹*

Vemos nuevamente que en caso de duda sobre su regularidad, lo único que puede hacerse es plantearla al Tribunal Constitucional para que decida; antes que kelsen propusiera la duda de constitucionalidad, en el sistema del civil law, y especialmente en el constitucionalismo guatemalteco, la misma se encontraba regulada. Por ello, no es extraño ver jueces en distintos ramos jurídicos negarse a aplicar la Constitución de manera directa, sino se ha planteado la inconstitucionalidad en caso concreto, argumentando que la ley se presume constitucional, consecuentemente tienen el deber de aplicarla; lo anterior responde al contexto jurídico-político del sistema seguido en nuestro ordenamiento.

5.- HAMILTON, JAY y MADISON – EL FEDERALISTA.

“El Federalista” constituye una serie de artículos publicados en un diario del Estado de Nueva York, Estados Unidos, con el fin de justificar la constitución que habían adoptado los delgados de las trece colonias a fin de que la misma fuera ratificada por los Estados y

⁷⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA. “artículo 261. Toca a este Supremo Tribunal: ... Décimo. Oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes” CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE CENTROAMERICA. “artículo 114. [atribuciones del Poder Ejecutivo]. Consultará al Congreso sobre la inteligencia de la ley; y al senado sobre las dudas y dificultades que ofrezca su ejecución...” CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE GUATEMALA. “Artículo 141. Consultará a la Asamblea, sobre la inteligencia de la ley, y al consejo sobre las dudas y dificultades que ofrezca su ejecución ...”

⁷¹ Kelsen, Hans. Ob. Cit. Pág. 88.

podría entrar en vigencia; si bien es cierto, no es un documento oficial, a lo largo de la historia ha sido reconocido como un documento serio y que en gran medida desarrolla el pensamiento de los padres fundadores. Los escritores de dichos artículos fueron Alexander Hamilton, John Jay y James Madison.

Los artículos fueron escritos a finales del siglo XVIII; mismos, de conformidad con la historia, no fueron conocidos en la América latina, sino 80 años aproximadamente después de haber sido publicados.

A través de sus páginas puede encontrarse el pensamiento de la época, y para fines de este trabajo, las razones por las cuales Estados Unidos nunca tuvo la necesidad de un Tribunal Constitucional, ajeno al poder judicial, que controlara los actos del poder público.

5.1. CONCEPCIÓN ACERCA DE PODER JUDICIAL

Con respecto al Poder Judicial, se señala: “Nos queda aún por citar una circunstancia que corona los defectos de la Confederación: la falta de un poder judicial. Las leyes son letra muerta sin tribunales que desenvuelvan y definan su verdadero significado y alcance.”⁷²

Desde acá puede verse el contraste entre el sistema norteamericano y el guatemalteco. Uno de los defectos de la Confederación fue la falta de un “poder judicial”, es decir, la función de los jueces fue considerada de vital importancia en el inicio y consolidación de la Unión, mientras en el pensamiento de Montesquieu, la función de juzgar era “terrible”, debía ser invisible y nulo,

Se expone también que las leyes son letra muerta, mientras que en el pensamiento europeo-continental los jueces son “aplicadores” de la ley (en casos civiles y criminales), por ello son boca de la ley. En los orígenes del sistema concentrado no hay posibilidad de interpretar la ley, en el estadounidense las “leyes son letra muerta” y son los jueces los encargados de desenvolver y definir su verdadero alcance. Nótese que no existe discusión acerca que el Legislativo representa a la nación y que la voluntad de ésta se materializa en la ley, consecuentemente un juez no puede controlar su constitucionalidad.

En los Estado, donde los jueces puedan “desenvolver y definir” el verdadero alcance de la ley, constituye un sistema jurídico que confía en la labor de sus jueces, reconociendo que la ley tiene vacíos, ambigüedades e incluso contradicciones, mismos que solo pueden ser

⁷² Hamilton, Madison y Jay. EL FEDERALISTA. Segunda edición en español, 1957. Fondo de Cultura Económica. México. Pág. 90.

suplidas por el juez. Por el contrario, un sistema que prohíbe interpretar la ley e inaplicarla cuando es contraria al texto supremo, no confía en sus jueces, consecuentemente necesita de Tribunales Constitucionales.

Cuando vemos semejante pensamiento, advertimos porqué no es necesario un Tribunal Constitucional, como los del sistema del civil law, para controlar la constitucionalidad de la “ley”; en el sistema sajón dicha función esta encarga a los jueces y principalmente a la Suprema Corte de Justicia; los norteamericanos nunca tuvieron problemas de si los jueces podían “interpretar la ley” o que desconocerla conllevaba “ejercer soberanía”; por el contrario, entendieron que los tres poderes –ejecutivo, legislativo y judicial– debían someterse a la constitución, consecuentemente la ley era nula si contradecía el texto supremo.

5.2. CONCEPCIÓN ACERCA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

El Federalista, respecto a la supremacía constitucional señala: “Se ha dicho que las leyes de la Unión han de ser la suprema ley del país. Pero ¿qué inferencia se desprende de esto y qué valor tendrían aquéllas si no fueran supremas? Es evidente que no significarían nada... Supongo que no habrá escapado a los observadores que limita expresamente esa supremacía a las leyes que se hagan conforme a la Constitución, lo cual menciono sólo como ejemplo de las precauciones tomadas por la convención, ya que esta limitación habría habido que sobrentenderla aunque no se formulara expresamente.”⁷³

Respecto al parámetro del contenido de las leyes del Estado federal, no deja lugar a dudas que las mismas deben estar sujeta a la Constitución; podemos decir, que la Constitución es fuente de la ley, constituyendo una garantía para el gobierno federal y de los demás Estados de la Unión, toda vez que no cualquier ley federal será superior a la de las otras Estados, sino solo aquella conforme al texto supremo.

En el pensamiento de la revolución francesa, la ley es la máxima expresión del ejercicio de la soberanía, es por ello que los demás poderes deben cumplirla y someterse a ella, porque al hacerlo se someten al soberano, es decir, la nación, y cuando exista duda no

⁷³ *Ibidem*. Págs. 131-132.

debe consultarse al poder judicial sino a su fuente creadora: la asamblea (El Poder Ejecutivo, *“Consultará al Congreso sobre la inteligencia de la ley; y al senado sobre las dudas y dificultades que ofrezca su ejecución. Debe en este caso, conformarse con su dictamen, y cesa su responsabilidad.”* Artículo 114 de la Constitución de la República Federal de Centroamérica)

En el sistema norteamericano se tiene claro el papel limitador de la Constitución en el ejercicio de las funciones de los demás poderes; la Constitución tiene “efectos normativos”, no existe duda respecto a ello. El poder constituyente se plasma en la ley suprema, de tal cuenta que los poderes constituidos no pueden contrariarla, incluso a través de una ley emitida por el órgano que se supone ejerce la soberanía.

5.3 EL PODER DE LOS JUECES EN CUANTO A LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

“2) Esta Constitución y las leyes de los Estados unidos que se expidan con arreglo a aquélla, así como todos los tratados celebrados o que se celebren en representación de los Estados Unidos, constituirán la ley suprema del país, y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, no obstante cualquier cosa en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado Para hacernos completo cargo de esto sólo necesitamos suponer momentáneamente que la supremacía de las constituciones de los Estados hubiera quedado intacta gracias a una cláusula que hiciera una salvedad en su favor. ... Finalmente, el mundo habría visto por primera vez un sistema de gobierno fundado en la inversión de los principios fundamentales de todo gobierno; habría visto la autoridad de toda la sociedad subordinada en todos los aspectos a la autoridad de las partes; habría contemplado a un monstruo con la cabeza bajo las órdenes de sus miembros.”⁷⁴

La razón de la convención era crear un texto que fortaleciera el gobierno federal frente a los poderes de los Estados locales; dicho fin únicamente podía lograrse reconociendo a la constitución carácter superior a las leyes de los Estados locales; todas las autoridades debían someterse al texto fundamental, sin excepción alguna. Además, los constituyentes entendieron que al tener carácter vinculante la Constitución, ésta obligaba a todos los órganos políticos.

⁷⁴ Ibídem. Pág. 194.

El Poder Judicial, no únicamente de la federación sino de cada Estado, debía mantener la supremacía constitucional, quienes se constituían en garantes del pacto político.

Nótese el papel de los jueces norteamericanos contrastado con los jueces en el pensamiento de Kelsen, en unos la función judicial es considerada como garante de la observancia de la constitución, en el otro, sólo puede aplicar la ley, y si tuviere duda debe hacerlo del conocimiento de Tribunal Constitucional para que decida.

5.4. CONCEPCIÓN RESPETO A LA PERMANENCIA DE LOS JUECES EN EL CARGO.

“Conforme al plan de la convención, todos los jueces nombrados por los Estados Unidos **conservarán sus puestos mientras observen buena conducta**, lo cual se halla de acuerdo con las mejores constituciones de los Estados y, entre ellas, con la de este Estado. ... **el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder**; ... que como, por la natural debilidad del departamento judicial, se encuentra en peligro constante de ser dominado, atemorizado o influido por los demás sectores, y que como nada puede contribuir tan eficazmente a su firmeza e independencia como la estabilidad en el cargo, esta cualidad ha de ser considerada con razón como un elemento indispensable en su constitución y asimismo, en gran parte, como la ciudadela de la justicia y la seguridad jurídica.”⁷⁵

Montesquieu señalaba que la función judicial era “terrible”, los delegados a la convención, que el Poder Judicial era el más débil, por ello, debía ser fortalecido, por la función que le iba a corresponder en la consolidación del nuevo Estado que se formaba.

Para fortalecer el Poder Judicial, los jueces eran vitalicios, mientras que en el sistema europeo-continental, la función judicial debía ser “temporal” y “alternativa”. El problema de las judicaturas a términos fue resuelto por Estados Unidos hace más de 200 años, en Guatemala, en pleno siglo XXI los jueces ejercen su cargo por períodos de cinco años. Solo un juez vitalicio podrá inaplicar los actos de otros poderes que contravengan la Constitución, sin el temor de la renovación en el puesto por no resolver conforme a los demás poderes, pero sí conforme al texto constitucional.

⁷⁵ *Ibidem*. Pág. 330.

Esta es una gran diferencia entre el sistema norteamericano y el europeo; por lo general los jueces del sistema continental son jueces a término, nombrados periódicamente y que responden a intereses particulares o de ciertos sectores, más no en interés del respeto constitucional; esto inevitablemente genera jueces con temor, que aplicaran la ley incluso en contravención a la Constitución. En semejante situación será necesario que un Tribunal, de forma exclusiva, se instituya con el fin de velar por la supremacía constitucional, cuya función los jueces ordinarios tienen vedado.

Ahora bien, el nombramiento de jueces vitalicios, no es únicamente ingenio de los delegados, por el contrario se señala que dicha práctica esta “de acuerdo con las mejores constituciones”; nótese que la Constitución de Estados Unidos no reguló nada nuevo, sólo adoptó lo que era parte ya de los ordenamientos jurídicos de los demás Estados.

Las judicaturas vitalicias persiguen fines bien determinados: a) independencia; b) estabilidad; c) justicia y seguridad jurídica. Por ello el Federalista señala: “Esa adhesión uniforme e inflexible a los derechos de la Constitución y de los individuos, que comprendemos que es indispensable en los tribunales de justicia, manifiestamente no puede esperarse de jueces que estén en posesión de sus cargos en virtud de designaciones temporales.”⁷⁶

Nada de esto fue concebido en el sistema concentrado de control de constitucionalidad, por eso fue necesario en dicho sistema un Tribunal Constitucional, con funciones legislativas, siendo Guatemala heredero de dicho pensamiento y sistema.

5.5. CONCEPCIÓN RESPECTO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

“La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, ... Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta. // No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han

⁷⁶ Ibídem. Pág. 335.

sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. ... en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatos. // Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos ... // Carece de valor la afirmación relativa a que los tribunales, so pretexto de incompatibilidad, estarán en libertad de sustituir su capricho a las intenciones constitucionales de la legislatura. Lo mismo podría ocurrir en el caso de dos leyes contradictorias o, similarmente, en todo fallo en que se aplique una sola ley. // Por lo tanto, si los tribunales de justicia han de ser considerados como los baluartes de una Constitución limitada, en contra de las usurpaciones legislativas, esta consideración suministrará un argumento sólo en pro de la tenencia permanente de las funciones judiciales, ya que nada contribuirá tanto como esto a estimular en los jueces ese espíritu independiente que es esencial para el fiel cumplimiento de tan arduo deber. // ... Los beneficios de la moderación y la integridad del departamento judicial se han dejado ya sentir en más de un Estado, y aunque quizá haya disgustado a aquellos cuyas siniestras esperanzas han defraudado, debe haberse ganado la estimación y los parabienes de todas las personas virtuosas y desinteresadas.”⁷⁷

Lo anterior evidencia varios aspectos del pensamiento de quienes redactaron la Constitución de Estados Unidos: a) el todos los poderes, incluido el Legislativo, están sometidos a la Constitución; b) todo acto contrario a la Constitución, así sea una ley, debe ser declarado nulo; c) los jueces son los guardianes de la Constitución, como garantía de los derechos de los individuos; d) aunque el Legislativo sea representativo de la sociedad, no significa que no esté sometido al texto supremo, toda vez que la Constitución es la forma en que la nación limitó las funciones de los poderes constituidos, inclusive el Congreso; e) la nulidad de las leyes contrarias a la Constitución, se ve como un problema de control, y no si existe invasión de competencia de un poder a otro.

Cuando se tiene este tipo de pensamiento, y el Poder Judicial a lo largo de la historia ha sido más o menos independiente, fácil es llegar a la conclusión que no es necesario un Tribunal Constitucional, éste no tiene cabida, la función judicial alcanza y sobra; sin

⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 330-334.

embargo, como Guatemala, solo adoptó formalmente el sistema difuso de control de constitucionalidad, y a lo largo de su historia jurídica fue deudor de la familia del civil law, también fácil es llegar a la conclusión que tarde o temprano debía regular un Tribunal Constitucional, independiente al Poder Judicial.

Quiero finalizar este apartado, evidenciando el contraste entre el pensamiento norteamericano y el francés –del cual Guatemala es deudor– señalando lo que para el efecto **Alexis de Tocqueville** escribió en su obra: **La Democracia en América**, en 1830:

“El juez americano se parece, pues, perfectamente a los magistrados de otras naciones. No obstante, está revestido de un inmenso poder político. ... los americanos han reconocido a los jueces el derecho a fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más que sobre las leyes. ... Sabemos que los tribunales de otros países han reclamado a veces un derecho semejante, pero nunca se les ha concedido. En América, todos los poderes lo reconocen. No hay un partido, ni siquiera un hombre, que lo discuta.

Si en Francia los tribunales pudiesen desobedecer las leyes sobre el fundamento de que las consideran inconstitucionales, el poder constituyente estaría reamente en sus manos, pues sólo ellos tendrían derecho a interpretar una Constitución cuyos términos nadie podría cambiar.

Sé que al negar a los jueces el derecho a declarar las leyes inconstitucionales, concedemos indirectamente al cuerpo legislativo el poder de cambiar la Constitución, toda vez que no encuentra más barreras legales que los frenen. Pero más vale conceder el poder cambiar la Constitución al pueblo a unos hombres que representan imperfectamente las voluntades del pueblo que a otros que no se representan más que a sí mismos.

En los Estados Unidos, la Constitución domina a los legisladores como a los simples ciudadanos. Es la primera de las leyes y no podría ser modificada por una ley. Por tanto, justo es que los tribunales obedezcan de manera preferente a la Constitución por encima de todas las demás leyes. Esto se debe a la esencia misma del poder judicial: en cierto sentido, el derecho natural del magistrado consiste en elegir entre aquellas disposiciones legales aquellas que no le encadenan de forma más estrecha.

En Francia, la Constitución es igualmente la primera de las leyes y los jueces tienen igual derecho a basar sus sentencias en ella, pero al ejercer este derecho no pueden dejar de

apropiarse otro más sagrado que el suyo: aquél de la sociedad en nombre del cual intervienen. La razón ordinaria debe ceder aquí ante la razón del Estado.”⁷⁸

Nótese la gran diferencia de ideas entre los autores del Federalista y Toqueville; en los pasajes transcritos se afirma el pensamiento europeo-continental, a saber: a) la interpretación de ley esta vedada a los jueces; b) la interpretación constitucional constituye una invasión en la esfera del Poder Constituyente; c) la soberanía radica en el Legislativo, consecuentemente la interpretación constitucional y legal, constituye una invasión a dicho poder, mismo que no les esta permitido; d) los jueces no representan al soberano.

En un sistema no concebido en estas “mínimas ideas” (del Federalista), donde existe un Poder Judicial débil y dependiente al Ejecutivo –por su origen histórico– y Legislativo, por medio de la ley, necesariamente se verá obligado a crear un Tribunal Constitucional y señalar que su función no es estrictamente jurisdiccional, toda vez que si fuera así, estaría invadiendo funciones del Poder Legislativo –que ejerce en última instancia la soberanía–, por el contrario se indicará que la función es legislativa, pero de carácter negativo.

Lo anterior evidencia nuevamente por qué Guatemala y Estados herederos del civil law fue necesario optar una Corte de Constitucionalidad, y no apostaron por fortalecer su poder judicial, reconociendo que es función inherente del mismo interpretar y aplicar conforme la Constitución, ser en órgano de control de los otros Poderes, incluso sobre el Legislativo, así sea quien supuestamente representa al pueblo o nación.

⁷⁸ Toqueville, Alexis De. La Democracia en América. Ediciones Akal. S.A., Madrid. 2007. Págs. 139-140.

CAPITULO V
SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
GUATEMALA, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y AUSTRIA

1. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO GUATEMALTECO

En el presente capítulo se hará un análisis de la evolución del sistema difuso de control de constitucionalidad, a través de las Constituciones que han regido el Estado de Guatemala, a efecto de determinar la concepción que se tenía del sistema y la forma en que debía operar; para el efecto y como ya es tradición en los estudios constitucionales, se divide el análisis en dos períodos, antes y después de la época de la independencia.

1.1. PERÍODO PRE-INDEPENDIENTE.

A.- CONSTITUCIÓN DE BAYONA –BAYONA 06-07-1808–

La Constitución o carta de Bayona, fue producto de la conquista que hiciera Napoleón Bonaparte, emperador de los franceses, en tierras españolas, poniendo como rey a su hermano José Bonaparte; para legitimar y legalizar su conquista otorgó dicha carta, que no tuvo vigencia real en las Américas, pero arroja datos importantes para entender el tema de estudio. Esta constitución, legitimó el poder absoluto del Rey sobre el resto del Poder Político, haciendo nugatoria la división de poderes y el control entre ellos.

Los artículos relevantes se transcriben de forma completa o en su parte conducente, haciendo a continuación del mismo un análisis para su comprensión:

*“Artículo 6. La fórmula del juramento del Rey será la siguiente: **“Juro sobre los santos Evangelios respetar y hacer respetar nuestra santa religión, observar y hacer observar la Constitución, conservar la integridad y la independencia de España y sus posesiones, respetar y hacer respetar la libertad individual y la propiedad y gobernar solamente con la mira del interés, de la felicidad y de la gloria de la Nación Española.”***

El artículo hace referencia directa entre religión y política, donde la primera aparece con cierta preeminencia sobre la segunda; si bien es cierto el Rey jura defender la Constitución, del texto y contexto del mismo se deduce que el principio de supremacía constitucional no era real ni podía ser efectivo; como se señaló, el texto supremo más bien legalizó el poder absoluto del rey antes que imponerle límites.

