



REVISTA 68
COLEGIO DE
ABOGADOS Y NOTARIOS
DE GUATEMALA

JULIO - DICIEMBRE 2017





REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y NOTARIOS DE GUATEMALA

No. 68

JULIO - DICIEMBRE 2017



Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala

Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala
0 calle 15-46 zona 15, Colonia El Maestro
Edificio de los Colegios Profesionales
Niveles 7 y 8
Guatemala, Guatemala, C.A.
Guatemala 01015
PBX: 2500-7500
Página web: www.cang.org.gt

Edición: JULIO - DICIEMBRE 2017

IMPRESO EN:

Foto Publicaciones
20 avenida 2-53, zona 1 Las Victorias Guatemala, C.A.
PBX: (502) 2220-0630 FAX: (502) 2230-2214
fotopub@gmail.com

Consejo Editorial de la Revista

Licenciado	Mario Rene Chávez García (Coordinador)
Doctor	Luis Fernando Ruiz Ramírez
Doctor	Marco Aurelio Alveño Ovando
Doctor	Mauro Roderico Chacón
Doctor	Nery Roberto Muñoz
Doctorando	Erwin Ulises Lobos Ríos
Doctor	Rene Arturo Villegas Lara
Maestro	Freddy Ramón Sánchez Gaitán
Doctor	Ramón Cadena Ramila
Licenciada	Myriam Eugenia López Miyares
Licenciado	Luis Morales Chúa
Licenciado	Héctor Rolando Palomo González
Licenciado	Ricardo Alvarado Ortigoza
Licenciado	Álvaro Rodrigo Castellanos Howell
Doctor	Mario Aguirre Godoy (Consejero honorario)

Junta Directiva

Presidente	Doctor Luis Fernando Ruiz Ramírez
Vice Presidente	Licenciada Ester Méndez Ronquillo de Sontay
Vocal I	Licenciada Alicia del Carmen Franco Flores
Vocal II	Licenciada María Eugenia Erazo Guerra de Urzúa
Secretario	Doctor José Alberto Godínez Rodríguez
Prosecretaria	Licenciada Reina Leticia Garza Asencio
Tesorera	Licenciada Claudia Lisseth Aguilar

Tribunal de Honor

Presidente	Licenciado Julio Enrique Dougherty Liekens
Vicepresidente	Licenciada Rina Eunice Morales Cifuentes
Secretaria	Licenciada María Antonia Escobar Barrios
Vocal I	Licenciado Henry Giovanni Dubón Ruano
Vocal II	Licenciado Ricardo Aníbal Masaya Gamboa
Vocal III	Licenciado Carlos Alfredo Jáuregui Muñoz
Vocal IV	Licenciado Rafael Morales Solares
Vocal Suplente I	Licenciado Roberto Quej Asig
Vocal Suplente II	Licenciado Carlos Antonio Escoto Martinez

Tribunal Electoral

Presidente	Lic. Manuel Arnoldo López Guevara
Secretaria	M. A. Jenny Noemy Alvarado Teni
Vocal	Lic. Waldemar Pérez
Vocal	Lic. Chuenfel López Castañeda
Vocal	Dra. Gloria Lilian Aguilar Barrera
Vocal Suplente I	Licda. María Guadalupe Escobar Vásquez
Vocal Suplente II	Lic. Andrés Rigoberto Patzán Sabán

Índice

JUSTICIA TRANSICIONAL

Dra. Hilda Morales Trujillo..... 7

LA LEGITIMIDAD DE LAS NORMAS ELECTORALES INTERNACIONALES

Licda. Gilma Esperanza Valladares Orellana..... 17

EL SISTEMA TRIBUTARIO

GUATEMALTECO Y SUS PRINCIPIOS

Dr. Marco Aurelio Alveno Ovando..... 39

APUNTES SOBRE LAS TENDENCIAS EPISTEMOLÓGICAS EN LA CIENCIA JURÍDICA PARA EL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GUATEMALA

Dr. Rene Arturo Villegas Lara 45

TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCRIMINACIÓN

Lic. Andy Guillermo de Jesús Javalois Cruz 77

JUSTICIA TRANSICIONAL

MSc. Hilda Morales Trujillo¹

RESUMEN

El presente ensayo tiene por cometido presentar de forma breve en qué consiste la Justicia Transicional (JT). No se trata de una justicia especial sino de una serie de factores que los Estados en donde han acaecido conflictos bélicos, deben acatar por formar parte del conglomerado de países que forman parte de diversos sistemas de derechos humanos. Los países americanos forman parte del Sistema Universal de Derechos Humanos (ONU) y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (OEA). Tres de las potencias aliadas que impulsaron la creación de la ONU, propusieron la creación del Tribunal de Núremberg para juzgar y condenar a quienes habían cometido las más graves violaciones de los derechos humanos durante la II Guerra Mundial. En épocas recientes, el Consejo de Seguridad de la ONU creó Tribunales ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda para juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco de los conflictos bélicos. Así se ha juzgado tales crímenes en el marco internacional. En Guatemala, se ha impulsado la JT, en la última década, para juzgar crímenes de lesa humanidad, cometidos durante el Conflicto Armado Interno.

¹. Doctoranda en Derecho, MSc. en Derechos Humanos, Abogada y Notaria, Procuradora Adjunta del Procurador de Derechos Humanos 2012-2017, activista en derechos humanos de las mujeres, experta por Guatemala ante el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, ha sido docente en postgrados en las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades de San Carlos de Guatemala y Rafael Landívar.

TABLA DE CONTENIDO

1. Concepto
2. Definición
3. Antecedentes
 - 3.1. Tribunal de Núremberg y Tribunales ad-hoc
4. La Justicia Transicional en el marco del Sistema Interamericano
5. Ejes o garantías de la Justicia Transicional
 - 5.1. Garantía del conocimiento de la verdad
 - 5.2. Garantía de acceso a la justicia
 - 5.3. Garantía de reparación
 - 5.4. Garantía de no repetición

1. CONCEPTO

La Justicia Transicional está constituida por una serie de garantías que han ido evolucionando y sentando precedentes a favor de las víctimas de crímenes de lesa humanidad, cometidos durante las guerras a partir de la Segunda Guerra Mundial y en los conflictos armados internos en diversos países del mundo; algunos autores apuntan a que dicha justicia se aplica asimismo a crímenes cometidos durante regímenes dictatoriales, como afirma Claudio Nash al referirse al papel que ha jugado el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) históricamente y en casos concretos de violaciones graves y sistemáticas a derechos humanos. Esa Justicia ha cobrado carta de naturaleza en las postguerras o en postconflictos, como una forma de reivindicar y/o resarcir el sufrimiento de las personas individuales, pero sobre todo las colectividades que estuvieron afectadas por los ejércitos o grupos paramilitares al servicio de quienes ejercían el poder.

Según el Abogado argentino Federico Sersale di Cerisano³, [...] existe un creciente reconocimiento internacional de que para combatir esas atrocidades se requiere la construcción de una sociedad democrática que responda a los reclamos de las víctimas. Cada vez más, la comunidad internacional, los gobiernos y las organizaciones de la sociedad civil han solicitado la rendición de cuentas por las atrocidades del pasado, como se expresa a través de una diversidad de ideas y prácticas conocidas como Justicia Transicional (JT). De acuerdo a la experiencia latinoamericana, el rol principal en la exigencia de la JT, ha sido desempeñado por la sociedad civil o por las propias víctimas mediante el apoyo de organizaciones de la sociedad civil, frente a los Estados que se resisten al reconocimiento de los nefastos efectos producidos en las víctimas directas o secundarias y en la sociedad, por las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante los conflictos bélicos.

² Nash, C. Sistema Interamericano de Derechos Humanos , violaciones masivas y sistemáticas. En Derechos Humanos, pedagogía de la memoria y políticas culturales. Erazo, Ramírez y Scantlebury (editoras). Editorial LOM. Santiago, 2011. Pp. 33 y Ss.

³ Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. No.1 (Enero/junio 1985), San José, C.R. Pág. 115.

2. DEFINICIÓN

Dicha Justicia, ha sido definida por el Centro Internacional para la Justicia Transicional, como [...] *el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. La justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado*⁴. Esa forma se ha traducido, no obstante, en reformas al marco jurídico penal y procesal penal, sin dejar de diseñar, a la par, políticas públicas y de buscar el fortalecimiento de las instituciones para hacer viable el acceso a la justicia y así atender, curar, reparar, resarcir a las víctimas, de los efectos de las guerras o conflictos armados de manera integral, sancionar a quienes resulten responsables, así como para divulgar las causas y consecuencias de esos eventos bélicos, a manera de evitar que vuelvan a repetirse y para que no queden en la impunidad. La realidad ha demostrado que la Justicia Transicional *va más allá del breve período de la transición a la democracia y no se debe limitar a un enfoque legal formal, se debe pensar en ella como un todo multifacético e interdisciplinario. Limitarse a procesos legales formales no alcanza para responder a las necesidades de las víctimas y de la sociedad en general. Además, se debe diseñar e implementar con una gran sensibilidad social, cultural, histórica y política*⁵.

3. ANTECEDENTES

En sus inicios, en el marco del surgimiento del Derecho Internacional Humanitario, con los Convenios de Ginebra, de 1949, de 1977; y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la principal garantía consistió en el derecho a la justicia y con este, la condena de quienes habrían cometido crímenes atroces en el marco de la guerra.

⁴. En "Qué es la Justicia Transicional", cita en Sersale di Cerisano. Ob.Cit. Pág. 116.

⁵. Sersale di Cerisano. Ob.Cit. P 117. Las negrillas no aparecen en el original.

3.1. TRIBUNAL DE NÚREMBERG Y TRIBUNALES AD HOC.

En efecto, luego de la II Guerra Mundial *las potencias aliadas decidieron crear una comisión de crímenes de guerra; esta idea surgió en Moscú a finales del año 1943 durante un encuentro entre los líderes de la época: Stalin, Roosevelt y Churchill*⁶. Se trató de un tribunal militar que tuvo su sede en Nuremberg. Creado el 8 de agosto de 1945, *abrió el camino para una nueva etapa del Derecho Internacional, para un Derecho Internacional de Derechos Humanos y para la apertura de un Derecho Humanitario Internacional.*

Posteriormente, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con base en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, sobre las funciones del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la Paz y Seguridad internacionales, impulsó la creación de tribunales ad hoc que funcionarían para el juzgamiento de crímenes de guerra cometidos en un lugar determinado y con una temporalidad también determinada, con el objetivo de juzgar masacres y otras violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario que constituirían graves amenazas a la paz y a la seguridad internacional. Estos tribunales que funcionaron en el caso de la ex Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), *contribuirían a frenar las violaciones al Derecho Internacional Humanitario que se venían cometiendo y a restablecer la paz.* Así surgiría la garantía de no repetición por medio de una función represiva y preventiva. También tendrían una función simbólica traducida en el avance y compromiso de la comunidad internacional para el respeto del Derecho Internacional Humanitario y para el reconocimiento de que determinados crímenes monstruosos, atentan contra toda la humanidad y no deben quedar impunes. Estos tribunales contribuyeron al esclarecimiento de la verdad histórica y a la superación del sentimiento de impunidad, como bases para una posible reconciliación. Los tribunales ad hoc, fueron un antecedente fundamental para la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁷.

⁶. Programa de Especialización en Derecho Penal Internacional <https://es.scribd.com/document/243031935/JUICIOS-DE-NUREMBERG-FINAL-pdh>, Juicio de Nuremberg (1945/1946). El Tribunal Militar de Nuremberg <https://www.hustiz.bayern.de>.

⁷. Abrisketa, J. Tribunales Penales internacionales ad hoc (para la ex Yugoslavia y Bosnia) www.dicc.hegoa.ehu.es.

El Tribunal ad hoc para Ruanda tuvo como justificación establecer la sanción por la matanza de más de medio millón de ruandeses ocurrida en abril y mayo de 1994. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas creó este Tribunal en noviembre de 1994. La competencia de dicho tribunal incluyó el juzgamiento de crímenes consistentes en violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, violaciones a las leyes o usos de la guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad.

Otras iniciativas de las Naciones Unidas, comprenden *operaciones de mantenimiento de la paz y misiones de derechos humanos*. El Consejo de Seguridad creó comisiones para investigar los crímenes de guerra y en época reciente, la Corte Penal Internacional⁸. Asimismo las Naciones Unidas han apoyado *la creación y puesta en marcha de comisiones de la verdad y de tribunales mixtos, nacionales e internacionales, en Sierra Leona, Kosovo, Timor Oriental y Camboya*⁹.

4. LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO

El Dr. Claudio Nash, mencionado al inicio de este breve ensayo, explica que la historia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es parte del proceso de internacionalización de la protección a estos derechos. El Sistema Interamericano tiene su base legal en la Carta de la Organización de Estados Americanos y su reforma¹⁰ contenida en el Protocolo de Buenos Aires que incluye la creación de la Comisión de Derechos Humanos, y en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) o Pacto de San José que considera como mecanismo de control dos instituciones: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹.

A la caída de regímenes autoritarios y/o finalización de guerras o conflictos armados internos en los países latinoamericanos, con el inicio de la transición hacia la democracia en los años 80 del Siglo

⁸. La Corte Penal Internacional tiene su fundamento legal en el Estatuto de la Corte, conocido como Estatuto de Roma que fue adoptado por la Asamblea General en 1998.

⁹. Sersale di Cerisano. Ob.Cit. P. 118.

¹⁰. La Carta se suscribe en 1948 y su reforma es de 1967.

¹¹. Nash. Ob.Cit.. Pp.33 y ss.

recién pasado que constituyeron *complejos momentos transicionales, las violaciones a derechos humanos pasan a ser un tema que debe afrontar la sociedad en su conjunto, pero el camino para hacerlo está condicionado por diversos factores de carácter político, social e histórico, entre otros, factores que limitan la aplicación de la Justicia Transicional en el plano nacional.*

De ahí que dichos procesos se llevan a cabo en el plano internacional, por medio de un existente *orden (que estuviera o esté) por encima de los Estados que previniera la repetición de este tipo de situaciones en el futuro (...). El proceso de internacionalizar la protección de los derechos fundamentales de la persona humana se tradujo en la consagración de un catálogo de sus derechos y en el diseño de mecanismos de protección internacionales de los derechos incluidos en el catálogo*¹².

Dentro de esos mecanismos se encuentran la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La primera constituye un mecanismo receptor de denuncias (quejas o comunicaciones), al cual se accede siempre y cuando se cumpla con los requisitos enunciados en el Reglamento de la propia Comisión; esta requiere al Estado señalado por la persona peticionaria, información sobre los hechos denunciados, pudiendo finalizar su función con la emisión de recomendaciones para enmendar los derechos violados, La CIDH también es un paso previo, cuando el Estado no acata sus recomendaciones, para acceder a la Corte IDH. Esta última, constituye un órgano de control que entre otras funciones, resuelve casos contenciosos sobre la violación de derechos humanos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos¹³.

5. EJES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

La Justicia Transicional se ha ido consolidando a partir de cuatro ejes o garantías: 1. Garantía del conocimiento de la verdad; 2. Garantía de acceso a la justicia; 3. Garantía de la reparación de los daños; y, 4. Garantía de no repetición de los hechos que vulneraron los derechos de las víctimas.

¹². Ibidem. Pp. 33 y 34.

¹³. La Convención fue suscrita en 1969 en San José, Costa Rica.

5.1. GARANTÍA DEL CONOCIMIENTO DE LA VERDAD

El jurista Nash, antes citado, indica que una forma de llegar al conocimiento de la verdad, se da por medio de la justicia internacional, *en particular a través de casos contenciosos ante el SIDH*¹⁴. Asimismo, existen experiencias documentadas por las Comisiones de la Verdad, como el caso de Guatemala en donde, luego de la firma de la paz en 1996, se contó con la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, la cual funcionó con el apoyo de las Naciones Unidas y tuvo como resultado el Informe “Guatemala, nunca más”. La meta de estas comisiones ha sido determinar los alcances de las violaciones de derechos humanos en el período que cubre su mandato¹⁵.

5.2. GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

La jurisprudencia de la Corte IDH señala que los Estados deben garantizar el acceso a la justicia en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos y los deberes en ella establecidos, de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores y encubridores de las violaciones de los derechos humanos¹⁶. Sin embargo, la Historia demuestra las dificultades que tienen las víctimas para acceder a la justicia en sus propios países, por lo cual, en Latinoamérica se ha buscado el respaldo del SIDH. No obstante, en el caso de Guatemala, ya se cuenta con procesos de Justicia Transicional en el ámbito judicial nacional, como el de Genocidio contra el ex Presidente Efraín Ríos Mont, el caso Creompaz (base militar en donde fueron encontrados 558 cadáveres enterrados) que se encuentra en trámite, el caso conocido como Sepur Zarco por esclavitud doméstica y sexual a 15 mujeres mayas q'eqchi' en el que ya se obtuvo sentencia condenatoria en primera y segunda instancia.

¹⁴. Nash, Ob.Cit. Pág 40.

¹⁵. Ibídem Pág. 41.

¹⁶. Caso Trujillo Oroza, citado por Nash, Ibídem, pág.42.

5.3. GARANTÍA DE REPARACIÓN DE LOS DAÑOS

Se afirma que la obligación de reparación por violaciones de derechos humanos, *es un principio del derecho internacional público y una norma acogida por el sistema convencional, tanto universal como regional. Dado que las características propias de estas violaciones, que afectan a una gran porción de la población en el goce de sus derechos más elementales y cuyo origen obedece a políticas de Estado, las medidas de reparación no pueden seguir mecánicamente los criterios tradicionales en la materia. Porque en los procesos de transición a la democracia la reparación cumple no solo un rol individual, respecto del sujeto víctima, sino que adquiere importantes aristas sociales, históricas y preventivas*¹⁷.

En ese sentido, la reparación no se concreta a una indemnización monetaria que cubra el daño emergente y el lucro cesante, antes bien se traduce en una serie de obligaciones que el Estado debe acatar sin descartar dicha indemnización. Se dirige a resarcir integralmente a las víctimas directas e indirectas de las violaciones de los derechos humanos esgrimidos y a la sociedad en general, por medio de políticas públicas destinadas a superar el origen o causas de los conflictos armados y a fortalecer el respeto por los derechos humanos. La reparación también incluye actos y acciones simbólicas, como pedir perdón a las víctimas y a la sociedad por las atrocidades cometidas en el marco del conflicto y erigir monumentos, casas de la memoria o bien nombrar establecimientos educativos, o lugares específicos, con el nombre de las víctimas.

5.1. GARANTÍA DE NO REPETICIÓN DE LOS HECHOS QUE VULNERARON A LAS VÍCTIMAS

El hecho de que se disponga la reivindicación o reparación digna a las víctimas, de manera integral ya constituye una garantía de que los hechos no volverán a repetirse. Es así como, las políticas públicas mencionadas en el párrafo anterior, son vitales para cumplir con esta garantía. Incluir en los pensum de estudios, los derechos humanos de

¹⁷ Ibídem. Pág. 43.

las víctimas, los hechos acaecidos durante la guerra o conflicto armado, divulgar las sentencias y llevar a cabo las acciones y actos simbólicos, son un medio también para cumplir con esta garantía y de esta forma, fortalecer la democracia y el Estado de Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y OTRAS FUENTES DE INFORMACIÓN

Nash, C. (2011). Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En Erazo, Ramírez, Scantlebury (Editoras) Derechos Humanos, pedagogía de la memoria y políticas culturales. Editorial LOM. Santiago.

Sersale di Cerisano, F. (1985). Justicia Transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano. En Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

Juicio de Núremberg (1945/1946). El Tribunal Militar de Nuremberg <https://www.hustiz.bayern.de>

Programa de Especialización en Derecho Penal Internacional <https://es.scribd.com/document/243031935/JUICIOS-DE-NUREMBERG-FINAL-pdh>,.

