

El Estado Legislativo Decimonónico.

Álvaro Castellanos Howell

Sumario

I.- Reflexiones teóricas introductorias, II. El “Triángulo Anti-pluralista”.

Resumen

Las fuentes formales del Derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia. Pero, es válido preguntarse si en nuestro país, todas ellas tienen la posibilidad fáctica y jurídica de generar normas de derecho, y hasta qué grado pueden hacerlo. O si, por el contrario, hay un predominio de una sobre las otras, y en caso afirmativo, si dicho predominio se constituye más bien, en una hegemonía de una sobre las otras. El ordenamiento jurídico en Guatemala, siguiendo la tradición jurídica europea continental, está inmersa en una visión generalmente aceptable que la legislación tiene un predominio sobre la jurisprudencia y la costumbre, por las razones políticas e históricas que lo justifican. No obstante ello, por las razones expuestas en este ensayo, el parecer del autor es que más que un predominio, existe una avasallante hegemonía de la ley, como fuente formal del Derecho, sobre las demás fuentes de ese tipo, a tal grado, que se llega a conformar lo que antojadamente se da en llamar “un triángulo anti-pluralista de las fuentes formales del derecho”, en detrimento de una visión más viva y actualizada del Derecho.

Palabras Clave

Fuentes formales del Derecho, ley, jurisprudencia, costumbre, hegemonía, carácter decimonónico del Estado; interpretación, aplicación de la ley, argumentación jurídica; anti-pluralismo.

Abstract

The formal sources of the law are legislation, custom or social practices and jurisprudence. But it is valid to raise a question if, in our country, all of those sources have the real and legal ability to generate rules of law, and to what extent they can achieve it. Or, if to the contrary, there is a predominance of one over the others, and if responded in the affirmative, if such predominance is more an hegemonic position of one source over the others. The legal regime of Guatemala, following the legal tradition of the continental Europe, in inserted in a generally acceptable principle that that the legislation is the main source of

law, in contrast to the custom and jurisprudence, due to the political and historical reasons that explain such position. Notwithstanding, due to the reasons presented in this essay, the opinion of the author is that, more than a predominance, there is an overwhelming supremacy of legislation as almost the only source of law over the other sources, to such extent, that a so called “anti-pluralist triangle of the sources of law” is constituted in our legal reality, in detriment of a more vivid and updated view of the law.

Key Words

Formal sources of law, legislation, costume or social practices, jurisprudence, predominance, State based on nineteenth-century characteristics; interpretation of the law; application of the law; legal reasoning; anti-pluralism.

Este ensayo es el producto de una preocupación cada vez más recurrente en mí. Está relacionada con las fuentes del Derecho. Mas sin embargo, no se pretende ahora hacer una visita completa, mucho menos, un planteamiento formal, sobre las diversas fuentes jurídicas y la importancia que a cada una de ellas debería asignárseles según la doctrina y la experiencia.

Un trabajo así, requiere de mayor rigurosidad y dedicación que las prestadas a la elaboración de este ensayo.

Acá pretendo enfocarme en un solo aspecto; el que podría denominarse “la hegemonía legislativa” en materia de fuentes del Derecho. Y aclaro que, espacial y temporalmente, me refiero a la realidad jurídica guatemalteca actual.

Ordenando las ideas y el material, que en mi opinión, me hacen percibir fuertemente que tenemos un desprecio o quizás, peor aún, un bloqueo intencional, hacia otras fuentes formales normativas, encontré además de las disposiciones legales que cito para fundamentar mi planteamiento, un trabajo que, como se dice coloquialmente, “vino como anillo al dedo” e inclusive sirvió para dar título a este breve trabajo.

Me refiero a la obra del insigne constitucionalista italiano, Gustavo Zagrebelsky, denominada “El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia.”¹

Así pues, empiezo prestando ciertas ideas de dicho autor que tienen, a mi parecer, íntima conexión con la preocupación confesada al inicio, y luego, paso a describir normas fundamentales del ordenamiento jurídico guatemalteco que determinan lo que, palabras más o palabras menos, Zagrebelsky define como un “Estado legislativo decimonónico”.

Inclusive, cometo el atrevimiento de comparar algunas de esas normas que “dibujan de cuerpo entero” nuestro sistema de fuentes formales, con normas similares de otras jurisdicciones, especialmente centroamericanas, con el fin de intentar evidenciar de esa manera que quizás, los guatemaltecos, sin saberlo, podemos ser evaluados, en el tema toral de este ensayo, como los más decimonónicos de la región.

Así pues, está compuesto este trabajo de dos breves secciones; la primera, con reflexiones generales que brindan un cierto marco teórico; y la segunda, que describe las normas que me permiten el atrevimiento de denominar esa estructura jurídica guatemalteca como “el triángulo antipluralista”, usando de tanto en tanto un método comparativo entre la hegemonía legislativa que acuso

¹ Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*; Madrid, España, Editorial Trotta, Décima edición, 2011. Cap. 2, pp 21 ss.

en nuestro medio, con lo que podría decirse de este tipo de fuentes, en algunos países centroamericanos e inclusive, en España.

I.- Reflexiones teóricas introductorias:

Me baso únicamente en las ideas de Zagrebelsky y algunas propias, para intentar enmarcar el planteamiento de este ensayo.