*Artículo 7. Los pueblos de las Españas y de las Indias prestarán juramento al Rey en esta forma: “**Juro fidelidad y obediencia al Rey, a la Constitución y a las leyes.**”*

Este segundo artículo marca la verdadera jerarquía que debían respetar los pueblos; en primer lugar se debía obediencia al Rey, y en segundo plano a la Constitución; lo cual conlleva a reafirmar lo dicho, que el principio de jerarquía normativa no existía. Si bien puede señalarse que la obediencia al Rey, la Constitución y las leyes están en un mismo plano y que la norma no hace distinción, también lo es que de todo el contexto de la Constitución, la misma fue creada para legitimar el poder absoluto del monarca, y poner en segundo plano la ley fundamental.

*Artículo 27. Habrá nueve Ministerios, a saber: **Un Ministerio de Justicia...***

*Artículo 29. **El Rey podrá reunir, cuando lo tenga por conveniente, el Ministerio de Negocios eclesiásticos al de Justicia y el de Policía General al de lo interior.***

*Artículo 31. **Los Ministros, cada uno en la parte que le toca, serán responsables de la ejecución de las leyes y de las órdenes del Rey.***

Estos tres artículos se analizan de manera conjunta, señalando lo siguiente: a.- para que exista un verdadero sistema difuso de control de constitucionalidad, existe una condición *sine qua non*, la regulación constitucional de la división de poderes; b.- la independencia real y efectiva del Poder Judicial de los otros poderes; c.- incluso en las monarquías constitucionales, el Rey no debe tener injerencia en la administración de justicia; d.- si el Rey es el encargado de la organización y administración de la justicia, a través de un Ministerio hace imposible un verdadero control de constitucionalidad de las leyes, porque los jueces se convierten en meros ejecutores de sus órdenes; e.- no establecer de forma expresa e inequívoca que los ministros del rey deben obedecer la Constitución, sino simplemente ejecutar las leyes y órdenes del rey, hace inexistente el principio de jerarquía normativa, al no tener responsabilidad en las violaciones a la carta magna.

*Artículo 51. **Sólo el Senado, a propuesta del Rey, podrá anular como inconstitucionales las operaciones de las Juntas de elección, para el nombramiento de diputados de las provincias, o las de los Ayuntamientos para el nombramiento de diputados de las ciudades.***

El artículo establece aparentemente el principio de supremacía constitucional, al señalar que podrán declararse como “inconstitucionales” las operaciones de las Juntas de elección, pero no debe olvidarse que una verdadera supremacía constitucional solo puede tener lugar y vigencia donde un Estado ha separado las principales funciones del poder político; de tal cuenta que declarar la inconstitucionalidad únicamente si el Rey lo propone, es hacer depender de la voluntad de los funcionarios públicos el respeto o no de la constitución, contrariando de esta forma su carácter normativo.

Artículo 52. Habrá un Consejo de Estado presidido por el Rey, ... y se dividirán en seis secciones, a saber: Sección de Justicia y Negocios Eclesiásticos...”

El artículo revela la inexistencia de un Poder Judicial, por el contrario, las funciones jurisdiccionales estaban subordinadas al Rey y al Consejo de Estado. Jueces subordinados al monarca, con obligación de cumplir sus órdenes, jamás declararán la inaplicabilidad de leyes o decisiones contrarias a la Constitución, porque para esto, uno de los presupuestos es la independencia judicial, inexistente en el período pre-independiente.

Artículo 97. El orden judicial será independiente en sus funciones.

Artículo 98. La justicia se administrará en nombre del Rey, por juzgados y tribunales que él mismo establecerá...”

Artículo 99. El Rey nombrará a todos los jueces.

Por relación estrecha en estos tres artículos, el análisis se hace de forma conjunta, haciendo ver lo siguiente: a.- la mera declaración de independencia del “orden judicial” no es suficiente, si el texto constitucional y normas jurídicas específicas la hacen inefectivas; b.- para hacer real el control difuso de constitucionalidad, los jueces no pueden estar subordinados al monarca o parlamento, a través de su nombramiento, establecimiento de juzgados por el rey, porque esto conlleva dependencia.

Artículo 143. La presente Constitución se ejecutará sucesiva y gradualmente por decreto o edicto del Rey; de manera que el todo de sus disposiciones se halle puesto en ejecución antes del 1º de enero de 1813.

Una verdadera ley fundamental no puede dejar a discreción de ningún órgano su vigencia real y efectiva, de tal cuenta que hacerlo, conlleva declarar expresamente que la norma

constitucional no tiene fuerza vinculante, hasta en tanto no se emitan las normas ordinarias que desarrollen sus preceptos (de allí que actualmente exista el planteamiento de inconstitucionalidades por omisión, que procede generalmente cuando el poder público no expide las normas ordinarias que manda el texto supremo), consecuentemente la constitución no es suprema dentro del ordenamiento jurídico.

En base al análisis anterior de la primera Constitución en el período pre-independiente, se llega a las siguientes conclusiones y que tienen relación con el sistema difuso de control de constitucionalidad:

- a) En la Constitución de 1808 el sistema difuso de control de constitucionalidad es inexistente, por el contrario de su articulado se establece que la misma es prohibida;
- b) Inexistencia de división de poderes;
- c) El rey concentra todo poder público;
- d) El rey organiza y dirige el “orden” judicial;
- e) Los jueces ejercer su función en nombre del rey, haciendo nugatoria su independencia;
- f) No existe una idea clara del principio de supremacía constitucional, ni mucho menos medios u órganos para hacer valer la vigencia real de la ley fundamental.
- g) En el sistema difuso de control de constitucionalidad, los jueces deben tener independencia judicial, estar sujetos a la constitución, existir regulación expresa o, por lo menos, implícita el principio de suprema constitucional.

B. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA –Cádiz 19-09-1812–

La Constitución de 1812, con vigencia en Guatemala pocos años, al haber sido suspendida por el Rey Fernando VII, aporta información relevante para entender el actual sistema de difuso de control de constitucionalidad; para el análisis de dicha constitución, el mismo se ha hecho a través de temas centrales, a saber:

B.1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

*Artículo 7º. **Todo español** está obligado a ser fiel a la Constitución, obedecer las leyes y respetar las autoridades establecidas.*

Artículo 117. En todos los años el día 25 de febrero se celebrará la última Junta preparatoria, en la que se hará por todos **los diputados**, poniendo la mano sobre los Santos Evangelios, el juramento siguiente: “¿**Juráis defender y conservar la Religión Católica**, Apostólica, Romana, sin admitir otra alguna en el Reino? – R. sí. Juro –. ¿**Juráis guardar y hacer religiosamente la Constitución política de la Monarquía española**, sancionada por las Cortes generales y extraordinarias de la Nación en el año de mil ochocientos y doce? – R. sí. Juro. ¿Juráis haberos bien y fielmente en el encargo que la Nación os ha encomendado, mirando en todo por el bien y prosperidad de la misma Nación? – R. – Sí. Juro-. Si así lo hicieréis, Dios os lo premie; y si no, os lo demanda”.

Artículo 173. **El Rey en su advenimiento al Trono**, y si fuere menor, cuando entre a gobernar el Reino, prestará juramento ante las Cortes bajo la fórmula siguiente: “N..... (aquí su nombre), por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas; juro por Dios y por los Santos Evangelios que **defenderé y conservaré la Religión Católica**, Apostólica, Romana, sin permitir otra alguna en el Reino; que **guardaré y haré guardar la Constitución política y leyes** de la Monarquía española... y **si en lo que he jurado, o parte de ello, lo contrario hiciere, no debo ser obedecido, antes aquello en que contraviniere, sea nulo y de ningún valor**. Así Dios me ayude, y sea en mi defensa; y si no, me lo demande.

Artículo 212. El Príncipe de Asturias, llegando a la edad de catorce años prestará juramento ante las Cortes bajo la fórmula siguiente: “N.... (aquí el nombre), Príncipe de Asturias, juro por Dios y por los Santos Evangelios, que **defenderé y conservaré la Religión Católica**, Apostólica, Romana, sin permitir otra alguna en el reino; **que guardaré la Constitución** política de la Monarquía española, y que seré **fiel y obediente al Rey**. Así Dios me ayude”.

Artículo 226. Los secretarios del despacho serán responsables a las Cortes de las **órdenes que autoricen contra la Constitución** o las leyes, sin que les sirva de excusa haberlo mandado el Rey.

Artículo 241. **Los consejeros de Estado**, al tomar posesión de sus plazas, harán en manos del Rey **juramento de guardar la Constitución, ser fieles al Rey**, y aconsejarle lo que entendieren ser conducente al bien de la Nación, sin mira particular ni interés privado.

*Artículo 279. Los magistrados y Jueces, al tomar posesión de sus plazas, **jurarán guardar la Constitución, ser fieles al Rey, observar las leyes y administrar imparcialmente la justicia.***

*Artículo 337. **Todos los individuos** de los Ayuntamientos y de las diputaciones de provincia, al entrar en el ejercicio de sus funciones, prestarán juramento, aquéllos en manos del Jefe Político, donde le hubiere, o en su defecto el Alcalde que fuere primer nombrado, y éstos en las del Jefe Superior de la provincia, de **guardar la Constitución Política de la Monarquía española, observar las leyes, ser fieles al Rey,** y cumplir religiosamente las obligaciones de su cargo.*

*Artículo 374. **Toda persona que ejerza cargo público, civil, militar o eclesiástico, prestará juramento,** al tomar posesión de su destino, **de guardar la Constitución, ser fiel al Rey** y desempeñar debidamente su encargo.*

*Por tanto mandamos a todos los Españoles nuestros súbditos, de cualquier clase y condición que sean, que haya y **guarden la Constitución inserta, como ley fundamental de la Monarquía;** y mandamos asimismo a todos los Tribunales, Justicia, Jefe, Gobernadores y demás autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquier clase y dignidad, **que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la misma Constitución en todas sus partes.** Tendréislo entendido, y **dispondréis lo necesario a su cumplimiento,** haciéndolo imprimir, publicar y circular.*

De la transcripción de los artículos y lo resaltado resulta fácil entender que las Cortes quisieron que la Constitución promulgada fuera de *observancia obligatoria* en toda la monarquía española; el deber de cumplimiento de la constitución está dirigido a todo español, funcionario público, rey, magistrados, diputados, etc., sin excluir a nadie. El texto no establece expresamente el principio de “jerarquía normativa” o supremacía constitucional, por el contrario establece que al momento de tomar posesión de un cargo público, cualquiera que sea, se debe prestar juramento de fidelidad no únicamente a la Constitución, sino al rey, ser fieles a la religión católica, de tal cuenta que la supremacía constitucional queda entre dicho. Debe tomarse en cuenta que este principio no era entendido como hoy lo conocemos, es más, se dudó por muchos años si la Constitución era de carácter normativo, si podía cumplirse de forma directa sus disposiciones, al no establecer únicamente derechos y obligaciones, sino valores, normas programáticas, etc.

B.2. DIVISIÓN DE PODERES

Artículo 15. La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey.

Artículo 16. La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey.

Artículo 17. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley.

Artículo 170. La potestad de hacer ejecutar las leyes, reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes.

Los anteriores artículos hacen una clara referencia a las ideas de Montesquieu, en su libro “Del Espíritu de las Leyes”, acerca de la división de poderes, correspondiendo al Parlamento dictar leyes, al Monarca ejecutarlas y al Poder Judicial la potestad de aplicarlas a casos concretos; de más está decir que en la teoría de la división de poderes planteada, el Judicial quedaba relegado a un segundo plano en comparación de los otros poderes y su función era de mero “aplicador” de la ley, ser la boca del legislador, sin posibilidad de interpretarla o desconocerla; en ese sentido, la Constitución de 1812 si bien es cierto establece la separación de poderes, también lo es que el Poder Judicial se encuentra relegado a un segundo plano y subordinado a la monarquía y a las Cortes.

B.3. FORMA DE EJERCER LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

*Artículo 131. **Las facultades de las Cortes son:** Primera. Proponer y decretar las leyes, e **interpretarlas** y derogarlas en caso necesario...*

Este artículo es de *suma importancia* para entender porqué los jueces en Guatemala no ejercen de forma real y efectiva el control de constitucionalidad de forma difusa; la normativa es clara en indicar que corresponde a la Corte (diputados) *interpretar* la ley, consecuentemente un juez tiene prohibido hacerlo, debiendo ser un *mero aplicador* de las normas jurídicas, un autómatas, debe ser la *voz del legislador*. Pero como hemos establecido, en un verdadero sistema difuso, como el norteamericano, los jueces deben tener la posibilidad real de interpretar la ley y confrontarla con la Constitución e inaplicarla cuando haya contradicción con el texto supremo; es decir, deben tener un mayor protagonismo en su función jurisdiccional, sin temor a verse afectado por las decisiones

que tome en este sentido, y esto únicamente se logra si tiene una verdadera independencia judicial.

Hoy en día los jueces siguen teniendo temor de interpretar y, peor aún, confrontar las normas ordinarias con el texto supremo, exigiendo en la mayor parte de casos el planteamiento de inconstitucionalidades en casos concretos; esto es simplemente la consecuencia de nuestra tradición en materia de control de constitucionalidad, misma que “no se cambia por mero establecimiento de decretos”

*Artículo 171. Además de la prerrogativa que compete al Rey sancionar las leyes y promulgarlas, le corresponden como principales las facultades siguientes: ... 2º. **Cuidar de que en todo el Reino se administre pronta y cumplidamente la justicia...** 4º. **Nombrar los Magistrados de todos los Tribunales civiles y criminales, a propuesta del Consejo de Estado.***

Nuevamente se regula la subordinación del orden judicial al monarca, quien tiene la función de velar por el correcto cumplimiento de la función jurisdiccional, lo cual implica la posibilidad de interferir en la labor del juez, consecuentemente la independencia judicial es inexistente, sin embargo, la norma constitucional no queda ahí, porque el monarca nombra a todos los magistrados. Como he señalado, el verdadero sistema difuso solo puede existir si los jueces son independientes y sujetos en su función únicamente a la Constitución, de lo contrario para inaplicar una ley requerirán el planteamiento de inconstitucionalidad en casos concretos, porque las normas se presumen constitucionales.

Ahora bien, la tradición anglosajona, fue siempre más permisiva en la función de administrar justicia, donde los jueces tenían la posibilidad real de interpretar leyes y una mayor independencia hacia los otros poderes; no estaban sujetos únicamente a la ley, sino disposiciones del derecho común, y en Estados Unidos los jueces, incluso antes de su independencia, siempre tuvieron claro que las normas ordinarias no podían ser aplicadas cuando contrarían normas fundamentales.

*Artículo 222. Los secretarios del despacho serán siete, a saber: ... **El Secretario del Despacho de Gracia y Justicia...***

*Artículo 237. Pertenece a este Consejo hacer al Rey la propuesta por ternas para la presentación de todos los beneficios eclesiásticos, y para la provisión de las plazas de **judicatura**.*

*Artículo 253. Si al Rey llegaren quejas contra algún Magistrado, y formado expedientes, parecieren fundadas, **podrá, oído el consejo de Estado, suspenderle, haciendo pasar inmediatamente el expediente al Supremo Tribunal de Justicia, para que juzgue con arreglo a las leyes.***

Los artículos hablan por sí solos, el poder judicial en su organización esta subordinado al Rey y al Consejo, en su función jurisdiccional e incluso en cuanto a régimen disciplinario, consecuentemente no puede existir independencia en sus funciones.

*Artículo 242. La potestad de **aplicar las leyes** en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales.*

Es necesario poner énfasis en que la Constitución señala que los tribunales deben “aplicar” las leyes, única función posible de realizar, texto que es coherente con los otros artículos que señalan cuales son las funciones del monarca (ejecutar las leyes) y las Cortes (decretar e *interpretar* leyes), consecuentemente está claro que los jueces son únicamente la boca del legislador.

Además, queda establecido el ámbito de competencia: causas civiles y criminales; el Poder Judicial no tiene mayores competencias y no es concebido como un órgano de control de Legislativo y Ejecutivo en sus funciones.

Artículo 243. Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos.

Artículos 244. Las leyes señalarán el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los Tribunales; y ni las Cortes ni el Rey podrán dispensarlas.

A pesar que los artículos señalan la independencia de la función judicial, no debe olvidarse que esta se centra simplemente en aplicar la ley, y que es el monarca quien tiene la posibilidad de verificar si la misma se ha llevado correctamente o no.

*Artículo 245. Los tribunales no podrán ejercer otras **funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.***

*Artículo 246. **Tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes, ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia.***

*Artículo 255. **Toda falta de observancia de las leyes que arreglen el proceso en lo civil y en lo criminal, hace responsables personalmente a los jueces que la cometieren.***

*Artículo 256. El soborno, el cohecho y **la prevaricación** de los Magistrados y jueces produce acción popular contra lo que los cometan.*

*Artículo 261. Toca a este Supremo Tribunal: ... Décimo. **Oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes.***

Los artículos hablan por sí mismos, la Constitución claramente establece cuales son las funciones de los jueces, juzgar, es decir, *ser meros aplicadores de la ley*, función que es reforzada al señalarse la imposibilidad de *suspender* la ejecución de la ley y que su inobservancia conlleva consecuencias jurídicas: se comete el delito de prevaricato. Estando así las cosas, los jueces tienen prohibido interpretar la ley, y cuando tengan dudas quien decide son las Cortes, a través del Rey, teniendo consecuentemente el deber de aplicarla aún cuando sea contraria a normas constitucionales; en Guatemala parece que el tiempo no pasa, porque aún hoy en día los jueces no se atreven a inaplicar las normas contrarias al texto supremo, exigiendo en la mayoría de casos el planteamiento de la inconstitucionalidad en el caso concreto.

El delito de prevaricato (juez que dicte una resolución contraria a las leyes) tiene sus antecedentes en artículos como el 255 y 256, que prohibían al juez interpretar la ley, aplicarla aún si consideraba era contraria a la constitución; demás está decir que disposiciones como la señalada no existían en los ordenamientos jurídicos de la familia del *common law*.

El artículo 261 es un claro antecedente del porqué en países como Guatemala se pretende regular la *“cuestión de constitucionalidad”*, consistente en el planteamiento por parte del juez, cuando tiene duda sobre la constitucionalidad de normas ordinarias, a cortes superiores, pidiendo sean ellas quienes decidan sobre la legitimidad o no de la ley.

Nuevamente se insiste, en un verdadero sistema difuso de control de constitucionalidad, los jueces tienen un mayor protagonismo, no están sujetos a leyes fijas y su falta de

observancia no conlleva responsabilidad, sin embargo, esto solo sucede en el sistema del *common law*, no así en la tradición europeo-continental, de la cual Guatemala forma parte.