Abrisketa. J. Tribunales Penales internacionales ad hoc (para la ex Yugoslavia y Bosnia) www.dicc.hegoa.ehu.es

LA LEGITIMIDAD DE LAS NORMAS ELECTORALES INTERNACIONALES

Gilma Esperanza Valladares Orellana¹

RESUMEN

Las normas internacionales electorales han tenido un desarrollo progresivo en los últimos años, tanto en Europa como en Latinoamérica. Los sistemas de protección de los derechos fundamentales y sus órganos contralores, han desarrollado, también en los últimos años, alguna jurisprudencia importante en esta materia. Los observadores electorales internacionales han colaborado al desarrollo institucional y a la retroalimentación de tal actividad en materia internacional electoral. El problema de la legitimidad de las normas electorales internacionales ha enfrentado diversos obstáculos para realizar su plena eficacia, en virtud de ser la materia electoral una actividad normativa y fáctica relacionada con cuestiones de nacionalidad y de soberanía, además de la cuestión de la vinculatoriedad de las resoluciones de algunos Tribunales Internacionales en el sentido expuesto por Kelsen de que el Derecho Internacional es aún un Derecho incompleto y primitivo. No obstante ello, el desarrollo de los sistemas de protección de los derechos humanos puede, en un desarrollo posterior no lejano, contribuir tanto a la legitimidad de las normas internacionales electorales como a la vinculatoriedad de las resoluciones de sus órganos.

PALABRAS CLAVE: normas electorales internacionales, legitimidad, sistemas de protección internacional de los derechos humanos.

^{1.} Abogada y Notaria y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. USAC. Maestra en Derecho Mercantil y Competitividad. USAC. Pensum Cerrado en el Doctorado en Derecho Constitucional. UMG. Magistrada Vocal II, Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil.

RESUMEN

International Electoral Standards have had a progressive development over the past few years, in Europe as well as in Latin America. In addition, during the past few years, the protection systems for fundamental rights and their supervisory bodies have developed some important jurisprudence in that subject. International electoral observers have collaborated to the institutional development and the feedback of such activity in the international electoral matter. The problem of the legitimacy of international electoral standards has faced several obstacles to be fully enforced, since the electoral subject is a normative and factual activity related to matters of nationality and sovereignty, besides the binding effect of the resolutions of some of the International Courts, in the sense exposed by Kelsen that states that International Law is still an incomplete and primitive Law. In spite of this, the development of the systems for protection of human rights can contribute, in a further development, to the legitimacy of international electoral standards as well as the binding character of the resolutions of its bodies.

KEY WORDS: International electoral standards, legitimacy, international protection systems for human rights.

1. ANTECEDENTES

Al finalizar la Guerra Fría y llegado el final de la Unión Soviética, el espíritu democrático de la época se diseminó por el mundo. Uno de los efectos de tal fenómeno, fue que el Derecho internacional ya no se mostró indiferente respecto a las formas en que se constituyen los regímenes políticos y en consecuencia, se hizo cada vez más perceptible el surgimiento del Derecho democrático. Estas dos manifestaciones se desarrollaron paralelamente a un mayor desarrollo y aplicación de las normas electorales internacionales.

La incidencia del Derecho internacional en los Derechos nacionales en el ámbito electoral a partir de la década de los años noventa del siglo XX, fue la causa de una creciente expansión del Derecho internacional hacia el Derecho interno de los Estados, situación que también tuvo lugar en otros ámbitos del Derecho, como el ambiental y el económico.

Una manifestación de esa expansión en los ámbitos nacionales, ha sido que el Derecho internacional se extiende cada vez más, no solo a los Estados, sino a los actores no estatales. Esto se manifiesta en una creciente presencia y desarrollo de instituciones internacionales que se caracterizan por poseer amplias competencias y una mayor autonomía. (Binder, 2016, p. 92)

En esta perspectiva, surgen propuestas para fundamentar la validez del Derecho internacional. En referencia a la legitimidad de las reglas del Derecho internacional (entendida dicha legitimidad como una cualidad que permite a las personas o Estados aceptar su autoridad, motivados por la percepción general no sólo de su justificación sino de su validez intrínseca, es decir, de su *justicia*) se plantea la pregunta vinculada al fundamento sobre, cómo la autoridad del Derecho internacional es aceptada por sus destinatarios.

Dentro del ámbito del Derecho internacional clásico, tradicional o del sistema de Westfalia, el consentimiento del Estado y la legalidad de su introducción a los sistemas de Derecho interno, fueron

considerados, en gran medida, como elementos suficientes para aceptar las normas del Derecho internacional y entonces, el Derecho internacional fue percibido tradicionalmente como ley entre los Estados. Los Estados soberanos se vinculaban por medio de reglas de Tratados o consuetudinarias y aceptaban mutuamente las obligaciones internacionales provenientes de tales fuentes.

En el proceso en que los Estados se sometieron y reconocieron la autoridad de las instituciones internacionales, la legalidad de la aceptación de las normas de Derecho internacional desempeñó una función legitimadora, al enlazar la autoridad de tales instituciones, al consentimiento estatal delegado en las Constituciones de los Estados como su fundamento originario. Sin embargo,

Esa aceptación parece cada vez más insuficiente en vista de la incidencia del Derecho internacional en los Derechos nacionales, que generalmente se dirigen a distintos destinatarios; por ejemplo, los sujetos no estatales; y exigió un papel más activo por parte de las instituciones internacionales. (Aguiar, 2008, p. 121)

La insuficiencia del consentimiento y de la legalidad estatal cuestionan la legitimidad de las normas internacionales; lo que caracteriza el desarrollo y aplicación de las normas electorales internacionales por parte de los órganos internacionales de monitoreo de los derechos humanos. Entre tales órganos hay que destacar particularmente los tribunales regionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), así como las organizaciones internacionales que realizan misiones de observación electoral.

Su dinamismo y en especial, la evolución de su jurisprudencia, hace difícil establecer sólidamente la acción de las instituciones internacionales con el consentimiento original del Estado. Esto hace que su actividad sea particularmente sensible, porque las dos instituciones afectan el funcionamiento mismo de los Estados e imponen incidencias al orden constitucional en el marco electoral.

Esa situación pone de manifiesto que hacen falta otras formas de explicar y

evaluar el ejercicio de la autoridad de las normas electorales internacionales. En ese sentido, se hace necesario plantear la cuestión de si el desarrollo y la aplicación de las normas electorales internacionales pueden ser consideradas legítimas por razones distintas a las fundamentadas en el consentimiento del Estado y en la legalidad de su recepción en el Derecho interno. Además de la legitimidad derivada del consentimiento del Estado como fuente originaria, otras dimensiones de legitimidad han sido propuestas en la literatura jurídica internacional de los Derechos Humanos para justificar el ejercicio de la autoridad internacional, entre las que se encuentran los aspectos de legitimidad procesal y los aspectos sustantivos enfocados a los resultados de su aplicación.

2. EL CONTEXTO DE LAS NORMAS ELECTORALES INTERNACIONALES: EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEMOCRACIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El desarrollo y aceptación de las normas electorales internacionales tras el fin de la Guerra Fría se desarrolló en el contexto de una creciente preocupación internacional por los gobiernos democráticos en el orden nacional.

El Derecho fundamental emergente a la democracia en el Derecho internacional consuetudinario es un fenómeno de reciente surgimiento. Durante muchos años, el Derecho internacional se percibió como estrictamente neutro en relación a los ordenamientos constitucionales nacionales, especialmente en relación a la conformación de los gobiernos nacionales. (Aguilar Navarro, 1972, p. 146).

En 1986, en su decisión respecto al caso de Nicaragua contra Estados Unidos de América, la Corte Internacional de Justicia todavía reafirmó la neutralidad del Derecho internacional hacia la estructura interna del poder del Estado, es decir, hacia la forma de gobierno en un Estado determinado, al declarar: "Sea cual fuere la definición que se haga del régimen de Nicaragua, la adhesión de un Estado a cualquier doctrina particular no constituye una violación del Derecho internacional consuetudinario". Como subrayó James Crawford,

La reacción negativa de la Corte, incluso a la idea de que Nicaragua estuviera sujeta a la supervisión internacional o a la rendición de cuentas en la realización de las elecciones, refleja el énfasis del Derecho internacional tradicional de no intervención en los asuntos internos de los Estados. (Crawford, 1993, p. 113).

La mayor parte de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos regulan de manera escueta el derecho a la participación política, tanto a nivel global como regional, utilizando términos como *elecciones periódicas auténticas o que garanticen la libre expresión de la voluntad de los electores*. En realidad, las disposiciones relativas a los derechos políticos no fueron ponderadamente consignadas en los tratados o convenios sobre derechos humanos hasta que surgió el movimiento internacional democratizador al finalizar la Guerra Fría, con algunas contadas excepciones antes del inicio de la década de los años noventa del siglo XX.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no emitió, sino hasta 1987, su primera sentencia sobre el derecho a elecciones libres. Del mismo modo, hubo otra observación electoral o monitoreo antes de 1958, y *“fue principalmente en el proceso de descolonización que la ONU supervisó plebiscitos, referéndums de independencia y elecciones en unos 30 territorios no autónomos entre 1956 y 1989”*. (Binder, 2016, p. 98).

La falta de preocupación internacional por los procesos electorales nacionales cambió drásticamente al terminar la Guerra Fría. Los Estados sucesores de la Unión Soviética, especialmente los de Europa Central y Oriental, se inclinaron en gran medida hacia la democracia como forma de gobierno. En América Latina, los regímenes electos democráticamente, reemplazaron las dictaduras militares y en varios países de África se llevaron a cabo reformas democráticas.

Observando las prácticas estatales recientes, así como las prácticas de las organizaciones internacionales, se puede inferir que el Derecho internacional ya no es indiferente hacia aquellos regímenes que invocan la soberanía para ejercer un mayor control dentro de las fronteras nacionales.

Desde el punto de vista del Derecho internacional, Thomas Frank se refirió en 1992 a un *emergente derecho a la gobernanza democrática*. Niels Petersen en 2008, reformuló ligeramente la propuesta de Frank e identificó un *derecho a la emergencia de la gobernanza democrática*.

Petersen desarrolló un principio de la *teleología democrática*, según el cual “*los Estados estarían obligados a evolucionar hacia la democracia, hacia la consolidación de las instituciones democráticas y a evitar regresiones en el proceso de democratización*”. (Petersen, 2008, p. 56).

Estos estudios sobre el establecimiento del derecho fundamental a la gobernanza democrática, evidencian una tendencia cada vez mayor de que el *Derecho internacional permea al Derecho nacional* en términos de gobernanza nacional, tendencia que se desarrolla con posterioridad a la finalización de la Guerra Fría. No obstante ello, el desarrollo y la aplicación de las normas electorales internacionales no son directamente dependientes de la existencia de tal Derecho, ya que dependen de la participación de los Estados en los tratados de derechos humanos y a la invitación de las misiones de observación en los procesos electorales.

3. LA VIGENCIA Y DESARROLLO DE LAS NORMAS ELECTORALES INTERNACIONALES EN EUROPA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de aquí en adelante TEDH) en su interpretación del derecho a elecciones libres y la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (de aquí en adelante OIDDH), han adoptado una postura bastante activa en materia electoral desde el final de la Guerra Fría. No obstante sus distintos enfoques (la protección de los derechos individuales del TEDH y la evaluación general del proceso electoral que corresponde a las misiones de observación electoral de la OIDDH) ambas instituciones han contribuido en el diseño y aplicación de normas electorales.

Ese desarrollo se manifiesta en la evolución de la jurisprudencia del TEDH en el ámbito de aplicación del Artículo 3 del Protocolo No. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (de aquí

en adelante CEDH), en los casos que han sido presentados ante el TEDH desde su primera decisión en 1987. Del mismo modo, las misiones de observación electoral desplegadas hasta ahora, han aplicado y concretado los compromisos electorales contenidos en el Documento de Copenhague de 1990, generando con ello *soft law* y protocolos para las mejores prácticas electorales.

Ambas instituciones han promovido el cumplimiento y la aplicación de las normas electorales. Por un lado el TEDH a través de sus decisiones vinculantes sobre derechos políticos, cuya ejecución es supervisada por el Comité de Ministros, y por el otro, las misiones de observación electoral de la OIDDH a través de las influencias políticas ejercidas en algunos Estados para que se realicen los procesos electorales de conformidad con el Derecho internacional, y también mediante la publicación de sus observaciones y su posterior seguimiento.

Ambas instituciones se basan fundamentalmente en las competencias atribuidas en sus documentos fundacionales (CEDH y sus Protocolos y documentos de la OSCE – Organización para la Seguridad y Cooperación Europea- de aquí en adelante OSCE) y en la propia dinámica de desarrollo y aplicación de las normas electorales. (Binder, 2016, p. 100).

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La fundamentación de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a elecciones libres en el Artículo 3 del Protocolo No. 1 del CEDH, ha sufrido varios obstáculos desde sus inicios, debido a su redacción ambigua y poco clara, la cual refleja de alguna manera, la polémica con respecto a la incorporación de los derechos políticos en el Convenio.

Algunos expertos en Derecho internacional cuestionaron durante la redacción del Convenio, si deberían incluirse en el CEDH cuestiones de carácter constitucional y político. En la redacción final, el derecho a elecciones libres fue consagrado en el artículo 3 del Protocolo No. 1 del CEDH y posteriormente adoptado en 1952. Pero la redacción

imprecisa de dicho Artículo es notoria: en lugar de conceder derechos individuales, el Artículo 3 se limita a establecer obligaciones para los Estados, en el sentido de celebrar en intervalos razonables, elecciones libres y secretas; es decir, no se establece como un derecho subjetivo fundamental de las personas.

La jurisprudencia inicial del TEDH en materia de derechos políticos confirma la debilidad del Artículo 3 del Protocolo No. 1 del CEDH.

El TEDH ha ejercido la doctrina de la autorrestricción, y ha permitido un amplio margen de acción a los Estados, pues se ha limitado a controlar, si el núcleo central del Derecho fue violado, en un esquema de comprobación, para determinar si la interferencia del Estado fue desproporcionada o arbitraria. (Pecourt García, 1962, p. 98).

Sin embargo, en su más reciente jurisprudencia, el TEDH ha adoptado un enfoque más amplio, sometiendo los marcos electorales de los Estados a una fiscalización más estricta. En muchos de los casos relacionados con el derecho al voto y a elecciones libres, el TEDH adoptó una evaluación de proporcionalidad más estricta, sopesando los aspectos individuales, con los intereses del respectivo Estado.

En su interpretación evolutiva del Artículo 3 del Protocolo No. 1 al CEDH, el TEDH amplió considerablemente la extensión del mismo. Lo hizo al establecer el desarrollo de las normas electorales mediante una comparación de los sistemas jurídicos de los Estados miembros del Consejo de Europa, para establecer si había surgido un nuevo estándar europeo. En dos casos referidos al derecho de voto de dos privados de libertad, *Hirst c. Reino Unido* (2005) y *Frodal c. Australia* (2010), el TEDH recurrió a una interpretación más amplia del Artículo 3 del Protocolo No. 1, fundamentado en una interpretación dinámica del CEDH como un instrumento dinámico, a pesar de que la legislación de los Estados partes del CEDH sobre el asunto no era uniforme. En estos dos casos el Tribunal consideró, que la privación *ex lege* (*proveniente directa y meramente de la ley sin ningún hecho o daño imputable al obligado*) del derecho al voto de las personas privadas de libertad de ambos países, constituía una violación del Artículo 3 del Protocolo No. 1 del CEDH.

La interpretación dinámica y evolutiva de las normas electorales por parte del TEDH, refleja alguna tensión con su mandato de interpretar y aplicar el CEDH y sus protocolos, con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados partes. El TEDH ha desarrollado estándares electorales, que en algunos casos no tienen fundamento en una norma europea común, especialmente en los casos del derecho al voto de los privados de libertad (casos Hirst y Frotl). *“La opinión mayoritaria del TEDH en el caso Hirst fue criticada en una opinión disidente conjunta de eminentes jueces como Wildhaber y Costa, quienes afirmaron que: El TEDH no es legislador y debe tener cuidado de no asumir funciones legislativas”.* (Del Toro Huerta, 2005, p. 228). Análisis que comparto, siendo que el Tribunal está facultado para interpretar las normas, y no crearlas para su aplicación a un Estado.

Esa interpretación dinámica y evolutiva de las normas parece especialmente sensible en el campo de los derechos políticos, los cuales se encuentran intrínsecamente relacionados a acuerdos entre las fuerzas políticas nacionales representadas, así como a disposiciones constitucionales.

5. LA OBSERVACIÓN ELECTORAL DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y COOPERACIÓN EUROPEA (OSCE) Y LA OFICINA DE INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS Y DERECHOS HUMANOS (OIDDH)

El objetivo principal para la realización de misiones de observación electoral de la OIDDH es, que exista una invitación permanente a los Estados participantes conforme al Documento de Copenhague de 1990, el cual establece en el párrafo 8 en términos amplios y generales lo siguiente:

Los Estados participantes consideran que la presencia de observadores, ya sean extranjeros o nacionales, puede realzar el proceso electoral de los Estados en que se celebren elecciones. Por consiguiente, permitirán a observadores de otros Estados

participantes de la OSCE [...] Dichos observadores no interferirán en los procesos electorales.

En relación a la práctica de la OSCE, no se requiere invitación adicional para las misiones de observación que se desplegarán en una elección específica.

Los compromisos asumidos por los Estados de la OSCE relativos a las normas de los procesos electorales nacionales, contenidos en el Documento de Copenhague de 1990, incluyen: a) los principios del sufragio universal e igual; b) el voto secreto; c) la necesidad de elecciones libres en intervalos razonables; d) la disputa por el voto popular de los puestos de al menos una cámara de la legislatura nacional; e) el establecimiento libre de partidos políticos; f) la necesidad de garantizar una campaña electoral en un ambiente libre y justo; y g) el acceso sin impedimentos para los medios de comunicación de todas las agrupaciones políticas. (Binder, 2016, p. 103).

No obstante los documentos de la OSCE no constituyen tratados internacionales en el sentido clásico y formal –su naturaleza jurídica es aún más controversial–; se basan en el consenso de todos los Estados participantes de la OSCE, con lo cual están al menos destinados a la realización de compromisos internacionales serios y dotados de efectividad.

La OIDDH es la institución encargada del monitoreo de las elecciones. Fue creada por los Estados participantes para ayudarles a cumplir sus compromisos en la dimensión humana incluido los relacionados con las elecciones. Sin embargo, el mandato concreto de la OIDDH y las acciones que puede emprender se describen de forma vaga. La OIDDH tiene el mandato de llevar a cabo el seguimiento exhaustivo de las elecciones y desempeñar un papel preponderante en la observación de elecciones, antes, durante y después de realizadas.

En la Carta sobre la Seguridad Europea, aprobada en la Cumbre OSCE de Estambul en 1999, los Estados participantes también se comprometieron a seguir puntualmente las recomendaciones de la OIDDH.

Sobre la base de la permanente invitación del Documento de Copenhague y los subsecuentes documentos de la OSCE, las misiones de observación electoral de la OIDDH analizan el proceso electoral de un país desde diferentes perspectivas: jurídica, electoral y política; también a través de un monitoreo de los medios de comunicación. Su evaluación se centra no sólo en la jornada electoral, sino que incluyen las fases pre y post-electoral. Las conclusiones de las misiones se publican en declaraciones e informes, que en considerables detalles, concretizan los compromisos del Documento de Copenhague en cuanto a su aplicación a una elección en concreto. Los informes electorales también contienen recomendaciones y directrices de acción para otros actores, como los partidos políticos, comités cívicos y los medios de comunicación. La publicación de la declaración preliminar se realiza inmediatamente después de la jornada electoral, la cual por lo general recibe una fuerte atención de los medios de comunicación social y ejerce una importante incidencia sobre las autoridades nacionales para que las elecciones se realicen de conformidad con las normas internacionales.

Las misiones de observación electoral de la OIDDH ejercen autoridad, en particular mediante la distribución de información y por medio de su valoración sobre una elección. Esto ha dado como resultado que los Estados funcionen con bastante eficacia para aplicar las normas electorales; en palabras de Richard Chambers y Anne van Aaken es *“gobernanza a través de la información”*. (Chambers y Van Aaken, 2009, p. 541).

Mientras que los observadores electorales se centran en los aspectos técnicos del proceso y se guían por los principios de imparcialidad y no injerencia, ellos pueden legitimar o deslegitimar las elecciones a través de sus observaciones.

