
Guía de Estudio Prueba Específica 2014

Carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado



”ID Y ENSEÑAD A TODOS”

CONCEPTOS BÁSICOS DE DERECHO Y REALIDAD NACIONAL

1. HOMBRE Y SOCIEDAD.

La naturaleza de lo social.

El hombre es un ser social y biológicamente es imposible un ser humano fuera de la sociedad. Aprendizaje, costumbres, comportamientos o relaciones llevan al hombre a la vida que entendemos como humana, importancia que contrasta con la poca atención que se ha prestado a la realidad de este análisis. En principio se produce cuando sociedad civil y Estado son contemplados de diferente manera, aunque durante algo más del siglo su existencia todavía no se ha clarificado suficientemente lo social con variadas explicaciones sobre sus cambios.

La vida humana es vida social. La evolución supone un paso de lo simple a lo complejo, de lo único a lo plural, una tendencia a la agregación inscrita en la lógica de la vida. Esta agregación cumple un papel adaptador que aumenta las posibilidades de sobrevivir y multiplicarse.

Algunas especies que han sobrevivido lo han conseguido mediante su sociabilidad lo cual aumenta al acercarnos al hombre el cual necesita del aprendizaje o socialización para un despliegue ideológico normal.

Wilson ve en el parentesco la principal fuerza generadora de la sociedad y el fenómeno del altruismo, así cuanto mayor es el coeficiente de parentesco mayor es la disposición al altruismo. Esta cultura puede llevar incluso a la transformación de ciertos rasgos físicos.

Concepción del hombre como ser social.

Aristóteles ya definió al hombre como ZON POLITIKON; animal político por naturaleza. Él se refería a la polis como paradigma de sociedad, un sistema de vida, no un agregado de individuos, por tanto esta definición contiene un matiz importante; "su dimensión cultural".

Su conformación biológica y racional lo obliga a vivir siempre interrelacionado con sus semejantes, a tal punto que el mito del hombre aislado, del hombre que rehúye el trato social, que busca la autosatisfacción de sus necesidades, no cabe más que en la fantasía de cierto autores, en el ascetismo de algunos religiosos. La satisfacción de las necesidades humanas -materiales o culturales- el perfeccionamiento de la persona humana, el ejercicio de sus derechos y su libertad, la comunicación, la solidaridad y la cooperación para resolver problemas comunes y tantas situaciones

más que se producen en la vida societaria, han obligado al hombre y lo obligarán hasta que el mundo sea mundo, a mantenerse unido con sus semejantes. Como decía Aristóteles, “El hombre es por naturaleza un ser social y el que vive fuera de la sociedad por naturaleza y no por efecto del azar es, ciertamente, un ser degradado o un ser superior de la especie humana”.

En el hombre actúa la inteligencia, la razón y sobre todo, el albedrío, facultades, que como ya lo indicamos no poseen los animales.

El hombre en el transcurso del tiempo, ha modificado su visión con respecto a sí mismo, adecuándola a las situaciones que se vivían en ese tiempo. Es decir, la concepción del hombre fue variando a través de las épocas.

En la antigüedad, por la falta de explicaciones por medio de la ciencia aparecieron concepciones de hombre en el que se explicaba todo a través de Dioses y distintos seres a los que el hombre estaba subordinado y que debía cumplir con todas las mandamientos que estos ordenaban.

En el siglo XV, cuando comienza el periodo llamado modernidad, el hombre empieza a confiar más en las capacidades de la razón, de la voluntad y de las fuerzas humanas que en las capacidades de los Dioses. Esto acarrear una fuerte crítica a las concepciones de la antigüedad y las lleva a una profunda crisis dando lugar a nuevas concepciones que se basaban en explicar la realidad a través de la razón. El humano deja de estar subordinado por dioses y pasa a ocupar una lugar fundamenta.

En el siglo XVII, el hombre nuevamente se ve inmerso en caos en el que no podían encontrar una respuesta satisfactoria a lo que estaba sucediendo. René Descartes se planteó encontrar una verdad a través de la duda. Se define a sí mismo como una sustancia cuya naturaleza se define por las capacidades de la conciencia, y que el cuerpo es solo un instrumento que usa nuestra alma para comunicarse.

Luego aparece Hobbes, estableciendo que el hombre busca a toda costa el placer y el escape al dolor. No separa al hombre como cuerpo y alma, sino que define a este como una realidad única e indivisible.

A fines del siglo XVIII, gracias a la Revolución Francesa, el hombre se da cuenta de que la libertad es un derecho fundamental para el hombre. Locke y Rousseau establecen que la libertad no es solo de uno, sino que es libertad cuando se respeta a los demás, permitiéndoles ser igual de libre.

Cuando tuvo su mejor periodo la revolución industrial y el capitalismo, se pudo ver que el hombre no pudo tener esa libertad por la que habían luchado tanto, y algunos filósofos como Carl Marx establecían que lo esencial para el hombre era el

trabajo, pero no un trabajo como los que había en las fábricas, sino un trabajo en el cual el hombre se sienta identificado. Si esto no se cumplía, se dice que el hombre está alienado, porque no se siente reconocido con lo que está produciendo.

A mediados del siglo XIX, entre conflictos sociales, una vida miserable en los conglomerados urbanos y una lucha inhumana por la existencia, nace el Romanticismo. Su mayor representante, Nietzsche, señala que existen dos tipos de humanos, los noble y la plebe (esto señala la separación que empieza a haber entre los ricos y los pobres).

En las últimas décadas del siglo XX, filósofos como Foucault muestran que el Iluminismo impuso una idea del hombre racional, blanco, varón europeo, etc.; y que deshumanizaba a quien o tuviera estos rasgos. Esta observación pudo haber surgido a través del fuerte racismo que existía en ese momento, especialmente durante el periodo donde estuvo el gobierno nazi en Alemania. Así se observa como la sociedad se va creando normas a sí misma sin importar si todos estén dentro de ellas.

2. HOMINIZACIÓN.

La evolución humana (u hominización) explica el proceso de evolución biológica de la especie humana desde sus ancestros hasta el estado actual. El estudio de dicho proceso requiere una búsqueda interdisciplinar en la que se aúnan conocimientos procedentes de ciencias como la antropología física, la lingüística y la genética.

El término humano, en el contexto de su evolución, se refiere a los individuos del género Homo. Sin embargo, los estudios de la evolución humana incluyen otros homínidos, como Ardipithecus, Australopitecos, etc. Los científicos han estimado que los seres humanos se separaron de los chimpancés hace entre 5 y 7 millones de años. A partir de esta separación la línea evolutiva comenzó a ramificarse originando nuevas especies, todas extintas actualmente a excepción de la que originó Homo sapiens.

3. LA SOCIEDAD.

La sociedad es el conjunto de individuos que comparten una cultura, y que se relacionan interactuando entre sí, cooperativamente, para formar un grupo o una comunidad.

Las sociedades humanas son entidades poblacionales; dentro de la población existe una relación entre los sujetos (habitantes) y el entorno, ambos realizan actividades en común y es lo que les da una identidad propia. También, sociedad es una cadena

de conocimientos entre varios ámbitos, económico, político, cultural, deportivo y de entretenimiento.

Además, dentro de la sociedad existen varias culturas que son creadas por el hombre, y esas culturas tienen su propio territorio para poder desarrollar una interacción acertada con los sujetos de mismas creencias, costumbres, comportamientos, ideologías e igual idioma.

Los habitantes, el entorno y los proyectos o prácticas sociales hacen parte de una cultura, pero existen otros aspectos que ayudan a ampliar el concepto de sociedad y el más interesante y que ha logrado que la comunicación se desarrolle constantemente es la nueva era de la información, es decir la tecnología alcanzada en los medios de producción, desde una sociedad primitiva con simple tecnología especializada de cazadores -muy pocos artefactos- hasta una sociedad moderna con compleja tecnología -muchísimos artefactos- prácticamente en todas las especialidades. Estos estados de civilización incluirán el estilo de vida y su nivel de calidad que, asimismo, será sencillo y de baja calidad comparativa en la sociedad primitiva, y complejo o sofisticado con calidad comparativamente alta en la sociedad industrial. La calidad de vida comparativamente alta es controvertida, pues tiene aspectos subjetivos en los términos de cómo es percibida por los sujetos.

También, es importante resaltar que la sociedad está conformada por las industrias culturales. Es decir, la industria es un término fundamental para mejorar el proceso de formación socio-cultural de cualquier territorio, este concepto surgió a partir de la Revolución Industrial, y de esta se entiende que fue la etapa de producción se fueron ejecutando en la sociedad en la medida en que el hombre producía más conocimiento y lo explotaba en la colectividad.

En la sociedad el sujeto puede analizar, interpretar y comprender todo lo que lo rodea por medio de las representaciones simbólicas que existen en la comunidad. Es decir, los símbolos son indispensables para el análisis social y cultural del espacio en que se

Encuentre el hombre y a partir de la explicación simbólica de los objetos se puede adquirir una percepción global del mundo.

Por último, la sociedad de masas (sociedad) está integrada por diversas culturas y cada una tiene sus propios fundamentos e ideologías que hacen al ser humano único y diferente a los demás.

3.1 Organización de la sociedad humana.

La sociedad humana se formó con la propia aparición del hombre. En la prehistoria la sociedad estaba organizada jerárquicamente, donde un jefe siempre era el más fuerte, sabio del grupo, ocupando el poder. No fue hasta la época griega cuando esta tendencia absolutista del poder cambió, dando paso a un sistema social en el que los

estamentos inferiores de la sociedad podían ocupar el poder o unirse para ocuparlo, la democracia, que originó la aparición de la política. Pero no fue hasta 1789 con la Revolución Francesa cuando se dio la tendencia de sociedad cambió radicalmente haciendo que cualquier persona pudiera subir a un estamento superior, algo imposible hasta aquella época.

3.2 Sociedades en el ámbito jurídico y económico.

En el ámbito jurídico y económico una sociedad es aquella por la cual dos o más personas se obligan en común acuerdo a hacer aportes (especie, dinero o industria), con el ánimo de repartir entre sí las ganancias. En este caso se denomina *sociedad* a la agrupación de personas para la realización de actividades privadas, generalmente comerciales. A sus miembros se les denomina *socios*.

El concepto amplio de sociedad, en contraposición al concepto tradicional, entiende que esa puesta en común de bienes, esa estructura creada entre dos o más personas, puede no estar destinada esencialmente a obtener un lucro, no siendo este ánimo un elemento esencial del referido contrato, por cuanto existen sociedades que pueden responder a un interés particular distinto de sus socios.

"Sociedad" en conceptos económicos es un sinónimo de empresa o corporación, y especialmente en contextos jurídico-económicos, de figura o persona jurídica:

- Sociedad mercantil
- Sociedad anónima
- Sociedad limitada
- Sociedad cooperativa
- Sociedad en comandita

4. EL ESTADO.

Por razones de naturaleza didáctica, es preciso iniciar con una noción científica previa del objeto del conocimiento, para que, con base en la misma, podamos emprender el estudio sistemático de los diversos temas que integran la Teoría del Estado.

Para construir esa noción científica previa utilizaremos la observación de la realidad que nos rodea, a la que asignamos intuitivamente el calificativo de estatal.

El primer dato que nos proporciona esa observación, es que no vivimos aislados, sino en unión de otros seres humanos a los que estamos vinculados por los diversos lazos de la solidaridad, unión de esfuerzos, división de tareas, etc., y las formas mentales colectivas, lenguaje, religión, costumbres, nacionalidad, etc., integrando

una sociedad humana, descubriendo así la primera nota de nuestra noción científica previa: El Estado es una sociedad humana.

4.1 Sociedades humanas.

Las sociedades humanas son entidades poblacionales; dentro de la población existe una relación entre los sujetos (habitantes) y el entorno, ambos realizan actividades en común y es lo que les da una identidad propia. También, sociedad es una cadena de conocimientos entre varios ámbitos, económico, político, cultural, deportivo y de entretenimiento.

La sociedad es el conjunto de individuos que comparten una cultura, y que se relacionan interactuando entre sí, cooperativamente, para formar un grupo o una comunidad.

Las sociedades de humanos estudian las llamadas disciplinas sociales, principalmente la sociología y otras como la antropología, economía y la Administración. Modernamente, existe un interés de la física, desde la perspectiva de sistemas complejos, por el estudio de fenómenos sociales, y este esfuerzo ha dado lugar a disciplinas como la socio física y la econofísica.

Además, dentro de la sociedad existen varias culturas que son creadas por el hombre, y esas culturas tienen su propio territorio para poder desarrollar una interacción acertada con los sujetos de mismas creencias, costumbres, comportamientos, ideologías e igual idioma.

La observación de una sociedad humana, nos da a conocer que la misma se encuentra establecida permanentemente en un territorio, que le corresponde con exclusión de otras sociedades estatales. Con esta información añadimos otro dato más a la noción previa y establecemos que el Estado es una sociedad humana establecida en el territorio que le corresponde.

Al seguir reflexionando sobre los datos de la observación a la que se hace referencia, se advierte que la existencia de una sociedad humana implica, de manera necesaria, la presencia en la misma de un orden normativo de la conducta y de la estructuración del grupo social. Orden normativo que va a constituir el orden jurídico, que va necesitar de un ordenador y el orden jurídico tiene la imperatividad como una de sus características esenciales. En la sociedad humana el orden jurídico es creado, aplicado y sancionado por un poder que dispone de las facultades necesarias para ese objeto, su última y suprema instancia, de manera Independiente de otro poder que le sea superior y que por eso se llama soberano.

También es importante citar que la sociedad humana, al encontrarse como la base del Estado, no permanece inmóvil, sino que los seres humanos que la integran desarrollan una actividad incesante. Actividad que, ante la presencia del orden

jurídico que la rige, queda por ello orientada en el sentido de las normas que la encauzan y por ello lleva dentro de sí, de manera necesaria, una Teleología. Teleología que tiene el mismo fin que persigue el orden jurídico y como el sentido último de este ordenamiento es realizar los más altos valores de la convivencia social humana, la finalidad del Estado concurre a ese objeto, la obtención del bien público, el cual permanece invariable, debido a que el Estado es una institución con personalidad a la que el orden jurídico atribuye un conjunto de derechos y obligaciones que le hacen nacer como persona jurídica.

4.2 Conceptos previos de Estado.

La palabra Estado en términos jurídico - político se le debe a Maquiavelo, cuando introdujo esta palabra en su obra "El Príncipe" al decir: "Los Estados y soberanías que han tenido y tiene autoridad sobre los hombres, fueron y son, o repúblicas o principados. Los principados son, o hereditarios con larga dinastía de príncipes, o nuevos, o completamente nuevos, cual lo fue Milán para Francisco Sforza o miembros reunidos al Estado hereditario del príncipe que los adquiere, como el reino de Nápoles respecto a la revolución de España. Los Estados así adquiridos, o los gobernaba antes un príncipe, o gozaban de libertad, y se adquieren, o con ajenas armas, o con las propias, por caso afortunado o por valor y genio". Sin embargo, en términos generales se entiende por Estado a la organización política y jurídica de un pueblo en un determinado territorio y bajo un poder de mando según la razón.

Platón estima que la estructura del Estado y del individuo son iguales, y con ello, analiza las partes y funciones del Estado y posteriormente, las del ser humano, con lo cual establece el principio de Estado anterior al hombre, porque, además, la estructura de aquél, aun siendo igual a la de éste, es más objetiva o evidente. Aristóteles, por su parte, es más enfático y declara que el Estado existe por naturaleza, y por tanto, es anterior al hombre, no por ser éste autosuficiente y solo podrá serlo respecto al todo, en cuando a su relación con las demás partes, complementando su expresión al decir, en base a su Zoon Politikón, que quien no convive con los demás en una comunidad, "o es una bestia, o es un dios".

Por su parte, Luis XIV rey de Francia, en la época del absolutismo se atreve a decir la ya conocida frase "El Estado soy yo", que esto no implica más que la falta de raciocinio en la que se vivía en ese tiempo, indica solo la más pura esencia del absolutismo en sí, se tomaba al Estado como un régimen político en el que una sola persona, el soberano, ejercía el poder con carácter absoluto, sin límites jurídicos ni de ninguna otra manera. El Estado no era sino una prolongación de las características absolutas del rey en ese tiempo. Por otro lado, a la revolución Francesa se le considera como la pauta principal del cambio de la evolución del

significado de la palabra Estado, pero eso lo veremos en otro apartado de este escrito. Por el momento, daré un breve recorrido por los Estados Antiguos.

4.3 Concepto de Estado.

El concepto de Estado no es completo si no lo referimos al aspecto jurídico. El estado se auto limita sometiéndose al orden jurídico que lo estructura y da forma a su actividad.

Jellinek define como concepto jurídico como: “La corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio; o, en forma más resumida, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario”.

Asimismo cita la definición analítica del concepto Estado, que se enuncia así: El Estado es una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes es una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano, que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal, para obtener el bien público o común temporal de sus componentes.

El análisis de cada una de las partes de que se compone esa definición nos proporciona el convencimiento de la existencia en la realidad estatal de los siguientes elementos:

- a) La presencia de una sociedad humana como género próximo de la definición y la existencia, en esa sociedad, de las diferencias específicas que anotamos a continuación.
- b) Un territorio que sirve de asiento permanente a esa sociedad.
- c) Un poder que se caracteriza por ser supremo, esto es, soberano, en el seno de la misma sociedad.
- d) Un orden jurídico que es creado, definido y aplicado por el poder estatal que estructura a la sociedad que está en su base.
- e) Una teleología peculiar que consiste en la combinación del esfuerzo común para obtener el bien público temporal.

La reunión de estos elementos permite observar que el estado también presenta las siguientes características esenciales:

- a) Soberanía como adjetivo del poder, pero calificando al Estado mismo en su unidad total como soberano.

- b) Personalidad moral y jurídica, al ser el Estado un ser social con posibilidad de tener derechos y obligaciones.
- c) Sumisión al derecho que significa la necesidad de que la estructura del Estado y su funcionamiento se encuentre regulados por un orden jurídico imprescindible

4.4 Elementos del Estado.

Para el autor García Máynez Estado es la organización jurídica de una sociedad, bajo un poder de denominación, que se ejerce en un determinado territorio. De la definición se establece que el Estado posee elementos esenciales de organización estatal, para el efecto se cita.

a) La población: Es el elemento personal o humano del Estado, es común al Estado y a la sociedad y constitutivo de ambos. Pues no puede concebirse el Estado sin una población. Los territorios deshabitados, desérticos, o selváticos, es decir sin población, no pueden considerarse como Estados por si solos, aunque si pueden formar parte del territorio o de un Estado.

El término “población” es de carácter aritmético, demográfico o estadístico, que designa a una masa de individuos que viven en cierto momento en un determinado territorio, o es el número de habitantes de un Estado.

La “nación” también es un término afín a los anteriores, pero si se diferencia de ellos en que constituye una “unidad de carácter cultural, étnico, religioso, lingüístico, formada por una pluralidad de individuos, unidos entre sí por lazos de sangre, de idioma, de cultura, etc., y por la conciencia de pertenecer a la misma comunidad.”

Se concluye que población, es el conjunto de hombres que integran el Estado. En concordancia con lo que regula la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 153 “El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República”.

b) El Territorio: Es el elemento físico material del Estado. El Estado no puede existir sin territorio, pues tal situación resulta ser una ficción jurídica.

El Territorio es “la porción del globo terrestre en que el Estado ejerce su poder”, porción en la que ningún gobierno extranjero puede intervenir, sin violar las normas del derecho internacional.

El territorio es el área geográfica donde el Estado ejerce su poder. El territorio del Estado exige una clara delimitación y una definición precisa de sus fronteras, ya que el ejercicio del poder estatal podrá ejercerse válidamente dentro de los límites del territorio del Estado.

c) El poder, autoridad u organización política: Es el elemento formal, sin el cual no sería posible la existencia del Estado, ni cumplir con los elevados fines que le están encomendados.

Aunque hay algunos idealistas que creen que el poder puede ser sustituido por una “etapa de cooperación libre” histórica y políticamente está demostrada la necesidad del poder, como garantía de la eficacia del ordenamiento jurídico y de la convivencia social.

La función del poder público, consiste en primer lugar en “formular mandatos exigiendo que se realicen o no actividades en tal o cual sentido, para la conservación del Estado y para el logro de sus fines” función que corresponde al gobierno, y en segundo lugar, en “organizar los servicios públicos destinados a ayudar o suplir la actividad de los particulares en vista de la obtención del bien común” función que corresponde a la administración pública.