Artículo 257. La justicia se administrará en nombre del Rey, y las ejecutorias y provisiones de los Tribunales superiores se encabezarán también en su nombre.

B.4. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

*Artículo 160. Las facultades de esta diputación [Diputación Permanente de Cortes] son:
1º. **Velar sobre la observancia de la Constitución** y de las leyes para dar cuenta a las próximas Cortes de las infracciones que hayan notado...*

*Artículo 335. Tocaré a estas diputaciones [Diputaciones provinciales] ... Noveno. **Dar parte a las Cortes de las infracciones de la Constitución** que se noten en la provincia.*

*Artículo 372. **Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución**, que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella.*

*Artículo 373. **Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución.***

Las normas son claras al establecer un control de constitucionalidad de tipo político, donde las Cortes son las que velan por el respeto a las normas supremas, y en algunos casos dicha función corresponde al rey. Este sistema adoptado por la monarquía española, y vigente en su momento en el reino de Guatemala, hacen ver claramente que la tradición de nuestro país en sus inicios fue contraria a un sistema judicial (difuso o concentrado), reguló un Poder Judicial sumiso al monarca y las Cortes, consecuentemente no podía exigirse el control de constitucionalidad a los jueces, tal como lo había realizado Estados Unidos desde 1803.

1.2. PERÍODO INDEPENDIENTE.

A. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE CENTROAMERICA. –22-11-1824–

A.1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

*En cuanto al proceso legislativo. Artículo 81. “El senado deberá negarla cuando la resolución sea en cualquier manera **contraria a la Constitución, ...**”*

*Artículo 83. Cuando el Senado rehusare sancionar una resolución del Congreso **por ser contraria a los títulos 10 y 11**, se requiere también para ratificarla el acuerdo de las tres cuartas partes del Congreso, y debe pasar segunda vez al senado para que de o niegue la sanción.*

*Artículo 141. Los funcionarios de la Federación, antes de posicionarse de sus destinos, prestarán **juramento de ser fieles a la República, y de sostener con toda su autoridad la Constitución** y las leyes.*

*Artículo 174. **Ninguna ley del Congreso ni de las Asambleas puede contrariar las garantías contenidas en este título; pero si ampliarlas y dar otras nuevas.***

De la lectura de los artículos de la Constitución de las Provincias Unidas de Centroamérica, puede constatarse que no existe una disposición “clara” acerca de la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento, quizá en la época actual esto pueda inferirse de los artículos citados, pero como se ha dicho, dicho principio no era conocido como lo es hoy.

Es difícil pensar que los jueces de la época hayan comprendido el principio de jerarquía normativa y asumido la responsabilidad de adecuar sus funciones a él.

A.2. FORMA DE EJERCER LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

En cuanto a la función jurisdiccional, la Constitución no desarrolla ningún principio referente a la función de los magistrados o jueces, limitándose a señalar la forma de integración Suprema Corte de Justicia, sin embargo, de la lectura de algunos artículos puede establecerse cierta dependencia hacia el Senado por parte de los magistrados de la Suprema Corte, como los siguientes:

*Atribuciones del senado artículo 105. **Reverá las sentencias de que habla el art. 137.”***

*Atribuciones de la Suprema Corte de Justicia. Artículo 137. En los casos de contienda en que sea parte toda la República, uno o más Estados, con alguno ó algunos otros, ó con extranjeros o habitantes de la República, la Corte Suprema de Justicia; hará nombre árbitro para la primera instancia; conocerá en la segunda; **y la sentencia que diere será***

llevada en revista al Senado, caso de no conformarse las parte con el primero y segundo juicio, y de haber lugar a ella según la ley.

A.3. DIVISIÓN DE PODERES

La teoría de la división de poderes se encuentra regulada en la Constitución en títulos referente a: “Del Poder Legislativo” [título IV], “Del Senado” [título VI], “Del Poder Ejecutivo” [Título VII], “De la Suprema Corte de Justicia” [Título VIII]; sin embargo, es de hacer notar que dicha constitución no hace real dicha división al no establecer mecanismo que hagan del organismo judicial un poder fuerte, capaz de imponer sus decisiones a los otros poderes, por el contrario en temas de trascendencia para las provincias es el Senado quien decide en definitiva.

Entre las atribuciones del Poder Ejecutivo, el artículo 114, establece. “Consultará al Congreso sobre la inteligencia de la ley; y al senado sobre las dudas y dificultades que ofrezca su ejecución. Debe en este caso, conformarse con su dictamen, y cesa su responsabilidad.”

Acá puede verse claramente, que Congreso decreta la ley, la interpreta y determinar su alcance; dicha función obviamente no puede corresponder a los jueces, al ser meros aplicadores de la ley, esto en congruencia a la teoría clásica de división de poderes.

Entre algunas atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, se encuentran:

*Artículo 139. Propondrá ternas al poder ejecutivo para que nombre los jueces que deben **componer los tribunales inferiores** de que habla el artículo 69, número 25.*

*Artículo 140. **Velará sobre la conducta de los jueces inferiores** de la Federación, y cuidará de que administren pronta y cumplida justicia.*

A.4. SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

*Una de las atribuciones del Senado era, según el artículo 99. “**Cuidará de sostener la Constitución:** velará sobre el cumplimiento de las leyes generales, y sobre la conducta de los funcionarios del gobierno federal.”*

Artículo 194. En caso de que algún Estado o autoridades constituidas reclamen de otro el haber traspasado su Asamblea los límites constitucionales, tomará el Senado los informes convenientes y los pasará a dos de los otros Estados más inmediatos para su resolución.

Si no se conviniere entre sí, o la Asamblea de quien se reclama no se conformare con su juicio, el negocio será llevado al Congreso, y su decisión será terminante.

Puede verse nuevamente un sistema de control de tipo político, donde el Poder Judicial se encuentra excluido de controlar la constitucionalidad de las leyes (sea sistema difuso o concentrado) y actos del poder público.

B.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE GUATEMALA. –11-10-1825–.

B.1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

*Artículo 6. Los funcionarios investidos de la autoridad legislativa, ejecutiva y judicial, son dependientes del Estado, y **responsables a él en los términos que prescribe la Constitución.***

*Artículo 7. **Ninguna autoridad del Estado es superior a la ley;** por ella ordenan, juzgan y gobiernan las autoridades, y por ella se debe a los funcionarios respeto y obediencia.*

*Artículo 13. **No es obligatoria al Estado ninguna ley que exceda los límites que para mantener la federación haya fijado a las autoridades federales la constitución de la República.***

*Artículo 44. Ningún magistrado, ni representante es perpetuo; **la Constitución señala las épocas en que unos y otros deben renovarse.***

*Artículo 106. **El consejo negará la sanción, cuando la ley o resolución fuere contraria a la Constitución Federal de la República, y a la presente,** cuando juzgare que su observancia no es conveniente ni al orden, ni a la tranquilidad, o bien a la prosperidad del Estado, o de la República en general.*

*Artículo 156. El secretario del despacho respectivo estará obligado a manifestar al jefe del Estado **cuando sus decretos y providencias son contrarias a la constitución y a las leyes;** mas no podrá rehusarse a comunicarlas, haciendo constar en el libro de decretos y providencias que representó al jefe su opinión contraria. En este caso no participa de la responsabilidad, que en todo otro es común al jefe y al secretario.*

*Artículo 218. Todos los funcionarios del Estado antes de posesionarse de sus destinos prestarán **juramento de sostener con toda su autoridad la Constitución Federal de la República y la presente,** y ser fieles a la nación y al Estado.*

La supremacía constitucional se encuentra reconocida implícitamente y existen mecanismos de tipo político para hacerla valer, sin embargo, el Poder Judicial tiene prohibido llevarla a cabo, manteniendo su estatus de mero aplicador de la ley.

B.2. FORMA DE EJERCER LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

*Artículo 94. **Corresponden a la Asamblea:** 1º Proponer y decretar, **interpretar** y derogar **las leyes**, ordenanzas y reglamentos que en todos los ramos de la administración pública deben regir en el interior del Estado.... 21 Declarar cuando ha lugar a formación de causa contra los diputados, individuos del consejo, jefe y 2º jefe del Estado, secretario o secretarios del poder ejecutivo, e individuos de la Corte Suprema de Justicia.”*

*Artículo 170. El poder judicial se ejercerá por los tribunales y jueces del Estado. Ni la Asamblea, ni el poder ejecutivo ni otra autoridad podrán ejercer funciones judiciales, evocar causas pendientes, ni abrir juicios fenecidos. Los tribunales y jueces no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar, y hacer que se execute lo juzgado. **Tampoco pueden formar reglamentos para la ejecución y aplicación de las leyes, ni suspender el cumplimiento de estas.***

*Son atribuciones del Poder Ejecutivo. Artículo 141. Consultará a la Asamblea, **sobre la inteligencia de la ley, y al consejo sobre las dudas y dificultades que ofrezca su ejecución.** En todo negocio de gobierno, y especialmente cuando se halle o pueda ser alterada la tranquilidad pública, podrá igualmente consultar con el consejo, y este deberá darle dictamen; pero no está obligado en ningún caso a conformarse con él.*

El ordenamiento jurídico guatemalteco siendo fiel a la tradición europeo-continental regula expresamente la imposibilidad de interpretar la ley al Poder Judicial, función exclusiva del legislativo, toda vez que quien dicta la ley es quien necesariamente conoce su inteligibilidad, además si la ley es la expresión del pueblo, se considera absurdo que alguien que no lo represente (Poder Judicial) tergiversar o la desconozca.

B.3. SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TIPO POLÍTICO

***El consejo representativo.** Artículo 123. Cuidará de la conducta de los agentes del gobierno, y de aquellos funcionario contra quienes pueden declarar que ha lugar a la formación de causa. **Velará sobre la observancia de la Constitución** y de las leyes*

para dar cuenta a la Asamblea, luego que esté reunida, de las infracciones que se notaren durante su receso.

En la tradición continental-europea siempre existió la pugna entre quien debía defender el orden constitucional; en el sistema del civil law, se entendió que dicha función no podía ser ejercida por los jueces, porque dicha función conllevaba desconocer la ley emitida por el soberano, por ello, únicamente otro cuerpo representativo podía llevarla a cabo. La constitución da cuenta perfectamente que los constituyentes no quisieron que el control fuera ejercicio por jueces.

C. ACTA CONSTITUTIVA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. –19-11-1851–

El acta constitutiva de 1851, que legitimó el ejercicio del Poder de los Conservadores, al haber depuesto a los liberales, fue el instrumento idóneo para establecer un poder ejecutivo fuerte, superior al congreso y que subordinara al judicial; basta señalar que a través de dicha acta el Presidente Rafael Carrera fue declarado presidente vitalicio con derecho a nombrar sucesor; y efectivamente antes de morir en 1865, designó a Vicente Cerna, quién ganaría las elecciones en 1870, pero sería depuesto por los liberales, encabezada primeramente por Serapio Cruz y Justo Rufino Barrios, y posteriormente por Miguel García Granados y Barrios, poniendo fin el 30 de junio de 1871 a los treinta años del conservadurismo.

En ese contexto, debe establecerse primeramente que muchos estudiosos no le dan el carácter de norma constitucional al acta constitutiva, consecuentemente no podía defenderse lo inexistente, por otro lado dicha acta no contiene elemento alguno para establecer cual era la función de los jueces, su forma de organización, entre otros, consecuentemente no hay una concepción acerca de la defensa de la Constitución, por el contrario, como ya se ha indicado en capítulos anteriores, las leyes ordinarias prohibieron expresamente que los jueces inaplicaran normas ordinarias, siendo fieles a la tradición europeo-continental.

Además debe tenerse presente que si bien es cierto, de forma infra-constitucional se estableció el sistema difuso de control de constitucionalidad a través del decreto del 11 de septiembre de 1837, “Declaración de los Derechos y Garantías que pertenece a todos los ciudadanos y habitantes del Estado de Guatemala” y el Decreto de la Asamblea Legislativa del Estado, de fecha 28 de febrero de 1838, también lo es que: “*A la caída del*

régimen liberal, que coincidió con el rompimiento de la Federación, esta idea es abandonada. Los gobiernos de la restauración conservadora desconfían de la revisión judicial y en un decreto de setiembre de 1845 regularon: Art. 1º. Ningún acto del Poder Legislativo ni Ejecutivo, está sujeto a la revisión de los tribunales de justicia, los cuales no pueden conocer de la nulidad o injusticia que aquéllos contengan. Arto. 2. Las sentencias que se dieran nulificando los actos de gobierno y de las asambleas, serán nulas; y los jueces y magistrados que las pronunciaren serán responsables por los perjuicios que aquéllas causen a los particulares. Arto. 3. Se declara que las sentencias pronunciadas por los jueces y magistrados, dándose por competentes para calificar la validez o nulidad, justicia o injusticia de los decretos legislativos, o de los actos de gobierno que los cumplimentaron, serán nulos. Arto. 4. El gobierno cuidará de ejecutar y sostener la ejecución de las mismas leyes y de sus propios actos que tiendan a cumplimentarlas.”⁷⁹

Como puede constatarse el sistema difuso de control de constitucionalidad tuvo regulación por siete años únicamente y por decisión expresa se prohibió a los jueces revisar los actos del Legislativo y Ejecutivo sobre la “nulidad o injusticia” que contengan, es decir, en Guatemala el sistema difuso fue excluido de manera consciente y voluntaria.

D. LEY CONSTITUTIVA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. –11-12-1879–

La Ley Constitutiva de la República de Guatemala, con vigencia a partir de marzo de 1880, tampoco contiene elementos que puedan arrojar luz acerca del control de constitucionalidad, político o judicial (difuso o concentrado), por el contrario fue una norma pensada para concentrar el Poder en Justo Rufino Barrios, quien anteriormente gobernó por medio del Acta de Patzicía de 8 de mayo de 1871; esto arroja un dato bastante claro: Guatemala no tuvo Constitución por más de 30 años, tiempo durante el cual era absurdo hablar de sistemas de control, por lo que los jueces debían estar sujetos únicamente a lo regulado en la ley, sin poder interpretarla, desconocerla o apartarse de ella.

D.1. REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA de 1879 efectuada en 1921

La Ley Constitutiva de la República de Guatemala fue reformada en varias ocasiones, principalmente el artículo 66, que establecía el período constitucional del ejercicio de la

⁷⁹ Varios Autores. La Constitución Norteamericana y su Influencia en Latinoamérica (200 años 1787 – 1987). Cuadernos de CAPEL 23. Primera Edición, CAPEL, Costa Rica, 1987. Pág. 79.

presidencia y la prohibición de reelección. Dicho artículo fue reformado y suspendido, para tratar de perpetuar en la presidencia a José María Reyna Barrios (quien reformó dicho artículo para ejercer la presidencia hasta 1902, intento frustrado al ser asesinado en la ciudad capital) Estrada Cabrera (22 años en el poder) y Jorge Ubico Castañeda (quien con la última reforma llevada a cabo en 1941 debía terminar su período en 1949, sin embargo el 1 de julio de 1944 “renunció” del cargo).

En 1921 se efectuaron reformas a la Constitución, como consecuencia del fin del gobierno de los 22 años, y las que dan cuenta del sistema de control de constitucionalidad son las siguientes:

El artículo 12, reformó el artículo 54. Indicando: *“Son también atribuciones del Poder Legislativo; y limitaciones a que está sujeto: Inciso 1º. Decretar, **interpretar**, reformar y derogar las leyes **sin contrariar la Constitución...**”*

En esta reforma se establece claramente dos puntos: a.- el Congreso continúa teniendo el poder de interpretar la ley, consecuentemente podemos pensar que el Poder Judicial tenía vedado hacerlo; b. establece de forma tímida que las leyes no pueden contrariar la Constitución sin establecer consecuencias en caso que llegara a ocurrir; en todo caso la obligación de no contrariar la constitución estaba dada para el Congreso, sin imponer un deber de control para los jueces.

El artículo 15, reformo el artículo 77. Indicando: *“son deberes y atribuciones del Poder Ejecutivo: ... Inciso 5º. **Poner en conocimiento de la corte Suprema de Justicia, los defectos e irregularidades que notare en la administración de ese ramo.***

La reforma es fiel al texto original de la Ley Constitucional de 1879, establecer un Poder Ejecutivo que a través del presidente se sobreponga a los otro poderes, y en esta ocasión si bien es cierto únicamente puede “poner en conocimiento” defectos e irregularidades en la administración de justicia, la historia de Guatemala demostró que dicho ejercicio iba más allá de eso.

El artículo 20 reformó el artículo 93, indicando: ***“...c) Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde al Poder Judicial declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros Poderes, cuando fuere contraria a los preceptos contenidos en la Constitución de la República; pero de esta facultad sólo podrán hacer uso en las sentencias que pronuncie;...”***

Por primera vez, desde 1808, se establece un control de constitucionalidad de tipo judicial y con carácter difuso, ello da a entender claramente que Guatemala fue consciente que antes de esta reforma no era posible (por disposición constitucional) al Poder Judicial controlar las leyes y actos de los otros poderes contrarios a la Constitución; no debe olvidarse que el Congreso tuvo el poder de interpretar las leyes (a pesar de que se piense que dicha interpretación se realizaba únicamente cuando hubiera duda en “la ejecución” de la ley por parte del ejecutivo), y un sistema difuso no funciona si no existe, por lo menos, la posibilidad de interpretar la ley.

D.2. REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA de 1879 llevadas a cabo en 1927

El artículo 21 reformó el artículo 54, indicando: “*Son atribuciones del Poder legislativo y limitaciones a que está sujeto: 1º Decretar, **interpretar**, reformar y derogar las leyes...*”

El artículo 33, reformó el artículo 77, indicando: “*Son deberes y atribuciones del Poder Ejecutivo: ...3º **Velar por la conducta oficial de los Jueces y demás empleados del Poder Judicial, y requerir con tal objeto a la Corte Suprema de Justicia a fin de que, si procede, reprima conforme a la ley su mal comportamiento, o al Ministerio Público, para que reclame medidas disciplinarias del Tribunal competente, y en su caso, si hubiere mérito bastante, entable la correspondiente acusación.** 4º **Prestar los auxilios necesarios al Poder Judicial para el cumplimiento y ejecución de sus resoluciones...** 9º **Nombrar a los jueces de primera instancia, precisamente entre los propuestos en terna por la Corte Suprema de Justicia...**”*

El artículo 41, reformó el artículo 85, indicando: “*El Poder Judicial se ejerce por los Jueces y Tribunales de la República; a ellos compete exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales. **Corresponde a la (i) Corte Suprema de Justicia declarar, al dictar sentencia, que una ley, cualquiera que sea su forma, no es aplicable por ser contraria a la Constitución. También corresponde a los (ii) Tribunales de segunda instancia y a los (iii) Jueces letrados que conozcan en la primera, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Poderes cuando fueren contrarias a los preceptos contenidos en la Constitución de la República. / La inaplicación indicada sólo la podrán declarar los Tribunales referidos en casos concretos y en las resoluciones que dicten.***”

El anterior artículo (no refiero los primeros dos, por su evidente implicación en el sistema difuso) la norma establece dos límites: a.- ya no será todo el Poder Judicial, a través de sus jueces, el que declare la inaplicabilidad, sino únicamente Corte Suprema, Tribunales de segunda Instancia y los Jueces Letrados, cualquier otra categoría se entiende excluida y por ende con prohibición de controlar la constitucionalidad de la ley; b.- por otro lado, se determina que los efectos de las sentencia que declaran la inaplicabilidad de la ley es únicamente en las resoluciones que se dicten, es decir, con efectos inter partes.