Tal vez el mejor ejemplo de ello son las llamadas “revoluciones de color” llevadas a cabo en Georgia (2003), Ucrania (2004) y Kirguistán (2005), donde las críticas de los observadores de la OIDDH dieron credibilidad a las acusaciones de fraude presentadas por la oposición, con lo cual contribuyeron a un cambio de régimen. Tuvieron en consecuencia una incidencia política a lo interno, a través del manejo de la información; su

papel debió ajustarse a la imparcialidad y objetividad, a fin de garantizar elecciones libres y bien informadas.

El potencial impacto y las repercusiones que tiene una misión de observación electoral, se encuentra de alguna manera en discordancia con las indeterminadas actividades de los observadores, que se derivan, tanto de la general e imprecisa invitación formulada a los observadores electorales, de acuerdo al Documento de Copenhague, como el amplio mandato de la OIDDH. Esta situación se agrava por el hecho de que, políticamente es imposible para los Estados participantes de la OSCE retirar la invitación permanente para observadores electorales que figura en el Documento de Copenhague.

En realidad, las actividades de la OIDDH fueron impugnadas dentro de la OSCE. Desde el año 2003, Rusia y otros miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) han criticado constantemente a la OIDDH por la aplicación de *dobles estándares* y *el ejercicio de una dudosa autonomía*.

6. LAS POSIBILIDADES DE LEGITIMIDAD DE LAS NORMAS ELECTORALES INTERNACIONALES

Definiendo a la legitimidad, como: *la cualidad que lleva a las personas (o Estados) a aceptar autoridad, independientemente de la coerción, el interés propio, o la persuasión racional, a causa de una sensación general de que sea justificada*; la autoridad de una norma es percibida también como legítima por el hecho de que conduce, en términos de Thomas Franck, “*al cumplimiento consensual*”. (Frank, 2015, p. 109). *Esto parece especialmente importante en el Derecho internacional, para lo cual a menudo no hay mecanismos eficaces de cumplimiento.*

Frente a la creciente insuficiencia de consentimiento del Estado para justificar la autoridad de las instituciones internacionales, el interés doctrinal en la legitimidad ha crecido. “*Los académicos han sugerido diferentes modelos y elementos que pueden dotar de legitimidad al ejercicio de una autoridad particular. Ellos distinguen ampliamente entre la fuente, el procedimiento y los enfoques orientados a los resultados, o una combinación de los mismos*”. (Scelle, 1988, p. 172).

Dicho de otra manera, la autoridad puede ser legitimada por su origen o fuente (tradicionalmente el consentimiento del Estado); también puede ser considerada legítima una acción, cuyos procedimientos sean adecuados y justos, o debido a su éxito en la producción de los resultados esperados. Aspectos funcionales, incluyendo la experiencia de la respectiva institución o la existencia de mecanismos de rendición de cuentas adecuados, también pueden ser tenidos en consideración.

La autoridad puede ser legitimada, porque en el desarrollo de sus funciones se encuentran implícitos procedimientos que se consideran adecuados y justos, incluida la organización o integración de la autoridad que decide y los procedimientos que guían la deliberación o la toma de decisiones.

La estructura del TEDH y de la OIDDH establece una base razonable para un desarrollo y una aplicación imparcial e independiente de las normas electorales. El TEDH se beneficia sobre todo a partir de su carácter judicial, con jueces que gozan de garantías judiciales de imparcialidad, independencia y conocimientos jurídicos.

La participación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la elección de los jueces, aporta cierta legitimidad democrática. Los requisitos para la independencia y la imparcialidad de los observadores de la OIDDH están menos formalizados. Sin embargo, un código de conducta, que debe ser firmado por todos los observadores, les obliga a la imparcialidad y también a un exigente profesionalismo.

Los miembros del equipo central son expertos independientes con un alto grado de conocimientos técnicos en materia electoral, lo que generalmente se considera una salvaguardia contra la politización. El equipo central es reclutado en una competencia abierta entre una variedad de Estados. La composición multinacional de las misiones de observación electoral de la OIDDH con observadores procedentes de todos los Estados participantes, con un máximo del 10% de observadores de un país, y nadie puede observar las elecciones en su propio país. Estas exigencias, favorecen una observación equilibrada e imparcial.

En cuanto a los procedimientos necesarios para llegar a un juicio, se puede distinguir entre las garantías procesales destinadas a llegar a una decisión que sea normativamente correcta y las capacidades de las instituciones para llegar a decisiones integrales. Sobre lo primero, el TEDH encuentra legitimidad en sus requisitos generales de justicia procesal. La técnica interpretativa del TEDH, fundamentada en la interpretación dinámica del Artículo 3 del Protocolo No. 1 en la detección de una norma europea común, parece, si se aplica correctamente y se basa en un cierto consenso europeo, como concretización adecuada de la formulación indeterminada del Artículo 3 del Protocolo No. 1: la metodología coherente favorece la consistencia. Asimismo, la posibilidad de la remisión a la Gran Sala en segunda instancia, de casos que plantean cuestiones jurídicas graves sobre intereses generales, contribuye a la legitimidad, en virtud de su composición, integrada por 17 jueces en funciones. Varios casos relativos a los derechos políticos corresponden a decisiones de la Gran Sala.

Mientras que el TEDH tiene fuertes garantías procesales y técnicas metodológicas para llegar a decisiones normativamente correctas y esto en consecuencia se traduce en el desarrollo de normas electorales legítimas, sus posibilidades de investigación son limitadas. *“El Tribunal valora los hechos como lo han establecido los tribunales nacionales sobre la base de las solicitudes presentadas por escrito por las partes”*. (Binder, 2016, p. 118). Además, carece de recursos de impugnación. Sólo de manera excepcional se involucra en la investigación de los hechos, y/o conducir visitas *in situ*.

En realidad, va más allá de las capacidades de una institución judicial internacional de poder obtener una imagen completa de una elección interna, sin perjuicio de la valorada práctica liberal del TEDH,

Sobre la admisibilidad de *amicus curiae*, que aportan nuevos datos sobre la situación de un país. Esto puede obstaculizar la capacidad del TEDH de recurrir a un examen exhaustivo de los hechos, especialmente si se tiene en cuenta la complejidad de los procesos electorales y la variedad de actores involucrados. (Binder, 2016, p. 122).

La difícil ponderación de intereses individuales con los relevantes intereses del Estado, pueden prevenir algunas consecuencias, como por ejemplo, en la discutida decisión del TEDH en el caso *Sukhovetsky c. Ucrania*. En la sentencia, el TEDH no encontró una violación de los derechos políticos de la demandante, a pesar de la elevada y desproporcionada fianza exigida, que sin duda le habría impedido presentarse a las elecciones.

La garantía procesal que asegura la adecuada normativa y la ausencia de sesgo en las evaluaciones de las misiones de observación electoral de la OIDDH, es la metodología elaborada y formalizada de la institución. Se establece en manuales de observación que proporcionan directrices detalladas para las misiones de observación electoral, con el fin de que realicen su trabajo de una manera que respete los principios de imparcialidad y no injerencia en el proceso electoral. En respuesta a las críticas, la OIDDH también ha diversificado la gama de países a los que las misiones de observación se despliegan, los cuales incluyen no sólo aquellos que emergen de un pasado no democrático, sino también – aunque a una escala menor – a aquellos donde rigen democracias más consolidadas.

Aunque los informes de las misiones se preparan en colaboración con la sede principal de la OIDDH, la independencia de las misiones de observación electoral de su organización principal, la OIDDH, reside principalmente en el hecho de que la OIDDH es una institución independiente dentro de la OSCE. Sin embargo, los mecanismos de rendición de cuentas de las misiones de observación electoral todavía no están suficientemente formalizados.

“El activo más importante de las misiones es su amplia capacidad para la investigación de los hechos, lo cual se deriva de la presencia de los observadores en todo el país en el que se realicen elecciones”. (Balian, 2010, p. 64). Las misiones de observación electoral, por lo tanto, fundamentan sus conclusiones en observaciones completas que a su vez se sustentan en contactos con todas las partes interesadas en el proceso electoral (miembros de la comisión electoral, los partidos políticos, representantes de la sociedad civil, etc.).

7. ANÁLISIS DE LA LEGITIMIDAD DE LAS NORMAS ELECTORALES INTERNACIONALES

Lo expuesto *supra* indica que en los casos de desarrollo e implementación de normas electorales del TEDH y de la OIDDH, los aspectos de procedimiento y de resultados relacionados con la legitimidad complementan de alguna manera, la deficiente legitimidad derivada del consentimiento de los Estados. Las actividades de la OIDDH y del TEDH se rigen por garantías procesales destinadas a decisiones imparciales y equilibradas. Del mismo modo, la calidad y la coherencia de los razonamientos legitiman, en principio, el ejercicio de su autoridad.

Estas dimensiones de la legitimidad son importantes para guiar al TEDH en el desarrollo de las normas electorales indeterminadas contenidas en el Artículo 3 del Protocolo No. 1 al CEDH, así como también las actividades de la OIDDH, dentro de su amplio mandato. Esto es particularmente para la acción internacional en áreas tan sensibles como los procesos electorales nacionales. Para la OIDDH, el énfasis continuo y el fortalecimiento de estas dimensiones adicionales de legitimidad parecen de vital importancia, también para responder a Rusia y a las críticas y acusaciones de otros Estados, respecto a su *autonomía sin control*, que, desde otra perspectiva, también se puede ver como intentos de deslegitimar a la institución particularmente después de que la OIDDH había producido sus informes críticos sobre la calidad de los procesos electorales de esos países.

No obstante ello, una comparación en cuanto a la elaboración y aplicación de las normas electorales desde las perspectivas de legitimidad sustantiva y de procedimiento pone de manifiesto las divergencias en las fortalezas de las instituciones.

El carácter judicial del TEDH y su técnica interpretativa para la construcción de un sistema con precedentes (informales) y el establecimiento de normas mediante la comparación de los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, parece particularmente legitimar al TEDH para la identificación de la evolución de las normas electorales. (Bodansky, 2010, p. 142).

Mientras que las sentencias del Tribunal solamente son vinculantes para las partes de una controversia, las mismas deberían constituirse en claras referencias para otros casos. Sin embargo, estas normas basadas en la identificación de una norma europea común, tienen que ser necesariamente amplias. De lo contrario, el TEDH será reprochado por haber legislado, como fue el caso de *Hirst c. Reino Unido*. De manera más general, la amplitud de las normas inevitablemente refleja el punto más complejo y difícil del TEDH como tribunal internacional, el cual debe involucrarse en asuntos tan delicados como los arreglos electorales de los Estados partes.

El Juez Levits llamó a esto *dilema* del TEDH y observó que, por un lado es tarea del TEDH proteger los derechos electorales de los individuos; pero, por otro, no debe sobrepasar los límites de su legitimidad explícita e implícita, ni tratar de gobernar en el marco constitucional que los pueblos han creado para sí mismos. Debido a que el TEDH, en principio, está limitado solamente a evaluar si se ha producido una violación, ese *dilema* se ve agravado por el carácter vinculante y binario de sus sentencias. (Binder, 2016, p. 124).

Por el contrario, la ventaja comparativa de las misiones de observación electoral en su forma más suave de establecer normas, favorece la concreción de las normas electorales en los informes de las misiones, y se basa en un amplio conjunto de documentos *soft law* y en las mejores prácticas. Las amplias posibilidades de contextualización (por ejemplo, para explicar el incumplimiento de las normas electorales en el contexto de una situación específica de un país) y el carácter no vinculante de sus recomendaciones, parecen particularmente adecuadas para permitir la construcción de normas internacionales uniformes, en la diversidad de los sistemas electorales de los Estados.

En cuanto a la implementación de las normas electorales, factores como el retardo para dictar una sentencia y los limitados medios con que cuenta el TEDH para dar apoyo a los Estados en la ejecución de una sentencia, obstaculizan la acción del TEDH. Por otro lado y en razón a que el TEDH se limita estrictamente a los fundamentos de la petición, sólo se trata el tema de la supuesta violación, en lugar de abordar de una manera más general la idoneidad del marco electoral de un país.

En cambio, los informes de la OIDDH evalúan la totalidad del proceso y emiten recomendaciones sobre las cuestiones legales, políticas, electorales u otros aspectos relacionados con la elección. Estos proporcionan una base consistente para emprender un diálogo posterior a las elecciones con las autoridades pertinentes del Estado, pero también con otros actores, como partidos políticos, la sociedad civil, los medios de comunicación o las mujeres candidatas.

La flexibilidad de este modelo de cumplimiento basado en la cooperación, impulsa la aplicación de las normas electorales internacionales, toda vez que permite la diversidad en el nivel nacional. Por ello parece más adecuado enfrentar las deficiencias de los procesos electorales multifacéticos, con una variedad de actores.

Para mejorar aún más su legitimidad, ambas instituciones podrían considerar un aumento de la confianza mutua mediante las referencias cruzadas. Por ejemplo, referencias a sentencias del TEDH se encuentran en los informes de las misiones de observación de las elecciones en el Reino Unido y Austria, con lo cual se mejoran las conclusiones de la OIDDH. Además, el TEDH podría, de ser posible, sustentar su razonamiento en la amplia documentación contenida en los informes de las misiones de observación electoral, lo que facilitaría el examen de los hechos.

Dado el creciente número de casos sobre el derecho fundamental a elecciones libres presentadas al TEDH y la diversificación de los países a los que se despliegan misiones de observación y evaluación electoral de la OIDDH, que incluye también democracias consolidadas, parece que existe un amplio espacio para una fructífera interacción futura entre ambas instituciones.

La evaluación mostrada *supra* indica que tanto el TEDH como las misiones de observación electoral de la OIDDH han desarrollado y aplicado las normas electorales internacionales posteriores a la finalización de la guerra fría, con un dinamismo creciente. De este modo, ambas instituciones han extendido la influencia del Derecho internacional y contribuido al hecho de que el Derecho internacional haya penetrado el derecho nacional en materia electoral en Europa.

Hans Kelsen en su “Teoría Pura del Derecho”, en el capítulo dedicado al Derecho internacional, manifestó que “*este es un derecho primitivo, porque adolece de los aspectos fundamentales que caracterizan a los ordenamientos jurídicos estatales*” (Kelsen, 2002, p. 264); no existe una fuente legítima de origen normativo (parlamento o congreso), no existe una Constitución que le proporcione unidad o referencia directa a los instrumentos jurídicos, el sistema de identificación de sus reglas es complejo, y las sanciones no pueden ejecutarse directamente, pues la institución de la autotutela es la vía más frecuente. Kelsen establece como consecuencias de la violación de las reglas del Derecho Internacional a las represalias y a la guerra.

No obstante, Kelsen no se equivoca respecto de las carencias del Derecho Internacional, este ha evolucionado de manera que en los últimos años ha logrado incidir directamente en los derechos estatales y a la vez, los derechos estatales han influido en él, en una especie de retroalimentación o simbiosis, tal vez en el futuro estas debilidades del Derecho Internacional, sobre todo en el Derecho Internacional de los derechos humanos puedan ser superadas con la evolución de sus instituciones y esto pueda contribuir a solidificar la legitimidad, tanto de sus reglas como de sus instituciones.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguiar, A. (2008). *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericana. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*. Venezuela: Editorial Jurídica. .

Aguilar Navarro, M. (1972). *Derecho internacional público*. Tomo II. Volumen I. Madrid, España: Editorial Reus.

Balian, H. (2010). *Diez años de asistencia y observación internacional electoral*. México: Editorial Porrúa.

Binder, C. (2016). *La protección de los derechos humanos en Europa y Las Américas*. México: Editorial Porrúa.

Bodansky, D. (2010). *La legitimidad de la gobernanza internacional*. México: Editorial Fontamara.

Chambers, R. y Van Aaken, A. (2009). *Responsabilidad e independencia de los observadores electorales internacionales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

Crawford, J. (1993). *Democracia y Derecho Internacional*. Madrid, España: Editorial Tecnos.

Del Toro Huerta, M. (2005). *La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial*. México: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 12.

Franck, T. (2015). *Justicia en el Derecho internacional y en sus instituciones*. México: Editorial Porrúa.

Kelsen, H. (2002). *Teoría pura del Derecho*. México: Editorial Porrúa.

Pecourt García P. (1962). *La soberanía de los Estados ante las organizaciones internacionales*. Barcelona, España: Editorial Ariel.

Petersen, N. (2008). *El principio de la teleología democrática en el Derecho Internacional*. Barcelona, España: Editorial Ariel.

Scelle, G. (1988). *Curso de Derecho Internacional público*. Madrid, España: Editorial Arazandi, S. A.

EL SISTEMA TRIBUTARIO GUATEMALTECO Y SUS PRINCIPIOS

Por el Dr. Marco Aurelio Alveño Ovando

1. EL CONCEPTO DE SISTEMA EN GENERAL.

La palabra *sistema*, puede tener en nuestro idioma varias acepciones, en un sentido muy general entendemos por sistema al “Conjunto de principios, normas o reglas, lógicamente enlazadas entre sí, acerca de una ciencia o materias.”⁽¹⁾

El concepto ha sido, también, usado en la producción doctrinaria de determinadas ramas del Derecho, así, por ejemplo, Francisco Carnelutti, procesalista italiano, nacido en Venecia y profesor de las Universidades de Padua y Milán, tituló a su portentosa obra de Derecho Procesal Civil en 4 tomos: “Sistema de Derecho Procesal Civil”; y como dice Niceto Alcalá Zamora y Castillo: “El sistema de Carnelutti quiere decir un libro para prácticos y estudiantes. A primera vista el propósito pugna con la originalidad extrema en cuanto a estructura y terminología (nuevos conceptos o nuevas acepciones de las ya conocidas): al práctico no dejará, por ejemplo, de sorprenderle que de la cosa juzgada se hable in extenso en el primer tercio del primer volumen...o que de las costas se trate en una capítulo que se titula “Del modo de la acción...”⁽²⁾

En un sentido meramente jurídico, es la ordenación coherente del conjunto de normas de una rama del Derecho, en este orden de ideas se habla del sistema constitucional, para hablar del conjunto de entes que están regulados por nuestra norma fundamental; o del sistema de pesos y contrapesos que sirven para establecer el balance de los diferentes poderes en el sistema republicano.

⁽¹⁾ Guillermo Cabanellas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, Editorial Heliasta S.R.L, 14 Ed., Buenos Aires, República Argentina, 1979, p. 187.

⁽²⁾ Francisco Carnelutti, SISTEMA DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Uteha, Buenos Aires, Argentina, 1944, p. XIX.

Como bien indica el profesor Jorge Efraín Salvatierra Monterroso: “La complejidad, heterogeneidad y enorme extensión del Derecho Positivo, no excluye su necesaria unidad. El mismo se nos presenta, a pesar de la diversidad de sus normas, como un todo orgánico y sistemático con una definida racionalidad: Hacer posible la vida social y la plena realización humana.”⁽³⁾

No podemos dejar de mencionar a los autores europeos, de los cuales sólo mencionamos dos: al italiano Norberto Bobbio, jurista, sociólogo y político, que nos dice al respecto: “El problema ulterior que se presenta es si un ordenamiento jurídico, además de unidad, Constituye, también, un sistema, en una palabra si es una unidad sistemática. Entendemos por “sistema” a una totalidad ordenada, o sea un conjunto de entes, entre los cuales existe cierto orden.”⁽⁴⁾ Y al eminente jurista austríaco Hans Kelsen, que en su “Teoría Pura del Derecho”, su obra positivista de mayor renombre que estudiamos en nuestro pre-grado, nos habla de un sistema normativo regido por un orden jerarquizado, en cuya base se encuentra la norma fundamental (constitucional), que es la norma primaria, de la cual dependen las demás normas: ordinarias y reglamentarias”. Una incógnita que no dejó despejada el profesor Kelsen, es de dónde surge, es decir cómo se origina esta norma primaria, porque no es lógico, jurídicamente hablando, que se origine de sí misma. Yo me atrevo a opinar, que al menos en el sistema jurídico guatemalteco, esta norma se origina en la soberanía del pueblo, que con su poder de imperio, elige a una Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de construya desde la base dicho sistema.

Para afirmar lo anterior remito al lector a que consulte los siguientes artículos el 175 de la de la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG), que dice: “**Jerarquía constitucional.** Ninguna Ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales, son nulas ipso jure.” Es decir de pleno Derecho. Sobre la interpretación de este artículo la Corte de Constitucionalidad, ha dictado varias sentencias, las que constituyen

⁽³⁾ Jorge Efraín Monterroso Salvatierra. El derecho positivo como sistema jurídico, Revista Tlamelau, Facultad de Derecho, Benemérita Universidad de Puebla, México, p. 151.

