

OPUS

MAGNA CONSTITUCIONAL

— DÉCIMO ANIVERSARIO —

2020
TOMO XVI

DINA JOSEFINA OCHOA ESCRIBÁ
RODOLFO ROHRMOSER VALDEAVELLANO
ALLAN R. BREWER-CARÍAS
CLAUDINA ISABEL ORUNESU
WILLIAM GILBERTO BOBADILLA LÓPEZ
ANA ISABEL CALDERÓN CRISTAL
RICARDO ANTONIO GONZÁLEZ SOTO
JUAN PABLO GRAMAJO CASTRO
ROSA MARÍA LÓPEZ YUMAN
LUIS ARTURO PALMIERI NÚÑEZ
FRANCISCO JAVIER URIZAR PÉREZ



OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

2020

TOMO XVI

— DÉCIMO ANIVERSARIO —

El *Opus Magna Constitucional* es una publicación anual del Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad, dirigida a profesionales, estudiantes e investigadores de las Ciencias Jurídicas y Sociales, con el objetivo de promover el estudio del Derecho Constitucional, la jurisprudencia producida por la Corte de Constitucionalidad en Guatemala, la doctrina constitucional iberoamericana y el Derecho Comparado, todo ello, mediante la recopilación ordenada y sistematizada de obras de diferentes autores nacionales e internacionales.

Corte de Constitucionalidad - Instituto de Justicia Constitucional

Opus Magna Constitucional 2020

Guatemala: Instituto de Justicia Constitucional

Corte de Constitucionalidad: 2020

Tomo XVI

400 páginas.

1. APORTES ESPECIALES. 2. ARTÍCULOS.

El contenido de los artículos publicados en la presente obra es responsabilidad de cada autor. El Instituto de Justicia Constitucional y la Corte de Constitucionalidad no se identifican necesariamente con las opiniones vertidas por los autores.

© Es permitida la reproducción y distribución total o parcial por cualquier medio mecánico o digital citando la fuente.

Diseño e impresión:

CIMGRA®

Centro de Impresiones Gráficas

www.cimgra.com - info@cimgra.com

Teléfono (502) 2436-0850

Diagramación: Cesia Calderón

Corte de Constitucionalidad - Instituto de Justicia Constitucional

11 avenida 9-37 zona 1, Guatemala, Guatemala.

www.cc.gob.gt

instituto@cc.gob.gt

Teléfono (502) 2323-4646

Editores:

ALEJANDRO JAVIER
MORALES BUSTAMANTE
Director Ejecutivo del Instituto
de Justicia Constitucional

FRANCISCO JAVIER
URIZAR PÉREZ
Abogado investigador del
Instituto de Justicia Constitucional

Consejo Editor:

ALLAN AMILKAR ESTRADA MORALES,
Academia Quetzalteca de Constitucionalistas

ANA ELISA SAMAYOA,
Investigadora independiente

ANA GABRIELA CONTRERAS,
Investigadora independiente

ANA ISABEL CALDERÓN CRISTAL,
Corte de Constitucionalidad

CARLOS ARTURO
VILLAGRÁN SANDOVAL,
Instituto de Investigación y Estudios Superiores
en Ciencias Jurídicas y Sociales, URL

EDGAR ALFREDO ORTEGA FRANCO,
Investigador independiente

HÉCTOR OSWALDO SAMAYOA SOSA,
Centro de Estudios de Guatemala

IRIS ELENA PORTILLO,
Investigadora independiente

JORGE LUIS CÓRDOVA NOGUERA,
Corte de Constitucionalidad

JUAN FRANCISCO PATZÁN SÁNCHEZ,
Corte de Constitucionalidad

LARRY ANDRADE-ABULARACH,
Instituto de Investigación y Estudios Superiores
en Ciencias Jurídicas y Sociales, URL

MARIO RENÉ MANCILLA BARILLAS,
Investigador independiente, UMG

MILDRED JEANETH AMARRA,
Corte de Constitucionalidad

MÓNICA MAZARIEGOS RODAS,
Instituto de Investigación y Proyección
sobre el Estado, URL

SARA MARÍA LARIOS HERNÁNDEZ,
Corte de Constitucionalidad

Comité Científico:

ANA VIRGINIA CALZADA,
ex Presidenta de la Sala Constitucional, Costa Rica

CARMEN MARÍA GUTIÉRREZ DE COLMENARES,
ex Presidenta de la Corte de Constitucionalidad

RODOLFO ROHRMOSER VALDEAVELLANO,
ex Presidente de la Corte de Constitucionalidad

**INTEGRACIÓN DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
14 DE ABRIL 2019 – 13 DE ABRIL 2020**

Presidente:

Bonerge Amilcar Mejía Orellana

Magistrados titulares:

Gloria Patricia Porras Escobar

Neftaly Aldana Herrera

José Francisco de Mata Vela

Dina Josefina Ochoa Escribá

Magistrados suplentes:

Henry Philip Comte Velásquez

María Cristina Fernández García

María de los Ángeles Araujo Bohr

José Mynor Par Usen



**JUNTA DIRECTIVA DEL
INSTITUTO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
2019 – 2020**

Presidente:

Bonerge Amilcar Mejía Orellana

Vicepresidenta:

Gloria Patricia Porras Escobar

Secretario:

Mauro Roderico Chacón Corado

Vocales:

Jorge Luis Córdova Noguera

Juan Francisco Patzán Sánchez

Instituto de Justicia Constitucional

Alejandro Javier Morales Bustamante

Director Ejecutivo

Ingrid Rosalba Colindres Arana

Francisco Javier Urizar Pérez

Sara María Larios Hernández

Silvia Lorena Méndez Cifuentes

ÍNDICE

Presentación.....	XIII
-------------------	------

APORTES ESPECIALES



LA CONCILIACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO, COMO UNA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS VÍCTIMAS EN LOS DELITOS SEXUALES EN PROCESO DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Dina Josefina Ochoa Escribá

Introducción a la segunda parte	7
---------------------------------------	---

CAPÍTULO III

3. Consecuencias jurídicas de las sanciones	8
3.1 Medidas de coerción.....	8
3.1.1. La obligación del adolescente de presentarse periódicamente ante el juez.....	9
3.1.2. La obligación de someterse al cuidado de una persona adulta e idónea.....	9
3.1.3. Arresto domiciliario.....	9
3.1.4. La privación de libertad provisional.....	10
3.1.5. Criterio de oportunidad reglado.....	12
3.2. Suspensión condicional de la sanción de privación de libertad	13
3.3. Otras formas anormales de terminar el proceso.....	14
3.3.1. Sobreseimiento	14
3.3.2. Falta de mérito.....	15
3.4. Las Sanciones socioeducativas o sanciones penales juveniles.....	15
3.4.1 Amonestación y advertencia.....	19
3.5. Libertad asistida	19
3.6. Prestación de servicios a la comunidad	21
3.7. Reparación de los daños al ofendido.....	23
3.8. Órdenes de orientación y supervisión.....	24
3.9. Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él.....	24
3.10. Abandonar el trato con determinadas personas	25
3.11. Eliminar la visita a centros de diversión determinados	25
3.12. Obligación de matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio.....	25

3.13.	Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicas que produzca adicción o hábito	26
3.14.	Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, educación vial u otros similares	26
3.15.	Ordenar el internamiento terapéutico del niño, niña o adolescente o el tratamiento ambulatorio en un centro especializado de salud, público o privado, para desintoxicarlos o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas	27
3.16.	Privación del permiso de conducir.....	28
3.17.	Sanciones privativas de libertad.....	28
3.18.	Privación de libertad domiciliaria	28
3.19.	Privación de libertad durante el tiempo libre.....	29
3.20.	Privación de libertad en centros especializados durante fines de semana, comprendido desde el sábado, de las ocho horas, hasta el domingo a las dieciocho horas	29
3.21.	Privación de libertad en centros especializados de cumplimiento en régimen abierto, semiabierto o cerrado	30
3.21.1.	Régimen abierto	31
3.21.2.	Régimen semiabierto	31
3.21.3.	Régimen cerrado	31

CAPÍTULO IV

4.	Violación a los derechos de las niñas víctimas, respecto a la aplicabilidad de la conciliación en el procedimiento abreviado	33
4.1.	Concepto de víctima.....	41
4.1.2.	Concepto de niña víctima	41
4.2.	Grados de victimización	42
4.2.1.	Victimización primaria sobre los niños, niñas y adolescentes.....	43
4.2.2.	Victimización secundaria sobre las niñas, niños y adolescentes.....	43
4.2.3.	Victimización terciaria	45
4.3.	Consecuencias del delito de violación en la niña.....	46
4.3.1.	Problemas emocionales	48
4.3.2.	Problemas de relación.....	48
4.3.3.	Problemas de conducta y adaptación social	48
4.3.4.	Problemas funcionales.....	49
4.3.5.	Problemas sexuales.....	50
4.3.6.	Embarazo.....	50
4.3.7.	Transmisión intergeneracional.....	51
4.4.	Derechos de las niñas víctimas.....	52
4.4.1.	Derecho a la dignidad.....	52
4.4.2.	Derecho a la justicia	52

4.4.3.	Derechos procesales	54
4.4.4.	Derecho de reparación del daño	56
4.4.5.	Derecho a la devolución de los bienes involucrados en el Proceso penal	57
4.4.6.	Derecho a la asistencia médica	57
4.4.7.	Derecho a la atención y asistencia victimológica especializada por las Oficinas de Atención a la Víctima	58
4.5.	Análisis de casos relacionados con niñas víctimas del delito de violación	58
4.5.1.	Violación sexual.....	58
4.6.	Casos específicos	62
4.6.1.	Causa 01065-2015-20027 a cargo del juzgado segundo de adolescentes en conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, por el delito de agresión sexual	63
4.6.2.	Causa 01065-2015-00027 a cargo del juzgado segundo de adolescentes en conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, por el delito de agresión sexual	64
4.6.3.	Causa 01065-2016-0050 a cargo del juzgado segundo de adolescentes en conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, por el delito de violación	65
4.6.4.	Causa 01065-2015-0041 a cargo del juzgado segundo de adolescentes en conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, por el delito de agresión sexual, en audiencia de procedimiento abreviado	66
	Conclusiones	69
	Bibliografía	72



DE CÓMO VIVÍ EL “JUEVES NEGRO”

Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano

1.	¿Qué fue el “jueves negro” y el “viernes de luto”?.....	75
2.	¿Quién es el autor de esta obra?.....	75
3.	Las circunstancias políticas de la época.	75
4.	La Corte de Constitucionalidad ordenó la inscripción del General Ríos Montt como candidato	78
5.	La Corte de Constitucionalidad resolvió con lugar el amparo interpuesto en contra del Tribunal Supremo Electoral	78
6.	El ambiente en la población y en la Corte de Constitucionalidad	79
7.	El resultado de las elecciones.....	79
a.	Lo ocurrido el jueves 24 de julio de 2003	79
b.	Todos ya estábamos sanos y salvos habiendo superado la emergencia	82
c.	El hotel en que estuvimos esos días.....	83
d.	Fin de la historia	84

e. El anónimo	84
f. Reiteración de mi posición.....	84



EL DESCONOCIMIENTO DE LOS PODERES DE CONTROL POLÍTICO DEL ÓRGANO LEGISLATIVO SOBRE EL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR PARTE DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

Allan R. Brewer-Carías

Introducción.....	85
1. El control político por la asamblea nacional de los decretos de estado de excepción y su desconocimiento judicial	87
1.1 El incongruente y tardío reconocimiento ejecutivo de la emergencia económica	89
1.2 Algunos principios sobre el control político de los decretos de estados de excepción.....	96
1.3 El control político ejercido por la Asamblea Nacional en relación con el decreto de emergencia económica de enero de 2016.....	100
1.4 El desconocimiento por la Sala Constitucional de la potestad de control político por parte de la Asamblea de los decretos de estado de excepción	102
1.5 La declaración de constitucionalidad de la prórroga del Decreto de Emergencia Económica, y su obligatoriedad para el Poder Público (incluyendo la Asamblea Nacional) decretada por la Sala Constitucional	108
2. Los ataques de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional cercenándole sus poderes de control político sobre el gobierno y de la administración pública	109
2.1 El intento fallido de la Asamblea de ejercer el control político sobre el Gobierno y la Administración para estudiar el decreto de emergencia económica	109
2.2 El viciado uso del llamado recuso de interpretación constitucional para ejercer el control de constitucionalidad, violando además, la garantía del debido proceso	112
2.3 La potestad parlamentaria para controlar políticamente al Gobierno y a la Administración Pública y su regulación restrictiva por la Sala Constitucional	116
3. El fin del control político que debe ejercer la Asamblea Nacional: la inconstitucional “restricción” impuesta por el Presidente de la República, respecto de su potestad de aprobar votos de censura contra los ministros... 121	
3.1 Un decreto ineficaz y nulo por estar viciado de incompetencia manifiesta por usurpación de autoridad y usurpación de funciones.....	126
3.2 Un decreto nulo por invadir y afectar el ejercicio por la Asamblea Nacional de sus facultades constitucionales.....	129

3.3	La restricción por parte del Poder Ejecutivo de las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional.....	133
-----	--	-----

~
**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y
LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA**
Claudina Isabel Orunesu

Introducción.....	137
1. Las concepciones de la interpretación y la interpretación constitucional.....	139
2. La objeción democrática a la justicia constitucional.....	143
3. Justicia constitucional y objeción democrática.....	148
Bibliografía.....	159

ARTÍCULOS

~
**LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN UNIVERSITARIA: PASO CLAVE PARA
EL NEXO SEGURIDAD-DESARROLLO EN GUATEMALA**
William Gilberto Bobadilla López

Introducción.....	167
1. Cooptación universitaria: modalidades, importancia y efectos	169
2. Urgencia y trascendencia del cambio.....	171
3. Obstáculos y formas principales para el cambio	174
Conclusiones	188
Bibliografía.....	189

~
**DELIMITACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
EN EL CASO GUATEMALTECO**
Ana Isabel Calderón Cristal

Abreviaturas	195
Introducción.....	196
1. Consideraciones preliminares.....	198
2. El bloque de constitucionalidad en el ámbito guatemalteco.....	200
3. Determinación de los instrumentos que conforman el bloque de constitucionalidad.....	204
Reflexiones finales	217
Bibliografía.....	224

~
**LA LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL
ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

Ricardo Antonio González Soto

Introducción.....	230
1. Del Estado de Derecho legal al constitucional.....	232
2. Tensiones entre constitucionalización y democracia.....	239
3. Acerca de la legitimidad de los tribunales constitucionales: fundamentos y objeciones.....	243
Reflexiones finales	252
Bibliografía.....	254

~
**LA PRIMACÍA DE LA PERSONA: VISIÓN DEL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO DESDE EL
PERSONALISMO DE JOSEPH RATZINGER**

Juan Pablo Gramajo Castro

Introducción.....	258
1. El iusnaturalismo teológico cristiano.....	260
2. Las bases del sistema internacional de derechos humanos	263
3. El pensamiento de Joseph Ratzinger – Benedicto XVI.....	267
4. El personalismo y el constitucionalismo guatemalteco	275
Conclusiones	281
Bibliografía.....	284

~
**CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD PARA RESOLVER LA FALTA DE
TEMPORALIDAD DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE BIENES
REGULADAS EN LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**

Rosa María López Yuman

Introducción.....	289
1. Parámetros generales para la resolución de conflictos constitucionales	290
1.1 Características	290
1.2 Principio de proporcionalidad	291
1.3 Principio de razonabilidad.....	291
2. Contexto de los límites al derecho de propiedad en Guatemala	293
2.1 Titulares del derecho de propiedad	296
2.2 Medidas cautelares en la fase de investigación.....	297
3. La atemporalidad de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio frente al interés social	301

3.1	El caso.....	301
3.2	Análisis del caso	302
	Reflexión Final.....	307
	Bibliografía.....	308



ANÁLISIS DEL DELITO DE ULTRAJE A LOS SÍMBOLOS NACIONALES (ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PENAL)

Luis Arturo Palmieri Núñez

INTRODUCCIÓN.....	313
1. El bien jurídico tutelado del delito de ultraje a los símbolos nacionales	314
2. La relación entre el delito de ultraje a los símbolos nacionales y el derecho a la libertad de expresión.....	316
2.1 Acerca de la supresión de la manifestación de ideas u opiniones.....	317
2.2 La imposición y asignación arbitraria a las personas respecto de lo que deben pensar acerca de los símbolos nacionales	318
3. Test de proporcionalidad como método para examinar la constitucionalidad de una norma penal	321
3.1 El principio de legalidad.....	323
3.2 El principio de legitimidad	329
3.3 El principio de necesidad y proporcionalidad.....	337
3.4 Medidas alternativas para proteger ya sea el bien jurídico tutelado del delito de ultraje a los símbolos nacionales o dichos símbolos en sí mismos	339
Conclusiones	342
Bibliografía.....	344



EL ACCESO A LA EDUCACIÓN INTEGRAL EN SEXUALIDAD COMO LÍMITE LEGÍTIMO AL DERECHO DE LOS PADRES A ELEGIR LA EDUCACIÓN PARA SUS HIJOS

Francisco Javier Urizar Pérez

Introducción.....	349
1. ¿Qué se entiende por educación integral en sexualidad?	350
1.1 El concepto de sexualidad.....	350
1.2 La sexualidad y la educación	355
1.3 La educación integral en sexualidad como parte de la educación en derechos humanos	359
1.4 La educación integral en sexualidad.....	360
2. El derecho de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos	366
3. La libertad de religión	370

Conclusión.....	374
Bibliografía.....	376



INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES DE PROPUESTAS PARA SER PUBLICADAS EN EL *OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL*

Temas de interés	380
Envío de originales.....	380
Idiomas de los originales.....	380
Formato	380
Notas al pie de página.....	380
Títulos y encabezados.....	380
Criterios para listados y contenido seriado	381
Tablas y figuras.....	381
Presentación.....	381
Proceso de publicación	382
Normas de citación	384
Derechos de autor.....	384
Advertencias sobre plagio y fraude científico.....	385
Declaración de ética	385

PRESENTACIÓN

El *Opus Magna Constitucional* es una publicación periódica editada por el Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad, dirigida a profesionales, estudiantes e investigadores de las Ciencias Jurídicas y Sociales, con el objetivo de promover el estudio del Derecho Constitucional, la jurisprudencia constitucional producida por la Corte de Constitucionalidad en Guatemala, la doctrina constitucional iberoamericana y el Derecho Comparado, todo ello, mediante la recopilación ordenada y sistematizada de obras de diferentes autores de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y materias afines. El esfuerzo llevado a cabo por varias administraciones ha permitido que hasta abril de 2019 se hayan publicado quince tomos de la obra, las cuales han estado accesibles al público en la sede de la Corte de Constitucionalidad y algunas librerías especializadas.

Diez años después de haberse publicado el primer número, con la intención de permitir un acceso universal a los contenidos de esta obra, se presenta el tomo XVI como el primero que será publicado en su totalidad en formato digital, lo que además, servirá para iniciar el proceso de certificación del *Opus Magna Constitucional* como la primera revista académica guatemalteca de Derecho Constitucional y materias afines indexada en un catálogo internacional por el alto nivel de sus contenidos.

Este es un paso que nos permite aportar significativamente a la discusión académica del Derecho y acercar a todos los espacios de estudio, en cualquier lugar del mundo, las reflexiones que han sido realizadas por autores guatemaltecos en torno al constitucionalismo nacional, los derechos humanos y las instituciones propias del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional desde una perspectiva comparada.

El proceso de indexación que se inicia con este número, implica cumplir con una serie de requisitos que obligan a trabajar en concordancia con estándares internacionales. De esa cuenta, se ha recreado el Consejo Editor integrándolo con 15 profesionales de la más alta calidad y reconocimiento en el mundo profesional y académico, a nivel nacional e internacional, quienes han tenido a su cargo la difícil tarea de calificar los artículos presentados y seleccionar los

mejores para ser publicados; además, se ha creado el Comité Científico, al que se han sumado reconocidas personalidades del constitucionalismo regional y quienes apoyarán al Instituto de Justicia Constitucional, realizando una revisión post publicación para recomendar nuevas líneas y temas de investigación; entre otros cambios, se ha implementado el modelo de revisión de artículos por pares (*pair review*) en la versión doble ciego, lo cual supone que todos los artículos presentados fueron calificados por dos miembros del Consejo Editor y que la identidad, tanto de los autores como de los calificadores, fue secreta en todo momento para garantizar la objetividad de la evaluación.

Con este tomo del *Opus Magna Constitucional*, estamos abriendo una nueva época, una en la que se pretende garantizar la mayor accesibilidad posible a los contenidos publicados, teniendo presente que su digitalización favorece que llegue a lugares a los que la versión impresa no ha alcanzado y que personas con distintos tipos de discapacidad podrán hacer uso de la obra.

En este número se presentan cuatro contribuciones especiales que han sido generosamente aportadas por Dina Josefina Ochoa Escribá, actual magistrada de la Corte de Constitucionalidad; Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano, expresidente de la Corte de Constitucionalidad, Allan R. Brewer-Carías, profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela y la Dra. Claudina Isabel Orunesu, de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina. Además, se presentan los siete artículos académicos que superaron el nuevo proceso de revisión por pares que se implementó en esta ocasión.