García Laguardia señala que las reformas a la Constitución de 1879, llevadas a cabo (en 1921) no tuvieron vigencia real en Guatemala al ser dejadas sin efecto a raíz de un golpe de Estado, por ello, debemos seguir manteniendo el criterio que el sistema difuso de control de constitucionalidad se estableció hasta 1927, es decir, 124 años después que Marshall emitiera la sentencia en el caso Marbury vs Madison.

D.3. REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, DECRETADA EL 11 de julio de 1935.

El artículo 18, reformó el artículo 54. *“Son también atribuciones del Poder Legislativo y limitaciones a que está sujeto: 1º. Decretar, **interpretar**, reformar y derogar las leyes. **Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución...** 9º. Aprobar o desaprobar, antes de su ratificación, los tratados y convenciones que el Ejecutivo haya celebrado. Para la aprobación se requiere el voto favorable de las dos terceras partes del número total de Diputados que forman la Asamblea. **No se podrá aprobar ningún tratado, convención, pacto ni arreglo que afecte la integridad, soberanía o independencia de la República o que fuere contrario a la Constitución, salvo los que se refieren a la restauración total o parcial de la nacionalidad centroamericana conforme el artículo 2º...**”*

La prohibición al Poder Judicial de interpretar la ley, fue una constante en el constitucionalismo guatemalteco, y su incorporación al texto supremo no fue mera casualidad, porque si el Congreso dicta una ley, es lógico pensar que es el único que puede interpretarla y despejar dudas en su aplicación.

El artículo 22, reformó el artículo 77. *“Son **deberes y atribuciones del Poder Ejecutivo: ... 3º. Velar por la conducta oficial de los miembros del Poder Judicial y requerir con tal objeto a la Corte Suprema de Justicia a fin de que, si procede, reprima conforme***

a la ley los actos contrarios al correcto ejercicio del cargo o al Ministerio Público para que reclame medidas disciplinarias del Tribunal competente, y en su caso, si hubiere mérito bastante, entable la correspondiente acusación. Dirigirse asimismo a la Asamblea para que en los casos de mala conducta, negligencia o ineptitud proceda a la remoción de los funcionarios judiciales electos por ella, y la de los miembros del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. 4º. Nombrar a los Jueces de primera instancia, permutarlos, trasladarlos o removerlos cuando lo estime conveniente y admitirles o no la renuncia. 5º. Hacer la distribución de los Magistrados propietarios y suplentes y Fiscales de la Corte de Apelaciones entre las Salas respectivas. 6º. Prestar los auxilios necesarios al Poder judicial para el cumplimiento y ejecución de sus resoluciones...

Demás está decir que en 1935 Jorge Ubico ya había llegado al Poder, quien con puño de hierro gobernó al país, subordinando a los otros dos poderes; la historia del Poder Judicial en Guatemala ha sido de sumisión, máxime con artículos como el presente hacen pensar que los jueces siempre fueron meros aplicadores de la ley y el peor de los casos sujetos al dictador, cuando podía y debía velar por el fiel desempeño de la función jurisdiccional y formar parte de ésta al estar regulado que debía prestar auxilios “necesarios” al Organismo Judicial para el cumplimiento y ejecución de sus resoluciones .

El artículo 23, reformó el artículo 85. ***“El Poder Judicial se ejerce por los Jueces y Tribunales de la República y a ellos compete exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales. Corresponde a la (i) Corte Suprema de Justicia, declarar, al dictar sentencia, que una ley, cualquiera que sea su forma, no es aplicable por ser contraria a la Constitución. También corresponde a los (ii) Tribunales de segunda instancia y a los (iii) Jueces letrados que conozcan en la primera, declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros Poderes cuando fueren contrarios a los preceptos contenidos en la Constitución de la República. / La inaplicación indicada, sólo la podrán declarar los Tribunales referidos en casos concretos y en las resoluciones que dicten...”***

El contenido del artículo es el mismo que la reforma llevada a cabo en 1927; la reforma radica en el resto de la norma jurídica, pero mantiene la misma esencia del sistema difuso de control de constitucionalidad.

E. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. –11-03-1945–

*Artículo 50. Las disposiciones legales, gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que esta Constitución garantiza, **serán nulas ipso jure si los disminuyen, restringen o tergiversan. Serán asimismo nulas ipso jure, los actos o contratos que violen las normas constitucionales.***

Es la primera vez que de forma expresa y sin equívocos se establece la supremacía constitucional en materia de derechos humanos, regulando las consecuencias de su inobservancia: que las leyes, actos o contratos son *nulos ipso jure*, es decir, que no se necesita de la declaratoria previa de inconstitucionalidad, sino que por ministerio de ley no pueden tener efecto.

Este tipo de norma jurídica, ya había sido establecida en las primeras décadas de independencia de Guatemala (normas infra-constitucionales), como se ha referido, sin embargo, la misma dejó de tener vigencia al ser derogadas y por el contrario se estableció que los jueces debían aplicar la ley sin posibilidad de desconocerlas bajo el supuesto de su contradicción con la Constitución u otras normas fundamentales; es decir, en el ordenamiento jurídico guatemalteco se ha sido consiente que el sistema difuso de control de constitucionalidad no podía ejercerse por los jueces, sino hasta las reformas de 1927.

*Artículo 119. Son también atribuciones del Congreso, y limitaciones a que está sujeto: 1. Decretar, **interpretar**, reformar y derogar las leyes. **Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución...***

Esta será la última norma constitucional que regulará la facultad de interpretar la ley por el Congreso, misma que tendrá vigencia hasta principios de la década de los cincuenta, con la caída del gobierno revolucionario de Jacobo Arbenz Guzmán. El artículo 147 de la Constitución del 56 indica: “*Artículo 147. Corresponde también al Congreso: 1º Decretar, reformar y derogar las leyes.*”, es decir, se excluyó del texto constitucional la palabra “*interpretar*”.

La norma también señala el principio de supremacía constitucional, con especial énfasis en la labor legislativa del Congreso, al señalar que ninguna ley podrá contrariar la Constitución.

*Artículo 137. Corresponde al Presidente de la República ...8. **Prestar los auxilios necesarios para el cumplimiento estricto y la ejecución inmediata de las resoluciones de los Tribunales de Justicia...***

Estas normas serán los últimos resabios “*jurídicos*” de la participación del Poder Ejecutivo en la función jurisdiccional, no hay que olvidar que en el periodo de la “era democrática”, magistrados de la Corte Suprema de Justicia fueron obligados a abandonar el cargo, al haber dado trámite a un amparo en contra de actos por la aplicación del Decreto 900 (reforma agraria), situación que molesto al ejecutivo, quien pidió al Congreso la destitución de los magistrados.⁸⁰

*Artículo 170. Corresponde a los Tribunales juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, y aplicar las leyes en todo aquello que las mismas hagan de su conocimiento. **Los de jurisdicción ordinaria y el de lo Contencioso-Administrativo, podrán declarar en casos concretos y por sentencia de primera, segunda instancia y casación, la inaplicación de cualquier ley o disposición de los organismos que ejerzan las demás funciones del poder público, cuando sean contrarias a la Constitución. / Si se declarare la inconstitucionalidad, la resolución será transcrita al Congreso o a los Ministerios correspondiente, y publicada en el Diario Oficial.***

Una vez implementado el sistema difuso de control de constitucionalidad, el texto de la constitución del 45 agrega dos casos (i) la inaplicación y (ii) la inconstitucionalidad; refiriendo que cuando sea declarada esta última, la misma debe darse a conocer al

⁸⁰ Luján Muñoz, Jorge. Breve Historia Contemporánea de Guatemala. Fondo de Cultura Económica. Tercera edición. Tercera reimpresión. Guatemala 2010. Pág. 272. “Finalmente, un propietario presentó un recurso de amparo ante la Corte Suprema de Justicia, y ésta lo resolvió a su favor, por mayoría, con base en que consideró ilegal el procedimiento de expropiación aparte del sistema judicial. De inmediato, el Congreso, en febrero de 1953, destituyó a los magistrados que habían votado a favor, lo cual fue una violación del sistema de separación y autonomía de los tres poderes.”

Villagrán Kramer, Francisco. Biografía Política de Guatemala. Los pactos políticos de 1944-1970. FLACSO, Guatemala. Tercera Edición. Guatemala 2009. Págs. 64 y 130. “A la altura de noviembre el primer gobierno de la Revolución confrontaba su primer crisis jurídico-institucional, similar a la que confrontaría años después el segundo gobierno con la reforma agraria: la Corte Suprema de Justicia y el amparo ... Las soluciones inmediatas estaban a mano: modificar la ley de amparo a fin de esclarecer esas situaciones “de una vez por todas”, o remover a los magistrados que daban lugar a ese tipo de riesgos. Lo primero era jurídicamente correcto, lo otro, un mensaje político claro. El Ejecutivo y el Congreso se inclinaron por lo segundo. Así, reafirmaban su vocación y voluntad revolucionaria. –Por Decreto No. 161 del 28 de septiembre de 1945, el Congreso destituyó a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia– “El primero de esos caminos dio lugar a que se abriere una herida jurídica cuando la Corte Suprema de Justicia amparó a un afectado por la reforma, sosteniendo que se habían violado sus derechos constitucionales. El gobierno y el Congreso resolvieron, de una vez por todas, que el amparo en materia agraria no procedería; se removieron a varios magistrados de la Corte, ...”

congreso y Ministerios correspondientes, y posteriormente publicarse en el Diario Oficial; la norma al parecer regula los efectos *erga omnes* de la inconstitucionalidad.

*Artículo 197. Son atribuciones del Tribunal de Cuentas: ... c) **Pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos** que autoricen erogaciones o establezcan, ingresos, debiendo remitirlos en su caso al Congreso o al Ejecutivo para su reconsideración dentro del plazo de diez días, contados desde su recibo. En tal caso el ejecutivo podrá dictar decreto de insistencia con la firma del Consejo de ministros y el Tribunal de Cuentas deberá darle cumplimiento legal; ...”*

La constitucionalidad no se lleva a cabo únicamente por el Poder Judicial, sino también por el Tribunal de Cuentas, órgano de carácter administrativo.

F. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. –02-02-1956–

F.1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

*Artículo 73. **Las leyes** y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden **que regulen el ejercicio de los derechos que esta Constitución garantiza, serán nulas ipso jure si los disminuyen, restringen o tergiversan...**”*

*Artículo 151. **Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución.***

F.2. SISTEMA DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

*Artículo 187. La función judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Apelaciones, los Jueces de primera instancia y Jueces menores y por los demás Tribunales de jurisdicción ordinaria y privativa que establece las leyes. / Corresponde a los Tribunales de justicia, con exclusividad absoluta, la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado. / La administración de justicia es obligatoria, gratuita e independiente. Será pública cuando la moral o el interés nacional no exijan reserva. / **En cualquier instancia y en casación podrán las partes interesadas pedir, en casos concretos, la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley.**”*

La Constitución le ha quitado la facultad de interpretar la ley al Congreso, consecuentemente desde una perspectiva constitucional, los jueces pueden interpretar la ley. Sin embargo, el artículo citado establece una variación en el sistema difuso, el cual consiste en que son las partes “interesadas” quienes “podrán” pedir la declaratoria de

inconstitucionalidad en casos concretos. Este tipo de normas son las que abren la vía a una discusión acerca de si los jueces pueden de oficio inaplicar la ley; del texto de la constitución se entiende que no, pero como hemos manifestado hasta el cansancio, en un verdadero sistema difuso no es necesario establecer este tipo de normas, porque se sobreentiende que la Constitución no puede ser tergiversada bajo ningún término y quienes están llamados a velar la vigencia real del texto supremo son los jueces sin necesidad de requerimiento alguno.

G. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. –15-09-1965–

G.1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Artículo 77. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. / Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, si lo disminuyen, restringen o tergiversan.

Artículo 121. Los derechos y garantías otorgados en el presente capítulo se declaran de carácter mínimo. Los adquiridos con anterioridad por los trabajadores del Estado y los de sus instituciones descentralizadas, autónomas y semiautónomas, no podrán ser disminuidos o tergiversados en forma alguna. / Serán nulas ipso jure las leyes o disposiciones administrativas que desvirtúen estas normas.

Artículo 172. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.

El principio de supremacía constitucional se ha consagrado en el ordenamiento jurídico, y las normas que la tergiversen son nulas de pleno derecho, es decir, sin necesidad de declaratoria.

G.2. INJERENCIA DEL EJECUTIVO EN EL JUDICIAL.

Artículo 189. Son funciones del Presidente de la República: ... 9. Prestar, por medio de las dependencias que correspondan y a requerimiento de los tribunales de justicia, los auxilios necesarios para el cumplimiento estricto y la ejecución inmediata de sus resoluciones...”

El auxilio necesario del Poder Ejecutivo hacia el Judicial poco a poco queda atrás, al ser necesario requerimiento expreso de los tribunales el auxilio necesario para el cumplimiento de sus resoluciones, es decir, teóricamente el Poder Judicial se vuelve más independiente.

G.3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Artículo 222. Son funciones principales del Procurador General de la Nación... 2. Promover el cumplimiento de las leyes, la ejecución de sentencias, resoluciones judiciales y de disposiciones administrativas, en los casos determinados por la ley o cuando se afecten intereses del Estado...

Ya se ha señalado que el principio de legalidad surge principalmente de la Revolución Francesa, donde se hace un culto a la ley, la norma no puede ser interpretada ni “violada”, hacerlo constituye una grave infracción para los jueces, y para el irrestricto respeto de la misma, Francia seguirá regulando al “Procurador del Rey” institución que junto con el recurso de Casación tendrán por objeto el respeto o “cumplimiento de las leyes”; Guatemala al adoptar varias ideas del siglo XVIII, entre ellas el principio de legalidad, regulará al Procurador General de la Nación (integrándolo hasta mediados de la década de los noventa del siglo pasado, al Ministerio Público, cuya función hasta el día de hoy, según la Constitución es velar por el *escrito cumplimiento de las leyes del país*, -artículo 251 de la Constitución- por ello no es una mera casualidad que hasta el día de hoy a esta institución en todos los procesos de amparo y principalmente de inconstitucionalidades se le dará intervención, con un objetivo claro: que la ley se cumpla y no sea violada).

G.4. SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

A partir de 1965 Guatemala incorpora un nuevo sistema de control, se trata del sistema concentrado, creando un órgano cuyo fin será resolver las inconstitucionalidades de carácter general que se planteen. Ya hemos señalado que el surgimiento del sistema difuso y del concentrado son heterogéneos, responden a familias o sistemas jurídicos distintos (el *common law* y el *civil law*), donde la organización, la forma de ejercer la función judicial, la concepción que se tiene de la constitución, entre otras son distintos, *por ello, un ordenamiento jurídico no puede adoptar un sistema mixto*, debe adoptar uno o el otro. Para el efecto, solo se transcriben los artículos, sin hacer comentarios, por innecesarios.

Artículo 246. Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional. / En casos concretos, en cualquier instancia y en casación, antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear la inconstitucionalidad total o parcial de una ley y el tribunal deberá pronunciarse al respecto. Si declarare la inconstitucionalidad, la sentencia se limitará a establecer que el precepto legal es inaplicable al caso planteado y será transcrita al Congreso.

Artículo 262. La Corte de Constitucionalidad se integrará por doce miembros en la forma siguiente: el Presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de justicia designados por la misma, y los demás por sorteo global que practicará la Corte Suprema de Justicia entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo. / Presidirá la corte de Constitucionalidad el Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 263. La Corte de Constitucionalidad conocerá de los recursos que se interpongan contra las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad. / La inconstitucionalidad sólo podrá declararse con el voto favorable de por lo menos ocho miembros de dicha Corte. En caso que la votación diere resultado menor la sentencia se limitará a declarar sin lugar el recurso. La Corte deberá dictar sentencia dentro del término máximo de dos meses a partir de la fecha en que se haya interpuesto el recurso.

Artículo 264. El recurso de inconstitucionalidad podrá interponerlo: 1. El Consejo de Estado. 2. El Colegio de Abogado, por decisión de su asamblea general. 3. El Ministerio Público, por disposición del Presidente de la República, tomada en Consejo de Ministros. Dicha institución será parte en todo caso, aunque no sea la recurrente. 4. Cualquier persona o entidad a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados en ejercicio. / La Corte podrá decretar la suspensión de la ley o disposición gubernativa si la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables. La suspensión será de efectos generales y se publicará en el Diario Oficial al día siguiente, de haberlo decretado. / Para decretar la suspensión bastará el voto favorable de la mayoría absoluta del total de miembros de la Corte de Constitucionalidad. / En la ley constitucional correspondiente se regulará todo lo relativo a esta materia.

Artículo 265 cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad total de una ley o disposición gubernativa de carácter general, ésta quedará sin vigor; y si la inconstitucionalidad fuere parcial quedará sin vigor en la parte declarada inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efectos desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario oficial. / No obstante lo dispuesto en el párrafo que antecede, cuando se hubiere acordado la suspensión conforme al artículo 264 de esta Constitución, los efectos del fallo se retrotraerán a la fecha en que la suspensión hubiere sido publicada. / Contra las sentencias que dicte la Corte de Constitucionalidad no cabrá recurso alguno.

H.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. –31-03-1985–

La Constitución vigente en Guatemala, establece claramente el principio de supremacía constitucional en tres artículos (44-175-204), (también se empieza a considerar el artículo 149, como se estableció en capítulo anterior) estableciendo en los primeros dos que las consecuencias de la contradicción con el texto supremo, es que las normas ordinarias serán nulas de pleno derecho.

Al poder judicial le impone el deber de velar por el irrestricto respeto por la Constitución, haciéndola prevalecer sobre cualquier ley o tratado; **del artículo 204 constitucional surge el control de oficio**, sin ser necesario el planteamiento de la inconstitucionalidad por medio de acción, excepción o incidente, sin embargo, como hemos visto el tema es bastante discutible, sugiriendo algunos que debe regularse la **“cuestión de constitucionalidad”**, que no es más que las consecuencias de la tradición europeo-continental, donde el juez no puede aplicar la ley, y que si tiene duda debe consultarlo con las cortes superiores, porque el juez al no ser quien ostente la soberanía (sino el Parlamento) no puede desconocer una norma emitida por el pueblo a través de sus legítimos representantes, hacerlo constituirá convertirse en legislador, en un creador del derecho, funciones que obviamente tiene vedados.

La Constitución además seguirá manteniendo el sistema mixto de control de constitucionalidad, sin embargo, en cuanto al sistema concentrado, regulará una Corte de Constitucionalidad de carácter permanente e independiente al Poder Judicial, incluyendo nuevas funciones (dictamen previo y favorable para reformar leyes constitucionales, opiniones consultivas).

2. EL SISTEMA DIFUSO EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

La traducción del texto constitucional fue tomado del libro: *Sobre Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos de América. Con notas explicativas.*

“Artículo. III.