⁽⁴⁾ Norberto Bobbio. Teoría del Derecho, Editorial Temis, S.A. 3ª. Ed., Bogotá, Colombia 2007, p.180.

jurisprudencia, una de ellas dice: “La génesis de la Constitución Política es el poder soberano del cuerpo social, el cual a su vez da vida a un poder constituyente primario que, al formular el texto supremo, origina la organización jurídica y política. El texto supremo define al tipo de Estado y de gobierno, así como la estructura de los órganos públicos y sus competencias, determinando también, la forma de creación de las normas del sistema jurídico, mismas que, indefectiblemente deben armonizar y adecuarse a la ley fundamental. Esta primacía constitucional que implica en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y que la misma sea vinculante para gobernantes y gobernados, es el fundamento y sustancia del principio de supremacía constitucional, reconocido en los artículos 44, 175 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala.”⁽⁵⁾

2. CONCEPTO DE SISTEMA TRIBUTARIO

Hablando concretamente del Derecho Tributario, el sistema tributario lo constituyen el conjunto de principios y normas constitucionales, ordinarias y reglamentarias, que están vigentes y que rigen las relaciones de los sujetos que intervienen en la obligación tributaria.

Este concepto puede ser analizado desde dos perspectivas: una estricta y otra amplia.

En sentido estricto: Se entiende como un conjunto de principios y normas jurídicas, cuyo establecimiento y gestión se atribuye al poder del Estado y se aplica a un territorio determinado. **Y en sentido amplio: como lo define Rubens Gomes de Sousa** (autor brasileño), para quien el sistema tributario de cualquier país debe, sobre todo corresponder a sus condiciones económicas y sociales, y ser adaptado a sus instituciones políticas y a su régimen jurídico general.

⁽⁵⁾ Corte de Constitucionalidad e Instituto de Justicia Constitucional, Editorial Serviprensa, S.A., Guatemala 207, pp. 486 y 487.

3. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA TRIBUTARIO GUATEMALTECO

El sistema tributario de nuestro país, como quedó conceptualizado anteriormente, está constituido por el conjunto de principios y normas jurídicas, que rigen los tributos en general. Cuando hablo de normas jurídicas en ellas incluyo: las normas constitucionales, que contienen los principios, y las normas ordinarias (leyes tributarias) y reglamentos (también de este orden), que desarrollan esos principios. A continuación puntualizo, cuáles y de que orden son éstos:

- 1. Principios jurídicos:**
 - 1.1.1. Principio que prohíbe el doble tributario.
 - 1.1.2. Principio que prohíbe la confiscación.
 - 1.1.3. Principio de legalidad.
- 2. Principios de Naturaleza Económica:**
 - 2.1. Principio de suficiencia impositiva.
 - 2.2. Principio de eficacia económica.
 - 2.3. Principio de equidad distributiva.
 - 2.4. Principio del menor costo económico.
 - 2.5. Principio de flexibilidad.
 - 2.6. Principio de perceptibilidad impositiva.

3. IMPORTANCIA DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA EN LA INSTAURACIÓN DEL SISTEMA TRIBUTARIO

En este sentido hablamos de la técnica jurídica necesaria en la interpretación de las normas tributarias, cuya labor recae en el Congreso de la República. Este proceso de la producción de leyes lo conceptúa Manuel Atienza en los siguientes términos: “Una serie de interacciones, que tiene lugar entre los editores o autores de normas; los destinatarios o las personas a quienes la ley está dirigida; el sistema jurídico o el conjunto normativo del que forma parte la nueva ley; los fines, objetivos o metas que se persiguen con la elaboración de leyes y los valores que justifican dichos fines.”

Un primer problema que he detectado, es la poca claridad jurídica del **HECHO GENERADOR**, que es la base fundamental del surgimiento de la obligación tributaria.

Un segundo problema es la proliferación de leyes tributarias, algunas de las cuales generan impuestos cuyo costo de percepción es alto, por lo tanto a la larga dejan un déficit por el alto costo que implica la percepción del tributo, por ejemplo: el Impuesto Sobre herencias Legados y Donaciones.

Y un tercer problema es originado, como los dos anteriores, en el ámbito legislativo, hablo de la doble tributación, que es factible de generarse con la abundancia innecesaria de leyes.

4. CONCLUSIONES:

- 4.1. En sentido general, se entiende por sistema al conjunto de principios, normas o reglas, lógicamente entrelazadas entre sí, acerca de una ciencia o materia.
- 4.2. En sentido jurídico, es la ordenación coherente del conjunto de normas de una rama del Derecho.
- 4.3. El sistema tributario guatemalteco lo constituyen el conjunto de principios y normas constitucionales, ordinarias y reglamentarias, que están vigente y que rigen las relaciones de los sujetos que intervienen en la obligación tributaria.
- 4.4. Los principios que inspiran al Derecho Tributario son los que contiene la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG).

APUNTES SOBRE LAS TENDENCIAS EPISTEMOLÓGICAS EN LA CIENCIA JURIDICA PARA EL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO DE GUATEMALA

RENE ARTURO VILLEGAS LARA¹

PALABRAS PRELIMINARES

En la teoría de la ciencia ya está establecida la existencia de las disciplinas o ciencias normativas, dentro de la que se encuentra el derecho, que se le estudia como ciencia en general, además de las disciplinas particulares: derecho penal, derecho civil, etc. Como ciencia general es conocida también como teoría general del derecho o ciencia del derecho. Esta teoría general existe y transita a la par de la filosofía del derecho, y a veces se dice que ella es filosofía. Algunos autores suelen confundirlas, quizá porque tanto la filosofía como la teoría del derecho abordan su materia de manera general y hay similitudes en los temas que tratan. Sin embargo, creo que hay interrogantes o problemas que la teoría general del derecho no puede resolver, porque son del resorte de la filosofía y quizá sólo ésta pueda contestar, como cuando nos preguntamos: ¿Qué es el derecho? ¿Cómo se puede definir? ¿Cuáles son sus fines? ¿Cuáles son los valores que debe realizar? Por eso el filósofo italiano, Ricardo Guastini, en una serie de ensayos que publicó en un libro denominado “Distinguiendo”, dice que hay una Filosofía del derecho de los filósofos y una filosofía del derecho de los juristas. Esta última parece ser la teoría del derecho o teoría general del derecho, que se contrae, especialmente, al estudio de los conceptos fundamentales y no comprende los aspectos

^{1.} Doctor en Letras y Filosofía, Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de San Carlos de Guatemala.

introdutorios al estudio del Derecho, que suelen contener los textos de Introducción al Derecho. No obstante, cabe señalar que la producción bibliográfica en materia de filosofía del derecho ha sido escrita por juristas que poseen sólidos conocimientos de la filosofía general y del desarrollo histórico del pensamiento jurídico.

El problema que afrontan quienes deciden estudiar para llegar a ser juristas y tienen que escribir un trabajo científico, es que omiten utilizar una perspectiva que les indique cómo enfocar los problemas científicos que tratan de explicar y resolver. Sin esa perspectiva, es complicado aproximarse a soluciones que ensanchen el conocimiento, sobre todo en el terreno del derecho, pues, éste es expresión de la manera de concebir la realidad, de manera que para trabajar científicamente y garantizar resultados aceptables, sólo es posible si se tiene un punto de vista sobre lo que se va a investigar. De lo contrario, se resulta exponiendo un adocenamiento de conceptos, de teorías, de afirmaciones o de argumentaciones desordenadas y no habrá certeza en los resultados. Viene todo esto porque, a mi manera de ver, un problema jurídico puede afrontarse siguiendo el modelo iusnaturalista, el modelo positivista o el modelo realista; o combinar varios de ellos, como lo hace la corriente trialista, que exige estudiar el derecho, en conjunto, como fenómeno normativo, sociológico y axiológico (norma, hecho y valor). En resumen, debe manejarse una perspectiva o sea un modelo epistemológico o un paradigma, si se quiere abordar la realidad con consistencia y que la tarea investigativa no encuentre demasiadas dificultades.

En filosofía del derecho, y por lo mismo en la ciencia jurídica en particular, hay diversos enfoques para entender los fenómenos jurídicos, sobre todo cuando se trata de encontrar la causa original y el fin de los ordenamientos jurídicos. Todos los seres humanos, de manera empírica, se explican la razón de ser de las leyes y, sin saberlo, utilizan un paradigma que no conocen como tal. Por su lado, los filósofos, los abogados, los profesores de Derecho, los legisladores, los gobernantes, los periodistas, los escritores y, en fin, toda persona preocupada o relacionada con los problemas de la legalidad, también usan un paradigma para explicarse los fenómenos que observan o son parte de él. O como decía nuestro profesor, maestro Rolando Morgan Sanabria, existe un conocimiento

cotidiano y un conocimiento científico, este último es el que hace un investigador que profesionalmente aborda un problema jurídico. Pues bien, para encontrar respuestas que tengan fundamento, contribuye valerse de una perspectiva en el enfoque de los fenómenos jurídicos.

Desde los presocráticos, hablo de los sofistas, como filósofos, se preguntaban sobre la diferencia entre lo justo por naturaleza y lo justo por la ley. ¿Y por qué lo justo? Porque la justicia, a la par de la libertad, son valores supremos para la vida del ser humano. La justicia resume todas las virtudes de la existencia, según Aristóteles. Así lo establece también el preámbulo y el artículo 2 de nuestra Constitución Política. Y la justicia: ¿Viene de algo metafísico? ¿Viene de Dios? ¿Viene de la razón humana? Así como son variadas las interrogantes, son variadas las respuestas desde la antigüedad; y cada posible respuesta tiene correspondencia con el punto de vista de quien reflexione razonando científicamente sobre estos temas, pues el derecho es expresión cultural y se da en la vida social. En todo caso, dice Clarence Morris: “Cuanto más satisfaga la ley las genuinas e importantes aspiraciones de la sociedad, más justo será el sistema legal” (1974.3)

Los modelos epistemológicos o paradigmas, parafraseando al autor Jorge Witker, consisten en cualquier medio que se utiliza en el intento de explicar un fenómeno. (1997:75) Dentro los modelos más conocidos en la filosofía jurídica y en la teoría general del derecho, están el iusnaturalismo o derecho natural, el iuspositivismo o positivismo jurídico y el realismo jurídico, con su variante en el realismo sociológico como lo califican juristas de los Estados Unidos de América y de los países escandinavos. No obstante, el número de modelos no se agota en estos tres, pues, en la literatura jurídica hay teorías que se pueden considerar como paradigmas, porque buscan establecer metodológicamente la esencia del Derecho, tal el caso del marxismo, que lo considero un modelo sociológico; la teoría analítica de Jeremías Bentham; la teoría normativista de Hans Kelsen; la teoría Ecológica de Carlos Cossio; la teoría trialista de Miguel Reale; el desicionismo de Carlos Schmitt, también ligado a lo sociológico; y, más reciente, el neoconstitucionalismo, aunque éste, si se toma como paradigma, se utiliza, preferentemente, en investigaciones del derecho constitucional.

En el desarrollo de este ensayo nos referiremos a los modelos epistemológicos que señalo como más conocidos: iusnaturalismo, positivismo jurídico y realismo jurídico, dejando para otra oportunidad las teorías señaladas en el párrafo anterior, aunque algo de ellas ya se explicó en nuestro texto: Temas de Introducción al Derecho y de Teoría General del Derecho.

1. IUSNATURALISMO O DERECHO NATURAL

El iusnaturalismo o derecho natural es la más antigua manera de explicarse los fenómenos jurídicos, pues desde la filosofía griega, el hombre concebía y se explicaba la realidad recurriendo a la existencia de un ser sobrenatural que creaba y regía toda la existencia material y espiritual; y, como corriente de pensamiento, no le faltaron detractores, especialmente los defensores del positivismo jurídico que lo acusaron de ser un punto de vista metafísico.

En la obra de Ortega y Gasset, “El Espectador”, que recoge variados ensayos del filósofo del vitalismo, hay uno que tituló “Dios a la Vista”, en el que, al referirse a la idea de Dios, dice:

“En la órbita de la tierra hay un tiempo de máxima aproximación al sol y un tiempo de máximo alejamiento... Algo de eso sucede en la órbita de la historia con respecto a Dios... Hay épocas de “odium Dei”, de gran fuga lejos de lo divino, en que esta enorme montaña de Dios llega casi a desaparecer del horizonte. Pero al cabo vienen sazones (ocasiones) en que súbitamente, con la gracia intacta de una costa virgen, emerge a sotavento el acantilado de la divinidad. *La hora de ahora es de este linaje y procede gritar desde la cofa ¡Dios a la vista!*”

Pues algo así, como en la metáfora de Ortega y Gasset, sucede con el iusnaturalismo o derecho natural, ya que siendo la primera explicación que se concibió para encontrar el fundamento y la finalidad del derecho, basado en la moral y los principios jurídicos y éticos, hubo un tiempo en que fue abandonado por la irrupción del positivismo de Comte, (Bobbio no comparte este origen) sistema filosófico del cual se derivó el positivismo jurídico que sólo acepta lo que es real y esa realidad sólo se da en las normas del derecho positivo; lo demás es pura

metafísica. Pero hoy, aunque no se confiese expresamente y que en el fondo parece ser una corriente racional, muchos filósofos del derecho y juristas de distintas regiones, como Alexi en Alemania, Atienza en España o Carbonell en México, especialmente en materia de derecho constitucional, derechos fundamentales y derechos humanos, que irradian la comprensión y el entendimiento de todo el ordenamiento jurídico, adoptan posiciones marcadamente iusnaturalista, pues sus argumentos abogan por que en la formulación legal y en la aplicación e interpretación de las leyes se recurra a valores y principios que pueden o no estar expresados en el texto normativo; es decir, que lo que se observa actualmente es un retorno al derecho natural, después de haber sido negado y combatido, especialmente a partir de la Escuela Histórica del Derecho, en la Alemania de finales del siglo XVIII y principios del XIX. Entonces, parafraseando a Ortega y Gasset, se puede gritar desde la cofa: ¡**Derecho natural a la vista!**

En términos generales, el principio básico del iusnaturalismo es que el derecho positivo, conformado por las leyes que integran un ordenamiento jurídico o las costumbres que cumplen la misma función en los Estados de Derecho consuetudinario, está subordinado o ligado necesariamente al derecho natural, de tal manera que las normas jurídicas no puede contradecirlo; y si ese fuere el caso, deben prevalecer los principios y preceptos que integran el derecho natural, sacrificando el contenido del derecho positivo. Al respecto, dice Enrique Aftalión:

“El derecho natural nace, en efecto, con la pretensión de ser derecho vigente: los principios de derecho natural, que el sentido o la razón encuentran en la naturaleza de las cosas, aspiran a regir los casos jurídicos concretos... y como esa pretensión también es propia de la normas que dicta el legislador, surgen entonces dos posiciones antagónicas: el iusnaturalismo y el positivismo (1980:732)

El derecho natural, en sus diversas etapas, ha obedecido a dos posiciones: la de la escuela clásica iusnaturalista, en la que no hay ninguna concesión para el derecho del Estado. Haya o no contradicciones entre el derecho del legislador y el derecho natural, siempre debe prevalecer el derecho natural; y aun cuando no haya contradicción entre uno y otro, las leyes deben aplicarse siguiendo los principios del derecho natural o sea una

“aplicación conforme”. A esta posición se le conoce como **iusnaturalismo extremo**. La otra posición es conocida como **iusnaturalismo atenuado** y se caracteriza por aceptar que el derecho natural no es suficiente para resolver conflictos en casos jurídicos concretos y por ello se deben juzgar preferentemente conforme al derecho positivo y sólo en caso de insuficiencia de las leyes, debe recurrirse a preceptos del derecho natural. Esta segunda posición es más cauta que la primera y permite la certeza de la ley, la seguridad jurídica y previene las tentaciones de la arbitrariedad en la aplicación de las normas jurídicas. ¿Cómo ha evolucionado el derecho natural en el devenir histórico? A eso me referiré en los párrafos siguientes.

1.1. EL DERECHO NATURAL EN LOS GRIEGOS

El derecho natural es el más antiguo de los paradigmas utilizados para explicar el derecho. Los griegos, desde la época presocrática, tenían la idea de que existe una justicia que está más allá de la que se puede obtener con las leyes creadas por el hombre, pues, son anteriores a la existencia de la sociedad y le corresponden por naturaleza a los seres humanos, de manera que las que el hombre crea, sólo son válidas si son conforme al Derecho natural. Al respecto, dice Bodenheimer :

“...desde tiempos muy antiguos, filósofos y políticos han sustentado la creencia de que debe haber un derecho basado en los más íntimo de la naturaleza del hombre como ser individual o colectivo. Han estado convencidos de que (existe) un Derecho natural permanente y enteramente válido, y que (es) independiente de la legislación, la convención o cualquier otro expediente imaginado por el hombre... En cuanto al contenido específico de ese derecho natural, se han expuesto en el curso de la historia muchas ideas. Pero la idea misma de que (hay) un cuerpo de normas fundadas en la naturaleza humana y obligatorias, por tanto, para todos los hombres y en todos los tiempos, ha demostrado, a los largo de los siglos, tener una gran vitalidad y tenacidad” (1964:125)

En congruencia con esa idea de Bodenheimer, los sofistas pregonaban la existencia de *“lo justo por la ley y lo justo por naturaleza”*; esto último era el derecho natural. Un ejemplo de estos dos órdenes lo encontramos

en la conocida tragedia de Sófocles, Antígona. El rey de Tebas, Creón, prohíbe que cadáver de Polinice, hermano de Antígona, sea sepultado por haber ofendido a los dioses y como un escarnio a su memoria debe quedar expuesto. Antígona le desobedece y sepulta a su hermano, no acatando la orden del rey, quien por eso la condena a muerte en el fondo de una cueva. Cuando Creón le recrimina a Antígona su desobediencia, la condenada a muerte le responde que ella no ha hecho más que obedecer las leyes emanadas de la autoridad de los dioses, leyes que son superiores a las creadas por el hombre. Obviamente, Antígona está recurriendo al derecho natural para defenderse de la acusación de la autoridad que se basa en las leyes del hombre. Por eso esta tragedia se presenta en filosofía del derecho como clara explicación de lo que es y debe entenderse como derecho natural.

En los sofistas, que no llegaron a conformar una escuela filosófica, como lo afirma el profesor italiano Guido Fasso, encontramos que sus ideas difieren de uno a otro. Algunos no eran seguidores del derecho natural y tenían opiniones escépticas sobre la naturaleza de la justicia, al considerar que no se basaba en principios que fueran eternos e inmutables. Trasímaco, por ejemplo, enseñaba que las leyes eran creadas por los hombres o grupos que ejercían el poder, como muchos siglos después lo dijo Marx en su tesis de la interpretación del derecho, basada en el materialismo histórico; o Carl Schmitt con su teoría del “decisionismo” dentro del orden concreto. Así también, Protágoras sostenía que las leyes deben ser obedecidas independientemente de su contenido moral, como más tarde lo enseña el positivismo jurídico; y afirmaba que el hombre es la medida de todas las cosas: de las que son y de las que no son, con lo cual, nada, incluyendo al derecho, podía ser universal, ni en el tiempo ni en el espacio, pues todo era relativo.

Contrariamente a esas posiciones escépticas sobre la existencia del derecho natural, otros pensadores griegos afirmaban que existían preceptos que debían guiar la conducta del hombre y que eran iguales en todo tiempo y en todo lugar; era una especie de deontología universal a la que debía someterse todo hombre y que hoy caracteriza a los derechos humanos, que son, precisamente, universales. Eso que constituye la esencia de lo humano, lo llamaron *physis* (naturaleza); y como también existen reglas de conducta que nacen de convenciones

o sean las leyes, les denominaron nomos. Dentro de los sofistas que defendieron la existencia del derecho natural podemos citar a **Heráclito**, quien fue defensor del derecho natural y es conocido por aquel famoso “brocardo” filosófico de que nadie se baña dos veces en el agua de un mismo río, como forma de explicar el devenir de las cosas, agregando que “La suprema virtud y la suprema sabiduría es obedecer en las palabras y las acciones, a la naturaleza...al Logos universal”. Hippias distinguió el derecho escrito del derecho no escrito. El escrito cambiaba y el no escrito o natural, por ser dado por los dioses, era igual en todas las naciones. Este sofista afirmaba que la unión matrimonial entre parientes era prohibida por la ley natural porque producía descendencia degenerada.