Justamente, y parafraseándolo, inicia diciendo el autor que el siglo XIX “es el siglo del Estado de derecho”, o del *Rechtsstaat* según su expresión alemana, que se distinguía del *Machtstaat* o “Estado bajo el régimen de la fuerza” característico del siglo XVII, y del *Polizeistaat* o Estado bajo el régimen de policía, también denominado “Despotismo Ilustrado”, característico del siglo XVIII.²

Al destronarse los regímenes antiguos, afirma que se transita del *rex facit legem*, al *lex facit regem*.³

Sin embargo, recuerda Zagrebelsky que a pesar que el Estado de derecho ha representado históricamente uno de los elementos fundamentales de las nociones constitucionales liberales, no es del todo incompatible dicha noción con otras orientaciones como el “Estado de razón” (*Staat der Vernunft*), que simboliza un “Estado Gobernado según voluntad general de razón y orientado sólo a la consecución del mayor bien general”, que considera una idea perfectamente acorde con el Despotismo ilustrado.⁴

Entiendo que el autor veía aún una línea divisoria muy fina entre ese Estado de razón y los albores del Estado de Derecho, pues el acento o el núcleo del poder se trasladaba, entre el siglo XVIII y el XIX, de la discrecionalidad absoluta del Soberano hacia la predeterminación legislativa, no importando cuán impositiva pudiera ser esta última también.

El solo hecho de concentrarse ahora el poder en “el pueblo”, lo hacía, por antonomasia, democrático y republicano, sin importar realmente el contenido de la legislación. Es decir, fuese útil o inútil, legítima o ilegítima, o quizás peor aún, democrática o tiránica. El destronamiento del antiguo régimen creó una hiperbólica importancia en las asambleas populares, aspecto que quizás es el que mayor contenido le da a esa caracterización de “decimonónico” al tipo de Estado post-revolucionario, por supuesto, entendible a la luz de las circunstancias y las exigencias del momento.

Al menos, esto podría ser más pertinente decirlo de la Europa continental, pues diferente fue el proceso liberador, en la Europa insular. En esta parte del mundo, la lucha en contra del poder despótico se marca inclusive desde el

² Ibid., p.21

³ Loc. Cit.

⁴ Ibid., p.22

Siglo XIII, con la *Magna Charta*, o sea, casi cinco siglos antes que las ideas libertarias especialmente francesas, dieran sus frutos. Esa diferencia explica mucho por qué las fuentes del Derecho en la tradición jurídica anglosajona no centraron su atención en el poder legislativo, sino principalmente en el derecho común y su interpretación. Pero este fascinante aspecto de la historia del Derecho escapa a los límites del presente ensayo.

Baste decir que quizás, el pivote diferenciador entre el concepto de “rule of law” de origen anglosajón, y el “*Rechtstaat*” aludido en esta primera sección, de origen europeo continental, es la propia definición o concepción de lo que entiende por “ley”. Precisamente, algo que se vincula directamente con la determinación del reconocimiento y jerarquización de las diversas fuentes formales del derecho. En el proceso liberador inglés, el parlamento y la corona convivieron desde siglos antes que se derrocará el antiguo régimen europeo continental. En cambio, al darse este último hecho, los parlamentos vinieron de alguna forma, a sustituir por completo el ejercicio del poder hegemónico. No más monarcas, sólo el pueblo es el dueño absoluto del mismo. El nuevo soberano (tiránico o no).

Esas diferencias marcaron el desarrollo jurídico entre la Europa insular y la continental.

Así, “En la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer, la idea de *Rechtstaat*, en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, **y sólo la ley**, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado.”⁵ (el énfasis es agregado).

El texto que resalto denota lo que considero el verdadero núcleo o esencia de mi planteamiento: la hegemónica y decimonónica visión de la ley como única fuente del “Derecho” para resolver disputas entre particulares, y entre éstos, y la administración.

Si quisiéramos imaginarnos más gráficamente descrita esa idea, viene en mente de inmediato la expresión del insigne revolucionario Montesquieu. Al decir que los jueces deben ser “simples bocas de la ley”, intentaba promover como garantía que los jueces solamente debían aplicarla, procurando que se evitara a toda costa la menor grieta posible para dar cabida a la interpretación subjetiva del juzgador. Es decir, la “creación judicial del derecho” se

⁵ Ibid., p.23

consideraba desde entonces y para siempre, un atentado directo contra el principio de la separación de poderes, algo tan normal en la ínsula europea.

O sea, el Estado liberal por excelencia, dadas las circunstancias en las que surge o eclosiona, impone una primacía de la ley frente a la administración, y cualquier otro poder y los mismos ciudadanos. Era pues, un “estado legislativo” amarrado al principio de legalidad”. Perfectamente entendible para el siglo XIX (de ahí, “decimonónico”).

“El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho.”⁶

El énfasis que he hecho en el párrafo anterior, literalmente citado de la obra de Zagrebelsky, me permite ir cerrando estas ideas o reflexiones iniciales, me permite describir con mayor propiedad la preocupación que manifiesto desde la primera línea de este ensayo.

Nótese que el autor citado hace referencia, a mi parecer, a un estado de situación que considera de alguna forma, fincada en las circunstancias del momento, refiriéndose especialmente a la revolución que destronó al *Ancien Régime* (Europa continental, particularmente, Francia).

Trascendiendo de aquella época y lugar, y ubicándonos en el presente, me pregunto: en Guatemala, ¿podría decirse que el concepto o noción de derecho se reduce a la ley? ¿No hay más derecho, que la ley misma? Y en cuanto a las fuentes del “derecho” (“ley”), ¿están excluidas de nuestro ordenamiento jurídico las demás fuentes formales del derecho, a saber, principalmente, la costumbre y la jurisprudencia? Y si no lo están, ¿están en todo caso, sometidas a ley como fuente suprema del “derecho”?

