

OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

TOMO XIX - ISSN: 2707-9856 - opusmagna.cc.gob.gt



El bloque de constitucionalidad, los derechos humanos y la soberanía. Apuntes para un constitucionalismo más allá del Estado (O si se vale hablar de constitucionalismo democrático)

The block of constitutionality, human rights and sovereignty.

Notes for a constitutionalism beyond the State

(Or to speak of democratic constitutionalism)

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.82>

*Santos Romeo Barrientos Aldana**

Universidad de San Carlos de Guatemala

santosbarrientos3@gmail.com

ENVIADO EL 2 DE JULIO DE 2022

ACEPTADO EL 4 DE OCTUBRE DE 2022

PUBLICADO 28 DE OCTUBRE DE 2022

Resumen

La primera mitad del siglo XX constituye uno de los períodos más devastadores para la humanidad; la tarea por el reconocimiento de los valores humanos tuvo como consecuencia dos de las grandes masacres que aún siguen provocando la sensación de que hace falta sensibilizar a los seres humanos sobre el reconocimiento de sus propios derechos. Por tal motivo, este trabajo pretende incentivar y promover el debate en torno a la protección de los derechos humanos. Para ello, revisaremos el bloque de constitucionalidad, el control de constitucionalidad, el control de convencionalidad y

Abstract

The first half of the 20th century constitutes one of the most devastating periods for humanity; the task for the recognition of human values resulted in two of the great massacres that continue to provoke the feeling that human beings need to be made aware of the recognition of their rights. This work pretends to promote the debate about the protection of human rights. To do this task, we will review the constitutionality block, the control of constitutionality, the control of conventionality and sovereignty, to arrive at what is known as democratic

* Según la declaración del autor la investigación fue realizada con fondos propios y no existe conflicto de interés.

la soberanía, para llegar así a lo que se conoce como *constitutionalism and supra-state constitutionalism* constitucionalismo democrático y (*beyond the State*).
constitucionalismo supraestatal.

Palabras clave: Bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, constitucionalismo democrático, soberanía, derechos humanos.

Key words: *Constitutionality block, constitutionality control, conventionality control, democratic constitutionalism.*

El bloque de constitucionalidad, los derechos humanos y la soberanía. Apuntes para un constitucionalismo más allá del Estado (O si se vale hablar de constitucionalismo democrático)

*The block of constitutionality, human rights and sovereignty.
Notes for a constitutionalism beyond the State
(Or to speak of democratic constitutionalism)*

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.82>

Santos Romeo Barrientos Aldana
Universidad de San Carlos de Guatemala
santosbarrientos3@gmail.com

Sumario

Introducción; 1. Consideraciones preliminares; 2. El bloque de constitucionalidad en Guatemala; 3. Control de convencionalidad y soberanía: por un constitucionalismo más allá del Estado; 4. Constitucionalismo democrático y constitucionalismo más allá del Estado; 5. A modo de conclusión; Referencias.

Introducción

La influencia de las guerras a nivel mundial no solo dejó saldos negativos en pérdidas humanas, sino que iluminó en la conciencia positiva la necesidad de los derechos humanos, civiles y políticos. Sin embargo, dichos acontecimientos, solo provocaron el avance de una de estas necesidades: los derechos humanos. Los antecedentes de dichas discusiones se remontan a los siglos XVIII y XIX, años en los cuales se debatía de forma idealista sobre la libertad e igualdad entre los seres humanos, pero no sería sino hasta el Siglo de las Luces cuando se vería ya una apertura al reconocimiento de la dignidad humana. Véanse, por ejemplo, las obras de Montesquieu y de Rousseau.

Pese a los avances que se han sucedido en el transcurso de los siglos, el establecimiento de los derechos humanos se ha extendido con lentitud a los Estados modernos, por lo cual podríamos afirmar que la democracia liberal no ha sido del todo pura, como se suele pensar o afirmar.

Aclarado lo anterior, es necesario comprender que fue en la segunda mitad del siglo XX, con el desarrollo de los Estados y la influencia de las constituciones de posguerra, cuando

se implantó una idea permanente sobre el ejercicio democrático y el desarrollo del control de constitucionalidad. Este aparato normativo fue producto de la idea kelseniana del control concentrado de constitucionalidad que nace en Austria, luego del acalorado debate entre Kelsen y Schmitt, en el cual se estableció que debería existir un órgano encargado de controlar el orden constitucional de un Estado; es decir, un tribunal constitucional. En este sentido, cabe agregar que también existe el control difuso o anglosajón que nació en el seno de la sentencia del caso *Marbury vs. Madison* en 1803. Esto lo veremos con mayor detenimiento en el recorrido que haremos durante la presente disertación.

En esta breve explicación sobre los antecedentes de los derechos humanos y del surgimiento del control de constitucionalidad partiendo de un órgano que tiene por encargo la vigilancia de la constitución de un Estado, podemos ver con detenimiento que no solo se explica la interpretación constitucional a partir de premisas materiales y formales, sino que, además, el auge de la doctrina del denominado neoconstitucionalismo y su debate con la corriente del postpositivismo¹.

Durante la investigación exploramos el debate sobre las jerarquías normativas, la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad en el caso guatemalteco, los antecedentes del bloque de constitucionalidad y hacemos un análisis sobre la suscripción de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la soberanía. Como también, no menos importante, breves apuntes sobre el constitucionalismo democrático y el constitucionalismo más allá del Estado que servirán para explicar que el derecho es dúctil y se adapta a las exigencias sociales; y, asimismo, que las constituciones son una ficción que reflejan una realidad social.