Más tarde, Demóstenes decía que la legítima defensa y la defensa de la propiedad privada estaba justificada y basada en la naturaleza y eran comunes a todos los hombres. Platón creía en una idea eterna de la justicia y la describía como la armonía en los componentes de una república, en donde cada uno debía desempeñar el puesto que le correspondía, según fuera hombre de oro, de plata o de latón. Aristóteles afirmó que el Estado era una institución de derecho natural; que existe una ley de naturaleza; que es distinta la justicia natural a la convencional; que la natural tiene la misma autoridad en todas partes; y que la ley positiva se debe a la decisión de un legislador, que igual pudo haber prescrito algo diferente.

Párrafo especial merece el pensamiento de los estoicos sobre el derecho natural, que explicaban en la escuela estoica de filosofía, fundada por Zenón, pues predicaban que hay una lucha constante de los seres humanos para que la ley responda a fines, valores y principios para lograr la armonía en la convivencia de la sociedad.

L La teoría estoica es importante porque colocó a la razón como sustancia esencial de la naturaleza y al derecho natural como algo idéntico a la ley de la razón. La razón es una fuerza universal que nutre todo el cosmos y es la base del derecho y la justicia. Afirmaban que había un derecho natural común que se basa en la razón y por éste, los hombres deben vivir en armonía, sin apetitos que lo vuelven egoístas. Y así como no deben existir distinciones entre los seres humanos, tampoco las debe haber entre las distintas naciones, de manera que se rijan por un código

universal de conducta fraterna, siendo la esencia de todo eso, el derecho natural basado en la razón y que puede señalarse como un derecho natural absoluto. Pero, resulta que esa situación utópica la destruye “el egoísmo, la ambición, el ansia de poder”; y entonces surgen las convenciones contenidas en leyes que crean instituciones para controlar esas conductas disociadoras que obliga a que se respeten los derechos fundamentales de las personas, defendiendo la existencia de un “derecho natural relativo”, que es al que deben aspirar las leyes y las instituciones jurídicas, de tal manera que el derecho del legislador se acerque lo más posible a los postulados del derecho natural. Al respecto, dice Bodenheimer:

“Dondequiera que han sido proclamados como principios eternos de justicia, la libertad, la fraternidad y la igualdad de los seres humanos, los hombres han seguido las huellas de los estoicos”.

1.2. EL DERECHO NATURAL EN ROMA

Con respecto al derecho natural en Roma, debemos primero decir lo que significó el pensamiento romano con su contribución al pensamiento jurídico universal. El reconocido jurista y romanista alemán, R. von Ihering, en el capítulo I del primer tomo de su extensa obra “El espíritu del Derecho Romano”, lo inicia diciendo : “Tres veces Roma ha dictado leyes al mundo: primero por la unidad del Estado, cuando el pueblo romano se hallaba todavía en la plenitud de su poderío; después por la unidad de la iglesia a raíz de la caída del imperio; y finalmente, por la unidad del derecho al adoptarse éste durante la Edad Media” (1891:7) Y no podía ser de otro modo, pues los romanos fueron constructores de un sistema jurídico ingenioso y práctico , que incluso ha llegado hasta nuestros días, tanto en el derecho civil como en el derecho público, con las muchas instituciones que aún perviven en el derecho municipal y el canónico. Y aunque los juristas romanos no especularon mucho en las discusiones filosóficas sobre la justicia, sí acogieron las ideas de la filosofía griega en materia de derecho natural, ya que les sirvió para estructurar una larga lista de principios y brocardos que utilizaban para solucionar casos de la práctica en los tribunales y en la organización del poder, especialmente por la presencia de la filosofía de los estoicos, que se implantó en Roma por medio de filósofos como Séneca.

El representante más conocido en la filosofía jurídica de Roma es Cicerón, quien siguiendo las ideas de los estoicos, citado por Bodenheimer, afirmó:

"Que el verdadero derecho es la recta razón, conforme a la naturaleza; es de aplicación universal, inmutable y eterna; llama al hombre al bien con sus mandatos y aleja del mal con sus prohibiciones". (1964:134)

Enseñaba Cicerón que una ley no es justa sólo porque haya sido promulgada por el Estado, pues en ese caso cualquier ley emitida por un tirano, sería derecho. Para que una ley sea justa tiene que concordar con principios morales, fundamentalmente de derecho natural. Con esa idea, durante distintos períodos de gobierno los emperadores dictaron una serie de prohibiciones con miras a fortalecer la justicia, especialmente para atemperar la institución de la esclavitud. Así, los propietarios de esclavos debían respetarles el derecho a vivir y no podían privarlos de ella sin que interviniera un magistrado; se fue modificando poco a poco la situación de la mujer dentro del matrimonio; Caracalla prohibió la venta de los hijos; y así, aunque no se puede decir que esa evolución se deba al derecho natural de forma total, en algo contribuyó junto a la evolución de la sociedad romana hacia espacios más abiertos de igualdad y libertad.

1.3. EL DERECHO NATURAL Y EL CRISTIANISMO

El cristianismo también tiene que ver en la evolución del derecho natural. Quien conozca las enseñanzas de Cristo, contenidas en los evangelios del Nuevo Testamento, convendrá en que muchas de sus parábolas expresan sentencias de derecho natural, las cuales arrancan y se originan en los Diez Mandamientos que Dios le dictó a Moisés, para que rigieran la vida de los hebreos cuando llegaran a la tierra prometida. Al arribar a la Edad Media, la iglesia desarrolló una fuerte labor en pro del Derecho natural, especialmente en las obras de San Isidoro de Sevilla, San Agustín y Santo Tomás de Aquino.

Para San Isidoro el derecho natural es anterior al apareamiento del Estado, lo que hoy se pregona como los derechos que se deben proteger

por ser propios del ser humano, aunque no estén prescritos en la ley. San Agustín, formuló la utopía de la Ciudad de Dios, en la que todos los hombres vivirían eternamente felices y libres bajo la ley de Dios. Y, Santo Tomás de Aquino, quizá el más grande y de pensamiento más profundo dentro de los padres de la iglesia. Santo Tomás, para adaptar el derecho natural a la realidad, con influencia de Aristóteles, decía que hay un derecho natural relativo que se debe acoplar a las circunstancias históricas del tiempo y del espacio y evolucionar y expresar las características de cada nación. Es famosa su idea de que la rebelión está justificada ante gobiernos tiranos y que las leyes injustas debían ser desobedecidas, que son expresiones del más avanzado derecho natural en el medioevo. Según Santo Tomás, hay cuatro clases de leyes: Eterna, natural, divina y humana. La ley eterna es la que gobierna todo el universo y está depositada en Dios. El hombre no conoce esa ley, pero participa de ella por medio de la ley natural, que es un reflejo de la ley eterna. Esta ley natural consiste en principios generales y abstractos que se obtienen de la ley divina, que se encuentra en el antiguo y el nuevo testamento. Por último está la ley humana, la creada por el hombre, que debe aproximarse a la razón si se quiere que se le reconozca como ley, ya que la ley debe ser expresión de la ley natural.

1.4. EL DERECHO NATURAL CLÁSICO

Dentro de este esbozo del desarrollo histórico del derecho natural, existe también lo que se conoce como escuela clásica del derecho natural y que, según Del Vecchio y Recaséns Siches, la representan Groccio, Tomasio y Punfendorff, aunque Bodenheimer, incluye a también Hobbes, a Montesquieu, a Rousseau, a Locke y otros renombrados filósofos más. En esta escuela se pretende desligar al derecho natural de toda influencia histórica y explicarlo como un producto de la razón que construye el ideal jurídico. En el fondo, según Del Vecchio, "...representan el pathos racionalista que rechaza lo vital, lo histórico para dejar expedito el camino a los esquemas que el entendimiento elabora en los gabinetes filosóficos" (1946:39)

Todos los autores que pueden considerarse como representantes del llamado derecho natural clásico, coinciden en una idea fundamental: existen derechos en la vida de los seres humanos que están más allá de los

que contemplan los textos legales, otorgados por Dios o contruidos por la razón y son anteriores a la misma existencia del derecho y del Estado. Por ello, los abogados acusadores en los procesos de Nuremberg, en contra de los militares nazis, señalados de haber cometido delitos de lesa humanidad, según Santiago Nino, pudieron decir:

“Por encima de las normas dictadas por los hombres hay un conjunto de principios morales y universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales ínsitos a la verdadera naturaleza humana” (1975:20)

De manera que los nazis no podían alegar que actuaron cumpliendo la ley que había emitido el Estado, pues existe un derecho natural que les prohibía obedecer leyes injustas.

Tres autores, entre muchos, podemos referirlos en cuanto a esta nota común de que existen derechos de la persona humana más allá de los que pueda contemplar la ley. Por ejemplo, Rousseau, cuando concibió la idea del contrato social, dejó asentado que los hombres, al concertar tal pacto, no ceden todos los derechos, pues se reservan aquellos que son de su propiedad como tal, como expresión de su condición de seres libres. Estos derechos devienen de su naturaleza, de la “naturaleza de las cosas”. Por eso es que en nuestra Constitución, el artículo 46 agrega que los derechos que estatuye, no excluyen otros que son propios de la persona humana. Hobbes llamó derecho natural a los principios que crea la razón humana para vivir en un ambiente pacífico y seguro. Y, Locke, citado por Bodenheimer, decía lo siguiente: “El derecho natural permanece como norma eterna, para todos los hombres, legisladores o legislados...y su fin es conservar y ampliar la libertad. ***“Siempre que la ley acaba, empieza la tiranía”***”.

Estos pensadores a que nos referimos, fertilizaron el terreno para el florecimiento de muchas ideas que luego fructificaron en la Revolución Francesa, en la Revolución de los Estados Unidos de América y en todos los movimientos emancipadores de la América Latina. Basta una lectura panorámica de las constituciones del siglo XIX y XX, para encontrar en sus artículos un origen en el pensamiento clásico del derecho natural, como los derechos fundamentales, la prevalencia de los principios jurídicos, la

no prescripción de ciertos delitos, la objeción de conciencia, la ampliación de las garantías individuales, las limitaciones al ejercicio del poder político, la libertad de circulación, la abolición del vasallaje y la servidumbre, la libertad religiosa, la abolición de la tortura, la libertad de pensamiento, la humanización de las penas, el abandono de la insularidad del derecho que abona en favor del pluralismo en cuanto a las fuentes del derecho y el discutido activismo judicial; en fin, tantas conquistas que se han logrado como resultado de la lucha del hombre para ensanchar sus espacios de bienestar material y espiritual, especialmente en la consolidación de los valores de libertad, igualdad y dignidad, que hoy se cobijan en el llamado **neoconstitucionalismo**, que viene a ser, para la doctrina italiana, un derecho natural actualizado. Así, resulta de permanente vigencia la frase de Hegel: la historia del hombre es la historia de su lucha por la libertad.

1.5. ACTUALIDAD DEL DERECHO NATURAL

En la actualidad, a mi modo de ver, se está consolidando la presencia del derecho natural como esencia de la juridicidad, como sucede en nuestro medio, al recurrir a la moral, a principios, implícitos o explícitos, tanto en artículos de la Ley del Organismo Judicial en cuanto a lo que deben observar los jueces al impartir justicia como en el Código Civil cuando se refiere a condiciones contractuales que no sean contrarias a la moral. Tengo la convicción de que los derechos humanos de naturaleza individual y social, los derechos fundamentales en suma, son expresión del derecho natural, aunque a su origen se le atribuyan diversas fuentes como Dios, la razón humana o no tengan ninguna fuente. Si uno observa el contenido de los textos constitucionales de la actualidad y particularmente el de nuestro país, vemos que desde el preámbulo y los artículos 1 y 2 del Título Capítulo Único, así como en los tratados y convenciones de derechos humanos suscritos por el Estado, resulta que el derecho natural tiene existencia y en gran medida se ha constitucionalizado, o sea que se ha vuelto derecho positivo, pasando de ser de un orden extra-normativo a un orden normativo, pero siempre derecho natural, que se ve ampliado a lo que prescribe el artículo 44 constitucional, en el que están regulados los derechos no numerados, que no están escritos en ningún texto legal y que obviamente son materia del derecho natural y pueden invocarse en un conflicto de intereses. No obstante, hay autores, como Andrei

Marmor, que critica la existencia de estos derechos no enumerados y afirma que si eso significa aumentar los derechos que la Constitución prevé, ese es un poder que la Corte y los tribunales no deberían tener (2011:249) Este fenómeno que introduce preceptos de derecho natural en el ordenamiento jurídico, es lo que la doctrina actual conoce como “positivismo incluyente”. En resumen, el derecho natural está contenido en todo nuestro ordenamiento jurídico, desde la Constitución hasta las leyes ordinarias, así como en los tratados y convenciones de derechos humanos de los que Guatemala es parte.

2. EL POSITIVISMO JURÍDICO

Para entender el positivismo jurídico como paradigma en el Derecho y que lo relaciono con el filosófico, aun cuando renombrados autores como Bobbio, afirmen que esa relación no existe, creemos necesario explicar antes qué es el positivismo o filosofía positiva, pues entendiendo lo que es esta corriente de pensamiento, creo que se puede explicar con más claridad en qué consiste el positivismo jurídico, conocido también como iuspositivismo.

La característica esencial de la filosofía positiva es la exclusión de la metafísica. Según el diccionario de Walter Brugger, el positivismo exige a toda ciencia que tome en cuenta los hechos tal como se presentan en la realidad y que se limite a comprobarlos y relacionarlos con leyes naturales. Aunque el positivismo filosófico fue fundado por Hume, su representante más conocido es el filósofo francés Augusto Comte. Comte, para explicar las formas del desarrollo del pensamiento, creó la ley de las tres fases por las que ha pasado el pensamiento: En la primera, la fase teológica, la realidad existe como creación de los dioses o de Dios; en la segunda, la fase metafísica, se trabaja sobre conceptos universales y fuerzas de la naturaleza que están más allá de lo real; y la tercera, la fase positiva, es aquella en que únicamente es comprensible y posee sentido lo que es verificable, lo que se puede comprobar por la experiencia de los sentidos. Lo metafísico significa lo que está más allá de lo físico, más allá de lo real, de lo verificable. Lo metafísico carece de sentido porque no es experiencia, no se puede percibir con ninguno de los sentidos. (1975:408) Con esa idea filosófica, los valores, los principios y todo lo que sea de naturaleza

axiológica, resultan ser expresiones de sentimiento o de intenciones que es difícil encontrarles su contacto con la realidad.

De este positivismo filosófico de Comte, hay filósofos del derecho que establecen el origen del “positivismo jurídico” en el positivismo filosófico de Comte, idea que, repetimos, no comparte Norberto Bobbio, cuando afirma:

“La expresión positivismo jurídico no procede la de positivismo en sentido filosófico, aunque en el siglo(XIX) pasado haya existido una cierta relación entre los dos términos, en cuanto a que algunos positivistas jurídicos eran al mismo tiempo positivistas en sentido filosófico: pero es tan cierto que en sus orígenes (que se encuentran a comienzos del siglo XIX), el positivismo jurídico no tiene nada que ver con el positivismo filosófico como que el primero surge en Alemania, y el segundo lo hace en Francia. La expresión *positivismo jurídico* deriva de la locución derecho positivo en contraposición a la de derecho natural. Por consiguiente, para comprender el significado de *positivismo jurídico* es necesario aclarar el significado de la expresión *Derecho positivo*”(1998:35)

La idea del anterior párrafo de Bobbio, a mi manera de ver, no convence, pues en filosofía todas las ideas, sobre todos las que lindan con la filosofía, tiene continuidad y resulta discutible que el país en que ellas se hayan dado y el significado de un término, sirvan para diferenciar un punto de vista que a la larga encierra un postura filosófica, cuando lo que debe prevalecer para caracterizar una posición es la esencia que explica la manera de darse en el pensamiento.

Siguiendo la esencia del pensamiento de Comte, los autores repiten la idea de que la diferencia fundamental entre el paradigma iuspositivista y el paradigma isnaturalista, es que para el primero, el orden jurídico no tiene nada que ver con el orden moral, de manera que tratar el tema de la diferencia entre la moral y el derecho, desde la perspectiva iuspositivista, carece de sentido. Por el contrario, la tesis isnaturalista afirma que hay una relación necesaria entre derecho y moral.

Para el positivismo jurídico, como lo dijo un autor referente de esta idea, Hans Kelsen, dentro de la corriente del *positivismo analítico*

no existe un derecho más allá del que está contenido en las normas jurídicas dictadas por el Estado. Todo lo que existe en el mundo de lo jurídico es porque está previsto dentro del contenido sistemático del ordenamiento jurídico, cuya validez depende de dos supuestos: haber sido creado por una autoridad competente y autorizada para crear leyes y que en el acto de creación se haya observado el procedimiento establecido para esa creación. Incluso, el derecho consuetudinario puede ser parte del ordenamiento jurídico si hay una norma positiva que así lo autoriza. En síntesis, como lo expresa Kelsen y lo reitera Norberto Bobbio, el orden jurídico es un orden normativo; y la norma jurídica es la “célula” desde la que se autoconstruye todo el tejido normativo que es el ordenamiento jurídico del Estado.

El recordado y distinguido jurista y filósofo del Derecho, Santiago Nino, en su libro “Introducción al Análisis del Derecho”, ideó una dramatización que surge de los procesos de Nuremberg, en la que se establece con claridad la característica del Derecho positivo. En este proceso se plantearon las concepciones básicas del derecho natural y del derecho positivo. El argumento de los iuspositivistas, que defendían las acciones delictivas de los nazis, dicen:

“Una de las conquistas más nobles de la humanidad ha sido la adopción de la idea de que los conflictos sociales debe resolverse, no según el capricho de las apreciaciones morales de los que están encargados de juzgarlos, sino sobre la base de normas jurídicas establecidas; es lo que se ha denominado “estado de derecho”. Estos hace posible el orden, la seguridad y la certeza en las relaciones sociales”. (1995:21).

Algunos autores, como Villoro Toranzo, en México, califican al positivismo jurídico como una teoría voluntarista, pues las normas jurídicas son creadas por un acto de voluntad del ente autorizado para dictarlas, según la estructura institucional cada Estado. Incluso la validez de las normas, como lo pregona Kelsen, no depende de su contenido, sino de que el acto de voluntad se dé según el procedimiento previsto para crear las leyes y que la autoridad esté facultada para ello. Para el positivismo importa poco que la ley sea justa o no, si resuelve o no una dificultad, si la sociedad la acepta o no.

Esos son problemas de la filosofía, de la sociología o de la política, pero no de la existencia de la ley. De esa manera, existe un culto al texto legal, lo que viene desde los glosadores; y el juez sólo es la boca de la ley, ya que la única fuente de lo jurídico es la legislación.

Hay una pregunta doble que es clave en esto del positivismo jurídico: ¿El derecho es únicamente la ley o hay derecho más allá de la ley? Norberto Bobbio, el gran jurista italiano recientemente fallecido, decía que el positivismo se puede explicar en tres variantes: Positivismo ideológico, positivismo teórico y positivismo metodológico, y la interrogante se resuelve con el positivismo ideológico y con el positivismo metodológico.

Para el positivismo ideológico hay una identidad de la justicia con el derecho positivo; el derecho (las leyes), sólo por el hecho de serlo, lleva implícito el ideal de justicia, por lo cual deben ser obedecidas sin objeción alguna. Este positivismo no ha tenido muchos seguidores y, además, contrasta con la realidad, pues de hecho se emiten muchas leyes injustas, resultando ingenuo creer que siempre hay buenas intenciones en el acto de legislar.

Para el positivismo teórico es una posición formalista, en el sentido de caracterizar al positivismo como un puro formalismo jurídico. Las normas se producen como actos de voluntad del legislador y su aplicación a los casos concretos se hace mediante el añejo silogismo jurídico de raíz aristotélica, en la que el juez actúa como una máquina programada para resolver, lo cual recuerda la conocida jurisprudencia de conceptos. A esta forma de actuación del juzgador se le conoce como jurisprudencia maquinal. En la actualidad esta posición es muy criticada, pues se le considera insensible a la realidad, al no reconocer que existen lagunas en un ordenamiento, que sólo pueden llenarse de contenido con normas que no están en el ordenamiento: normas morales y principios.