*Sección. 1. El Poder Judicial de los Estados Unidos residirá en una Corte Suprema y en los Tribunales menores que el Congreso cree y establezca periódicamente. **Los Jueces, ya sea de la Corte Suprema o de los Tribunales menores, conservarán sus Cargos mientras observen buena Conducta;** y, en determinadas Fechas, recibirán una Remuneración por sus Servicios, la cual no será rebajada mientras ellos Continúen en sus Cargos.*

*Sección. 2. **El Poder Judicial se extenderá a todos los Casos que en Derecho y Equidad** surjan bajo esta Constitución, las Leyes de los Estados Unidos y los Tratados celebrados o que se vayan a celebrar bajo su Autoridad; — a todos los Casos que afecten a Embajadores y otros Ministros públicos y Cónsules; — a todos los Casos de almirantazgo y Jurisdicción marítima; — a las Controversias en las que Estados Unidos sea una de las Partes; — a las Controversias entre dos o más Estados; — [entre un Estado y los Ciudadanos de otro Estado;] — entre los Ciudadanos de diferentes Estados; — entre los Ciudadanos del mismo Estado que reclamen Tierras bajo Concesiones otorgadas por diversos Estados, y entre un Estado o los Ciudadanos del mismo y Estados, [Ciudadanos o Súbditos] extranjeros.*

La Corte Suprema tendrá Jurisdicción original en todos los Casos que afecten a Embajadores, a otros Ministros públicos y Cónsules, y en aquellos en los que un Estado sea una de las Partes. En todos los demás Casos antes mencionados, la Corte Suprema tendrá Jurisdicción de apelación, tanto de Derecho como de Hecho, con las Excepciones y bajo la Reglamentación que el Congreso establezca.

***Todas las causas penales serán juzgadas por Jurado**, salvo los Casos de Juicio Político, y el Proceso se llevará a cabo en el Estado en el que dichos Delitos hayan sido cometidos; empero, si no fueron cometidos en ningún Estado, el Juicio se celebrará en el Sitio o los Sitios que el Congreso designe de acuerdo a la Ley. ...”*

Cinco comentarios hay que hacer respecto a este artículo:

- a.- establece uno de los grandes principios de la organización del Poder Judicial como lo es *la permanencia vitalicia en los cargos de juez*, siendo de escasa observancia hasta el día de hoy, en Guatemala y ordenamientos jurídicos pertenecientes al *civil law*;
- b.- el articulado no organiza al Poder Judicial, dejando tal posibilidad al Congreso a través de las normas ordinarias que establezca, demás está decir que Estados Unidos a pesar de no haber regulado constitucionalmente su organización, la misma se ha establecido y no ha tenido momentos de crisis como en Guatemala (a pesar del conflicto con el Congreso o la Presidencia);
- c.- hay una amplia competencia para conocer prácticamente toda controversia que surja en el Estado, contrario al constitucionalismo europeo-continental, donde el poder judicial solo tenía la posibilidad de *“aplicar” las normas en las “causas civiles y criminales”*;
- d.- la constitución norteamericana establece claramente la esencia de su sistema jurídico al regular expresamente *controversias de “derecho” y de “equidad”*, contrario al sistema europeo-continental que reguló “el principio de legalidad”, donde el juez no podía salirse de él, no podía interpretar la ley, desconocerla, siendo un mero aplicador de la ley;
- e.- establece el juicio por jurados, que está dado para los ciudadanos comunes y corrientes, quienes solamente tienen conocimientos muy elementales del derecho, por ello su sistema debe ser dado por antonomasia para jueces legos, contrario al sistema europeo cuyo sistema está dado para jueces profesionales, es decir, juristas.

“Artículo. VI.

... Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que en Virtud de ella sean creadas; y todos los Tratados previamente celebrados o que se celebren bajo la Autoridad de los Estados Unidos serán la Ley suprema de la Nación; y los Jueces de cada Estado estarán obligados a acatarla, aun cuando hubiere alguna Disposición en Contrario en la Constitución o en las Leyes de cualquier Estado...”

El articulado establece una aparente supremacía, en el mismo plano, de la Constitución, leyes y tratados, es decir, el texto no indica que la Constitución prevalece sobre todo el ordenamiento jurídico; no debemos olvidar que para el tiempo de la promulgación de dicha constitución los conceptos de “supremacía constitucional”, “control de constitucionalidad” “inconstitucionalidad o inaplicabilidad” eran desconocidos; de la lectura de la sentencia del Juez Marshall, podemos observar que el principio de supremacía constitucional no se obtiene o se deduce de este artículo, sino del razonamiento

formulado por él; es decir, Estados Unidos nunca necesito tener un articulado como el guatemalteco (artículos 44-175-204) que señalara que ninguna norma ordinaria puede ser contraria a la ley suprema, su sistema (*common law*), su tradición, el protagonismo de los jueces fue lo que permitió reconocer la superioridad de su constitución.

3. EL SISTEMA CONCENTRADO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE AUSTRIA

Después de la primera guerra mundial el imperio Austro-Húngaro cayó, consecuentemente surgieron nuevos Estados, esto trajo como necesidad el regular la vida jurídica y política de Austria, y en 1920 promulgó su constitución, regulando por vez primera un sistema concentrado de constitucionalidad de las leyes, creando un Tribunal Constitución cuya función primordial fue, controlar la constitucionalidad de las normas ordinarias al texto supremo.

El articulado de esa constitución nos dirá mucho acerca de la concepción que se tenía del Poder Judicial, al momento de ejercer función jurisdiccional y porque fue necesario establecer un Tribunal ajeno a él que controlara las normas ordinarias.

*“PARTE TERCERA. DEL PODER EJECUTIVO DE LA FEDERACIÓN
A. ADMINISTRACIÓN ...B. DE LA JURISDICCIÓN ...”*

Desde la redacción de la Constitución Austriaca, (títulos, partes, capítulos, etc.) puede observarse que el Poder Judicial es regulado en la parte tercera que señala: *“Del Poder Ejecutivo de la Federación”* correspondiéndole el inciso B); esto denota desde ya que la función jurisdiccional no es independiente, sino forma parte y esta subordinada al Poder Ejecutivo, tal como lo planteo Montesquieu, de tal cuenta que no es mera casualidad esta regulación. El *civil law*, y dentro de ellos el ordenamiento jurídico guatemalteco, ha demostrado a lo largo de la historia que el Poder Judicial debe estar subordinado al Ejecutivo, que los jueces no tienen otra función que “aplicar” la ley, que son “la boca del legislador”, por ello, no es casualidad que hoy en día se siga dudando si los jueces pueden inaplicar las normas ordinarias contrarias al texto supremo.

*“Artículo 89. 1. **No tendrán los Tribunales competencia para examinar la validez de las leyes, decretos y tratados internacionales debidamente promulgados, en la medida en que no se disponga otra cosa en el presente artículo.***

***2. Si un Tribunal concibe objeciones por razón de ilegalidad contra la aplicación de algún decreto deberá interponer, ante el Tribunal Constitucional, la súplica de que se anule dicho decreto.** Si el Tribunal Supremo o algún tribunal competente para pronunciarse en segunda instancia tuviese reparos contra la aplicación de una ley por razones de inconstitucionalidad, deberá interponer ante el Tribunal Constitucional recurso de anulación de dicha ley.*

3. Si el decreto que el Tribunal tenía que aplicar ya no estuviese en vigor, deberá el recurso interpuesto por el Tribunal ante el Tribunal Constitucional solicitar que éste dicte resolución en el sentido de que la norma legal era ilegal o anticonstitucional.

4. Se aplicarán por analogía los párrafos 2 y 3 a los tratados internacionales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 140 a.

5. Se determinará por ley federal qué efectos surtirá el recurso interpuesto conforme a los párrafos 2, 3 ó 4 sobre el procedimiento pendiente ante el Tribunal.”

El artículo regula claramente: a.- la limitación de los jueces de *interpretar* la ley, es decir, cuestionar su validez, tanto interna como externa, contraponiéndola al texto supremo; b.- en ese sentido, las normas se presumen constitucionales hasta en tanto el Tribunal Constitucional declare lo contrario; c.- aunque el juez considere que la norma no es válida, tiene imposibilidad de inaplicar la ley, siendo necesario plantear duda ante el Tribunal Constitucional, consecuentemente el juez es un autómata en su función.

*“SEXTA PARTE. GARANTÍAS DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA ADMINISTRACIÓN
A. DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO ...B. DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”*

La sexta parte de la constitución, regula dos tribunales: uno administrativo y otro de carácter constitucional; en cuanto al segundo, el texto supremo austriaco asigna varias funciones, entre ellas: administrativas, cuestiones de competencia, materia electoral, judiciales, acusaciones en contra de algunos funciones, control de constitucionalidad, entre otras, sin embargo, el análisis se hará únicamente en cuanto al sistema concentrado de constitucionalidad.

*“Artículo 139. 1. **El Tribunal Constitucional conocerá acerca de la ilegalidad de los decretos** de autoridades federales o regionales **a instancias de cualquier tribunal, si bien lo hará de oficio cuando el decreto en cuestión haya de constituir el presupuesto para un pronunciamiento del propio Tribunal Constitucional.** También entenderá de la ilegalidad de los decretos de autoridades regionales, incluso **a instancias del Gobierno federal** y acerca de la ilegalidad de los decretos de autoridades federales a instancia, incluso, **de un Gobierno regional** y sobre la ilegalidad de las órdenes de órganos de tutela de los municipios, dictadas al amparo del artículo 119 a, párrafo 6, a instancias incluso del municipio afectado. Entenderá igualmente de **la ilicitud de cualesquiera ordenanzas a instancias de toda persona que alegue haber sido lesionada en sus derechos de modo directo por dicha ilicitud,** en caso de que la ordenanza haya cobrado fuerza ejecutiva para esa persona sin necesidad de haberse dictado auto judicial ni resolución administrativa individual. Se aplicará por analogía a estas reclamaciones el artículo 89, párrafo 3.*

2. Aun cuando en el litigio pendiente ante el Tribunal Constitucional, sobre el cual el propio Tribunal haya de aplicar una ordenanza determinada, se desestime la reclamación de la parte alegante, continuarán, sin embargo, las actuaciones procesales ya iniciadas para el examen de la legalidad de dicha ordenanza.

*3. **El Tribunal Constitucional solamente podrá anular una ordenanza por razón de ilegalidad si se ha solicitado explícitamente la anulación o el propio Tribunal estuviera obligado a aplicarla al litigio pendiente ante él.** Si el Tribunal Constitucional llegare, sin embargo, a la convicción de que la ordenanza entera*

a) carece de fundamento legal;

b) ha sido dictada por un órgano incompetente o bien;

c) ha sido promulgada de forma ilegal, deberá anular la ordenanza entera como ilegal. No se aplicará, empero, esta norma cuando la anulación de la ordenanza en su conjunto vaya manifiestamente contra los intereses jurídicos de la parte que haya interpuesto instancia conforme al último inciso del párrafo 1 o cuya pretensión jurídica hubiere dado origen a la incoación de procedimiento de examen de oficio de la ordenanza.

*4. **Si, en el momento de dictar resolución el Tribunal Constitucional, la ordenanza ya no estuviere en vigor** y el procedimiento se hubiere incoado de oficio o la instancia se hubiere interpuesto por un tribunal o por persona que alegue haber sido directamente perjudicada en sus derechos por la ilegalidad de la ordenanza, deberá el Tribunal*

Constitucional decidir si la ordenanza era o no ilegal, aplicándose aquí por analogía el párrafo 3.

5. El fallo por el que el Tribunal Constitucional anule una ordenanza por motivo de ilegalidad, obliga a la suprema autoridad competente de la Federación o del Estado regional a publicar inmediatamente la anulación. Esta norma valdrá por analogía para el caso de los pronunciamientos que se dicten en los supuestos del párrafo 4. La anulación entrará en vigor el día mismo de su publicación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración, plazo que no podrá exceder de seis meses, o bien de un año si fuese necesario adoptar providencias legales.

6. Anulada una ordenanza por razón de ilegalidad o dictado por el Tribunal Constitucional fallo conforme al párrafo 4, en el sentido de que una ordenanza es ilegal, **quedarán vinculados a dicho pronunciamiento todos los tribunales y autoridades administrativas.** Se seguirá, sin embargo, aplicando la ordenanza a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, con excepción del caso que haya dado precisamente origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiese dispuesto otra cosa en su sentencia. En caso de que el Tribunal haya fijado un plazo, conforme a lo previsto por el párrafo 5, en su fallo anulatorio, se aplicará la ordenanza a todas las situaciones de hecho consumadas antes de expirar dicho plazo, excepto el caso que haya dado origen a la sentencia.

Artículo 140. 1. **El Tribunal Constitucional entenderá de la posible anticonstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias del Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia, si bien conocerá de oficio cuando el propio Tribunal Constitucional tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente.**

Entenderá asimismo de la posible anticonstitucionalidad de las leyes regionales, a instancias, en su caso, del Gobierno federal, y de la posible anticonstitucionalidad de las leyes federales, a instancias, en su caso, de un Gobierno regional o de un tercio de los miembros del Consejo Nacional. Se podrá disponer por ley constitucional regional que tenga también este derecho de recurso un tercio de los componentes de la Asamblea regional, en cuanto a la inconstitucionalidad de leyes regionales. El Tribunal Constitucional conocerá igualmente de la anticonstitucionalidad de las leyes a instancia de cualquier persona que afirme haber sido directamente perjudicada en sus derechos por dicha razón, cuando la ley haya cobrado fuerza vinculante para dicha persona sin

necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual. Se aplicará por analogía a estas reclamaciones el párrafo 3 del artículo 89.

2. En caso de que en un litigio pendiente ante el Tribunal Constitucional y en el que deba éste aplicar una ley, se desestimara la pretensión de la parte recurrente, proseguirán, sin embargo, las actuaciones ya iniciadas para la revisión de la constitucionalidad de la ley en cuestión.

3. El Tribunal Constitucional únicamente podrá anular una ley como anticonstitucional cuando se haya pedido expresamente su anulación o el propio Tribunal tuviera que aplicarla en el litigio pendiente ante él. *Si el Tribunal Constitucional llegara, sin embargo, al convencimiento de que toda la ley ha sido dictada por un órgano legislativo no competente según el reparto de competencias o promulgada de modo anticonstitucional, deberá derogar la ley entera como anticonstitucional. No se aplicará esta norma cuando la anulación de la ley en su conjunto vaya manifiestamente contra los intereses jurídicos de la parte que haya interpuesto recurso con arreglo al último inciso del párrafo 1 o cuya acción procesal haya dado origen a la incoación de procedimiento de revisión de oficio de dicha ley.*

4. Si en el momento de recaer el fallo del Tribunal Constitucional la ley ya no está en vigor y el procedimiento hubiere sido incoado de oficio o se hubiese interpuesto recurso por algún tribunal o por persona que alegue haber sido directamente perjudicada en sus derechos por la inconstitucionalidad de la ley, el Tribunal Constitucional deberá decidir si la ley era o no anticonstitucional. Se aplicará por analogía lo dispuesto en el párrafo 3.

5. El fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como anticonstitucional, obliga al Canciller federal o al Gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación. Se aplicará este precepto por analogía al caso de las acciones interpuestas al amparo del párrafo 4. La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Dicho plazo no podrá exceder de un año.

6. Anulada por el Tribunal Constitucional una ley como anticonstitucional, volverán a entrar en vigor el día mismo en que surta efecto la derogación, a menos que el fallo haya dispuesto otra cosa, las disposiciones legales que hubiesen sido derogadas por la ley que el Tribunal haya declarado anticonstitucional. Se deberá especificar, además, en la publicación relativa a la anulación de la ley si vuelve a entrar en vigor alguna disposición legal y en caso afirmativo, cuáles.

7. Anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal Constitucional, conforme al párrafo 4, en el sentido de que una ley es anticonstitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes de que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia.

El articulado de la constitución es clara en cuanto a las funciones del Tribunal Constitucional, al tener concentrada la competencia de declarar la inconstitucionalidad, ilegalidad o anticonstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas de los poderes constituidos; el Poder Judicial, no tiene dicha potestad, toda vez que, la única función en materia de control de constitucionalidad es hacer el planteamiento de duda acerca de la aplicabilidad de la norma ordinaria, consecuentemente su función se limita a aplicar la ley tal cual es, aunque considere que la norma es manifiestamente contraria a la constitución.

Este tipo de artículos y que son antecedentes del constitucionalismo guatemalteco, dan cuenta porque era necesario crear una Corte de Constitucionalidad, cuya función fuera ser el garante del texto supremo, toda vez que esta función, al no ser judicial sino legislativa (en el pensamiento kelseniano) no la podían ejercer los jueces, quienes tenían vedado interpretar la ley y desconocerla.

CAPITULO VI CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. UN TRIBUNAL INNECESARIO EN UNA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE DERECHO

La historia de los Tribunales Constitucionales es distinta y distante en cada Estado, y el sistema jurídico guatemalteco tiene sus particularidades que es imprescindible conocer a efecto de entender el por qué de una Corte de Constitucionalidad.

La historia constitucional guatemalteca, revela la regulación de la vida política de varias Constituciones⁸¹, e incluso períodos, largos y cortos, donde no existió texto supremo; la promulgación de cada Constitución no obedecía a los intereses del soberano, por el contrario, era el medio de dar apariencia de legalidad a los rompimientos del orden constitucional.

A lo anterior se suma la violación al principio de alternatividad en el poder⁸², a través de reformas donde se cambiaba el período establecido de ejercicio de la presidencia e incluso la designación para otros períodos sin necesidad de elección popular. Además, Guatemala, sufrió un conflicto armado que duró treinta y seis años, existiendo regímenes militares, golpes de estado, gobiernos de facto; Guatemala fue un Estado autoritario, donde los cambios constitucionales fueron la regla.

El anterior contexto permitió la violación a la independencia judicial, interna y externa; y como se ha señalado, incluso en la época revolucionaria, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia se vieron obligados a renunciar.

En el plano internacional, después de la segunda guerra mundial, se evidenciaron violaciones a los derechos fundamentales, Estados autoritarismo y totalitarios; la limitación del poder, de la arbitrariedad y del abuso, por parte de los textos

⁸¹ Barrientos Pellecer, César. Poder Judicial y Estado de Derecho. Primera Edición. F&G Editores. Guatemala 2001. Pág. 83. *“Puede decirse que en Latinoamérica es más fácil cambiar una Constitución que los códigos civil, penal, y de procedimientos, mismos que en algunos países han tenido una vigencia de más de cien años.”*

⁸² *Ibidem*. Pág. 136. *“Las Repúblicas Unidas de Centroamérica, cuando eran unidas, tuvieron al poco tiempo de haber surgido (1821) una verdadera prueba histórica y la perdieron. El primer presidente Manuel de José Arce emitió un decreto atribuyéndose facultades extraordinarias para extender su estancia en el poder; fue el primer golpe de Estado técnico en Centroamérica. La Suprema Corte de Justicia de la federación anuló el decreto presidencial. Inmediatamente se conformó un tribunal militar que en juicio sumarísimo condenó a los honorables magistrados por el delito de traición a la patria e impuso como penas el exilio y la confiscación de bienes. ¡Qué distinto habría sido nuestro destino si se hubiera cumplido aquella resolución judicial!”*

constitucionales evidenció ser letra muerta. Esto generara una discusión, en varios países del mundo, sobre los derechos humanos –individuales, políticos, económicos, sociales y culturales–, el resurgimiento de temas del derecho natural, del papel de la Constitución y la Justicia Constitucional, como puntos de partida para evitar el desastre que dejó la guerra.