Resumiendo, en la presente investigación se realiza un análisis cualitativo sobre el bloque de constitucionalidad a partir del razonamiento deductivo que nos permite establecer las variables analíticas sobre los casos particulares de la doctrina legal guatemalteca y el estudio del control de convencionalidad; asimismo, observamos los cambios sustanciales de la concepción de soberanía.

En tal sentido, dividimos este estudio en cinco apartados fundamentales: 1. en un primer sentido se abordan los antecedentes; 2. seguidamente, explicamos el bloque de constitucionalidad en el caso guatemalteco; 3. luego vemos con detenimiento la concepción de soberanía a partir de los postulados posmodernos del constitucionalismo; 4. en otro aspecto, exploramos la concepción sobre el constitucionalismo democrático y el constitucionalismo más allá del Estado, para dar cuenta de la integralidad del constitucionalismo moderno y su implicación con el derecho internacional de los derechos humanos; y, 5. finalmente establecemos la conclusión general sobre la investigación.

¹ Véase al respecto a M. Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social*, 2017, Madrid: Trotta.

1. Consideraciones preliminares

Para hablar del bloque de constitucionalidad debemos, necesariamente, hablar de los derechos humanos, del surgimiento de los tribunales constitucionales, así como del bloque de constitucionalidad y, por último, explorar el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. De esta cuenta comenzaremos haciendo un esbozo de tales temas.

El paisaje de finales del siglo XVIII se enmarca en la tradición y la ruptura. La tradición de un régimen político basado en la monarquía absoluta y los opositores del denominado Antiguo Régimen que dieron marcha a la ruptura: la Revolución Francesa de 1789. Esta revolución significó uno de los mayores cambios sociales, en tanto que se logró el reconocimiento de las libertades y los derechos del hombre. Con la caída del Antiguo Régimen se dio apertura al Estado Moderno (época moderna) lo que llevó al establecimiento de estructuras de clase con mayor reconocimiento de las dignidades humanas.

Luego, en el siglo XIX y XX, la concepción social se asentó en el ideario de una democracia basada en el respeto a los valores humanos. Claro, esto fue tan solo una concepción, puesto que durante esos siglos lo que se vio realmente fue un derramamiento de sangre en pos de un “bien común”, algo contra humanitario, ya que pregonaban el uso de la guerra para lograr avances inmediatos y un desarrollo exponencial; en el fondo, despreciaban la humanidad. Dicho de otra manera, justificaban la guerra como una forma, un medio hacia el desarrollo. En efecto, parte de los grandes avances han sido producto de las guerras, pero no toda guerra arrastra la paz², quizá se enmascara la paz alzando la bandera de libertad, pero no se alcanza en la realidad concreta. Veamos lo que dice Corradini –citado por Bobbio (2014) – para justificar la guerra:

La humanidad está ligada a la trágica necesidad de la guerra, porque, justamente, no es una unidad, sino una totalidad de pueblos, de los que, si unos tienen hoy en plena potencia la energía productora de civilización, otros no la tienen todavía, y otros no la tienen ya, y es necesario que los primeros socorran a los segundos y a los terceros. Como naciones, como Estados, como individuos, actúan en forma egoísta, hacen, en suma, lo suyo; pero en la economía del mundo proveen a otros [...] En otros términos, nuestras conclusiones son opuestas a las de los humanitarios. Éstos condenan la guerra por razones de humanidad; nosotros, en cambio, vemos que su finalidad última es humanitaria. (p. 161)

Lo que se observa en las líneas de Corradini es que la exaltación de la guerra es una forma humanitaria; es decir, una construcción social basada en la idea de progreso y proyección. Por ello, bajo esta formulación de progreso, se han justificado las mayores masacres en la historia de la humanidad.

² Veamos al respecto la firma de los Acuerdos de Paz de 1996 en Guatemala, se firma la paz como un estandarte a la seguridad ciudadana y el avance democrático; sin embargo, se continúa arrastrando los males que aquejan hasta el momento.

Es por eso que, después de la Segunda Guerra Mundial, se da paso a los derechos humanos, a la dignidad humana; y, de esa cuenta, surge la Carta de las Naciones Unidas en 1945, lo que da lugar a la corriente de constitucionalización de los derechos en los Estados.

La constitucionalización de los derechos surge como una respuesta a las masacres y como una apuesta a los principios y valores inspirados en la humanidad. Pero esto comenzó a tomar forma en las Constituciones de los Estados luego de la posguerra (pensemos, por ejemplo, en la Segunda Guerra Mundial). Por tales hechos, en 1948, se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos como un mecanismo que marca la nueva era evolutiva de los derechos humanos. Sin embargo, no es a partir de esa época en la que se empieza hablar de derechos humanos, sino que su concepción se empieza a gestar desde los clásicos, cuando hablaban de la libertad e igualdad entre los seres humanos, pero es a partir de la Carta en la que se institucionaliza e instaura una proyección normativa sobre los derechos humanos elevados a rango constitucional.

Con la constitucionalización de los derechos humanos se establecieron mecanismos de control a través de un sistema que se estableció en Austria, es decir, el sistema de control concentrado de constitucionalidad de preguerra (Kelsen, 1995), en el cual se indicaba que fuera un Tribunal Constitucional el encargado de realizar un “examen de oficio de las leyes” (Suelt-Cock, 2016).