El Poder Público puede definirse como “una fuerza nacida de la voluntad, destinada a conducir al grupo en la búsqueda del bien común y capaz, cuando el caso lo requiera, de imponer a sus miembros la conducta que él ordene”.

Puede ejercerse el poder a través de medios físicos, psicológicos e intelectuales o como producto de la suma de todos que en su máxima expresión constituye el Derecho. El poder constituyente es el elemento político del Estado.

El Estado no puede subsistir ni alcanzar sus fines sin la existencia en el mismo poder, es decir una autoridad.

La Constitución Política República de Guatemala en su Artículo 152 con relación al poder público regula: “El poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por la Constitución y a la ley. Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política puede arrogarse su ejercicio”.

d) La Soberanía: Es el denominado elemento formal del Estado. Modernamente se concibe a la soberanía como “potestad suprema del Estado para realizar sus fines, y por ende, para regir la comunidad”; Kelsen cree que la soberanía “no es más que la validez de la norma jurídica”

Por la Soberanía el Estado se encuentra encima de todas las unidades de poder que existen en su territorio, dentro del cual ejerce su dominio y autoridad, de mantenerlo y defenderlo de sus enemigos; asimismo, en su ejercicio se da un ordenamiento jurídico y las autoridades que ejercen el poder.

Se señalan como características de la soberanía, las siguientes: a) Única (sobre un territorio sólo puede existir una soberanía); b) inalienable (no puede negociarse ni

cederse a favor de nadie); c) indivisible (no acepta división o fraccionamiento); d) imprescriptible (sus derechos no se extinguen por el transcurso del tiempo) ; y e) indelegable (reside en el pueblo, y no en el individuo o entidad alguna; sin embargo para su ejercicio y mediante el sufragio, el pueblo elige autoridades que lo representan).

e) Fin del Estado: Elemento teológico o espiritual del Estado, pues todas las agrupaciones humanas persiguen fines de diversa naturaleza (económicos, culturales, políticos, religiosos, etc.) cuya realización justifica su existencia. Siendo el Estado la más perfecta y amplia de ellas, obviamente persigue fines más importantes que lo de aquéllas.

El fin del Estado es la realización del bien común. El Estado persigue un fin que beneficie a todos por igual, persigue un bien genérico, sin excepción, a través de la prestación de los servicios públicos esenciales.

4.5 Funciones del Estado.

Como hemos visto el Estado realiza fines que justifican su existencia. Estos fines exigen que el Estado sea una entidad esencialmente dinámica, que se mantengan en constante actividad, para la cual se organiza conforme el ordenamiento jurídico, que, al mismo tiempo regula su actividad.

La actividad del Estado se manifiesta en tres importantísimas funciones; la función legislativa (Es la actividad del Estado que se concreta en la formación y creación de las normas jurídicas que reglamentan la organización del Estado, el funcionamiento de sus órganos y disciplinan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y de los ciudadanos entre sí); la función judicial o jurisdiccional (tiende a lograr la observancia de las normas jurídicas pre constituidas, mediante la resolución, con fundamento en ellas, de las controversias que surjan tanto entre los particulares, como entre éstos y los entes públicos y mediante la actuación coactiva de las sentencias) la función ejecutiva (Actividad administrativa del Estado, dándole a esta función una mayor extensión, que comprende la actividad de ejecución jurídica y de administración propiamente dicha, es decir, la función de dirección y de satisfacción de las necesidades públicas).

5. El Derecho.

El Derecho es el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirado en postulados de justicia, cuya base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter. En otras palabras, es el conjunto de normas que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos interpersonales.

La definición inicial da cuenta del Derecho positivo, pero no explica su fundamento; por ello juristas, filósofos y teóricos del Derecho han propuesto a lo largo de la historia diversas definiciones alternativas, y distintas teorías jurídicas sin que exista, hasta la fecha, consenso sobre su validez. El estudio del concepto del Derecho lo realiza una de sus ramas, la Filosofía del Derecho. Con todo, la definición propuesta inicialmente resuelve airoosamente el problema de "validez" del fundamento del Derecho, al integrar el valor Justicia en su concepto.

Los conceptos de derecho positivo y el derecho vigente se pueden reducir a que el primero es el que se aplica y el segundo es el que el órgano legislativo público para ser obedecido en tanto dure su vigencia, mientras no sea sustituido por medio de la abrogación o derogación. Por lo tanto no todo derecho vigente es positivo, Es decir hay normas jurídicas que tienen poca aplicación práctica es decir no es derecho positivo pero si es derecho vigente.¹

Desde el punto de vista objetivo, dícese del conjunto de leyes, reglamentos y demás resoluciones, de carácter permanente y obligatorio, creadas por el Estado para la conservación del orden social. Esto es, teniendo en cuenta la validez; es decir que si se ha llevado a cabo el procedimiento adecuado para su creación, independientemente de su eficacia (si es acatada o no) y de su ideal axiológico (si busca concretar un valor como la justicia, paz, orden, etc.).

5.1 Concepto.

Del Derecho se ha dicho que es un conjunto de normas jurídicas que forman un sistema cerrado, al punto que las soluciones hay que buscarlas en las propias normas; criterio válido durante mucho tiempo y que por lo demás hay cierta cuota de certeza que ofrece seguridad jurídica a las relaciones sociales que se desarrollan en ese lugar y tiempo.

En principio, digamos que es un conjunto de normas de carácter general, que se dictan para regir sobre toda la sociedad, o sectores preestablecidos por las necesidades de la regulación social, que se imponen de forma obligatoria a los destinatarios, y cuyo incumplimiento debe acarrear una sanción o la respuesta del Estado a tales acciones. Estas normas no son resultado solamente de elementos racionales, sino que en la formación de las mismas inciden otros elementos, tales como intereses políticos y socioeconómicos, de valores y exigencias sociales predominantes, en tanto condicionan una determinada voluntad política y jurídica, que en tanto se haga dominante se hace valer a través de las normas de Derecho. A su vez esas normas expresan esos valores, conceptos y exigencias, y contendrán los mecanismos para propiciar la realización de los mismos a través de las conductas permitidas, prohibidas o exigidas en las diferentes esferas de la vida social.

Si observamos la vida social, societaria o comunitaria, nos damos cuenta que es una vida ordenada, pacífica, armónica y fecunda. Que el hombre y las asociaciones

(grupos menores) a que pertenecen desarrollan sus actividades y cumple sus finalidades sin limitaciones de ninguna especie, excepto las que el ordenamiento jurídico, la moral, la religión y los deberes que la convivencia social le impone, que mientras observe esta conducta, no tendrá problemas de ninguna naturaleza ni con los miembros de su comunidad ni con las autoridades, instituidos precisamente para garantizar, en representación del Estado, esta convivencia.

Por otra parte, fácil es observar que la vida social es ordenada, pacífica y fecunda, en lo interno y lo internacional, que en lo interno garantiza el ejercicio de los derechos individuales y sociales, así como el cumplimiento de sus deberes jurídicos u obligaciones, y con ellos el desarrollo de la persona humana. El hombre puede realizar sus anhelos y aspiraciones merced al orden, la paz y la armonía reinantes en todo grupo social.

5.2 Origen del Derecho.

5.2.1 Concepción idealista. Derecho natural.

En general, la expresión "Derecho Natural" se usa para aludir a un conjunto de principios que inspira invariablemente la naturaleza humana y que son tomados como base para formular algunos conceptos legales en los diferentes sistemas u órdenes jurídicos. Sin embargo la definición, no se usa siempre con un solo y mismo significado, carece de visión única, de manera tal que para unos autores, Derecho Natural es una cosa y para otros, una diferente. No obstante se destacan dos concepciones principales; la cristiana y la racionalista. Dentro de la concepción teológica hay dos vertientes.

El Derecho Natural proviene de la ley natural (la cual es la participación en lo que corresponde al hombre de la ley eterna, puesta por Dios en la naturaleza del hombre, cuyos principios conocemos no por revelación directa de Dios, sino por medio de nuestra razón, así la ley natural es el conjuntos de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona) y ordena la conducta en una criatura racional, esto porque lo que manda o prohíbe lo hace en razón de la naturaleza del hombre. Esta visión del Derecho Natural establece un vínculo entre el hombre y un ser supremo, que es quien impone el Derecho Natural. Esta perspectiva afirma el Derecho Natural, aun cuando se niegue la vinculación entre el hombre y Dios, al deducirse la naturaleza racional del hombre, es decir, que el Derecho Natural ya no es impuesto al hombre desde una instancia superior, sino que es inmanente a este, fruto de su propia razón y conocimiento. Es importante no confundir el Derecho Natural con la moral o con un código ideal de normas, ya que entonces no sería

Derecho, sino solo moral, y sus normas no serían jurídicas sino morales, y solo existiría idealmente.

En su "Diccionario de Derecho", De Pina y De Pina Vara, resumen las demás concepciones en 5 puntos o perspectivas.

Corrientemente se habla de Derecho Natural, como la facultad que siente cada individuo en sí, la cual no es proveniente de la experiencia, de distinguir entre la justicia e injusticia y valorar el derecho existente, facultad que todos los hombres han seguido en todos los tiempos. Aristóteles atribuyó esta facultad o sentimiento de lo justo e injusto, como una característica esencial y específica del ser humano, que lo distinguía de los animales. Rosseau lo definió como "un amour de la justice, inné dans tous les coeurs" (Un amor a la justicia, innato en todos los corazones). Sin embargo la vocación subjetiva por la justicia o la observación del sentimiento jurídico, plantea más problemas al buscar el criterio jurídico ideal.

Esta acepción del Derecho Natural, ya no es subjetiva e individual como la primera, sino por objetiva, y se encuentra por encima de la vocación de todos. El Derecho Natural es superior y exterior, no deriva de los sentimientos del hombre. Esta acepción sin embargo requiere recurrir a una explicación providencialista, a la vinculación ya antes mencionada del hombre con una divinidad, que habría fijado los principios del bien y lo justo.

El tercer concepto es el que sustentó la escuela clásica del Derecho Natural. El jurista holandés Grocio, sostuvo la necesidad de dar un fundamento puramente racional, y creyó encontrarlo en el instinto de sociabilidad del hombre, la necesidad innata de los hombres de vivir en sociedad. Grocio coincidía con Aristóteles en que el hombre era social por naturaleza. Para Grocio el Derecho Natural era aquello que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza sociable del hombre, el mismo sería inmodificable ni por la voluntad humana, ni por la vida y existiría aunque Dios no existiera. La concepción fundamental de la escuela clásica de Derecho Natural, afirma que este debe coincidir con las exigencias de la naturaleza humana, pero los autores que adoptaron esta corriente disintieron en lo que debía entenderse por naturaleza humana. Mientras Grocio creía que la naturaleza humana se resumía en el instinto de sociabilidad mencionado atrás, Pufendorf, jurisconsulto alemán, la encontró en el sentimiento de debilidad del hombre, y por último Tomasio afirmó la naturaleza humana en el anhelo de dicha del hombre.

Rudolf Stammler concibe el Derecho Natural, la justicia, como una idea, como el pensamiento de una armonía permanente y absoluta del querer social, en todas las posibilidades habidas y por haber, entendiéndola como una noción abstracta, que

excede a toda experiencia, algo que no es, que no tiene realidad empírica, pero que sirve de guía para nuestros conocimientos de la realidad.

Los comentaristas del Derecho Positivo suelen considerar al Derecho Natural como el conjunto de principios generales del Derecho a que deben recurrirse a falta de disposición aplicable. Sin embargo, regularmente solo entienden por tales, aquellos que se puedan obtener por un proceso de generalización de las normas ya existentes, olvidando que la analogía puede extenderse indefinidamente y que el recurso a los principios generales del Derecho se hace necesario precisamente en esos casos en que no pueda resolverse por analogía.

Los romanos Ulpiano y Paulo nos dan sus concepciones de Derecho, de la siguiente manera; el primero afirma que el Derecho Natural es "el que la naturaleza enseñó a todos los animales" y para el segundo es "aquello que es siempre justo y bueno". Para ambos juristas, es un Derecho ideal, sin lo que pudiera llamarse impurezas de la realidad, y para ellos parece también inmutables, ante el todos los hombre son iguales.

García Máynez, nos define el Derecho Natural como "un orden intrínsecamente justo, que existe al lado o por encima del positivo... la regulación justa de cualquier situación concreta, presente o venidera, y admite por ende, la variedad, de contenidos del mismo Derecho, en relación con las condiciones y exigencias, siempre nuevas, de cada situación especial; sin que lo dicho implique la negación de una serie de principios supremos, universales y eternos, que valen por si mismos y deben de servir de inspiración o pauta para la solución de los casos singulares y la formulación de las normas a éstos aplicables". Aquí García Máynez otorga al Derecho Natural las características de ser objetivo, pero mutables, es decir que nos es impuesto, y no nace de cada persona como lo dicen De Pina y De Pina Vara, y es mutable ya que las situaciones específicas siempre serán distintas, pese a esto, establece que hay una serie de principios que se toman como guía para resolver estos singulares casos, estos principios son impuestos por una voluntad mayor, lo que les da el carácter de supremo, también universales, ya que son los mismos para todos y por último que son eternos, es decir que estos principios no cambian.

5.2.2 Materialismo.

El materialismo es una corriente filosófica que surge en oposición al idealismo y que resuelve la cuestión fundamental de la filosofía dándole preeminencia al mundo material; resumidamente, lo material precede al pensamiento.

Según esta concepción el mundo y por extensión el universo es material, existente objetivamente fuera e independientemente de la conciencia. La materia es primaria y

la conciencia y el pensamiento son propiedades de ésta a partir de un estado altamente organizada. El pensamiento es un nivel superior del conocimiento humano, un proceso de reflejo de la realidad objetiva. Sostiene, además, que la materia no ha sido creada de la nada, que existe en la eternidad y que el mundo y sus regularidades son cognoscibles.

5.2.3 Materialismo histórico.

La concepción materialista de la historia (también conocida como materialismo histórico, término inventado por el marxista ruso Georgi Plejánov), es un marco teórico creado y aplicado originalmente por Karl Marx y Friedrich Engels para investigar y sacar conclusiones sobre el devenir histórico de la humanidad.

Para el materialismo histórico las causas últimas de los fenómenos sociales están determinadas por factores materiales, y rechaza explícitamente las explicaciones en las que intervienen factores sobrenaturales, tomando como un hecho la irrelevancia científica de Dios, de espíritus, y de una supuesta inteligencia del mundo en el devenir histórico. De acuerdo con el materialismo, las causas últimas deben buscarse en factores medibles o aprehendibles empíricamente.

Aunque históricamente el materialismo histórico se popularizó en el seno del marxismo, donde sigue siendo un tema principal, se encuentran antecedentes anteriores a Marx. Actualmente está presente en antropología, teoría de la historia o sociología, haciendo que el materialismo histórico englobe a toda una serie de elaboraciones teóricas no necesariamente marxistas.

El materialismo histórico estudia las leyes más generales del desarrollo de la sociedad y nos marca el camino, el método para el conocimiento de la vida social y permite que nos orientemos certeramente en medio de la marcha de los acontecimientos, comprender el sentido de estos y llegar a percibir claramente la dirección a la que se dirige el proceso social.

Desde el punto de vista de la concepción materialista, la aparición tanto del estado como del Derecho se encuentra íntimamente ligada a la aparición de la privada y la división de la sociedad en clases antagónicas.

5.2.3 *Derecho Consuetudinario.*

La Costumbre.

La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ella como jurídicamente obligatorio; es el derecho creado por las costumbres, el *jus moribus constitutum*.

El derecho consuetudinario es el basado en la tradición o costumbres, típicamente propio de las sociedades pre-modernas. Si bien toda concepción del derecho se sustenta, en último término, en las tradiciones, costumbres, valores morales y convencionalismos de la sociedad que la creó. De alguna forma, está estrechamente relacionado con el derecho natural.

Su función histórica; si comenzamos por la costumbre nuestro estudio de las fuentes a pesar del predominio, que la vida moderna reconoce a la ley, es por ser la más antigua. La ley es inseparable de un estado de civilización relativamente avanzado; las sociedades rudimentarias la ignoran en tanto que se someten ya a tiempos muy antiguos tienen ya el carácter de leyes: el código de Hammurabi en Babilonia, que se sitúa hacia los 2000 años a. de J.C.; las leyes de Moisés, las leyes de Manú en la India antigua, las leyes más o menos legendarias de Solón y Dracon en Atenas; pero estos monumentos no eran en sí mismos, en la mayor parte de sus disposiciones, sino una redacción de costumbres anteriores.

Su formación progresiva; La costumbre no se revela como la ley por un acto único, sino por una repetición de actos semejantes y por la concepción que reina acerca de su fuerza obligatoria. Ahora bien, esta concepción no aparece súbitamente: ella resulta de un lento trabajo en los espíritus. Sin duda, ciertos autores han atribuido a los fallos sucesivos de los tribunales más que a la opinión común una influencia decisiva en la formación de la costumbre; en el mismo sentido Renard, la caracteriza como "un precedente que hace bola de nieve". No es menos evidente que es por etapas insensibles que una tradición se convierte en una costumbre jurídica; no se puede percibir concretamente su ingreso en el campo del derecho. También el límite entre el simple uso y la costumbre propiamente dicha es impalpable y la cuestión más delicada que plantea la costumbre en la vida jurídica es la de su constatación.

Ricardo Colmenares Olivares cita: "El Derecho Consuetudinario Indígena, conocido también en otras legislaciones como Derecho Indígena o Derecho Propio, constituye una manifestación específica de la autonomía política y social que reclaman los pueblos indígenas de algunos países de América Latina, con la finalidad de resolver los conflictos entre sus miembros de acuerdo a sus costumbres y tradiciones. Al hacer un recorrido por los avances constitucionales y normativos de este derecho, y observar el impacto que supone la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el orden interno de las naciones, se perfila como un elemento esencial que trastoca las disfunciones del derecho estatal y fortalece la participación de estos actores indígenas en los sistemas democráticos.

5.2.4 Derecho consuetudinario indígena guatemalteco.

Debe aclararse que algunos Estados han reconocido el Derecho Indígena, más no la posibilidad de que las autoridades puedan aplicar esas instancias de justicia dentro del territorio. Otros Estados, en cambio, reconocen tanto el Derecho Indígena como la competencia de las autoridades indígenas para aplicar el derecho consuetudinario a los miembros de ese pueblo, dentro de sus espacios territoriales.

Entre los Estados situados en América Central que reconocen el Derecho Indígena, Guatemala, es uno de ellos, junto con Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá.

Guatemala. De acuerdo al Informe Final sobre Acceso a la Justicia en Guatemala presentado en mayo de 2003, la justicia indígena comunitaria se ha venido debilitando debido a tres factores: a) La militarización de las comunidades durante la guerra, que desplazó a las autoridades indígenas para reemplazarlas por estructuras militares o paramilitares, como lo fueron las Patrullas de Autodefensa Civil subordinadas al Ejército, o las Fuerzas Irregulares Locales de la guerrilla. b) La reforma de la Constitución de 1985, la cual eliminó las funciones de justicia a los alcaldes, otorgando exclusividad de la función jurisdiccional a los tribunales de justicia; c) El fracaso a la Consulta Popular o Referéndum en 1998, convocada para aprobar las reformas a la Constitución y constitucionalizar los Acuerdos de Paz. El informe agrega además que la *“...presencia física de los aparatos de justicia en las zonas indígenas también trajo como consecuencia un mayor celo frente a las autoridades tradicionales. Ello se ha traducido en la persecución penal de alcaldes auxiliares y autoridades indígenas por tomar decisiones que para jueces y fiscales “usurpan sus funciones”* (Irigoyen, 2003: 10-11).

No obstante, se debe reconocer el esfuerzo que realizan algunos organismos internacionales (Banco Mundial, PNUD, BID, USAID y MINUGUA), para implementar el Proyecto de Modernización del Poder Judicial de Guatemala, el cual tiene como objetivo crucial los Acuerdos de Paz, a los fines de establecer un sistema de justicia moderno, eficiente y confiable para todos los grupos sociales.

5.2.5 El acceso a la justicia.

La Constitución Política en su artículo 66 establece que el Estado debe reconocer, respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social de los pueblos indígenas. A su vez, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas expresa que la *“normatividad tradicional de los pueblos indígenas ha sido y sigue siendo un elemento esencial para la regulación social de la vida de las comunidades y, por consiguiente, para el mantenimiento de su cohesión”*. El Gobierno reconoce que *“tanto el desconocimiento por parte de la legislación nacional de las normas consuetudinarias que regulan la vida comunitaria*

indígena como la falta de acceso de los pueblos indígenas al sistema jurídico nacional, han dado lugar a la denegación de derechos, discriminación y marginación”.

