

## ¿Documento o Constitución en Guatemala? Reflexiones críticas sobre una confusión conceptual [1]

Por Jesús María Alvarado Andrade\*

\*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Francisco Marroquín.

«En la incoherencia de una constitución política reside la única garantía auténtica de la libertad». Nicolás Gómez Dávila (El, 65c)

El documento de 1985 se reputa social y jurídicamente como «Constitución política de la República de Guatemala» a la vieja usanza de las llamadas «Constituciones programáticas» no normativas.

En 2015, se conmemoraron los treinta años de vigencia del documento, sin que existiera gran celebración, dato que ratifica el engaño que representa denominar a este «texto» con pretensiones normativas como «Constitución», pues no se festeja algo que no lo merece o no se le da importancia.

Centrados en una visión arcaica y premoderna, la ciudadanía y la academia ha puesto su atención en las condiciones o cualidades morales, éticas, carismáticas e incluso estéticas que deben tener los titulares que ejercen el poder político.

Con ello, se ha eludido que lo importante no es pensar en hombres «buenos», sino en «arreglos institucionales sólidos», desconfiando de la pretendida naturaleza bondadosa de los hombres.

En tal sentido, todo indica que Niccolò Machiavelli [1] no ha pasado por una asimilación cultural e intelectual, imprescindible vacuna teórica para impedir tantas dosis de ingenuidad en el ámbito político-constitucional.

El análisis teórico para dilucidar si el documento de 1985 es una Constitución, sugiere irremediablemente ciertos «exorcismos», para poder lograr disipar no ya demonios, sino poderosos «mitos» que conviene disipar –sin menoscabo del lenguaje pervertido- para poder atender, escrutar y analizar mejor la «realidad» político-constitucional.

La imperiosa necesidad por descubrir aquellas cosas que permanecen ocultas resulta vital para poder dar pasos en favor de la libertad, tocar la realidad y no favorecer la sempiterna queja cotidiana tan típica de esta convulsionada América española, empeñada en hacernos recordar el viejo mito de Sísifo.

Denominar al documento de 1985 como «Constitución» por el solo hecho de que así se denomine es una superficialidad no propia de juristas y de personas atadas al estudio del Derecho, cosa diferente claro está, a la repetición acrítica de legislaciones sin saber lo que significan. Esta actitud poco crítica, castra y mutila una de las disciplinas fundamentales para sostener la civilización, a saber: el Derecho constitucional.

El uso irresponsable del concepto de «Constitución» quizás es una de las consecuencias más palpables del fenómeno de usurpación del lenguaje. La usurpación acrítica está reñida con la necesaria búsqueda por conocer los fundamentos e historia de las palabras y conceptos. Si bien quien escribe asume corrientes analíticas que rechazan cualquier definición por «naturaleza» de las palabras, ello no equivale a negar la historia de las ideas y de los conceptos<sup>[2]</sup>.

En efecto, si se asume que el término «Constitución» denota un tipo de orden político específico resultado del movimiento constitucionalista que bien puede catalogarse de «liberalismo juridificado»<sup>[3]</sup>, no cabe duda de que ese orden jurídico «liberal» consiste en el reconocimiento de la «separación de poderes» y la «garantía de derechos» con el objetivo de hacer posible la libertad individual custodiando la libertad política.

De hecho, como bien postularon los revolucionarios de 1789, sin estos dos requisitos no existe «Constitución» ya que: «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution» [«Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución»] (art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano).

-II-

La «separación de poderes» innegablemente va más allá de la existencia de una separación orgánica entre los mal llamados «organismos», a saber: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, además de los «órganos con autonomía funcional», toda vez que lo importante es asegurar la proscripción de todo poder coercitivo arbitrario.

Esta idea no tiene nada que ver con la distorsión moderna de sostener que la Constitución crea el poder político y lo escinde en «organismos» sujetos a la unidad del poder público, es decir, del Estado en el ámbito interno (arts. 152-156).