Veamos.

II. El “Triangulo Anti-pluralista”.

Para entender el por qué denomino así lo que a continuación intento describir, primero, unas aclaraciones.

Esa figura geométrica que uso como metáfora, es en relación precisamente a las fuentes formales del Derecho.

Entiendo por fuentes formales, los procesos o procedimientos que le dan forma a la creación, la modificación o la extinción de normas jurídicas. Son ellas, como bien se sabe, la legislación, la costumbre y la jurisprudencia.

⁶ Ibid., p.24

Tradicionalmente, se diferencian de las fuentes materiales del derecho, en el sentido que estas últimas son las verdaderas causas o razones históricas, políticas, sociales, económicas, éticas, etc., para que se cree o manifieste una norma jurídica.

Por plural, entiendo, conforme el Diccionario de la Lengua Española (DRAE), lo que es múltiple, lo que se presenta en más de un aspecto.

En sentido contrario, y quizás como un antónimo de aquella palabra, “hegemónico”, es lo que impone su supremacía sobre cualquier otra alternativa.

Lo plural implica variedad. Lo hegemónico, impone uniformidad.

Hechas las aclaraciones anteriores, ¿es válido afirmar que en Guatemala, existe una concepción anti-pluralista en relación a las fuentes formales del Derecho, en el sentido que, para efectos prácticos existe realmente una única fuente, que en suma y práctica, hace equivaler derecho con ley?

Interrogado de otra forma, ¿sigue siendo Guatemala un país que, por su estructura jurídico-normativa, puede aún denominársele un “estado legislativo decimonónico”?

Lamentablemente, me atrevo a responder en ambos casos en forma afirmativa.

Al menos, hasta ahora, las fuentes formales del derecho están reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, pero plenamente sometidas a una de ellas.

Corresponde ahora explicar por qué veo una forma de triángulo, en este relevante asunto de nuestro sistema jurídico. Sabemos que todo triángulo es un polígono de tres lados, formado por tres vértices y ángulos.

Aclaro que pienso normalmente en un triángulo equilátero en el uso de esta metáfora, pues me parece que es el mejor formado para resistir embates o ataques. Es decir, quizás es el más sólido de todas las formas triangulares.

Imagino formando cada vértice de ese triángulo equilátero, con las siguientes normas de nuestro ordenamiento jurídico: A) la que define las fuentes formales del Derecho; B) la que encierra la noción que en latín se le conoce como el principio de *ignorantia iuris non excusat*, y C) la que ordena o regula la interpretación de la ley;

Y para consolidar ese triángulo, lo imagino llenándose, como concreto de refuerzo, con un contenido particular, que se constituye como una especie de “tapa al pomo”: la norma que regula el delito denominado “prevaricato”.

Me explico con más detenimiento.

Cabe recordar que todos los artículos que forman los vértices del triángulo, se encuentran dentro de los llamados “Preceptos Fundamentales” de la Ley del

Organismo Judicial (Decreto 2-89 del Congreso y sus reformas), -“LOJ”-, y como tales, son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco.⁷

Los preceptos fundamentales están contenidos en los artículos, del 1 al 23 de la referida legislación, y las tres normas que sirven de vértices a mi pretendido triángulo, forman parte, como decía antes, precisamente de esos preceptos fundamentales.

Son pues, eso: preceptos torales de todo el ordenamiento jurídico guatemalteco, y así, precisamente, se “inculcan” en la “formación jurídica” de nuestro país.

Vértice A

Artículo 2: Fuentes del Derecho. *La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.*

Es necesario notar la primera oración. “La ley ES LA FUENTE del ordenamiento jurídico.” (énfasis es propio). Al referirse a la “jurisprudencia” como fuente complementaria, confirma esa preeminencia de la ley, aunque pareciera dar cabida a un cierto rol relevante de la jurisprudencia. Sin embargo, es sabido que para que haya “jurisprudencia” o “doctrina legal” en Guatemala, conforme el artículo 627 del Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto-Ley 107) deben existir al menos cinco fallos uniformes, ininterrumpidos, que enuncien un mismo criterio, emitidos por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación.

En otras palabras, la formación de “jurisprudencia” en nuestro ordenamiento está enfocada más en requisitos cuantitativos que cualitativos y su establecimiento es de difícil consecución, por las excesivas rigurosidades formales que se aplican al recurso de casación, único medio para poder llegar a una sentencia emanada por la máxima autoridad judicial del país en justicia ordinaria.⁸

Es importante estar consciente de algunas otras cosas muy particulares sobre la jurisprudencia en Guatemala. Para empezar, se le equipara con “doctrina legal”. Así es como se refieren a ella las disposiciones legales guatemaltecas

⁷ Artículo 1, Ley del Organismo Judicial. Cabe mencionar que en muchos países, este tipo de normas se encuentran en sus respectivos Códigos Civiles.