Los dos planos señalados (Guatemala y período de posguerra) harán resurgir el tema del control del poder y de órganos y medios –judiciales o políticos– que garanticen el sometiendo de las autoridades públicas al texto constitucional; es de reconocer que en este ambiente surge gran parte de la teoría del constitucionalismo moderno y de la Jurisdicción Constitucional, y con ello el surgimiento de los Tribunales Constitucionales como órganos de control y de defensa del orden constitucional (respeto a este tema basta referirse a lo expuesto por el Doctor Pereira Orozco en su tesis de postgrado denominado: “Sistema de frenos y contrapesos en el Gobierno del Estado de Guatemala”), y no sólo estos tribunales, también surgieron otros organismo nacionales (el Procurador de los Derechos Humanos, el Ministerio Público, la Contraloría General de la Nación, el Tribunal Supremo Electoral) e internacionales (la ONU, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc.) con el objeto de que los desastres vividos no se repitieran.

El ponente de la presente trabajo no desconoce o minimiza la situación vivida el siglo pasado, tanto a nivel nacional como internacional; efectivamente a raíz de los acontecimientos sufridos (que costaron muchas vidas humanas) los temas de límites del poder y su control están justificados.

Ahora bien, una cosa es la necesidad de control del poder y mantenimiento del orden constitucional, y otra la justificación de crear nuevos órganos que garanticen el límite del poder y respeto a los textos supremos; si no existe separación entre estos dos temas, fácilmente puede caerse en el error que porque existe arbitrariedad y autoritarismo, automáticamente queda justificado la creación de órganos distintos a los establecidos por la tradicional teoría de división de poderes.

Para ejemplificar lo anterior podemos ver el caso de Estados Unidos, en el Federalista se señala: “el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder; ... se encuentra en peligro constante de ser dominado, atemorizado o influido por los demás sectores, y que como nada puede contribuir tan eficazmente a su firmeza e independencia como la estabilidad en el cargo, esta cualidad

ha de ser considerada con razón como un elemento indispensable en su constitución y asimismo, en gran parte como la ciudadela de la justicia y la seguridad jurídica.”⁸³

La función judicial fue concebida como un control respecto a los actos de los otros dos poderes, y evidentemente un Poder Judicial débil y no independiente difícilmente podrá llevar a cabo tan importante función, que fue lo que sucedió en los países que sufrieron la primera y segunda guerra mundial. Los delegados a la convención fueron conscientes de la “necesidad de control” de los actos del Legislativo y Ejecutivo, sin embargo, eso no los llevó a crear órganos distintos al Judicial, para ejercer ese control, es más, no crearon medio distintos a los procesos judiciales, donde precisamente se controlaba el poder. Lo que la Constitución hizo fue primero reconocer esa necesidad y la debilidad de los jueces, pero a la par, fortaleció su Poder Judicial.

El ponente del presente trabajo, no desconoce la necesidad de control de los actos del poder; y cuando señala que la Corte de Constitucionalidad es un tribunal innecesario, no esta indicando que los controles desaparezcan, sino que los Tribunales Constitucionales desaparezcan, y que el control sea ejercido por los jueces y principalmente la Corte Suprema de Justicia. Cada desborde de poder no puede justificar automáticamente la creación de controles y órganos nuevos.

Si bien es cierto, el contexto del siglo pasado, a nivel nacional e internacional, influyó en el origen de los Tribunales Constitucionales, también lo es que los factores jurídicos y políticos analizados en capítulos anteriores, tuvieron y siguen teniendo mucho que ver en el surgimiento de dichos órganos de control.

Corresponde entonces analizar si dichos factores siguen teniendo validez para justificar la creación de Tribunales Constitucionales, o por el contrario puede justificarse jurídica y políticamente su supresión:

- a) Para el ejercicio de la función jurisdiccional, imprescindible es la interpretación de las normas a aplicar al caso concreto; si bien es cierto los textos legales deben estar redactados en lenguaje claro, suficiente y puntal, también lo es que en muchas ocasiones las leyes son ambiguas, oscuras y contradictorias, y aunque una ley sea clara, no significa automáticamente que sea conforme a la

⁸³ Hamilton, Madison y Jay. EL FEDERALISTA. Ob. Cit. Pág. 330.

Constitución, y que como consecuencia no sea necesaria su interpretación. Veamos un ejemplo: el artículo 217 del Código Procesal Penal, regula el testigo sin identidad y señala que el “juez o el fiscal ... podrá, a su criterio, conservar con carácter reservado o confidencial, sus datos personales”, no hay posible discusión respecto a la literalidad de la norma y su finalidad, consecuentemente no podría “desatenderse su tenor literal” (artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial), sin embargo, cabe preguntarse si dicho artículo es conforme a la Constitución, específicamente con el derecho de defensa; la Corte de Constitucionalidad señaló que el artículo era constitucional (sentencia de fecha 19 de febrero del 1997), pero la Corte IDH en el caso Norin Catrیمان y otros versus Chile, en 2014 señaló que normas de este tipo, eran contrarios al Pacto de San José, específicamente con el derecho a interrogar a testigos, y señaló cinco requisitos para permitir al testigo sin identidad. Nótese como una norma supuestamente clara y que solo debería aplicarse, justifica la interpretación de las leyes, incluso donde se supone no hay duda sobre su inteligibilidad.

Obviamente la seguridad y certeza en la aplicación de la ley es una aspiración del Derecho, pero eso no significa que una norma no pueda interpretarse, por ello, es inconcebible que los jueces sean la boca de la ley;⁸⁴ es decir, que no pueden interpretar la ley, integrarla y adecuarla al texto supremo. Hoy en día los jueces deben interpretar las normas jurídicas para aplicarlas, y adecuarlas a la Constitución cuando las contradigan, restrinjan o violenten. Demás está decir que en la actualidad el “control de convencionalidad” es un deber para el poder público, y en especial de los jueces (sin entrar al discusión si dicho control, establecido por la Corte IDH fue conforme o no con el Pacto de San José), quienes están llamados a aplicar las convenciones, según las interpretaciones de la Corte Interamericana, debiendo adecuar la norma ordinaria a los derechos y garantías mínimas establecidas.

“La función y responsabilidad del juzgador consiste en determinar la norma más justa y adecuada al caso concreto que conoce, lo cual no significa estructurar su respuesta exclusivamente con la ley; puede recurrir también a la costumbre, la

⁸⁴ Recasens Siches, Luis. TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO. Editorial Porrúa S.A. México 1965. “la función interpretativa es esencial, necesaria al orden jurídico. No es posible cumplir ni aplicar ninguna norma, como no sea sobre la base de una interpretación. Ha sido una ingenuidad, rayana en lo estúpido, la manifestación que algunas veces hicieron ciertos legisladores, diciendo que quedaba prohibida toda interpretación de una norma que emitían. Sin interpretación, esa norma no hubiera podido ser cumplida ni aplicada en ningún caso, ni de ninguna manera.”. Pág. 321.

*doctrina, la jurisprudencia, la equidad, los principios generales del Derecho. Los tiempos de la interpretación estrecha, estricta y limitada de la ley, de la dura lex sed lex, de la “esclavitud” del juez al texto de la ley ya pasaron. Los planteamientos de cero interpretación de la escuela de la exégesis y de que todo el Derecho está escrito y contenido en los códigos se han superado,...*⁸⁵

Lo anterior lleva a oponernos a la “duda de constitucionalidad” que proponen algunos, porque la Constitución como cualquier norma jurídica debe ser interpretada y aplicada en casos concreto, y es deber de los jueces hacer valer su imperio; no existe fundamento serio para apelar a la misma, si se permite plantear cuestión de constitucionalidad, entonces también debería permitirse una situación como “duda de reglamentariedad” (en caso un reglamento sea contrario a una norma ordinaria).

- b) Hoy en día no se duda del carácter normativo de la Constitución; si bien es cierto, puede generar inconvenientes el hecho que el texto supremo contenga principios, valores, normas programáticas, entre otras, esto no autoriza restarle valor a la Constitución, por el contrario habilita el análisis y discusión acerca de la creación de procedimiento –políticos o judiciales– para hacer valer su imperio. En el caso guatemalteco, se han ido desarrollando varios remedios para hacer valer el texto supremo, entre ellos: “inconstitucionalidad por omisión”, cuando se violente la constitución por un no hacer de un órgano público que tiene el mandato de actuar o legislar en determinado sentido, también se han desarrollado las “sentencias atípicas” –interpretativas, aditivas, etc.–, donde se pretende suplir la falta de mecanismos para respetar el imperio del texto constitucional; si bien es cierto, estos mecanismos no tienen fundamento expreso, constitucional y en la Ley de Amparo, también lo es que el objeto de la Justicia Constitucional es la defensa del orden constitucional, que de momento puede cumplirse de a través de esos mecanismo, teniendo los jueces constitucionales el deber de fundamentar debidamente sus resoluciones a efecto de no comprometer la seguridad y certeza jurídica del ordenamiento jurídico.

La Constitución al tener efecto normativo, vincula al poder público, que debe adecuar su actuación al texto supremo, siendo esto una garantía para la población que la materialización de su voluntad será respetada.

⁸⁵ Barrientos Pellecer. Ob. Cit. Pág. 128.

- c) La plenitud del ordenamiento jurídica es una vieja aspiración, a efecto que los actos y hechos del ser humano y del Poder Público encuentren una respuesta en la ley; sin embargo, esta aspiración es de difícil cumplimiento, por no decir imposible. Las situaciones de la vida cada día son nuevas, cambian, se transforman, etc., consecuentemente será difícil encontrar una norma para cada caso, viéndose obligados los jueces a interpretar, integrar y adecuar las normas ordinarias a las situaciones de hecho que se presenten. Y como se señalo en el primer inciso, las normas no son claras, y aunque lo sean, siempre deben pasar el tamiz del texto constitucional. Por ello, no hay razón para señalar que los ordenamientos jurídicos son autosuficientes y solo necesitan ser “aplicados”.
- d) Montesquieu señaló que la función judicial era “terrible”, debía ser “temporal”, “invisible”, “nula” y “alternarse” a los jueces. El Poder Judicial y su función deben construirse y consolidarse como un órgano de control de los actos del Legislativo, Ejecutivo y demás poderes públicos; consecuencia de ello, no debe vérselo como una función “terrible”, si no como un instrumento de control y revisión de los actos a efecto de someterlos al imperio de la Constitución y la ley. Por ello, uno de los principios básicos del Organismo Judicial es su independencia –interna y externa–, económica y funcional, además estar cimentada en la estabilidad del ejercicio a través de judicaturas vitalicias, a efecto de asegurar como señalaba el Federalista: “independencia, estabilidad, justicia y seguridad jurídica”.
- e) Respecto al control judicial de los actos de los demás poderes públicos, se ha discutido bastante; si es conforme a la teoría de la división de poderes, si los Jueces tienen legitimidad para controlar los actos del Legislativo, llegando a la conclusión, como señalaba Alexis de Toqueville, “más vale conceder el poder cambiar la Constitución al pueblo a unos hombres que representan imperfectamente las voluntades del pueblo que a otros que no se representan más que a sí mismos”.

El problema en realidad está mal planteado. La legitimidad del Legislativo y del Judicial, son diferentes; el primero tiene una legitimidad de carácter político (a través de las elecciones generales, celebradas períodos determinados), mientras el segundo la tiene en su forma de ingreso al Organismo Judicial, basado en meritocracia. Las funciones son diferentes: uno ejerce una función política, basando sus decisiones en criterios de oportunidad, conveniencia e incluso clamor popular, la función de los jueces es eminentemente jurisdiccional, de aplicación

correcta de la Constitución y la ley; además, las decisiones políticas deben responder de una u otra manera a las mayorías en la sociedad, el de los jueces no, su buena labor no esta fundada en que si las mayorías estar de acuerdo con ellas o no, sino si el ordenamiento jurídico fue aplicado correctamente. También hay diferencia en la forma de control de las decisiones, el Legislativo tiene controles políticos, tanto internos como externos, las decisiones de los Jueces son controlados a través de recursos, ordinarios y extraordinarios, velando por la debida fundamentación y respeto de la ley. Como se ve, exigir legitimidad de tipo político a los Jueces, no tiene sentido, porque no es un órgano político; el fundamento y legitimidad de la función judicial está en que el mismos es un “control” hacia los demás poderes, en que los jueces son y deben ser los garantes de la defensa del orden constitucional. Además, al ser su función eminentemente jurídica, es mucho más controlable su actuación, que la del Congreso, al ser la de éstos un ejercicio político. Por último, para evidenciar los distintos criterios de legitimidad, los Jueces deben ser nombrados de manera vitalicia –o por lo menos por períodos largos de tiempo, aunque esto constituya una judicatura a término–, mientras que a los funcionarios de carácter político, aplica el principio de alternatividad del poder.

Como se ve, el control constitucional está perfectamente legitimado, y los problemas que se plantean respecto al tema es por su mal enfoque, desconociendo la esencia del Legislativo y Judicial.

- f) En cuanto al tema de la soberanía y que ésta es ejercida únicamente por el Congreso, y consecuentemente los jueces se someten a la voluntad general a través de las leyes que dictan, debo señalar que los términos de la discusión han cambiado. El Legislativo, Ejecutivo y Judicial, como poderes constituidos, tienen un mandato establecido en la Constitución (promulgado por el poder constituyente) que marca la función que deben realizar; el debate no radica en que el Juez aplique la ley aunque perezca el mundo, la discusión es si el Legislativo adecuada su función a la Constitución o no.

En cuanto al tema de la soberanía, la voluntad general materializada a través de la ley, debe tomarse en cuenta que la sociedad ha avanzado y se ha hecho más compleja; hoy en día, muchas decisiones nada tienen que ver con la representatividad del pueblo, de las mayorías o minorías, en no pocas ocasiones las decisiones son de carácter técnico, como temas económicos, formas de tratar

con la contaminación ambiental, planes de ordenamiento territorial, estándares respecto a carreteras, calles y avenidas, cómo tratar las epidemias y pandemias, y un largo etcétera, donde se evidencia que lo que piense la mayoría no importa; es en ese contexto también donde la función judicial se ejerce, las resoluciones no están sujetas a representatividad sino a razonabilidad y fundamentación de la misma, consecuentemente es un absurdo señalar que el Congreso representan al pueblo y que por ello sus decisiones deben ser respetadas.

Respecto a estos temas –soberanía y representación popular del Congreso– no debe olvidarse las palabras Thomas Jefferson: “Un gobierno libre se fundamenta en el resentimiento y no en la confianza”, consecuentemente aquellos que deslegitiman la labor judicial de control de constitucionalidad, parten del supuesto que efectivamente los Congresos o Parlamentos ejercen una representación legítima y que el pueblo está de acuerdo con las decisiones que asume, lo cual es un completo absurdo en Estados como el de Guatemala, donde la clase política no está legitimada.

- g) Podría señalarse que la justicia constitucional y la ordinaria son diferentes, una ejercida por la Corte de Constitucionalidad y la otra por la Corte Suprema de Justicia y los demás jueces. Diferenciar entre los dos conceptos es de sumo complicado, porque en el ejercicio de la función los jueces –ordinarios y constitucionales– ambas se entrelazan y uno es antecedente de la otra. Ahora bien, el problema no es de si existe o deba existir una justicia constitucional y otra ordinaria, el planteamiento es si la justicia constitucional debe ejercerla un Tribunal distinto a la Corte Suprema y los demás jueces, y no existe razón jurídica para negarle a la justicia ordinaria ejercer tal función. Los jueces al momento de ejercer su función, siempre deben velar por el irrestricto respeto por el texto constitucional, consecuentemente ejercerán funciones de justicia constitucional.

Vemos pues, que las razones –jurídicas y políticas– que hicieron surgir los Tribunales Constitucionales han desaparecido o cambiado; además, los factores de mediados del siglo pasado, respecto al desborde del ejercicio del poder, generó la necesidad de un mayor control, pero no necesariamente la necesidad y justificación de un nuevo órgano de control. En la actualidad, la constitución y consolidación de los Tribunales Constitucionales se plantea como si fuera algo “ontológico”, dando por sentado su justificación, cuando lo correcto es plantearnos ¿por qué debe la Corte Suprema de Justicia y los demás jueces ordinarios dejar de ser un órgano de control respecto a las

decisiones de los demás poderes? ¿Cuáles son las razones, jurídicas y políticas, de que la “justicia ordinaria” no pueda ejercer el control de constitucionalidad de las leyes? ¿Jurídica y políticamente por qué necesitamos una Corte de Constitucionalidad?

Ninguna de las anteriores preguntas y factores jurídico-políticos fueron objeto de análisis y discusión en la Asamblea Nacional constituyente de 1985, así se evidencia en las sesiones del 29 y 30 de abril de 1985 (sesiones número 70 y 71 respectivamente), donde la única discusión fue respecto a la independencia económica de la Corte de Constitucionalidad. Tampoco en la Comisión de los treinta, hubo discusión de los temas señalados, simplemente la sub-comisión encargada de trabajar el proyecto referente a las garantías constitucionales presentó a la Comisión su proyecto, siendo el mismo aprobado sin discusión al respecto.

Si la Corte de Constitucionalidad llegase a desaparecer –una utopía–, las funciones de opinión consultiva, dictamen previo, inconstitucionalidad de carácter general y procesos amparos que actualmente conoce la Corte, bien pueden ser ejercidas por la Suprema Corte de Justicia; no hay razón jurídica o política válida para que estas funciones las ejerza la Corte de Constitucionalidad. Vemos casos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ejerce función contenciosa y consultiva.

El planteamiento anterior, en ningún momento desconoce que la independencia y función del Poder Judicial es un tema pendiente en Guatemala, y que día a día debe analizarse, pensarse y repensarse para consolidarlo; sin embargo, eso no significa que no deba ejercer el control de constitucionalidad, por el contrario significa que debe trabajarse por su fortalecimiento.

El objeto de la presente tesis han sido dos: a.- evidenciar cuales fueron los factores que permitieron el surgimiento del sistema difuso y concentrado; b.- evidenciar que ambos se contraponen, razón por la cual los sistemas del civil law “necesitaron” un Tribunal Constitucional y el sistema sajón no; c. evidenciar que el sistema difuso y concentrado en sus orígenes –jurídicos y políticos– y ejercicio son contrarios; d.- lo más importante es evidenciar que los factores que obligaron a Guatemala a crear un Tribunal Constitucional han cambiado y que perfectamente “todas” las funciones que ejerce la actual Corte de Constitucionalidad pueden y deben ejercidas por Corte Suprema de Justicia y en última instancia a una Sala Constitucional incorporada al dicho poder.