5.3 Fuentes del Derecho.

Las fuentes del Derecho son los actos o hechos pasados de los que deriva la creación, modificación o extinción de normas jurídicas. A veces, también, se entiende por tales a los órganos de los cuales emanan las leyes que componen el ordenamiento jurídico (conocidos como *órganos normativos* o *con facultades normativas*), y a los factores históricos que inciden en la creación del derecho. De lo anterior se desprenden, respectivamente, las nociones de *fuentes del derecho en sentido material (fuentes materiales)* y *fuentes del derecho en sentido formal o (fuentes formales)*.

El Término fuente surge de una metáfora, pues remontarse a las fuentes de un río, es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho.

La palabra fuente, jurídicamente tiene tres acepciones que son: históricas, reales y formales.

5.3.1 Fuentes Formales.

Son los procesos de creación de las normas jurídicas.

Para poder obtener derecho de éstas fuentes es necesario seguir una serie de actos que darán como resultado una determinada norma jurídica. Como dice García Máynez: " Las fuentes formales son el canal o el vehículo por donde se transportan las fuentes reales".

Existen 5 canales o vías que son: la legislación, jurisprudencia, costumbre, la doctrina y los principios generales del derecho.

- **Legislación.** Es el proceso por el cual uno o más órganos del estado crean determinadas normas jurídicas de cumplimiento general a las que se les da el nombre de leyes.
- **La Ley.** Es la norma del derecho dictada, promulgada y sancionada por la autoridad pública, aun sin el consentimiento de los individuos y que tiene como finalidad el encauzamiento de la actividad social hacia el bien común.

La ley tiene dos elementos:

Material. Es la materia misma del acto, esto es la norma general, abstracta y obligatoria que regula la conducta humana.

Formal. Es la norma creada por el poder legislativo.

Características de la ley:

- a) General: que sea para todas las personas que reúnan las condiciones previstas por ella.
- b) Abstracta: la ley está hecha para aplicarse en un número indeterminado de casos, para todos aquellos que caen en los supuestos establecidos por las normas.
- c) Impersonal: La ley está creada para aplicarse a un número indeterminado de personas y no a alguna en específico.
- d) Obligatoria: La ley debe cumplirse aún en contra de la voluntad de las personas.

5.3.1.1 La Costumbre.

Una costumbre es una práctica social arraigada. Generalmente se distingue entre costumbres que son las que cuentan con aprobación social, y las malas costumbres, que son relativamente comunes, pero no cuentan con aprobación social, y a veces leyes han sido promulgadas para tratar de modificar la conducta.

Es la "repetición constante y uniforme de una norma de conducta, en el convencimiento de que ello obedece a una necesidad jurídica". También se le define como "el conjunto de normas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes".

En las sociedades poco evolucionadas era la principal fuente del derecho.

Falta de precisión, de certeza y de unidad, son los grandes defectos de la costumbre.

En el derecho contemporáneo, el papel de la costumbre es modesto, si se lo compara con el de la ley. No obstante, en algunas ramas del derecho, y particularmente en el comercial, su campo de aplicación es bastante amplio. Es en el sistema anglosajón donde la costumbre tiene una importancia primordial. Pero aún en él, lo que los jueces aplican, más que la costumbre en sí, es la expresión de ésta a través de los fallos de los tribunales; en realidad el common law, originado en la costumbre, es hoy derecho jurisprudencial.

La costumbre, independientemente de su valor autónomo tiene mucha importancia como antecedente histórico de la ley.

5.3.1.2 La Jurisprudencia.

Se entiende por jurisprudencia las reiteradas interpretaciones que hacen los tribunales en sus resoluciones de las normas jurídicas, y puede constituir una de las Fuentes del Derecho, según el país. También puede decirse que es el conjunto de fallos firmes y uniformes dictados por los órganos jurisdiccionales del Estado. Esto significa que para conocer el contenido cabal de las normas vigentes hay que considerar cómo se vienen aplicando en cada momento.

El estudio de las variaciones de la jurisprudencia a lo largo del tiempo es la mejor manera de conocer las evoluciones en la aplicación de las leyes, quizá con mayor exactitud que el mero repaso de las distintas reformas del Derecho positivo que en algunos casos no llegan a aplicarse realmente a pesar de su promulgación oficial.

5.3.1.3 La Doctrina.

Doctrina, (del latín doctrina), es un conjunto coherente de enseñanzas o instrucciones que pueden ser:

En el ámbito jurídico, doctrina jurídica es la idea de derecho que sustentan los juristas, si bien no originan derecho directamente, es innegable que en mayor o menor medida influyen en la creación del ordenamiento jurídico.

El término doctrina puede connotar un cuerpo de dogma, tal como los religiosos promulgados por sus instituciones religiosas. También se utiliza la palabra doctrina para referirse a un principio legislativo.

Se entiende por doctrina jurídica la opinión de los juristas prestigiosos sobre una materia concreta, aunque no es una fuente formal del Derecho. En el siglo XIX fue Savigny quien exaltó la trascendencia de la doctrina de los juristas.

La doctrina jurídica surge principalmente de las universidades, que estudian el Derecho vigente y lo interpretan dentro de la Ciencia del Derecho. No tiene fuerza obligatoria, y no se reconoce como fuente oficial del Derecho en la mayoría de sistemas jurídicos, al contrario de lo que ocurre con la jurisprudencia.

Por la vía de los hechos, sin embargo, constituye una fuerza de convicción para el juez, el legislador y el desarrollo del derecho consuetudinario, dado que la opinión y la crítica de los teóricos del Derecho influyen en la formación de la opinión de los que posteriormente crean normas nuevas o aplican las existentes.

La doctrina estudia los manantiales de donde brota el derecho: investiga el papel histórico y las relaciones existentes entre las diversas fuentes; esclarece el significado de las normas y elabora, para entender en toda su extensión, el significado de los modelos jurídicos.

5.3.1.4 El Contrato.

Un contrato, en términos generales, es definido como un acuerdo privado, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser exigidas. Es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes.¹ Por ello se señala que habrá contrato cuando varias partes se ponen de acuerdo sobre una manifestación de voluntad destinada a reglar sus derechos.

Doctrinariamente, ha sido definido como un negocio jurídico bilateral o multilateral, porque intervienen dos o más personas (a diferencia de los actos jurídicos unilaterales en que interviene una sola persona), y que tiene por finalidad crear derechos y obligaciones (a diferencia de otros actos jurídicos que están destinados a modificar o extinguir derechos y obligaciones, como las convenciones). También se denomina contrato el documento que recoge las condiciones de dicho acto jurídico.

Las partes en un contrato son personas físicas o jurídicas. En un contrato hay dos polos o extremos de la relación jurídica obligacional, cada polo puede estar constituido por más de una persona revistiendo la calidad de parte.

El contrato, en general, tiene una connotación patrimonial, y forma parte de la categoría más amplia de los negocios jurídicos. La función del contrato es originar efectos jurídicos.

El código civil en su artículo 1517 cita: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación".

5.3.1.5 Pacto colectivo de condiciones de trabajo.

Podemos definir este como el acuerdo, escrito y concluido entre los representantes de los trabajadores y trabajadores que tiene por objeto regular las condiciones de trabajo.

Este surge históricamente con la finalidad de superar las desigualdades de poder negociar que existe entre las partes de la relación individual de trabajo, y para evitar que por ello el contenido del contrato quede al único arbitrio de quien posee el poder económico.

Es fuente básica pero como su nombre lo indica para el derecho del trabajo, se configura como una norma jurídica, ya que nuestra legislación le asigna el carácter de Ley Profesional.

5.3.1.6 Derecho Comparado.

El Derecho comparado es una disciplina o método de estudio del Derecho que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados.

Por ese motivo, el Derecho comparado puede aplicarse a cualquier área del derecho, realizando estudios específicos tales como: Derecho constitucional comparado, Derecho civil comparado, etc.

La utilidad del Derecho comparado es variada, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia y el legislador.

La doctrina jurídica estudia con detenimiento casos de otros ordenamientos para realizar su estudio y comentario del derecho vigente.

La jurisprudencia en ocasiones acude al Derecho comparado para interpretar las normas jurídicas. En este sentido se trata de aplicar una analogía amplia, a nivel internacional, para interpretar la Ley interna.

El legislador en muchas ocasiones toma ideas y modelos del exterior, para implantarlos en nuevas leyes que buscan solucionar problemas que se plantean localmente, adecuándolo a la sociedad a la que se pretende aplicar.

5.3.2 Fuentes históricas.

Las fuentes históricas constituyen la materia prima de la Historia. Comprenden todos los documentos, testimonios u objetos que nos transmiten una información significativa referente a los hechos que han tenido lugar, especialmente en el pasado. Dentro de ellas, y considerando el valor que también tienen las demás, las Fuentes escritas son el apoyo básico para construir la Historia.

Fuentes primarias. Son las que se han elaborado prácticamente al mismo tiempo que los acontecimientos que queremos conocer. Llegan a nosotros sin ser transformadas por ninguna persona; es decir, tal y como fueron hechas en su momento, sin ser sometidas a ninguna modificación posterior.

Fuentes secundarias. Se denominan también historiográficas. Son las que se elaboran a partir de las Fuentes primarias: libros, artículos...

De acuerdo con García Máynez: "Son los documentos (inscripciones, papiros, libros etc.) que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes". Ejemplo de ellas. Los Diez Mandamientos, Las Siete Partidas del Derecho Romano, El Código de Hammurabì, Las Leyes de Indias, El Acta de la Independencia de Guatemala, El Popol Vuh, todas las constituciones derogadas y en general toda norma o conjunto de normas jurídicas derogadas constituyen fuentes del derecho, solo que algunos autores le apellidan de conocimiento, es decir de referencia y que de manera alguna pueden en un momento determinado tomarse como base para la producción actual de normas jurídicas.

5.4 Concepto y acepciones de la palabra derecho.

¿Qué es el Derecho?

Esta es la primera cuestión que nos debemos plantear, y qué tamaño problema de resolver es éste, pues el primer óbice con el que se encuentra nuestra mente es el de la multiplicidad de significaciones y sentidos que se le da a la palabra derecho.

Julien Bonnetcase, ya citado, opina que "a pesar de todo, aun en lo que respecta a las ciencias experimentales, las definiciones constituyen un punto de partida inevitable, cuando se trata, no de entregarse a investigaciones originales sino más bien de iniciarse en los primeros presupuestos de estas ciencias. De ahí la necesidad de partir de una definición del derecho en una Introducción al Estudio del Derecho".

La etimología de la palabra derecho deriva de la voz latina DIRECTUM, de DIRIGERE, dirigir, encauzar, y que significa lo que está conforme a la regla, a la norma. Derecho se dice en italiano DIRITTO; en portugués, DIREITO; en rumano, DREPTU; en francés, DROIT; en inglés, RIGHT; en alemán, RECHT; en holandés REGHT".

De lo anterior se puede deducir que la palabra derecho "lleva en muchas lenguas la idea de rectitud, corrección, orden, etc."

Definiciones del Derecho:

Muchas son las acepciones de la palabra Derecho.

En Roma, por ejemplo, nunca se estableció una diferencia precisa entre las palabras para designar el Derecho (IUS) y la Justicia (Iustitia), razón por la cual encontramos definiciones como la de Celso: "El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo".

Para MANUEL KANT "el derecho se reduce a regular las acciones externas de los hombres y a hacer posible su coexistencia". Lo define como "el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una Ley universal de libertad".

GUILLERMO FEDERICO HEGEL, en cambio, sostiene que el derecho es "la existencia del querer libre", es decir que es la misma libertad como valor sublime en su manifestación externa.

FRANCISCO CARNELUTTI concibió el derecho como "un sistema de comandos destinados a componer los conflictos de intereses entre los miembros de un grupo social... El comando jurídico tiene por fin solucionar el conflicto de intereses. Si los hombres no tuviesen intereses opuestos, dejaría de tener razón el orden jurídico." En otra de sus geniales obras el autor razona de esta manera: "Estoy seguro de que en la mente de mis oyentes la palabra derecho suscita la idea de Ley; incluso, la de ese conjunto de leyes que se llaman códigos. Es una definición empírica, pero provisionalmente podemos aceptarla: Un conjunto de leyes que regulan la conducta de los hombres...".

JULIEN BONNECASE, en su propuesta de "acepción integral del término" lo define como "el conjunto de reglas de conducta exterior que, consagradas o no expresamente por la Ley en el sentido genérico del término, aseguran de manera efectiva en un medio dado y en una época dada la realización de la armonía social sobre el fundamento de las aspiraciones colectivas e individuales, de una parte, y, de otra, sobre una concepción, por poco precisa que sea, de la noción de derecho".

Como última referencia a las definiciones del derecho traigamos aquella de la Teoría Pura del Derecho de HANS KELSEN.

"La ciencia del derecho ha quedado caracterizada de la siguiente manera: 1- Es una ciencia normativa cuyo único objeto es el derecho. Para ella no existen otros hechos naturales que aquellos con significación jurídica, esto es aquellos incorporados a una norma como contenidos, y transformados, por consiguiente, en Derecho. 2- Es una ciencia de derecho positivo, lo que excluye de su ámbito todo tipo de problemas que se refiera a órdenes ideales, los cuales nada tienen de jurídicos. 3- Como consecuencia de las características mismas del derecho, la ciencia jurídica es una ciencia formal cuya preocupación fundamental es el estudio de las formas posibles del derecho y de las conexiones esenciales entre ellas... Ello no excluye en lo absoluto el estudio del contenido del derecho; pero tal estudio debe ser el contenido presentado dogmáticamente por el derecho positivo. A lo sumo puede ser objeto de la ciencia jurídica el contenido posible del derecho, pero ello en todo caso como el resultado del análisis y la comparación de los ordenamientos positivos. 4- En tanto estudio de las formas esenciales del derecho, la ciencia jurídica es, finalmente, una ciencia lógica, y como tal, persigue estructurar su objeto en un sistema unitario libre de contradicciones.

El derecho es, como hemos visto, un conjunto de normas. Pero la ciencia jurídica no puede considerarlo como un conjunto de normas aisladas, sin conexión entre sí, ya que ello atentaría contra la unidad de su objeto. La ciencia jurídica debe integrar todas las normas que constituyen el derecho en un sistema, en un orden..."

Como puede observarse la mayoría de definiciones que tienden a dar un CONCEPTO DEL DERECHO, desde el ángulo objetivo, tienen unos puntos en común que describen características propias de él y que podemos resumir así:

Características del Derecho:

-Bilateralidad.- Un sujeto distinto al afectado está facultado para exigir el cumplimiento de la norma. Por ello se le otorga la cualidad imperativa atributiva al derecho.

-Heteronomía.- El derecho se caracteriza por ser autárquico, en el sentido de que el individuo puede discrepar del contenido de la norma, pero le resulta irrelevante al derecho si él está de acuerdo o no, pues las personas no se las han dado a sí mismas.

-Alteridad.- Esta idea implica que el derecho y las normas jurídicas que lo forman se refieren a siempre a la relación de un individuo para con otros.

-Coercibilidad.- Supone la legítima posibilidad de utilizar la fuerza socialmente organizada en caso de exigir cumplimiento de éste o de aplicar la sanción correspondiente al violar el derecho.

5.5 Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo:

Nociones generales:

Si observamos la vida del hombre en sociedad, nos damos cuenta que se desarrolla en una serie de relaciones necesarias e indefectibles, en múltiples y variadas interrelaciones económicas, políticas, jurídicas, morales, religiosas, culturales, educativas, etc. Estas relaciones se desarrollan en forma pacífica, armónica y solidaria, merced a ciertos sistemas de normas o preceptos, principalmente jurídicos, que reciben el nombre genérico de **NORMAS DE CONDUCTA**.

Dentro de estas normas se destacan, no sólo por su función reguladora de la conducta humana, sino por sus características propias, las normas jurídicas. A estas normas, consideradas individualmente o en su conjunto, se les da el nombre de **DERECHO OBJETIVO**; de este derecho derivan facultades o potestades para hacer o no hacer algo, a las que se les da el nombre de **DERECHO SUBJETIVO**.

Sin sacrificar la unidad del derecho se acepta pues la existencia del derecho objetivo o derecho como norma o conjunto de normas, y del derecho subjetivo o derecho como facultad, pretensión o posibilidad de observar cierta conducta o de omitirla, bajo la protección de la ley.

EL DERECHO SUBJETIVO es pues una facultad, una potestad, una posibilidad o pretensión; pero no por ser esta su naturaleza debe considerarse como algo que está dentro de la persona misma o que su origen está precisamente en la vida anímica de la persona, porque entonces tendríamos que aceptar que su origen se encuentra en la voluntad, el interés, el albedrío o en cualquiera otra manifestación de su psiquismo, lo que nos llevaría a la conclusión de que al faltar alguno de estos elementos o encontrarse debilitado, desaparecería la facultad o potestad constitutiva del derecho subjetivo. Esto, por supuesto, no ocurre en la realidad, precisamente porque el derecho subjetivo deriva de la norma misma.

Conceptos de Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo.

Derecho objetivo: Norma o conjunto de normas que por una parte otorgan derechos o facultades y por la otra, correlativamente, establecen o imponen obligaciones.

Derecho subjetivo: Facultad que tiene un sujeto para ejecutar determinada conducta o abstenerse de ella, o para exigir de otro sujeto el cumplimiento de su deber.

Facultad que tiene el sujeto de realizar o no realizar determinada forma de conducta protegido por la ley.

Derechos Subjetivos Públicos: Son las facultades que los particulares tienen frente al Estado; y las facultades que el Estado, obrando como persona jurídica, ente soberano o autoridad legítima – tiene respecto de sus súbditos o a las personas que le están permanentemente o temporalmente sometidos.

Clasificación de los derechos subjetivos públicos:

1. Derechos de libertad: Incluye las libertades y garantías contenidas en la parte dogmática de las Constituciones (Artículos del 1 al 45 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

2. Derecho de acción: Derechos que se traducen en la facultad de pedir la intervención del Estado en provecho de los intereses particulares, que “permite a los particulares reclamar la intervención del Estado a favor de sus intereses individuales.

“Permite a los particulares acudir a los órganos jurisdiccionales o administrativos para que éstos resuelvan un conflicto de intereses jurídicos, mediante una sentencia o una resolución administrativa.

3. Derechos políticos: Mediante los cuales los ciudadanos participan en la organización y manifestación de la voluntad del Estado. (Ver. Artículos 135 al 137 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

Derechos subjetivos privados: Son los que se derivan de las relaciones que se establecen entre particulares, sean personas individuales o jurídicas y aún interviniendo el Estado desprovisto de su carácter público, como cuando éste compra vehículos para uso oficial a una empresa privada, o arrenda un inmueble para alojar oficinas públicas, la relación jurídica que se establece es particular, y los derechos derivados de ella a favor del Estado y de los particulares son privados.

Deber jurídico: Una de las características de las normas jurídicas se denomina BILATERALIDAD; en virtud que crea facultades y deberes. El conjunto de facultades integra lo que conocemos con el nombre de DERECHOS SUBJETIVOS, el cual ya desarrollamos. Lo correlativo a las facultades son los deberes jurídicos, ya que frente a uno o más facultados, siempre encontramos a uno o más obligados.

La relación entre el deber y los derechos subjetivos es inseparable, al extremo que el mismo obligado tiene facultades en cuanto al cumplimiento del deber u obligación. Ejemplo en un contrato de compraventa, el vendedor tiene el derecho a que se le pague el precio de lo comprado y a la vez tiene la obligación de entregar la cosa objeto del contrato. Y por la otra parte el comprador tiene la obligación de pagar el precio y a la vez tiene el derecho a que se le entregue la cosa.

Deber jurídico:

Es la obligación que tiene una persona que puede ser de dar, hacer o no hacer alguna cosa, frente a cuyos deberes está la esfera de libertad jurídica de los demás.

5.5 Normas de conducta:

Si se examina la actividad consciente del hombre, es decir, la conducta reflexiva, nos damos cuenta que se encuentra sujeta a varios sistemas de normas que regulan su conducta, como son las NORMAS JURÍDICAS, LAS NORMAS MORALES Y LAS NORMAS RELIGIOSAS y los llamados usos o convencionalismos sociales.