También es importante resaltar el sistema de control difuso que nace a partir de la famosa sentencia del juez Marshall en el caso “Marbury vs. Madison” (1803), con la que se hizo evidente la cuestión de la supremacía constitucional y el orden de control constitucional. Partiendo de esos presupuestos se comienza a hablar de la defensa del orden constitucional a través de los jueces que integran el Poder Judicial, para, de ese modo, realizar la revisión judicial o *judicial review*.

Con estos dos sistemas ya se comienza a hablar en los países de América Latina sobre el Control de Constitucionalidad como mecanismo para la defensa y orden constitucional en los Estados. En Guatemala, se aplican ambos sistemas; por eso se dice que existe un sistema de control constitucional mixto.

Para una diferencia sustancial al respecto, en cuanto a sus efectos, Highton (2010) señala:

- a) Las decisiones de los tribunales constitucionales tienen efectos *erga omnes* (y en muchos casos la ley declarada inconstitucional queda derogada, actuando el tribunal como un legislador negativo), b) Las decisiones de los jueces en el sistema difuso sólo tienen efectos *inter partes*, aunque pueden llegar a constituir un precedente con fuerza diversa según el caso. (p. 109)

Según la autora, en el primer caso, lo que se indica, es que las resoluciones emanadas de la Corte de Constitucionalidad, en el caso de Guatemala, tienen observancia obligatoria en cuanto a lo sometido a su jurisdicción, mientras que las decisiones de los jueces solo obligan de forma individual; pero, al establecer que pueden llegar a constituir un precedente,

se deja abierta la posibilidad de que otros jueces de la misma materia puedan resolver en el mismo sentido.

Es así como llegamos a la comprensión del control de constitucionalidad, al cual podríamos definir como un mecanismo de defensa del orden constitucional, en tanto que actúa de conformidad a la norma fundamental, la jurisprudencia emanada del alto tribunal constitucional, la normativa con rango constitucional y la jurisprudencia emanada del Poder Judicial.

Para hablar del bloque de Constitucionalidad debemos entenderlo partiendo de sus orígenes. Veamos lo que expresa Suelt-Cock (2016): “Como es sabido, Louis Favoreu utilizó la expresión bloque de constitucionalidad para explicar la Decisión DC 71-44 del 16 de julio de 1971 del Consejo Constitucional Francés” (p. 311). A partir de esta decisión es como se introduce el tema del bloque de constitucionalidad en Europa, pero en dicha decisión se aclaró que se iba a tomar en cuenta no sólo la norma fundamental de Francia, sino que la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Es así como la doctrina del bloque de constitucionalidad fue incluida en Francia producto del principio abstraído del derecho administrativo: el bloque de legalidad, ya que no existía una forma de explicarse por qué se citaba una norma fuera de los alcances constitucionales de Francia. Luego, para explicarlo, se argumentó sobre el carácter unitario que denota la palabra bloque. En tal sentido, el bloque de constitucionalidad expresa un conjunto normativo que denota unidad y validez. Pero esto no había quedado acentuado jurídicamente sino sólo constaba en la doctrina.

Con el paso de un Estado legalista a un Estado constitucional de derecho y la influencia de la escuela eslovena con la introducción de la corriente neoconstitucionalista³, los Estados del continente americano comenzaron a adoptar en su ordenamiento jurídico la concepción del bloque de constitucionalidad, no como doctrina sino como norma.

En concordancia con lo expuesto vemos que el bloque de constitucionalidad es una especie de continente en el que coexisten el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Este último consiste en la aplicación y observancia obligatoria de los tratados y convenios internacionales ratificados por los Estados.

Con anterioridad no se hablaba del Bloque de Constitucionalidad sino de la doctrina de la supremacía constitucional y la jerarquía normativa; estos temas ya han sido superados con las nuevas configuraciones del derecho moderno. Por un lado, observamos el creciente desarrollo de la doctrina del constitucionalismo incluyendo entre sus principios el *ius cogens* y, consecuentemente, el *pacta sunt servanda*. El primero de ellos se encuentra contenido en

³ El neoconstitucionalismo constituye una corriente jurídica aparentemente novedosa, con influencias decisivas en los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, para Manuel Atienza, es un “espantapájaros conceptual” porque cada autor que se adscribe a esta corriente tiene su forma de interpretación. Atienza sostiene que la mejor doctrina que debe adaptarse en los ordenamientos jurídicos es la del postpositivismo constitucional. Para profundizar en este tema véase a M. Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social*, 2017, Madrid: Trotta.

el artículo 53 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados; el segundo se encuentra, de igual forma, contenido en la Convención de Viena en el artículo 26, lo que significa que son principios normados dentro de una norma de carácter internacional que obliga a los Estados a adoptar medidas rigurosas de protección y respeto de los Tratados y Convenciones que hayan sido ratificados. Y aquí ya entramos a las consideraciones planteadas por el iusfilósofo italiano más importante del siglo XX, Norberto Bobbio, quien, con sus manifestaciones teóricas, incentivaría el debate no sobre lo que respecta a pensar en la concepción de derechos humanos, sino en los mecanismos más adecuados para la protección de estos.