Lamentablemente, la definición de Constitución de la revolución de 1789 no cristalizó en ese país (Francia) debido a la falsa revolución liberal, hasta que en el siglo XX fuese defendida y rescatado dicho concepto por el *Conseil constitutionnel*.

Llama la atención que sea precisamente este concepto el que luzca imposible en un régimen como el guatemalteco –y muchos países de América española- debido a que el poder político,

conforme a la noción de «soberanía nacional», solo favorece una preliminar «distinción de funciones» al interior del Estado.

Se dice preliminar en este ensayo, toda vez que la «separación de funciones» no es tal si se atiende al carácter inter orgánico e interfuncional de los actos estatales, en tanto cada «organismo» cuenta con funciones típicas del órgano, pero también, puede ejercer otras funciones que en otros tiempos no le correspondían.

Además, huelga advertir, que no siempre hay coincidencia entre las funciones de los organismos que ejercen el poder público y los actos jurídicos estatales (arts. 165, 170, 171, 183, 272 entre otras).

El mal hábito de leer disposiciones jurídicas sin entender sus fundamentos ha llevado al extravío de confundir cosas esenciales. De hecho, es menester recordar la sabia advertencia de Anthony de Jasay<sup>[4]</sup> cuando afirmaba la ilusión que representa creer que la mera existencia de «separación de poderes» -en países donde eso existe- convierte al «Estado» en algo benigno.

La razón es simple y estriba en que todas las tradiciones en favor de la «libertad» han sido paulatinamente liquidadas por el Estado en tanto máquina moderna que quiere succionar toda la sangre de la Nación, representada en el símbolo del vampiro *Drácula* de Bram Stoker ya bautizada antes como «deus mortalis» por Hobbes.

Esta destrucción de las tradiciones, de la libertad y de los «cuerpos intermedios» ideas otrora defendidos por Montesquieu y Tocqueville entre otros, ha sido posible gracias a la aceptación acrítica de las «morales mejores» forjadas por intelectuales, tanto en las filas liberales como en las «antiliberales», aceptadas por el típico afán de novedad de las masas modernas.

El resultado de dicho proceso ha sido el «vampirismo» estatal, gracias a la ausencia de «separación de poderes», lo cual ha fomentado, la paulatina desaparición de los «derechos individuales» por la irrupción de las incansables «necesidades» devenidas en «derechos sociales» y la irrupción de «bioideologías»<sup>[5]</sup> emergentes que liquidan el «sistema de libertad».

-III-

«Desmitificar» el pensamiento político-jurídico resulta una vacuna fundamental para comprender las instituciones político-constitucionales formalmente existentes, y a la vez, evaluar su aplicación en la realidad sin escapismos de ningún tipo.

Por ello, la existencia de un documento reputado como «Constitución» no debería llevar en el ámbito académico a la repetición acrítica de tomarla por tal. Este documento y los hombres llamados directamente a darle vida deben dar pruebas claras de que «tenemos», «estamos» y «vivimos»<sup>[6]</sup> bajo el umbral de una Constitución.

En tal sentido, los estudiosos del Derecho y de la Política, deberían ser cautelosos a la hora de denominar al texto de 1985 y a cualquier texto reputado como Constitución, como si lo fuera por el simple hecho de denominarse así.

De hecho, si la ingeniería constitucional de las «Constituciones racionales-normativas»<sup>[7]</sup> oscila entre un postulado de *deber ser* (ideal) que debe traducirse normativamente en la práctica, resulta pertinente estudiar jurídicamente el texto, problematizando en su contenido, y a la vez, indagar en las causas que explicarían la distancia entre lo que se proclama y lo que se cumple.

Si bien la ausencia de Constitución puede corroborarse con una simple lectura del texto, cuyas confusiones conceptuales son tales que dan para un manual de Derecho constitucional crítico, ello no basta, sino que es necesario procurar reflexiones jurídicas que expliquen las fallas intrasistemáticas del documento, la mayor de las veces, causas –no las únicas- del pésimo funcionamiento del sistema político-constitucional.