Por último, encontramos el positivismo metodológico, que postula que no hay una conexión necesaria entre derecho y moral. Dice Bobbio que el método que debe seguirse, como camino para conseguir un fin, es el método científico. La ciencia tiene que ser no valorativa o no

es ciencia; el método positivista, entonces, sólo puede ser el método científico, que es el único que se puede seguir si se quiere hacer ciencia jurídica o teoría del derecho. “Si no es ese el objetivo, no se hará ciencia, sino filosofía o ideología del derecho”. (1998:241)

Creo que la pregunta de Bobbio se responde con el positivismo ideológico y con el positivismo metodológico.

E El positivismo jurídico tiene una larga historia en el devenir de la historia de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho. La codificación de finales del siglo XVIII y del siglo XIX, son ejemplos de la tendencia al derecho contenido en leyes. Cuando se creó el Código Civil francés, más conocido como Código de Napoleón, un profesor francés de derecho civil dijo una frase muy conocida: “-Yo no enseño Derecho civil: yo enseño el Código de Napoleón”. Y este Código inspiró a muchos movimientos codificadores, incluyendo el que se dio en Guatemala, durante el gobierno liberal de Justo Rufino Barrios. La Escuela de la Exégesis, de auténtico corte positivista, tenía como premisas: a) Culto al texto de la ley; b) Predominio de la intención del legislador al momento de interpretar; c) Doctrina estatista sobre el origen del derecho, entre otras; siguiendo siempre el viejo aforismo romano: “*ex lex dura lex*”. Y esa escuela de la exégesis, aunque ya declinó como teoría, de hecho siguen existiendo jueces y abogados litigantes exégetas.

En la actualidad hay prestigiados filósofos y juristas que defienden las concepciones del positivismo jurídico, hoy transformado en un positivismo jurídico analítico, llamado así porque su análisis de la norma jurídica es un enfoque de carácter lógico formal, en el que debe tomarse muy en cuenta la estructura lingüística de la proposición normativa, como preocupación esencial para encontrarle el sentido a la norma jurídica al momento de interpretarla y aplicarla. Uno de los más preclaros representantes del nuevo positivismo jurídico y cuyas tesis siguen orientando en algunos aspectos el pensamiento jurídico, es Hans Kelsen. Kelsen, con la ayuda de su discípulo Merkl, los dos alemanes, formularon la famosa teoría de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico del Estado, que forma parte de la Teoría Pura del Derecho, estructura que se presenta como una pirámide en cuyo vértice, como normatividad suprema, está la Constitución. Lo antes dicho basta

para decir y afirmar que Kelsen es positivista; que su Teoría Pura del Derecho es una idea que separa al derecho de la moral, de lo político, de lo ético, de lo sociológico, porque estos son campos que deben ser estudiados por otras disciplinas como la filosofía, la ciencia política, la sociología, la axiología, no por la ciencia del Derecho, la cual debe concentrarse en un objeto específico: la norma jurídica como acto de voluntad del Estado. Y, como su análisis es un razonamiento lógico de la estructura de las normas jurídicas contenidas en las leyes, se le ubica como un positivista analítico. En resumen, su teoría es una concepción normativa del derecho, al igual que la tesis que defiende Norberto Bobbio. El nombre de su teoría, Teoría Pura del Derecho, lo dice todo.

Los pilares teóricos sobre los que descansa el positivismo jurídico, parten de una característica esencial a la que ya nos referimos: la independencia absoluta del derecho contenido en las leyes que emite el Estado, de otros órdenes normativos de origen distinto, especialmente del orden moral; y, se caracteriza, en lo más significativo, por lo siguiente:

- a. El único orden jurídico que rige la conducta intersubjetiva está contenido en la normas que emite el Estado,
- b. Una norma jurídica es válida y obliga a los destinatarios si fue emitida por un órganos competente facultado para ello, independientemente de que sea justa o injusta y si conviene o no a los destinatarios;
- c. El ordenamiento jurídico es un orden herméticamente cerrado y por lo tanto no tiene lagunas. Las lagunas son de la ley no del derecho como orden total.
- d. La única fuente del derecho es la ley. A esto se le conoce como “legiscentrismo”

Para el caso de nuestro ordenamiento jurídico, el positivismo jurídico, como positivismo normativo, se encuentra respaldado por el artículo 2

y 57 de la Ley del Organismo Judicial, en donde se establece que la ley es la primera fuente del ordenamiento jurídico y éste se integra por todas las leyes que lo forman, emitidas por el Congreso de la República, a quien le compete con exclusividad la potestad de emitir normas generales y abstractas, de conformidad con el sistema republicano que nos rige.

3. REALISMO JURÍDICO

Cuando Rafael de Sanzio, en el Renacimiento, pinto su famoso cuadro conocido como la Escuela de Atenas o La Academia de Platón, el artista dibujó a Platón y a Aristóteles ingresando a la academia en animada conversación; y es simbólico que Platón aparezca con su mano señalando al cielo y Aristóteles con su mano señalando hacia la tierra. Allí está reflejada la añeja contradicción entre el idealismo y el realismo, que interesa relacionarlo como antecedente remoto del realismo filosófico y en consecuencia, del realismo jurídico. Así, dice el filósofo español Manuel García Morente, Aristóteles logró:

“...traer las ideas del cielo a la tierra; destruir la dualidad del mundo sensible y el inteligible, fundir estos dos mundo en el concepto lato de la sustancia, de la cosa real que está ahí...” (1967:103).

Conforme lo dicho por García Morente, creemos que el realismo jurídico tiene como antecedente muy remoto al realismo aristotélico, que en la historia del pensamiento filosófico ha ido transformándose con las ideas de posteriores intelectuales dedicados a la filosofía. Hoy, el realismo filosófico designa la idea que defiende la realidad. Es aquella concepción que afirma que el ente real existe independientemente de nuestro conocimiento. De ahí que el realismo jurídico se atiene a la existencia de hechos de la vida y a la solución que se les da.

El realismo jurídico, como modelo epistemológico, parte del estudio de dos elementos que lo caracterizan: la existencia de hechos concretos de la vida en sociedad y el modo como estos hechos son conocidos y resueltos por los tribunales. Por eso es que en los países que se rigen por este modelo, la jurisprudencia o fallos de los jueces constituyen la fuente principal del Derecho y el precedente es de primer orden para la práctica del de la profesión

legal. La fuente principal del derecho en este sistema es la jurisprudencia y no la ley, como sucede en los sistemas de derecho escrito. Este modelo epistemológico, el realismo jurídico, es el que sirve para estudiar el derecho en países como Inglaterra y especialmente en los Estados Unidos de América, considerados como sistemas de derecho jurisprudencial, no entendido el término jurisprudencia como “ciencia del Derecho”, como se acostumbra en Alemania, sino jurisprudencia como lo que resuelven los tribunales.

El maestro Francisco Campos Romero, de la Universidad Nacional de Costa Rica, en la Revista de Ciencias Jurídicas, escribió un ensayo con el título de “Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico”, en donde explica sobradamente lo que constituye este modelo epistemológico. Explica el profesor Campos Romero que existen varias ideas para explicar el realismo jurídico. Empero, me parece muy didáctico dividirlo en realismo jurídico alemán, realismo jurídico norteamericano y realismo jurídico escandinavo. Siguiendo esta ruta de dicho profesor, nos referiremos a estas tres tendencias, auxiliándonos, además, de la obra del maestro Luís Recasén Siches, “Panorama del Pensamiento Jurídico del Siglo XX”, Segundo Tomo.

3.1. REALISMO JURÍDICO ALEMÁN

Gohete puso en boca de Mefistófeles estas palabras: **“Toda teoría es seca, mi buen amigo, y el árbol de la vida es florido”**. Esta frase del notable escritor alemán, encierra la riqueza de lo real sobre lo teórico. No son muchos los autores que tratan el tema de un realismo jurídico alemán, pues se concretan a explicar el norteamericano y el escandinavo. Sin embargo. Como dice Delgaaauw, “El pensar guarda su propia continuidad. Lo nuevo es nuevo en cuanto se distingue de lo viejo, y por esta distinción se vincula lo nuevo a los viejos”. (1965:9). Cito a estos dos autores porque creo que las corrientes realistas actuales han heredado conceptos que vienen desde la Escuela Histórica del Derecho, en la filosofía jurídica de la Alemania de los siglos XVIII y XIX.

Recordemos que dicha Escuela, uno de cuyos exponentes es Rudolf von Jhering, surgió para refutar al iusnaturalismo, afirmando que el Derecho es como el idioma de un pueblo: un producto ordenado de la historia; y por ello había que buscar la explicación de lo jurídico

en la normatividad de las costumbres. Esta posición es, a mi juicio, un razonamiento jurídico realista. Decía Jhering que:

“el Derecho... es un organismo objetivo de la libertad. Ya no se dice, como se creyó en otro tiempo, que sea un conjunto de disposiciones arbitrarias que deben su origen al pensamiento del legislador, sino que es, por el contrario, como el idioma de un pueblo, producto interno y ordenado de la historia” (1946:17).

Jhering defendía la fortaleza de la jurisprudencia sobre la debilidad de las normas emitidas por el legislador, porque ella estaba más cerca de la vida real; más cerca de los hechos que llegan a los tribunales para ser discutidos por los sujetos procesales. En esa misma línea, Puig Brutau, al presentar el libro *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*, escrito por el jurista norteamericano Roscoe Pound, decía que la auténtica vida del derecho está en lo particular no en lo general; es decir, el único derecho que vive es el que pasa por los estrados de los tribunales.

Parafraseando al iusfilósofo argentino, Carlos Cossio, podemos decir que la jurisprudencia es el derecho de la vida humana viviente.

Otro autor del realismo jurídico, es el jurista alemán Hermann Kantorowics, citado por el maestro Campos Zamora, cuando dijo:

“...el concepto del Derecho de los realistas, su tesis sustantiva, es la siguiente: el Derecho no es un cuerpo normativo, no es una deber, sino una realidad fáctica. En el comportamiento real de ciertas personas, especialmente los oficiales del derecho, más especialmente de los jueces que crean el Derecho, es a través de sus decisiones, que se construye el Derecho” (2009: 201)

Para Campos Zamora, dentro de la corriente del realismo jurídico, debe incluirse también al jurista Philipp Heck, quien escribió un libro denominado *“El Problema de la Creación del Derecho”*, cuyas tesis forman parte de los que se conoce como Escuela del Derecho Libre. En este texto encontramos una frase de Heck, en la que dice que “prever que no se puede prever todo, es la mejor de las previsiones”. La

omnipotencia del legislador es una utopía por diversos motivos y la ley no puede resolver todas las circunstancias de la vida real, por lo que el juez viene a ser el verdadero motor que mueve el derecho.

“Una ley, dice Heck, de la que todo el mundo supiera que los tribunales no la aplican perdería toda su importancia para la vida” (1961:35)

Lo anterior significa que el realismo alemán es una derivación en el tiempo, de la Escuela Histórica del Derecho.

3.2. EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

El realismo jurídico norteamericano es la versión más caracterizada de los ordenamientos que siguen esta corriente y es el que sirve para conocer la naturaleza y la esencia de su derecho. La frase que explica esta versión, se podría sintetizar en la famosa expresión del juez de la Suprema Corte, Oliver Wendel Holmes, citado por Recaséns Siches:

“El derecho antes que lógica ha sido experiencia. Las necesidades sentidas de cada época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones en que la acción política se ha inspirado, bien aquellas confesadas explícitamente o bien otra inconscientes, e incluso los principios que los jueces tienen, al igual que todas las otras gentes, han tenido que ver más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar a los hombres” (1963:593).

Con esa idea de Wendel Holmes, en el realismo jurídico norteamericano no existe preocupación por el análisis lógico de las normas jurídicas, como sucede en el positivismo; ni los “desvela” las preocupaciones morales del iusnaturalismo, pues son ideas que no necesariamente encajan con la realidad. El único derecho que merece estudiarse es el que pasa por la función jurisdiccional. Holmes no desechaba la estimativa jurídica, pero tenía claro que el ingrediente natural era una actitud mental ingenua y que no existen deberes a priori. “El Derecho efectivo, el que realmente es, es el que se aplica y ejecuta, es el que es decidido por los tribunales”. De ahí que la fuente principal del derecho en los Estados Unidos de América, es la jurisprudencia y los abogados litigan con base en los precedentes.

El realismo jurídico norteamericano ha experimentó otros planteamientos posteriores y uno de ellos es el llamado realismo sociológico o jurisprudencia sociológica, cuyas bases fueron sentadas por Wendel Holmes y posteriormente reelaborado por los jueces y profesores universitarios, el magistrado Benjamín Cardozo y Roscoe Pound, este último decano de la Facultad de Derecho de Harvard durante 20 años y recordado maestro de esa Universidad.

La literatura jurídica estadounidense es poco difundida en Guatemala y la producción de connotados autores ocupa un espacio reducido, salvo en bibliotecas particulares. La misión diplomática de ese país, ha difundido algunos títulos, todos en español, como *The Common Law* (sólo el título) de Holmes, *La Justificación del Derecho* de Clarence Morris, *Los Grandes Problema de la Política* de Leslie Lipson, *La Democracia y el Sistema de Partidos Políticos en los Estados Unidos* de los autores Ranney y Kendall, *El Sistema Legal de los Estados Unidos* de Lewis Mayers y algunos volúmenes pequeños sobre el funcionamiento del Congreso, de la Presidencia, una *Teoría de la Democracia* y la *Democracia Liberal* de Massimo Salvatore, además de tres volúmenes que preparó la Universidad de La Florida, sobre el derecho privado de ese Estado, civil y mercantil, destinado a capacitar a los abogado que llegaban exiliados y que provenían de países de derecho escrito. En una librería de libro viejo tuve la suerte de encontrar un ejemplar de la obra “*Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*” del maestro Roscoe Pound, escrita en 1922. No obstante, de Benjamín Cardozo, sólo tengo conocimientos que me han transmitidos autores que lo incluyen como un referente del realismo jurídico en su versión de realismo sociológico.

En este realismo jurídico sociológico se reconocían las estructuras lógicas en el derecho, pero no perdían de vista que el derecho no es pura lógica, sino que, además, según Recaséns Siches:

“...es también un instrumento para la vida social, para la realización de los de los fines humanos, dentro del cauce vario y cambiante de la historia. El jurista, el legislador y el juez, debe conocer la realidad sociológica de la realidad actual para encontrar la solución justa que reclaman los problemas concretos. (1963:606)

El juez Cardozo se hacía estas preguntas: ¿Qué es lo que yo hago cuando fallo un litigio? ¿Hasta qué punto busco congruencia lógica? Sobre esas preguntas, Recaséns Siches comenta lo siguiente:

“Si claramente la constitución o una ley contiene una norma que parece cubrir sin duda el caso planteado, no se presenta al juez el problema de hacer una prolija indagación sobre las fuentes que dan servir de base para su sentencia. Sin embargo, Cardozo, recordando sus propias experiencias judiciales, hace notar vigorosamente que ni siquiera en tales casos la función del juez es mecánica y de mera rutina, pues siempre se presenta el problema de interpretar la norma aplicable al caso planteado...la tarea interpretativa es siempre algo más que el mero buscar y descubrir un sentido “.

“... a veces, los artículos de la Constitución o los de una ley están redactados en términos muy generales y bastante vagos o indeterminados; y sucede que el contenido, la significación y el alcance de tales normas varían en el transcurso del tiempo, al cambiar las relaciones sociales, y al cambiar las aspiraciones predominantes de la gente “(1963:607)

Según Cardozo, cuando se desempeñó como juez, hubo de resolver siguiendo cuatro caminos. Primero, se refiere al razonamiento lógico que a veces no contribuye a resolver el caso concreto. Segundo, se trata de tomar en cuenta el desenvolvimiento histórico evolutivo de la institución, para que nuevas realidades den la pauta del sentido que debe dársele a la ley. Tercero. Cuando, ni la lógica ni la historia nos dan la solución correcta, entonces debemos recurrir a las costumbres y convicciones sociales vigentes. Cuarto. Por último se tomará en cuenta el ideal de justicia y el bienestar social según un análisis sociológico de los hechos. Cardozo sabía que una sentencia no es sólo un procedimiento que descubre el sentido de la ley, sino también un proceso de creación. Para Cardozo, según Bodenheimer, 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. (1964:349)

El realismo jurídico, en las ideas de Cardozo, afirma resueltamente la necesidad de examinar lo que las cosas son en la más auténtica realidad

y no dejarnos engañar acerca de cuáles son los factores que influyen en la efectiva tarea de administrar justicia.

Con relación al maestro Roscoe Pound, y siempre dentro del realismo jurídico o realismo sociológico, fue él que estableció que el Derecho es una ciencia de “ingeniería social”, que es una especie de programa o un tipo de regulación social planificada según el principio de utilidad. Para él, el derecho debe ser juzgado no por aplicación de patrones eternos de razón, sino por métodos experimentales. Niega la existencia de principios jurídicos eternos e inmutables. El derecho es fluido y cambia cuando cambian las condiciones sociales a los que debe su vida. (Bondenheimer 1964:344-345). Dice que el Derecho es una ingeniería social porque se ocupa en obtener resultados mediante la ordenación de las relaciones humanas.

Esta finalidad de resolver problemas sociales por medio del Derecho (ingeniería social), le encuentro parecido a lo que hoy se pregona como “uso alternativo del Derecho”.

3.3. REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

Aunque muy lejos de nuestra latitud y de nuestra idiosincrasia, no puede omitirse exponer algunas ideas que establece la doctrina, para caracterizar esta variante del realismo jurídico, el realismo jurídico escandinavo, que se refiere a lo que los juristas y filósofos de los países enclavados en la península escandinava, utilizan para investigar la naturaleza del derecho, variante que ha sido calificado como un positivismo extremista.

¿Qué es esta versión del realismo jurídico? Silvana Castignone, citada por el profesor Campos Zamora, dice que este realismo “...sostiene que en el proceso cognoscitivo entra en contacto no con una modificación de su conciencia, sino con una realidad distinta a la suya e identificable con el mundo de la experiencia sensible; con la totalidad de los fenómenos inscritos en las coordenadas espacio-temporales” (2010:209)

Se rechazan los conceptos que se utilizan en la teoría general del derecho, como el deber jurídico, el derecho subjetivo, la relación

jurídica, abuso del derecho, etc., desechando, incluso, los conceptos del derecho de propiedad o de norma jurídica. Lo único que existe son los hechos sociales. El deber jurídico no es más que el hecho psíquico de sentirse obligado. En resumen, dice Campos Zamora, para los realistas escandinavos el derecho es un conjunto de hechos y no un conjunto de normas, afirmación que marca una distinción esencial con las doctrinas de las teorías del sistema romano germánico e incluso, con el realismo jurídico estadounidense. "...la discusión sobre el contenido de la justicia es meramente ilusoria. La justicia es parte del derecho sólo cuando el orden jurídico o social es eficaz o realmente aplicado, cumplido u observado por la sociedad" (2010:209). De ahí que, con mucha propiedad a juicio mío, se le califique como un "positivismo jurídico extremista".

Las teorías de los juristas que siguen este realismo, este modelo y este razonamiento doctrinario, muy relacionado con la filosofía del derecho y la teoría general del derecho, no encajan y contradicen a las que existen en nuestro medio. Por ejemplo, Kelsen sostiene la teoría de la norma hipotética fundamental que viene a ser la causa u origen de un ordenamiento jurídico porque ella hace que surja el texto constitucional y que es un hecho pre-normativo o sociológico: la voluntad del pueblo de darse una Constitución. Pues bien, al jurista Karl Olivecrona, Recaséns Siches le atribuye este razonamiento:

"¿Qué es lo que dota a la constitución de un carácter jurídico? Si hacemos a un lado cualquier explicación supra-natural, nos encontramos con el hecho de que toda constitución tuvo su origen directa o indirectamente, o en la guerra o en la revolución. Podemos, desde luego, profesar veneración a los padres fundadores de la patria. Pero los fundadores no fueron otra cosa más que hombres mortales que tuvieron éxito en el establecimiento de un nuevo orden. Si se alude a la "voluntad del pueblo" como fuente de la constitución, se introduce entonces una ficción, una fantasía. No existe esa supuesta voluntad del pueblo, pues lo único real son las voluntades de los individuos..." (1963:306 T.I).