Por ello, Bobbio (1991), se expresaría en los siguientes términos:

El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados. (p. 64)

En estas líneas vemos que lo que se debe establecer de ahora en adelante es el cómo y con qué mecanismos se puede fortalecer la aplicación de los derechos humanos, dando así apertura a la interpretación extensiva de la norma constitucional a través del principio de progresividad de los derechos humanos. En consecuencia, esto permite comprender que la interpretación constitucional se basa en la forma de un “*metaconstitucionalismo*” acentuado en la defensa de la exaltación de los valores fundamentales y humanos. Por ello, la insistencia en la producción de literatura jurídica que ahonde en el tema de la preservación de los derechos humanos se hace latente en numerosos escritos. Ante esa creciente y dilapidaria formulación teórica corresponde el ejercicio de la acción práctica. Sin embargo, sin ideas no hay acción y sin acción no se puede lograr el fortalecimiento de un verdadero Estado democrático de derecho.

En igual sentido se expresaría Haba (2004) al indicar que:

Las elucidaciones sobre el «fundamento» de lo que sea comprendido bajo el membrete *derechos humanos* (DH) son tema favorito en libros, artículos, conferencias, congresos. Llama la atención que se siga produciendo tanta literatura al respecto, máxime teniendo en cuenta que la precisión decisiva sobre ese punto fue hecha —y es bastante conocida— hace muchos años ya... (p. 430)

Esa observación permite determinar que el concepto y fundamento de los derechos humanos va más allá de conceptualizaciones que impliquen un texto más en la literatura jurídica. El problema de saltar de las consideraciones teóricas a la práctica se evidencia en el sentido formal que implica la aplicación normativa: el adecuado mecanismo para la protección de los derechos humanos sin violar la democracia y, consecuentemente, la soberanía. Pues, en tanto que, al existir obligación de los Estados de observar el derecho internacional se da un giro en la comprensión de los conceptos y, naturalmente, el término

“soberanía” entra en conflicto de lo que se entiende, so pretexto de defender los derechos humanos.

2. El bloque de constitucionalidad en Guatemala

Al adentrarnos en la doctrina del bloque de constitucionalidad en Guatemala nos enfrentamos con tres preocupaciones: 1) La interpretación que se debe de hacer de la norma constitucional y de aquella que ha sido elevada a rango constitucional, 2) Cuándo hacer uso del control de convencionalidad para abstraer normativa del derecho internacional al ámbito guatemalteco, y 3) jerárquicamente en dónde se encuentran los tratados y convenios en materia de derechos humanos ratificados por el Estado de Guatemala.

En cuanto a la primera preocupación, Calderón Cristal (2020) explica:

En Guatemala, la constitución no consagra explícitamente la jerarquía constitucional de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como sí sucede en otros países, por ejemplo, en Argentina (Congreso Nacional Constituyente, 1994), donde la norma fundamental enumera instrumentos claramente definidos a los que asigna ese rango. (p. 200)

En efecto, la Constitución no establece claramente la normativa internacional a la cual se le asigna un carácter de rango constitucional, pero sí incluye dentro de sus preceptos normativos el tema de la preeminencia de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos. En tal sentido, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha tenido que clarificar el acalorado debate surgido a partir del principio de preeminencia. En esas líneas se expresa, atendiendo al expediente 280-90 (19 de octubre de 1990), que el derecho internacional no debe entenderse en el sentido de superioridad a la Constitución, sino que su preeminencia es con respecto al derecho interno (Corte de Constitucionalidad, 1990).

Por ello, el tribunal constitucional ha expresado que: “El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la constitución...”. Se hace evidente que los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos dentro de la jerarquía normativa interna del ámbito guatemalteco funcionan como mecanismos de protección. Es decir, no se encuentran ubicados arriba de la Constitución ni a la par ni abajo, sino que su invocación dependerá del principio tutelar de los derechos humanos, lo que significa que solo se debe admitir su aplicación cuando exista un mejor derecho tutelado.

Asimismo, cabe resaltar que, en sentencia del tribunal constitucional, expediente 4887-2011, de fecha 23 de marzo de 2012, se reitera lo expresado en el expediente 280-90 (Corte de Constitucionalidad, 2011), dando lugar a sostener que la invocación de los tratados internacionales sobre derechos humanos no son parámetros de control de

constitucionalidad. En tal sentido, la Corte de Constitucionalidad dejó asentado en los expedientes 334-95 y 131-95 dicho extremo (Calderón Cristal, 2020).

En cuanto a la segunda preocupación es necesario describir en qué consiste el control de convencionalidad. Al respecto la Corte IDH ha proferido una serie de resoluciones en las cuales se invoca la doctrina del control de convencionalidad. Un primer acercamiento lo encontramos en el voto razonado emitido en la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se utiliza la expresión “control de convencionalidad” (Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, 2003).

Es así como vemos que en el voto razonado se introduce el control de convencionalidad bajo los siguientes términos:

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o alguno de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esta representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional... (p. 7)

La doctrina del control de convencionalidad comienza a tomar forma para el ordenamiento jurídico guatemalteco, pero no se hace una realidad tangible. El voto razonado lo que hizo fue introducir la idea y no hacerlo realidad en la práctica guatemalteca. Asimismo, es importante resaltar que el bloque de convencionalidad no solo se ha extendido al ámbito guatemalteco, sino que a los países que han ratificado la Convención Americana y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte; un ejemplo lo encontramos en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006), que da la apertura al control de convencionalidad; así, la Corte IDH se expresó en los siguientes términos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (p. 53)

Al respecto podríamos agregar una crítica basada en dos presupuestos: a) El término soberanía debe redefinirse, pues lo que se entendía por soberanía ya no es lo que ahora se entiende (esto lo explicaremos en un apartado distinto); y b) No deberíamos entender tan literal la parte en la que se establece que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”; derivado a que los Estados estarían sometidos a una especie de tribunal constitucional para América Latina y esto

resulta peligroso para el caso de estar regidos a la interpretación que se haga de lo establecido en la Convención Americana, olvidándose de lo que establece la Carta de la Organización de los Estados Americanos en el artículo tres: "...b) El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional...".