Además de agradecer a los autores que en esta ocasión presentaron sus propuestas, considero oportuno aprovechar para motivar a los estudiosos y profesionales del Derecho y de las ciencias afines, a que se animen a compartir sus ideas con la comunidad científica y académica a nivel nacional e internacional a través del *Opus Magna Constitucional*, para contribuir de forma protagónica en el desarrollo y profundización de los contenidos y los alcances del Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y los derechos humanos.

Guatemala, 02 de marzo de 2020

Bonerge Amilcar Mejía Orellana

Presidente de la Corte de Constitucionalidad y de la
Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional

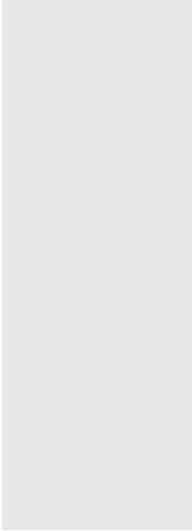
APORTES ESPECIALES

Dina Josefina Ochoa Escribá
Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano
Allan R. Brewer Carías
Claudina Isabel Orunesu

Opus Magna Constitucional

Corte de Constitucionalidad – Instituto de Justicia Constitucional

ISSN: 2707-9856 • opusmagna.cc.gob.gt • Guatemala • Tomo XVI • abril 2019 – marzo 2020



**LA CONCILIACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO
ABREVIADO, COMO UNA VIOLACIÓN
A LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS VÍCTIMAS
EN LOS DELITOS SEXUALES EN PROCESO
DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO
CON LA LEY PENAL**

*Conciliation and abbreviated procedure, as a violation of the rights
of girls victims in sexual offences in the process of adolescents
in conflict with criminal law*

Dina Josefina Ochoa Escribá

Doctora en Derecho por la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala,

Magister en Derecho de las Mujeres, Género y Acceso a la Justicia,
Universidad de San Carlos de Guatemala,

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria,
Universidad Mariano Gálvez de Guatemala,

Jueza de los Juzgados especializados contra el Femicidio y
otras formas de violencia contra la mujer.

Magistrada Presidenta de la Corte de Constitucionalidad 2018-2019.

dinaochoa2002@yahoo.com

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.4>

Resumen

El problema que presenta la conciliación y el procedimiento abreviado al resolver por estos procedimientos situaciones de niñas víctimas de delitos sexuales en un proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, lo cual da como resultado una violación del Estado a derechos fundamentales a la dignidad, integridad y a la libertad. La investigación conlleva en evidenciar la improcedencia de aplicar estas instituciones jurídicas ya que se violenta la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW-Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer-BELÉM DO PARÁ-la Convención sobre los derechos del niño y lo establecido en el Art. 185 del Decreto número 27-2003.

Palabras clave: Derechos humanos, Derecho Procesal Penal, justicia especializada, derechos de las niñas, violencia sexual, víctima, victimización.

Abstract

The problem of conciliation and abbreviated procedure in resolving by these proceedings situations of girls who are victims of sexual offences in a trial of adolescents in conflict with criminal law, resulting in a violation of the State to fundamental rights to dignity, integrity and freedom. The research involves evidence of the inappropriateness of applying these legal institutions as the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – CEDAW-Inter-American Convention to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women-BELÉM DO PARÁ- The Convention on the Rights of the Child and the provisions of Article 185 of Decree No. 27-2003.

Key words: Human Rights, Criminal Procedural Law, Specialized Justice, Girls' Rights, Sexual Violence, victim, victimization.

SUMARIO

Introducción a la segunda parte

3. Consecuencias jurídicas de las sanciones

- 3.1 Medidas de coerción
 - 3.1.1. La obligación del adolescente de presentarse periódicamente ante el juez
 - 3.1.2. La obligación de someterse al cuidado de una persona adulta e idónea
 - 3.1.3. Arresto domiciliario
 - 3.1.4. La privación de libertad provisional
 - 3.1.5. Criterio de oportunidad reglado
- 3.2. Suspensión condicional de la sanción de privación de libertad
- 3.3. Otras formas anormales de terminar el proceso
 - 3.3.1. Sobreseimiento
 - 3.3.2. Falta de mérito
- 3.4. Las Sanciones socioeducativas o sanciones penales juveniles
- 3.5. Libertad asistida
- 3.6. Prestación de servicios a la comunidad
- 3.7. Reparación de los daños al ofendido
- 3.8. Órdenes de orientación y supervisión
- 3.9. Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él
- 3.10. Abandonar el trato con determinadas personas
- 3.11. Eliminar la visita a centros de diversión determinados
- 3.12. Obligación de matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio
- 3.13. Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicas que produzca adicción o hábito
- 3.14. Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, educación vial u otros similares
- 3.15. Ordenar el internamiento terapéutico del niño, niña o adolescente o el tratamiento ambulatorio en un centro especializado de salud, público o privado, para desintoxicarlos o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas
- 3.16. Privación del permiso de conducir
- 3.17. Sanciones privativas de libertad
- 3.18. Privación de libertad domiciliaria
- 3.19. Privación de libertad durante el tiempo libre
- 3.20. Privación de libertad en centros especializados durante fines de semana, comprendido desde el sábado, de las ocho horas, hasta el domingo a las dieciocho horas
- 3.21. Privación de libertad en centros especializados de cumplimiento en régimen abierto, semiabierto o cerrado
 - 3.21.1. Régimen abierto
 - 3.21.2. Régimen semiabierto
 - 3.21.3. Régimen cerrado

4. Violación a los derechos de las niñas víctimas, respecto a la aplicabilidad de la conciliación en el procedimiento abreviado

- 4.1. Concepto de víctima

- 4.1.2. Concepto de niña víctima
- 4.2. Grados de victimización
 - 4.2.1. Victimización primaria sobre los niños, niñas y adolescentes
 - 4.2.2. Victimización secundaria sobre las niñas, niños y adolescentes
 - 4.2.3. Victimización terciaria
- 4.3. Consecuencias del delito de violación en la niña
 - 4.3.1. Problemas emocionales
 - 4.3.2. Problemas de relación
 - 4.3.3. Problemas de conducta y adaptación social
 - 4.3.4. Problemas funcionales
 - 4.3.5. Problemas sexuales
 - 4.3.6. Embarazo
 - 4.3.7. Transmisión intergeneracional
- 4.4. Derechos de las niñas víctimas
 - 4.4.1. Derecho a la dignidad
 - 4.4.2. Derecho a la justicia
 - 4.4.3. Derechos procesales
 - 4.4.4. Derecho de reparación del daño
 - 4.4.5. Derecho a la devolución de los bienes involucrados en el Proceso penal
 - 4.4.6. Derecho a la asistencia médica
 - 4.4.7. Derecho a la atención y asistencia victimológica especializada Por las oficinas de atención a la víctima
- 4.5. Análisis de casos relacionados con niñas víctimas del delito de violación
 - 4.5.1. Violación sexual
- 4.6. Casos específicos
 - 4.6.1. Causa 01065-2015-20027 a cargo del juzgado segundo de adolescentes en conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, por el delito de agresión sexual
 - 4.6.2. Causa 01065-2015-00027 a cargo del juzgado segundo de adolescentes en conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, por el delito de agresión sexual
 - 4.6.3. Causa 01065-2016-0050 a cargo del juzgado segundo de adolescentes en conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, por el delito de violación
 - 4.6.4. Causa 01065-2015-0041 a cargo del juzgado segundo de adolescentes en conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, por el delito de agresión sexual, en audiencia de procedimiento abreviado.

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA PARTE

Como un aporte especial en esta edición del Opus Magna 2020 se presenta la segunda parte de la obra: “*La Conciliación y el Procedimiento Abreviado, como una violación a los derechos de las niñas víctimas en los delitos sexuales en proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal*” para que se concluya el propósito de ser una herramienta no solo de lectura sino de análisis, crítica y reflexión para ahondar en los derechos humanos de las niñas y cómo determinados procedimientos procesales, como lo es el *Procedimiento Abreviado*, al resolver en casos de niñas víctimas de delitos sexuales dentro de un proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, resulta improcedente su aplicación; ya que es inadmisibles frente al marco convencional tanto universal como específicamente en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW-, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –**Belém Do Pará**– y la Convención sobre los Derechos del Niño, y en el orden interno lo establecido en el Artículo 185 del Decreto número 27-2003, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Esta publicación contiene los capítulos tercero y cuarto de la tesis para optar a grado académico de magister en Derecho de las Mujeres, Género y Acceso a la Justicia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que fue publicada en el año 2018¹.

¹ N. del E. Por ser una obra de carácter académico refrendada por la Universidad de San Carlos de Guatemala, esta publicación no fue sometida al Consejo Editor. Agradecemos la generosidad de la Dra. Dina Josefina Ochoa Escribá al compartir su trabajo de tesis de maestría en el Opus Magna Constitucional.

CAPÍTULO III

3. Consecuencias jurídicas de las sanciones

3.1 Medidas de coerción

La medida de coerción es la primera consecuencia jurídica del proceso penal de adolescentes en conflicto con la ley penal, como ya lo mencioné en el capítulo anterior. Es un medio de restricción al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del adolescente sujeto a un proceso penal, que se utiliza con el objetivo de asegurar y garantizar la presencia del adolescente en el proceso, asegurar las pruebas, proteger a la víctima, al denunciante o testigos. La ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 180 enumera varias medidas de coerción, otorgándoles así al juez las herramientas adecuadas para prevenir el peligro de fuga y de obstaculización de la investigación, el momento adecuado para aplicarlas es en la primera declaración del adolescente, luego de haberse dictado auto de procesamiento, el juez debe valorar si es necesaria o no imponerla. El espíritu de la ley tiene como principio que la medida de coerción de privación de libertad condicional debe aplicarse como último recurso, debiendo buscarse aplicar medidas cautelares menos gravosas, que sean adecuadas razonablemente para prevenir el peligro de fuga y de obstaculización. Es aquí donde la Defensa Pública Penal debe velar porque este principio se cumpla, utilizando los recursos adecuados para cuidar que, si la medida es muy severa, se apele la resolución que la imponga. Tomando como base el principio de protección integral y de proporcionalidad, la imposición de la medida cautelar debe tener proporción con el hecho del cual se acusa al adolescente (Godínez López, D.A, (2005). *La aplicación del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal y sus consecuencias jurídicas y sociales en Guatemala* (Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala).

Estas medidas no deben durar más de dos meses, pero este plazo se puede prorrogar por dos meses más a excepción de la privación de libertad provisional. No obstante, las medidas de coerción que más se aplican son las siguientes:

- a. La obligación del adolescente de presentarse periódicamente ante el juez.
- b. La obligación de someterse al cuidado de una persona adulta e idónea.
- c. Arresto domiciliario.
- d. Privación de libertad provisional.

3.1.1 La obligación del adolescente de presentarse periódicamente ante el juez

Es una medida de coerción que consiste en asegurar que el adolescente no desaparezca durante el desarrollo del proceso, debiéndose presentar al juzgado a firmar un libro de control que está a cargo del secretario, y los que gozan de estas medidas en su mayoría han sido por hechos referentes a robo agravado, robo, entre otros delitos menores.

3.1.2 La obligación de someterse al cuidado de una persona adulta e idónea

Es una medida de coerción que consiste en poner al adolescente bajo cuidado de un adulto, el cual generalmente es el padre o la madre, en caso de no tenerlos, los familiares más cercanos. Este adulto es el responsable de su cuidado y custodia, debe asegurarse de que el adolescente no desaparezca durante el desarrollo del proceso y presentarlo ante el juez e informar de su situación cuantas veces sea solicitado. El adulto debe ser idóneo, quiere decir que en caso de que los padres no sean los adecuados para cumplir con la medida se puede nombrar a otra persona.

3.1.3 Arresto domiciliario

Es una medida de coerción que consiste en restringir la libertad de locomoción al adolescente, pero no totalmente, en su propia residencia u otra idónea que el juez señale, bajo la responsabilidad de una persona adulta, garantizando que en ninguna forma esta medida perjudique su horario de estudios o su horario laboral, esta disposición hace que sea una medida muy

difícil de controlar, además de no contar con el elemento humano necesario para controlar el cumplimiento de la misma.

3.1.4 La privación de libertad provisional

Es una medida de coerción de carácter excepcional y muy controversial. Consiste en la restricción de libertad de locomoción del adolescente, y se encuentra regulada en el artículo 182 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Cabe mencionar que, durante la vigencia de la doctrina de situación irregular, la detención provisional adquiriría el carácter de una respuesta inmediata a la situación de “peligro social” en que estaría el adolescente, para alejarlo del medio social en el cual se desenvolvía cuando estimara que este era inconveniente. Para la doctrina de situación irregular no tenía importancia la presunción de inocencia, de modo que esta garantía no podía actuar como límite para el dictado de la privación de libertad provisional, siendo suficiente la existencia de la situación de riesgo social.

El principio educativo establece que la privación de libertad condicional debe ser evitada al máximo para los efectos negativos que produce en los adolescentes, únicamente se impondrá como último recurso, y en ese caso debe durar el plazo más breve posible. Debe efectuarse en forma separada de la prisión preventiva de los adultos. La regla 13.4 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores establece: “*Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán todos separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en establecimientos en que haya detenidos adultos*”; y en el numeral 13.5 establece: “*Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda asistencia social educacional, profesional, psicológica, médica y física que requieran habida cuenta de su edad, sexo y características individuales*”.

Al igual que en el Derecho Procesal de Adultos, para poder imponer esta medida, se debe tener la sospecha suficiente de culpabilidad del adolescente, es esto una consecuencia del principio de proporcionalidad, ya que no puede

exigirse a un adolescente que sufra una privación de libertad, cuando no existe suficiente grado de probabilidad como para esperar que pueda dictarse posteriormente una sentencia condenatoria, y más en este tipo de proceso, por el carácter especial de su materia.

Además de la sospecha suficiente de culpabilidad del adolescente, debe existir una de las causales para imponerla, las cuales según el artículo 182 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia son:

- a. Que exista peligro de fuga y/o de obstaculizar la averiguación de la verdad; y
- b. Que el hecho que se atribuya al adolescente sea constitutivo de un delito que implique grave violencia y sea contra la vida, la integridad física, la libertad individual o sexual de las personas.

Además de lo anterior, es aquí muy importante aplicar el principio de proporcionalidad, entre lo que implica la medida para adolescente y la gravedad de los hechos atribuidos, es entonces importante establecer que la medida de privación de libertad provisional deba ser necesaria, idónea y proporcional en sentido estricto, esto exige que se lleve a cabo un balance de intereses para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa la medida, guarda relación proporcionada con la importancia del interés estatal que trata de salvaguardar. Además, debe tomarse en cuenta que no es posible determinar la privación de libertad condicional de un adolescente cuando, en caso de dictarse una sentencia condenatoria, no puede disponerse en internamiento provisional. (Godínez López, D.A.(2005). *La aplicación del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal y sus consecuencias jurídicas y sociales en Guatemala* (Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala). En Guatemala existen dos centros de Prisión Provisional, uno para mujeres y otro para varones. Cuentan con el siguiente personal: psicólogo, médico, monitores, trabajador social, maestros y pedagogo. El de mujeres se nomina Centro Juvenil de Detención Provisional Gorriones; el inconveniente es que en el mismo también se encuentran internadas las adolescentes que están cumpliendo con la sanción socioeducativa

de privación de libertad, el cual tiene a su disposición talleres de costura, pintura y cocina. Las adolescentes internas no se encuentran separadas por edades pues no es muy difícil controlarlas por la cantidad que ahí se encuentra recluida. El centro de prisión provisional para varones se denomina Centro Juvenil de Prisión Provisional (CEJUDEPP), los adolescentes internos no se encuentran separados por edades, esto es un problema serio porque la experiencia nos enseña que generalmente los adolescentes mayores tienden a abusar de los menores, por las noches los adolescentes son separados por dormitorios, tratan de ubicar a los miembros de maras en un solo dormitorio. Un problema serio lo constituye el que el centro no cuenta con las instalaciones necesarias, ni con programas educativos como talleres para mantener ocupados a los adolescentes, así que se las ingenian organizando torneos deportivos y otras actividades. La falta de presupuesto es la justificación a esta problemática.

3.1.5 Criterio de oportunidad reglado

El criterio de oportunidad reglado trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal frente a casos específicos. Es una excepción al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal con la que tradicionalmente ha funcionado la justicia penal de adultos. No se trata de autorizar al Ministerio Público para transar a su antojo con la otra parte, sino de reconocer superiores intereses jurídicos que hacen innecesaria iniciación del proceso y la eventual pena, aplicando así el principio de intervención mínima del Estado, en otras palabras, el Ministerio Público solicita permiso para no investigar. La ley no es muy clara con respecto a los requisitos que se necesitan para poder aplicar el criterio de oportunidad reglado, solo establece que se puede aplicar cuando se trate de un hecho que por su insignificancia o lo exiguo de la participación del adolescente en el hecho no afecte el interés público, se podrá pedir al juez que se prescinda total o parcialmente de la persecución, la limite a una o varias infracciones o a alguna de las personas que han participado en el hecho. Es, pues, el Ministerio Público como ente encargado de la persecución penal, el encargado de aplicar el principio de proporcionalidad durante la fase de investigación, analizando en qué casos es necesario iniciar la persecución penal. El criterio de oportunidad reglado ofrece la oportunidad de aplicar los principios de la justicia penal juvenil, tomando en cuenta que para los

adolescentes la intervención del aparato coercitivo solamente producirá efectos negativos.

Como característica especial, el criterio de oportunidad reglado puede volverse a otorgar a un adolescente que ya haya gozado de este beneficio, es un mecanismo desjudicializador muy efectivo por el cual el proceso termina en forma anticipada. El juez al otorgarlo advierte al adolescente que es un beneficio el que le está otorgando invitándolo a no cometer más hechos delictivos y ofreciéndole una oportunidad para continuar con su vida sin infringir la ley. Durante los meses de enero y febrero del año 2005 el juez Segundo de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal otorgó el beneficio del criterio de oportunidad a 31 adolescentes, los que estaban sindicados de cometer los hechos delictivos de portación ilegal de arma de fuego, hurto, portación ilegal de explosivos, robo agravado en concurso con lesiones, uso de documentos falsos, robo, comercio tráfico y almacenamiento ilícito de drogas, atentado, portación ilegal de armas blancas y extorsión, en algunos casos en concurso con otros delitos.

Una desventaja del criterio de oportunidad reglado es que, al aplicarlo, se pierde la oportunidad de integrar al adolescente a un programa de rehabilitación, pues al otorgarlo se desliga totalmente al adolescente del proceso. Es contradictorio pues, que a adolescentes que cometan un delito menos grave o una falta lo sentencian remitiéndolos a programas como prestación de servicios a la comunidad y a los adolescentes que se les otorga el beneficio del criterio de oportunidad reglado no se les incluya en ningún programa, a pesar de que el hecho que se les atribuye es más grave. Esto favorece la reincidencia en los adolescentes a los que se les aplique este beneficio.

3.2 Suspensión condicional de la sanción de privación de libertad

Consiste en la interrupción o cesación de una sanción socioeducativa privativa de libertad. Es un beneficio que el juez puede otorgar al adolescente al momento de dictarse el fallo o en los casos en que exista sentencia que haya pasado por autoridad de cosa juzgada. Se suspende la sanción socioeducativa privativa de libertad por un periodo igual al doble de la sanción impuesta, siempre y cuando existan los siguientes presupuestos:

- a. Los esfuerzos del adolescente por reparar el daño causado.
- b. La falta de gravedad de los hechos cometidos.
- c. La conveniencia para el desarrollo educativo o laboral del adolescente.
- d. La situación familiar y social en que se desenvuelve.
- e. El hecho de que el adolescente haya podido constituir, independientemente, un proyecto de vida alternativo.

Si el adolescente durante el tiempo que dure la suspensión condicional de la sanción privativa de libertad comete un nuevo hecho que constituya violación a la ley penal, se le revocará este beneficio y cumplirá la sanción impuesta.

3.3 Otras formas anormales de terminar el proceso

El artículo 203 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia regula: “Agotada la averiguación o concluido el plazo para la misma, el Ministerio Público solicitará al juez, en forma breve y razonada según el caso: a) El sobreseimiento, clausura provisional o el archivo. (...) d) Aplicación del procedimiento abreviado”. Figuras clásicas del procedimiento común, es por ellos que facultados por el artículo 141 de la ley se utiliza supletoriamente lo regulado por el Código Procesal Penal respecto a estas figuras.