⁸ Se utiliza el término justicia “ordinaria” en contraste con la justicia constitucional, como es costumbre en nuestro medio. Aprovecho esta cita a pié de página para aclarar también que no se hace alusión a los criterios de formación de “jurisprudencia constitucional”, que son diferentes a los mencionados en este texto, pero que igualmente, sigue esa otra jurisprudencia, criterios más cuantitativos que cualitativos, al existir o considerarse invocable cuando haya 3 fallos contestes de la Corte de Constitucionalidad en un mismo asunto o materia, conforme el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad.

que disponen cómo se crea “doctrina legal”. Es decir, su proceso de creación está regido por ley y es riguroso. Muy riguroso. ¿Por qué? Pues solamente la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad pueden crearla por medio de sus fallos. Jamás se podría citar como base jurídica o legal de un argumento planteado en tribunales o ante cualquier otra instancia legalmente facultada para resolver una petición, un “simple fallo” de un tribunal de primera o de segunda instancia. Por mucho que sus razonamientos pudieran ser la envidia de Platón o el mismísimo Aristóteles, su invocación podría ser ignorada por completo.

Otro aspecto menos evidente, pero que mantiene esa hegemonía legislativa que en este ensayo, afirmo contundentemente que existe en nuestro ordenamiento jurídico, es que es el legislador y nadie más, quien determina cuándo hay jurisprudencia o doctrina legal o cuando no. Por ejemplo, ¿qué pasaría si una reforma a las normas que regulan la “doctrina legal” en Guatemala, se reformaran como corresponde, para determinar que ya no fueran “x” número de casos, sino “y”, siendo “y” mayor que “x”? También podría hacerlo al revés, pero, cuál de los escenarios es el más posible que pudiera ocurrir en la vida real?

Es conveniente también resaltar que ese rol “complementario” de la jurisprudencia es cuando haya defectos legislativos, tales como la obscuridad o la ambigüedad, o el vacío o “laguna”, pero que, el propio Organismo Legislativo puede “corregir” en cualquier momento, y en caso de hacerlo, se entendería, en mi opinión, que cualquier “jurisprudencia” ya causada, quedaría abrogada o superada por la norma legislativamente emanada en el Congreso. Es decir, si la “jurisprudencia” no fuese del agrado del Congreso de la República, éste podría emitir norma que la dejara sin efecto.

Al describir el Vértice C del triángulo antipluralista, se recordará que el juez guatemalteco está supuesto a no interpretar la ley en su proceso de aplicación de la misma, si la norma jurídica legislativa es “clara en su tenor literal”. Es por ello que cuando se unen los lados del triángulo formados por tales vértices, se cierra casi totalmente una verdadera posibilidad de influencia generadora de derecho por parte de las otras fuentes formales que no sean la legislativa.

Nuestros “preceptos fundamentales del ordenamiento jurídico guatemalteco”, paradójicamente contenidas en la Ley del Organismo Judicial, parecieran haberse dado para decir que al juez supremo solamente le es dable “crear derecho”, en caso de ambigüedad de la ley, o en ausencia total de la misma (laguna legislativa), pero ¡debe estar convencido, en justicia ordinaria, al menos 5 veces, que así es, y en justicia constitucional, al menos 3 veces!.

Como ya se dijo, los magistrados de la Corte de Apelaciones no pueden, tan siquiera, pretender crear jurisprudencia o “doctrina legal”, en el sentido formal y cuantitativo de nuestro ordenamiento jurídico. No digamos, jueces de primera

instancia, que es en donde realmente se conocen y se resuelven las disputas entre particulares y entre éstos y el Estado.

En cuanto al reconocimiento que el artículo 2 LOJ hace de la costumbre, como fuente del Derecho, esta jamás podría servir para “interpretar” o “aclarar” pasajes oscuros de la ley. Solamente podría “llenar lagunas legislativas” o ser relevante, cuando la ley misma así lo diga. So pena de no ser contraria a la moral o al orden público, y que además, resulte debidamente probada.

¿No viola este último requisito, aquél principio que los hechos notorios no requieren prueba? Si la costumbre es lo que es (*inveterata consuetudo* y *opinio iuris*), ¿no es parte esencial de la costumbre, ser evidente, por su misma reiteración inveterada? ¿Por qué habría el legislador de imponer ese requisito de evidenciarla? Es cierto que la mayoría de legislaciones, al reconocer a la costumbre como fuente del derecho, requieren que sea probada. Pero creo que en estricta consecuencia con los elementos subjetivo y objetivo de la costumbre antes mencionados, la regla podría ser que es notoria, y solamente en ciertos casos debería probarse. En todo caso, la jurisprudencia, en el sentido amplio, es la forma idónea para recoger, evidenciar o cristalizar la costumbre.

Nótese que el requisito de no contravenir a la moral o al orden público, es realmente algo muy particular. Creo que esa condición, en primer lugar, denota quizás algunos prejuicios o estereotipos: el primero, que toda norma emanada del Congreso es por excelencia, “moral” o conteste con el orden público. Ello presume muchas cosas que creo que se echan mucho de menos en nuestro medio en estos días.

Pero dejando por un lado una observación muy personal y coyuntural, este requisito presume que puede haber una costumbre “mala”. Creo que viene dado de un antipluralismo mucho más delicado: el cultural. Porque, cómo podría ser una práctica reiterada, inmoral, ¿si quienes la practican la consideran legalmente obligatoria? ¿No será que, por el contrario, la característica de legitimidad (que de alguna forma se aproxima al tema de la validez axiológica de la norma) es más espontánea o connatural a una costumbre, que a una norma legislativa, que podría ser la “ocurrencia” de cualquier diputado en un mal día? De hecho, ejemplos concretos en nuestro medio, sobran, en cuanto a este último comentario.