Lo anterior conlleva a pensar que la Corte IDH debe regirse por el fiel cumplimiento de lo preceptuado en los tratados y otras fuentes del derecho internacional. Lo que significa que no puede ampliar su interpretación jurídica manejándola en un sentido favorable a su disposición; pero sí puede aplicar las reglas de interpretación cuando el caso así lo amerite.

En cuanto al punto tercero, sobre la jerarquía que ocupan los tratados y convenios internacionales relativos a los derechos humanos, ya vimos que la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado, dejando asentado que, de forma interpretativa, los tratados del orden internacional deben ser observados por los operadores de justicia y comprendidos como parte del derecho interno. Esto es posible a través del control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Al respecto podemos observar lo expuesto en sentencia del 18 de diciembre de 2014, expediente 3340-2013, (Corte de Constitucionalidad, 2013):

...el bloque de constitucionalidad –normas y principios internacionales de Derechos humanos y humanitario- forman parte integral de la Constitución Política de la República de Guatemala; al tenor de ello, es de obligada observancia. Además, en atención a lo preceptuado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resulta obligatoria la observancia de las sentencias emitidas por esa Corte, aunque en estas no figure el Estado de Guatemala como parte, ya que en ellas se establece la forma de interpretar el contenido de las normas de la Convención y su alcance. [...] En congruencia a lo anterior, el Estado de Guatemala debe aplicar las normas relativas al derecho internacional por ser de observancia general para todos los Estados en atención al "ius cogens" y atendiendo a las normas y principios que forman parte del bloque de constitucionalidad, las que como tal, asumen la categoría de compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Guatemala de conformidad con el artículo 149 constitucional. (p.16)

A partir de lo dirimido en la resolución de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, se ve con claridad que se acoge a la corriente doctrinaria del neoconstitucionalismo. Esto es evidente, puesto que los jueces constitucionales han enmarcado sus resoluciones en el sentido de hacer uso del bloque de constitucionalidad que comportan la observancia general y, *erga omnes*, del derecho internacional. Decimos, entonces, que el tribunal constitucional guatemalteco acoge la teoría del neoconstitucionalismo porque al hacer uso del bloque de constitucionalidad comprendemos que se parte de la caracterización de principios, ponderación, Constitución y jueces constitucionales frente a las normas (reglas) y la subsunción, realizando una especie de interpretación moral de los casos (Atienza, 2017).

Resumiendo lo planteado, vemos que, desde el planteamiento sobre el bloque de constitucionalidad y la conformación del control de constitucionalidad y control de convencionalidad, la observancia del derecho internacional de los derechos humanos, constituyen no solo un avance en la categoría de defensa y protección de los derechos fundamentales sino la consolidación de elementos constitutivos para una integración de normas proteccionistas que contribuyan al fortalecimiento del marco normativo interno. Sin embargo, es necesario que veamos si existe un problema con la democracia representativa y la soberanía de los Estados al hacer uso del derecho internacional.

Por otro lado, es importante agregar que, en las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en cuanto al bloque de constitucionalidad, se encuentran motivos en los cuales se observa que la Corte no ha sido conteste en los fallos sobre dicha institución jurídica. Al respecto Calderón Cristal (2020) ya hacía referencia a que existen razones suficientes para sostener la doctrina del bloque de constitucionalidad en el ámbito guatemalteco:

...i) en la sentencia proferida dentro del expediente 1822-2011, el Tribunal se atribuyó de forma explícita esa potestad; ii) existen diversas resoluciones que reiteran ese criterio, y iii) no fue ubicado pronunciamiento posterior al emitido dentro del expediente 1822-2011 del que pueda extraerse, sin lugar a dudas, el empleo del criterio anterior, contenido en la sentencia dictada dentro del expediente 3878-2007, por virtud del cual se sostenía que los instrumentos internacionales automáticamente integraban el bloque al ser ratificados por el Estado. (p. 209)

La autora realiza un análisis jurídico basado en la ponderación, en donde resulta pertinente establecer que existen razones suficientes para entender por incluida la doctrina del bloque de constitucionalidad en el país y, además, para establecer que es el tribunal constitucional de Guatemala el encargado, a través del uso de sus facultades de órgano contralor de la constitucionalidad, de determinar la normativa internacional que debe ser incluida dentro del bloque.

3. Control de convencionalidad y soberanía: por un constitucionalismo más allá del Estado

De acuerdo con lo expuesto líneas arriba y ya establecidos los antecedentes sobre el bloque de constitucionalidad, que incluyen el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad; al respecto, nosotros sostenemos que existe una problemática que debe ser atendida, la de revisar el control de convencionalidad frente a la soberanía y de si existe una redefinición de lo que se entiende en la actualidad por soberanía, atendiendo los cambios producto de la globalización y el neoliberalismo.

Resulta necesario definir cada una de las teorías. Comencemos, pues, hablando sobre el control de convencionalidad y qué se entiende sobre el mismo.