En efecto, si la disposición referente a la forma de Estado sostiene que el Estado de Guatemala es un Estado libre (art. 140), entonces es evidente que no hay Constitución si «libre» quiere decir no sometido a Derecho. El constituyente confundió «independencia» con «libertad».

Quizás quiso decir –pero no lo dijo- que la Nación es libre gracias a la existencia de una Constitución, pero ello sería traicionar el propósito inicial, cual es, el de elaborar un documento para permitir que las fuerzas políticas, sociales, económicas que formaron parte del «consenso» sigan operando bajo el fantoche de una Constitución política pero nunca normativa, pese a sus diversas disposiciones formales (175, 153, 203, 204, 263-272) y los sueños de crédulos adoctrinados por la propaganda oficial.

La escasa normatividad del documento no obedece exclusivamente a la adopción de un ingente contenido de cláusulas sociales ilusorias que confunden «necesidades» con derechos, sino también, al hecho, de que para que estas disposiciones adquieran normatividad requieren de una legislación que jamás dictan los legisladores, ocupados de cosas más importantes como es hacer perseverar la máquina del «Estado de partidos» y el impotente «Estado social».

Una simple lectura ingenua del texto de 1985 podría llevar a la conclusión de que todo lo que allí se dice es posible, eludiendo que muchas de esas disposiciones requieren de «*interpositio legislatoris*» (arts. 47 al 134 entre otras), la cual depende de una estructura económica poderosa que no existe, pues se ha expoliado a la «sociedad civil», pasada, presente y futura como indican los penosos índices económicos.

#### -IV-

La «igualdad ante la ley» (art. 4) se diluye y no se concibe como un deber del Estado (art. 2) precisamente porque la mal llamada «justicia social» es el gran deber, traducido en una concepción de justicia redistributiva que niega la «igualdad formal». Es esta igualdad material la

que funda el régimen constitucional (arts. 101 y 118) al amparo del predominio de la hegemonía «legislativa» y de «mandatos» en detrimento de la libertad individual.

La ausencia de Constitución se manifiesta en el precario régimen de libertad individual y libertad política existente tal y como muestra en el «WJP Rule of Law Index 2016» y el «Democracy Index 2015».

También y no menos importante, se observa en el régimen «precapitalista» antagónico a la economía de mercado, aceitado por el monopolio -prohibido y permitido en la Constitución- (art. 130), los privilegios y el régimen económico y social colectivista imposible de cumplir (art. 118 y 119).

Tal y como ha sostenido una autorizada teoría de la Constitución, existen Constituciones «nominales», «semánticas» y «normativas». En el caso de América latina y de Guatemala en especial, prevalecen las dos primeras, dado que muchas disposiciones constitucionales catalogadas con «cinismo» como las «mejores del mundo» (cuando son imitaciones claras y repeticiones malas de otros textos) no son plenamente operativas<sup>[8]</sup>.

De igual modo, pueden concebirse como «semánticas» dichas disposiciones, dado que solo determinan, ratifican y justifican la configuración política gestada por la «clase política» que le dio origen, las cuales, «otorgan» el documento, sin que éste lo pueda ratificar como ha sucedido en Guatemala.

Las condiciones políticas del momento se convirtieron en la excusa perfecta para evitar a toda costa que la tan cacareada «soberanía» del pueblo se manifestara.

Basta recordar que el documento de 1985 no solo no fue ratificado y aprobado por el pueblo, sino que le arrebató la posibilidad de poder dictar mediante sus representantes electos una vez dictado el documento las mal llamadas «leyes constitucionales».

A la vez, el documento se encargó de proscribir la participación popular al arrebatarle al pueblo la posibilidad de ratificar las reformas al Capítulo I del Título II efectuadas por la Asamblea Nacional Constituyente como si ésta fuera el propio pueblo.

Washington, Hamilton, Adams, Franklin, Jay, Jefferson y Madison se asombrarían con tal despropósito. Ahora bien, es menester destacar que no hace falta ser anglosajón para criticar tal despropósito. Solo basta acudir también a la historia constitucional del país lleva de sugerencias olvidadas, de lecciones que debieron ser tomadas en cuenta y que no se hicieron por la sempiterna premura por hacerlo todo mal.