La conducta del hombre no es discrecional, ni dominada totalmente por el instinto, si bien éste determina en parte su vida, sino una conducta ordenada, condicionada por numerosos factores de orden social, sujeta a los mandatos de ciertas normas, reglas o prescripciones, que garantizan la coexistencia social y la realización de valores individuales y colectivos. Si su conducta se produjera conforme a sus tendencias y reacciones instintivas, la vida social sería imposible, volvería a sus estadios primitivos, a que ya hemos hecho referencia.

Las normas que regula u ordenan la conducta del hombre son fórmulas abstractas, prescripciones conceptuales, que luego se objetivan, concretan o materializan en el texto de la ley (en su articulado) cuyas normas contienen simples prevenciones, frente a las cuales el sujeto puede adoptar; a) una actitud de sometimiento espontáneo (actitud ideal), b) cumplimiento forzoso, por temor a las sanciones que entrañan su infracción o trasgresión, cumplimiento garantizado por el poder coactivo del Estado y c) puede asimismo infringirlas voluntaria o involuntariamente, pues es un ser dotado de albedrío, que puede decidirse libremente entre su cumplimiento o quebrantamiento.

5.5.1 Normas jurídicas, concepto y características:

Concepto: Son las que formando un sistema coactivo, organizan la conducta social, mediante el establecimiento de derechos y deberes. Son reglas de conducta bilaterales o impero-atributivas, exteriores, coercibles y heterónomas.

La norma jurídica como reguladora de la conducta humana tiene sus propias características que las distinguen de otras normas de conducta. Son, como queda indicado: Exteriores, bilaterales, heterónomas y coercibles

Exterioridad: El derecho al regular la conducta humana no considera el elemento interno o psíquico, sino solamente el elemento externo, objetivo, material o físico. Le interesa exclusivamente el aspecto exterior de la conducta del hombre, pues su único interés es que las normas jurídicas se cumplan, sea cual fuere el motivo o la intención que anima a las personas al realizar determinadas acciones.

Conviene sin embargo aclarar que cuando hablamos de la exterioridad del derecho no negamos estos vínculos, sino que enfatizamos en que al derecho lo que preferentemente le interesa y valora es el aspecto exterior, material u objetivo de las acciones humanas, excepto en el campo del derecho penal, en el que resulta imprescindible inquirir por los móviles de las acciones humanas, por su intención, para determinar la gravedad o benignidad de las sanciones que deben imponerse al infractor de la norma jurídica y también la peligrosidad del delincuente.

La Exterioridad de las normas jurídicas consiste, en síntesis, en la “Valoración que el derecho hace de las acciones humanas en su aspecto objetivo, material o físico, en relación con la norma jurídica, con su cumplimiento o incumplimiento.”

Bilateralidad: Desde el punto de vista etimológico este término significa poseer “dos lados”. Relativo a las dos partes o aspectos que se consideran de una cosa. El término se aplica al derecho en sentido figurado, pues el derecho es una categoría abstracta, un concepto lógico, un objeto cultural, al que por su propia esencia no se le puede encontrar lados. Empero cuando se objetiva o concreta en normas de conducta y reparamos en ellas encontramos que su contenido es dual: que por un lado otorga derechos y por el otro, correlativamente impone o establece deberes jurídicos u obligaciones. Para esta circunstancia se considera a la norma jurídica como imperativo- atributiva. Su imperatividad radica precisamente en la imposición de deberes u obligaciones a una persona llamada SUJETO PASIVO; DEUDOR U OBLIGADO; mientras que es atributiva porque otorga facultades o derechos a favor de otra persona llamada SUJETO ACTIVO, ACREEDOR, PRETENSOR O DERECHOHABIENTE.

La bilateralidad de la norma jurídica, presupone relaciones entre dos o más personas, por lo que esta característica de la norma jurídica sólo puede darse en la vida de relación, pues para que alguien tenga un derecho es necesario que haya a quien exigirle individual o colectivamente, el cumplimiento de un deber u obligación. Si A se obliga contractualmente a construir una casa para B, por un precio y dentro de un plazo determinado: B, en este caso sujeto activo, está facultado para exigir de A, sujeto pasivo, el cumplimiento de su obligación, en caso incumpla las cláusulas contractuales.

Heteronomía: Este término significa encontrarse sometido a un poder extraño que le impide el libre desarrollo de su naturaleza. Dicho en otras palabras: “encontrarse cometido a un poder, ley o persona extraña”. Abelardo Torré manifiesta que las normas jurídicas son –“heterónomas en el sentido de que rigen la conducta humana sin derivar su validez de la voluntad de los sujetos vinculados sino de una voluntad superior a ellos (la del legislador). Los términos autonomía y heteronomía, se explican así: “Autonomía quiere decir autorregulación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia.” “Heteronomía es sujeción a un poder ajeno (la del legislador), renuncia a la facultad de autodeterminación normativa.

La heteronomía, en resumen, significa que la norma jurídica no es elaborada por el individuo que las cumple (destinatario), sino por un poder extraño y distinto, que es parte importantísima de la estructura del Estado y que se llama PODER LEGISLATIVO.

Coercibilidad: El hombre, frente a la norma jurídica, puede adoptar tres actitudes: cumplimiento espontáneo, cumplimiento forzoso y violación de la misma. En el primer caso, contribuye al mantenimiento de la convivencia social; en el segundo caso también, la norma prueba su eficacia y validez absoluta; y en el tercero, se hace acreedor a una sanción penal, civil, administrativa o mixta.

Sí el cumplimiento de la norma no se logra espontáneamente, interviene el poder coactivo del Estado. Es en este caso que se advierte la Coercibilidad de la norma jurídica, entendida como la posibilidad de su cumplimiento no espontáneo, incluso en contra de la voluntad del obligado, independientemente de que la norma tenga o no sanción.

La Coercibilidad o coercitividad es propia de la esencia del derecho, en particular de la norma jurídica, característica que la diferencia de los otros tipos de normas de conducta como las morales y las religiosas, pues éstas, además de carecer de una sanción física o patrimonial, no tienen la posibilidad de imponerse en contra de la voluntad del sujeto, por carecer de Coercibilidad. Algunos tratadistas hablan en el caso de estas últimas, de sanciones psicológicas, subjetivas o espirituales, pero que, en todo caso, no pueden llegar a la eliminación física del individuo, a reducir su libertad o a afectar su patrimonio, características propias de las normas jurídicas.

5.5.1.2 Normas morales:

Concepto: Son todas aquellas reglas que dirigen la conducta humana hacia la realización de actos que se identifiquen con los intereses sociales, considerando tales intereses como la expresión de lo bueno.

Tienen su origen en dictados de la razón que han llegado a universalizarse, especialmente en países de la misma cultura. La moral se ocupa de las acciones humanas, tratando de que ellas se orienten hacia el bien y la perfección, mediante la práctica de virtudes y proscipciones (destierros) de los vicios y la maldad. Su objeto material lo constituyen los actos humanos (así como las costumbres que estos generan) y su objeto formal, la moralidad de esos actos, es decir su adecuación o inadecuación a la norma moral.

El derecho, en cambio, tiene su origen en la razón y la experiencia, es decir, en la elaboración intelectual y practica social. Tiende a realizar específicamente la justicia, la paz, el bien común y la seguridad jurídica, valores a cuya realización también contribuyen la moral y la religión. De aquí que en lugar de existir oposición o contradicción entre los diversos sistemas de normas de conducta existen entre ellas consonancia e implicación.

Características:

Autónomas: Consiste en que la norma moral la dicta la misma persona que debe cumplirla. En el campo de la moral cada quien se convierte en su propio legislador, decide cómo debe actuar. Cada sujeto auto legisla.

Interiores: Se refieren al fuero interno de cada individuo, son dictadas por su conciencia, expresión de su intencionalidad y motivaciones íntimas. Son concreción u objetivación de eso que simbólicamente llamamos “la voz de la conciencia” que nos indica cómo debemos actuar. Aunque su esencia radica en la consideración interna de las acciones humanas, no puede ignorarse que también tienen una expresión externa en las acciones mismas a través de las cuales se exterioriza un dictado de la conciencia del individuo.

Unilaterales: Las normas morales son unilaterales porque frente al sujeto pasivo u obligado éticamente no existe un sujeto activo o pretensor que exija el cumplimiento del deber moral, ese cumplimiento sólo puede ser reclamado por la conciencia de cada persona, lo que no excluye que el deber se cumpla en relación a otra u otras personas.

Las normas morales que nos mandan honrar y respetar a nuestros padres, ayudar al necesitado o ser solidario con el dolor ajeno, sólo puede cumplirse espontáneamente, porque hay algo en nuestro interior que nos manda hacerlo por tratarse de una acción buena, que nos traerá satisfacción y tranquilidad, pero no porque exista alguna autoridad que nos lo ordene o porque pueda ser sancionado su incumplimiento.

Incoercibles: Su incoercibilidad es una consecuencia de su autonomía y unilateralidad. Estas normas se cumplen por convicción propia, pues no existe la posibilidad de cumplimiento forzoso como en la norma jurídica, desde luego que no existe persona, autoridad o entidad que pueda obligarnos a ello. Tampoco existe sanción por no cumplirlas. Ocurre casi siempre en las personas que tienen conciencia, que al no cumplir una norma moral, se produce en ellas una preocupación, pena interior, represión interior o reclame, al que se le llama REMORDIMIENTO, Y que para algunos constituyen una sanción subjetiva o interior. Técnica y jurídicamente, sin embargo, no es una sanción.

5.5.1.3 Normas religiosas :

Concepto: Es aquella inspirada por la idea suprema de Dios, y tiene como principal objeto, ayudar al hombre a lograr un fin último en la vida que no es el terrenal. Considera la conducta del hombre no sólo en sus relaciones con sus semejantes, como el derecho sino en sus actos para con Dios y consigo mismo.

Las religiones son una expresión importante de la cultura de los pueblos, producto de la preocupación del hombre por explicarse todo lo que le rodea, especialmente los fenómenos naturales que amenazan su vida o la de su grupo.

Las normas religiosas se considera como las “inspiradas por la idea suprema de Dios, y tienen por principal objeto ayudar al hombre a lograr un fin último en una vida que no es la terrenal.

Características:

UNILATERALES: Obligan pero no facultan;

HETERÓNOMAS; Entrañan sujeción a una voluntad superior, la divina;

INCOERCIBLES; No existe posibilidad de cumplimiento forzoso;

INTERIORES: Porque se cumplen por fe y por nuestras convicciones y apetencias espirituales.

NORMAS JURIDICAS	NORMAS MORALES	NORMAS RELIGIOSAS
Exterioridad	Interioridad	Interioridad
Heteronomía	Autonomía	Heteronomía
Bilateralidad	Unilateralidad	Unilateralidad
Coercibilidad	Incoercibilidad	Incoercibilidad

5.6 DERECHO POSITIVO.

Es el que se observa. Conjunto de normas que efectivamente se están observando, aunque estas hayan dejado de estar vigentes o todavía no hubieren sido elevadas a tal categoría. Ejemplo; Es costumbre bancaria que los cheques nominativos no se paguen si no consta en el documento el reconocimiento de la firma del beneficiario haga un cuenta habiente, cuando el beneficiario no es conocido en la institución a cuyo cargo se gira el título de crédito.

De acuerdo a la corriente iuspositivista, sólo existe el derecho que efectivamente se aplica y cumple en una determinada sociedad y en una cierta época. Es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia e injusticia de su contenido. El Derecho Positivo es la expresión de quien gobierna, de aquel que detenta transitoriamente el poder. Este derecho es sancionado por el legislador y modificable según la sociedad y las épocas, es decir que puede variar en el tiempo y en el espacio.

5.7 DERECHO NATURAL.

Es el conjunto de normas y principios deducidas por la razón humana, anteriores y superiores a las normas del Derecho Positivo. Sistema de normas principios e instituciones que congregan los valores permanentes, inmutables y eternos inspirados en la naturaleza humana.

Desde tiempos muy antiguos filósofos y pensadores políticos sostuvieron la creencia de que existe un derecho basado en lo más íntimo de la naturaleza del hombre como ser individual y colectivo, un derecho natural permanente y absolutamente válido e

independiente de toda legislación o cualquier cosas imaginada por el hombre. Trataban de descubrir aquellas ideas generales y eternas de justicia y derecho que los individuos humanos estaban dispuestos a reconocer en todas partes y que servirían como justificación de toda forma de derecho positivo. Los primeros en plantear y discutir el problema en cuanto al contenido específico de derecho natural fueron los pensadores griegos, se dieron cuenta de la existencia de un conjunto de normas fundadas en la naturaleza humana y obligatoria para todos los hombres y en todos los tiempos. Implica la conformación de un orden intrínsecamente justo que existe al lado, o por encima del derecho positivo. El Derecho Natural es un ideal de las normas, una legislación universal y atemporal que, por lo tanto, debería regir a todos los pueblos, con absoluta independencia de las modificaciones de índole cultural que en cada uno de ellos encontremos.

5.8 DERECHO SUSTANTIVO Y ADJETIVO.

El derecho sustantivo es aquel que consagra derechos, obligaciones, relaciones e instituciones jurídicas. Así, por ejemplo, el art.155 del Código Civil consagra cuáles son las causas comunes para la separación y el divorcio; se entiende que este dispositivo es simplemente sustantivo, toda vez que desarrolla unos supuestos de hecho esenciales para configurar la causal de que se trate. En cambio, el derecho adjetivo lo constituye el mecanismo procedimental que permite hacer valer ese derecho o darle efectividad a esa relación. Las normas de procedimientos fijadas en el Código Procesal Civil, determina como proponer la demanda de divorcio como fundamento en la causal que se ha escogido del artículo 155 del Código Civil, así como los actos para obtener finalmente la decisión judicial que acuerde o no el divorcio solicitado.

Adjetivo:

Establece y regula los procedimiento y mecanismos para hacer valer los derechos sustantivos, y que la doctrina universalmente ha denominado como el derecho procedimental, como es el caso del derecho procesal civil, penal o laboral.

ANTECEDENTES DEL CONSTITUCIONALISMO.

1. Concepto de derecho constitucional y constitucionalismo.

El derecho constitucional es el estudio del fenómeno del constitucionalismo, principalmente, en su fase jurídica. No obstante ello, el entendimiento del derecho constitucional requiere ciertos conocimientos previos del constitucionalismo en sus aspectos políticos, sociológicos y filosóficos.

El constitucionalismo es un movimiento que busca establecer una Constitución en un sentido formal (es decir, un documento normalmente escrito y orgánico) y material (estatuto con supremacía sobre el resto de las normas, que regula la organización del Estado y sus fines, el ejercicio de la autoridad y los derechos de las personas. Tras esta búsqueda se intenta establecer un “gobierno de la ley”, donde existirá una ley superior o Constitución y un conjunto de normas de inferior jerarquía (tales como la ley, en el sentido propio, los reglamentos, etc.).

2. Orígenes y antecedentes del constitucionalismo.

Teniendo en cuenta la definición del constitucionalismo y, en congruencia con lo manifestado por Néstor Sagüès, cabe anotar que la situación previa al constitucionalismo no implicaba la inexistencia de una normativa constitucional. “cualquier organización política (incluida la horda, la tribu, la polis griega, etc.) ya había contado con una estructura jurídico-política o Constitución. Pero antes del constitucionalismo tal estructura no contaba con un texto constitucional que cubriese los requisitos de forma y de contenido que hemos señalado”. (Alberto Pereira-Orozco Marcelo Pablo E. Richter, 2008).

Los requisitos a que Sagüès hace referencia son, esencialmente a) Un texto escrito, único, orgánico y superior a todas las normas (aspecto formal), b) A través de dicho texto se estructura, en su forma básica, al Estado y establecer una carta de derechos individuales (aspecto de contenido).

Así, y pese a que las constituciones previas al constitucionalismo no poseían las características enunciadas, éste se nutrió de concepciones e instituciones que le fueron previas, tal es el caso de: la distinción entre el poder legislativo ordinario y uno superior, la primacía de reglas supremas, el imperio de la ley; la jerarquía normativa. En ese sentido se pueden mencionar:

En la Grecia clásica, la distinción entre un poder legislativo ordinario (asamblea, o ecclesia) y un poder legislativo superior, encarnado en ciertas normas de mayor jerarquía, con la existencia de una acción, la graphè paranomòn, destinada a asegurar la primacía de éstas.

El pensamiento iusnaturalista, especialmente cristiano, que, frente a la tesis romanista de que todo el derecho proviene del monarca, quien se hallaba desligado de la ley, sostuvo en cambio la primacía de las reglas supremas (divinas o derivadas de la naturaleza humana) por sobre el derecho del soberano, a las que él no podía válidamente perjudicar, así como también, la existencia de derechos humanos previos e igualmente superiores a cualquier ley o Estado.

Pese a que suele identificarse el constitucionalismo con un movimiento que se desarrolla en el siglo XVII y XVIII, existen expresiones constitucionales precarias desde mucho antes, entendiéndose por tales la organización básica del poder y el reconocimiento de una norma de rango superior al legal. Roma y Grecia dan cuenta ya de este fenómeno.

Por su parte, es justo decirlo, la noción moderna del constitucionalismo, al menos en sus orígenes, se valió de la idea de la existencia de un derecho natural por sobre el derecho positivo. Así, el monarca absoluto y su poder se encuentra limitado por una norma superior y previa, de manera tal que el mismo se limita sea por los derechos de las personas sea por la necesidad de que la norma inferior no contradiga la superior.

Asimismo, el constitucionalismo moderno tomó nociones como el “rechtsstaat” medieval germano (estado de derecho) o el rule of law inglés. Estas concepciones reconocen la existencia de un derecho previo y superior al del monarca, el que debe sujetarse al mismo en su actuar y dar cumplimiento a los poderes-deberes que el mismo le impone, so pena de la caducidad de su mandato. Así, por ejemplo, consta en la Carta Magna de Juan Sin Tierra (1215), reconocía que en casos límites un grupo de privilegiados (barones) hacerse de los bienes del monarca que desconocía en forma persistente esta fuente normativa superior. Aún antes que en el mundo germano o anglosajón, los fueros de los reinos de la península ibérica, si bien otorgados por el rey, obligaban al mismo al punto de que si sus actos no eran acordes a los mismos serían nulos (dentro de los fueros del siglo XI destacan el de Toledo, Nájera y Sobrarbe, este último, del 1188 y particularmente completo).

Ya en el siglo XVI, Jean Bodin en los Seis Libros de la República, reconoce como fundamento del poder soberano de la autoridad, un conjunto de leyes de una jerarquía superior (fundamentales o legis imperii) que, en tal calidad, no podrían ser desconocidas por el propio monarca. En Inglaterra de principios del siglo XVII se reconocía la superioridad del common law (derechos consuetudinario asentado en lo precedentes) sobre el derecho estatutario que emanaba del Parlamento, de modo que este último –al igual que el monarca- no podía desconocer los preceptos del primero.

No obstante, fuerza señalar que en las etapas primitivas del constitucionalismo, el mismo no era un movimiento popular en el sentido moderno. Por el contrario, probablemente la principal motivación a su respecto fue el resguardo de los derechos de un grupo de privilegiados que, no obstante su posición, se veían en constante conflicto con quien ostentaba el poder superior. Aún en las primeras etapas del constitucionalismo, en su sentido moderno, el mismo no fue popular y, quizá por ello, algunos autores hablan de una etapa individualista de este movimiento.

Históricamente se tienen los siguientes antecedentes:

2.1 Los Hebreos.

Fueron los hebreos el primer pueblo que practicó el constitucionalismo. Flavio Josefo acuñó para la forma de su sociedad el término "teocracia". Desde entonces este concepto ha sido aplicado a aquellos sistemas políticos en los cuales los súbditos viven o pretenden vivir bajo el dominio de una autoridad divina. En este sistema los que poseen el poder (sacerdotes) son los representantes del poder divino. Esta ideología del dominio fue común en los imperios orientales de la Antigüedad, donde los valores religiosos y seculares estaban fusionados. La teocracia apareció bajo diferentes nombres y formas en el mundo islámico, en el budismo y en el sintoísmo. Este tipo de gobierno se mantiene todavía en el Tíbet.