Las interrogantes anteriores se hacen únicamente con el afán de generar pensamiento crítico, sea cual sea la respuesta. Lo importante es meditar sobre este TORAL asunto de las fuentes del derecho (tal como lo llama precisamente el epígrafe de este artículo 2 LOJ que se comenta ahora). Quizás, si se fuese muy crítico, ese epígrafe, si se hubiese redactado con mayor franqueza o meditación, debería decir “Fuentes de la ley” y no del “derecho”.

Porque además es prudente recordar que dentro de los dogmas jurídicos que se nos inculcan desde nuestros albores en el estudio del Derecho, es que el ordenamiento jurídico es un todo, hermético y pleno, y que, según se adopte inclusive una posición positivista a ultranza, se puede llegar a afirmar que la ley no tiene vacíos. Que ello es imposible. Un pensamiento bastante “napoleónico”, por cierto.

Vértice B

Artículo 3. Primacía de la ley. *Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario.*

No hay mucho que decir o explicar. Esta norma es contundente. Pinta casi por completo, la hegemónica posición de la legislación como fuente formal.

Claro está que el principio de *ignorantia iuris non excusat* es inmemorial y necesario. Dentro de la estimativa jurídica, el valor “certeza jurídica” muchas veces ocupa lugar preponderante. Este principio busca lograr ese valor. Aunque sea una verdadera y auténtica ficción.

Si se hace un poco de análisis normativo comparado, disposiciones legales de la mayoría de países recogen claramente este mismo principio, **pero** no lo mezclan o lo interrelacionan con otras fuentes del derecho, como la costumbre.

Es decir, la norma típica que busca implantar esta ficción jurídica como una absoluta necesidad en pro de la certeza jurídica, simplemente prescribe que contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia. ¡Punto!

No es que no tenga, de alguna forma, algún sentido, prescribir que la ley prima y por ende, se entienda que las demás fuentes del derecho son subsidiarias. Ya quedó claro que éste es el sistema que seguimos tradicionalmente, y bien manejado, no debería ser tan polémico o mejor dicho, excluyente.

Pero ¿por qué el legislador guatemalteco agregó, por si no fuera suficiente el artículo 2 LOJ, que la costumbre en Guatemala no puede ser *contra legem*? ¿Qué pasa si existe una auténtica laguna legal, pero a alguien se le ocurre que la costumbre contraviene otra disposición legal, que realmente no tiene relevancia o pertinencia alguna con el tema sustantivo bajo análisis?

Creo que el artículo quiso marcar o hacer un énfasis muy fuerte en la primacía de la ley como fuente del derecho. Esto confirma que es válido interrogarse si ello nos caracteriza como “estado legislativo decimonónico”.

Lo complejo en este asunto es que, además, Guatemala es un país multicultural. Este comentario lo hago de manera provocativa. Lo confieso. Pero este asunto complejo, tiene que ver más con el llamado “pluralismo

jurídico” que con el “pluralismo de las fuentes formales del Derecho”. Abordar el primero rebasa en demasía este pequeño ensayo.

Es interesante notar que, de un rápido análisis comparativo en la región centroamericana sobre la regulación del principio *ignorantia iuris non excusat*, resulta ser que Guatemala es el **único** país del istmo que “mezcla” dicho principio con el carácter primario o hegemónico de la ley frente a otras fuentes, especialmente la costumbre.⁹

Al comparar los textos legales que se citan a pié de página puede confirmarse dicho extremo, pues, en el caso de Costa Rica, aunque la prevalencia de la ley sobre la costumbre está citada en la misma norma constitucional, no mezcla o confunde esa regulación, con el principio de *ignorantia iuris non excusat*. Como puede constatar, la afirmación que contra la observancia de la ley no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario (que no, la ignorancia), me parece que está vinculado más con la vigencia y eficacia de la ley, que con el principio pre citado.

Por ejemplo, aquello que se dice de una ley cuando está vigente, pero no se aplica (“derecho positivo, pero no vigente”) parece tener más conexión con esta regulación (el desuso no autoriza a derogar una ley). La expresión anterior, realmente, no es correcta, pues por derecho “positivo” debe entenderse el derecho dado por el Estado, así que todo derecho dado o puesto por el Estado (derecho positivo) está vigente mientras no se derogue por los medios legales para ello (derecho vigente). O sea, todo derecho positivo, es vigente, mientras no se derogue como el derecho positivo dice que se debe derogar. Pero, ¿puede existir derecho vigente, no positivo?

Esta respuesta depende mucho de la posición personal que se tenga sobre las fuentes formales del derecho y la visión filosófica del Derecho.

Otro ámbito de análisis más, que queda fuera de este ensayo, es conocer si el principio *ignorantia iuris non excusat* es aplicable únicamente a la legislación,

⁹ **El Salvador:** Artículo 8 del Código Civil: “No podrá alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona, después del plazo común o especial, sino cuando por algún accidente grave hayan estado interrumpidas durante dicho plazo las comunicaciones ordinarias entre el lugar de la residencia del Gobierno y el departamento en que se debe regir. En este caso dejará de correr el plazo por todo el tiempo que dure la incomunicación; **Honduras:** Artículo 6 del Título Preliminar, del Código Civil: “No podrá alegarse ignorancia de la ley, por ninguna persona, después del plazo común o especial, sino cuando por algún accidente hayan estado interrumpidas, durante dicho plazo, las comunicaciones ordinarias entre el lugar de la residencia del Gobierno y el departamento en que debe regir. En este caso dejará de correr el plazo por todo el tiempo que dure la incomunicación.”; **Nicaragua:** Artículo III del Título Preliminar, del Código Civil: “No podrá alegarse ignorancia de la ley, por ninguna persona, después del plazo común o especial, sino cuando por algún accidente hayan estado interrumpidas, durante dicho plazo, las comunicaciones ordinarias.”; **Costa Rica:** Artículo 129 de la Constitución Política de la República de Costa Rica: “Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial. Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice. No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público. Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa. La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución”.

como fuente formal, o lo es también a la costumbre y la jurisprudencia, ante todo, en otros países en donde esas otras dos fuentes han tenido o tienen relevancia normativa. Esta interrogante se hace especialmente válida en los países regidos por la tradición jurídica o familia jurídica del “common law” o derecho consuetudinario.