Para Nash Rojas (2013a):

La figura del control de convencionalidad (con dicha denominación) es de reciente desarrollo en la dogmática de los derechos fundamentales y el constitucionalismo, con un incipiente tratamiento en la jurisprudencia de las Cortes nacionales. Su aparición en el escenario jurídico está estrechamente relacionada con las obligaciones que impone la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el desarrollo progresivo de los estándares de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Lo anterior, con una clara inspiración en la figura del control de constitucionalidad, ampliamente desarrollado en el ámbito interno de los Estados y en el concepto de “control internacional”. En la actualidad vemos que ya no basta con la mera incorporación formal de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que para dar cumplimiento a sus imperativos se requiere un esfuerzo interpretativo mayor por parte de las jurisdicciones nacionales, que incorpore el desarrollo de estándares a nivel internacional. (p. 490)

De acuerdo con Nash y su exposición sobre el tratamiento de la figura del control de convencionalidad, es indispensable que observemos los siguientes puntos con el fin de aclarar las ideas sobre la redefinición del término soberanía y, a su vez, que implica la necesaria tarea de hablar de un constitucionalismo más allá del Estado:

- i) La categoría de derechos humanos demuestra un creciente desarrollo para el constitucionalismo moderno (valga decir neoconstitucionalismo), en el que se incluyen un amplio catálogo de derechos que se protegen.
- ii) La dogmática jurídica ha mostrado progreso en áreas que no solo buscan la defensa de los derechos fundamentales, sino que se muestra en una forma de importante integración para la normativa interna, provocando, en tal sentido, una aparente intromisión de los organismos internacionales (Organización de las Naciones Unidas, Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, Corte Interamericana de los Derechos Humanos, etcétera) en los asuntos nacionales, dando paso a una redefinición de lo que se comprende por soberanía y una apertura a la comprensión de un constitucionalismo más allá del Estado y estableciendo la idea de lo supranacional como mecanismo de control y protección de los derechos humanos. Y,
- iii) Cuando Nash (2013b) habla de que “se requiere un esfuerzo interpretativo mayor por parte de las jurisdicciones nacionales, que incorpore el desarrollo de estándares a nivel internacional” (p. 490), está dando por sentado un tipo de bloque de constitucionalidad en tanto el mismo contribuya al fortalecimiento del constitucionalismo democrático (ya veremos, más adelante, qué entendemos por constitucionalismo democrático).

Con lo expuesto vemos que se dibujan tres aspectos a remarcar: 1) la redefinición de soberanía, 2) el constitucionalismo más allá del Estado, y 3) el constitucionalismo democrático.

Conviene, ahora, que veamos lo que se entiende (o se entendía) por soberanía para ir aclarando esa sombra que existe en la terminología jurídico-política moderna. Para ello citamos lo que nos dice el Diccionario de política (Bobbio et al., 1993):

En nuestro siglo el concepto político-jurídico de *s. (soberanía)* ha entrado en crisis tanto en el plano teórico como en el práctico. En el plano teórico, con el predominio de las teorías constitucionalistas; en el plano práctico, con la crisis del estado moderno, incapaz de ser un centro de poder único y autónomo, el sujeto exclusivo de la política, el único protagonista en la arena internacional. Para el fin de este monismo han contribuido, conjuntamente, tanto la realidad cada vez más pluralista de las sociedades democráticas como el nuevo carácter de las relaciones internacionales, en las cuales las interdependencias entre los distintos estados son cada vez más fuertes y estrechas en el plano jurídico y económico y en el plano político e ideológico. La plenitud del poder estatal, indica precisamente por qué la *s. (soberanía)* se está debilitando, por lo que el estado casi se ha vaciado y han desaparecido sus límites⁴. (p. 1491)

Con esta brillante exposición sobre la crisis de los estados democráticos, la soberanía y el predominio de las corrientes constitucionalistas modernas, no solo se advierte la necesaria tarea de redefinición de soberanía, sino que se hace imprescindible establecer algunos puntos críticos que den muestra de un tipo de soberanía con carácter supranacional. Para salir, de este modo, de la aparente interferencia indirecta de los organismos internacionales que buscan la defensa y protección de los derechos humanos.

Si pensamos en el ordenamiento jurídico guatemalteco, la Constitución Política de la República en el artículo 140 preceptúa que “Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo.” Y más adelante, en el artículo 141, establece que “La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial...” (Constitución Política de la República de Guatemala, 1985).

En consecuencia, con las nuevas formas de entender el mundo jurídico-político, y atendiendo a las nuevas concepciones sobre la democracia y la soberanía, conviene que hablemos sobre una posible interpretación de soberanía moderna (pensando en que las Constituciones son textos jurídicos que se pueden interpretar atendiendo al principio de constitución viviente): i) ya no es la soberanía un aspecto que deba entenderse desde adentro; es decir, desde la concepción absolutista de pueblo, ii) para garantizar la defensa de los derechos humanos, el paradigma garantista constitucional debe valerse de la normativa internacional para tutelar con eficacia los derechos fundamentales, siendo necesario romper con el poder soberano de la tradición histórica, y iii) la soberanía se convierte en un elemento propio de los Estados democráticos (como el guatemalteco), pero existe con cierto matices supraestatales o superestatales, combinando lo que se denomina constitucionalismo más allá del Estado.

⁴ Las cursivas son propias.