Creo que ante estos razonamientos, cuya esencia es propia de todos los defensores de este realismo, con sus naturales diferencias, reflejan,

me permito la licencia de decirlo, apreciaciones distintas del mundo y de la vida: las teorías del mundo romano germánico o anglosajón en algunos autores, son románticas y creemos en ficciones, en aspiraciones, hasta en utopías, lo que no es común en los países nórdicos.

Por supuesto que hay autores, como Al Ross, que tienen posiciones teóricas menos “extremistas”. En su obra “Sobre el derecho y la Justicia”, refiriéndose al jurista Julius Stone, con respecto a la tarea de la filosofía del derecho, dice:

“Su principio guía es que la filosofía del derecho (o jurisprudencia) estudia el derecho a la luz de la lógica, de la ética y de la sociología” (1994:28)

La anterior idea es la que sigue el trialismo jurídico de Miguel Reale.

En relación a su punto de vista, Ross dice:

“Nuestra hipótesis de trabajo dice que las normas jurídicas, como las normas del ajedrez, sirven como esquemas de interpretación para un conjunto correspondiente de actos sociales, el derecho en acción, de manera tal que se hace posible comprender esos actos como un todo coherente de significado y motivación y predecirlos dentro de ciertos límites...” (1994: 29)

El modelo realista no tiene mucho impacto en Guatemala como esquema epistemológico y las opiniones son controvertidas cuando se plantea el tema del activismo judicial, que en alguna medida se emparenta con el realismo jurídico. No obstante, el hecho de que se encuentre prevista la costumbre como fuente del derecho de manera auxiliar, que es un elemento del realismo jurídico norteamericano, y que los artículos 621 del Código Procesal Civil y Mercantil y 43 de la Ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad, contemplen la doctrina legal, que es jurisprudencia, como fuente de normas jurídicas en casos similares, autoriza a decir que si existe el modelo denominado realismo jurídico, de manera que puede utilizarse en una investigación que tenga como unidad de análisis los fallos de esas instancias procesales.

4. RESUMIENDO

Don aspectos importantes quiero decir en estos párrafos finales, después de haber presentado un panorama general de los paradigmas epistemológicos más conocidos en la ciencia jurídica.

1. En líneas anteriores citamos una frase del gran escritor Gohete, en donde dice que es más florida la realidad que la teoría. Sin embargo, otro portento de la cultura universal, Emanuel Kant, dijo que no se puede despreciar la teoría, a riesgo de caminar adivinado cuando se trabaja sobre experiencias de la realidad. Por eso Jhering aconsejaba que quien enseña derecho, mejor si también desempeña labores en los Tribunales como juez o como magistrado, para combinar la teoría con la experiencia. Un dicho popular dice que la experiencia es la madre de la ciencia. Pero, sólo experiencia creo que no sirve sin una buena teoría y una buena teoría es vacua sin una experiencia.
2. ¿Qué modelo utilizar en el conocimiento del ordenamiento jurídico de Guatemala? Creo que por inercia constitucional y legal, las normas del ordenamiento permiten utilizar el iusnaturalismo, el positivismo jurídico y en menor medida el realismo jurídico.

El iusnaturalismo se encuentra en el preámbulo de las Constitución, en los artículos 1 y 2 del Título I, Capítulo Único, y en toda la parte dogmática del texto supremo, así como en los tratados y convenciones de derecho humanos que están vigentes y tienen supremacía normativa conforme al artículo 46 constitucional. Todo el derecho nacional ordinario, en vista de lo previsto en este artículo, está sujeto a la constitución y los tratados y convenciones derechos humanos y éstos son derecho natural, de manera que, en concordancia con el principio de interpretación conforme, todo el derecho ordinario debe interpretarse y aplicarse conforme esta normativa. Alo anterior hay que sumar el artículo 44 constitucional, primer párrafo, en donde están previstos los derechos no enumerados o sea que no están escrito en el texto, pero que son propios de la persona humana, los que son expresiones de derecho natural. Además, el artículo 51 de la Ley del Organismo Judicial establece que el organismo Judicial “Imparte justicia conforme

la Constitución Política de la República y los **valores** y normas del ordenamiento jurídico del país”; y en el Código Civil, en materia de condiciones contractuales, se prohíbe pactar condiciones que sean contrarias a la **moral** y al orden público. La fuente o el origen del derecho natural puede ser distinta según las concepciones de cada uno: algo que está más allá de lo terreno (Dios) o la razón humana. A lo anterior debe sumarse el Código Civil que prohíbe, repetimos, pactar condiciones contractuales contrarias a la moral.

También participa nuestro ordenamiento jurídico del paradigma positivista, pues el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial establece que la ley es la fuente principal del ordenamiento jurídico y conforme a su artículo 57 todas las leyes integran el ordenamiento jurídico.

Por último, de manera bastante “tibia”, en nuestro sistema jurídico existe como paradigma el realismo jurídico, ya que la jurisprudencia complementa a la ley. Este realismo jurídico jurisprudencial, emparentado con la corriente de los Estados Unidos de América, existe en la jurisprudencia contenida en las resoluciones que haya dictado la Corte Suprema de Justicia al resolver casos de Casación. así como en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad en materia de su competencia, fallos que al ser reiterados en similares asuntos, crean lo que se denomina doctrina legal, pero que debe entenderse como jurisprudencia. En resumen: en nuestro sistema jurídico pueden utilizarse como paradigmas o modelos epistemológicos, el iusnaturalismo, el positivismo jurídico y el realismo jurídico.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

1998

Bobbio, Norberto. El positivismo jurídico, Editorial DEBATE, España.

1964

Bodenheimer, Edgar. Teoría el Derecho, Fondo de Cultura Económica, México.

2010

Campos Zamora, Francisco. Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico, Revista de la Universidad de Costa Rica, Número 122.

1976

Coing, Helmut. Fundamentos de Filosofía del Derecho, Editorial Ariel, España.

1961

Guastini, Ricardo, Estudios de Teorías Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Unam. México.

2001

Heck, philipp. El problema de la Creación del Derecho, Editorial Ariel, Barcelona, España.

1946

Jhering, Rudolf. La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, Buenos Aires.

1974

Marmor, Andrei. Teoría Analítica del Derecho e interpretación constitucional, Ara Editores, Perú.

2011

Morris, Clarence. La Justificación del Derecho, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires.

1995

Nino, Santiago. Introducción al Análisis del Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires.

1950

Roscoe, Pound. Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico, Editorial Ariel, Barcelona.

1994

Ross, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina.

1963

Recasén Siches, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX, Tomos I y II, Editorial Porrúa, México.

LEYES CONSULTADAS

Constitución Política de la República de Guatemala

Ley del Organismo Judicial.

Código civil.

TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCRIMINACIÓN

Andy Guillermo de Jesús Javallois Cruz¹

SUMARIO

- Introducción.
- 1. El principio de igualdad y el derecho de no-discriminación.
 - 1.1 Antigüedad.
 - 1.2 Declaración Francesa, 1789.
 - 1.3 Derecho internacional.
 - 1.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.
 - 1.5 Otros convenios y tratados de Derechos Humanos.
 - 1.6 Convención Interamericana de Derechos. Humanos, Pacto de San José, 1969.
- 2. Respuesta de la problemática de la discriminación desde el marco normativo internacional.
 - 2.1 Implementación de acciones positivas.
 - 2.2 La adopción de cláusulas o categorías sospechosas.
 - 2.3. Instauración de mecanismos de protección universal y regional.
- 3. Protección contra la discriminación en la legislación de Guatemala.
 - 3.1 La igualdad y el derecho de no discriminación en el marco constitucional guatemalteco.
- 4. Desarrollo de la normativa vigente sobre discriminación.
- Conclusiones. Lista de referencias.

¹ Abogado egresado de la Universidad Rafael Landívar, casa de estudios donde es profesor de los cursos: Introducción a la Filosofía, Filosofía del Derecho y Técnicas de Investigación Jurídica. Colaborador de la Secretaría de Pueblos Indígenas del Ministerio Público. Consultor de la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial. También ha sido catedrático del curso de derecho de los pueblos indígenas, en la Universidad Rafael Landívar y de Derecho maya en la Universidad Mesoamericana. Facilitador sobre pluralismo jurídico en la Unidad de Capacitación del Ministerio Público.

INTRODUCCIÓN

La discriminación es una problemática expresa y constituyente de la realidad en el país. La misma afecta, en diferentes modalidades, a la generalidad de personas. La discriminación como fenómeno social atenta contra la dignidad humana y tiene como efecto inmediato en la esfera individual la restricción y, en algunos casos, el impedimento del ejercicio de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana. En el plano político y como efecto a largo plazo se tiene la frustrada construcción de una ciudadanía, entendida ésta como el estado del pleno ejercicio de los derechos ciudadanos.

La vigencia plena de la igualdad y su correspondencia con la realidad es todavía una lucha que se está librando en todas las esferas de la vida social, no obstante el largo proceso y costo histórico de su reconocimiento y proclamación como un derecho humano fundamental.

La negación de la dignidad de la persona y su calidad de titular de derechos en planos igualitarios ha sido una constante histórica de la humanidad, a pesar de las solemnes declaraciones y la adopción de instrumentos jurídicos. Esta negación tuvo una exacerbación nefasta en diferentes dimensiones y regiones al menos durante el último siglo y en los albores actuales.

En Guatemala, el racismo y la discriminación ocurren desde el tiempo de la conquista por los españoles y luego han persistido con la imposición social y política de la bipolaridad ladino-indígena, hasta nuestros días.

La discriminación, como fenómeno y práctica social, se da sobre la base de otras motivaciones que igualmente, en tanto productos culturales e históricos, generan desigualdad e inequidad. Estos son por ejemplo, la discriminación basada en el sexo de la persona, la nacionalidad, el género, la edad, situación económica, idioma, discapacidad, religión y preferencia sexual. No todos estos tipos de discriminación pueden ser explicados bajo la lógica común del racismo o la discriminación racial, han necesitado la concepción y la creación de categorías de análisis propios como ha sucedido, especialmente, con la situación de discriminación de la mujer por motivos de género.

Si se analiza el concepto de igualdad desde su vertiente formal, es decir, la igualdad ante la ley, se concluye que consiste en asegurar a todos los ciudadanos la misma protección por medio de la ley (Castellanos, 1998:39). No significa que todas las personas sean absolutamente iguales, pues por naturaleza no lo son, sino que todos los seres humanos tienen iguales derechos.

Así pues el principio de igualdad ante la ley significa que todos los seres humanos, cualquiera que sea la clase o condición social a la que pertenezca, sus medios de fortuna, su raza o su religión tienen iguales derechos, están sujetos a los mismos deberes y son tutelados por las mismas garantías. La igualdad se refiere a la dignidad de la persona individual en cuanto que todos los hombres son radicalmente iguales por lo que a su naturaleza específica respecta. De ahí deriva la igualdad en cuanto a derechos fundamentales y, como objetivo último, también en cuanto a una igualdad de oportunidades en la promoción de valores y desarrollo humano. Las desigualdades físicas y/o intelectuales no deben poseer relatividad jurídica que afecten a los derechos fundamentales del hombre. Esteban Echeverría manifiesta que todo privilegio es una afrenta a la igualdad (Castellanos, 1998:40).

1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DERECHO DE NO-DISCRIMINACIÓN

El derecho a la igualdad y la proscripción de toda forma de discriminación es, sin lugar a dudas, el elemento básico de cualquier sistema jurídico occidental y el marco referencial de cómo se debe interpretar el ejercicio de los demás derechos. En palabras de Muñoz Conde,

“La no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social constituye uno de los derechos fundamentales de la persona por el hecho de serlo y está recogido en todas las declaraciones básicas de derechos fundamentales, tanto nacionales como internacionales. Así lo reconoce expresamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art.2). Complemento de este derecho es el principio de igualdad que impide cualquier tipo de discriminación, ya que ni la raza, ni el nacimiento,

ni el sexo, ni las creencias, etc., pueden determinar diferente trato en las personas. La condición humana aparece, pues, como un todo indivisible en el Ordenamiento Jurídico.” (Muñoz Conde: 2009: 769)

Por esta razón resulta importante y una herramienta efectiva examinar el origen jurídico del principio de igualdad y el derecho de no-discriminación. Para ello, presentamos los siguientes momentos históricos:

1.1 ANTIGÜEDAD

Desde la antigüedad, la existencia de la desigualdad social ha constituido un problema central para la teoría y práctica democrática. Tómese por ejemplo que entre los antiguos griegos, precursores de la idea de la democracia, los ilotas (esclavos de la comunidad) no tenían derecho alguno. De ello informan los filósofos Platón y Aristóteles (Lastra, 1999). Ante las desigualdades socioeconómicas de hecho y de todo tipo se planteó la igualdad en dos esferas: la ética y la normativa (jurídica). Desde la óptica ética se erigió el concepto de dignidad como valor intrínseco de la persona como base y punto de partida de la igualdad, superando su concepción inicial elitista de dignitas de la Roma pre imperial a la dignitas universal, dignidad humana (Fundación Myrna Mack, 2011: 38). Desde la perspectiva de la normatividad el reflejo del reconocimiento de la dignidad habrá de esperar hasta el siglo XVIII.

1.2 LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, 1789

Fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789 es uno de los documentos fundamentales de la Revolución francesa en cuanto a definir los derechos personales y colectivos como universales (FMM, 2011: 39). La igualdad alcanzó un sentido absoluto o lo más cercano a lo absoluto en esta Declaración en su Artículo 1 al proclamar que: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos». No se refiere a la condición de las mujeres o la esclavitud, aunque ésta será abolida por la Convención el 4 de febrero de 1794. No fue hasta que Olympe de Gouges, en 1791, proclamó la

Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana que las mujeres entraron, por lo menos a través de un documento no oficial, en la historia de los derechos humanos.

1.3 DERECHO INTERNACIONAL

La discriminación se ha convertido en tema de agenda internacional y el derecho de no-discriminación ha dotado de una herramienta jurídica al sistema de protección de Derechos Humanos y éste a su vez lo ha enriquecido en su significación, contenido y alcances derivado de la jurisprudencia.

La incorporación de la cláusula de no-discriminación en tratados internacionales de Derechos Humanos, inicia en la Carta de las Naciones Unidas suscrita el 26 de junio de 1945 y posteriormente en la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

El artículo 2.1 de la Declaración Universal establece que: *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*.

Por su parte el Artículo 7 indica: *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*.

El artículo 7 ha sido criticado porque en ningún momento hace mención en forma específica a los grupos que por su condición existencial han sufrido un proceso histórico de vida en condiciones de vulnerabilidad y que los instrumentos jurídicos denominan simplemente como “grupos vulnerables”.

1.4 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

El siguiente texto de no-discriminación que debemos resaltar es el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El artículo 26 mencionado establece la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de la ley; en el Pacto estos dos derechos están garantizados en sí mismos y no es necesaria la existencia de una amenaza hacia otro derecho o libertad enumerada en el Pacto para que cobre vigencia, es decir, la igualdad es un derecho autónomo.

El artículo 26 del Pacto, prohíbe la discriminación de hecho o de derecho, lo que constituye un avance porque establece el compromiso de los Estados de no promulgar leyes con contenidos discriminatorios o que tengan resultados discriminatorios. Sin embargo, dicho Pacto tiene una debilidad conceptual: en ningún momento define en forma clara y precisa qué se debe entender por el término de discriminación.

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que no obstante la terminología utilizada en el contenido del artículo 26, que prohíbe la discriminación, por cualquier motivo, el Comité en sus diversas resoluciones decidió restringir el alcance de este artículo, limitando la interpretación únicamente a los motivos enumerados expresamente en él, ya que el término de otra condición social aún no ha sido establecido con precisión.

1.5 OTROS CONVENIOS Y TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– sobre Igualdad de Remuneración (1953), el Convenio 111 de la OIT relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación (1958), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra de la Mujer (1979) son cuatro de los tratados de Derechos Humanos más relevantes que

desarrollan la cláusula de no-discriminación y contienen dentro de la normativa una definición de discriminación.

No obstante que estos tratados regulan materias diferentes, discriminación racial, discriminación en contra de la mujer, discriminación en el empleo y discriminación en la esfera de la enseñanza, establecen similares motivos prohibidos para las distinciones que configuran la discriminación. Otra de las similitudes relevantes es que estas definiciones como tales tienden a utilizar igualdad, igualdad de trato como sinónimo del principio de no-discriminación.

La razón por la cual se menciona la equiparación entre estos términos es porque la utilización de dichos conceptos se encuentra avalada por la interpretación que en su oportunidad realizó la Corte Europea de Derechos Humanos, considerando el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. La Corte Europea resolvió que *“Solo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable por lo cual no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”* (Corte Europea, juicio 23-VII- 1968 : 34.)

1.6 CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, PACTO DE SAN JOSÉ.

La Convención Americana de Derechos Humanos, conocido como el Pacto de San José, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 22 noviembre de 1969, contiene en su artículo 1.1 la cláusula de no-discriminación:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El Sistema Interamericano también ha recogido una amplia definición de discriminación vía jurisprudencia a través de las resoluciones emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos individuales. Así como por opiniones consultivas realizadas a la Corte por Estados miembros, de éstas destaca especialmente la interpretación de la cláusula de no-discriminación contenida en el artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos mediante la cual la Corte consideró que *“no todo trato jurídico diferente es discriminatorio, ya que existen ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de trato jurídico”*.

2. RESPUESTA DE LA PROBLEMÁTICA DE LA DISCRIMINACIÓN DESDE EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL.

La respuesta a la discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos se puede sintetizar de la siguiente manera:

- 2.1 Implementación de acciones positivas
- 2.2 La adopción de cláusulas o categorías sospechosas
- 2.3 Instauración de mecanismos de protección universal y regional.

2.1 IMPLEMENTACIÓN DE ACCIONES POSITIVAS

Consiste en el establecimiento de distinciones para favorecer a determinadas personas de ciertos grupos o personas con alguna condición existencial, sin que ello suponga discriminación en contra de todos aquellos excluidos de este beneficio (FMM, 2011: 46). También se le conoce como discriminación positiva, discriminación a la inversa o acciones afirmativas.

En el derecho internacional se la ha denominado acción positiva, en tanto que en la doctrina se la conoce como acción afirmativa. Estas acciones trascienden el concepto estricto de igualdad, y son empleadas con el objetivo de alcanzar la igualdad y la plena inclusión de personas y grupos que históricamente han sido excluidos. Se da un trato desigual favorable a aquellas personas miembros de colectividades

que son objeto de discriminación por razones económicas, raza, sexo, discapacidad u otros. Estas están orientadas a otorgar a los grupos sociales menos favorecidos, participación en las esferas social, política, económica y cultural, dentro de las cuales reiteradamente han sido relegados, tratando de conferirles igualdad de oportunidades en el acceso a la educación, empleo, cargos públicos, etcétera.

La aplicación de acciones positivas en sentido amplio dentro del contexto internacional puede ser interpretada como el compromiso adquirido por los Estados en ***“Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”*** (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18 “Condición jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” 25 de abril de 2003. Párrafo 188.)

Las condiciones que debe perseguir una acción afirmativa son:

- a) Perseguir un fin legítimo y que el mismo tenga carácter objetivo, en el sentido que exista una diferencia sustancial y no formal, la distinción debe ser fundada como lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma.
- b) La proporcionalidad debe darse entre la diferencia fáctica y la jurídica, es decir, entre la situación que se pretende erradicar y la norma que tiene este objetivo.
- c) Las consecuencias jurídicas deben estar en consonancia con el objetivo, tomando en cuenta el contexto en el cual se va a dar la acción positiva.

En este sentido, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, señala que las acciones positivas deben ser adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el progreso y desarrollo de ciertos grupos raciales o étnicos, de ciertas personas que requieran protección necesaria o para asegurar el apropiado desenvolvimiento

y protección de dichos grupos. Estas acciones no se consideran discriminatorias siempre que no conduzcan al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos por los cuales se tomaron. De este modo se da base para las medidas de acción afirmativa o discriminación positiva (Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Artículos 1.4 y 2.2.).