CONCLUSIONES

1. Los factores jurídicos que permitieron el surgimiento del sistema de control de constitucionalidad difuso y concentrado, son diferentes, siendo ellos:
 - a. culturas jurídicas, porque el primero responde a la familia del common law, mientras el segundo del sistema europeo-continental;
 - b. fuentes del derecho;
 - c. formas de interpretación jurídica;
 - d. la concepción del carácter normativo de la constitución;
2. los factores políticos que permitieron el surgimiento del sistema de control de constitucionalidad difuso y concentrado son:
 - a. La concepción de la teoría de la división de poderes;
 - b. La concepción acerca de que el Parlamento ejerce la representación popular de la sociedad.
 - c. La ilegitimidad de la justicia ordinaria de controlar los actos del Legislativo.
3. Los factores jurídico-políticos evidencian por qué países como Estados Unidos de América nunca necesitaron la creación de Tribunales Constitucionales para la defensa del orden constitucional, función ésta ejercida por los jueces ordinarios y principalmente por la Suprema Corte de Justicia, contrario a países de la familia del civil law;
4. El sistema difuso de control de constitucionalidad en sus orígenes jurídico-políticos tiene marcas diferencias con el sistema concentrado, por lo que sus fundamentos se contraponen.
5. En el siglo XXI, los factores jurídico-políticos que hicieron surgir los órganos legislativos de carácter negativo, llamadas Cortes Constitucionales, han cambiado, consecuentemente no hay razón, jurídica ni política, para pensar que los jueces y principalmente la Corte Suprema de Justicia no puedan tener como función la defensa del orden constitucional.

RECOMENDACIONES

1. Que los jueces ordinarios ejerzan de oficio el control de constitucionalidad de oficio, sin necesidad de planteamientos de inconstitucionalidades en casos concretos; lo anterior no significa que los sujetos procesales no puedan hacer el planteamiento al juez, pero como una argumentación más, ya sea escrita u oral, según el tipo de procedimiento.
2. Que los jueces, abogados y profesores de derecho conozcan los factores jurídicos y políticos que influyeron en el origen de los sistemas de control de constitucionalidad para iniciar una crítica seria entorno a la justificación de una Corte de Constitucionalidad como actualmente la regula el Estado de Guatemala.
3. Suprimir la actual Corte de Constitucionalidad, y que las funciones que actualmente ejerce sean asumidas por la Corte Suprema de Justicia en pleno, o en último caso por una Sala Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil, Tomo II, Volumen 1º. Guatemala CA. 2006. Centro Editorial Vile.
2. Barrientos Pellecer, César. Poder Judicial y Estado de Derecho. Primera Edición. F&G Editores. Guatemala 2001.
3. Baum, Lawrence. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica. Librería Bosch. Barcelona. 1987.
4. Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho. Tercera edición revisada y corregida. Editorial Temis S.A. Colombia 2007.
5. Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión de la segunda edición. Colombia 2004.
6. Bonilla Hernández, Pablo Andrés, Justicia Constitucional y Sistemas de Control Constitucional Difuso y Concentrado. Tesis de grado. USAC. Guatemala 2007.
7. Burgoa, Ignacio. El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa. S A. México 1983. Vigésima edición.
8. Calderón Morales, Hugo Haroldo. Derecho Administrativo I. Editorial Fenix. Octava edición. Guatemala 2005.
9. Ferreres, Víctor y Xiol, Juan Antonio. El Carácter Vinculante de la Jurisprudencia. Editorial Fontamara. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid-México. 2010.
10. Flores Juárez, Juan Francisco. Constitución y Justicia Constitucional / Apuntamientos. Guatemala. 2009. Primera edición, segunda reimpresión.
11. Foucault, Michel. Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión. Siglo veintiuno editores. Traducción de: Aurelio Garzón del Camino. México 2009.
12. García Becerra, José Antonio. Los Medios de Control Constitucional en México. Cuadernos Jurídicos 12. 2001.
13. García Belaunde, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia. 2001. Sin número de edición.
14. García Laguardia, Jorge Mario. La Defensa de la Constitución. Guatemala. 1983. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
15. García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa S.A. Vigésima edición. México D.F. 1972.
16. Hamilton, Madison y Jay. EL FEDERALISTA. Segunda edición en español, 1957. Fondo de Cultura Económica. México.
17. Hobbes, Thomas, El Levietán. Segunda parte, De La República, Capitulo XXVI De Las Leyes Civiles
18. Juárez Elías, Erick. MINISTERIO PÚBLICO versus IMPUNIDAD. F&G Editores. Primera Edición. Guatemala 2012.
19. Kelsen, Hans. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2001.
20. Lasalle, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución?. Grupo Editorial Tomo S.A., segunda edición, enero de 2013. México.
21. Lippmann, Walter. Retorno a la Libertad. Unión Tipográfica Editorial Hispano – Americana. México. 1940.

22. Locke, John. Ensayo Sobre el Gobierno Civil. Editorial Aguilar. Primera Edición y primera reimpresión. México 1983.
23. Luján Muñoz, Jorge. Breve Historia Contemporánea de Guatemala. Fondo de Cultura Económica. Tercera edición. Tercera reimpresión. Guatemala 2010.
24. Malen, Jorge, Orozco, Jesús y Vásquez, Rodolfo (compiladores). LA FUNCIÓN JUDICIAL. Ética y democracia. Gedisa editorial. Primera edición. Barcelona 2003.
25. MONTESQUIEU. Del Espíritu de las Leyes. Décimo octava edición. Editorial Porrúa. México 2010.
26. Morineau, Marta, Una Introducción al *CommonLaw*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Segunda reimpresión 2004. México.
27. Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, vigésima octava edición, Buenos Aires, Argentina. 2001.
28. Pereira Orozco, Alberto, y E. Richter Marcelo Pablo. Derecho Constitucional, segunda edición, 2005. Guatemala, Edición de Pereira.
29. Recasens Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa S.A. Tercera Edición. México 1965.
30. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. Número 5 2006, Enero-Junio, Editorial Porrúa, SA. México.
31. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.
32. Rodríguez-Cerna Rosada, Carlos Rafael. El Amparo Guatemalteco y las Verdaderas Reformas que clama su Justicia Constitucional. Editorial Orión. Guatemala. Primera Edición Actualizada. Guatemala 2005.
33. Rousseau, Jean Jacques, EL CONTRATO SOCIAL. Editorial Alba. Tercera reimpresión. España 2001.
34. Sabine, George H. Historia de la Teoría Política. Tercera edición en español, séptima reimpresión. Fondo de Cultura Económica. 2006. México.
35. Sierra González, José Arturo. Derecho Constitucional Guatemalteco. Corte de Constitucionalidad. Guatemala. 2000.
36. Salazar Ugarte, Pedro. La democracia Constitucional. Una Radiografía Teórica. Fondo de Cultura Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Primera edición, tercera reimpresión.
37. Tocqueville, Alexis De. La Democracia en América. Ediciones Akal. S. A. Madrid 2007. Traducción: Raimundo Viejo Viñas.
38. Umaña Calderón, José Wilfredo. El Control de Oficio de la Inaplicación, por inconstitucionalidad, de las Normas Ordinaria. Tesis de posgrado. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala.
39. Varios Autores. El Amparo en Guatemala. Problemas y Soluciones. Cuadernos Judiciales de Guatemala No. 2. Ediciones del Organismo Judicial. Pág.
40. Varios Autores. Derecho Constitucional Comparado. México – Estados Unidos. Tomo I. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1990.

41. Varios Autores. La Constitución Norteamericana y su Influencia en Latinoamérica (200 años 1787 – 1987). Cuadernos de CAPEL 23. Primera Edición, CAPEL, Costa Rica, 1987.
42. Varios autores. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. Número 1, Enero-Junio, Editorial Porrúa, SA. México.
43. Varios autores. Opus Magna Constitucional Guatemalteco 2010 Tomo I. Instituto de Justicia constitucional. Corte de Constitucionalidad.
44. Villagrán Kramer, Francisco. Biografía Política de Guatemala. Los pactos políticos de 1944-1970. FLACSO, Guatemala. Tercera Edición. Guatemala 2009.
45. Zapatero, Virgilio. El Arte de Legislar. Editorial Aranzadi, S.A. Primera Edición. España 2009.

ANEXO

PLAN DE INVESTIGACIÓN FACTORES QUE INFLUYERON EN EL ORIGEN DEL SISTEMA DIFUSO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

1. Justificación

En el sistema difuso de control constitucional regulado en la Constitución guatemalteca (Arts. 44, 175 y 204), “inspirado” aparentemente en el de Estados Unidos de América, los jueces no son simple aplicadores del derecho, sino que deben tener un mayor protagonismo en la aplicación preferente del texto constitucional antes que la ley cuando la viole, restrinja o tergiverse. Este deber de aplicación directa de la constitución, se debe llevar de oficio, de lo contrario, el artículo 204 no sería un deber y las normas contrarias a la Constitución Política, no serían nulas *ipso iure* (artículos 44 y 175).

No obstante la claridad de lo regulado, actualmente se duda incluso si los jueces pueden aplicar de oficio la Constitución antes que la ley, y cuáles son los factores necesarios para llevar a cabo esta tarea (tal como lo plantea Umaña Calderón); esto crea la duda de si en el ordenamiento jurídico guatemalteco existe un sistema difuso inspirado efectivamente en el de Estados Unidos de América, o si solo fue una adopción formal y no sustancial o material del mismo. Estas interrogantes se debe a que del presente objeto de estudio, se ha escrito muy poco, ya que las investigaciones se han centrado en explicar qué es y cómo funciona el sistema difuso, y la publicación de diversos libros sobre el tema, aunado a ello, los 26 años de jurisdicción constitucional, permiten sostener que en gran parte que esa discusión teórica está superada. Sin embargo, lo que aún no ha sido determinado es cuales fueron los *factores jurídico-políticos* que dieron origen al sistema difuso de control constitucional en Estados Unidos de América en comparación con el de Guatemala.

Al quedar determinado lo anterior, se podrá establecer si efectivamente tenemos un sistema difuso inspirado en Estados Unidos de América o si solo ha sido una adopción formal, lo que ayudará a definir cuáles son las bases necesarias para implementar un verdadero sistema difuso de control constitucional, y darle efectividad al fin de la Constitución. También coadyuvará a que los jueces asuman el deber de aplicar de oficio la Constitución, crear la cultura jurídica en los abogados de que la Constitución debe aplicarse de manera directa en los casos concretos, y la no desnaturalización de las

inconstitucionalidades en casos concretos, lo que será acorde con un mejor acceso a la justicia y una tutela judicial efectiva.

2. Planteamiento del problema

2.1 Definición del problema

Las Constituciones Políticas, han surgido como medio para limitar el Poder Público, y establecer derechos mínimos a las personas. Para que las constituciones sean efectivamente las reguladoras de la vida socio-política de los Estados deben tener jerarquía superior en los sistemas de derecho. Sin embargo, pese al establecimiento del “*principio de supremacía constitucional*”, de manera expresa o implícita, la simple declaración del mismo no es suficiente para hacer valer de manera eficaz las normas constitucionales. A raíz de esto se ha generado toda una teoría acerca de *la defensa de la constitución* y dentro de ésta los *sistemas de control constitucional*.

Dentro de estos sistemas han sobresalido dos: el concentrado y el difuso. En el primero, surgido por la invención de *Kelsen*, existe un organismo jurisdiccional con potestad exclusiva de velar por el cumplimiento de la Constitución, pudiendo expulsar del ordenamiento jurídico las normas que la violen, y sus resoluciones tienen efectos *erga omnes*; en este sistema los jueces ordinarios deben concretarse a aplicar la ley, pues se presumen constitucionales hasta que el órgano legitimado declare lo contrario, convirtiéndose en simples aplicadores de la ley.

El sistema difuso surgió en 1,803 (*aparentemente*), en la sentencia dictada por el Juez Marshall de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, donde aplicó, por vez primera, la Constitución en preferencia a la ley; en este sistema todos los jueces, en casos concretos, tienen el deber de velar por que las normas ordinarias no violen la Constitución, y si esto sucede pueden inaplicarla de oficio y los efectos de dicha resolución será únicamente entre las partes en litigio.

En la Constitución Guatemalteca el sistema de control constitucional adoptado ha sido el mixto, así el artículo 268, crea la “Corte de Constitucionalidad”, cuya función es la defensa de la constitución, y entre una de sus competencias esta la de conocer en única instancia, las inconstitucionalidades de carácter general (*sistema concentrado*), y el artículo 266, regula que los jueces tienen competencia de conocer inconstitucionalidades en casos concretos (*sistema difuso*).

Aunado a ello, el artículo 204, establece: “*Los tribunales de justicia en **toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.***” Este artículo (en estrecha relación con los artículos 44 y 175), en cuanto al *sistema difuso*, establece que, los jueces tienen el *deber* de velar por la supremacía constitucional de oficio; si fuera necesario petición de parte, el artículo 204, dejaría de ser un *deber u obligación*. A esta misma conclusión llega el jurista guatemalteco Umaña Calderón, en su tesis de posgrado, quien indica: “. . . *asiste a los jueces la facultad de abstenerse de aplicar una norma ordinaria a un caso concreto cuando adviertan que esta colisiona con algún precepto de la Carta Magna, aun cuando no media pedido expreso de alguna de las partes . . .* “

En el sistema difuso de Estados Unidos de América, los jueces tienen mayor protagonismo en la defensa de la Constitución, ya que tienen el *deber* de aplicarla preferentemente cuando una norma ordinaria la viole, restrinja o tergiverse; este deber surge de una sentencia proferida por un Juez de la Suprema Corte y no de la propia Constitución, que no regula expresamente el *principio desupremacía constitucional*. En este sentido Guatemala ha adoptado dicho sistema, ya que se ha regulado expresamente el “principio de supremacía constitucional” (arts. 44-175-204) y el deber de los jueces de velar que en toda resolución no se viole la el texto constitucional (art. 204).

Lo anterior revela el espíritu del sistema difuso regulado en la Constitución Guatemalteca y que en apariencia es el mismo del sistema de los Estados Unidos de América; sin embargo, es un hecho notorio, que los jueces aún no asumen el rol que les corresponde en el sistema inspirado en Estados Unidos de América, es decir, no cumplen con el *deber* de aplicar de oficio la Constitución de manera directa, cuando una norma inferior la viole, no obstante su regulación expresa.

Lo anterior revela la necesidad de investigar el contexto jurídico-político en que surgen ambos sistemas, para determinar sus similitudes y diferencias, ya que cada sistema es producto de la historia, tradiciones y valores de cada sociedad, lo que ayudará a establecer si el sistema difuso adoptado en el ordenamiento jurídico guatemalteco fue puramente formal, y si es así, estar en la posibilidad de indicar cuáles serían las bases necesarias para implementar el sistema difuso que regula la Constitución.

En tal virtud, la presente investigación se orientará a darle respuesta a la siguiente interrogante: **¿Cuáles son los factores jurídico-políticos que influyeron en el origen**

del Sistema Difuso de Control Constitucional en Los Estados Unidos de América y Guatemala?

2.2 Delimitación del problema

2.2.1 Unidad de análisis: en la presente investigación, se centrará principalmente en las teorías y doctrinas predominantes en los sistemas difusos de control constitucional en Estados Unidos de América y Guatemala.

2.2.2 Ámbito geográfico: en virtud de que la presente investigación será principalmente bibliográfica, no existe un ámbito espacial determinado, en todo caso, el mismo se llevará a nivel nacional;

2.2.3 Delimitación teórica: la presente investigación será de carácter jurídico-político, por lo que se harán uso de los conceptos y categorías del Derecho y la Política.

3. Hipótesis

Los factores jurídico-políticos que influyeron en el origen del Sistema Difuso de Control Constitucional en Los Estados Unidos de América y Guatemala son:

- a. La diferente concepción de Democracia y Poder Judicial;
- b. El tipo de interpretación jurídica predominante llevada a cabo en ambos sistemas;
- c. La Organización, función e independencia del Poder Judicial;
- d. La concepción política de la división de poderes en la estructura del poder público en ambos sistemas;

4. Marco Teórico

Factores que Influyeron en el Origen del Sistema Difuso de Control Constitucional

“Probablemente fue la experiencia constitucional de Estados Unidos la que más influencia tuvo en América Latina. Había muchas similitudes que entusiasmaban a los forjadores de las nuevas naciones del sur: Estados Unidos era un país joven, y también como ellos habían sufrido un largo periodo de dominio colonial bajo la égida de una monarquía europea. La afinidad creada por esos hechos, amén de la experiencia revolucionaria y el hecho de que la Constitución estadounidense ya había entrado en funcionamiento,

presentaban este modelo como el más atractivo para los líderes revolucionarios de Latinoamérica.”⁸⁶

“Este sistema (difuso) surgió en los Estados Unidos de América, **iniciándose con la famosa sentencia dictada por el juez Marshall** (resaltado propio) en el caso *Marbury vs. Madison* en el año de 1803. En este sistema, el control de la constitucionalidad es ejercido por todos los jueces y tribunales del país.”⁸⁷

“Con la sentencia *Madison “Marbury vs. Madison”*, se puede decir que nace el control de constitucionalidad de las leyes, . . .”⁸⁸

Saúl Dighero Herrera⁸⁹, el sistema difuso de control constitucional en Guatemala, se lleva a cabo a través de dos vías: a. inaplicación de una ley contraria a la Constitución, decidida por los jueces (en base al artículo 204 constitucional); b. inconstitucionalidad en casos concretos.

Este ha sido generalmente el pensamiento en la cultura jurídica constitucional, en cuanto a que el sistema difuso de control constitucional, surgió a raíz de la sentencia del Juez Marshall; sin embargo, en la investigación que se pretende realizar, no se intenta repetir otra vez lo mismo, es decir, indicar que es el sistema difuso, cuales son los efectos de las resoluciones, en qué casos procede, etc., ya que esto ha sido tratado por la doctrina de forma amplia. Lo que se desea es indicar cuáles fueron los factores, jurídico-políticos, que dieron origen a la sentencia del Juez Marshall, es decir, el contexto que permitió que esa resolución fuera dictada, ya que esto verdaderamente nos indicará, cuáles fueron las verdaderas causas del sistema difuso de los Estados Unidos de América, haciendo al mismo tiempo una comparación con la de nuestro sistema, para estar en la capacidad posteriormente en indicar cual son los elementos necesarios para implementar el sistema difuso inspirado en nuestra constitución.

⁸⁶ Smith, James Frank (Coordinador). *Derecho Constitucional Comprado México – Estados Unidos*, Tomo I, México, Primera edición 1990, Instituto de Investigación Jurídicas UNAM. México. 1990. Pág. 10.

⁸⁷ Vega Gómez, Juan, y Corzo Sosa, Edgar (Coordinadores). *Tribunales y Justicia Constitucional*, Primera Edición 2002, Impreso y hecho en México, Instituto de Investigación Jurídicas UNAM. México, 2002. Pág. 344.

⁸⁸ Varios autores, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*. 1, México, 2004, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Pág. 6.

⁸⁹ Varios autores, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2002, Impreso en Maergraf, Uruguay, 2002. Pág. 244.