Es decir, ¿puede distinguirse este principio, como “ignorancia del derecho”, más que el de simple “ignorancia de la ley”? En Estados Unidos de América, en caso de existir un precedente judicial bajo el principio de *stare decisis*, ¿le es aplicable esta noción que, ante su creación, no puede alegarse su desconocimiento?

Desde el Derecho romano se planteó el problema de la ignorancia del “Derecho” y se estableció la distinción del principio entre la ignorancia fáctica, que no debería perjudicar al interesado, y la jurídica, que redundaba en su perjuicio: *regula est, juris quidem ignorantiam, quique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*.¹⁰

Para concluir estas breves disquisiciones sobre el llamado Vértice B de nuestro triángulo anti-pluralista, vale la pena preguntarse, qué ocurriría en aquellos países en que la costumbre, por ejemplo, sí es fuente formal del derecho. Si la misma es notoria, y por ende, no sujeta a prueba, ¿podría alegarse ignorancia de la misma, para excusarse de su cumplimiento? Me parece que no, y entonces, el principio de ignorantia iuris, como una clásica ficción jurídica, podría hacerse extensivo a todas las fuentes formales del Derecho. Así, el principio, mejor denominado, debería conocerse como el de “ignorancia del derecho, no excusa su cumplimiento”.

En Guatemala, anuladas casi por completo las otras fuentes formales del Derecho, bien se entiende entonces por qué nosotros nos aferramos a este principio bajo la noción de “ignorancia de la ley, no excusa su cumplimiento”. Hasta ahí, pues en realidad, ¿para qué complicarse con hacerlo extensivo a la costumbre y la “doctrina legal”?

Vértice C

Artículo 10. Interpretación de la ley. *Las normas se interpretarán conforme su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones*

¹⁰ Digesto. Lib. XXII, tit. 6, fr. 9.

análogas; d) Al modo que parezca más confirme a la equidad y a los principios generales del derecho.”

Este vértice, que tiene que ver con la ingente labor judicial de interpretar y aplicar el Derecho basado en el principio de *iura novit curia*, podría referirlo como la punta del triángulo equilátero que me sirve de metáfora para hacer el planteamiento central de este ensayo.

El artículo que, como “precepto fundamental” en el ordenamiento jurídico guatemalteco, determina la interpretación de la ley, ha sido reformado dos veces, mediante los decretos 75-90 y 59-2005 del Congreso de la República).

Mediante la última reforma, se agregó el párrafo que indica lo siguiente: *Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.*

Curiosamente, el decreto 59-2005, es un producto legislativo resultante de una iniciativa proveniente del propio Organismo Judicial. En el segundo considerando del decreto se puede leer que esa y otras reformas a la Ley del Organismo Judicial obedecen a lograr, “en general, una mejor armonización e integración del ordenamiento jurídico nacional.”

El texto expresamente agregado en el año 2005 al artículo 10, me parece, tiene un mensaje muy claro. Al juez no le es dable ni permitido interpretar la ley, si no hay ambigüedad, o falta de claridad en el texto que el legislador utilizó para emitir la o las normas bajo análisis. Menos aún, con el “pretexto” de consultar el espíritu, origen, causa o razón de ser de la norma bajo análisis.

Me parece que en la labor judicial de subsunción que se realiza cotidianamente, los jueces, al aplicar el derecho, siempre lo interpretan. Pero no deseo polemizar en este ensayo sobre la libertad de interpretación o no, que puedan o deban tener los jueces.

Lo que deseo resaltar es por qué el artículo 10 es uno de los vértices del triángulo equilátero anti-pluralista de las fuentes formales del Derecho en Guatemala.

Lo que pretende establecer el artículo 10, especialmente después de su última reforma, es que si el proceso legislativo de emisión de una norma fue bien hecho, es decir, que si se puede afirmar, al concluir la labor de redacción de la norma, que se utilizó un lenguaje diáfano, apropiado, cumpliéndose así con una rigurosa técnica legislativa, entonces esa norma jamás debería estar sujeta a interpretación judicial alguna. Y por lo tanto, a la hora de su aplicación, debería de aplicarse por parte del juez, irremediablemente, mediante el famoso silogismo jurídico.

Dicho de otra forma, y trayendo “a valor presente” a Montesquieu, el juzgador debe recordar que, si el legislador “hizo bien su trabajo”, él no es más que la boca inanimada o inerte de la ley¹¹.

O sea, el “legiscentrismo” decimonónico, traído también a valor presente.

Volviendo a utilizar nuevamente al recurso de la comparación o el contraste con el fin de intentar evidenciar lo que quiero describir en relación al sistema de interpretación de las leyes en Guatemala, cito el artículo 3 del Código Civil del Reino de España.

Lo hago, no necesariamente por la influencia que pudo tener y puede seguir teniendo sobre nosotros la legislación de dicho país, sino porque dicho artículo 3 regula la misma materia, pero, en mi opinión, desde una perspectiva muy diferente a lo previsto en el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala.