Así mismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación en Contra de la Mujer (CEDAW) ha hecho uno de los aportes más importantes en cuanto a las acciones positivas tanto en su definición como en su aplicación, primero porque define a qué se le denomina discriminación y luego, tomando como base la definición, sustenta la necesidad de la implementación de acciones positivas como un medio para acelerar la igualdad de *facto*. La previsión de la acción positiva que diferencia se efectúa en el artículo 4.1, de la CEDAW. El artículo 11 de la misma convención establece la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo.

2.2 LA ADOPCIÓN DE CLÁUSULAS O CATEGORÍAS SOSPECHOSAS

Hacen referencia a toda distinción ilegítima que se base en cualquier circunstancia personal o social del afectado, igualmente enumeran una serie de condiciones y criterios que la ética, la lógica y la experiencia rechazan como motivaciones por las cuales se pueda “lícitamente” distinguir a las personas para asignarles derechos desiguales (FMM, 2011:50).

El análisis de una situación o disposición por un órgano jurisdiccional bajo los criterios de las categorías sospechosas conlleva la finalidad de determinar y declarar la validez o invalidez de la situación sometida a su estudio. Para esto se parte del criterio de que en principio carece de validez jurídica cualquier restricción basada en la distinción por un motivo de los señalados como prohibidos y “quien alegue su validez tiene la carga de demostrar la existencia de un interés estatal

impostergable que justifique su dictado. Este interés, por supuesto, no puede estar relacionado con la pertenencia en sí a la categoría en cuestión. Adicionalmente, deberá probarse que no existe otra manera de lograr ese fin que no sea mediante esa limitación”.

Los textos jurídicos internacionales sugieren los motivos que merecen la mayor atención por parte de los Estados, así como del Sistema de protección de los Derechos Humanos tanto internacional como regional. De esa cuenta han establecido criterios con respecto a categorías sospechosas sobre aquellos motivos que con mayor probabilidad causen discriminación.

La distinción por motivo de raza es la categoría sospechosa internacional por excelencia. Casos individuales resueltos por la Corte Internacional de Justicia, en especial los casos africanos, han abonado al enriquecido del concepto de la categoría sospechosa de raza; en este marco, la Corte, tomando como base los casos resueltos de África Suroccidental.

En el mismo sentido, la Corte Internacional de Justicia, en respuesta a las opiniones consultivas sometidas a su consideración sobre distinciones por motivos de raza, se ha pronunciado de la siguiente forma:

«Las distinciones, restricciones, exclusiones y limitaciones fundadas únicamente en motivos de raza, etc., constituyen la negación de Derechos Humanos fundamentales, es una violación flagrante a los propósitos, principios y normativa de la Carta de las Naciones Unidas».

Igual tratamiento han recibido en el Derecho Internacional las distinciones por sexo y edad, las cuales han sido expresamente criticadas y censuradas tanto en la normativa como en la elaboración de los criterios que establecen las categorías sospechosas. Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que se refieren a la discriminación, y que además incluyen dentro de su normativa la cláusula de –no discriminación con tienen los motivos de sexo y edad.

También lo establece el Pacto de Derechos Civiles y Políticos indicando: En casos de situaciones excepcionales de emergencia podrán

suspenderse las obligaciones contraídas, en el Pacto, siempre que tales disposiciones no tengan como objetivo la discriminación en función del sexo, raza, color, idioma, religión y origen social.

2.3 INSTAURACIÓN DE MECANISMOS DE PROTECCIÓN UNIVERSAL Y REGIONAL

Los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos ofrecen un marco normativo de protección adicional, en virtud del principio de subsidiariedad del derecho internacional de los Derechos Humanos.

El Sistema de Naciones Unidas se ha instituido como un sistema internacional de vigilancia y protección de los Derechos Humanos. Dentro de este sistema existen los mecanismos convencionales y extra convencionales. Dentro de los convencionales se destaca la creación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que revisa informes periódicos que los Estados parte presentan, comunicando las acciones y medidas tomadas para la implementación del respectivo instrumento internacional. El comité mencionado ha establecido mecanismos para la presentación de quejas o denuncias individuales cuando se vulneran los derechos reconocidos en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

Entre los mecanismos convencionales siempre se destaca el Comité de la CEDAW, que es un órgano de las Naciones Unidas para el control y la supervisión de la implementación de todas aquellas medidas que los Estados deben adoptar para la eliminación de la discriminación en contra de la mujer; esto en virtud de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Los mecanismos extra convencionales han tenido un desarrollo más dinámico en atención a las necesidades de supervisión derivadas de diversas coyunturas situacionales específicas o temáticas. La forma en que se articulan es mediante la institución de los relatores especiales. De éstos caben mencionar al Relator Especial sobre el racismo y la discriminación racial, la xenofobia y las formas contemporáneas del

racismo; Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas; Relatora Especial sobre la violencia en contra de las mujeres; Relator Especial sobre la niñez y los conflictos armados.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos no cuenta con un tratado o convención interamericana de Derechos Humanos que en forma específica trate la discriminación. Ello ha promovido la incorporación a los tratados internacionales regionales, de cláusulas en contra de la discriminación. Por encontrarse contenidas en tratados de Derechos humanos, estas cláusulas gozan de una naturaleza especial. La Corte Interamericana estableció que estos tratados debido a su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a otros Estados contratantes.

La Carta de la Organización de Estados Americanos, en el artículo 3.1 señala como norma esencial que los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 1.1 establece el compromiso por parte de los Estados a respetar y garantizar todos los derechos y libertades consignados en el tratado sin discriminación de sexo. Asimismo, en virtud de su artículo 24, establece entre los derechos protegidos la igual protección de la ley y ante la ley.

En términos generales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁴ y la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, los principales instrumentos normativos del sistema, prohíben explícitamente la discriminación por razón de sexo.

Los órganos de vigilancia en el sistema interamericano básicamente lo constituyen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – de carácter no contencioso– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es ante estos órganos que se pueden presentar todos aquellos casos de discriminación que un Estado Parte ha cometido o que no habiéndolo cometido como tal no ha garantizado por medio de sus instituciones internas el derecho a la no-discriminación.

3. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE GUATEMALA

Todos los instrumentos jurídicos internacionales ya mencionados constituyen parte integral de la legislación guatemalteca y por lo tanto vigente y de cumplimiento por el Estado de Guatemala y exigible por los ciudadanos. Además de que los jueces y las autoridades deben tenerlos como de forzosa observancia en sus resoluciones y actos. En este sentido, constituyen el marco jurídico básico para la lucha contra la discriminación. De igual manera, tanto la jurisprudencia internacional como el derecho comparado resultan fuentes inagotables para la construcción argumentativa en los casos de discriminación.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco la Constitución Política de la República –CPR-, norma fundamental del andamiaje jurídico interno, estatuye en su sección denominada dogmática, el reconocimiento y respeto irrestricto a los derechos humanos. La Carta Magna nacional lleva a cabo un listado, que no agota, ni mucho menos excluye, el catálogo de derechos que pueden entenderse como derechos humanos. Precisamente es en esta sección de la Constitución donde se encuentra regulado el principio de igualdad en los términos que a continuación se consignan:

“Artículo 4º.- Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.”

Respecto de este artículo la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha manifestado que:

“... La cláusula precitada reconoce la igualdad humana como principio fundamental, que ha sido estimado en varias resoluciones de esta Corte.

Al respecto debe tenerse en cuenta que la igualdad no puede fundarse en hechos empíricos, sino se explica en el plano de la ética, porque el ser humano

no posee igualdad por condiciones físicas, ya que de hecho son evidentes sus desigualdades materiales, sino que su paridad deriva de la estimación jurídica. Desde esta perspectiva, la igualdad se expresa por dos aspectos: Uno, porque tiene expresión constitucional; y otro, porque es un principio general del Derecho. Frecuentemente ha expresado esta Corte que el reconocimiento de condiciones diferentes a situaciones también diferentes no puede implicar vulneración del principio de igualdad, siempre que tales diferencias tengan una base de razonabilidad...” (Opinión Consultiva emitida por solicitud del Presidente de la República, Gaceta No. 59, expediente No. 482-98, página No. 698, resolución: 04-11-98.)

También guarda esta garantía constitucional una estrecha vinculación con el debido proceso como la Corte lo ha dejado de manifiesto al decir que *“...en el respeto al principio jurídico del debido proceso, que es un derecho que asiste, en igual proporción, a todas las partes que concurren a juicio y es lo que les permite ejercer su actividad con oportunidades equivalentes cada una en su ámbito de actuación...”* (Gaceta No. 59, expedientes acumulados Nos. 491-00 y 525-00, página No. 106, sentencia: 16-06-00. En igual sentido: - Gaceta No. 59, expediente No. 746-00, página No. 71, sentencia: 14-02-01).

En la línea más *ad hoc* al ejercicio de la libertad la honorable Corte lo expresado en su oportunidad en el siguiente extracto: *“...Esta Corte estima que la libertad personal es un derecho humano, que la Constitución de la República garantiza, de tal suerte, que únicamente por los motivos y en la forma que la misma Constitución y la ley específica de la materia señalan, puede ser restringido...”* (Gaceta No. 17, expediente No. 209-90, página No. 209, sentencia: 24-09-90. Se menciona en: - Gaceta No. 61, expediente 223-01, sentencia: 03-07-01).

El principio a que hace referencia el máximo tribunal constitucional se torna evidente también en otros artículos constitucionales tales como los siguientes: 19 literal a; 50; 69; 71; 73; 93; 102. Lejos de que pueda considerarse esta enumeración *numerus clausus*, la Constitución en su artículo 44 establece como forma de reconocimiento de derechos a todos aquellos que son inherentes a la persona humana figuren o no en instrumentos internacionales, otorgándoles jerarquía constitucional, sean estos presentes o futuros.

Esto significa que los derechos y garantías en materia de derechos humanos que establece la Constitución, constituyen un mínimo, por lo que son susceptibles de ser mejorados y de ser ampliados mediante la incorporación de nuevos derechos. Esto es congruente, primero con la voluntad de los constituyentes que afirmaron *“la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social”* (CPR, preámbulo) y segundo, con la finalidad que el Estado se organiza para la protección a la persona humana (art. 1), entre ésta la protección contra la discriminación.

4. DESARROLLO DE LA NORMATIVA VIGENTE SOBRE DISCRIMINACIÓN

Los valores que consagra la Constitución y su carácter garante o proteccionista a grupos en condiciones de vulnerabilidad, aunado a los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Guatemala en materia de discriminación, han tenido como resultado la elaboración de una serie de instrumentos legales y reglamentarios tendientes a crear acciones que evitan la discriminación a ciertos sectores, incluso se ha reformado el Código Penal, adicionando el delito de Discriminación mediante el artículo 202Bis.

El delito de discriminación contempla no sólo la discriminación étnica, sino además, una serie de motivaciones para la comisión de este delito tales como la religión, la situación económica, el estado civil, etcétera. El legislador trató de abarcar en una sola norma todos los supuestos que se pudieran presentar. Sin embargo, al momento de establecer el núcleo esencial de la conducta delictiva, lo limitó al acto de impedir o dificultar el ejercicio de un derecho. Lo anterior implica que se reconoce a los grupos socialmente marginados, y que el delito se establece como un mecanismo para luchar por la igualdad.

Otra normativa ordinaria de importancia lo es la Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer. Esta ley tiene como objetivo el desarrollo integral de la mujer y su participación en todos los niveles de la vida económica, social y política. Por esta ley, se exige al Estado promover mecanismos que permitan la plena participación y representación política de las mujeres en todos los ámbitos de la vida nacional y eliminar todo tipo de discriminación de la mujer.

Además se reconoce la responsabilidad común entre hombres y mujeres en la redistribución, equidad y ejecución de las tareas relativas a las labores domésticas, crianza y cuidado de los hijos. Se contempla el compromiso del Estado de promover acciones y mecanismos para lograr la equidad económica y social de las mujeres, mediante la modificación de leyes, normas, mecanismos, usos y prácticas discriminatorias que impiden el acceso a la tierra sea en propiedad, posesión o arrendamiento.

CONCLUSIONES

1. La importancia del derecho de igualdad, no-discriminación, en el Derecho Internacional Público, estriba en la conclusión inmediata que se desprende de él: que ninguna persona, ente o autoridad puede hacer diferencias discriminatorias arbitrarias.
2. El derecho a la no-discriminación hizo consolidar y cristalizar en el Sistema de Protección Universal de los Derechos Humanos un concepto específico sobre discriminación.
3. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y el derecho a la no-discriminación han ingresado en el dominio del *ius cogens* y por lo tanto están revestidos de imperatividad, acarrear obligaciones *erga omnes* (respecto de todos) de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.
4. La discriminación y el racismo no se van a eliminar por el hecho de que se tipifique la discriminación como delito en la norma sustantiva (Código Penal), pero esto constituye un avance, ya que el Estado reconoce que la discriminación es un problema.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III. 24°. Edición. Editorial Heliasta. Argentina, 1996.

Castellanos Howell, Álvaro Rodrigo. *Derecho constitucional. La técnica de la libertad*. Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Programa de Fortalecimiento Académico de las Sedes Regionales, 1998.

Fundación Myrna Mack. *La discriminación de su inefable realidad a su punibilidad en Guatemala*. FMM, 2011.

Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal, parte especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Edit. Heliasta. Argentina, 1990.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 21°. Edición. Edit. Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1992.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS.

Lastra Lastra, José Manuel. El trabajo en la historia. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/11/cnt/cnt7.htm#P14>.

REFERENCIAS NORMATIVAS

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Código Procesal Penal decreto del Congreso de la República No. 17-73.

Código Procesal Penal, decreto del Congreso de la República No. 51-92.

Código de Trabajo, decreto del Congreso de la República No. 1441.

Ley del Organismo Judicial, decreto del Congreso de la República 2-89.

Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer, decreto del Congreso de la República 7-99.

Ley de Desarrollo Social, decreto del Congreso de la República 42-2001.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, decreto del Congreso de la República No. 27-2003.

Código de Salud con Participación de la Comunidad en los Programas y Servicios de Salud, decreto del Congreso de la República No. 90-97.

Ley de Alfabetización, Decreto del Congreso de la República decretó No. 43-86.

Ley de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala, decreto del Congreso de la República No. 65-90.

Ley de Educación Nacional, decreto del Congreso de la República No. 12-91.

Acuerdo Gubernativo No. 456-96 Programa de Becas para Niñas del Área Rural.

Acuerdo Gubernativo No. 1046-87, Establecimiento del Alfabeto de los veintitún idiomas indígenas.

Acuerdo Gubernativo No. 748-97, Creación de la Comisión Consultiva para la Reforma Educativa con Representación y Participación Indígenas.

Circular del Despacho Ministerial de Educación de fecha 9 de abril de 1999, Reconocimiento del Derecho de los Alumnos a asistir a clases con Traje Indígena.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y OTROS

Declaración Universal de Derechos Humanos, Organización de Naciones Unidas. 1948.

Convención Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. 1969.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Organización de Naciones Unidas. 1963.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Organización de Naciones Unidas. 1979.

Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de Naciones Unidas. 1989.

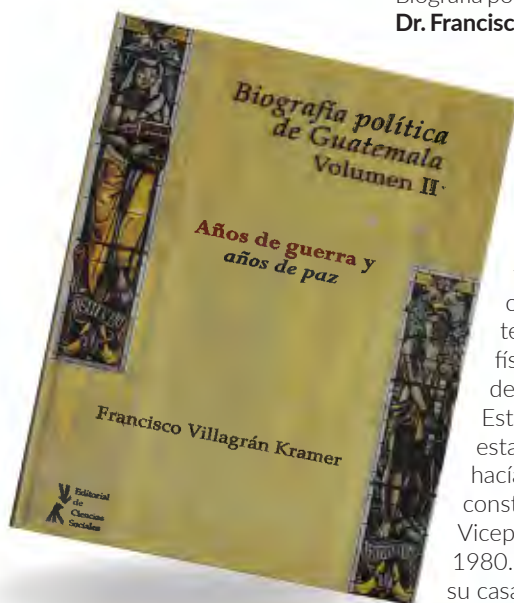
Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, Organización de Estados Americanos. 1999.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Organización Internacional del Trabajo. 1989.

Declaración del Fondo de Naciones Unidas para la Educación y la Cultura, sobre la Raza y los Prejuicios Raciales. Organización de Naciones Unidas. 1978.

Opinión Consultiva 4/84, 19 de enero de 1984. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Costa Rica. 1984.

Biografía política de Guatemala, Volumen II
Dr. Francisco Viullagrán Kramer

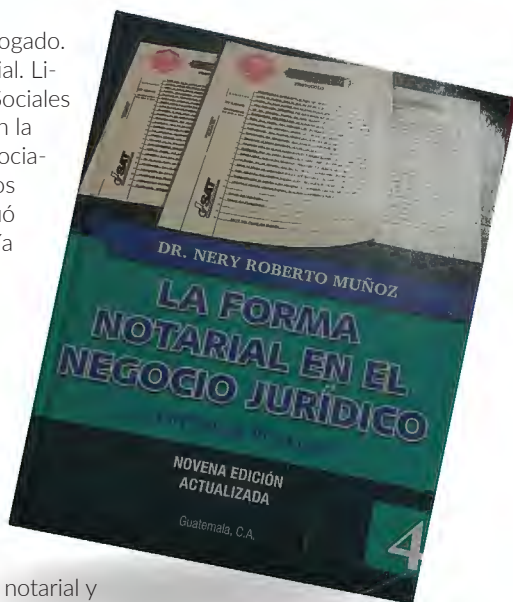


Nació en Guatemala 5 de abril de 1927. y falleció en la Ciudad de Guatemala el 12 de julio de 2011, Egresado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, de donde obtuvo el grado académico de Licenciado en Abogado y Notario (1946-1951), fue un connotado abogado y político guatemalteco que tenía una estructura física de extrema delgadez y considerable altura, convencido de que el Estado de Derecho y la democracia estaban ausentes en Guatemala desde hacía décadas. Poseía un pensamiento constitucionalista y demócrata. Fue Vicepresidente de Guatemala de 1978 a 1980. Falleció a los 84 años de edad, en su casa de habitación.

La Forma Notarial en el Negocio Jurídico.
Dr. Nery Roberto Muñoz

Doctor en Derecho. Notario y Abogado. Master Artium en Derecho Notarial. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesor de Derecho Notarial en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, en donde se graduó de Abogado y Notario. La Maestría en Derecho Notarial la obtuvo en la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Los estudios de Doctorado en la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y los cursos superiores de notariado los llevó en la Universidad Pontificia Comillas, en Madrid, Española y los cursos profundizados en derecho notarial y registral en la Universidad Notarial Argentina.





Fallos con Calidad.

Gustavo García Fong

Cuenta con estudios de posgrado en Filosofía y Letras, por la Universidad Rafael Landívar; posee dos maestrías, una en Derecho Pluralista Público y Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona y otra en Derechos Humanos por la Universidad Rafael Landívar. Tiene una especialidad en Derecho Internacional Humanitario por el Comité Internacional de la Cruz Roja -CICR- delegación regional para México, América Central y el Caribe hispanohablante. Es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad Rafael Landívar.

Actualmente es investigador de tiempo completo en el departamento de Análisis Jurídico de la Asociación de Investigación y Estudios Sociales -ASIES- con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer y la iniciativa Think Tank -IDRC-, Canadá”.

Introducción al
Derecho Procesal
Individual del Trabajo
Guatemalteco.

**Raul Antonio Chicas
Hernández**





REVISTA 68
COLEGIO DE
ABOGADOS Y NOTARIOS
DE GUATEMALA

JULIO - DICIEMBRE 2017

EN ESTA EDICIÓN

JUSTICIA TRANSICIONAL
Dra. Hilda Morales Trujillo

LA LEGITIMIDAD DE LAS NORMAS
ELECTORALES INTERNACIONALES
Licda. Gilma Esperanza Valladares Orellana

EL SISTEMA TRIBUTARIO
GUATEMALTECO Y SUS PRINCIPIOS
Dr. Marco Aurelio Alveño Ovando

APUNTES SOBRE LAS TENDENCIAS
EPISTEMOLÓGICAS EN LA CIENCIA JURÍDICA
PARA EL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO DE GUATEMALA
Dr. Rene Arturo Villegas Lara

TRATAMIENTO JURÍDICO
DE LA DISCRIMINACIÓN
Lic. Andy Guillermo de Jesús Javalois Cruz