En el mismo sentido, Cappelletti, citado por Bonilla Hernández, indica: “Para llegar a alcanzar esto, (las causas del sistema difuso), interesa hacer primero una breve advertencia: el control difuso de constitucionalidad de las leyes, indiscutiblemente, fue impuesto por la jurisprudencia de los Estados Unidos de América e imitado y exportado posteriormente por varios países alrededor del mundo. Sin embargo, si bien es cierto que este sistema desde sus inicios poseyó características que le han valido ser considerado como el primero y único en su clase *per se*, también lo es el hecho que puedan encontrarse importantes y múltiples antecedentes históricos de mecanismos o instituciones *similares* al mismo.”⁹⁰ Este autor continúa indicando, que estos antecedentes constituyen las causas inmediatas, las cuales mediante su legado e influencia en la historia se les puede atribuir ***el nacimiento y eventual desarrollo de dicho sistema.***

Por lo que en este marco teórico no se pretende indicar qué es y cómo funciona el sistema difuso de control constitucional, sino tratar de indicar a grosso modo como surgen ambos sistemas, es decir, su contexto jurídico-político, y de esta forma tratar de indicar cuáles son sus diferencias y similitudes:

A.- En teoría general del derecho, la norma jurídica tiene *tres criterios de valoración*. “Se trata de tres diferentes problemas: de la *justicia*, de la *validez* y de la *eficacia* de una norma jurídica.”⁹¹

Siguiendo a Norberto Bobbio, la ***justicia*** es el problema de la correspondencia o no de los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico. La ***validez*** es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no. La ***eficacia*** de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige y en caso de ser violada, que se le haga valer con medios coercitivos.

Aquí es imprescindible entender más respecto a la eficacia de la norma jurídica, y así Bobbio, señala: “no existe derecho objetivo, es decir, objetivamente deducible de hechos reales, ofrecidos por la costumbre, por la ley o por los antecedentes judiciales; el derecho

⁹⁰ Bonilla Hernández, Pablo Andrés, Justicia Constitucional y Sistemas de Control Constitucional Difuso y Concentrado. Tesis de grado. USAC. Guatemala 2007. Pag. 84.

⁹¹ Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho, Bogotá Colombia, tercera edición, revisada y corregida, Editorial Temis S.A., 2007. Pág. 20.

es una permanente creación del juez, el derecho es obra exclusiva del juez en el momento que decide una controversia.”⁹²

De lo anterior se deduce que los jueces norteamericanos, *deben ser creadores de derecho*, no deben ser simples concededores de un ordenamiento jurídico sino *concededores de la vida*. Esto significa que desde el ordenamiento jurídico norteamericano como sistema, los jueces tienen la total potestad de desconocer una ley ordinaria cuando contrariara la Constitución, a través de la interpretación.

Por el contrario, en el caso guatemalteco ha privado el principio de legalidad, en el entendido que todo funcionario público no puede hacer más de lo que la ley le faculta; sin embargo, el juez debe al hacer una interpretación tanto de la constitución como de la ley, y aplicar principios doctrinarios, todo esto con el fin de hacer prevalecer la constitución, llegará necesariamente hacer muchas veces lo que la ley no le faculta expresamente, pero que sí está basado en principios, valores y teorías.

B.- En la interpretación de la norma, en Guatemala se sigue los sistemas europeos, el método exegético era la regla, que indica la imposibilidad de llevar a cabo una verdadera interpretación de la norma jurídica, el juez debía ser un autómatas, debía ser la *voz del legislador*, por lo que buscar el sentido de la norma fuera de la *voluntad del legislador* no era permitido. “Y llega al extremo de sostener que si el juez se encuentra ante leyes contradictorias, que hagan imposible descubrir la voluntad del legislador, debe abstenerse de juzgar, considerar tales preceptos como no existentes y rechazar la demanda. Entre los argumentos invocados en apoyo de esta tesis, figura en primer término el de que la riqueza de la legislación, a partir de la época de las grandes codificaciones y, sobre todo, desde la promulgación del Código de Napoleón, hace casi imposible la existencia de casos no previstos. Cuando una ley es clara, no es lícito eludir su letra, so pretexto de penetrar su espíritu. En esta coyuntura la interpretación resulta puramente *gramatical*.”⁹³

No debe olvidarse que en el Código de Napoleón el sistema de interpretación era estrictamente exegético, y éste es antecedente directo del actual Código Civil y de todo el ordenamiento jurídico guatemalteco, incluso en algún texto se indica que los jueces

⁹² *Ibidem*. Pág. 37.

⁹³ García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, México, vigésima edición, Editorial Porrúa, S.A.1792. Págs. 334 y 335.

siempre aplican la ley sin interpretarla y sin crear normas generales. La indicación que, si la ley es clara, no es posible llevar a cabo interpretación con el objeto de penetrar su espíritu, se encuentra regulado expresamente en el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial.

Lo anterior fue el espíritu de la etapa pre-independiente en Guatemala, al momento de legislar, ya que, cuando Antonio Larrazábal es electo como diputado constituyente para la promulgación de la Constitución de Cádiz de 1812, “El ayuntamiento de la capital elabora bajo dirección de José María Peynado –en 1810– unas Instrucciones para su diputado en Cortes, . . . (contra el despotismo de la monarquía) . . . proponía el mágico remedio decimonónico: la promulgación de una Constitución: “Una Constitución . . . que haga del rey un padre y un ciudadano: **que forme del magistrado un simple ejecutor de la ley . . .**”⁹⁴

“Dentro de la tradición inglesa del *common law*, a partir del siglo XVII, era un(a) función reconocida del juez de decir y aplicar la ley común aunque impugnara un estatuto del Parlamento. La doctrina estadounidense se encuentra no precisamente en la Constitución sino en la célebre sentencia del presidente de la Suprema Corte, John Marshall, . . .”⁹⁵

C.- El poder discrecional de los jueces es duramente criticado cuando se relaciona la democracia. En las democracias la soberanía radica en el pueblo, y este la delega principalmente en el parlamento, ya que los jueces nunca son electos sino nombrados, y lo son precisamente por el parlamento. El problema surge entonces, si es aceptable que una ley (que ha sido creada por el pueblo, a través de sus representantes –parlamento–) se le de otra interpretación o se inaplique por alguien que no ostenta la representación del pueblo. Para que la voluntad del pueblo no sea desconocida es imprescindible que los jueces solo sean aplicadores de la ley, que sean la voz de la ley (pueblo).

“Para sostener que el papel de los tribunales se conforma con la democracia es necesario negar que estos dispongan de un poder discrecional y sostener que se limitan a aplicar un derecho preexistente, sin poder expresar preferencias ideológicas, o bien, implantar una

⁹⁴ García Laguardia, Jorge Mario, Breve Historia Constitucional Guatemalteca, Guatemala, sin edición, Talleres de Caudal S.A., 2002. Págs. 21 y 22.

⁹⁵ Smith, James Frank (Coordinador). Ob. Cit. Pág. 20.

organización para que los tribunales no dispongan de este poder discrecional. Para negar que los jueces dispongan de un poder discrecional habitualmente se fundamenta en una u otra de las variantes del silogismo judicial.

Existen dos mecanismos para impedir el ejercicio del poder discrecional, que, además, están relacionados. El primero consiste en proveer códigos: enunciados claros, completos, coherentes; así, no habrá ya lugar para el poder discrecional. . . Algunas han pretendido impedir a los jueces interpretar las leyes.⁹⁶ Y si el juez puede rehacer la ley, la misma ley deja de ser democrática.

Lo anterior es aplicable a los ordenamientos jurídicos de tradición francesa, veamos ahora lo que sucede en el sistema anglosajón o *common law*: “se trataría entonces, con relación al control de constitucionalidad (y este es un poder discrecional otorgado al poder judicial y no solo a las cortes constitucionales, en los ordenamientos jurídicos que han adoptado un sistema difuso) de una potestad conferida a los jueces a la manera de un contrapeso o contrabalanceo de los poderes conferidos al Parlamento como parte de una estrategia de sospecha y recelo ante los desmanes a que podrían dar lugar las asambleas populares.// De este espíritu receloso habría sido parte la clase política redactora de la Constitución de Estados Unidos en 1776, . . .”⁹⁷

En relación a lo anterior, y en cuanto a la división de poderes se ha señalado: “La idea de la separación de poderes no se circunscribe a una *división formal como imperó en la tradición europeo continental* (hace referencia a la supuesta división que existen entre los tres poderes del Estado) sino a una **separación material, entendida como la existencia real contrapoderes** (haciendo referencia al sistema anglosajón). . . Mientras, *en la tradición europea, el Rey representa todavía los poderes del Antiguo Régimen, y muchas veces, se ve como una amenaza a los poderes constitucionales*. Por ello, se mitifican y se refuerzan al máximo todos los poderes del Parlamento. . . Sin embargo **en el contexto constitucional norteamericana la obsesión es el peligro de una tiranía de la**

⁹⁶ Malem, Jorge, Orozco, Jesús, Vásquez, Rodolfo (Compiladores). La Función Judicial. Ética y Democracia. España, primera edición, Editorial Gedisa S.A. 2003. Pág. 212, 213 y 217.

⁹⁷ *Ibidem*. Cit. Pág. 241.

mayoría frente a las minorías. Por tanto, la preocupación estaba en limitar los poderes del Parlamento para impedir una tiranía de la mayoría.”⁹⁸

D.- La aplicación del principio *iura novit curia*, aparentemente ha sido poco utilizada los ordenamientos europeos; lo anterior puede observarse en los procesos civiles cuando se plantean demandas y se citan fundamentos de derecho equivocados y a primera vista no aplicables al caso concreto, y lo que ha sucedido en la práctica ha sido que las mismas sean rechazadas *in limine litis*, cuando lo correcto sería decidir en la sentencia cual es el derecho aplicable sin importar si en la demanda, contestación o reconvencción fue bien citado o no; aquí se debe recordar lo ya manifestado por Chacón Corado y Montero Aroca: “El actor debe, porque así lo disponen los artículos (haciendo referencia a los requisitos de la demanda en materia civil), fundar en derecho la pretensión contenida en la demanda, pero las normas alegadas no deben condicionar en modo alguno la estimación o desestimación de la pretensión, pues el órgano jurisdiccional puede estimarla con base en normas no alegadas por el demandante”⁹⁹ del mismo criterio es el Doctor Aguirre Godoy: “Los fundamentos de derecho expuestos (haciendo relación al contenido de la demanda civil) por el actor no siempre serán exactos, y así el Juez que no puede suplir los hechos, cuya exposición y prueba corresponde a las partes, sí puede en sentencia, suplir el derecho, en virtud del conocido aforismo *iura novit curia*.”¹⁰⁰

E.- En cuanto a la diferencia de la cultura jurídica, Friedrich K. Juenger, refiriéndose a los Estados Unidos Mexicanos, (aunque es aplicable a nuestro sistema también, ya ambos son producto de la cultura jurídica europea), manifiesta: “El contraste entre la evolución del derecho neorromanista y la del *common law* sugiere que nuestras culturas jurídicas difieren en muchos aspectos. Estas diferencias, profundamente arraigadas, son perceptibles en todas las ramas del derecho, incluso el derecho constitucional. Por ejemplo: mientras los tribunales ingleses han tratado las disputas con el gobierno no como asuntos de Estado sino de derecho común, los neorromanistas todavía consideran de gran importancia la distinción –como lo marco el código de Justiniano- entre derecho

⁹⁸ Varios autores, Manual de Derecho Administrativo, Una perspectiva desde los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España, Marqués Talleres Gráficos - Girona – Catalunya. 2002. Pág. 44.

⁹⁹ Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mauro, Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco. Volumen 1, Guatemala. Magna Terra Editores, Segunda Edición, segunda reimpresión. 2005. Pág. 283.

¹⁰⁰ Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil. Tomo I, Guatemala. Centro Editorial VILE. Reimpresión de la edición 1973. 2001. Pág. 418.

público y derecho privado. Asimismo, mientras el principio de *stare decisis* asegura a los precedentes la calidad de derecho, algunos países neorromanistas todavía niegan efecto *erga omnes* a los fallos de la Suprema Corte, lo que causa graves dificultades en cuanto a un efectivo control constitucional.”¹⁰¹

Con lo antes indicado, puede verse cuál fue el contexto tanto jurídico como político en el cual surge el sistema difuso, ahora debemos hacer un análisis somero del sistema europeo y del sistema concentrado de control constitucional, ya que el ordenamiento jurídico guatemalteco se inspira en él. Kelsen, creó la primera Corte Constitucional, y para ello se debe principiar indicando que al radicar la soberanía popular en el Parlamento, los actos y decisiones de este no podían ser desconocidos por alguien distinto a ellos, esto llevo a que los jueces se constituyeran en simples autómatas de la ley, simples aplicadores. Aquí surge la necesidad de crear un órgano que ejerciera un control constitucional de las leyes emitidas por el parlamento; pero dicho órgano no debía pertenecer al Poder Judicial ¿por qué? ya que si pertenecía a éste, entonces necesariamente su función tendría que ser jurisdiccional, al igual que todos los jueces, y esto era inaceptable ya que éstos (los jueces) no ostentan la soberanía, por lo tanto, dicho órgano no hubiera podido declarar inconstitucionales las leyes. Aquí surge el ingenio de Kelsen al crear la primera Corte Constitucional fuera del Poder Judicial, e indicar que su función era legislativa (y no jurisdiccional), y he aquí porqué hasta el día de hoy nuestro Tribunal Constitucional en varias oportunidades ha indicado que su función es la de ser un legislador de tipo negativo.

5. Objetivos de la investigación

5.1 Objetivo general:

- a. Determinar cuáles fueron los factores jurídico-políticos que influyeron en el origen del sistema difuso de control constitucional en Estados Unidos de América y Guatemala.

5.2 Objetivos específicos:

- a. Establecer cuál es la forma predominante de interpretación jurídica en ambos sistemas;

¹⁰¹Smith, James Frank (Coordinador). Ob. Cit. Pág. 26.

- b. Precisar la forma en que influyó la “teoría de la división de poderes” en el Poder Judicial;
- c. Explorar la independencia judicial (interna y externa), en Estados Unidos y Guatemala;

6. Supuestos de la investigación

- a. En el ordenamiento jurídico guatemalteco, los jueces y magistrados tienen el deber de aplicar de manera directa la Constitución cuando las leyes inferiores a ella, la violen, restrinjan o tergiversen, según los artículos 44, 175 y 204 de la Constitución, sin que sea necesario petición de parte o de llevar a cabo una inconstitucionalidad en caso concreto;
- b. En Guatemala no existe un verdadero sistema difuso de control constitucional, por el escaso conocimiento de los factores jurídico-políticos en surgió el sistema difuso de los Estados Unidos de América;
- c. El sistema difuso adoptado en Guatemala inspirado en Estados Unidos de América, fue únicamente de manera formal más no substancial;

7. Bosquejo preliminar de temas

Factores que Influyeron en el Origen del Sistema Difuso de Control Constitucional

CAPITULO I.

TEORÍA DE LA DEFENSA DE CONSTITUCIÓN

- 1. Supremacía constitucional y sistema de control constitucional
- 2. Supremacía y defensa de la Constitución
- 3. Defensa y control constitucional

CAPITULO II

SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

- 1. Sistemas de control de la constitucionalidad;
- 2. Sistemas de control constitucional en atención al órgano que lo ejerce;
- 3. Sistema de control judicial de constitucionalidad:
 - 3.1 Sistema difuso;
 - 3.2 Sistema concentrado;
 - 3.3 Sistema Mixto;

4. Sistema de defensa y control constitucional en Guatemala.

CAPITULO III

FACTORES QUE INFLUYERON EN EL SISTEMA DIFUSO DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y GUATEMALA

1. Culturas jurídicas
2. Origen histórico, político e intelectual de las Constituciones de Estados Unidos de América y Guatemala
3. Independencia del Poder Judicial
4. El papel de la jurisprudencia
5. La concepción de la división de poderes
6. El pensamiento de Kelsen
7. Jueces y democracia

CAPITULO IV

DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL SISTEMA DIFUSO DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y GUATEMALA.

CAPITULO V

CONCLUIONES

8. Métodos y técnicas

En la ejecución de la presente investigación se utilizarán los métodos **analítico y sintético e inductivo y deductivo**. El método analítico permite descomponer al todo en sus partes, para estudiar cada una de ellas por separado con la finalidad de descubrir la esencia del fenómeno; en la presente investigación, lo que se pretende es examinar los diferentes componentes tanto jurídicos como políticos, que se dan en los sistemas difusos de control constitucional tanto en Estados Unidos como Guatemala, lo que necesariamente debe hacerse a través del análisis. Una vez realizada esta operación lógica, se procederá a utilizar el método sintético, para construir conclusiones específicas que al integrarse entre sí, se llegará a una conclusión general nueva, y que en la presente investigación tendrá por objeto determinar sus similitudes y diferencias y de esta manera indicar si en Guatemala tenemos un sistema inspirado efectivamente en el los Estados Unidos de América.

Los métodos analítico-sintético, se utilizarán en forma integral y correlacionada, en una conexión recíproca con los métodos inductivo y deductivo, ya que la inducción va acompañada del análisis y la deducción de la síntesis.

En la presente investigación la técnica a utilizar será “la revisión y análisis de documentos”, consistente en la lectura comprensiva y reflexiva de libros de texto, artículos de boletines científicos, revistas, etc., que luego serán sintetizados en calidad de hallazgos teóricos.

9. Bibliografía

1. Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil. Tomo I, Guatemala. Centro Editorial VILE. Reimpresión de la edición 1973. 2001.
2. Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho, Bogota Colombia, tercera edición, revisada y corregida, Editorial Temis S.A., 2007.
3. Bonilla Hernández, Pablo Andrés, Justicia Constitucional y Sistemas de Control Constitucional Difuso y Concentrado. Tesis de grado. USAC. Guatemala 2007.
4. García Laguardia, Jorge Mario, Breve Historia Constitucional Guatemalteca, Guatemala, sin edición, Talleres de Caudal S.A., 2002.
5. García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, México, vigésima edición, Editorial Porrúa, S.A.1792.
6. Malem, Jorge, Orozco, Jesús, Vásquez, Rodolfo (Compiladores). La Función Judicial. Ética y Democracia. España, primera edición, Editorial Gedisa S.A. 2003.
7. Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mauro, Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco. Volumen 1, Guatemala. Magna Terra Editores, Segunda Edición, segunda reimpresión. 2005.
8. Smith, James Frank (Coordinador). Derecho Constitucional Comprado México – Estados Unidos, Tomo I, México, Primera edición 1990, Instituto de Investigación Jurídicas UNAM. México. 1990.
9. Umaña Calderón, José Wilfredo, El Control de Oficio de la Inaplicación, por inconstitucionalidad, de las Normas Ordinarias. Tesis de posgrado. Universidad de San Carlos, Guatemala 2010.
10. Varios autores, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2002, Impreso en Maergraf, Uruguay, 2002.
11. Varios autores, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. 1, México, 2004, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.
12. Varios autores, Manual de Derecho Administrativo, Una perspectiva desde los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España, Marqués TallersGráficos - Girona – Catalunya. 2002.

13. Vega Gómez, Juan, y Corzo Sosa, Edgar (Coordinadores). Tribunales y Justicia Constitucional, Primera Edición 2002, Impreso y hecho en México, Instituto de Investigación Jurídicas UNAM. México, 2002.