El régimen teocrático de los hebreos se caracterizó porque el dominador que poseía un poder absoluto se limitaba por la ley del Señor, ya que ésta sometía de igual manera a los gobernantes y a los gobernados: aquí radicaba su constitución material. Los hebreos fueron los primeros, probablemente como un efecto lejano de la reforma faraónica de Akehnaton en Egipto, que insistieron en la limitación del poder secular a través de la ley moral. La política fue una función de teología, y el poder secular estaba confiado por Dios a los que tenían el poder en la tierra. Los primeros que se opusieron a un poder estatal establecido fueron los profetas ya que predicaron en contra de los gobernadores injustos que se habían desviado de la ley. Los profetas con ayuda de la constitución moral de la sociedad estatal fundamentaron su rebelión contra la autoridad que había olvidado la ley. Durante más de dos mil años la Biblia ha sido, por encima de su papel de imperativa ley moral, la norma estándar para valorar gobiernos seculares.

2.2 Los griegos.

Durante dos centurias existió en Grecia un documento puramente constitucional. Esta nación alcanzó casi de un sólo paso el tipo más avanzado de gobierno constitucional: la democracia constitucional. La democracia directa de las Ciudades-Estado griegas en el siglo V es el único ejemplo conocido de un sistema político con plena identidad entre gobernantes y gobernados, en el cual el poder político está igualmente distribuido entre todos los ciudadanos activos, tomando parte en él todos por igual.

En las instituciones políticas griegas se puede ver que ellos iban en contra de la arbitrariedad y el poder concentrado y que se regían por los principios del Estado de derecho regulado democrática y constitucionalmente. Apoyaban también la igualdad

y la justicia igualitaria. Las funciones estatales estaban ampliamente distribuidas entre diversas personas, órganos o magistrados y el poder de éstos se restringía por estrictas instituciones de control. Todos Los detentadores de cargos eran nombrados por sorteo, no eran reelegibles, y los períodos eran cortos y había rotaciones en los cargos. Todos los ciudadanos activos podrían optar a cargos públicos. El poder político estaba así distribuido de forma racional y eficazmente controlado.

Las ventajas de la democracia directa griega se convirtieron en vicios, teniendo que fracasar al final por mostrarse el pueblo incapaz de refrenar su propio poder soberano.

Maximiliano Kestler Farnés dice que el concepto de Constitución en sentido material fue conocido por los griegos ya que Aristóteles concebía la Constitución como un ordenamiento fundamental en relación con las leyes, que, como derivadas de ella, son disposiciones de acuerdo con las cuales se han de ejercitar las funciones de autoridad. Luego pasó a los romanos que la denominaban con el nombre de *rem publicam constituere*.

2.3 La República romana.

El orden republicano de Roma presenta el ejemplo clásico de una sociedad estatal que siendo fundamentalmente constitucional, no cometió el error de una excesiva democratización. La organización estatal republicana fue un sistema político con complicados dispositivos de frenos y contrapesos para dividir y limitar el poder político de los magistrados establecidos. Consistió en un amplio repertorio de limitaciones mutuas: los controles intraórganos tenían duración anual de los cargos y no se podía la reelección. Y los controles interórganos que acoplan a los diferentes detentadores del poder; la participación del Senado -que posteriormente se convirtió en un auténtico centro del poder- en el nombramiento de los funcionarios y la solución del gobierno de crisis en la institucionalización de la dictadura constitucional que estaba prevista fundamentalmente para determinados fines e invariablemente para períodos limitados.

El constitucionalismo republicano, arquetipo clásico para todos los tiempos del Estado constitucional, no estructurado necesariamente como democracia plena, se desintegró en las guerras civiles de los primeros siglos antes de Cristo y acabó en el dominio del César, que fue una monarquía. El cesarismo republicano quedó establecido y legitimado con el principado de Augusto. Posteriormente, el régimen político romano se abrió a las influencias y técnicas orientales y a ideologías teocráticas.

Finalmente, el Imperio se constituyó en el prototipo del absolutismo monárquico con elementos teocráticos, fundado en la fusión de autoridad religiosa y secular en el emperador. Sin embargo, la influencia del constitucionalismo republicano se perpetuó de una manera simbólica en el dogma de la *lex regia*, según el cual el dominio absoluto del monarca tenía su fuente originaria en la delegación del poder político del pueblo en el emperador.

En la Edad Media no se conoció las distinciones entre derecho público y privado, entre contrato y ley, entre derecho y juicio ya que la vida de ese entonces no lo necesitaba. El contrato era la institución jurídica universal. Los documentos medievales no son más que expresión de una relación jurídica contractual y no tienen el carácter de leyes ya que no tenían origen autoritario.

La Constitución moderna o formal, concebida como el conjunto sistemático de disposiciones, tuvo su origen en las exigencias organizativas que planteó el absolutismo. El Estado moderno surge cuando los medios de dominación política se concentran en el monarca y es entonces cuando se suprimen los privilegios de autoridad que poseían los estamentos y se produce una objetivación substantiva de la jurisdicción y la creación y ejecución jurídicas, porque es entonces cuando el Estado logra su unidad de mando y el poder público, se diferencia del poder estamental asumiendo la función de ser la instancia organizativa de la sociedad. Con el Estado moderno nace el Derecho público y el concepto formal de Constitución.

El Derecho Constitucional surge cuando el Estado pos-revolucionario hace la separación de poderes y les asigna la esfera de competencia y los atributos que le corresponden a cada uno.

Tras haber separado el poder surgieron problemas y se necesitaba de algo que diera orden a la nueva organización social. Por eso se creó una disciplina jurídica que es el Derecho Constitucional. Es cuando el poder personal es sustituido por el poder impersonal del Derecho que se manifiesta por medio de un documento que es la Constitución.

El derecho constitucional como disciplina autónoma nació a fines del siglo XVIII y principios del XIX, por las grandes transformaciones políticas ocurridas en Norteamérica y Europa. Pero desde antes, en el absolutismo, existían normas de tipo constitucional. Y nace con el fin de preservar al individuo de la omnipotencia de la autoridad pública.

Como antecedentes de éste cambio se citan:

2.4 La Revolución inglesa.

Inglaterra y la Revolución puritana: Loewestein, dice "La segunda y moderna fase del constitucionalismo comienza con la Revolución puritana en Inglaterra y en sus repercusiones en sus colonias en América. Una serie de circunstancias hicieron que se pasara de monarquía absoluta a monarquía constitucional. Con la destrucción de la Armada desapareció el estado de excepción que había obligado al Parlamento a someterse al liderazgo de Isabel. La dinastía extranjera de los Estuardos subió al trono. Los distritos de las ciudades, que soportaban la principal carga fiscal, habían enviado a hombres de prestigio a la Cámara de los Comunes para exigir su participación en la legislación financiera. Los religiosos clamaron por su derecho de autodeterminación espiritual frente al férreo clericalismo de la Iglesia estatal. La nueva clase media del Parlamento resucitó sus ancient and indubitable rights and privileged, que si bien se habían apagado durante los largos años del despotismo de los Tudor, no habían sido olvidados completamente. La nueva Cámara de los Comunes no quiso por más tiempo darse por contenta con un simbólico orden constitucional que los Estuardo, ya de por sí, tenían tendencia a ignorar; la Cámara insistió en implantar las limitaciones tradicionales a la corona, y exigió su participación en el proceso político. La cruel guerra acabó con la victoria del Parlamento sobre la corona en la Glorious Revolution de 1678, en un momento en el cual la monarquía absoluta, liberada de limitaciones constitucionales, alcanzaba su cenit en toda Europa.

En este período hizo su aparición la primera constitución escrita. Si se dejan aparte los estatutos coloniales que fueron otorgados por la corona, el lugar de honor entre los documentos constitucionales creados por propio impulso lo ocupa el Fundamental Orders of Connecticut (1639). Con el Agreement of the people el Consejo de Guerra de Cromwell confecciona por vez primera una Constitución para Inglaterra, un contrato popular cuya validez se considera independiente de las cambiarias mayorías. Este sólo fue un proyecto ya que Cromwell consagra sus principios en el Instrument of Government de 1653. En este documento se expresa que aparte de la Carta Magna debe existir un documento. Este es el único documento constitucional Inglés. Este es un documento escrito sistemáticamente, en el sentido de ley de garantías.

El Instrument of Government (1654) de Cromwell es, finalmente, la primera constitución escrita válida del Estado moderno, a no ser que se quiera reconocer la prioridad a la Regeringstom de 1634, en Suecia, que estableció los principios de gobierno en caso de imposibilidad o ausencia en el extranjero del rey. Los ingleses abandonaron, en último término, la concepción de una ley fundamental escrita. Empezando con la legislación anterior y posterior a la Glorious Revolution los

ingleses se contentaron con la regulación en leyes individuales de su orden fundamental, y la convicción popular les otorgó tanta solemnidad constitucional como si hubieran estado codificadas en un documento constitucional formal. Desde entonces persiste en Inglaterra la orgullosa tradición de un Estado constitucional sin constitución escrita; Inglaterra y Nueva Zelanda son hoy en día los únicos Estados, dignos de este nombre, que pueden prescindir de ella". [2]

La Carta Magna inglesa del 15 de julio de 1215 en el fondo es expresión de una relación contractual. Esta no es una aproximación a una Constitución moderna liberal o democrática. La Carta Magna históricamente no es más que un convenio de una aristocracia feudal con su señor territorial. La eficacia política del modelo de esta Carta Magna descansa en la idea que ciertos partidos se formaron de ella. Esta contiene 63 capítulos, limitaciones de la supremacía feudal del rey, limitaciones de su supremacía judicial, límites al derecho de impuesto y establecimiento de un Comité de resistencia para el caso de que estas prescripciones no se respetaran.

La Declaración de Derechos de 1688 (Bill of Rights) posee el mismo carácter por su forma, es un contrato entre el príncipe, llamado al trono por el parlamento. En su fondo tiene caracteres de la Constitución moderna ya que aparece el Parlamento en su lucha contra el poder del rey como el sujeto de la unidad política.

2.5 La Revolución estadounidense.

En la convención de Filadelfia el 17 septiembre de 1787 se aprobó el texto de la Constitución Norteamericana. Benjamín Franklin y una pléyade de hombres prácticos e inteligentes lograron el consenso para redactar un documento brevísimo que fijaba las reglas para un nuevo sistema.

Esta es la más importante de sus aportaciones en la historia del pensamiento y de la acción política al realizar una revolución constitucional.

Concebir la invención de un nuevo régimen que no partía del influyente pensamiento europeo, especialmente el de la ilustración francesa, que se basaba en la idea de que el grado de libertad de un país era siempre inversamente proporcional al grado de autoridad del gobierno, lo que llegaba a balancear las dos exigencias en un justo medio mecánicamente determinado entre la anarquía y el autoritarismo. Por el contrario, la revolución norteamericana fue una revolución constitucional, en el sentido de entenderla como un intento de fundar, a través de una constitución, de un texto escrito que fijaba las reglas, un nuevo orden político. A la supremacía de la voluntad de la mayoría, se contrapuso la supremacía de la Constitución.

Ante la impotencia de realizar el viejo sueño de la democracia directa, el Constitucionalismo se imponía como una necesaria respuesta, que se orientaba también a defender al pueblo y a los individuos que lo componen de la clase dirigente. Principios hoy de curso corriente surgen allí: La Constitución escrita y rígida; la estabilidad del poder ejecutivo induciendo su fortaleza y eficacia; los vastos poderes reservados al poder judicial; hasta en ese momento en alguna medida nulo, como sentencia Montesquieu; su fortalecimiento como control contra la mayoría de las asambleas; la protección de los derechos de las personas, de los grupos, de las minorías; y la concepción de ver a los representantes populares solamente como mandatarios, que deben estar al servicio del país y no convertirse en pequeño grupo de élite sin cortapisas, es la gran contribución de los constituyentes de Filadelfia.

2.6 La Revolución francesa.

La primera Constitución francesa junto con la elaborada por la Convención en 1793, la del Directorio de 1795, la de la época Consular de 1799 y la de los Estados Unidos de América de 1787 han servido de modelo a las demás que reconocen los principios demo-liberales. Éstas recibieron su contenido de la lucha del liberalismo en contra del absolutismo monárquico y éste se caracteriza por constituir una limitación del poder absoluto del Estado.

Después de la segunda guerra mundial la organización democrática y constitucional da una vuelta al incorporar a sus textos legislativos los principios correspondientes a la nueva concepción económico-social del Estado. Francia, en su Constitución aprobada por referéndum popular el 13 de octubre de 1946, vuelve a afirmar los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la Declaración de derechos de 1789 y además agrega derechos sociales que derivan de la protección de la dignidad humana que tiene el nuevo Estado, dando una prueba de que a la larga los pueblos no pueden vivir sino dentro de un régimen de legalidad y seguridad jurídica.

Karl Loewestein dice que la Constitución como un documento escrito de las normas fundamentales de un Estado adquirió su forma definitiva en el ambiente racionalista de la Ilustración. Pero organizaciones políticas anteriores han vivido bajo un gobierno constitucional sin sentir la necesidad de articular los límites establecidos al ejercicio del poder político.

La concepción de ley fundamental pasó a las colonias inglesas de América por medio de cartas de libertad, privilegios, en los cuales se consignaban los principios generales de gobierno que los ingleses les mandaban a los reyes de América. En estas cartas se encontraban los principios de garantías de libertad como lo es la

separación de poderes. Estos principios pasan a la Constitución de Estados Unidos de América de 1787 y luego se aceptan en la revolución francesa y se concretan en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789. Así aparece por primera vez en Europa una constitución escrita en forma de código sistemático, siendo ésta la Constitución francesa del 3 de septiembre 1791.

2.7 Etapas del constitucionalismo.

A principios del siglo XVII aparecen las primeras constituciones escritas o en el sentido actual. No obstante ello, desde el punto de vista de la evolución de la amplitud del movimiento constitucional, suele distinguirse entre el constitucionalismo individualista o liberal y el constitucionalismo social.

2.71 Constitucionalismo individualista.

El constitucionalismo individual o liberal es el propio de la incorporación del tercer estado (o estado llano, conformado por las clases medias burguesas y, la menos conceptualmente, la clase trabajadora) al poder político y social ostentado hasta el siglo XVI y XVII, casi monopólicamente, por el primer estado (la nobleza) y el segundo estado o clero. En estas primeras constituciones ya se aprecia, por un lado, la regulación de la estructura del poder y, por el otro, el establecimiento de derechos y libertades de corte, inicialmente, individualista.

En el enfoque ideológico, suele acudir a los postulados de Hobbes en cuanto a que el “hombre es un lobo para el hombre” y que, por lo mismo, el Estado está llamado a encauzar esta ley natural de la lucha continua de manera de que la especie no desaparezca, asegurando el cumplimiento de los acuerdos. Luego, Locke aporta con el desarrollo de las garantías individuales, la libertad y el valor de la propiedad, sobre la base de una igualdad natural de todos los hombres. Esta idea de la existencia de derechos naturales no es nueva pero, a diferencia de las inspiraciones medievales religiosas, se funda en el racionalismo puro. Hugo Grocio destaca en esta línea.

Así, las primeras constituciones escritas buscan darle contenido preciso y certeza jurídica a esta serie de ideas. Básicamente, se consagran una serie de libertades individuales (comercio, reunión, trabajo, asociación, información, religión, expresión, etc.) se declaraba la igualdad de las personas y se resguardaba la propiedad privada en términos absolutos. Desde el punto de vista de la organización política, se tiende hacia la elección de representantes por parte de un cuerpo electoral al que, por cierto, no se incorpora la masa de los miembros teóricos del tercer estado pues el sufragio universal es una conquista posterior. El Estado se regula en cuanto al

alcance de sus prerrogativas y, frente al mismo, se crean una serie de derechos públicos subjetivos que, como tales, se radican en el individuo.

En Inglaterra del 1653, luego de la revolución puritana de Oliverio Cromwell, se establece un “Instrument of Government”, que para Jellinek sería la primera y única constitución escrita en Inglaterra. La misma regulaba la distribución de los poderes entre el Lord Protector (básicamente, la cabeza del ejecutivo) su Consejo (que reemplazaba al Parlamento durante su receso) y el Parlamento (órgano legislativo, en conjunto con el Lord Protector). El Instrument of Government tuvo una corta vigencia, hasta la restauración monárquica.

Luego, en 1688, junto con el avenimiento al trono de María y Guillermo de Orange, luego de la revolución que destituyó a Jacobo II, se produce una segunda revolución liberal en Inglaterra, con fuerte influencia del pensamiento de Locke. Se aprueba el Bill of Rights, donde se limita el poder del Rey frente al Parlamento, estableciendo elecciones libres a su respeto y resguardándose una serie de garantías individuales. Este documento, más la Carta Magna de 1215, la Petition of Rights de 1629, junto con las normas sobre el Parlamento de 1911, constituyen la base del derecho inglés.

En Estados Unidos, durante la época colonial, el Rey establecía las colonias mediante las llamadas cartas (por ejemplo, la de Virginia de 1606). Por su parte, existieron también acuerdos o pactos entre los colonos que establecían ciertas instituciones básicas (por ejemplo, la de los padres peregrinos a bordo del Mayflower el 1620). La relevancia de estos documentos de las colonias norteamericanas fue su carácter de escritos, de ser normas fundamentales, contener la organización básica del Estado y el reconocimiento en ellas derechos fundamentales.

Luego, en el último cuarto del siglo XVIII, las distintas colonias fueron estableciendo nuevos textos fundamentales, como el Bill of Rights (derechos y libertades) y la Constitución de Virginia (organización del poder), ambos documentos de 1776. Paralelamente, a contar del 1774 se reúne en Filadelfia un Congreso Continental, del que más tarde nace los llamados Artículos de Confederación y Unión Perpetua, los que contienen ciertos acuerdos entre los diferentes estados en materia de libre comercio, militar, relaciones exteriores, principalmente. Este documento no era una constitución pero sentaba las bases de lo que posteriormente sería la Constitución Federal de los Estados Unidos.

La Constitución Federal de los Estados Unidos de América fue aprobada en la convención reunida en Filadelfia en 1787 y luego ratificada por los 13 estados. Dentro de la convención que aprobó el texto tuvieron figuración los llamados padres fundadores o founding fathers (Hamilton, Franklin, Madison –redactor del documento sobre el que se trabajó- y otros) así como las ideas de pensadores tales como Locke

(en cuanto al debido proceso) y Montesquieu (en lo relativo a la separación de los poderes). Uno de los temas centrales de la discusión fue la forma de repartir el poder entre el gobierno central o federal y los gobiernos de los Estados. Incluso dentro de las posiciones de quienes querían mantener mayor incidencia del poder de los Estados, existió discusión sobre si su participación en las decisiones federales fuere sobre la base de igualdad o en consideración al número de habitantes. Finalmente, el pensamiento de Thomas Jefferson tuvo incidencia en el texto constitucional. Este documento fue propiamente una constitución, la que se apartó de la tradición oral inglesa. Creó el ejecutivo federal, en manos del Presidente, y un congreso federal bicameral, en donde en la cámara de los representantes se refleja la población de los diferentes estados y en el Senado existe representación igualitaria de cada uno de ellos. Se dio primacía al orden federal sobre el estadual, pero se resguardó la autonomía de este último. Por su parte, se entregó competencia al gobierno federal en lo relativo a regular el comercio entre distintos estados. Es la llamada *commercial clause*, misma que según la mayor o menor amplitud de su entendimiento, a lo largo de los años, ha permitido un mayor o menor estatismo, según las concepciones políticas imperantes. Se establece, a diferencia del sistema inglés, que el Congreso queda limitado por la supremacía de la Constitución. Se reconoce un poder judicial federal, independiente de los estatales, cuya culminación es la Corte Suprema Federal, la que opera como un verdadero tribunal constitucional en cuanto es el intérprete final de la Constitución y quien resguarda su supremacía frente a la ley. Mediante las enmiendas o modificaciones constitucionales del año 1789 se incorporan a los 7 artículos originales del texto constitucional un conjunto de derechos y libertades. Esta constitución, con sus modificaciones, rige hasta el día de hoy y ha sido muy exitosa y de gran influencia.