Para comprender un poco más a fondo este tema, Ferrajoli (2009) nos dice que:

(...) hoy vivimos de hecho en una situación paradójica de anarquía planetaria y, conjuntamente, de gobierno global —el de las grandes potencias y, en particular, de los Estados Unidos, indisponible a cualquier rol de garantía de la paz y de los derechos fundamentales— con las desventajas de una y de otra [...] aquello de lo que hoy tiene necesidad el mundo es el desarrollo, no tanto y no sólo de funciones y de instituciones de gobierno, que son más legítimas y eficientes en tanto son más locales y, por ello, cercanas a los gobernantes sino, sobre todo, de funciones y de instituciones de garantía capaces de tutelar derechos y bienes fundamentales como la paz, la seguridad, los mínimos vitales y la protección del ambiente, cuya efectiva garantía es imposible a nivel local y es irrealizable a nivel global mientras falten las correspondientes instituciones internacionales de garantía... (p. 432)

Por supuesto que este fenómeno es producto de la globalización⁵ y del neoliberalismo. Aunque, conviene agregar, no se debe caer en los absolutismos para rechazar de lleno las consecuencias de la globalización. Con todo, las transformaciones sociales están cargadas de un alto nivel positivo de progreso, *mutatis mutandis*, y es el desarrollo de los derechos fundamentales o la extensión a la protección de los derechos humanos.

Asimismo, cabe agregar que Ferrajoli es uno de los exponentes más importantes de la segunda mitad del siglo XX y de lo que va del siglo XXI, en tanto que él habla de una Constitución planetaria. Sus ideas están enfocadas en la extensión de la soberanía ya no en lo interno de los Estados sino en lo externo de los Estados (lo supraestatal). De este modo, la concepción que maneja Ferrajoli nos lleva a pensar en lo que él mismo denominaría “Constitucionalismo más allá del Estado”, abstrayendo los enfoques de Habermas en “Más allá del Estado nacional”.

Pero esta concepción no se agota en la medida en que resulta necesaria para la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en las legislaciones de los Estados democráticos. Sin embargo, ya arriba apuntábamos que es un peligro la limitación de la soberanía y la redefinición teórica y práctica de la misma. Pero no lo decíamos con el afán de alarmar y oponernos indiscriminadamente a la aplicabilidad de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, sino para enmarcar que, como en todo, debe regirse bajo ciertas limitantes que busquen el buen funcionamiento de los ordenamientos jurídicos sin incidir en mayor grado los organismos internacionales en el derecho interno. Es decir, el sometimiento a los organismos internacionales se rige por casos específicos y solo actúan cuando ya se ha agotado el principio de definitividad en los Estados.

Pero, asimismo, al resultar obligatoria la aplicación de la jurisprudencia internacional dentro de los Estados, sea una resolución de un conflicto dirimido en otro Estado, existe un evidente tratamiento de inclusión del derecho internacional al derecho interno y esto, al no

⁵ Recuérdese el título del libro de Z. Bauman, 2017, *La globalización: consecuencias humanas*, México: FCE.

ser interpretado correctamente, podría conllevar equívocos en la resolución de conflictos, con resultados estrechamente vinculados a la degeneración de la democracia.

En este orden de ideas, resulta conveniente que sea la justicia constitucional la encargada de establecer un contraste de integración entre normas internacionales y nacionales, con el fin de mantener el constitucionalismo democrático en el Estado. Guatemala ha logrado mantener esta equivalencia a través del bloque de constitucionalidad, pues, según Zagrebelsky (2007): “Las cortes serían —mejor: deberían ser— «la aristocracia del saber», llamadas a contener la tendencia de la democracia a degenerar en demagogia y a fijar «un punto firme para el racional desarrollo de la sociedad actual, una ‘isla de razón’ en el caos de las opiniones»” (p. 99). No obstante, se advierte que la tarea no concluye con el establecimiento del bloque de constitucionalidad, sino en la aplicabilidad del ordenamiento jurídico internacional sobre derechos humanos cuando existe un peligro inminente en la violación de un derecho tutelado que no haya sido resuelto con observancia a los estándares internacionales.

4. Constitucionalismo democrático y constitucionalismo más allá del Estado

Ya hemos realizado un recorrido jurisprudencial sobre lo que se entiende por bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad y control de convencionalidad en Guatemala. Asimismo, en contraste con estas doctrinas, hemos visto el principio de progresividad de los derechos humanos como parte fundamental en un Estado de derecho. También cabe agregar que hemos explorado la soberanía y su nuevo enfoque, por lo que ahora es necesario que observemos qué entendemos por constitucionalismo democrático y constitucionalismo más allá del Estado; esto, producto del auge de la corriente neoconstitucionalista en Latinoamérica y el postpositivismo constitucional que se opone a la teoría del neoconstitucionalismo.

En consecuencia, para hablar de constitucionalismo democrático antes debemos ver qué se entiende por democracia. Al respecto Touraine (2015) nos dice que existen tres tipos de democracia:

El primer tipo da una importancia central a la limitación del poder del Estado mediante la ley y el reconocimiento de los derechos fundamentales [...]

El segundo tipo da la mayor importancia a la ciudadanía, a la Constitución o a las ideas morales o religiosas que aseguran la integración de la sociedad y dan fundamento sólido a las leyes. La democracia progresa aquí más por la voluntad de igualdad que por el deseo de libertad [...]