La «separación de poderes» no solo requiere que la misma sea en origen (en la sociedad) y que el pueblo elija a sus representantes, sino que también, los productos resultantes en ejercicio de esas atribuciones jurídicas sean sometidos a la ratificación popular.

El Pueblo no sería «soberano» si los actos de la Asamblea Nacional Constituyente no son refrendados por el propio pueblo. Dicha Asamblea, no es equivalente al propio pueblo, salvo que se asuma -no exento de graves repercusiones- el nefasto antecedente revolucionario francés.

Otorgar el poder de reformar la «Constitución» sin refrendo popular en el caso antes mencionado, es el reconocimiento de la desaparición de la «libertad constituyente».[\[9\]](#) D

Dicha libertad política, no solo no pudo cristalizar en el origen del documento de 1985, sino que tampoco se puede manifestar en la reforma de la misma –en lo que concierne a la reforma a través de la Asamblea Nacional Constituyente- y tampoco, en el desarrollo del documento[\[10\]](#), pues la «libertad constituyente» es un gran mito en países sin «rule of law» y «democracia política» gracias a que su tutela la detentan los que se autodenominan «pueblo» y «representantes».

-V-

La ausencia de Constitución no se satisface solamente con la instauración de una Corte de Constitucionalidad –primera en su género en América española[\[11\]](#), sino en asumir su significado político y fortalecer a los ciudadanos con togas.

Dado que los jueces no ejercen o no deberían ejercer poder político, debe la sociedad reconocer su *auctoritas*, solo si hay sobradas razones para creer en su conocimiento jurídico (*iura novit curia*) y su carácter de árbitros independientes e imparciales.

La existencia de jueces independientes e imparciales luce esencial para que pueda asegurarse la normatividad de la Constitución y mantener el sistema de libertad. La discusión de «política constitucional» (ingeniería constitucional) en contextos de constituciones escritas como la guatemalteca, importa para poder asegurar la tan ansiada y a veces difícil «separación de poderes» y «garantía de derechos», e incluso, para poder asegurar mayor efectividad al control jurisdiccional de la Constitución.

Pensar lo contrario es pretender construir la casa por el tejado.

La afirmación de que «Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure» (art. 175), es innegable, que tiene mayor sentido si se dispone de mecanismos de control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales (arts. 263-272).

Sin embargo, resulta un error fundamental pensar que la Constitución se agota en el ámbito de la «judicial review» como han sostenido los defensores de un modelo constitucional cimentado en las togas exclusivamente.

Los documentos llamados como Constituciones disponen de «normas fundamentales», que disciplinan la producción normativa a partir del texto superior (*norma normarum*), la forma de

Estado (art. 134, 224 y 253), la cual en Guatemala es unitaria-centralista con tintes de descentralización administrativa, además de la forma de gobierno republicana, democrática y representativa (art. 140).

El sistema político-constitucional en Guatemala, es un caso paradigmático, dada su defensa de un tipo normativo harto extraño en su regulación como son las «leyes constitucionales» llamadas a ahondar en diversas «materias constitucionales» (art.175), cuya creación es imposible para el poder constituido en algunas de dichas materias.

La normatividad del documento depende de muchos factores, entre los que cabe mencionar, un definitivo cambio de cultura jurídica. Es «vox populis» el hecho social de que el Derecho no importa salvo que reporte alguna ventaja el cumplirlo en nuestra América española.

En términos jurídicos y sociales, el ordenamiento jurídico en nuestros países es aceptado a «beneficio de inventario», de allí que todos los documentos sean un conjunto de enunciados con mucha parafernalia con poca asimilación social, es decir, pura adhesión de boca a los principios del constitucionalismo y nada más.

En este sentido, los defensores de la libertad, los juristas o abogados en general, tienen un rol importante que cumplir, dado que no es con tópicos de café que podemos resolver problemas recurrentes, angustiosos y urgentes en nuestro ámbito, sino dotándonos de un arsenal de conocimientos provenientes de muchas disciplinas sin descuidar lo jurídico.