3.3.1 Sobreseimiento

Es una forma anormal de terminar el proceso, que no es otra cosa que el sobreseimiento provisional. Se utiliza con el objeto de no dejar ningún tipo de casos sin ninguna resolución, pues al exigir la ley la certeza de la inocencia para sobreseer y la posibilidad de condena para acusar, quedan entre ambas una enorme cantidad de casos que no permiten arribar al fundamento de una u otra decisión. La realidad indica que los procedimientos terminan en estos casos de manera irregular con un archivo de hecho sin decisión alguna, lo que no debe ser. La clausura permite que en el plazo limitado por la prescripción se pueda completar la información y formular el requerimiento que procede. Este plazo es de 5 años, según lo establece el artículo 345 *Quater* del Código Procesal Penal en su inciso 2. Mientras no concurra este plazo, si surgieren nuevos elementos

de prueba que tornen viable la reanudación de la persecución penal para arribar a la apertura del juicio o al sobreseimiento, el juez, a pedido del Ministerio Público o de otra de las partes, permitirá la reanudación de la investigación. Esta figura pues, no desliga totalmente al adolescente del proceso, siempre y cuando no haya transcurrido el término de la prescripción.

Nuevamente se presenta la desventaja de aplicar la clausura provisional porque al aplicarlo se pierde la oportunidad de integrar al adolescente a un programa de rehabilitación, pues al otorgarlo se desliga totalmente al adolescente del proceso, sucede lo mismo que explique al aplicar el criterio de oportunidad reglado, pero se puede reabrir el proceso si se cuenta con los elementos necesarios.

3.3.2 Falta de mérito

Es otra forma anormal de terminar el proceso que se utiliza cuando no concurren los presupuestos para dictar auto de prisión preventiva regulados en el artículo 13 de nuestra Constitución Política de la República, en otras palabras, es una abstención del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público que se aplica cuando no existe información o medios de convicción suficientes que hagan creer que se ha cometido un delito, y no concurren motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él. En los meses de enero y febrero del año 2005 el juez Segundo de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal otorgó la Falta de Mérito a 13 adolescentes, los que estaban sindicados por los hechos delictivos de robo agravado, robo, tenencia de armas de fuego, comercio, tráfico y almacenamiento ilícito.

3.4 La sanciones socioeducativas o sanciones penales juveniles

Como sabemos, los adolescentes son inimputables, esto es que no se le puede imputar un hecho delictivo de la misma forma que se hace con un adulto; en Guatemala antes de la vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, cuando un adolescente cometía un delito, lo dejaban libre por su inimputabilidad, o era sometido a un proceso en el cual no se respetaba

la mayoría de sus garantías, sancionándolo de forma inmoderada, lesionando su persona y su autoestima. Pero es el caso que de esta forma lo único que se lograba era estimular al adolescente a seguir cometiendo delitos, sabiendo bien que nunca estarían sujetos a un proceso penal o al internarlos en un centro de adolescentes sin las condiciones adecuadas lo único que se ha logrado es iniciar la carrera delincencial de estos adolescentes. Pero también se debe reconocer que el comportamiento de los jóvenes que no se ajusta a los valores o normas generales de la sociedad es con frecuencia parte del proceso de madurez y tiende a desaparecer en la mayoría de personas, y también que el hecho de que califiquemos o encasillemos a los adolescentes como *pre delincuentes*, a menudo solo logra reforzar la conducta indeseable en ellos.

Si bien esta es una norma general, se considera que en los casos donde los jóvenes cometen un delito sexual debe atenderse de manera diferenciada y aplicar penas de acuerdo al delito, reconociendo que con ello también se está dañando los derechos de las niñas víctimas.

La Justicia de Menores se debe concebir como una parte muy importante del desarrollo de cada país, y debe administrarse en un marco de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad. Y es por medio de las sanciones socioeducativas que se trata de rehabilitar al adolescente infractor de la ley penal, aplicando una sanción proporcional a las circunstancias y a la gravedad del delito, y proporcional a las circunstancias y necesidades del menor, como también proporcional a las circunstancias y necesidades de la sociedad. Cualquier sanción socioeducativa aplicada debe tener una finalidad primordialmente educativa, tomando en cuenta que el adolescente es parte de un grupo social diferenciado al que se le debe respetar su propia identidad como grupo y como personas en una etapa especial de su desarrollo y socialización.

La existencia de un marco jurídico claro como lo es la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia busca la prevención general de los delitos, la prevención general de sanciones arbitrarias o desproporcionadas frente a los adolescentes transgresores de la ley penal, y lo más importante, promover en el adolescente transgresor un sentimiento de responsabilidad por sus actos y de respeto por los derechos de terceros. En esta normativa también prevalece el

fin de prevención especial sobre el de prevención general, pues no se pretende imponer sanciones que generen intimidación en los demás miembros de la sociedad, lo que sería imposible por el carácter reservado y confidencial del procedimiento penal donde nadie se entera del tipo de sanción impuesta, se persigue pues la reinserción del adolescente en su familia y comunidad a través de su educación integral, cuidando que en ningún caso la sanción que se imponga sea desproporcionada al hecho o circunstancias personales, familiares y sociales del adolescente, lo que sí puede hacerse es justificar con ese fin una sanción menor a la que proporcionalmente corresponde.

Las sanciones socioeducativas son las consecuencias jurídicas que se aplican a los adolescentes que han cometido un hecho delictivo cuyo objetivo es reinsertar al adolescente en su familia y sociedad, promoviendo por medio de estas medidas la formación de ciudadanos responsables, fortaleciendo los valores positivos como el sentimiento de responsabilidad por los propios actos y el respeto de los derechos de terceros. Persigue responsabilizar al adolescente por sus actos y su orientación hacia la adquisición de responsabilidades que le plantea la vida adulta, algunas de las cuales son parte de su vida diaria.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia clasifica a las sanciones socioeducativas de la siguiente forma:

- i.** Sanciones socioeducativas:
 - a. Amonestación y advertencia.
 - b. Libertad asistida.
 - c. Prestación de servicios a la comunidad.
 - d. Reparación de los daños al ofendido.
- ii.** Órdenes de orientación y supervisión:
 - a. Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él.
 - b. Abandonar el trato con determinadas personas.
 - c. Eliminar la visita a centros de diversión determinados.
 - d. Obligación de matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio.
 - e. Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicas que produzcan adicción o hábito.

- f. Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial y otros similares.
- iii. Ordenar el internamiento terapéutico del niño, niña o adolescente, o el tratamiento ambulatorio en un centro especializado de salud, público o privado, para desintoxicar o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.
- iv. Privación del permiso de conducir.
- v. Sanciones privativas de libertad:
 - a. Privación de libertad domiciliaria.
 - b. Privación de libertad durante el tiempo libre.
 - c. Privación de libertad en centros especializados durante fines de semana, comprendidos desde el sábado, de las ocho horas, hasta el domingo a las dieciocho horas.
 - d. Privación de libertad en centros especializados de cumplimiento en régimen abierto, semiabierto o cerrado.

Las mencionadas son las sanciones socioeducativas que regula la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 238, las que estudiaremos una a una. Considero que es importante mencionar que según el artículo 239 de esta misma ley, para determinar la sanción a aplicarse se debe tener en cuenta:

- a. La comprobación de una conducta que viole la ley penal.
- b. La comprobación de que el adolescente ha realizado o participado en la trasgresión a la ley penal.
- c. La capacidad para cumplir la sanción, asimismo, la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de esta.
- d. La edad del adolescente, sexo, origen cultura y sus circunstancias personales, familiares y sociales.
- e. Los esfuerzos del adolescente por reparar los daños.
- d. Los efectos de la sanción para la vida futura del adolescente.

3.4.1 Amonestación y advertencia

Es una sanción socioeducativa de ejecución instantánea y tiene como objetivo llamar la atención del adolescente exhortándolo para que en lo sucesivo se acoja a las normas de trato familiar y convivencia social. La amonestación versará sobre la conducta delictiva realizada y el juez dice al joven que debe procurar una vida sin la comisión de delitos. Este tipo de sanción es utilizada por el juez de paz. Este en forma oral y de forma clara y directa hará comprender al adolescente sobre la gravedad del hecho cometido y las consecuencias que ha tenido o podría haber tenido tanto para él como para terceros, exhortándolo a no volver a cometer tales hechos en el futuro. En la misma audiencia el juez podrá, de considerarlo prudente, recordar a los padres, tutores o encargados sus deberes en la formación, educación y supervisión del adolescente. Este tipo de sanción es aplicada en faltas y delitos de poca trascendencia, es controlada específicamente solo por los jueces de paz.

3.5 Libertad asistida

La sanción socioeducativa socializadora e individualizada ejecutada en libertad bajo asistencia y supervisión de personal especializado, está orientada a la adquisición de habilidades, capacidades y aptitudes para el desarrollo social y personal del adolescente. Consiste en otorgar la libertad al adolescente sancionado bajo el control del Juzgado de Control de Ejecución de Sanciones, quedando sometido a los programas de orientación o de cualquier otro tipo que se consideren necesarios, según se haya establecido en el Plan Individual de Libertad Asistida que deberá elaborar el equipo técnico de la Secretaría de Bienestar Social, a cuyo cargo se encuentra el Programa que ejecuta la medida. Debe iniciarse su cumplimiento 15 días después de haber sido ordenada, plazo durante el cual el equipo técnico responsable elaborará su plan individual de libertad asistida. Este equipo técnico está integrado por un psicólogo y una trabajadora social, ambos son miembros del Programa de Libertad Asistida que existe desde el año 2000 en la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República. Su duración no debe ser mayor a 2 años. Es uno de los pocos programas que existe bien organizado en la Secretaría de Bienestar Social, y que intenta favorecer una mejor integración del adolescente a la comunidad.

Esta sanción socioeducativa procede en los supuestos de “delitos graves”, incluso en aquellos donde concurra violencia grave contra la integridad física, la libertad individual o libertad y seguridad sexual de las personas, siempre que las condiciones concretas del caso y el Interés superior del niño así lo aconsejen. Los momentos en los que se impone son en la resolución final o sentencia, como medida definitiva, al revisarse otra medida impuesta, y en apelación al resolverse el recurso. El equipo técnico deberá presentar el plan individualizado al juez, para que este lo apruebe, si no estuviese conforme con el mismo, lo podrá modificar pudiendo consultar al equipo técnico para luego aprobarlo. Para poder elaborar el plan, el equipo técnico debe realizar las visitas necesarias al domicilio del adolescente y lugares que se consideren necesarios para establecer cuál es el entorno social donde se desenvuelve y así establecer adecuadamente las áreas a trabajar. Las áreas pueden ser:

- a. Familiar: se fomenta y fortalecen los vínculos familiares del adolescente por medio de terapias grupales o individuales.
- b. Laboral: la encargada del programa coordina que el adolescente continúe trabajando y si no trabaja, por medio del programa se ha logrado ubicar a varios adolescentes en un puesto de trabajo; las empresas privadas que colaboran con contratar a estos adolescentes son: Caligráfico (imprenta) y Colorin (fábrica de pinturas), varios adolescentes trabajan con familiares.
- c. Educativa: esta es una de las áreas prioritarias del programa, pues cumplirá con la función de reducir los niveles de atraso escolar en los adolescentes que lo necesiten y velará por el rendimiento escolar de quienes se encuentran estudiando al momento de la imposición de la medida, gestionando becas con la Asociación de Prevención del Delito (APREDE), que cuenta con cursos de computación, cursos de panadería y primaria acelerada. En la actualidad, hay 8 adolescentes utilizando este servicio, los demás ya estudian o trabajan por su cuenta.
- d. Desintoxicación: no hay antecedentes de internamiento de algún adolescente sometido a esta medida socioeducativa, pero es parte de las funciones de los encargados del programa coordinar el internamiento del adolescente que presente algún tipo de adicción.

El plan individual debe contener los datos generales del adolescente, antecedentes delictivos del mismo, nombres de las personas con quien vive, se establecen los objetivos generales y específicos, las metas a corto y largo plazo dependiendo del tiempo que dure la medida, se establece un programa de actividades fijando fechas para las terapias individuales por lo menos una vez a la semana, y terapias grupales cada 15 días, para establecer todo esto se debe tener en cuenta con base en el principio de protección integral, las condiciones del adolescente y tomar muy en cuenta sus necesidades antes que las necesidades del programa.

Una vez iniciada la ejecución de la medida, el programa debe enviar al juez de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal informes bimensuales sobre los avances del adolescente, y cada tres meses acudir a las audiencias de revisión de la medida que la ley establece ante la juez de Ejecución y Control de Medidas. Una de sus características especiales es que la libertad asistida no procederá en caso de que el adolescente sea reincidente en la comisión de un hecho de igual o mayor gravedad a otro anterior en que se le impuso la medida de libertad asistida, salvo que, atendiendo a las circunstancias del caso y el interés superior del adolescente, el juez estime oportuno volverla a aplicar.

3.6 Prestación de servicios a la comunidad

Esta sanción socioeducativa consiste en que el adolescente en forma gratuita, para compensar el daño ocasionado, presta sus servicios a entidades públicas o privadas como hospitales, escuelas, parques nacionales, estaciones de bomberos; encontrándose en libertad y bajo la supervisión de un equipo multidisciplinario, que persigue responsabilizar a los adolescentes a través de la prestación de un servicio social constructivo y no remunerado a su comunidad.

El cumplimiento de esta sanción socioeducativa debe iniciarse 15 días después de haber sido ordenada, plazo durante el cual el equipo técnico responsable elaborará el plan individual. Este equipo técnico está integrado por un psicólogo y una trabajadora social, ambos son miembros del Programa de Prestación de Servicios a la Comunidad que existe desde enero del año 2004 a cargo de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República. Su duración no debe ser mayor a seis meses, en caso fuera impuesta por el juez de

Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal; y de dos meses cuando la impone un juez de paz. Es otro de los pocos programas que existe bien organizado en la Secretaría de Bienestar Social.

Esta sanción socioeducativa procede en los supuestos de faltas o delitos no muy graves. El equipo técnico deberá presentar el plan individualizado al juez, para que este lo apruebe, si no estuviese conforme con el mismo, lo podrá modificar pudiendo consultar al equipo técnico para luego aprobarlo. Para poder elaborar el plan el equipo técnico debe realizar las visitas necesarias al domicilio del adolescente y lugares que se consideren necesarios para establecer cuál es el entorno social donde se desenvuelve y así establecer adecuadamente las áreas a trabajar. Las áreas pueden ser:

- a. Familiar: se orienta el fortalecimiento de los vínculos familiares del adolescente, por medio de atención y seguimiento del equipo multidisciplinario.
- b. Laboral: se atiende aquellos casos en que el adolescente se ausenta de su lugar de trabajo debido al proceso, acudiendo a su centro de trabajo para coordinar que no sea despedido.
- c. Educativa: se brinda atención y seguimiento a todos los casos que manifiestan interés por iniciar o continuar sus estudios. Se coordina con instituciones como la Asociación de Prevención del Delito (APREDE), la Dirección General de Educación Extraescolar (DIGEE) y el Instituto Guatemalteco de Educación Radiofónica (IGER).
- d. Orientación espiritual: el adolescente a través de la orientación espiritual, toma y retoma sus valores espirituales en la religión que elija, pertenezca o practique, por lo tanto, los encargados del programa coordinan que el adolescente se comunice con su guía espiritual o le buscan uno.
- e. Trabajo individual y grupal con el adolescente y su familia y/o responsable: se trabaja cada 15 días con las familias y/o encargados de los adolescentes, en cuanto a la orientación, comprensión y apoyo para el logro de la reinserción del adolescente.

- f. Creación de redes institucionales para la prestación del servicio comunitario: el equipo multidisciplinario identifica y coordina con diversas instituciones sociales a nivel local, regional y nacional para que los adolescentes sujetos al programa cumplan con el servicio comunitario impuesto.

Según el principio de interés superior del adolescente, para determinar qué tipo de servicio y el lugar donde se debe cumplir, se toma en cuenta la capacidad y preparación del adolescente, dándole importancia a lo que puede y quiere hacer, determinando según las condiciones del adolescente el horario bajo el cual debe cumplir la sanción, teniendo cuidado que este no interfiera con su educación y trabajo.

Una vez aprobado el plan el adolescente se presenta ante la coordinadora del programa quien le explica los objetivos del mismo y fija la fecha del inicio de su cumplimiento. La duración del cumplimiento de esta sanción deberá establecerse en jornadas no mayores de 8 horas semanales, pudiendo realizarse los sábados, domingos o días de feriado sin perjudicar la asistencia a su centro de educación o a su centro de trabajo.

3.7 Reparación de los daños al ofendido

Es la sanción socioeducativa que se aplica en la mayoría de los hechos en los que el adolescente lesione bienes materiales; consiste en una obligación de hacer del adolescente a favor de la víctima, con el objeto de resarcir el daño causado o restituir la cosa dañada, esta sanción exige que tanto el adolescente como la víctima estén de acuerdo en este tipo de sanción, ambas partes también pueden acordar sustituir el trabajo por una suma de dinero, en este caso el juez es el encargado de fijar la cuantía.

Cuando el adolescente sea mayor de 15 años, se procurará que el dinero provenga de su esfuerzo propio y que no se provoque un traslado de responsabilidad hacia sus padres, tutores o representantes, será él mismo quien se encargue de resarcir el daño o compensar el perjuicio causado a la víctima. Cuando se trate de un adolescente comprendido entre las edades de

trece a catorce años, sus padres, tutores o responsables serán solidariamente obligados a responder. Por lo general, son los padres del adolescente los que se asumen la responsabilidad del daño cuando se establece una suma de dinero, y la Certificación de la Sentencia constituye Título Ejecutivo en caso de incumplimiento del pago. Este tipo de sanción es controlada directamente por el juez de paz.

3.8 Órdenes de orientación y supervisión

Consisten en mandamientos o prohibiciones que el juez de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal impone para regular la conducta del adolescente y para promover y asegurar su formación. No deben durar más de dos años, y en caso de incumplimiento el juez puede ordenar de oficio o a petición de parte su modificación. El objetivo de las mismas es lograr que el adolescente se aleje del círculo social que influye sobre su comportamiento delictivo, que se abstenga de realizar determinados actos y que se relacione con actividades de proyección social que le distraigan y le permitan ocupar y desarrollar sus habilidades. Su cumplimiento debe iniciar a más tardar un mes después de ser ordenadas, en caso de incumplimiento la ley no regula lo que procede, pero sí establece que el juez de Ejecución puede modificarla dependiendo del informe que le remita el equipo técnico encargado del programa. Pero es precisamente aquí donde existe el problema, pues la Secretaría de Bienestar Social no cuenta con un programa adecuado para este tipo de sanciones socioeducativas, además, es muy difícil poder controlar que se cumplan, se necesitaría crear un programa con suficiente personal para poder cumplirla. Como resultado de mi investigación confirmé que, a la fecha, la Secretaría de Bienestar Social no tiene ningún antecedente de este tipo de sanción.

A continuación detallo cada una de las órdenes de orientación y supervisión que regula la ley.

3.9 Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él

Es una orden de orientación y supervisión que consiste en prohibir al adolescente residir en un lugar determinado, cuando se compruebe que

el ambiente del lugar en que se desenvuelve resulta perjudicial para su sano desarrollo. El juez de Primera Instancia de Adolescentes o el juez de Ejecución de Sanciones deben establecer el lugar donde el adolescente debe residir o donde estará prohibido. El equipo técnico debe informar al juez sobre las alternativas de residencia del adolescente sancionado, en todo caso se procurará que resida con sus familiares y estos deberán informar al juez sobre la efectividad de esta sanción.

3.10 Abandonar el trato con determinadas personas

Es una orden de orientación y supervisión que consiste en ordenarle al adolescente abstenerse a frecuentar personas adultas o jóvenes, las cuales están contribuyendo a que el adolescente lleve una forma de vida delictiva. El juez debe indicar en forma clara y precisa cuáles personas debe el adolescente abandonar en su trato o en su convivencia, durante el tiempo de vigencia de la sanción. Cuando la prohibición de relacionarse con determinada persona se refiera a un miembro del núcleo familiar del adolescente o a cualquier otra persona que resida con él, deberá esta sanción combinarse con la prohibición de residencia.

3.11 Eliminar la visita a centros de diversión determinados

Es una orden de orientación y supervisión que consiste en ordenar al adolescente no asistir a ciertos lugares o establecimientos que resulten inconvenientes para su sano desarrollo. El juez de Primera Instancia de Adolescentes deberá indicar en forma clara y precisa cuales lugares deberá el adolescente dejar de visitar o frecuentar. El juez de Ejecución de Sanciones deberá comunicarle al propietario, administrador o responsable de los locales o lugares que el adolescente tiene prohibido ingresar.

3.12 Obligación de matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio

Es una orden de orientación y supervisión que consiste en ordenar al adolescente ingresar y permanecer en algún centro de estudios, sea este de educación formal o vocacional, el juez de Primera Instancia de Adolescentes

deberá indicar el centro educativo formal o vocacional al que el adolescente debe ingresar o el tipo alternativo de programa educativo que debe seguir. Si no lo hiciera será competencia del juez de Ejecución, en todo caso, se preferirán aquellos centros educativos que se encuentren cerca del medio familiar y social del adolescente. Durante el tiempo que dure esta sanción, el encargado del centro educativo deberá informar al juez de Ejecución sobre la evolución y rendimiento académico del adolescente en el centro de enseñanza o programa respectivo, además procurará el apoyo necesario para que el adolescente continúe con sus estudios.