(...) un tercer tipo insiste más en la representatividad social de los gobernantes y opone la democracia, que defiende intereses de las categorías populares, a la oligarquía, ya se asocie ésta a una monarquía definida por la posesión de privilegios o bien a la propiedad del capital. (pp. 46-47)

En la perspectiva que aquí se ha enmarcado la democracia debe ser vista en la unión de los primeros dos tipos que Touraine observa. Esto debido a que debe, necesariamente, existir el control de los poderes mediante la ley y el reconocimiento de los derechos fundamentales llevados al grado de constitucionalizarse; y porque debe existir el respeto a la igualdad y la importancia de la constitución que promueve el segundo tipo de democracia. Con estos elementos ya podemos hablar de un constitucionalismo democrático. Puesto que, si la democracia es, como la tradición indica, “el gobierno del pueblo y para el pueblo”, y la Constitución en palabras de Paine (2017), “no es el acto de un gobierno, sino el de un pueblo que constituye un gobierno; y gobierno sin constitución es poder sin derecho” (p. 201), entonces el constitucionalismo democrático se basa en las decisiones internas de las Cortes y los legisladores al momento de establecer la producción jurídica protectora de los derechos humanos y la adaptación del ordenamiento jurídico interno a instituciones jurídicas supraestatales (más allá del Estado).

Para hablar del constitucionalismo más allá del Estado conviene que citeamos a Ferrajoli, quien ya dedicaría un libro a este tema. Se dice que debe existir un constitucionalismo más allá del Estado (que supere las superestructuras estatales) en el sentido que existe un “paradigma garantista constitucional” que rebasa las fronteras de los Estados. Esto se evidencia porque existe una creciente crisis del constitucionalismo y solo se puede hacer frente si se extiende “más allá del Estado” (Ferrajoli, 2018).

Para Ferrajoli (2018) existen cuatro posibles expansiones del paradigma constitucional:

- 1) en garantía de todos los derechos fundamentales, no solo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; 2) frente a todos los poderes, no solo de los públicos sino asimismo de los privados; 3) en garantía no solo de los derechos fundamentales sino también de los bienes que, por su carácter vital, pueden igualmente ser llamados fundamentales; 4) a todos los niveles, no solo al de los ordenamientos estatales sino también en el plano del derecho internacional. (p. 26)

Es así como, finalmente, observamos que se hace una realidad la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en las legislaciones nacionales y, con ella, la redefinición de soberanía y hablar de un constitucionalismo que implique ir más allá del Estado con matices siempre democráticos. Es decir, ambos deben coexistir en el marco jurídico interno de los Estados.

5. A modo de conclusión

Toda la reflexión inscrita hasta aquí comporta el ideario transformador de un constitucionalismo más allá del Estado y la inscripción de un constitucionalismo democrático. Esto con el objeto de responder no solo a los estándares internacionales como respuesta a las masacres libradas durante el la Segunda Guerra Mundial y el holocausto, sino como una bandera protectora de los derechos humanos.

Conviene que reflexionemos en el papel no solo de la teorización y ampliar la literatura jurídica existente en cuanto a los derechos humanos y lo que se comprende por soberanía de los Estados y el debate establecido a lo largo de esta investigación; sino también es necesario en que los Estados emprendan la tarea de establecer los mecanismos prácticos que conlleven la mejor aplicación de la normativa y, en especial, en que el Estado de Guatemala contribuya al fortalecimiento de la democracia a través de la observancia de la dogmática jurídica y, de tal manera, de la práctica jurídica.

En atención a tales exigencias, el Estado debe de pasar de ser una mera institución personalista a ser un actor social.

Referencias

Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Almonacid Arellano y otros (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006).

Atienza, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.

Bauman, Z. (2017). *La globalización: consecuencias humanas*. México: Fondo de Cultura Económica.

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.

Bobbio, N. (2014). *Perfil ideológico del siglo XX en Italia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco;. (1993). *Diccionario de política*. México: SIGLO XXI.

Calderón Cristal, A. I. (2020). Delimitación del bloque de constitucionalidad en el caso guatemalteco. *Opus Magna Constitucional*, 193-226.

Expediente, 4887-2011 (Corte de Constitucionalidad 23 de marzo de 2011).

Expediente, 3340-2013 (Corte de Constitucionalidad 18 de diciembre de 2013).

Ferrajoli, L. (2009). Principia iuris. Una discusión teórica. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 393-434.

Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta.

Haba, E. P. (2004). El asunto del "fundamento" para los derechos humanos: ¿pseudoproblema! (O bien, cuestión de unas elucidaciones cuasiteológicas). *Doxa*, 429-435.

Highton, E. I. (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitucionale commune en América Latina?* México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: TECNOS.

Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Myrna Mack Chang (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2003).

Nash Rojas, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 489-509.

Paine, T. (2017). *Los derechos del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica.

Sentencia, 280-90 (Corte de Constitucionalidad 19 de octubre de 1990).

Suelt-Cock, V. (2016). El bloque de constitucionalidad como mecanismo de control constitucional. *Vniversitas*, 304.

Touraine, A. (2015). *¿Qué es la democracia?* México: Fondo de Cultura Económica.

Zagrebelsky, G. (2007). Justicia constitucional y democracia. En M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos* (pág. 99). Madrid: Trotta.

Leyes

Carta de la Organización de los Estados Americanos (30 de abril de 1948).

Constitución Política de la República. (1985, 31 de mayo). Asamblea Nacional Constituyente. Diario Oficial.

Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados (23 de mayo de 1969).

Derechos de Autor (c) 2022 Santos Romeo Barrientos Aldana



Este texto está protegido por una licencia [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Usted es libre para Compartir —copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato— y Adaptar el documento —remezclar, transformar y crear a partir del material— para cualquier propósito, incluso para fines comerciales, siempre que cumpla la condición de:

Atribución: Usted debe dar crédito a la obra original de manera adecuada, proporcionar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que tiene el apoyo del licenciante o lo recibe por el uso que hace de la obra.

[Resumen de licencia](#) - [Textocompletodelalicensia](#)