El caso francés tiene como antecedente al proceso que se inicia con la revolución francesa (1789) el pensamiento de autores como Montesquieu y Rousseau. El primero de ellos, autor del *Espíritu de las Leyes* (1748) era un admirador del modelo inglés y un crítico del poder absoluto, por lo que en resguardo de la libertad y la seguridad individual postula la necesidad de que el gobierno sea representativo y que exista una separación de los poderes del Estado, de manera que entre ellos se controlen. Rousseau, autor del *Contrato Social* (1762), postula el traspaso contractual de los derechos de los hombres libres a la comunidad, la que se administra por la voluntad general mayoritaria, la que es infalible en su persecución del bien colectivo. Más concretamente en lo relativo al poder constituyente, Sieyès en su obra *¿Qué es el Tercer Estado?* (1789) postula al estado llano (o tercer estado), en su conformación más elitista que excluye el sufragio universal y se inclina por el censitario, como el titular exclusivo de dicho poder (con exclusión del clero y la nobleza). Distingue el poder constituido (legislativo o judicial) del poder constituyente que recae en la nación (en verdad, al estado llano o tercer estado, únicos

representados en la Asamblea Nacional) por derecho natural, que por lo mismo no presupone poder previo alguno, que no tiene límites y que es inalienable.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (también de 1789) es un documento que ha tenido gran influencia en los procesos constitucionales posteriores. Reconoce, en una perspectiva iusnaturalista, la igualdad esencial de los hombres y su libertad, situando a la asociación política como la llamada a la conservación de los derechos de las personas. La soberanía se radica en la nación y, por lo mismo, el poder sólo debe emanar de ella expresada en la mayoría. Recogiendo este documento, el año 1791 se aprueba la primera constitución, en el sentido moderno, de Francia. La misma reconocía el ejecutivo en el rey, pero aseguraba la separación de los poderes. En tanto se suprimió el poder del rey y se avanzó a un ejecutivo en manos del Directorio, las constituciones de 1793, 1799 y 1804, hasta que la de 1814 –durante la restauración borbónica- devolvió el poder ejecutivo al rey.

Luego de la experiencia en Francia, el constitucionalismo expresado en constituciones escritas se expandió sustantivamente en Europa y luego, en América del sur.

2.7.2 El constitucionalismo social.

El constitucionalismo primitivo o liberal, por un enfoque iusnaturalista, concebía que la libertad y la igualdad eran consustanciales el hombre y, por lo mismo, el Estado sólo debía resguardar dichas condiciones y evitar alterarlas. La propiedad privada era la base del sistema económico y el trabajo, el de la posición social. Esta forma de concebir el mundo era la expresión genuina del espíritu burgués del tercer estado pero no reconocía la realidad del sector que, de alguna forma, podemos denominar como cuarto estado o el grupo asalariado. Ya a fines del siglo XIX, el crecimiento de la riqueza y su concentración, producto de la revolución industrial, contrastó fuertemente con las exigencias impuestas a las clases asalariadas en los procesos de guerra que vivió occidente. La idea de una igualdad y libertad que sólo operaban en beneficio de los sectores acomodados y los abusos propios de los procesos capitalistas sellaron la suerte del modelo liberal. La reacción vino con los ideólogos socialistas del cuarto estado (proletariado) o incluso desde la propia Iglesia Católica (por ejemplo, con la dictación por parte de León XIII de la encíclica Rerum Novarum o cosa nueva- el año 1891).

Así como el tercer estado tuvo su revolución francesa, el cuarto estado tuvo revoluciones como la de La Commune, en Francia (1871), la Mexicana de 1910 y la Rusa de 1917. En Alemania, la Constitución de Weimar de 1919, mediante un

mecanismo menos traumático que una revolución recogió en el seno del movimiento constitucional una serie de derechos de nueva especie, derechos sociales, lo que ya no limitan al Estado sino que le obligan al desarrollo de una acción decidida en su favor.

Desde el punto de vista ideológico, el sustento de este llamado constitucionalismo social va desde los socialistas utópicos (Robespierre, Fourier, Louis Blanc); pasando por el marxismo y su vertiente leninista; el anarquismo; el sindicalismo; el social cristianismo; el corporativismo; el fascismo, etc.

En lo conceptual, se establece que la libertad de los individuos no pasa solamente por un deber de abstención del Estado sino que marca una obligación para el mismo, de manera de poder dotar de libertad real a los ciudadanos (las versiones marxistas llegan, por este camino, a la negación de ciertas libertades). Otro tanto ocurre con la igualdad, reforzándose desde una igualdad forzada (en las expresiones más marxistas) a una igualdad de oportunidades, a través del acceso a la educación y el resguardo gubernativo de la misma. La propiedad y su protección constitucional incorporan, en su seno, el reconocimiento de deberes jurídicos asociados a una finalidad de interés social (en las versiones marxistas, se tiende a abolir la propiedad privada. La promoción de la dignidad del ser humana pasa a ser una función del Estado. Se reconocen derechos laborales y a la sindicación, como una forma de agrupación intermedia diferente de la meramente política que era propia de las constituciones liberales que, marcadas por el rechazo al corporativismo medieval, rechazaban las formas de agrupación gremial. En algunos casos, con matices, se potencia la intervención del Estado en materia económica de forma directa, sea creando empresas o incluso, adquiriendo activos claves.

A raíz de esta evolución del constitucionalismo se ha hablado de estado de derecho (expresión que resume el ideal liberal del imperio de la ley); de estado social de derecho (donde la ley confiere mayores atribuciones al Estado en la consecución activa de la libertad e igualdad reales, pero siempre bajo el imperio de la ley y una clara separación de poderes); hasta los estados marxistas, con preeminencia del partido único y la subyugación de los distintos poderes a los dictámenes únicos del mismo, expresión de la voluntad popular.

2.7.3 Constitucionalismo contemporáneo.

Lo primero que se debe señalar es que la mayoría de los estados existentes han adoptado una constitución, siendo la tendencia hacia sistemas mixtos, liberales y sociales. En esta línea se reconoce el surgimiento de derechos de tercera generación, más allá de los individuales o sociales. Entre ellos, los de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la objeción de conciencia al servicio militar,

los derechos en calidad de consumidores, de usuarios, el derecho a la propia imagen y a la libertad de antena, etc.

En lo estructural, junto a los tradicionales tres poderes del Estado surgen instituciones como los tribunales constitucionales, los protectores del pueblo (ombudsman) y otras. Existe alguna tendencia al traspaso de potestades incluso a organismos supranacionales, como la experiencia europea y los tribunales internacionales. Por otro lado, con una mayor o menor jerarquía, se incorporan desde la Constitución Política de la República las fuentes del derecho internacional, como los tratados, a regular un creciente número de materias.

En términos generales, pese a ser esta la tendencia universal, el diferente grado de desarrollo de los distintos estados que la han asumido puede resultar una amenaza para su estabilidad. Por otra parte, problemas globales como el terrorismo o el narcotráfico, contemporáneamente, podrían dar paso a una nueva evolución constitucional con una mayor relativización de las garantías individuales en pro de la seguridad nacional.

2.8 HISTORIA CONSTITUCIONAL DE GUATEMALA.

En Guatemala el Derecho Constitucional empezó a utilizarse en 1824. A continuación se detalla una lista de las diferentes Constituciones que ha tenido Guatemala.

2.8.1 PERIODO PRE-INDEPENDIENTE.

2.8.1.1 CONSTITUCIÓN DE BAYONA.

Por la abdicación de Carlos IV en 1808 a favor de Napoleón, nombró éste a su hermano José I Bonaparte como rey de España. Éste último decretó la Constitución de Bayona, esta constitución rigió lo que entonces era la Capitanía General de Guatemala. Fue promulgada con el objeto de darle el carácter de normas supremas a aquellos aspectos que el rey consideraba de absoluta importancia, enumera ya algunos de los derechos individuales como la inviolabilidad de la vivienda y detención legal.

La crisis del Antiguo Régimen absolutista se agudizó en 1808, produciéndose el Motín de Aranjuez contra Godoy y el propio Carlos IV. Éste abdica en su hijo Fernando VII, pero antes de consolidarse en el poder, Napoleón convocó en Bayona una Asamblea de notables españoles, a los que presentó un texto de Constitución, promulgado el 8 de julio de 1808.

Cronológicamente su génesis se realizó del siguiente modo:

Carlos IV renuncia sus derechos a la corona de España en favor de Napoleón. Fernando VII abdica en favor de su padre Carlos IV, sin saber que previamente había renunciado sus derechos. El hermano de Carlos IV y sus hijos Fernando y Carlos renuncian sus derechos a la corona de España en favor de Napoleón. Napoleón ordena al duque de Berg, lugarteniente del Reino, que convoque una asamblea en Bayona. El 6 de junio de 1808 Napoleón designa a su hermano José, como rey de España. Entre el 15 y el 30 de junio de 1808 se elabora una "constitución". El 8 de julio de 1808 se promulga. Se considera una carta otorgada, puesto que no fue elaborada por los representantes de la Nación. Organizaba España como una monarquía hereditaria en que el monarca ocupaba el centro del poder político, pero con la obligación de respetar los derechos ciudadanos proclamados en su texto. Nació en un contexto complejo, dictado fuera de territorio nacional y con un marcado carácter afrancesado, apadrinado por los liberales moderados. Debido a su origen y proceso no puede considerarse una Constitución, sino una Carta otorgada: el proyecto de Estatuto fue presentado por Napoleón a 65 diputados españoles a los que sólo se les permitió deliberar sobre su contenido. No existió voluntad previa de elaborar un documento constitucional, se les impuso un texto y se aceptó por unas Cortes reducidas convocadas en territorio francés. Tiene la siguiente estructura: Poder Legislativo.- Iniciativa real, que promulga "oídas las cortes". Poder Ejecutivo.- Corresponde al Rey y sus ministros. El Rey ordena y los ministros son responsables. Poder Judicial.- Es independiente, pero el Rey nombra los jueces.

2.8.1.2 Constitución Política de la Monarquía Española 1812.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA.

Esta carta fundamental fue promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812. Se decretó por las cortes generales y extraordinarias de la nación española. Estableció en su capítulo VIII el proceso de Formación de las leyes y sanción real. Destaca en el desarrollo orgánico-constitucional la organización del gobierno del interior de las provincias y de los pueblos. Incorporó las instituciones reales de la función administrativa. Se hace un detalle a las atribuciones y funcionamientos de los tres poderes. Su objeto fue organizar el poder público.

Centroamérica se independiza de España y pasa a formar parte de México formando la Federación de provincias Centroamérica.

La Constitución española de 1812, también denominada *La Pepa*, fue promulgada por las Cortes Generales de España el 19 de marzo de 1812 en Cádiz. La importancia histórica de la misma es grande, al tratarse de la primera Constitución promulgada en España, además de ser una de las más liberales de su tiempo. Respecto al origen de su sobrenombre, *la Pepa*, fue promulgada el día de San José, de donde vendría el sobrenombre de *Pepa*.

Oficialmente estuvo en vigencia dos años, desde su promulgación hasta el 24 de marzo de 1814, con la vuelta a España de Fernando VII. Posteriormente estuvo vigente durante el Trienio Liberal (1820-1823), así como durante un breve período en 1836-1837, bajo el gobierno progresista que preparaba la Constitución de 1837. Sin embargo, apenas si entró en vigor *de facto*, puesto que en su período de gestación buena parte de España se encontraba en manos del gobierno pro-francés de José I, el resto en mano de juntas interinas más preocupadas en organizar su oposición a Jose I, y el resto de los territorios de la corona española (los virreinos) se hallaban en un estado de confusión y vacío de poder causado por la invasión napoleónica.

La constitución establecía el sufragio universal, la soberanía nacional, la monarquía constitucional, la separación de poderes, la libertad de imprenta, acordaba el reparto de tierras y la libertad de industria, entre otras cosas.

2.8.2 PERIODO INDEPENDIENTE.

2.8.2.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE CENTRO AMÉRICA.

Esta fue decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de noviembre de 1824. En sus declaraciones dogmáticas, declara su soberanía y autonomía, sus objetivos: la conservación de los derechos humanos de libertad, igualdad, seguridad y propiedad. Adopto un sistema Republicano y Representativo, instauró la División de Poderes, el régimen presidencial. Está inspirada en la constitución Estadounidense y Francesa.

2.8.2.3 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE GUATEMALA.

El estado de Guatemala promulgó con el objeto de complementar esta Constitución Federal la suya propia el 11 de octubre de 1825. Establecía que sólo el legislativo y el ejecutivo tenían iniciativa de ley. Se limitó a la soberanía y estableció la administración municipal.

Decretos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1839.

En 1838 empieza el proceso de desintegración de la Federación por lo que se da un vacío jurídico lo que promulga 3 decretos.

Ley constitutiva del Ejecutivo (1939)

Ley Constitutiva del Supremo o Poder Judicial de Estado de Guatemala (1939)

La Declaración de los Derechos del Estado y sus Habitantes (1939).

2.8.2.4 ACTA CONSTITUTIVA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA.

Esta fue decretada por la asamblea Constituyente el 19 de octubre de 1851, se ratifica la disolución de la federación, se crea un sistema presidencialista, período presidencial de 4 años con posibilidad de reelección. Se crea la separación de poderes, limitó el estatuto de deberes y derechos de los guatemaltecos y subordinaba las leyes constitutivas a las disposiciones básicas del acta. El primer presidente fue Rafael Carrera, fue reformada el 29 de enero de 1855 y la reforma fue que Rafael Carrera se nombró presidente vitalicio.

2.8.2.5 LEY CONSTITUTIVA DELA REPÚBLICA DE GUATEMALA.

Se da una revolución encabezada por Justo Rufino Barrios, la cual culmina con una nueva constitución, fue decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 11 de diciembre de 1879. Fue una constitución laica, centrista, sumaria. Se reconoció el derecho de exhibición personal y se volvió el régimen de separación de poderes, crea un legislativo unicameral y un ejecutivo bastante fuerte. Por primera vez se encuentra el mandato de la Constitución para que una determinada ley tenga el carácter de Constitución. Esta Constitución lo Derechos Humanos son llamados GARANTÍAS. Sufrió varias reformas al derecho de trabajo, la prohibición de monopolios, las reservas del Estado en cuanto a correos, telégrafos radiotelegrafía, navegación aérea y acuñación de moneda, el derecho de petición a la libertad de emisión del pensamiento, propiedad, se regula los casos en que una persona puede ser detenida, el debido proceso y el derecho a la correspondencia.

2.8.2.6 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE CENTROAMÉRICA.

Fue decretada el 9 de septiembre de 1921 por los representantes del pueblo de los Estados de Guatemala, El Salvador y Honduras. Reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, en cumplimiento del pacto de unión firmada en San José Costa Rica en 1921, esta nueva carta constitutiva federal solo fue un ensayo efímero, tenían iniciativa de ley los tres órganos del Estado y las Asambleas de los Estados. En el desarrollo orgánico se establecían normas destinadas a regir algunas instituciones jurídicas nuevas, la rigidez constitucional podrían acordarse por los dos tercios de votos de la Cámara de Diputados y los tres cuartos de la Cámara de Senadores.

2.8.2.7 DECRETO DE LA JUNTA REVOLUCIONARIA DE GOBIERNO Y DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA.

Por decreto número 17 del 28 de noviembre de 1944 de la Junta Revolucionaria de Gobierno aprobado el 15 de diciembre de 1944 por Decreto número 13 de la Asamblea Legislativa, se declararon los principios fundamentales del movimiento conocido como Revolución del 20 de octubre de 1944. Mas que una declaración dogmático-ideológica de un movimiento armado que se rebela contra el orden jurídico-político y busca un nuevo acorde a sus postulados, entendemos que aquellos principios, por ser posteriores a la espontaneidad y éxito del referido movimiento revolucionario, eran bases fundamentales de una nueva organización estatal, es decir, bases constitutivas, dogmáticas y orgánicas para un nueva concepción del Estado guatemalteco. Éste además de contener los llamados principios contenía mandatos expresos de constitucionalidad práctica, por su fuerza ejecutiva.

Por Decreto número 18 del 28 de noviembre de 1944 de la junta Revolucionaria de Gobierno, aprobado el 9 de diciembre de 1944 por Decreto número 5 de la Asamblea Legislativa, se derogó totalmente de Constitución de la República.

2.8.2.8 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL 11 DE MARZO DE 1945.

El 20 de octubre de 1944 se gestó una revolución que derrocó al General Jorge Ubico y el 11 de marzo de 1945 se decreta la nueva constitución. Tres son las características fundamentales de ésta constitución:

Aspiración moralizadora, es decir que los funcionarios y empleados públicos deben ser honestos.

Mejoramiento de la educación promoviendo una campaña alfabetizadora.

Mejoramiento del sistema penitenciario.

En ésta constitución se denomina con el nombre de garantías individuales y sociales a los Derechos Humanos.

Dentro de las innovaciones de la constitución están:

En el aspecto laboral se fijo un salario mínimo se fijaron las jornadas de trabajo descansos y vacaciones, el derecho a sindicalización libre, el derecho a la huelga y el paro, derecho a indemnización por despido injustificado, y la regulación del trabajo de las mujeres y de los menores.

Dentro de las garantías sociales se crea el IGSS se prohíben los latifundios y se autoriza la expropiación forzosa de la tierra, se reconoce la autonomía universitaria, se crean normas para mejorar el magisterio nacional, se mejoran los poderes

presidenciales, descentralización del poder, se crean las municipalidades, se mantiene la educación laica, y no se le reconoce personalidad jurídica a la iglesia, se reconoce el principio de alterabilidad en el ejercicio de la presidencia y se reconoce el derecho de rebelión.

Bajo esta constitución gobernaron Juan José Arévalo y Jacobo Arbenz Guzmán. Arévalo mejoró las condiciones de los trabajadores, Arbenz propuso la reforma agraria, lo que motivó un golpe de Estado.

2.8.2.9 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL 2 DE FEBRERO DE 1956.

Carlos Castillo Armas fue nombrado presidente el 2 de febrero de 1956 se decretó la nueva Constitución.

LA CONSTITUCIÓN SE VIO INFLUENCIADA POR DOS TRATADOS RATIFICADOS POR GUATEMALA.

La declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ambas fueron firmadas en 1948. En esta constitución se adoptó el término de Derechos Humanos, dentro de sus innovaciones están; se le reconoce personalidad jurídica a la iglesia, limita el intervencionismo del estado y los proyectos de transformación agraria, limita los procesos de expropiación de la tierra, mejoró el régimen legal de las universidades privadas, protegió las inversiones extranjeras y suprimió el derecho de rebelión.

Bajo esta constitución gobernaron Carlos Castillo Armas y Miguel Idígoras Fuentes. Este último fue derrocado el 31 de marzo de 1963 por un Ministro de la Defensa, Coronel Enrique Peralta Azurdia.

La vigencia de la Constitución fue suspendida por el numeral tercero de la Resolución constitutiva de Gobierno, del 31 de marzo de 1963 del Ministro de la Defensa Nacional, altos jefes militares y comandantes de cuerpo las funciones es armados en nombre del Ejército de Guatemala.

Evidentemente fue un golpe de estado en contra del presidente de la República, comandante General del Ejército, en nombre de una institución que constitucionalmente, estaba normada como obediente y no deliberante, digna y esencialmente apolítica, obligada al honor militar y la lealtad. Además acto de rebelión constitutivo de delito penal. El golpe fue a la propia constitucionalidad. Además de romper de romper el orden jurídico que la constitución establecía, se produjo un retroceso en los principios republicanos de la separación de poderes al concentrar las funciones ejecutivas y legislativas en el Ministro de la Defensa Nacional.

2.8.2.10 CARTA FUNDAMENTAL DE GOBIERNO.

Esta fue emitida por el jefe de gobierno de la República por Decreto-Ley número 8 del 10 de abril de 1963. Contenía una confusión de funciones administrativas y legislativas, entre las cuales, como la de mayor importancia, destacaba que el Jefe de gobierno sería el Ministerio de la Defensa Nacional y quién ejercería las funciones Ejecutivas y legislativas. Era una virtual sustitución del titular del Organismo Ejecutivo y una pseudo sustitución de la soberanía popular radicada en los integrantes del Organismo Legislativo.

La Carta Fundamental de Gobierno no contenía mandato alguno para desarrollo orgánico constitucional. Todo se redujo a declaraciones normativas dogmáticas y a fijar el concepto de que el poder público radicaba en el Ejército Nacional.

El Jefe de Gobierno convocó a Asamblea Nacional Constituyente la que por derogatoria dictada sobre el Decreto-Ley 8, Carta Fundamental de Gobierno, y reconocimiento de validez jurídica a los Decretos leyes emanados de la jefatura de Gobierno, decretó y sancionó CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA DEL 15 DE SEPTIEMBRE DE 1965. Con vigencia a partir del 5 de mayo de 1966. Para el periodo de transición la propia constitución de la republica por mandato expreso encargó al Ministro de la Defensa Nacional ejercer las funciones que correspondían al Presidente. Periodo de transición que lo fue del inicio de la vigencia de la Constitución hasta la toma de posesión de la persona electa para tal cargo.