3.13 Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicas que produzcan adicción o hábito

Es una orden de orientación y supervisión que consiste en prohibir al adolescente consumir, durante el tiempo de ejecución de la sanción, este tipo de bebidas o sustancias en cualquier lugar público o privado. Los miembros del equipo técnico elaborarán el plan individual para la ejecución de esta sanción, en el que se establecerá la asistencia a cursos, seminarios o programas que induzcan al joven a eliminar el consumo y adicción de ese tipo de sustancias o drogas. En otras palabras, consiste en la obligación por parte del adolescente de recibir el tratamiento, de reconocer el injusto y manifestar el deseo de corregirse; a cambio, la sociedad está dispuesta a prescindir de un castigo más severo.

3.14 Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares

Es una orden de orientación y supervisión que consiste en educar al adolescente, formándolo sobre determinados temas, los cuales deben tener relación con el hecho delictivo que haya cometido.

3.15 Ordenar el internamiento terapéutico del niño, niña o adolescente o el tratamiento ambulatorio en un centro especializado de salud, público o privado, para desintoxicarlos o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas

Este tipo de sanción socioeducativa se aplica a aquellos adolescentes que cometan actos delictivos relacionados con el consumo de drogas u otro tipo de estupefacientes; consiste en ordenar al adolescente participar en un programa público o privado, que lo conduzca a eliminar la dependencia de drogas o a cualquier otro tipo de sustancias que provoquen adicción. La Ley no solo regula el tratamiento de adicciones sino también se refiere a sus alteraciones en su percepción, anomalías o alteraciones psíquicas o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la realidad.

Existen dos tipos de tratamiento, uno ambulatorio y otro internamiento terapéutico. Cuando la orden consiste en un tratamiento ambulatorio, se debe tomar en cuenta no interferir en las actividades educativas y laborales del adolescente, en este caso el profesional o la institución o el encargado del tratamiento debe ajustarse al horario del adolescente, quien queda obligado a asistir al lugar designado con la periodicidad requerida. Este tipo de tratamiento no puede durar más de doce meses. Cuando la orden del juez consista en un tratamiento de internamiento terapéutico, este debe realizarse en un establecimiento especial, dependiendo del caso de que se trate, lamentablemente, la Secretaría de Bienestar Social no cuenta con un Programa adecuado para aplicar esta sanción, así como hasta la fecha no se le ha remitido ningún adolescente sancionado. Sin embargo, sí es parte de los programas de libertad asistida y prestación de servicios a la comunidad. Pero, considero que, por lo importante del tema, necesita de un programa para controlarlo. Este tipo de internamiento no puede durar más de cuatro meses, y debe informarse periódicamente al juez de los avances del mismo. En caso de que el adolescente rechace el tratamiento ordenado, la autoridad o institución encargada debe informar al juez para que este aplique otra sanción adecuada a las circunstancias del adolescente.

3.16 Privación del permiso de conducir

Este tipo de sanción socioeducativa se aplica ante todo al adolescente responsable de delitos contra la seguridad del tránsito y delitos o faltas que se hubieren cometido usando un vehículo automotor. Consiste en privar temporalmente al adolescente de su permiso de conducir o de su derecho a obtenerlo, con el fin de hacerle conciencia sobre la responsabilidad que tienen las personas que se encuentran al frente de un timón. No podrá imponerse por un período mayor a los 2 años, y por el tipo de delitos es el juez de paz el que tiene la competencia para aplicar la sanción. La autoridad que controla la ejecución de la medida es el juez de Ejecución.

3.17 Sanciones privativas de libertad

He aquí una sanción socioeducativa controversial, sobre todo si tomamos en cuenta que nuestra Constitución Política de la República establece que su tratamiento debe estar orientado a una educación propia para la niñez y la juventud, por su condición especial debe ser atendida por centros y personal especializado. Constitucionalmente se tiene la llave para aplicar una sanción socioeducativa encaminada a corregir una conducta delictiva que amerite una sanción privativa de libertad. Además, atendiendo al principio de *ultima Ratio* establecido en tratados y convenios internacionales, que regula que solamente en última instancia, y cuando no pueda proceder otro tipo de medida, se debe recurrir a esta. Entendemos que este tipo de sanción solo se puede aplicar en caso de que el adolescente cometa delitos de tal gravedad que el juez no tenga otra salida que aplicar una sanción privativa de libertad. Las modalidades de privación de libertad son las siguientes:

3.18 Privación de libertad domiciliaria

Esta sanción consiste en privar la libertad del adolescente en su casa de habitación con su familia, a quien no se le permitirá salir de su domicilio por su propia voluntad. En caso sea inconveniente que la sanción se aplique con su familia, puede realizarse en casa de algún familiar, y en caso no se pueda contar con algún familiar, se puede encargar el cuidado del adolescente en alguna institución adecuada o en vivienda de personas interesadas en cuidarlo.

Esta sanción no puede durar más de un año, y en ningún caso puede interferir con la asistencia del adolescente a su centro educativo o lugar de trabajo. El encargado de supervisar el cumplimiento de esta sanción es el trabajador social designado por el juez de Ejecución de Sanciones. En caso de incumplimiento del adolescente la juez de Ejecución puede modificar la sanción.

3.19 Privación de libertad durante el tiempo libre

Esta modalidad consiste en una restricción a la libertad del adolescente que debe cumplirse en un centro especializado en cualquier momento del día o de la semana en que el joven no esté realizando actividades laborales o de estudio, su duración no debe exceder de ocho meses. El adolescente reside con su familia y solamente durante su tiempo libre se debe trasladar al centro especializado de cumplimiento. Es aconsejable que este tipo de establecimientos no tengan seguridad extrema, y es muy importante que cuente con personal especializado, áreas y condiciones adecuadas para el cumplimiento efectivo de esta sanción. Esta medida socioeducativa ha sido una alternativa a la clásica privación de libertad, con esto se procura que el adolescente conserve el ritmo diario, normal y el entorno social en que se desarrolla, en armonía con el nuevo paradigma de la justicia de juvenil que persigue la reeducación del adolescente.

Pero se tiene el inconveniente de que la Secretaría de Bienestar Social no cuenta con un programa adecuado para esta sanción, como tampoco cuenta con la infraestructura adecuada. Por lo tanto, no existe ningún antecedente de que se haya aplicado por un juez esta sanción.

3.20 Privación de libertad en centros especializados durante fines de semana, comprendido desde el sábado, de las ocho horas, hasta el domingo a las dieciocho horas.

Es una medida socioeducativa que consiste en que el adolescente es enviado a centros especializados solo durante los fines de semana, desde el sábado de las ocho horas hasta el domingo hasta las dieciocho horas, con el objetivo de realizar actividades que promuevan su educación integral y el desarrollo de una conciencia social que evite que en el futuro continúe cometiendo hechos delictivos. Su duración no puede ser mayor a ocho meses.

La Secretaría de Bienestar Social no cuenta con un programa adecuado para la aplicación de esta sanción, así como tampoco con un centro especializado para este efecto.

3.21 Privación de libertad en centros especializados de cumplimiento en régimen abierto, semiabierto o cerrado.

Es una sanción socioeducativa dirigida a restringir la libertad de circulación y el libre traslado de los adolescentes, manteniéndolas en un recinto durante determinado tiempo. En este caso, el adolescente cumple un proceso de institucionalización, y es muy importante que se procure una afectación mínima de sus derechos, en este sentido ha de procurarse que solo se restrinja la libertad ambulatoria, en tanto todos los demás derechos no deben verse limitados. Además, únicamente se justifica por fines de prevención especial, es decir, para influir en forma particular en la vida futura del adolescente y procurar que lleve una vida sin cometer nuevos delitos.

El adolescente se encuentra internado en un centro especializado del que no se le permite salir por su propia voluntad, sin que no sea ordenado por la autoridad judicial. Es muy importante tomar en cuenta que esta medida reviste un carácter excepcional, es decir, el juez siempre debe completar la posibilidad de ampliar cualquier otro tipo de sanción menos drástica antes de disponer de esta, por lo tanto, debe justificar la necesidad de su imposición además de sustentar los fines educativos que se buscan al imponer esta medida socioeducativa.

No se debe confundir esta sanción con la pena de prisión establecida para los adultos, ya que responde a otras necesidades, presupuestos y fines muy diferentes, como que el lugar de ejecución de la sanción debe estar condicionado especialmente para este fin, y han de ser centros diferentes a los destinados a los delincuentes sujetos a la legislación penal común. Además, la sanción de internamiento en centro especializado se caracteriza porque debe cumplir los fines de procurar protección integral y el interés superior del niño, así como los fines de prevención especial. También, como ya mencioné anteriormente, durante el cumplimiento de la sanción se debe garantizar que el adolescente,

como sujeto en formación, disfrute de todos sus derechos con excepción de los restringidos en la sentencia.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en su artículo 253 regula tres clases de regímenes de privación de libertad en centro especial de cumplimiento y estas son:

3.21.1 Régimen abierto

Consiste en que el adolescente tendrá como residencia habitual el centro especial de cumplimiento, estableciéndose en su plan individual y proyecto educativo que todas sus actividades socioeducativas se llevarán a cabo fuera del centro, en los servicios del entorno. No existe un centro especializado para poder cumplir con este tipo de sanción, así como ningún programa por parte de la Secretaría de Bienestar Social, y ningún antecedente de su aplicación hasta la fecha.

3.21.2 Régimen semiabierto.

Consiste en que el adolescente tendrá como residencia habitual el centro especial de cumplimiento, estableciéndose en su plan individual y proyecto educativo que algunas de sus actividades formativas, educativas, laborales y de descanso se llevarán a cabo fuera del centro. No existe ningún centro especializado para poder cumplir con este tipo de sanción, así como ningún programa por parte de la Secretaría de Bienestar Social. Sin embargo, sí existe un antecedente, en el mes de junio del año 2005, la juez de Control de Ejecución de sanciones modificó una sanción socioeducativa, otorgándole a una interna el beneficio de poder visitar a su familia los fines de semana, sin embargo, según la Secretaría de Bienestar Social, no existe ningún programa adecuado para poder controlar este tipo de sanción.

3.21.3 Régimen cerrado

Consiste en que el adolescente residirá en el centro estableciéndose en su plan individual y proyecto educativo que todas sus actividades socioeducativas

serán desarrolladas dentro del propio centro. A diferencia de las anteriores esta sanción sí cuenta con un programa establecido, contando para el efecto con dos Centros de Detención de Privación de Libertad, uno para mujeres y otro para hombres.

Este tipo de sanción socioeducativa por su carácter excepcional requiere que se cumplan dos requisitos para aplicarla:

- a. Cuando se trate de una conducta realizada mediante grave amenaza o violencia hacia las personas y la propiedad y se trate de un delito contra la vida, la libertad sexual, la libertad individual, robo agravado y tráfico de estupefacientes.
- b. Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años.

Esta sanción durará un período máximo de seis años para los adolescentes entre 15 y 18 años, y de dos años para los comprendidos entre los 13 y 15 años. Nunca se podrá aplicar cuando no proceda contra un adulto según el Código Penal. Al fijarla, el juez debe tomar en cuenta las circunstancias personales, familiares, sociales y educativas del adolescente. Y en caso el adolescente cumpla la mayoría de edad y no ha terminado su sanción, debe ser trasladado a otro centro especial, pero nunca a un centro de cumplimiento de condena para adultos. También en este caso no contamos con ningún centro adecuado ni la Secretaría de Bienestar Social cuenta con el programa respectivo.

CAPÍTULO IV

4. Violación a los derechos de las niñas víctimas, respecto a la aplicabilidad de la conciliación en el procedimiento abreviado

El Derecho de la Niñez y de la Adolescencia es el conjunto de normas jurídicas que rigen y regulan los derechos y deberes de los niños y adolescentes, su conducta y el sistema de protección de los mismos; tiene funciones específicas como proteger a los niños y adolescentes y al mismo tiempo reconocer sus derechos y velar porque estos sean respetados. Sin embargo, a través de la historia, se dio una indiferencia jurídica (situación irregular), que implicaba la “protección” a los menores, pero a través de su aplicación, se vio reflejada la falta de importancia hacia los mismos, debido a que los tomaban como seres no pensantes, los cuales no tenían ni voz ni voto no solo dentro del ámbito jurídico, sino que del ámbito social también.

Una característica importante que se dio en esa época de la situación irregular, fue la desigualdad, es decir, tenían en un concepto muy bajo a los menores, de tal forma que cuando los mismos eran objetos de delitos o faltas, estos eran ingresados en los mismos centros de detención que los adultos, los cuales al final, en lugar de ser rehabilitados y reintegrados a la sociedad, salían en primer lugar, traumatizados del mismo y en segundo lugar, mucho peor de lo que ingresaron, cuando muchas veces solo fueron objetos de faltas.

Posteriormente, se inicia la época de protección integral cuando entra en vigencia la Convención de los Derechos del Niño, la cual trajo consigo una revolución jurídica a favor de los niños y adolescentes, ya que se empezaron a reconocer sus derechos y se determinó que estos no podían tener el mismo trato que los adultos, sino que debía haber un tratamiento especializado en ese campo.

El contenido de las fases o procedimiento de adolescentes en conflicto con la ley penal, no es adecuado para la investigación y juzgamiento de hechos delictivos cometidos por adolescentes, pues utiliza el instituto jurídico de la

conciliación en el procedimiento específico abreviado para resolver determinado conflicto penal, y con ello se vulnera el derecho humano de la niña víctima, por parte del Estado y sus progenitores, lo cual se encuentra previsto en la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

En la actualidad, con la derogación del Código de Menores y el surgimiento de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en el año 2003, se busca que la doctrina de la protección integral sea aplicada de forma correcta en Guatemala a favor de los niños y adolescentes. Sin embargo, en algunos momentos, ha surgido la duda si se aplica correctamente esta doctrina y si se vulneran algunos derechos de los niños, especialmente las niñas, por lo que, en la presente investigación, se busca hacer un análisis del por qué resulta inadecuada la utilización de la conciliación para resolver determinado conflicto penal relacionado con adolescentes, específicamente en los delitos de violencia sexual en donde las víctimas son niñas, por lo que se busca analizar el contenido de los artículos 171 (objetivos del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal), 184 (terminación del proceso), 185 (conciliación), 186 (naturaleza de la conciliación), 187 (procedencia de la conciliación), 188 (audiencia de conciliación), 189 (acta de conciliación), 190 (obligaciones pactadas en la **conciliación**), 191 (**responsabilidad de los representantes legales**), 192 (**incumplimiento injustificado**), 202 (**facultad del Ministerio Público de solicitar la conciliación, oportunidad y remisión, durante la investigación**), todos del Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, “*Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*” y, 141 referente a la posibilidad de aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Penal, al proceso de menores de edad, todo aquello que no se encuentre regulado de manera expresa en la ley antes indicada.

De la intelección e integración de las normas contenidas en artículos 185, 187, 188 y 189 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, se colige que, estas prevén como mecanismo procesal de finalizar el proceso anticipadamente, la audiencia y el acto de la conciliación, regulado como uno de los efectos, la suspensión del procedimiento, el cual está condicionado a “**la inexistencia de violencia grave contra las personas**”.

Sin embargo, algunos Jueces de Primera Instancia de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, acceden a su aplicación, sin antes analizar debidamente los hechos acaecidos, las normas jurídicas aplicables al caso, lo que provoca una equivocada subsunción a las normas jurídicas que regulan el procedimiento de menores antes aludido, cuando es notorio que se ha cometido delito grave contra de las niñas víctimas, contraviniendo de esa manera lo previsto en el artículo 185 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, pero especialmente las convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos, Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en sus siglas “*Cedaw*”, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer “*Belém Do Pará*” y la Convención sobre los derechos del niño.

Para analizar la ausencia de la gravedad del hecho cometido por un adolescente, debe examinarse la acción del trasgresor y el daño producido por este, el grado de afectación psicológico y físico al bien jurídico tutelado, es decir, la indemnidad sexual de las niñas víctimas, a lo que los tratadistas denominan violencia vis absoluta y vis compulsiva.

La primera implica fuerza sobre la persona, golpearla, secuestrarla. La segunda es la intimidación, la amenaza de provocarle un mal grave; esa amenaza debe ser tal que desaparezca la voluntad en una persona razonable, provoque temor grave. La segunda, es la intimidación, la amenaza de provocarle un mal grave, esa amenaza debe ser tal, que desaparezca la voluntad en una persona razonable y le ocasione temor grave. Es decir, debe ser de tal naturaleza que le cause impresión profunda en su estado anímico y le inspiren temor de exponer su persona o su honra.

Por lo tanto, para calificar la violencia o la intimidación [cualquiera de las dos anteriores], se debe atender a la edad de la víctima, sexo, condición y demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.

De lo anterior, puede colegirse, que las normas antes citadas, se refieren a delitos, donde la gravedad de las consecuencias está ausente, por ejemplo, robo y hurto, en donde el despojo de las pertenencias de la víctima se da de

una manera subrepticia [pues en muchas ocasiones, la víctima no se percató de que ha sido despojada de sus pertenencias], empero en delitos tales como la violación, agresión sexual y sus diferentes formas, sobre todo si la víctima es una niña, homicidio o asesinato, por mencionar algunos, la figura de la conciliación lógicamente deviene improcedente.

Ahora bien, el artículo 141 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece que en todo lo que no se encuentra regulado de manera expresa en esa ley, deberá aplicarse supletoriamente la legislación penal y el Código Penal, **siempre y cuando, no contradigan normas expresas de aquella ley**. Por su parte, el artículo 203 literal d) de la ley antes citada contempla el procedimiento abreviado, no existiendo otra norma dentro de esa ley que se refiera a este procedimiento específico, lo que equivale a que deba utilizarse supletoriamente lo previsto para este instituto, el proceso previsto en el Código Procesal Penal.

En aplicación supletoria de aquella ley, el Ministerio Público procede conforme a lo dispuesto en el artículo 464 del Código Procesal Penal, el cual prevé, que, si el Ministerio Público estimase suficiente la imposición de una pena no mayor a cinco años de privación de libertad, o de una pena no privativa de libertad, o aun en forma conjunta, podrá solicitar que se proceda según este título, concretando su requerimiento ante el juez de primera instancia en el procedimiento intermedio. Para ello el Ministerio Público deberá contar con el acuerdo del imputado y su defensor, que se extenderá a la admisión de hecho descrito en la acusación y su participación en él, y la aceptación de la vía propuesta, por lo que la existencia de varios imputados en un mismo procedimiento no inhibirá la aplicación de esta regla a alguno de ellos.

Se debe tomar en cuenta que tal requerimiento debe plantearse durante el procedimiento intermedio y de que ya debe estar planteada la acusación, tomándose en cuenta como punto primordial, la pena.

En los delitos de violación y sus formas de agravación de la pena calificada, específicamente las cuales superan, en su mínimo, los 5 años, se aplica el procedimiento intermedio.

No obstante, lo anterior se aplica en esta clase de delitos, y nuevamente surge la disyuntiva respecto de la aplicación de la conciliación y del procedimiento abreviado en esta clase de delitos, pues cuando estas decisiones son recurridas, las mismas son confirmadas por la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia. Asimismo, en los delitos de violencia contra la mujer.

Asimismo, los artículos 7, 8 y 9 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer “*Belém Do Pará*”, establecen los deberes de los Estados, lo cuales deben condenar todas las formas de violencia contra la mujer y deben adoptar todos los medios apropiados y sin dilación política orientados a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, estableciendo procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y acceso efectivo a tales procedimientos, estableciendo los mecanismos judiciales para asegurar que la mujer objeto de violencia, tenga acceso efectivo a tales procedimientos, tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, especialmente tomando en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica. En ese sentido se considera mujer objeto de violencia cuando esta sea menor de edad.

Ahora bien, desde la teoría de género, tomando en cuenta la existencia de sistemas en los que se expresan relaciones de poder o de abuso de poder, que algunas sociedades elaboran a partir de la diferencia sexual, se caracteriza por el uso de mecanismos y técnicas para el control de las capacidades femeninas especialmente en las niñas víctimas que si bien tienen derecho a opinar sobre asuntos que le competen, también lo es que una conciliación entre víctima y victimario en términos de igualdad y favorecida por el sistema de justicia no es lo más recomendable ni equitativo en términos de justicia para la víctima (no obstante que los padres, tutores o cualquier otro representante legal de la misma, se encuentre presente en la audiencia de conciliación de mérito) y tomando en consideración que la mencionada audiencia de conciliación lo que trata primordialmente es que la parte activa del delito dé cierta cantidad de dinero a la parte pasiva, y con ello se estaría equiparando la indemnización como un

sustituto de la persecución penal, sin tomar en cuenta todos los aspectos que afectan a las víctimas, en este caso, las niñas.

Resulta negativo para la niña víctima que por una cantidad de dinero se pretenda reparar el daño causado, daño que repercutirá por el resto de su vida e influirá en su desarrollo personal, pues con esta acción se le discrimina por su condición de mujer, privilegiando al agresor, que casi siempre es un hombre que la víctima, mujer menor de edad.

Con la conciliación, se privilegia al trasgresor de la ley penal, pues se le beneficia en que puede lograr su libertad por mecanismos en los cuales se desnaturaliza la ley, tanto por juzgadores, fiscales como defensores, impactando de esa manera en la sociedad, pues no dictan sus resoluciones atendiendo a un enfoque de género y tomando en consideración, específicamente, que la víctima sea mujer menor de edad.