Es lo jurídico y el respeto a la positividad del Derecho a lo que debe prestar atención el jurista, con auxilio de la «filosofía del derecho», «teoría del derecho» y el «Derecho constitucional» en lo que concierne a los asuntos relacionados con el sistema político-constitucional.

Si el rol de los juristas, abogados y jueces se traduce en una búsqueda por convertirse en actores políticos, haciendo análisis jurídicos solo y exclusivamente desde la opinión, desde la sociología, desde la economía, desde la moral o la política (que no es ciencia sino arte como lo es Derecho también), entonces habrá un daño irreparable a la búsqueda por conquistar el «rule of law».

El Derecho, la positividad del mismo y la reflexión teórica importan. Ello no quiere decir «formalismo» que es una concepción del Derecho descartada incluso por autores positivistas. Pensar que la solución está en abogar por un culto anti forma (la forma del Derecho claro está), es abogar por un «marxismo pueril»[\[12\]](#) insólito en estos tiempos.

-VI-

Hace décadas atrás Loewenstein sostuvo con acierto que «... los jueces sean más conservadores que otros profesionales es un hecho natural pues el Derecho es conservador y forzosamente estático hasta que se lo modifica»[\[13\]](#).

Y es que en efecto, abogados y jueces deban respetar la positividad del Derecho evitando torcerlo con malabarismos morales y políticos, pues de lo contrario, habrá anarquía y las morales inventadas de laboratorio terminarán por convertir al sistema de libertad en una reliquia del pasado.

Todo jurista debe abogar y defender la «positividad del Derecho», sin lo cual, habría en sistemas ajenos al «common law» pura «moral» desnuda. Los intentos por superar el «positivismo jurídico» y hacerlo cómplice de las tergiversaciones garrafales en nuestros sistemas es ignorar lo que esta concepción del Derecho beneficiosa para la defensa de la libertad ha reportado a la historia y a la humanidad.

Cualquier intento anti forma (la forma del Derecho claro está), solo tendería a llevarnos al extravío, es decir, a borrar de la historia las diversas técnicas y métodos de interpretación y aplicación del Derecho, y liquidar de una vez y para siempre los cada vez menos efectivos derechos individuales gracias al invento funesto del «Estado democrático, social y de Derecho».

Dado que es común la imitación acrítica a los Estados Unidos de América y al Reino Unido, especialmente en imitar lo peor de esas sociedades (la espuma) difundidas por los *mass media*, sin percatarse en el fondo, es decir, de la sustancia que les ha permitido ser sociedades libres y prósperas, debería frenarse mediante una intensa educación jurídica cimentada en las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales clásicas y contemporáneas.

Basta pensar que, en ambos países anglosajones, la idea y el concepto de Constitución surgió desde el Derecho, cuya disciplina, a saber, el «Derecho constitucional», ha florecido no al amparo de comentarios de artículos constitucionales, sino de exhaustivos estudios, aspecto que puede decirse es similar en Europa.

La confusión conceptual denunciada se manifiesta en muchos órdenes: i) poca lucha por una Constitución normativa debido a la manipulación ideológica; ii) escasa reflexión conceptual y parálisis del estudio jurídico en procura de la defensa de la libertad individual; y, iii) reducción del Derecho a la mera repetición acrítica de disposiciones jurídicas sin comprensión de sus significados etc.

Como bien se ha dicho en el pasado, un lenguaje confuso es una mente confusa.

Por ello, no cabe duda de que en materia jurídica habrá que también volver a recordar a tírios y troyanos, que todo aquello que conviene a la Nación (no al Estado) debe ser regido por los mejores («excelentes»), los cuales deben hacer posible en el ámbito cultural, político, social y académico, un cambio en la mentalidad imperante, «exponiendo principios más razonables y recomendando hombres mejores»[\[14\]](#).