La constitución contenía 282 artículos, profundiza la tendencia anticomunista, mejora el régimen legal de las universidades privadas, se crea la vicepresidencia de la República, reduce el período presidencial a 4 años, mantiene el principio de reelección del presidente, denomina garantías constitucionales a los Derechos Humanos, crea el Consejo de Estado; crea la Corte de Constitucionalidad como tribunal temporal.

Bajo esta constitución gobernaron: Méndez Montenegro, Arana Osorio, Kjell Laugerud y Romeo Lucas García.

El 23 de marzo de 1982 se da un golpe de estado en contra del gobierno de Lucas García dejó en el poder a una junta Militar de Gobierno, integrada por los Generales José Efraín Ríos Montt, Egberto Horacio Maldonado Shaad y el Coronel Francisco Luis Gordillo Martínez.

Quien quedó en el poder General Ríos Montt (1982-1983) durante su gobierno se promulgó el Estatuto Fundamental de Gobierno.

En 1983 su Ministro de la Defensa Oscar Humberto Mejía Victores le dio golpe de estado, convoca Asamblea Nacional Constituyente y los diputados toman posesión el uno de julio de 1984.

2.8.2.11 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA 1985.

Es la que nos rige actualmente, fue promulgada el 31 de mayo de 1985 y entró en vigencia el 14 de enero de 1986.

Dentro de sus innovaciones están: adopta nuevamente el término de Derechos Humanos.

Consta de 2 partes: Dogmáticas que contiene derechos individuales y sociales incluye las comunidades indígenas, el medio ambiente y el equilibrio ecológico, derecho a la huelga.

La parte Orgánica: contiene las relaciones internacionales del Estado, el consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural, la Comisión y el Procurador de los Derechos Humanos, las Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional, la creación de la corte constitucional como organismo permanente.

Bajo esta constitución gobernaron, Marco Vinicio Cerezo Arévalo, Jorge Serrano E lías, Ramiro de León Carpio, Álvaro Arzú Irigoyen, Alfonso Portillo Cabrera, y Oscar Berger.

2.9 DERECHO CONSTITUCIONAL.

GENERALIDADES.

El derecho político o constitucional se entiende como el conjunto de reglas que regulan las relaciones entre los individuos y las autoridades del Estado al que pertenecen.

Es la rama más importante del Derecho. Se refiere a la estructura jurídica fundamental del Estado y a las relaciones de éste con los individuos en cuanto a su actuación como ente soberano dotado de imperio para poder imponerse a aquellos. Regula lo relativo a los tres poderes del Estado, así como lo que se refiere a derechos individuales, derechos políticos, derechos sociales, etc.

Según Maurice Duverger el derecho constitucional es el que "estudia las instituciones políticas desde un ángulo jurídico. Su nombre proviene de la práctica inaugurada en los Estados Unidos en 1787 y más tarde en Francia en 1791, y generalizada después, que consiste en reunir las reglas de derecho relativas a los órganos esenciales del Estado en un texto solemne llamado Constitución. Pero todas las reglas de derecho relativas a las instituciones políticas no están contenidas en la Constitución: Se encuentran también en las leyes ordinarias, los decretos y los reglamentos del Gobierno, en las órdenes de los ministros y las autoridades locales, en las resoluciones de las asambleas, en las costumbres jurídicas o en los "principios generales del derecho", etc. El derecho constitucional las estudia todas, cualquiera

que sea su fuente; a pesar de su nombre, no es únicamente el derecho de la Constitución".

El derecho constitucional entraña un conjunto de decisiones políticas fundamental acerca de la forma del Estado y del gobierno. A través de esta una sociedad alcanza orden, unidad, situación y modo concreto de ser. La Constitución es el medio más efectivo de organizar a los hombres para la vida civilizada a la que están destinados en razón de sus facultades racionales.

CONCEPTO.

"El derecho Constitucional es el conjunto de normas jurídicas que organizan el Estado, determinan los principios a los que debe ajustarse su funcionamiento y señalan las garantías y derechos de que están asistidos todos los miembros de la comunidad política".

Bielsa dice que "el Derecho Constitucional puede definirse como la parte del derecho Público que regla el sistema de gobierno, la formación de los poderes públicos, su estructura y atribuciones, y las declaraciones, derechos y garantías de los habitantes, como miembros de la sociedad referida al Estado y como miembros del cuerpo político".

Bernaschina González define al derecho Constitucional como "el conjunto de normas jurídicas que determinan la organización y actividad del Estado y los derechos de los individuos, ya sea como gobernantes o gobernados".

Vladimiro Naranjo dice "El derecho constitucional puede definirse como la rama del derecho público que estudia la estructura del Estado dentro del marco de la Constitución, la situación del individuo frente al poder del Estado, la organización y funcionamiento de ese poder en sus aspectos fundamentales y las instituciones políticas que constituyen el soporte de la vida estatal".

IMPORTANCIA.

Después de ver las distintas opiniones de los autores acerca de lo que es el Derecho constitucional podemos ver que en Guatemala éste derecho es de gran importancia ya que existe un texto único, escrito, al cual están subordinadas las demás leyes; éste texto único es la Constitución Política de la República de Guatemala. En éste texto está contenido lo referente a la organización y funcionamiento del Estado y además las garantías que el Estado le reconoce al individuo.

2.9.1 EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

2.9.1.1. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN.

El principio de supremacía de la Constitución descansa, fundamentalmente, en la distinción entre poder constituyente y poder constituido. Fundándose el constitucionalismo en la premisa que la soberanía reside en el pueblo, se conceptualiza al poder constituyente como la manifestación concreta de dicha soberanía, mediante la cual el pueblo se da a sí mismo el ordenamiento político-jurídico que regirá su destino, plasmándolo en un documento denominado Constitución.

El poder constituyente establece determinados órganos encargados de actuar en nombre del Estado, que reciben el nombre de poderes constituidos u órganos del Estado. Estos poderes u órganos constituidos, al haber sido creados o engendrados por el poder constituyente, se encuentran necesariamente subordinados al mismo, debiendo ajustar todo su accionar a lo regulado por éste. Si bien el poder constituyente se disuelve materialmente al establecer y promulgar la Constitución Política y jurídica del Estado, su voluntad se perpetúa precisamente a través de esa constitución, por lo que la subordinación de los poderes constituidos al poder constituyente se materializa a través de la sujeción y respeto absoluto de los poderes constituidos a la Constitución.

Consecuencia del principio de supremacía de la Constitución, es el principio de rigidez de las disposiciones constitucionales. El principio de rigidez constitucional descansa, como afirma Linares Quintana, en la distinción entre poder constituyente y poder legislativo ordinario, y consiste en el establecimiento por parte del propio poder constituyente, de un complicado y riguroso procedimiento que debe observarse para los casos de reforma o enmienda de los preceptos constitucionales, de tal forma que una enmienda o reforma constitucional no pueda realizarse mediante el mismo procedimiento establecido para la sanción de leyes ordinarias.

De la conceptualización de la Constitución como ley suprema, como ley fundamental, deriva también la noción de la constitución escrita que, como afirma Schmitt procede de la idea “de que una cosa fijada por escrito puede ser demostrada mejor, que su contenido es estable y protegido contra modificaciones”.

Linares Quintana sostiene que el principio de la supremacía de la Constitución constituye la más eficiente garantía de la libertad y dignidad del individuo, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental.

2.9.1.2 DIVISIÓN DE LOS ORGANISMOS DEL ESTADO.

El principio de división de poderes surge en Inglaterra ya que durante la monarquía se limitaba cada vez más a los ciudadanos. En Francia con Montesquieu llega a consideraciones filosóficas: todo el que tiene poder tiende a abusar de él y lo va a hacer hasta donde encuentre un límite, pero Montesquieu decía que era necesario que otro poder le pusiera freno. La necesidad de crear tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) y que cada uno de estos poderes debía ser ejercido por personas y grupos distintos.

Estados Unidos fue el primer Estado en adoptarlo y ponerlo en práctica; delimitando las atribuciones de cada organismo y evitando el abuso de poder y es allí donde surge los frenos y contrapesos que pretende que ninguno de los tres poderes se exceda de sus facultades imponiendo controles recíprocos que son: la interpelación (interorgánico) y el bicameralismo (intraorgánico).

El principio de la división de poderes, considerado como medio protector político, no defiende, no protege el orden constitucional, la división de poderes es el orden constitucional, la división de poderes es la esencia del constitucionalismo; es el medio más idóneo encontrado por el hombre para asegurar su libertad y dignidad frente al Estado.

Los controles interórganos e intrórganos, también constituyen parte integrante del orden constitucional. Desde sus orígenes, el constitucionalismo implicó no sólo la división del poder entre varios órganos sino también el establecimiento de controles recíprocos entre los mismos, es decir, el sistema de pesos y contrapesos, regulado por la Constitución Norteamericana, primera Constitución escrita del mundo contemporáneo. En cuanto a los controles interórganos, estos también formaron parte del orden constitucional desde sus orígenes, y si alguno de ellos se incorporó con posterioridad, no debe considerarse que vinieron a proteger al orden constitucional sino que a enriquecerlo.

2.9.1.3 JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

La jurisdicción constitucional es aquella con que se inviste a ciertos tribunales, sean de jurisdicción ordinaria o especializada, para que, con arreglo a criterios jurídicos y métodos judiciales, satisfagan pretensiones que tengan origen en normas de derecho constitucional. La jurisdicción constitucional tiene por objeto la realización efectiva de los preceptos constitucionales de naturaleza sustantiva y, es por ello que también se le denomina derecho procesal constitucional o justicia constitucional.

Jaime Guasp señala que “la justicia constitucional o proceso constitucional vendría a configurarse como aquella justicia o proceso que tiene por contenido peculiar las pretensiones que ese invocan fundándose en una norma del derecho constitucional estricto. Esta sería pues, la diferencia auténtica que permitiría separar a la jurisdicción constitucional de la civil, de la penal, administrativa, laboral y así

sucesivamente. De donde habría que extraer la conclusión de la inevitable aplicación a ésta rama de los tres postulados de un verdadero proceso, exigiendo, en todo proceso constitucional auténtico, la existencia de una pretensión constitucional, en toda pretensión constitucional la exigencia de apertura de un proceso constitucional, y una correlación impecable, fundada en el llamado principio de la congruencia, entre la reclamación de parte y la decisión del tribunal constitucional de que se trate.”

La jurisdicción constitucional consiste en los mecanismos destinados a asegurar el respeto absoluto a la Constitución por parte de quienes detentan el poder. Es imperativo que los funcionarios y empleados públicos respeten y cumplan, que los gobernantes encuadren sus actos dentro del ordenamiento jurídico en donde la cúspide es la constitución, como norma superior que existe en un Estado y en consecuencia las otras normas se encuentran jerárquicamente en una posición inferior a la constitución y deben observar el principio que la constitución es la ley suprema.

Sujetos en la Jurisdicción Constitucional.

El órgano o tribunal encargado de satisfacer la pretensión constitucional.

Las personas individuales o jurídicas que pueden acudir ante la jurisdicción constitucional con el objeto de que se les satisfaga una pretensión constitucional.

Objeto.

El objeto fundamental de la jurisdicción constitucional es obtener el respeto absoluto, por parte de quienes detentan el poder, de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos y consagrados en la parte dogmática de la constitución y el cumplimiento y observancia de las normas que regulan la distribución y limitación del poder establecidas en la parte orgánica de la ley fundamental. Su objeto, en definitiva, es mantener en plena vigencia la libertad y dignidad del ser humano, a través del conocimiento de acciones que tiendan, directa o indirectamente, a tutelarlos.

Resoluciones.

En cuanto a las resoluciones dictadas por los órganos de la jurisdicción constitucional, debemos distinguir entre sentencias declarativas que son las encaminadas a obtener la tutela directa de derechos fundamentales (producen efectos inter partes, como por ejemplo el Amparo, la Exhibición Personal y la Inconstitucionalidad en Caso Concreto) y constitutivas (producen efectos erga omnes, como por ejemplo la Inconstitucionalidad General).

3. LA CONSTITUCIÓN.

3.1 Concepto.

En sentido material, la Constitución es el conjunto de principios, instituciones, formas de vida, soluciones, etc. que los integrantes de una sociedad han adoptado como un medio para regular sus relaciones y lograr una superación colectiva, que no necesariamente tiene que estar consignados en un documento, pero que los han aceptado y con ellos han constituido ya un sistema particular de vida, ha creado su propia organización y han formado un Estado.

En sentido formal, la Constitución es el conjunto de normas jurídicas que integran los principios fundamentales y las instituciones básicas de un Estado que las ha adoptado como ley suprema con el objeto de establecer la forma de organización, regulación y limitación del ejercicio y funcionamiento de sus poderes y a la vez garantizar los derechos fundamentales de sus habitantes.

Maurice Duverger define la Constitución como: "unos textos que definen los órganos esenciales del Estado y proclaman, en general, las libertades públicas fundamentales. Estas constituciones o leyes constitucionales se consideran superiores a las leyes ordinarias votadas por el parlamento y establecen, un grado superior de legalidad, una especie de "super legalidad".

Romagnosi expresa que la Constitución es "una ley que un pueblo impone a sus gobernantes con el objeto de protegerse contra el despotismo".

Pellegrino Rossi afirma que Constitución "es el conjunto de leyes que forman la organización de un Estado y regulan su acción y su vida".

Cooley dice que "el término Constitución puede definirse como el cuerpo de normas y máximas con arreglo a las cuales se ejercen habitualmente los poderes de la soberanía".

Bryce anota que la "Constitución de un Estado o Nación comprende aquellas de sus reglas o leyes que determinan la forma de su gobierno y los derechos y deberes del mismo frente a sus ciudadanos, y de éstos respecto al gobierno".

Masson y Wiliquet consideran que la Constitución es "la tabla fundamental que regula la forma de gobierno, organiza los poderes públicos y sus atribuciones, la garantía de los derechos y de la libertad de los ciudadanos".

Posada expresa que "La Constitución política parece estimarse, en general, como la expresión jurídica del régimen del Estado, en dos manifestaciones, a saber: la organización de los poderes, instituciones fundamentales en la que se encarna prácticamente el ejercicio de la soberanía, y la limitación de la acción de esos

poderes en sus relaciones con la personalidad. En definitiva, la Constitución se concibe como un conjunto, sistema o régimen de garantías"

Black dice que la Constitución es "la ley orgánica y fundamental de una Nación o Estado, la cual puede ser escrita o no escrita, estableciendo el carácter y la concepción de su gobierno, sentando los principios básicos a los cuales su vida interna ha de conformarse, organizando el gobierno y regulando, distribuyendo y limitando las funciones de sus diferentes departamentos, y prescribiendo la extensión y manera de ejercicio de los poderes soberanos".

Hauriou define la Constitución del Estado como "el conjunto de reglas relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal, consideradas desde el punto de vista de la existencia fundamental de ésta.

Estrada dice que la Constitución es "un instrumento en el cual la nación depositaria permanente de la soberanía, establece su gobierno, limita las facultades que le confiere, define las reglas generales de su conducta y determina cuáles son los derechos y las relaciones de los individuos que deben estar para siempre exentos de la presión de la autoridad.

Antokoletz, siguiendo las definiciones de Cooley y Bryce sobre la Constitución, explica que "en el Derecho público moderno se la define como un conjunto de normas que determinan la forma de gobierno, la organización de los poderes y las atribuciones de éstos frente a los derechos y garantías de los particulares; o también, como cuerpo de normas y máximas con arreglo a las cuales se ejercen habitualmente los poderes de la soberanía.

Estévez Gazmuri define a la Constitución como "un documento solemne escrito, en que los Estados consignan la forma de su gobierno, la organización y atribuciones de los poderes públicos de que éste se compone, y las garantías, libertades y derechos de que gozan los miembros de la colectividad política. Bielsa dice que la Constitución es una carta de contenido jurídico-político, que establece o reconoce derechos y garantías, sobre todo los "derechos fundamentales" concernientes a la libertad individual. El ejercicio de esas libertades crea situaciones jurídicas que constituyen verdaderos derechos subjetivos. Las "garantías" sean expresas o implícitas, protegen esos derechos, tanto en la esfera política como en la judicial; pero es evidente que la verdadera protección debe realizarse sobre ésta última, pues quien la invoca tiene derecho a que su pretensión jurídica sea conocida y decidida por el órgano jurisdiccional.

La Constitución además de ser "carta de derechos y garantías" es un "instrumento de gobierno" ya que ella establece los poderes, determina las atribuciones y limitaciones de ellos, y regla los modos de su formación.

García-Pelayo elabora un concepto que él llama racional normativo, según el cual la Constitución es "un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones

fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos."

En opinión de Rodrigo Borja la Constitución es un esquema jurídico de la organización del Estado, proclamado con especial solemnidad por el órgano autorizado para ello y destinado a fijar la estructura estatal, así en lo relativo a la formación y funcionamiento del gobierno, como en lo relativo a la acción de la opinión pública y sus medios de expresión y a la garantía de los derechos y prerrogativas de las personas.

La Constitución, en este sentido, representa un esfuerzo por someter la totalidad del hacer político de una sociedad a un esquema lógico y racional previamente establecido.

Buenaventura Echeverría dice "La Constitución es la ley orgánica y fundamental adoptada por una Nación o Estado como el principio regulador del gobierno y de los individuos. Es la ley suprema que establece el carácter y concepto de gobierno y los principios a que debe ajustar su vida interna, la organización, distribución y limitación de las funciones de los diferentes departamentos y la forma en que debe ejercitarse el poder público. Y además es la suprema voluntad del pueblo, expresada en debida forma por sus representantes, debida y conscientemente designados para tal objeto".

La palabra constitución viene del latín *statuere*, *statutum*, que significa reglar, establecer, ordenar, regular. Entonces la constitución es el conjunto de normas jurídicas fundamentales referidas a la forma, límites y fines del Estado, a la organización, competencia, funcionamiento y relaciones de los órganos del poder público y a los derechos, obligaciones y garantías esenciales de la población y de sus grupos.

Concepto de Constitución.

La Constitución es un conjunto de normas jurídicas de carácter fundamental, que rigen la organización y las relaciones entre los poderes públicos. Fijan los principios básicos del Derecho público de un Estado y garantizan las libertades de los habitantes.

Maximiliano Kestler cita al tratadista alemán Carl Schmitt que en su obra *Teoría de la Constitución* da cuatro conceptos de Constitución los cuales son:

3.2 Constitución en sentido absoluto:

Significa en primer término, la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado, el Estado particular y concreto en su concreta existencia política. Schmitt dice que la Constitución es el alma, la vida concreta y la existencia del Estado. En segundo término, es una manera especial de ordenación política y social, una forma especial del dominio que afecta a cada Estado. Entonces

concluye Schmitt que el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental, en un sistema de normas que no tiene una existencia del ser, sino que vale como deber ser. Aquí el concepto de Constitución es absoluto ya que ésta se presenta como un todo.

3.3 Constitución en sentido relativo:

Consiste en la ley constitucional en sentido particular.

3.4 - Concepto ideal de Constitución:

El concepto ideal de Constitución es que ésta es una garantía de la libertad. Ello se debe que nació con el liberalismo que luchaba contra la monarquía absoluta a fines del siglo XVIII. Desde entonces se ha impuesto la concepción ideal de que únicamente tendrá Constitución el Estado que en su ordenamiento fundamental consagre los postulados del Estado de Derecho, es decir, un reconocimiento de los derechos fundamentales, una división de los poderes del Estado y ciertas garantías en la representación popular.

3.5 Concepto positivo de Constitución:

La crea el poder constituyente y es una decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política, es una decisión consciente que fija la existencia política en su concreta forma del ser.

En sentido restringido y específicamente jurídico-político, Constitución es el conjunto de normas jurídicas fundamentales que pretenden modelar la sociedad política y que regulan la organización, funcionamiento y atribuciones del poder, así como los derechos y obligaciones de las personas.

Se entiende por constitución el derecho fundamental de organización de una comunidad política.

En primer lugar se puede decir que la constitución es parte del ordenamiento jurídico cuya naturaleza esencial es la de ser derecho, que fundamenta derechos y deberes como esferas de acción de los poderes públicos y de los miembros de una comunidad. Como derecho, la constitución es una fuente de legitimación de poderes que define, que aparecen así constituidos legítimamente. La constitución como derecho se define por una cualificación especial: decimos que es derecho fundamental. Esta cualificación expresa:

Desde el punto de vista sociológico- que en la constitución se contienen los valores y se ordenan los poderes que son base del orden.