La cultura patriarcal que se realiza desde lo patricéntrico y que unido al androcentrismo como el orden patriarcal en el centro de la explicación del mundo, se da como la estructura del orden, se reproduce en el ordenamiento legal guatemalteco, pues este contiene normas de diversas jerarquías, siendo uno de ellos el sistema penal y procesal penal, que a pesar de haber introducido doctrinas modernas de Derecho, mantiene normas discriminatorias como la que es sujeto de análisis en el presente trabajo de investigación.

No obstante, lo previsto en aquellos instrumentos internacionales mencionados, se ha visto en la práctica forense, que algunos administradores de justicia, llámese jueces, fiscales, en los delitos antes indicados, han aplicado la figura jurídica de la conciliación y el procedimiento específico abreviado, aun y cuando, *estos no proceden*, pues las disposiciones legales antes referidas, lo limitan. En este sentido, se reitera, que es importante considerar aspectos notables que permitan al sistema de justicia de Guatemala, no aplicar esta medida, pues la gravedad del delito de agresión sexual y de violación, estriban entre las diversas consecuencias físicas que pueden ser ocasionadas por la agresión sexual. Podemos citar: contagio de enfermedades venéreas, lesiones internas que pueden llegar a provocar incapacidad permanente para procrear, o severos

daños a los órganos reproductores. A veces incluso se requieren intervenciones quirúrgicas de importancia. Además, las consecuencias psicológicas pueden ser igualmente graves, pues las víctimas pueden padecer un temor permanente a sufrir un ataque similar, la vivencia criminal se actualiza, revive y perpetúa. Este temor a la repetición puede producir ansiedad, depresiones y proceso neurótico, pudiendo dar lugar a la propia autoculpabilización de responsabilidad y llevar a la víctima a que tenga problemas posteriores para sostener una relación adecuada con personas del sexo contrario o que pueda mantenerse una vida sexual satisfactoria.

Para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, la legislación es sin duda alguna una medida importante, sin embargo, la legislación debe ir aparejada de procesos de sensibilización a los aplicadores y las aplicadoras de justicia, de procesos de reeducación en los cuales se trabaje la eliminación de mitos y prejuicios en torno a la violencia contra las mujeres y más importante aún, campañas permanentes mediante las cuales las mujeres y las niñas conozcan sus derechos y los recursos y apoyos con los cuales cuentan si quieren denunciar.

Se han desarrollado “*Programa de Formación en Derechos Humanos de las Mujeres*”, dirigido al personal del Ministerio Público, Organismo Judicial, Instituto de la Defensa Pública Penal y el Ministerio de Gobernación. Una medida de formación muy importante es la que desarrolla la Escuela de Estudios Judiciales, la cual tiene como función el formar y capacitar al personal del Organismo Judicial teniendo como eje transversal la perspectiva de género y los derechos humanos, sin embargo, se advierten falencias en la administración de justicia en cuanto al enfoque de género tendientes a eliminar todo tipo de violencia contra las mujeres.

Desde la teoría de género, tomando en cuenta la existencia de sistemas en los que se expresan relaciones de poder o de abuso de poder, que algunas sociedades elaboran a partir de la diferencia sexual, se caracteriza por el uso de mecanismos y técnicas para el control de las capacidades femeninas especialmente en las niñas víctimas que si bien tienen derecho a opinar sobre asuntos que les competen, también lo es que una conciliación entre víctima y

victimario en términos de igualdad y favorecida por el sistema de justicia no es lo más recomendable ni equitativo en términos de justicia para la víctima (no obstante que los padres, tutores o cualquier otro representante legal de la misma, se encuentre presente en la audiencia de conciliación de mérito) y tomando en consideración que la mencionada audiencia de conciliación lo que trata primordialmente es que la parte activa del delito dé cierta cantidad de dinero a la parte pasiva, y con ello se estaría equiparando la indemnización como un sustituto de la persecución penal, sin tomar en cuenta todos los aspectos que afectan a las víctimas, en este caso, las niñas. El abuso sexual también abarca a los niños, y como ya se dijo, es una de las peores formas de violencia. Las víctimas sufren un daño irreparable a su integridad física, psíquica y moral. Se daña su derecho a la integridad, la intimidad, la privacidad y, principalmente, se vulnera el derecho a no ser expuesto a ningún tipo de violencia, abuso, explotación o malos tratos. Estos derechos se encuentran protegidos a nivel internacional por la Convención sobre los Derechos del Niño y a nivel nacional por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, entre otros y, en estos casos, también resulta improcedente la conciliación, dada la gravedad del daño, que en ocasiones resulta irreparable.

Resulta negativo para la niña víctima, que por una cantidad de dinero, se pretenda reparar el daño causado, daño que repercutirá por el resto de su vida e influirá en su desarrollo personal, pues con esta acción se le discrimina por su condición de mujer, privilegiando al agresor, que casi siempre es un hombre, y la víctima, una mujer menor de edad, pues los juzgadores no advierten la gravedad de las consecuencias del delito, las cuales son irreparables, pues a pesar de que reciban tratamiento psicológico, ese trauma sufrido, las acompañara el resto de sus vidas.

Con la conciliación se privilegia al trasgresor de la ley penal, pues se le beneficia en que puede lograr su libertad por mecanismos en los cuales se desnaturaliza la ley, tanto por juzgadores, fiscales como defensores, impactando de esa manera en la sociedad, pues no dictan sus resoluciones atendiendo a un enfoque de género y tomando en consideración, específicamente, que la víctima sea mujer menor de edad.

4.1 Concepto de víctima

En el proceso penal se ha abordado con mucha atención la violación a los derechos del sindicado, olvidándose por completo de la víctima, ya que desde la Antigüedad se ha tenido la idea, que con el hecho de que el sindicado pague su culpa purgando una condena, se ha remediado el daño ocasionado a la víctima, y vengado el agravió recibido. “La idea de la compensación está, como la idea del castigo y la venganza, unida a la historia de la humanidad, si bien no en forma claramente delimitada, ya que se confunde con estos dos conceptos en una amalgama de procedimientos que son a veces impuestos por la comunidad o el Estado, a veces por la familia de la víctima o por la misma víctima y que tienen en la mayoría de los casos el carácter de punición y de advertencia o prevención, más que el de reparación o descompensación” (Rodríguez González, Ramiro. La victimología: 47).

El Código Procesal Penal guatemalteco en su artículo 117 denomina al agraviado como: “1) A la víctima afectada por la comisión del delito. 2) Al cónyuge, a los padres y a los hijos de la víctima y a la persona que conviva con ella en el momento de cometerse el delito. 3) A los representantes de una sociedad por los delitos cometidos contra la misma y a los socios respecto a los cometidos por quienes la dirijan, administren o controlen; y 4) A las asociaciones en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses”.

4.1.2 Concepto de niña víctima

Para efectos de la Convención de los Derechos del Niño, específicamente en su artículo 1, se entiende por niño *“todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

En la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el artículo dos, define para efectos de esa ley: *“se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple 13 años de edad, y adolescente a toda aquella desde los 13 hasta que cumple 18 años de edad”*.

Partiendo de la Declaración de Naciones Unidas, “*se puede definir como niños o niñas víctimas a las personas menores de dieciocho años de edad que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluido, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de su derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder*” (Rodríguez Barillas, Alejandro. Los derechos de la niñez víctima en el proceso penal guatemalteco: 5).

En la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo dos numeral uno, los Estados Partes se obligaron a “respetar los derechos enunciados en la misma y aseguraron su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

Rodríguez Barillas expresa que “no cabe duda que los niños y niñas se encuentran entre los principales grupos victimizados, consecuencia de su vulnerabilidad física que les impide defenderse frente agresores que son más fuertes, de su tradicional sumisión ante la autoridad de los adultos, de su situación de dependencia económica, de su inexperiencia, que le hace desconocer los mecanismos para poder denunciar el hecho y llevar adelante un proceso penal frente a sus agresores”; también comenta el autor citado que: “por otro lado, los niños son víctimas de maltrato físico y abuso sexual por familiares cercanos, incluyendo sus padres. Son víctimas de explotación sexual, de la explotación laboral, etc. Todo ello debido precisamente a la posición de vulnerabilidad especial en la cual se encuentran y a la ausencia de políticas públicas a favor de la defensa y protección de los derechos de la niñez”.

4.2 Grados de victimización

El término victimización se usa para describir los efectos que produce el delito en la víctima, y significa según, Mendelson citado por Rodríguez Barillas, “*el efecto de sufrir un daño, directa o indirectamente por un delito; la victimización supone los daños que sufre una persona, grupo o sector que es o fue objeto de un delito o infracción*”.

Para evaluar de mejor forma los distintos efectos que se generan sobre la víctima como consecuencia de un hecho delictivo, García Pablos de Molina, citado también por Rodríguez Barillas, menciona que se han establecido grados de victimización, habiéndose definido tres niveles fundamentalmente:

- a. La victimización primaria, orientada a los daños directos e inmediatos del hecho delictivo.
- b. La victimización secundaria, en donde se analizan los daños causados por la intervención del sistema penal sobre la víctima.
- c. La victimización terciaria, que son los daños que la sociedad causa a la víctima.

4.2.1 Victimización primaria sobre los niños, niñas y adolescentes

Esta victimización es la que sufre una niño o adolescente, en el momento mismo de que se comete un delito en su contra, en virtud de sufrir directamente el efecto del delito, o ya bien por resultar agraviado por el mismo. “La victimización primaria hace referencia a la víctima individual. En este sentido, todo menor de edad puede ser víctima en sentido amplio y en sentido estricto. Interesa estudiar únicamente la victimización primaria en sentido estricto, es decir, en donde la niña, niño es la víctima directa del delito”.

4.2.2 Victimización secundaria sobre las niñas, niños y adolescentes

Esta surge cuando los niños y adolescentes resultan siendo afectados por la mala o no intervención de los operadores de justicia, es decir, que la victimización surge al inicio, desarrollo y debate del proceso penal. “La victimización secundaria tiene lugar cuando la víctima del delito entra en contacto con la administración de justicia penal. En efecto, la actuación de las instancias de control penal formal (policía, jueces, etc.) multiplica y agrava el mal que ocasiona el delito mismo. Por ello, se puede definir la victimización secundaria como los sufrimientos inferidos por las instituciones encargadas de hacer justicia, a las víctimas y testigos y mayormente a los sujetos pasivos de un delito” (Rodríguez: 15).

Beristaín, citado por Rodríguez Barillas señala que “gracias a numerosas investigaciones, se está concientizando que quien padece un delito, al momento de acudir a las agencias encargadas de la administración de justicia, en vez de encontrar la respuesta adecuada a sus necesidades y derechos, recibe una serie de posteriores e indebidos sufrimientos e incomprensiones, en las diversas etapas del proceso penal, desde la intervención de la policía hasta la de la autoridad penitenciaria, pasando por la judicial y también la pericial (Rodríguez: 15,16).

La victimización secundaria se entiende entonces como aquellos sufrimientos que las víctimas experimentan por parte de la actuación de las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia: Ministerio Público, policías, jueces, peritos y aquellos servidores e instancias públicas con competencia en la materia. En este caso, se puede afirmar que la victimización secundaria se presenta no por el acto delictivo, sino como consecuencia directa de la respuesta institucional que se da a la víctima: a veces puede derivar de un completo rechazo de los derechos humanos de las víctimas de grupos culturales en particular, clases o un género en específico, mediante una negativa para reconocer su experiencia como una victimización del delito. Ello puede resultar de una conducta imprudente o inapropiada por la policía o de otras autoridades del sistema de justicia.

Más sutilmente el proceso entero de investigación criminal y del proceso en sí, pueden causar victimización secundaria, por parte de la investigación, a través de las decisiones ya sea para persecución o no, la ausencia de normas para perseguir el delito, el propio proceso penal, y la sentencia del delincuente o de su eventual liberación. La victimización secundaria a través del proceso de justicia penal puede ocurrir debido a las dificultades entre el equilibrio de los derechos de la víctima contra los derechos del acusado o delincuente. Más usualmente, de cualquier forma ocurre porque aquellos responsables de ordenar los procesos de justicia penal lo hagan sin tomar en cuenta la perspectiva de la víctima.

Existen otras instituciones en las que se puede producir victimización secundaria, por ejemplo, en los hospitales, las instituciones o servicios de asistencia a víctimas, que por razones diversas o incluso por sus propias políticas y procedimientos pueden dar origen a este fenómeno.

En este caso, también se pueden considerar a los Gobiernos de los Estados o sus Poderes Legislativos que no promulgan la legislación correspondiente a violencia familiar. Las consecuencias para este tipo de victimización serán de orden psicológico, emocional, moral y económico.

4.2.3 *Victimización terciaria*

La estigmatización que la sociedad realiza luego sobre la víctima se conoce como victimización terciaria.

Esta victimización según indica Rodríguez Barillas, “se refiere directamente al etiquetamiento y estigmatización que hace la sociedad contra la víctima, provocándole un sufrimiento añadido. La estigmatización que la sociedad puede ejercer sobre un niño o niña puede tener efectos terribles en su desarrollo psicológico o emocional, por lo que ha de mantenerse la mayor privacidad posible al respecto. La publicidad negativa que puede darse contra los niños agravaría la estigmatización social. En este sentido, se requiere de una campaña de capacitación a los medios de comunicación en el tratamiento de las noticias de menores de edad, para evitar padecimientos provenientes de la publicidad del hecho. El tratamiento de las noticias relacionadas con las víctimas tiene que ser abordado con el mayor profesionalismo, para excluir los aspectos morbosos o sórdidos de las historias”.

Afortunadamente, desde hace algunos años, se está asistiendo, sin embargo, al redescubrimiento de la víctima. La nueva y moderna corriente de opinión se canaliza en lo que se conoce como “*victimología*”. Parece con ello ponerse de nuevo en laza la reparación de las víctimas de los delitos, alcanzando estas además distintos grados de conceptualización y clasificación, si están unidas por comunes propósitos; dejando de ser, nuevamente, meras abstracciones dogmáticas.

Desde otro punto de vista, la victimización terciaria es aquella en que la propia víctima asume su papel con resignación y conciencia, convencida (o) de que esa nueva imagen de sí misma (o) le conviene para obtener un resultado exitoso.

Esta acción consiste en que la víctima utiliza su imagen para lograr de las autoridades y de la sociedad el reconocimiento de la situación y victimización de que es objeto; en este caso, los organismos no gubernamentales, por ejemplo, aprovechan la oportunidad de definir a los niños y adolescentes víctimas como un grupo discriminado y violentado. O bien se utiliza a la menor víctima, para aprovechar foros, medios de comunicación, medios impresos, etcétera. Aquí podemos mencionar, por ejemplo, todas aquellas acciones que se toman en medios de comunicación, foros y actividades de la sociedad civil que representa a niños y adolescentes víctimas de delitos cometidos por la familia, la sociedad, y las instituciones del Estado, esto para impulsar la legislación y otras acciones en esta materia.

Concretamente, en el caso de la victimización por violencia familiar y en cualquiera de las formas de victimización, el ámbito de las consecuencias económicas ha sido poco estudiado y menos documentado. Los aspectos relativos a recursos son de gran importancia en la prevención, sanción y erradicación de este tipo de violencia.

4.3 Consecuencias del delito de violación en la niña

La violación sexual para las mujeres constituye un acto sumamente vergonzoso debido, en parte, a factores culturales y también al atropello de su dignidad al forzarla a un acto que violenta su ser de forma total. Las mujeres que han tenido el coraje de denunciar el hecho e iniciar un proceso judicial para, por una parte, castigar a su agresor y por la otra protegerse a sí mismas de la amenaza contra su integridad que el agresor representa, no han tenido la oportunidad de hacer efectivos los derechos que la Convención de la CEDAW les otorga, ya que las ideas machistas posicionadas históricamente en la humanidad, se encuentran presentes en las prácticas procesales de los funcionarios públicos encargados de investigar el hecho delictivo de la violación, tomando actitudes como la duda y el cuestionamiento hacia la víctima de su responsabilidad en el hecho, haciéndose pensar que el acto ha sido provocado por las víctimas o resistiéndose a aceptar la gravedad del asunto, hecho ya que para las sociedades machistas el valor de la mujer se encuentra disminuido al ser sometido a la voluntad del hombre.

Las consecuencias psicológicas que se han relacionado con la experiencia de abuso sexual infantil, pueden perdurar a lo largo del ciclo evolutivo y configurar, en la edad adulta, los llamados efectos a largo plazo del abuso sexual. También es posible que la víctima no desarrolle problemas aparentes durante la infancia y que estos aparezcan en la adultez.

Se habla de efectos a largo plazo cuando estos se encuentran a partir de los dos años siguientes a la experiencia de abuso, presentándose aproximadamente en un 20% de las víctimas de abuso sexual infantil.

Los efectos a largo plazo son, comparativamente, menos frecuentes que las consecuencias iniciales, sin embargo, el abuso sexual infantil constituye un importante factor de riesgo para el desarrollo de una gran diversidad de trastornos psicopatológicos en la edad adulta. La información actualmente disponible tampoco permite establecer en esta etapa vital un único síndrome específico, o conjunto de síntomas diferenciados, asociados a la experiencia de abuso sexual, afectando este a diferentes áreas de la vida de la víctima; así como no permite confirmar la existencia de una relación lineal entre la experiencia de abuso sexual infantil y la presencia de problemas psicológicos en la edad adulta, existiendo múltiples variables que parecen incidir en esta relación. Los efectos a largo plazo del abuso sexual infantil han sido considerados especulativos, destacando la dificultad que entraña su estudio, especialmente al ser comparados con las consecuencias iniciales, y principalmente dada su interacción con otro tipo de factores relacionados con el paso del tiempo. Las consecuencias psicológicas que se han relacionado con la experiencia de abuso sexual infantil pueden perdurar a lo largo del ciclo evolutivo y configurar, en la edad adulta, los llamados efectos a largo plazo del abuso sexual. También es posible que la víctima no desarrolle problemas aparentes durante la infancia y que estos aparezcan como problemas nuevos en la adultez.

Las principales consecuencias psicológicas derivadas del delito de violación son: problemas emocionales, problemas de relación, problemas funcionales, problemas de adaptación y problemas sexuales. (http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2220-90262012000100007: fecha de consulta: 6 de octubre de 2017).

4.3.1 Problemas emocionales

Las víctimas de abuso sexual infantil, pueden sufrir trastornos depresivos y bipolares; los síntomas y trastornos de ansiedad, destacando por su elevada frecuencia el trastorno por estrés postraumático; el trastorno límite de la personalidad; así como las conductas autodestructivas (negligencia en las obligaciones, conductas de riesgo, ausencia de autoprotección, entre otras); las conductas auto lesivas; las ideas suicidas e intentos de suicidio; y la baja autoestima (http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S222090262012000100007: fecha de consulta: 6 de octubre de 2017).

4.3.2 Problemas de relación

El área de las relaciones interpersonales es una de las que suele quedar más afectada, tanto inicialmente como a largo plazo, en víctimas de abuso sexual infantil. Esta área fue la de mayor por ciento existente en la muestra, casi la totalidad de la misma presenta dificultades en el establecimiento de relaciones con los coetáneos y dificultades en los padres como pareja. Destaca la presencia de un mayor aislamiento y ansiedad social, menor cantidad de amigos y de interacciones sociales, así como bajos niveles de participación en actividades comunitarias. Se observa también un desajuste en las relaciones de pareja, con relaciones inestables y una evaluación negativa de las mismas, entre otras. También aparecen dificultades en la crianza de los hijos, con estilos parentales más permisivos en víctimas de abuso sexual al ser comparados con grupos de control, así como un más frecuente uso del castigo físico ante conflictos con los hijos y una depreciación general del rol maternal. http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S222090262012000100007: fecha de consulta: 6 de octubre de 2017).

4.3.3 Problemas de conducta y adaptación social

Se observan mayores niveles de hostilidad en víctimas de abuso sexual infantil que en grupos control, así como una mayor presencia de conductas antisociales y trastornos de conducta. Kaufman y Widom (1999), por su parte,

constataron, mediante un estudio longitudinal (1989-1995), el mayor riesgo de huida del hogar que presentaban las víctimas de maltrato infantil, entre ellas, de abuso sexual infantil, en comparación con un grupo control. A su vez, la conducta de huida del hogar, así como el haber sufrido abuso sexual infantil, incrementaban el riesgo de delinquir y de ser arrestado por delitos diversos.