El texto legal español dice literalmente, lo siguiente:

“1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.”

El párrafo primero no parece establecer ninguna limitación para interpretar las normas (nótese que no dice, “interpretar la ley”, que es tan sólo una de las fuentes formales de las normas).

Es decir, el aspecto gramatical y literal de una norma no se constituye en un valladar contra la interpretación, aún si dicho aspecto fue bien abordado y atendido en el proceso de creación de la norma.

Por el contrario, el artículo 3 comentado, al menos, como yo lo interpreto o “lo leo” por decirlo coloquialmente, me parece no solo sugerir, sino permitir que siempre se interpreten las normas conforme el sentido común o propio de las palabras utilizadas por el legislador, pero con una clara permisión de utilizar conjuntamente, y no uno por uno (como parece sugerir nuestro artículo 10 LOJ) los criterios histórico, contextual, sistémico y teleológico de interpretación normativa.

¹¹ “Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur”, resume, en la expresión famosa de Montesquieu, el “legicentrismo” característico del estado liberal decimonónico.

Es más, el segundo párrafo del artículo 3, permite al juez español resolver aplicando siempre el criterio de equidad, aunque no pueda llegar a tomar su determinación final con base exclusivamente en dicho criterio, si no es por autorización expresa de la ley.

Me parece que hay significativas u hondas diferencias entre nuestra norma fundamental sobre interpretación de la ley, y el régimen español que, con criterio más amplio, se refiere a la interpretación de normas, y no únicamente, a la “interpretación de la ley” (Ese es el epígrafe literal del artículo 10 LOJ).

A mi parecer, la última reforma al artículo 10 LOJ, pretende de alguna manera, impedir que el juez haga una labor hermenéutica o de exégesis, si una de las partes argumenta que el tenor literal y gramatical de la ley o norma aplicable, es claro y no deja lugar a duda alguna en su contenido.

Si por el contrario, no existe esa claridad literal, y por ende, lo que existe es ambigüedad u obscuridad del texto normativo, solamente entonces en ese momento, puede el juez guatemalteco proceder a su labor hermenéutica o exegetica. Pero además, me parece que el propio legislador (¿legicentrismo?) no dejó en el mejor criterio del juzgador cómo hacerlo o qué criterio interpretativo seguir. Casi que se lo ordena o se lo dicta por medio del lenguaje utilizado en el precitado artículo 10 al decir, “atendiendo el orden siguiente...”

Es decir, le impone un orden determinado (criterios teleológico, histórico, analógico y axiológico), de tal suerte que, si el juez puede resolver su dilema interpretativo mediante el primero de los criterios, ya no puede ni debe seguir el siguiente criterio en el orden determinado por el propio legislador.

Así, éste último se aseguró que el juez no pueda llegar a utilizar el criterio de la equidad, a menos que sea quede sin recurso interpretativo alguno.

Alguien podría argumentar que el artículo 10 LOJ no prohíbe que un juez aplique, en su labor interpretativa, los cuatro criterios al mismo tiempo. Es decir, que no se ordena una lista que establece una serie de compartimientos o esclusas por las que se tiene que ir pasando, forzosamente, una por una.

A mi parecer, el juez podría usar los cuatro criterios, pero siguiendo el orden que ordena el artículo 10 LOJ, y por ende, la equidad, como valor jurídico fundamental, siempre quedará relegada a ser el último recurso.¹²

¹² Contrasta con el artículo 10 LOJ, el contenido del artículo 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano, signado por el Organismo Judicial de Guatemala, que establece, como norma ética de los organismos judiciales, lo siguiente: “En la resolución de los conflictos que lleguen a su conocimiento, los jueces, sin menoscabo del estricto respeto a la legalidad vigente y teniendo siempre presente el trasfondo humano de dichos conflictos, procurarán atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables.”

Lo que quiero denotar con ello es esto: la labor judicial da vida al derecho. Hace posible lo que podría llamarse el “derecho viviente”, con todo y las vicisitudes o riesgos que puede implicar el “gobierno de los jueces”. Para lograr ese rol judicial en una sociedad, el juzgador debe contar con libertad, independencia e imparcialidad, para interpretar, integrar y aplicar el derecho (no solamente la ley).

Dudo sinceramente que el artículo 10 LOJ tenga un contenido normativo que promueva una visión como la anteriormente planteada. Lo que no dudo, es que ese artículo en todo caso promueve un afianzamiento o quizás un verdadero “entronamiento” del positivismo jurídico frente a otras opciones filosóficas del Derecho que pueden y deben ser consideradas con aquella. Me refiero al iusnaturalismo y al realismo jurídico, que junto con el positivismo jurídico, demuestran que en la creación, la interpretación, la integración y la aplicación del derecho, se deben contemplar siempre el hecho, el valor y la norma en sí misma, siguiendo el planteamiento de Miguel Reale y su teoría de la tridimensionalidad del derecho.

O siguiendo las ideas de Norberto Bobbio, y en una simple referencia a sus grandes exposiciones jurídicas, tomar en cuenta siempre el aspecto axiológico, el aspecto de validez formal, y el aspecto fenomenológico del Derecho.

El legislador guatemalteco le ha dicho al juez guatemalteco: si mi ley es clara, nada tiene que interpretar. Si erro en su redacción, y no sé usar el idioma adecuadamente, entonces puede interpretarla, pero debe seguir el siguiente orden en cuanto a sus recursos interpretativos....”