Si bien puede parecer sugerente la frase con la que inicia este escrito, a saber: «En la incoherencia de una constitución política reside la única garantía auténtica de la libertad», es

poco probable que éste sea el caso del documento de 1985 llamada a ser todo aquello menos una Constitución.

El documento que no cumple con los requisitos esenciales formulados en 1789 no puede ser bautizado a la ligera con tan bello rótulo de Constitución. A lo sumo, será un simple documento que procura afianzar al Estado y más en rigor, a la «clase política», enmascarada en el artificio Estado con personalidad jurídica.

Por ello resulta actual recordar a Bastiat cuando sostenía como si leyera una angustia en el presente que: «...una vez que el legislador abandona los comicios, el lenguaje cambia. La nación cae en la pasividad, en la inercia, en la nada, y el legislador toma posesión de la omnipotencia. A él le corresponde la invención, la dirección, el impulso, la organización. La humanidad sólo tiene que dejarse llevar; ha sonado la hora del despotismo»<sup>[15]</sup>. En el pensador francés, era el legislador, ahora son los «organismos» trabajando de manera conjunta.

[1] Todo lo mencionado en este trabajo será ampliado en un libro de próxima publicación.

[1] Entre muchas obras Maquiavelo, Nicolás, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Alianza Editorial, Madrid, 2015 y *El Príncipe*, Alianza Editorial, Madrid, 2010.

[2] Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia. El Debate contemporáneo*, vol. 1 vol. 1, Alianza, Madrid, 1988, 305 pp. y *Teoría de la democracia. Los problemas clásicos*, vol.2, Alianza, Madrid, 1988, 313 pp.

[3] Otto Pardo, Ignacio, *Obras completas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales--Universidad Oviedo, Madrid, 2010, 1570 pp.

[4] *The State*, Liberty Fund, Indianapolis-USA, 1998.

[5] Negro Pavón, Dalmacio, *El mito del hombre nuevo*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2009.

[6] Lucas Verdú, Pablo, «Tener y estar en constitución» en *Revista de Derecho Político*, nº 75-76, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2009, pp. 275-285

[7] García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

[8] Loewenstein, Karl, «Constituciones y Derecho constitucional en Oriente y Occidente» en *Revista de Estudios Políticos*, nº 164, Centro de Estudios Políticas y Constitucionales, Madrid, 1969, pp. 5-56.

[9] De Miranda, Francisco, *América Espera*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1982, p. 178; Schwartz, Pedro, *En Busca de Montesquieu: La Democracia en Peligro*, Encuentro, Madrid, 2007, 464 pp.

[10] Véase el capítulo 2, titulado «Dogmas en torno a la Ley Electoral y de Partidos Políticos», en Alvarado Andrade, Jesús María y Fernández Luiña, Eduardo, «Diagnóstico de la Ley Electoral y de Partidos Políticos de Guatemala: situación y alternativas para su reforma», Centro de Estudios Económico-Sociales (CEES), Guatemala, 2015 en <http://antiguo.cees.org.gt/diagnostico-de-la-ley-electoral-y-de-partidos-politicos-de-guatemala-situacion-y-alternativas-para-su-reforma/>

[11] Fix-Zamudio, Héctor, «Algunas tendencias predominantes en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo», en Combellás, Ricardo (coord.), *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, COPRE CIEDLA-Konrad Adenauer Stiftung-Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Caracas, 1996, Vol. I, p. 49.

[12] García de Enterría, Eduardo, «El Derecho Constitucional como Derecho», *Revista de Derecho Político*, nº 15, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 1982, págs. 7-20

[13] Loewenstein, Karl, «Sumario de los métodos de designación del personal judicial» en *Revista de Estudios Políticos*, nº 96, Centro de Estudios Políticas y Constitucionales, Madrid, 1957, p. 55.

[14] Von Mises, Ludwig, *La Acción Humana: Tratado de Economía*, 11º Ed., Unión Editorial S.A., Madrid, 2015

[15] Bastiat, Frédéric “La Ley”, *Obras Escogidas*, Unión Editorial, Madrid, 2004.