4.3.4 Problemas funcionales

Uno de los problemas que afecta a las funciones físicas de estas víctimas de forma más frecuente son los dolores físicos sin razón médica que los justifique. También se observan algunas cefaleas, fibromialgias y trastornos gastrointestinales, lo que implica un importante gasto para los sistemas de salud, especialmente si no se diagnostican ni tratan de forma adecuada. Son diversos los estudios que demuestran la frecuente presencia de trastornos de la conducta alimentaria en víctimas de abuso sexual infantil, especialmente de bulimia nerviosa. También se detectan trastornos de conversión, que incluyen la afectación de alguna de las funciones motoras o sensoriales de la víctima (APA, 2002). Las denominadas crisis convulsivas no epilépticas, que cambian brevemente el comportamiento de una persona y parecen crisis epilépticas, si bien no son causadas por cambios eléctricos anormales en el cerebro sino por la vivencia de acontecimientos fuertemente estresantes; y el trastorno de somatización, definido como la presencia de síntomas somáticos que requieren tratamiento médico y que no pueden explicarse totalmente por la presencia de una enfermedad conocida, ni por los efectos directos de una sustancia (APA, 2002).

Se ha observado, a su vez, la frecuente presencia de síntomas y trastornos disociativos en víctimas de abuso sexual infantil, referidos a aquellas situaciones en las que existe una alteración de las funciones integradoras de la conciencia, la identidad, la memoria y la percepción del entorno (http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S222090262012000100007: fecha de consulta: 6 de octubre de 2017).

4.3.5 Problemas sexuales

Problemas de tipo sexual en víctimas de abuso sexual infantil, como una sexualidad insatisfactoria y disfuncional, conductas de riesgo sexual (como el mantenimiento de relaciones sexuales sin protección, un mayor número de parejas y una mayor presencia de enfermedades de transmisión sexual y de riesgo de VIH). Derivados de estos problemas de tipo sexual y, particularmente, de las conductas sexuales promiscuas y del precoz inicio a la sexualidad que presentan estas víctimas, destaca también la prostitución y la maternidad temprana.

La revictimización es una de las consecuencias del abuso sexual infantil relacionadas con el área de la sexualidad que supone una mayor gravedad. Por revictimización se entiende la experiencia posterior de violencia física y/o sexual en víctimas de abuso sexual infantil por agresores distintos al causante del abuso en la infancia (http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2220-90262012000100007: fecha de consulta: 6 de octubre de 2017).

4.3.6 Embarazo

Si bien este se plantea dentro de las últimas consecuencias como resultado de una violación, es una de la más graves que se está presentando en todo el mundo, la violación de niñas. Las cifras sobre los embarazos presentan la gravedad del problema y lo poco o nada que se ha planteado frente a este drama social. Guatemala, según reportes de OSAR y SOY 502, registra al menos 18,279 niñas de entre 10 y 19 años que han quedado embarazadas, siendo una realidad que se traduce a través de miles de historias de menores guatemaltecas, violadas por hombres usualmente mayores de edad. Existe un porcentaje alto de niñas embarazadas por violación de jóvenes, en donde además las jóvenes por ley no pueden decidir sobre sus vidas y de allí que los embarazos son considerados como violaciones sexuales cuando los jóvenes son menores de 14 años, aunque no exista violencia física o psicológica (página visitada: prensa libre/Guatemala/comunitario/historias/ 18 noviembre 2017).

En este aspecto cabe resaltar que Guatemala es uno de los países con tasas altas de fertilidad adolescente en donde las niñas menores de 14 años, que han sido víctimas de violencia sexual, han manifestado que sus perpetradores son familiares o cercanos a ellas, es por ello que este delito queda impune porque la situación es compleja cuando, como producto de la violación, se produce el embarazo.

Se dice que Guatemala es uno de los países con las tasas más altas de fertilidad adolescentes en Latinoamérica. En 2016 se registraron en el país 79 626 nacimientos de madres niñas y adolescentes, 2 504 entre 10 y 14 años y 77 122 correspondientes a edades de 15 a 19 años ([www.resumenlatinoamericano.org/2017/06/12/ la niñez de Guatemala sufre una violencia sexual que condiciona la vida de las jóvenes y sus hijos](http://www.resumenlatinoamericano.org/2017/06/12/la-niñez-de-Guatemala-sufre-una-violencia-sexual-que-condiciona-la-vida-de-las-jóvenes-y-sus-hijos). Visitada el 18/11/2017).

En el año 2009 se reforma mediante Decreto número 09-2009, la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, el Código Penal en su artículo 173 relacionado a la violación, establece en su párrafo segundo que: “Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aun cuando no medie violencia física o psicológica. Teniendo una pena de prisión de ocho a doce años”.

4.3.7 Transmisión intergeneracional

La posible transmisión intergeneracional de las prácticas parentales, así como del maltrato y el abuso sexual infantil sigue siendo un tema de estudio controvertido y con resultados que pueden llegar a ser contradictorios. Un niño maltratado tiene alto riesgo de ser perpetrador de maltrato en la etapa adulta a su pareja o a sus hijos (http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2220-90262012000100007: fecha de consulta: 6 de octubre de 2017).

4.4 Derechos de las niñas víctimas

4.4.1 Derecho a la dignidad

Toda víctima de un delito tiene derecho a que se le trate con justicia y respeto a su dignidad y a que se le preste atención integral e interdisciplinaria conforme sus necesidades.

4.4.2 Acceso a la justicia

El derecho de acceso a la justicia implica los derechos siguientes: a) Información y orientación jurídica: en esta materia la víctima de delito tiene los siguientes derechos: 1) A que el personal encargado de la recepción de denuncias sea especializado. La persona podrá presentar su denuncia o querrela ante la Policía Nacional Civil, el Ministerio Público o los jueces del ramo penal, por escrito o verbalmente; en este último caso el funcionario redactará el acta correspondiente. Los menores de edad o de personas incapaces podrán presentar su denuncia o querrela personalmente, y en estos casos, no se podrá negar la recepción de la denuncia invocando la carencia de representante legal. 2) Al momento de presentar la denuncia, que se le informe de sus derechos y de los mecanismos judiciales y administrativos aplicables a su caso. 3) A que el fiscal y/o juez competente le informe oportunamente sobre sus derechos, las pruebas requeridas y la trascendencia legal de cada una de las actuaciones, desde el inicio del proceso penal, así como sobre las medidas desjudicializadoras aplicables en el procedimiento penal del cual son parte. 4) A que el fiscal o funcionario que atienda la denuncia le oriente legalmente para el correcto ejercicio de la acción cuando se reclame la reparación del daño a los terceros obligados, y cuando proceda, en el ejercicio de la acción civil reparadora, en los términos establecidos por la ley. 5) A que el funcionario que reciba la denuncia le informe de su derecho a solicitar, a efecto de que el Ministerio Público le de asistencia letrada para el ejercicio de la acción civil, como lo establece el artículo 301 del Código Procesal Penal. El funcionario que reciba la denuncia consignará en el acta si informó con relación a este derecho y cuál fue la respuesta de la víctima. 6) A efectuar la diligencia de identificación del presunto responsable, en un lugar donde no puedan ser vistas por este, especialmente cuando se trate

de delitos contra la libertad y la seguridad sexual y el pudor [reconocimiento personal]. 7) A que las instituciones involucradas en la administración de justicia respeten su derecho a comparecer a las audiencias, por sí o a través de sus representantes legales, para alegar lo que a su derecho convenga, en las mismas condiciones que el imputado. 8) A que las audiencias de juicios orales se celebren a puerta cerrada, con la presencia exclusiva de las personas que deben intervenir en ellas, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexual y el pudor. 9) A impugnar por vía judicial la resolución del Ministerio Público que niega el ejercicio de la acción penal y el desistimiento de la misma, aun cuando la persona no se haya constituido como querellante adhesivo. 10) A que el organismo jurisdiccional correspondiente notifique personalmente a la víctima de cualquier decisión, resolución o la práctica de cualquier audiencia que se produzca dentro del procedimiento penal. 11) A que el Ministerio Público la escuche previamente al realizar cualquier actuación o pretensión a adoptar en el proceso, y tome en cuenta sus opiniones e intereses dejando constancia de los motivos de cualquier decisión que tome cuando sea adversa a lo manifestado por la víctima, y a que comunique personalmente a la víctima tal decisión, así como cualquier resolución judicial dictada dentro del proceso. 12) A que el fiscal dé aviso al empleador de la víctima para que pueda ausentarse de su trabajo con goce de sueldo o salario, para que pueda comparecer las veces que sea necesario a prestar testimonio o a participar en cualquier diligencia relacionada con su proceso penal, sin que estas comparecencias sean causales de represalias o despidos injustificados. 13) A no ser expuesta innecesariamente ante el victimario durante el desarrollo del proceso penal para evitar su sobre victimización. Para tal efecto, el juez dispondrá de medidas especiales, para evitar la confrontación visual del imputado con la víctima, salvaguardando en todo caso el derecho de defensa. 14) A que el fiscal o el director del sistema penitenciario informe a la víctima sobre la condena, encarcelamiento, fuga o libertad del acusado, así como de cualquier resolución que ponga fin al proceso o sea relevante para la prosecución de la persecución penal. b) Protección frente a represalias: la víctima tiene derecho a solicitar que el fiscal y/o el juez competente promueva u ordene la aplicación de medidas de protección a su vida, integridad, domicilio, posesiones o derechos, cuando existan datos objetivos de que pudieran ser afectados por los presuntos responsables del delito o por terceros implicados. c) En cuanto a la presencia y participación en el proceso

penal, la víctima tiene derecho: 1) A estar presente en todos los actos procesales en los cuales el inculcado tenga ese derecho. 2) A que el Ministerio Público diligencie o investigue toda la información que le proporcione la víctima, dejando constancia de su recepción y valoración. En caso de negativa la víctima tendrá derecho a acudir al juez de forma verbal o escrita. 3) A manifestar por sí o por su representante legal designado en el proceso, lo que a su derecho convenga.

4.4.3 Derechos procesales

La víctima del delito tendrá los siguientes derechos procesales: a) Derecho a la intimidad: la víctima de delito tiene el derecho a que se le trate con justicia y respeto a su intimidad durante todo el desarrollo del proceso penal. En el desarrollo de los exámenes practicados por médicos forenses, tiene derecho a estar acompañada por la persona de su elección o por un psicólogo, con el objeto de dar apoyo emocional y psicológico. b) Derecho a la privacidad: las víctimas tendrán derecho a que se les respete su vida privada y la de su familia.

- a. Derecho de confidencialidad: las Directrices de Naciones Unidas sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos (aprobadas por el Consejo Económico y Social en 2005), reconocen el derecho a la protección de la intimidad de los niños y niñas víctimas y testigos de delitos como un asunto de primordial importancia y resaltan el deber de proteger toda la información relativa a la participación del niño o niña en el proceso de justicia, manteniendo siempre la confidencialidad y restringiendo la divulgación de cualquier información que permita su identificación. Asimismo, el derecho al respeto a la vida privada tratándose de niños, niñas o adolescentes acusados de haber cometido un delito, es también ampliamente recogido por la Convención sobre los Derechos del Niño y por las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (aprobadas por la Asamblea General en 1985). El derecho de confidencialidad garantiza a la víctima el derecho a que no se publique o comunique sin su consentimiento en los medios impresos, radiales o televisivos

en cualquier tiempo, los escritos, actas de acusación y demás piezas de los procesos, fotos, nombres de las víctimas o cualquier otro dato que pueda llevar a su individualización, contrarios a su dignidad, tal derecho también se reconoce en los artículos 152 y 153 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. El juez, a solicitud del fiscal, podrá ordenar que se prohíba la difusión de imágenes o noticias relacionadas con la víctima por cualquier medio de comunicación, cuando afecten su intimidad o causen daños a su reputación. Sin perjuicio de las responsabilidades penales correspondientes.

La instrucción general del Ministerio Público relacionada a la atención y persecución penal de delitos cometidos en contra de la niñez y adolescencia (instrucción 2-2013) indica como uno de los principios de estos procesos la confidencialidad y reserva, donde los fiscales no deben divulgar o proporcionar información a los medios de comunicación, a otros terceros sobre la identidad, domicilio y otros aspectos relacionados con la víctima y su familia, salvo cuando medie interés superior del niño, para lograr su localización. Cuando sea necesario los fiscales deben solicitar a los jueces y tribunales competentes la reserva penal y ordene al INACIF resguardar la información mencionada durante todas las fases del proceso penal.

- b. Derecho a un Intérprete, traductor o asistencia: las instituciones involucradas en la atención de víctimas tienen a su cargo cuidar de que cuando la víctima no hable el idioma castellano o sea analfabeta, sorda, ciega o muda, cuente con un traductor, intérprete o persona que le asista en todas las actuaciones procesales.
- c. Derecho de reparación digna, se entiende por reparación digna, restituir íntegramente a la persona sobre los daños y perjuicios que se le han ocasionado como consecuencia de un delito cometido en su contra. Se le denomina digna porque su reparación debe responder a la dignidad de esa persona. Sin embargo, a pesar de existir ese mecanismo protector hacia los agraviados y de estar contemplado su diligenciamiento en el ordenamiento procesal penal, aún persiste esa pérdida para ellos, a quienes no se les repara el daño causado de

manera inmediata, sino deben acudir a ejecutarlo en la vía civil a realizar su reclamo correspondiente.

- d. Las demás que señalen las leyes.

4.4.4 *Derecho de reparación del daño*

La víctima tiene derecho: a) A restitución por la persona condenada de la conducta penal que causó la pérdida o daño corporal de la víctima. b) A exigir del responsable del delito la restitución de la cosa, y si no fuere posible al pago de su valor a partir del momento de la perpetración del ilícito; esto con la aprobación del juez o fiscal, según corresponda. c) A la reparación del daño material y a la indemnización de los perjuicios del delito; a la reparación del daño moral. Si se trata de delitos contra la dignidad, a que a costa del responsable se publique la sentencia condenatoria en uno de los diarios de mayor circulación; esto cuando la víctima directa o colateral lo soliciten como una fórmula reparadora del daño moral. d) A exigir al Ministerio Público la realización de todos los medios de investigación necesarios para ejercitar la acción civil reparadora y que solicite medidas precautorias para hacer efectiva la reparación.

- e. A exigir al Ministerio Público que recurra en apelación los autos que nieguen las medidas precautorias de embargo o restitución de derechos, así como la sentencia definitiva cuando no condene a la reparación del daño o imponga una cantidad inferior a la reclamada.
- f) A que se le haga efectiva la garantía correspondiente a la reparación del daño en los casos que proceda.
- g) Las demás que señalen las leyes.

El Ministerio Público ha establecido en sus actuaciones conforme a la instrucción general 2-2013 que el fiscal durante la investigación y litigio debe orientar y solicitar a la víctima todos los elementos probatorios necesarios para acreditar el daño físico, psicológico y social y patrimonial y los tratamientos a seguir para obtener su completa y total reparación, los cuales deben incorporar al expediente.

En los procesos por delitos cometidos en contra de la niñez y adolescencia, el fiscal siempre solicitará la realización de la audiencia de reparación digna.

4.4.5 Derecho a la devolución de los bienes involucrados en el proceso penal

Implica que se les devuelva de forma inmediata cualquier bien que les pertenezca, que hayan sido decomisados como evidencia. Solicitarán a la mayor brevedad los peritajes o reconocimientos que correspondan y, en su caso, se les entregue en calidad de depósito.

4.4.6 Derecho a la asistencia médica

En materia de atención médica, la víctima tiene derecho: a) A que se les proporcione gratuitamente atención médica-ictiológica con carácter prioritario en cualquiera de los hospitales nacionales de la República, cuando se trate de lesiones, enfermedades y trauma emocional provenientes del delito. b) A ser trasladada por cualquier persona al sitio apropiado para su atención médica, sin esperar la intervención de las autoridades. Quien preste este auxilio lo deberá comunicar de inmediato a la autoridad más cercana. c) A no ser explorada físicamente si no lo desea, quedando estrictamente prohibido cualquier acto de intimidación o fuerza física para este efecto. d) A que la exploración y atención médica (psiquiátrica, ginecológica o de cualquier tipo) cuando lo solicite, esté a cargo de facultativos de su mismo sexo y en presencia de un familiar o de quien represente un apoyo moral para ella. e) A ser atendida en su domicilio por facultativos particulares, independientemente del derecho de visita de los médicos forenses y la obligación de los médicos particulares de rendir y ratificar los informes respectivos. f) A contar con servicios victimológicos especializados, a fin de recibir gratuitamente tratamiento postraumático para la recuperación de su salud física y mental.

- a. La víctima menor de edad no podrá ser objeto de exploración física bajo sedación, sin el consentimiento explícito de sus padres, tutores o guardadores, quienes deberán ser informados del propósito del procedimiento, el cual deberá ser totalmente indispensable y de gran interés para el desarrollo del proceso penal y no deberá conllevar peligro o riesgos para la vida o la integridad física y emocional de la víctima. h) Los demás que le otorguen las leyes.

4.4.7 Derecho a la atención y asistencia victimológica especializada por las Oficinas de Atención a la Víctima

La víctima de delito tiene derecho a una atención especializada por las Oficinas de Atención a la Víctima del Ministerio Público en cualquier departamento de la República, por medio de sus médicos, trabajadores sociales, psicólogos y asesores legales especializados en materia de victimología. Asimismo, tendrá derecho a la atención por parte de las Oficinas de Atención a la Víctima de la Policía Nacional Civil y de la Procuraduría de los Derechos Humanos.

4.5 Análisis de casos relacionados con niñas víctimas del delito de violación

4.5.1 Violación sexual

Para muchas legislaciones, la violación está constituida por el acceso carnal con persona privada de sentido (razón), o empleando intimidación o fuerza; o bien cuando la víctima sea menor de 12 años por carecer de discernimiento para consentir el acto. En otras normativas, como la recién aprobada en Guatemala en el año 2009 que más allá del mero acceso carnal (penetración del miembro masculino), incluyendo la posibilidad de configurar este delito por la introducción, vía anal o vaginal, de uno o varios dedos u objetos, entre otros.

Una de las formas de violencia más común y denigrante dentro de la familia y fuera de ella, es la violencia sexual, que consiste en actos u omisiones que pueden ser desde negar las necesidades sexo-afectivas, hasta inducir a la realización de actividades sexuales no deseadas o a la violación. Los celos desmedidos y las acciones físicas o psicológicas que realizan para el control o manipulación de la pareja son una forma de violencia. La violencia sexual implica el uso de la fuerza física, la coerción o la intimidación psicológica para hacer que una persona lleve a cabo un acto sexual u otros comportamientos sexuales indeseados. Algunas de estas acciones serían: descalificación sobre la conducta sexual, obligar a tener relaciones sexuales sin consentimiento, obligar a protagonizar actos perversos, negar la sexualidad, estos actos buscan fundamentalmente someter el cuerpo y la voluntad de las personas.

La violencia sexual tiene múltiples formas:

- a. Acceso u hostigamiento en la calle, en el trabajo, en la casa, en el colegio, en la escuela, en la universidad, entre otros.
- b. Violación.
- c. Agresiones sexuales.

Tanto las mujeres como los hombres, niños, niñas y adolescentes son víctimas de abuso sexual. Las conductas vinculadas a la violencia sexual, se regulan en la legislación con las reformas introducidas al Código Penal, a través de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto número 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, y que vinieron a complementar el esfuerzo para eliminar la Violencia contra las Mujeres, Decreto número 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer.

La violencia sexual se define como: “Todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar cualquier otro modo de sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito incluido el hogar y el lugar de trabajo”.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, prevé el derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes a ser protegidos contra toda forma de explotación o abuso sexual, inclusive:

i. La incitación o la coacción para que se dediquen a cualquier actividad sexual

Al hablar de violación sexual se comprende que es el empleo de fuerza física que se dirige sobre el cuerpo o la voluntad del sujeto pasivo obligando a mantener relaciones sexuales. Las principales víctimas de este tipo de hechos son menores de edad, estos constituyen un grupo particularmente vulnerable y la mayoría de las violaciones posiblemente hasta ocho de cada diez casos

ocurren en el seno del hogar y son perpetradas por familiares de la víctima, o por figuras de autoridad con quienes la familia tiene una relación de confianza como el pastor de una iglesia, un maestro o un cuidador.

Los delitos sexuales en el país constituyen el tipo de agresión donde casi el total de víctimas son mujeres. La condición de ser mujer en una sociedad que no supera aún raigambres de machismo, implica que la mujer se mantenga en condiciones de riesgo y ser objeto de abusos sexuales y demás hechos violentos relacionados al delito sexual. Los hechos de esta naturaleza son, en suma, un golpe a la dignidad e integridad como persona, con efectos negativos para el desarrollo de las mujeres y de la sociedad en su conjunto. La mayoría de mujeres víctimas de agresión sexuales aparentemente está comprendida entre la etapa de la pubertad y la adolescencia. Se ha reconocido la violencia sexual como uno de los asuntos humanitarios más preocupantes en Guatemala. Los sobrevivientes de violencia sexual se encuentran dentro de las poblaciones más vulnerables del país.

Los departamentos de Alta Verapaz, Huehuetenango, San Marcos, Quetzaltenango y Quiché exponen un índice de crecimiento en casos de violaciones sexuales, con base en las mediciones de la realidad social y económica del país demuestran que ser niña, pobre, indígena y residente en el área rural es garantía de estar colocada en el último lugar y la mayoría de veces el delito del cual son víctimas nunca se denuncie. Este se refleja al hacer mediciones sobre la cantidad menores de edad embarazadas, a todo esto, también se debe hacer énfasis en la discriminación racial, uno de los temas controversiales en este país, que a pesar de tener una ley contra la discriminación, los niveles de racismo son muy elevados e influye para que el delito de violación sexual sea cometido.