No hacerlo así, ¿podría ser considerado un acto de rebeldía judicial? Peor aún, ¿un hecho delictivo llamado prevaricato?

Con esta pregunta, paso al punto final de este breve ensayo.

¿Es el delito de prevaricato, como está tipificado en la legislación guatemalteca, un elemento final para consolidar el triángulo anti-pluralista? En caso afirmativo, esa primacía legislativa a ultranza, es de tal grado que en pleno siglo XXI, Guatemala, en cuanto a las fuentes formales del Derecho, aún puede ser calificada como un estado legislativo decimonónico?

Prevaricato, ¿el estacazo final?

Prevaricar, coloquialmente hablando, equivale a decir locuras. Pero legalmente, el delito de prevaricato, en el derecho penal comparado, sanciona a funcionarios judiciales y administrativos que, con consciencia plena y ánimo de hacerlo, dictan resoluciones contrarias al texto de la ley o los fundan, dolosamente, en hechos falsos. Es pues, un abuso de autoridad consciente.

El prevaricato es, colocar el capricho personal de quien debe resolver una petición o un conflicto, por sobre la razón. Podría decirse que, un juez o un funcionario público prevaricador es quien a sabiendas que está cometiendo una injusticia, la verifica y la ejecuta, sea por venganza o cualquier otra motivación ilegítima.

Es pues, una deleznable manifestación del abuso del poder.

Pero nótese que hasta ahora me he referido a cualquier funcionario público, y no únicamente a los jueces.

¿Por qué es importante resaltar esto?

El artículo 462 del Código Penal de Guatemala, determina lo siguiente: “El juez que, a sabiendas, dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos, será sancionado con prisión de dos a seis años.” El artículo 463 contempla la versión del prevaricato “culposo”, centrado en la posibilidad que un juez, por negligencia o ignorancia inexcusables, pueda llegar a dictar resoluciones contrarias a la ley o basadas en mentiras. (hechos falsos).

El prevaricato, así tipificado, solamente puede ser cometido POR JUECES en Guatemala, a pesar que la doctrina penal lo hace extensivo a cualquier funcionario público.

No cabe ninguna duda que basar resoluciones, conscientemente, en hechos falsos, es un abuso absoluto de poder. La injusticia puede darse por muchas razones, pero puede ser intencional o no intencional. La primera es la prevaricación.

Ahora bien, dictar “resoluciones contrarias a la ley” por parte de un juez, viene a imponerle una especie de amenaza que cualquier ocurrencia interpretativa o integradora de derecho, puede costarle muy caro a un juez guatemalteco. Pero, ¿qué pasaría si, en un caso concreto, con base inclusive en los argumentos presentados por una o más partes del proceso, y con base en una noción más amplia del “derecho” y sus fuentes formales, un juez decide hacer una labor interpretativa de la ley, que para el gusto de alguno, es ir en contra del tenor literal de la ley”? Por ejemplo, que, no obstante hacer una interpretación inicial adecuada de la “ley”, considera el juez, por razones de equidad, que debe menguar la rigurosa aplicación de la ley a ese caso concreto?; ¿Qué debe atemperar la aplicación de la norma tomando en cuenta, como lo requiere el canon deontológico contemplado en el artículo 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano, la equidad, tomando en cuenta las circunstancias sociales, familiares y personales de la o las partes involucradas en el caso concreto?

¿Será casualidad, o no, que el delito de prevaricato, a diferencia de otras jurisdicciones, está dedicado exclusivamente en Guatemala, a los jueces?

Por supuesto, todo dependerá de las verdaderas motivaciones o razonamientos expuestos en la sentencia o resolución, como parte de la argumentación judicial. De ahí, la importancia toral que las resoluciones judiciales cumplan con la obligación de estar claramente motivadas, y poder así, hacer un estudio detenido del razonamiento judicial por quien quiera examinar y evaluar lo decidido.

Pero, me parece que el delito de prevaricato, se cierne, muchas veces como amenaza real, y otras veces, como excusa, para no hacer una verdadera labor exegética o interpretativa de las normas jurídicas de origen legislativo.

No pido que la ley no sea fuente formal del derecho positivo. Mucho menos, que no sea, en nuestra cultura jurídica, la fuente más relevante, la más importante. Somos “Estado legislativo”.

Pero también pido que los funcionarios públicos que deben adjudicar o resolver casos concretos, especialmente, y siempre, al final, los jueces, tengan libertad interpretativa

Que tengamos una visión más amplia y renovada de las fuentes formales del derecho, que no de la ley.

Si, conforme el Diccionario de la Lengua Española, interpretar, en su primera acepción, es “explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente, de un texto”, ¿cómo es posible afirmar que si el texto es claro en su sentido literal, ya no cabe interpretarlo? Será que el explicar o declarar el sentido de algo, puede ser suprimido, por decreto, en cuanto uno lea un texto?

Concluyo diciendo que, a mi parecer, con el “triángulo anti-pluralista” que he intentado dibujar en este ensayo, nuestro Estado se pinta de “cuerpo entero” como un Estado Legislativo Decimonónico. Ya es hora que avancemos a nuevos estadios del desarrollo jurídico, y en ello, los jueces tienen un rol protagónico.

Sueño con jueces que, más que la boca de la ley, aspiren a ser el alma del derecho. En última instancia, no hay nadie más llamado a hacerlo en un estado democrático real. Con nuestra constante vigilia y legítimo interés de saber quiénes son nuestros jueces y qué están decidiendo.