Desde el punto de vista político- que es la esencia del orden ya que contiene elementos que sin ellos el orden no puede subsistir.

Desde el punto de vista jurídico- en la constitución se fundan las demás partes del ordenamiento jurídico, que no la contradicen, sino la desarrollan.

En estos caracteres está comprendido que la constitución es un fundamento jurídico del orden y del poder que los transforma en orden y poder jurídicos.

Ese derecho fundamental de la constitución tiene un objetivo específico que es la organización de una comunidad política. La Constitución, para organizar la comunidad política, institucionaliza y legitima poderes sociales, asignándoles funciones dentro del orden, y los absorbe en el establecimiento de un poder político, preeminente, impersonal y estable; define la jerarquía de esos poderes. Regula procedimientos para la participación en el poder de las fuerzas sociales y define el ámbito en que las fuerzas sociales y la acción individual se desenvuelven. Los principios que definen los valores de la Constitución son: La distribución de esferas de poder como funciones del Estado que se asignan a instituciones sociales; los procedimientos jurídicos para constituir los órganos de esas funciones y el orden mismo de la libertad personal y de la acción de los grupos.

Constitución es, por consiguiente, el derecho fundamental que define un régimen político, por la distribución de esferas de poder y la definición de fines.

La Constitución política de la República de Guatemala es la ley más importante a cuyo alrededor giran todas las demás leyes. Es la ley fundamental que sirve para establecer los principios y derechos de los guatemaltecos y así también establece la organización jurídica política estatal. Se le llama Ley suprema de Guatemala ya que las normas que contiene pueden ser desarrolladas por otras normas o leyes pero éstas nunca la pueden contrariar, o sea, que sobre la Constitución no existe ley superior.

Toda nación y toda sociedad para poder convivir unos con otros necesitan de una organización jurídica y política y de unas reglas que rijan la conducta humana. Estas reglas deben ser cumplidas por todos y de no hacerlo habrá sanciones por ello. En Guatemala la Constitución Política de la República de Guatemala es la que cumple con el papel fundamental de establecer esas reglas y esas normas de conducta para que los guatemaltecos puedan convivir. Y ésta sirve de base para construir una democracia auténtica y los regímenes de legalidad. Sin la Constitución todo sería un desorden y se regresaría a la época primitiva donde mandaba el más fuerte.

4. RELACION DEL DERECHO CON OTRAS CIENCIAS.

4.1 Filosofía.

La filosofía es, en términos generales, una reflexión metódica que expresa la articulación del conocimiento, las posibilidades y límites de la existencia y modos de ser. Se viene practicando, desde la época de los griegos o era clásica. Fueron ellos, quienes comenzaron por primera vez, a realizarse preguntas profundas por todo aquello que los rodeaba.

Se expresa como un "amor a la sabiduría". Y es tanto como ciencia o saber seguro, como suma de los saberes encontrados laboriosamente. Lo esencial de la filosofía, está en que esta, se cuestiona las cosas con una mayor amplitud de acción, que el resto de las ciencias.

4.2 RELACIÓN ENTRE FILOSOFÍA Y DERECHO.

La filosofía, contiene las leyes más generales del desarrollo de la naturaleza, la sociedad y el mismo pensamiento, el Derecho se vale de éstas ciencias para elaborar las normas y leyes justas que permitirán a las personas convivir en paz y en armonía.

Dentro de la filosofía del derecho se discuten varios temas, pero para comprender su relación con el derecho se deben observar sus divisiones básicas:

El Derecho Positivo: Es todo aquel que está escrito; es decir, el derecho positivo son todas aquellas normas que están dentro de un cuerpo legislativo y tienen poder vinculante; éste es del que se ocupa la ciencia del derecho, es decir, de las normas jurídicas que han estado o están en vigencia en los diferentes países, para extraer de ese estudio nociones generales que le permitan elaborar teorías, conceptos y construcciones jurídicas. Nunca va más allá del derecho positivo, regulando la conducta en sociedad.

Derecho Natural: Se distingue del derecho positivo porque es aquella en que puede valorar los sistemas, determinar el fundamento de su obligatoriedad y exponer los ideales y los fines que deben tener en cuenta está dentro de lo que se conoce como filosofía del derecho, pues este ha sido propuesta por la corriente iusnaturalista, que habla de que el derecho no es una creación humana, pues estas normas vienen de una divinidad, o de la naturaleza, dependiendo de las ideas de las diferentes escuelas iusnaturalista, y este derecho natural, también asegura que el legislador, al

crear una norma jurídica, debe inspirarse en este derecho natural, que es anterior a cualquier creación humana.

4.3 RELACIÓN ENTRE SOCIOLOGÍA Y DERECHO.

Es la ciencia que estudia la sociedad humana, entendida como el conjunto de individuos que viven agrupados en diversos tipos de asociaciones, colectividades e instituciones.

En sí estudia la acción social, es decir la interacción entre los individuos pertenecientes a un colectivo humano y la forma como éstos participan en la producción de un mismo hecho social.

Concretamente, su objeto de investigación son los grupos sociales, sus formas internas de organización, su grado de cohesión y las relaciones entre ellos y con el sistema social en general.

La sociología es producto de la vida social, pues es en cierto modo el marco dentro del cual se desarrolla la conducta de los hombres en sus recíprocas relaciones.

Tiende a la búsqueda de las interrelaciones entre los fenómenos sociales. De hecho, esta ciencia abarca aspectos de la realidad social más complejos y más vastos que las demás ciencias humanas, ésta describe y trata de explicar los fenómenos de la convivencia humana, procurando encontrar las leyes generales que gobiernan la evolución de la sociedad como un ente distinto de la suma de todos sus miembros, con sus características propias, y analiza además las formas de convivencia, su desarrollo y la acción recíproca que los hombres ejercen entre sí, para extraer de ese análisis las ideas generales que han de permitir fijar en fórmulas o leyes esta dialéctica interrelación social.

El Derecho constituye el cúmulo de normas que organiza, ordena la misma sociedad y constituye el instrumento de una clase para sojuzgar a la otra.

4.4 RELACIÓN ENTRE ECONOMÍA Y DERECHO.

La economía es una ciencia social que estudia los procesos de producción, intercambio, distribución y consumo de bienes y servicios.

Según otra de las definiciones más aceptadas, propia de las corrientes marginalistas o subjetivas, la ciencia económica analiza el comportamiento humano como una relación entre fines dados y medios escasos que tienen usos alternativos.

La economía como sustento de todo el quehacer humano se encuentra en la base social, y el Derecho como parte de la superestructura jurídico-político es el reflejo de esas relaciones sociales que se producen en la base misma. El Derecho es en su esencia la voluntad de la clase dominante erigida en ley, de manera que el Derecho siempre responderá a los intereses económicos de la clase dominante como propietaria de los medios de producción, mientras que el que la fuerza de trabajo es vilmente explotado, porque le pagan una ínfima parte de su trabajo. Y así en el ámbito mundial los países económicamente poderosos imponen sus mandatos .

El derecho regula la conducta que las personas deberán observar en relación a la propiedad de los medios de producción derecho civil; la conducta que deberá observarse en el proceso de la producción derecho del trabajo; en el intercambio, distribución y consumo derecho mercantil y el resto de las áreas del derecho que ninguna se escapa a la conservación en las sociedades antagónicas e incremento de los privilegios de propiedad privada y garantía de la máxima explotación.

4.5 RELACIÓN ENTRE CIENCIA POLÍTICA Y DERECHO.

Considerada como el “arte de gobernar”, es la ciencia que estudia la lucha por la toma del poder, la lucha que se produce en el seno de la sociedad, el poder es el instrumento de carácter ideológico que ejercen los gobernantes que obedecen los mandatos de la clase dominante.

Su objeto de estudio es la «realidad política», es una categoría analítica en donde el politólogo aplica las herramientas metodológicas para describir, explicar y formular predicciones sobre los hechos y fenómenos políticos que la conforman. Siendo parte de ésta realidad política los actores socializados (individuales o grupales); la estructuras de mediación (partidos políticos y grupos de interés); las normas formalizadas para la solución pacífica de los conflictos; las normas no formalizadas pero aceptadas implícitamente; las ideologías, doctrinas, valores, creencias y opiniones dominantes; las instituciones (el Estado, la más importante); y el poder.

En sí, la ciencia política estudia los mecanismos de la toma del poder y de su ejercicio.

Desde sus inicios se consideraron como una sola. La ciencia política es el estudio de la lucha por el poder, esa lucha que se produce en el seno de la sociedad, es vinculada al Derecho debido a que el mismo, es el medio por el cual la clase dominante manifiesta su poder en la lucha para mantener su hegemonía, mientras que la clase dominada lucha para alcanzarlo, pero sin el apoyo del Derecho.

4.6 RELACIÓN ENTRE HISTORIA Y DERECHO.

Brevemente se puede definir como el conjunto del pasado forjado por el hombre en su actividad social.

En sí es el estudio del desarrollo de las sociedades a través del tiempo, de cómo los hombres han resuelto sus problemas y limitaciones, qué ideas han llevado a la práctica para organizarse en sociedad, y como el hombre ha transformado su medio ambiente para aprovechar las experiencias y aplicarlas al presente. También se encarga de explicar las causas y consecuencias de problemas y de los avances que el hombre ha logrado hasta el momento actual, y de aprovechar la cantidad de conocimientos adquiridos para planear futuras acciones que lleven a la sociedad a lograr mejores niveles de convivencia.

Desde la escisión de la sociedad en clases antagónicas y el apareamiento de la propiedad privada en la desintegración del régimen gentilicio el Derecho queda íntimamente vinculado con la Historia. Hasta nuestros días la Historia ha registrado las distintas contradicciones al interior de los diferentes modos de producción como motor del desarrollo de la sociedad tal como afirmaba Engels por lo que la Historia se constituye en fiel testigo de las variadas formas de explotación social utilizando como instrumento el Derecho para ejercicio de detentación del poder de la clase dominante en las diferentes etapas del desarrollo social.

4.7 RELACIÓN DEL DERECHO CON LA INFORMÁTICA.

La informática es la disciplina que estudia el tratamiento automático de la información utilizando dispositivos electrónicos y sistemas computacionales. También es definida como el procesamiento de información en forma automática.

En lo que hoy conocemos como informática confluyen muchas de las técnicas y de las máquinas que el hombre ha desarrollado a lo largo de la historia para apoyar y potenciar sus capacidades de memoria, de pensamiento y de comunicación.

Se refiere a los conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de computadoras. Los aspectos de la informática cubren desde la programación y la arquitectura informática hasta la inteligencia artificial y la robótica.

La revolución informática ha puesto como tarea al Derecho la necesidad de regular diferentes situaciones como por ejemplo: los delitos informáticos, el comercio electrónico, los derechos de autor, la propiedad sobre programas de software, entre muchos otros.

El Derecho informático es el que se encarga de regular el tema de la informática. Lo podemos definir como: el conjunto de normas jurídicas que regulan la tecnología; diferenciándolo de la informática aplicada al Derecho, que viene a ser el uso de la informática como herramienta tecnológica y elemento de apoyo en tareas y fenómenos jurídicos.

5. LA SISTEMÁTICA JURÍDICA.

Constituye el aspecto teórico de la jurisprudencia técnica definida como “disciplina monográfica cuyo objeto estriba en exponer, de manera ordenada y coherente las disposiciones consuetudinarias, jurisprudenciales y legales que integran cada sistema jurídico”. En ese sentido el problema principal consiste en situar las diversas materias del derecho clasificándolas en el Derecho Privado o el Derecho Público. De tal manera que el objeto principal, constituye la agrupación, clasificación o sistematización del derecho. Clasificación tradicional.

Nos encontramos ante el derecho público cuando el sujeto más importante de esa relación es el estado o alguno de sus órganos, y ante el derecho privado cuando el sujeto más importante de la relación jurídica es una persona privada que actúa en calidad de tal. Esta forma de plantear el tema puede ser imprecisa, ya sí para explicarla y precisarla se ha propuesto diversas teorías.

Teoría romana: derecho público es, el que regula relaciones provechosas para el común. Rige los poderes que se hallan directamente al servicio de todos, es decir del pueblo.

Teoría de la naturaleza de la relación: la doctrina más generalmente aceptada consiste en sostener que el criterio diferencial entre los derechos público y privado no debe buscarse en la índole de los intereses protegidos, sino en la naturaleza de las relaciones que las normas de aquellos establecen.

5.1 RAMAS DEL DERECHO:

Las ramas del derecho se encuentran integradas por DERECHO PUBLICO y DERECHO PRIVADO pero estas a su vez esta conformadas principalmente de la siguiente forma, entre las más importantes tenemos:

5.1.1 DERECHO PUBLICO.

Es el encargado de regular los derechos que hacen al orden público y deben ser acatados por toda la población, estos derechos no pueden ser modificados por las partes en uso legítimo de su autonomía de la voluntad, a diferencia del derecho

privado que si puede ser modificada, es decir, Son mandatos irrenunciables y obligatorios.

5.1.1.1 DERECHO CONSTITUCIONAL.

Trata de la organización de los poderes del estado, de los derechos y deberes de los habitantes y de una serie de declaraciones sobre las bases en las que se asienta la organización político-jurídica y social de la nación, se dice que es la más importante de las del estado ya que ninguna otra puede contradecirla.

5.1.1. 2 DERECHO PENAL.

Tiene como objetivo proteger y cuidar a la sociedad, además de solucionar todo lo relacionado con delitos y penas que los individuos de la sociedad cometen. Todo esto se lleva a cabo por medio de unas sanciones las cuales hacen que el delincuente o la persona culpada, sea considerado como peligroso para la sociedad y tenga un periodo para realizarle un tratamiento y mejorar su comportamiento. Se dice que la sanción debe coincidir plenamente con la descrita por la norma, sin poder aplicarse la analogía.

5.1.1.3 DERECHO ADMINISTRATIVO.

Es el conjunto de normas que regulan el funcionamiento del estado como poder administrador, entre los distintos órganos administrativos, y su relación con los particulares.

5.1.1.4 DERECHO PROCESAL.

Contiene las normas a las que deben ajustarse los procedimientos a seguirse en el ejercicio de una acción ante los tribunales judiciales, como modos de presentación o plazos, y aquellas reglas a las que los jueces deben ajustarse para aplicar el Derecho en sus sentencias.

5.1.1.5 DERECHO LABORAL.

El Derecho laboral o Derecho del trabajo es el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones entre empleador(es), asociaciones sindicales y el Estado, Es decir que se refiere a las relaciones entre los patrones y sus empleados, fijando sus deberes y derechos recíprocos, así como la protección de los trabajadores, sus principios tienen por objeto la tutela del trabajo humano, productivo, libre y por cuenta ajena.

5.2 DERECHO PRIVADO.

Esta rama del Derecho que se ocupa preferentemente de las relaciones entre particulares, También se rigen por el Derecho privado las relaciones entre particulares y el Estado siempre y cuando éste actúe como un particular, sin ejercer potestad pública alguna.

El derecho privado goza de los siguientes principios:

Principio de igualdad.

En los actos privados, los sujetos de derecho se encuentran en un punto equilibrado de igualdad, en donde ninguna de las partes es más que la otra, y ninguno puede exigir del otro nada sin un acuerdo de voluntades. Por ejemplo, una persona puede acordar con otra la compra de un reloj. Pero esta misma persona no puede exigir de la otra que le entregue el reloj, ni puede forzarla a venderlo, pues la voluntad de ambos goza de igualdad.

Principio Autonomía de la voluntad.

Este principio nace de la necesidad de que el ordenamiento jurídico capacite a los individuos para establecer relaciones jurídicas acorde a su libre voluntad, es decir se refiere a que son los mismos individuos los que dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas.

Así mismo describimos las diferentes ramas del derecho privado estas son: Derecho Civil y Derecho comercial o Mercantil.

5.2.1 DERECHO CIVIL.

Regula las relaciones entre particulares, ya sean personas físicas o jurídicas, o el propio estado, cuando no lo hace en ejercicio de su poder como autoridad pública. Es la más utilizada entre las ramas del derecho ya que comprende las relaciones patrimoniales, personales, de vecindad, de familia, de derecho sucesorio, etc.

Características:

El Derecho civil es el derecho privado, común y general de los países.

Derecho civil como Derecho privado.

El Derecho civil ha sido desde la época del Derecho romano el conjunto de normas que constituyen el Derecho privado, entendiendo por tal a aquel que regula las

relaciones entre las personas. Se oponía, por tanto, al Derecho público, que regula las relaciones de las personas con los poderes del estado y de los poderes públicos entre sí.

Derecho civil como Derecho común.

Las normas del Derecho civil se aplican a todas las materias de Derecho privado que no tengan una regulación especial de carácter legal. La evolución del derecho, y su especialización, hicieron nacer ramas específicas del Derecho privado como el Derecho mercantil. Estas ramas tienen en común el hecho de mantener como derecho supletorio al Derecho civil, que se instituye así como Derecho común.

Derecho civil como Derecho general.

Derecho civil contiene normas que regulan las relaciones jurídicas privadas aplicables a todos los individuos, independientemente de factores como nacionalidad, profesión, religión, etc. Se aplica a todos los que se hallan en la misma situación jurídica social.

5.2.2 DERECHO MERCANTIL.

Se encarga de regular la actividad de los comerciantes, y sus relaciones comerciales, denominadas actos de comercio. Es decir, que se encarga de profundizar en los aspectos fundamentales del derecho de los comerciantes, sociedades y principales operaciones comerciales.

En términos amplios, es la rama del derecho que regula el ejercicio del comercio y uno de sus fundamentos es el comercio libre.

Hay cinco características básicas del derecho comercia definidas de la siguiente forma:

1. Es un derecho profesional, creado y desarrollado para resolver los conflictos y la actividad propia de los empresarios.
2. Es un derecho individualista; al ser una parte del derecho privado que regula las relaciones entre particulares y por lo tanto deja de lado aquellas relaciones jurídicas en las cuales intervienen los poderes públicos.
3. Es un derecho consuetudinario ya que, a pesar de estar codificado, se basa en la tradición, en la costumbre de los comerciantes.
4. Es un derecho progresivo. Al mismo tiempo que evolucionan las condiciones sociales y económicas el derecho mercantil ha de ir actualizándose.

5. Es un derecho global/internacionalizado; las relaciones económicas cada vez son más internacionales por lo que este derecho ha tenido que hacerlo también, para lo cual diversos organismos trabajan en su normativización internacional.

Otra Rama del Derecho es el Derecho social que comprende:

Derecho del trabajo, derecho agrario, derecho de la seguridad social, derecho económico, derecho turístico, derecho ecológico.

5.3 DERECHO SOCIAL:

Rama de la ciencia jurídica que se desprende de entre el derecho privado y el público, a raíz de las necesidades de los grupos humanos homogéneos económicamente desvalidos como lo son los indígenas, los desocupados, los obreros y campesinos entre otros, o como se les llama, las clases más necesitadas. Ésta división también es conocida como dicotomía tradicional.

En concreto, el derecho social, es la disciplina que estudia y regula la experiencia jurídica y social de los grupos humanos homogéneos económicamente vulnerables.

En nuestro sistema, el derecho social se subdivide en las siguientes ramas:

Derecho del trabajo (Derecho laboral).

Derecho agrario.

Derecho de la seguridad social.

Derecho económico.

Derecho laboral.

5.3.1 DERECHO LABORAL.

Es el conjunto de normas que rigen las relaciones entre trabajadores y patronos. Rama del Derecho Público Interno cuyas normas regulan las relaciones entre trabajadores y patronos, crean las autoridades que se encargan de la aplicación de las normas y señalan los procedimientos para hacer efectiva su aplicación. Rigen las relaciones de los asalariados con el patrono, con los terceros o con ellos entre sí, siempre que la condición de asalariado sea la que se tome en cuenta para dictar esas reglas.

Una congerie de normas que, a cambio del trabajo humano, intentan realizar el derecho del hombre a una existencia que sea digna de la persona humana. Protegen, dignifican y tienden a reivindicar a todos los que viven de sus esfuerzos

materiales o intelectuales, para la realización de su destino histórico: socializar la vida humana. Regulan las relaciones entre obreros y patronos. Además reglamenta las diversas formas de prestación de servicios, así como a las autoridades que deben intervenir en dichas relaciones.

5.3.2 DERECHO DE FAMILIA.

El derecho de familia está integrado por el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares. Estas relaciones integran el derecho civil.

En el derecho de familia, el orden público domina numerosas disposiciones (las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paternas filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc. El interés familiar limita las facultades individuales.