En el área rural y urbana se manifiesta el machismo al considerar a la mujer y las niñas, como personas de segunda clase, en ocasiones el hombre llega a la poligamia y siempre va en busca de una mujer más joven, por lo cual en muchas ocasiones no le es posible, y opta por relacionarse con mujeres de edad mayor que a su vez tienen hijas, que llenan sus expectativas siendo estas en ocasiones niñas, y al pertenecer al ambiente familiar, recurre a la violación sexual en contra de estas.

La violación sexual se relaciona con la carencia de valores, hábitos y por costumbre. Dentro del ambiente familiar los mismos parientes de las jóvenes, niñas o niños son quienes les causan daño y la víctima guarda silencio por temor a represalias por parte del agresor. El temor es un problema particularmente recurrente cuando la víctima es menor de edad, cuando la agresión fue cometida por un familiar cercano, una pandilla o un individuo o grupo vinculado al crimen organizado y en las poblaciones pequeñas donde todos los vecinos se conocen y la víctima es más vulnerable a las represalias y a la estigmatización social.

La víctima en ocasiones calla por desconocimiento de sus derechos, temor a la discriminación, estigmatización social, amenazas y barreras sociolingüísticas en el caso de las mujeres indígenas, en otras ocasiones se enfrentan a limitaciones en el acceso a centros de asistencia. Además, los hombres que sufren una agresión sexual casi nunca denuncian; también podemos mencionar que cuando un menor de edad es agredido sexualmente por un familiar durante un período prolongado de tiempo, desarrolla un vínculo afectivo con el agresor, el llamado síndrome de Estocolmo, otro motivo por el cual guarda silencio y por estos factores que intervienen para que no se denuncie, es muy probable que las estadísticas oficiales sean conservadoras y no reflejen la magnitud del problema.

El fenómeno estudiado en la presente investigación es un cuadro perfecto de violencia contra la mujer en todos los sentidos que este artículo encierra. Las violaciones sexuales integran todos sus elementos y cabe resaltar que provocan serios daños psicológicos en las víctimas de este delito y estas pueden ser cometidas dentro del hogar por miembros de la familia o en la calle. El artículo dos dice: *“Se entenderá que la violencia contra la mujer incluye la violencia física sexual y psicológica que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer y que comprende entre otros violación, maltrato y abuso sexual, que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro, y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como instituciones educativas, establecimientos*

de salud y cualquier otro lugar, y que sea perpetrada o tolerada por el Estado o por sus agentes donde quiera que ocurra”.

Por su parte, el artículo cuatro afirma: “Toda mujer tiene el derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden entre otros: *El derecho a que se respete su vida, el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, el derecho a la libertad y a la seguridad personales, el derecho a no ser sometida a torturas, el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia, el derecho a la igual de protección ante la ley y de la ley, el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos, el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia*”.

El artículo tres expone: “*Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como en el privado*”. Este derecho humano de las mujeres en Guatemala parece ir en retroceso cada día ya que la violencia como lo demuestran las estadísticas va en aumento no solo en los casos de violaciones sexuales, sino también en los de violencia intrafamiliar y asesinatos.

4.6 Casos específicos

De lo expuesto en los capítulos anteriores, se puede determinar por medio de los casos que se presentan, que la aplicación de la conciliación y el procedimiento abreviado entre otros, son mecanismos que reducen la dignidad de las niñas y mujeres y coartan su libertad e igualdad.

Para los efectos del análisis respectivo se presentan las situaciones y posición en que las niñas víctimas se ubican en el sistema judicial, conforme los procesos relacionados con un tipo penal de orden sexual.

4.6.1 Causa 01065-2014-00090 a cargo del Juzgado Segundo de adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, seguida por el DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL.

En el presente expediente la víctima es una mujer adolescente de 14 años, condición económica de pobreza, ladina, y el adolescente agresor tiene 15 años, condición económica de pobreza, ladino.

En el referido proceso **por agresión sexual**, el Ministerio Público solicitó: “un criterio de oportunidad reglado dentro del presente proceso a favor del adolescente sindicado y su señor padre de cancelar la cantidad de **dos mil quetzales a la parte agraviada consistente en diez sesiones de terapia de psicología entregando recibo, aunado a que es un delito en donde no se vio afectado el interés público ni la seguridad ciudadana** y que la juzgadora aplique Reglas de la Abstención que considere pertinentes...” y **resolvió: “Con lugar el Criterio de oportunidad** reglado a favor del adolescente, solicitado por el Ministerio Público, por las razones ya consideradas. Se hace constar que el adolescente sindicado y su señor padre cancelaron la cantidad de dos mil quetzales a la parte agraviada consistente en diez sesiones de terapia psicológica, los cuales fueron entregados a la profesional en Psicología entregando recibo correspondiente. Se archiva por el plazo de un año.” (La negrilla y subrayado es propio). El argumento utilizado por la juzgadora y el fiscal es contrario al **principio de interés superior del niño**, -en el presente de la niña víctima- pues este debe anteponerse y prevalecer ante “el interés público y la seguridad ciudadana”. Además, no advirtió que, por tratarse del delito de **agresión sexual**, es un delito grave, por lo que la conciliación no era aplicable, ello en atención a lo previsto en el artículo 185 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Dicho delito deja secuelas irreparables para la víctima, las cuales no desaparecerán con diez terapias psicológicas. Evidenciando que no se tomó en cuenta que la víctima es una mujer menor de edad, beneficiando con ello al trasgresor de la ley penal, (que también es un menor de edad) a que por este beneficio pueda obtener su libertad y con la posibilidad de que pueda volver a

cometer un ilícito mayor en perjuicio de las mujeres y las niñas. En el presente caso se puede observar que tanto el Ministerio Público como la juzgadora desconocieron el marco internacional específico de protección para las mujeres y las niñas, y la Convención de los Derechos del Niño, sobreponiendo el interés superior del joven agresor frente al interés superior de la adolescente víctima, a la libertad, integridad, dignidad y a vivir una vida libre de violencia, olvidando que la agresión sexual es un hecho denigrante en contra de la dignidad e integridad de toda persona.

4.6.2 Causa 01065-2015-00027 a cargo de. Juzgado Segundo de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, seguida por el DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL.

En el referido proceso, el Ministerio Público solicitó, “que se deje sin efecto el memorial de acusación y solicitud de apertura a juicio en contra del adolescente (...) y que se aplique un criterio de oportunidad reglado dentro del presente proceso, ya que no se ubicó a la parte agraviada y en beneficio de ambas partes, que dicho adolescente continúe estudiando y que se le apliquen las reglas de abstención que se consideren pertinentes... y resolvió: por el interés superior del adolescente, el hecho no se consumó y a la otra parte agraviada no se le ubica como corresponde, se declara con lugar el criterio de oportunidad reglado a favor del adolescente (...), solicitado por el Ministerio Público y el abogado defensor, por las razones ya consideradas. Se archiva por el plazo de un año”.

En esta resolución es flagrante la vulneración del derecho de defensa y debido proceso que le asiste a la víctima, del principio jurídico de interés superior, pues no solo la audiencia no debió llevarse a cabo sin presencia de la víctima, pues ello es contrario a lo previsto en el artículo 188 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que dispone que: “*Audiencia de conciliación. Para realizar la audiencia conciliatoria se citará al adolescente, a su representante legal o persona responsable, a la parte ofendida o víctima, que, si fuere adolescente, la citación comprenderá además a su representante legal. Se citará además al defensor y al fiscal, cuando ya hubieran tenido participación en el proceso. Si alguna de las partes indispensables dejase de concurrir a la audiencia*

de conciliación, se dejará constancia de ello y se continuará el procedimiento. **Lo anterior no impedirá que pueda realizarse una nueva audiencia de conciliación**” (el resaltado es propio). Sino, además, que con esta medida el único beneficiado es el agresor, al evitar el proceso seguido en su contra y que se cumplan con los fines del proceso penal, especialmente la averiguación de la verdad y la reparación del daño causado a la víctima, según corresponda. Asimismo, se observa, que no se toma en cuenta, que la víctima es mujer menor de edad, evidenciando la discriminación por razón de género, pues se favorece al varón trasgresor de la ley penal.

4.6.3 Causa 01065-2016-00050 a cargo del Juzgado Segundo de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, por el DELITO DE VIOLACIÓN.

En el presente caso se conoció que la mujer víctima de violación es una niña de 13 años, ladina de condición económica de pobreza, y el hombre adolescente victimario cuenta con 17 años, ladino de condición económica de pobreza.

*Ante la solicitud efectuada por el Ministerio Público, la juez de la causa **resolvió**: “I. Con lugar los requerimientos efectuados en la presente audiencia por el Ministerio Público. II. En la forma solicitada y de acuerdo a las argumentaciones sustentadas por el representante del Ministerio Público **se aprueba que se prescinda de la persecución penal en el presente proceso; por las razones consideradas**; III. En consecuencia se otorga el beneficio del criterio de oportunidad reglado a favor del adolescente (...). IV. Se imponen Reglas: A. **continúe con sus estudios** y B **Asistir a terapia psicológica en orientación sexual**. V. Al estar firme la presente resolución, archívese el proceso respectivo con lo cual se tendrá por extinguida la acción penal”; d) causa 01065-2016-00042 a cargo del Juzgado Segundo de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, los sujetos procesales solicitaron: “Ministerio Público: Solicita un criterio de oportunidad reglado dentro del presente proceso a favor del adolescente sindicado (...), **toda vez que no afectó gravemente el interés público, no se vio afectada la seguridad ciudadana**, con el objeto de que el mismo se reintegre a la sociedad, que se prescinda de la persecución penal, que continúe asistiendo a SODEJU para recibir terapia psicológica, **que continúe***

residiendo en la misma casa con la supervisión de sus señores padres, que continúe sus estudios y que los padres del sindicato en representación de dicho adolescente cancelen a la parte agraviada la cantidad de ocho mil quetzales para terapias psicológicas... y resolvió: “ *Este Juzgado con fundamento en lo considerado, leyes citadas y constancias en autos, DECLARA: I. Con lugar el criterio de oportunidad reglado a favor del adolescente (...) solicitado por el Ministerio Público.*

Una vez más, se observa que el criterio del juzgador, es errado ya que al tenor del artículo 185 de la *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*, no procede la conciliación, pues es un delito grave, se evidencia que con una medida de esta naturaleza, al único que se beneficia es al adolescente trasgresor de la ley penal. Se desvaloriza a la niña víctima pues con una cantidad de dinero se pretende subsanar el daño causado, como lo es la violación, el cual genera un daño irreparable en la vida de todo ser humano. No obstante, la juez no interpretó de forma correcta las disposiciones internacionales en materia de niñez y adolescencia, los principios rectores que protegen a las niñas víctimas de delitos, así como disposiciones internas que buscan que en estos hechos judicializados se respete a la víctima, más aún por su condición de niña. Esto agrava la situación porque no reciben tratamiento, ni protección ni justicia, dando como resultado incumplimiento de la debida diligencia.

4.6.4 Causa 01065-2015-00041 a cargo del Juzgado Segundo de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, por el delito DE AGRESIÓN SEXUAL, en audiencia de procedimiento abreviado.

En el presente caso es una mujer víctima de 8 años, ladina, de condición económica de pobreza, y un adolescente agresor de 15 años ladino de condición económica de pobreza.

El presente caso se llevó cabo en *audiencia de procedimiento abreviado* en donde el Ministerio Público solicitó en memorial de acusación y apertura a juicio que se le aplicara criterio de oportunidad reglado en beneficio de ambas partes, siendo así que el adolescente agresor continúe estudiando, que aprenda

un oficio y reciba terapia psicológica y que le entregue a la parte agraviada la cantidad de ocho mil quetzales convenida con anterioridad para la terapia psicológica de la niña víctima.

Observándose que es reiterada la inobservancia de aplicar el marco internacional de protección y de respetar lo establecido por la legislación especializada, autorizando peticiones que están al margen de lo que le establece la ley en la materia.

En este caso la juzgadora manifiesta *que se resuelve por el interés superior de ambas partes*, esto no es razonable ya que la víctima notoriamente queda en total desprotección en donde se envía una lectura de que las agresiones sexuales son permisibles cuando se es hombre adolescente, en donde únicamente se le requiere atender un oficio, y recibir terapias, lo que resulta totalmente alejado de la realidad y con ello se refuerza a que el número de niñas víctimas sigan siendo sujetas de vejámenes como los presentes porque existe una cultura de indiferencia y de negar que estas formas de violaciones a derechos humanos para las mujeres, van en detrimento de la persona humana y por ende de la sociedad, por lo que plantear que no afecta gravemente el interés público ni la seguridad ciudadana es atender dichos preceptos de manera limitada, no observando la dinámica social, y el alcance jurídico y axiológico que abarca el interés público y la seguridad ciudadana.

Con los casos antes enunciados, queda evidenciado que las resoluciones dictadas dentro de los procedimientos de adolescentes en conflicto con la ley penal, han sido dictadas, vulnerando los derechos fundamentales de las niñas víctimas, en los hechos considerados como violencia sexual, lo que pone de manifiesto la necesidad de que estos sean erradicados para contribuir a la equidad de género, claro está, en aquellos casos en que se invoque la conciliación.

De lo anterior podemos concluir, que debe revisarse la situación de la niñez y adolescencia víctima en relación con los adolescentes en conflicto con la ley penal, específicamente en los delitos de violencia sexual, cuando se solicite aplicar un criterio de oportunidad, específicamente la conciliación y el procedimiento abreviado, siendo obligatorio atender de manera integral la

legislación especializada en materia de derechos humanos de la niñez y de las mujeres, y no considerar a una de estas partes como derechos absolutos.

Es importante evidenciar que en estas sentencias donde se aplican estas formas desjudicializadas, el Estado asume la responsabilidad solidariamente por acción u omisión cuando sus funcionarios o funcionarias públicas, que obstaculicen, retarden o nieguen el cumplimiento de las sanciones previstas en las normativas con observancia en las convenciones sobre derechos humanos, ya que las mismas reflejan, además, una carga estereotipada al considerar que no se cometió invocando que **es un delito en donde no se vio afectado el interés público ni la seguridad ciudadana, invisibilizando los efectos que para la otra parte –niña víctima- repercutirá en su vida, vulnerando con ello sus derechos humanos.**

CONCLUSIONES

- I. La Constitución Política de la República de Guatemala establece como régimen especial de tutela, el sistema de protección de los niños, niñas y adolescentes, y el *principio de interés superior del niño*, que se encuentra consagrado en la Convención de los Derechos del Niño y demás leyes del ordenamiento jurídico como consideración primordial, que deben atender los tribunales de justicia en sus resoluciones judiciales.
- II. En procesos penales donde los niños y niñas y/o adolescentes intervienen ***se evidencia la colisión del principio de interés superior del niño***, frente a otros principios y garantías constitucionales y procesales. En estos casos, debe utilizarse el método ponderativo por medio de las máximas de la proporcionalidad, necesidad y adecuación en aras de que se proteja la justicia, la tutela judicial efectiva y el principio de interés superior del niño, consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala y en la Convención sobre los Derechos del Niño comprendiendo que este no es un derecho absoluto ya que se encuentra la justicia frente a dos sujetos que por razón de la edad, deben ser protegidos, aplicando el principio de la igualdad con equidad, ya que la niña víctima no obtiene una justicia de manera adecuada y oportuna, dándose con ello el incumplimiento en la debida diligencia para investigar, sancionar y reparar un acto de violencia contra las mujeres.
- III. Deviene improcedente la aplicación de la conciliación y del procedimiento abreviado cuando se trate de delitos graves, no obstante, varios juzgadores de primera instancia de adolescentes en conflicto con la ley penal, aplican el mismo, pero en forma errónea, ya sea por desconocimiento de derechos humanos y con cargas estereotipadas atienden estos procedimientos en los cuales es notorio que se ha cometido delito grave en contra de las niñas víctimas, contrariando de esta manera lo previsto en el artículo 185 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, pero especialmente de las Convenciones Internacionales en materia de Derechos Humanos, como lo es la Convención para Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en sus siglas “*Cedaw*”, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “*Belém Do Pará*” y la Convención sobre los Derechos del Niño.

- IV. Desde la teoría de género, tomando en cuenta la existencia de sistemas en los que se expresan relaciones de poder o de abuso de poder, que algunas sociedades elaboran a partir de la diferencia sexual, se caracteriza por el uso de mecanismos y técnicas para el control de las capacidades femeninas especialmente en las niñas víctimas, que si bien tienen derecho a opinar sobre asuntos que les competen, también lo es que en una conciliación entre víctima y victimario en términos de igualdad y favorecida por el sistema de justicia, no es lo más recomendable para la niña víctima (no obstante que los padres, tutores o cualquier otro representante legal de la misma se encuentre presente en la audiencia de conciliación de mérito. Y, tomando en consideración que la mencionada audiencia de conciliación lo que trata primordialmente es que la parte activa del delito dé cierta cantidad de dinero a la parte pasiva, la cual realmente sirve para pagar una atención mínima psicológica a un profesional, la cual no es integral y con ello se estaría equiparando la indemnización como un sustituto de la persecución penal, sin tomar en cuenta todos los aspectos que afectan a las víctimas, en este caso se observa que lo que implica ser una niña – mujer, en un país donde el Estado refuerza la cultura patriarcal que estimula a los hombres agresores a seguir formas de violencia sexual como permisibles, fortaleciendo con ello altos índices de impunidad en el sistema de justicia al atender la violencia contra las mujeres y las niñas se aplican dicotómicamente procedimientos judiciales para este tipo de ilícitos, lo cual repercute en las niñas.
- V. Con la conciliación se privilegia al menor trasgresor de la ley penal, pues se le beneficia en que puede lograr su libertad por mecanismos en los cuales se retuerce la ley, tanto por juzgadores, fiscales y defensores, impactando de esa manera en la sociedad, pues no dictan sus resoluciones atendiendo desde una perspectiva de género y tomando en consideración, específicamente, que la víctima sea mujer menor de edad.
- VI. De la conclusión planteada, la hipótesis expresada en el Plan de trabajo ha sido confirmada ya que se demostró en el desarrollo de la investigación que la conciliación y el procedimiento abreviado, al ser aplicados en los delitos de violencia sexual, en donde no proceden, constituyen una violación los derechos fundamentales de las niñas víctimas de violencia sexual, no observando el marco convencional existente.

BIBLIOGRAFÍA

- Asociación Argentina de Prevención del Maltrato Infanto-Juvenil. -Asapmi-Zuccolillo, Marisa (2017). “El interés superior del niño” en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras Leyes. Argentina. Editorial Albremática. Recuperado de <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id=520>.
- Carbonell Miguel (Coordinador) (2011). Argumentación jurídica, el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad. México.
- CICAM. Proyecto reducción de la violencia contra la mujer (2002). Propuesta de Ley para Reformar el Código Procesal Penal. Guatemala.
- Código de Menores (1979). Congreso de la República de Guatemala, Decreto 78-79.
- Código de la Niñez y la Juventud (1996). Congreso de la República de Guatemala, Decreto 78-96.
- Código Penal (1973). Congreso de la República, Decreto número 17-73.
- Código Procesal Penal (1992). Congreso de la República, Decreto número 51-92.
- Constitución Política de la República de Guatemala (1986). Asamblea Nacional Constituyente.
- Corte de Constitucionalidad. (2000). Expediente 368-2000. Sentencia del diecisiete de agosto de 2000.
- Corte de Constitucionalidad. (2007). Expediente 1527-2006. Sentencia de seis de noviembre de 2007
- Corte de Constitucionalidad. (2009). Expediente 3690-2009. Sentencia del cuatro de octubre de 2009.
- Corte de Constitucionalidad. (2012). Expediente 1822-2011. Sentencia de diecisiete de julio de 2012.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948.
- Federación Iberoamericana del Ombudsman. (2015). Debida diligencia en el acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de la violencia familiar: alcances, limitaciones y propuestas. Guatemala.
- Grupo Multidisciplinario para la defensa de los derechos sexuales y reproductivos. (2013) Estereotipos sexistas en sentencias relacionadas con delitos de violencia sexual. Guatemala.

- Ley del Organismo Judicial. (1989). Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89,
- Ley Orgánica del Ministerio Público. (1994). Congreso de la República de Guatemala, Decreto 40-94.
- Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. (2009). Decreto 9-2009 Congreso de la República.
- Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. (1996) Congreso de la República, Decreto número 97-96, 1996.
- Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. (2003). Congreso de la República, Decreto número 27-2003.
- Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicarla Violencia Intrafamiliar. (1996). Congreso de la República de Guatemala, Decreto 97-96.
- Mejer Julio (1991). La víctima y el sistema penal, en jueces para la democracia. España: (s.e.).
- Ministerio Público. (2014). Compendio de acuerdos e instrucciones sobre atención victimológica. Guatemala.
- Ministerio Público. (2015). Derechos Humanos de la Niñez y Adolescencia. Tomo 3. Guatemala.
- Ministerio Público. (2015). Derechos Humanos de las mujeres. Tomo 2. Guatemala.
- Ministerio Público. (2015). Derechos humanos y derechos de las víctimas. Tomo 1. Guatemala.
- Naciones Unidas. Convención Americana de Derechos Humanos
- Naciones Unidas. (1959) Declaración de los derechos del Niño.
- Naciones Unidas. (1985) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia relativos a las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Naciones Unidas. (1979). Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer –CEDAW-.
- Naciones Unidas. (1994). Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará.
- Naciones Unidas. (1999). Protocolo Facultativo de la CEDAW, Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999. Ratificado el 30 de abril del año 2002.

- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2017) Derecho a la Educación. Recuperado de: <http://www.unesco.org/new/es/education/themes/leading-the-international-agenda/right-to-education/>.
- Organismo Judicial. (2011). Marco Normativo Nacional en materia de violencia contra la mujer. Guatemala.
- Recomendación número 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1985). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (reglas de Beijing). Resolución 40/33, 1985.
- Rodríguez Barillas, Alejandro. (2002). Los derechos de la niñez víctima en el proceso penal guatemalteco (s.e.) Publicado por UNICEF. Guatemala. 2002
- Rodríguez Barillas, Alejandro. (2007). Sistema penal y víctima. Una propuesta de atención integral desde el apoyo comunitario. Guatemala.
- Salinas Beristáin, Laura. (2002). Derecho, género e infancia. Mujeres, niños, niñas y adolescentes en los códigos penales de América Latina y el Caribe hispano. Colombia.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. (2016). Impartición de justicia con perspectiva de género. México.
- UNICEF. (2001). Organismo Judicial. Modulo sobre los Derechos del Niño en Guatemala.
- Kronawetter, A. (1997). La víctima en el proceso penal, su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay. De Palma, Buenos Aires: (s.e.).

DE CÓMO VIVÍ EL “JUEVES NEGRO”¹

How I lived on “black thursday”?

Rodolfo Rohmoser Valdeavellano

Ex presidente de la Corte de Constitucionalidad

Miembro del Comité Científico del Opus Magna Constitucional

rohrmoser.asociados@gmail.com

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.5>

Explicaciones para el lector:

Para la mejor comprensión de esta obra por parte del lector, el autor ha creído conveniente ofrecerle una serie de informaciones que, a no dudarlo, le ayudarán a comprender mejor la misma.

¹ N. del E. Este es un aporte que ha compartido el ex magistrado Rodolfo Rohmoser Valdeavellano que no estuvo sujeto al proceso de revisión del Consejo Editor. *Opus Magna Constitucional* agradece la generosidad del autor con esta publicación.

SUMARIO

1. ¿Qué fue el “jueves negro” y el “viernes de luto”?
2. ¿Quién es el autor de esta obra?
3. Las circunstancias políticas de la época
4. La Corte de Constitucionalidad ordenó la inscripción del General Ríos Montt como candidato
5. La Corte de Constitucionalidad resolvió con lugar el amparo interpuesto en contra del Tribunal Supremo Electoral
6. El ambiente en la población y en la Corte de Constitucionalidad
7. El resultado de las elecciones

1. ¿Qué fue el “jueves negro” y el “viernes de luto”?

Así se denominaron los días 24 y 25 de julio de 2003 en que la capital de Guatemala fue invadida por un contingente numeroso de personas de todas las edades, en su mayoría provenientes de otros departamentos y municipios, que manifestaban en pro de su líder, el general Efraín Ríos Montt, (personaje de la política recién fallecido), y su derecho a inscribirse como candidato presidencial para las Elecciones Generales de 2003, a pesar que la Corte de Constitucionalidad ya había fallado a su favor pero la Corte Suprema de Justicia posteriormente emitió un fallo en contra de sus intereses.

2. ¿Quién es el autor de esta obra?:

Es un abogado en ejercicio que a la época de los eventos relacionados en la misma se desempeñaba como magistrado titular en la Corte de Constitucionalidad, designado a ese cargo por la Corte Suprema de Justicia para el período 2001/2006.

Tal abogado, Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano, se ha trazado la tarea de dar a conocer públicamente algunas de sus experiencias personales ocurridas durante ciertos eventos que tuvieron lugar durante su mandato y que fueron cruciales en la historia del país.

Así, ya fue publicada la obra: “De cómo viví el Serranazo”, (Opus Magna 2018, tomo XIV, pág. 419, que relata sus experiencias personales ocurridas durante el Golpe de Estado llevado a cabo por el Presidente Jorge Serrano Elías, el 25 de mayo de 1993, en el período en que él se desempeñaba como magistrado suplente de la Corte de Constitucionalidad, 1991/1996. Él y también los magistrados Carlos Enrique Reynoso Gil y José Antonio Monzón Juárez, fueron llamados a integrar el pleno debido a la ausencia de los magistrados titular y suplente nombrados por el presidente Serrano Elías.

3. Las circunstancias políticas de la época.

El Tribunal Supremo Electoral ya había llamado al pueblo a votar en las Elecciones Generales de 2003 y varios candidatos estaban en esos días solicitando

ante el Registro Electoral, dependencia el Tribunal Supremo Electoral, su respectiva inscripción para poder participar como candidatos a la Presidencia de la República en la contienda respectiva. Dicho Registro había negado participar al general Efraín Ríos Montt, sobre la base del argumento que él tenía prohibición expresa al respecto por haber asumido la Jefatura de Gobierno con motivo del golpe de Estado ocurrido en 1983, tal como estaba previsto en el inciso a) del artículo 186 de la Constitución Política de la República.

Esa resolución fue impugnada por medio del recurso respectivo pero el Tribunal Supremo Electoral la confirmó. Se planteó amparo ante la Corte Suprema de Justicia y el mismo fue denegado, por lo que fue presentada la apelación respectiva ante la Corte de Constitucionalidad.

4. La Corte de Constitucionalidad ordenó la inscripción del General Ríos Montt como candidato:

Los magistrados Carlos Enrique Reynoso Gil, suplente, y Francisco Flores Juárez, titular, más quien esto redacta, votaron en contra en una Corte integrada por 7 magistrados.

En esos días se vivía en la Corte un ambiente tenso pues el general Ríos Montt había declarado a la prensa que la misma lo iba a amparar y consecuentemente, ordenaría su inscripción como candidato ante el Tribunal Supremo Electoral. Eso determinaba una presión muy molesta ante la independencia de criterio de la Corte. El pueblo estaba dividido ya que había partidarios del general Ríos Montt y al mismo tiempo, los había en contra. Eso implicaba, como es evidente, una afectación muy seria hacia los distintos magistrados, pues el grupo de los cuatro ejercía presión sobre el resto. Es más, el magistrado suplente, Romeo Alvarado Polanco, no resistió esa presión y renunció a su cargo.

5. La Corte de Constitucionalidad resolvió con lugar el amparo interpuesto en contra del Tribunal Supremo Electoral.

La Corte de Constitucionalidad en una discutible sentencia (que con el correr del tiempo fue expulsada de su jurisprudencia por la propia Corte de Constitucionalidad) autorizó la participación del general en el evento electoral relacionado, en una sentencia con votos divididos (cuatro contra tres) que causó efervescencia no sólo en la población sino también en la propia Corte.

6. El ambiente en la población y en la Corte de Constitucionalidad.

En ambiente dentro de la Corte de Constitucionalidad era de mucha tensión y por la polarización que hubo entre los magistrados, al haberse dividido los votos en pro y en contra de la participación del general Ríos Montt, aumentó la tensión y la desarmonía (que por cierto, nunca la hubo) entre ellos. Es más, parece que alguno del grupo de magistrados afines a la pretensión del general hizo correr la especie que el magistrado que escribe estas memorias, estaría complotando contra la institucionalidad y habría logrado que la Corte Suprema de Justicia emitiera un fallo en contra de lo resuelto por la Corte de Constitucionalidad. Ese complot nunca existió y ello aumentó la mala relación que desafortunadamente siempre existió entre ese magistrado y un magistrado suplente quien además asesoraba legalmente al general.

7. El resultado de las elecciones.

Habrà que recordar que el general Ríos Montt perdió las elecciones, a pesar de todo lo que se había especulado al respecto.

a. Lo ocurrido el jueves 24 de julio de 2003.

Como cualquier otro día de trabajo, Carlos Dardón, el chofer que la Corte me designó para conducir el vehículo oficial que me llevaría a mi trabajo, se presentó a las ocho de la mañana como de costumbre y nos dirigimos a la Corte. Los magistrados estábamos en nuestras respectivas oficinas preparándonos para asistir a la sesión del pleno programada para ese día, cuando se nos advirtió que desocupáramos el local pues se acercaba a la misma una turba numerosa de gente portando palos y quizás armas.

De esa manera el edificio fue evacuado y yo me regresé a mi casa de las Conchas, zona 14. Llevé conmigo trabajo y me puse a realizarlo en cuanto llegué. En esas estaba a eso de las once de la mañana cuando me interrumpió una trabajadora doméstica para informarme que un fuerte grupo de personas se había concentrado en frente de la Garita de la Colonia, exigiendo entrar y echando vivas al General Ríos Montt.

A todo esto, ya había llegado mi esposa, Silvia Alejandrina Moreno Cámara de Rohrmoser, quien logró traspasar con bastante dificultad el grupo de gente que según me relató, ya se había hecho más numeroso del que me había relatado la trabajadora.

Al rato, llegaron a casa mi hija Mariana Rohrmoser Moreno de González y su esposo Fernando González Freeman, llevando a su hijita recién nacida, Ximena, quienes me llevaron la noticia que el grupo de gente seguía afuera de la garita entre el final de la 12 calle y la 10a. avenida de la zona 14 y que ellos habían logrado entrar a la Colonia con gran dificultad, pero que habían presenciado que el expresidente Álvaro Arzú, quien en esa época vivía en la Colonia, se había hecho presente acompañado de su seguridad personal, fuertemente armados y que en voz alta dijo, literalmente, al grupo: “el que pretenda pasar la talanquera de la Garita se muere” pero que a pesar de esa advertencia el grupo de gente aún seguía allí vociferando.

Parte del grupo parece ser que había estado frente a la garita de la Colonia “La Cañada” que se localiza a pocas cuadras de “Las Conchas”, profiriendo improperios y echando vivas al General Efraín Ríos Montt, intentando traspasar la garita para entrar a manifestar frente a una vivienda en la que supuestamente se encontraba la esposa del Embajador de los Estados Unidos de América, jugando cartas con unas amigas, según me contaron.

A todo esto, me llamó al teléfono celular, el licenciado Sergio Morales, quien se desempeñaba en esa época como Procurador de Derechos Humanos, amigo personal mío, quien me relató que la situación estaba delicada ya que varios grupos de personas se habían concentrado en diferentes puntos de la ciudad, causando alboroto y que la situación podría agravarse y tornarse en una crisis política seria, por lo que me prevenía para que la Corte de Constitucionalidad estuviera debidamente integrada para hacerle frente a cualquier emergencia que se presentara. Le relaté los hechos que se desarrollaban frente a mi colonia y que yo no podría salir de mi casa por esa causa. Me ofreció un contingente de seguridad para ir a traerme, pero le hice notar el peligro existente de que el grupo en las afueras de mi colonia

podiera estar armado, y que mejor pensáramos en otra solución y que seguidamente nos comunicáramos vía celular.

Me quedé meditando sobre la situación y concretamente, cómo podría brindar seguridad a mi familia y salir de la colonia sin tener problemas con el grupo de manifestantes. En tanto, Silvia, Mariana y Fernando ya se había comunicado con el expresidente Arzú, quien también era amigo de la familia, y vinieron a relatarme que él gentilmente nos ofrecía que pasando por su casa y atravesando dos casas más, podríamos llegar a la 10 calle de la zona 14 y salir por la casa que se encuentra frente al costado la Embajada de Francia que se encuentra en la esquina de la 10 calle y 10 avenida de la misma zona. Que él era amigo de los dueños de esas casas y que con gusto les pediría que, dada la emergencia, nos permitieran pasar por sus propiedades, escalando los muros respectivos.

Al rato sonó el teléfono y era Sergio, quien me relató que había conseguido un helicóptero pero que sólo podría trasladar a una persona. Que esa situación permitiría que yo me juntara con el resto de magistrados y estuviéramos preparados para afrontar cualquier emergencia, pues la situación política era de sumo cuidado. Que por lo tanto todo era de conseguir un lugar dónde pudiera la nave recogerme con toda seguridad. Le conté que a la vecindad norte de mi casa, pasando otra más, había una propiedad de los señores de apellido Gabriel, en donde frecuentemente bajaba un helicóptero sin problema ya que lo hacía en un jardín muy amplio.

Ante esos nuevos datos, decidimos lo siguiente: Aprovechar la amable oferta del expresidente Arzú y evacuar a la familia en la forma expuesta, al tiempo que yo me iría en el helicóptero que me ofrecía Sergio, para lo cual lo llamé y le relaté el plan, manifestándome que vería la factibilidad de usar el helicóptero para mi persona. Al rato llamó y me comunicó que el piloto conocía el lugar dónde me recogería, por lo que pusiéramos a funcionar el plan de inmediato.

b. *Todos ya estábamos sanos y salvos habiendo superado la emergencia.*

Ya todos nosotros, reunidos a eso de las catorce horas más o menos, en casa de mi consuegro, el licenciado Homero González Barillas, a donde todos nos dirigimos por su amable ofrecimiento, comenzamos a relatarnos la aventura que a cada grupo deparó el destino.

Silvia, Mariana y Fernando relataron las difíciles situaciones que les tocó afrontar para pasar de la casa del expresidente Arzú, atravesar dos casas más y salir a la 10^a calle de la zona 14, en donde los esperaban con dos automóviles, dos hermanos de Silvia, mi esposa, Carlos y José Inocente Moreno Cámbara. Comentaron que se vieron obligados a subir y descender los muros colindantes de las tres casas, en escaleras que les fueron proporcionadas en cada una, con la dificultad de llevar cargada a Ximena, la recién nacida, uno de ellos para superar el ascenso y luego otro, para lograrla en brazos durante el descenso. Finalmente, salieron a la calle, luego de haber agradecido a los amables vecinos el enorme favor proporcionado.

Previo a todo ello, mis dos cuñados ya habían recogido a los otros dos miembros de la familia, Maya e Irina, en sus respectivos colegios, y juntarse en la 10^a calle con el grupo.

Quien tuvo todo más fácil, qué pena confesarlo, fui yo. Salí de mi casa, y me dirigí por la calle a la vivienda de los señores Gabriel, que como relaté, se localizaba a una casa de la mía, en la misma cuadra. Expliqué al guardián la situación y amablemente me dejó entrar, coincidentemente con el descenso al enorme jardín de un hermoso helicóptero, manejado por una persona que al verme entrar, me dijo: “Pase adelante mi estimado licenciado, estoy para servirle”. En menos de diez minutos aterrizamos en una colina cercana en el amplio jardín de una hermosa vivienda. Nos esperaba la amable esposa del piloto con dos “jaiboles” (palabra que ya no se usa, para referirse a dos vasos de agua mineral, hielo y Whisky escocés). Luego de una agradable plática, agradecí muchísimo a la amable pareja las atenciones recibidas y el amable piloto ordenó a su cuerpo de seguridad que me fueran a dejar

al lugar que yo les indicara. Al respecto de este evento aéreo, del cual dio la noticia, un periódico matutino, que no sé cómo se enteraron pero lograron una fotografía del helicóptero iniciando el ascenso.

En esta aventura hay una situación muy simpática. Resulta que por una discreción elemental, siempre guardé para mí, el nombre de la persona que gentilmente me había ido a recoger. No lo sabía, pero ni Silvia, mi esposa. Lo cómico del asunto fue que pasados los años, me encontraba con mi señora viendo un programa en la televisión, en donde aparecía haciendo un exposición el señor Dionisio Gutiérrez, ampliamente conocido en Guatemala y de pronto expresó: “Por cierto, el día de hoy se conmemora el “jueves negro”, y eso me hace recordar que en uno de tantos disturbios que hubo ese día, yo fui a recoger con mi helicóptero al magistrado Rodolfo Rohmoser, quien estaba rodeado por una turba que le impedía salir de su casa”. Bueno, reímos y comentamos: “Entonces, el nombre del gentil piloto y dueño del helicóptero había dejado de ser confidencial”.....

c. *El hotel en que estuvimos esos días.*

El amable consuegro no sólo nos recibió en su casa, almorzamos y bebimos opíparamente en ella, sino que además, nos ofreció que habitáramos en su casa durante la emergencia. Le agradecemos su gentileza pero que ya era suficiente lo que había hecho su familia por nosotros, de modo que caída la tarde nos fuimos a un hotel, que gentilmente él mismo nos fue a reservar.

Ya instalada toda la familia en el hotel, me comuniqué por el celular con el Presidente de la Corte, informándole sobre mi localización en ese momento para continuar informándole sobre mis pasos. Me informó que no tenía novedad que comunicarme y que si fuera necesario reunirnos, me llamaría de inmediato.

El día siguiente, fue denominado como el “*viernes de luto*”, según publicó la prensa del día, así como que los grupos de manifestantes ya habían desocupado la ciudad y regresado a sus respectivos lugares de proveniencia; asimismo que, aparte de la tragedia consistente en

el fallecimiento de un distinguido periodista que corrió para evitar a los manifestantes, ocasionándole ello un ataque cardíaco, la rotura de vidrios, persianas, puertas y otros problemas menores, ya había vuelto todo a la normalidad.

Por seguridad, permanecimos en el hotel menos de una semana, y no habiendo habido, afortunadamente, ninguna emergencia ni daño que lamentar, regresamos todos a nuestra casa para dedicarse cada quien a sus obligaciones habituales.

d. Fin de la historia.

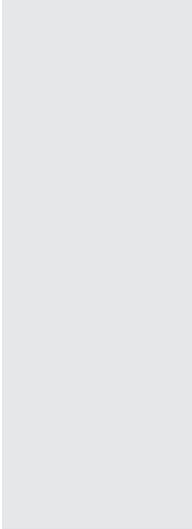
Los momentos desagradables que pasamos fueron, por fortuna, ampliamente recompensados por las gentilezas y demostraciones de afecto que recibimos de familiares, amigos y demás personas que nos hicieron llevaderos los sinsabores que tuvimos durante esos días.

e. El anónimo.

Ya de vuelta al trabajo, me esperaba en la Corte sobre mi escritorio una notita escrita a mano y anónima de una persona que según decía había asistido a alguna de mis conferencias; que tenía la mejor opinión de mi persona y que por ello, lamentaba que las instrucciones que tenía el grupo en que andaba era de dirigirse a mi casa y causarme problemas por ser enemigo del general Ríos Montt.

f. Reiteración de mi posición.

Como quedó claro arriba, yo nunca me consideré enemigo del general y jamás comploté en contra de su candidatura a la presidencia de la República. Yo simplemente voté en contra de sus pretensiones, en fiel observancia del artículo 186, inciso a) de la Constitución de la República que en una forma indubitable le negaba la opción al cargo, en ejercicio de mi derecho a votar en contra de cualquier decisión de la Corte que yo no compartiera, una de tantas características de la magistratura. Mi voto razonado en contra aparece en el Libro de Votos Razonados que es público y por tanto, puede consultarse en cualquier momento.



**EL DESCONOCIMIENTO DE LOS PODERES
DE CONTROL POLÍTICO DEL ÓRGANO
LEGISLATIVO SOBRE EL GOBIERNO Y LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR PARTE DEL
JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA¹**

The constitutional judge's ignorance of the legislative body's powers of political control over government and public administration in Venezuela

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.6>

¹ N. del E. Este es un aporte voluntario del maestro Brewer Carías mismo que no fue sometido a evaluación por parte del Consejo Editor. Agradecemos la generosidad del maestro Brewer Carías por compartir sus opiniones a través del Opus Magna Constitucional.

SUMARIO

Introducción

1. El control político por la asamblea nacional de los decretos de estado de excepción y su desconocimiento judicial
2. Los ataques de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional cercenándole sus poderes de control político sobre el gobierno y de la administración pública
3. El fin del control político que debe ejercer la Asamblea Nacional: la inconstitucional “restricción” impuesta por el Presidente de la República, respecto de su potestad de aprobar votos de censura contra los ministros

INTRODUCCIÓN

La Constitución venezolana de 1999, como todas las constituciones contemporáneas latinoamericanas, está montada sobre un sistema de separación de poderes, como garantía del funcionamiento del Estado de derecho, estableciendo diversos mecanismos de control recíproco entre los mismos.

En ese contexto, conforme al artículo 222 de la Constitución, y específicamente sobre el control que la Asamblea Nacional como órgano de representación popular ejerce sobre el Gobierno y la Administración, la *Asamblea Nacional tiene poder* suficiente para ejercer dicha “función de control” mediante los siguientes mecanismos: “las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias” que se prevén en la Constitución y en la ley, así como “mediante cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento.”

En ejercicio del control parlamentario, la misma norma constitucional dispone que la Asamblea podrá declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos y solicitar al Ministerio Público que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

La Asamblea, además, conforme se indica en el artículo 223 de la misma Constitución, puede realizar las investigaciones que juzgue convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el reglamento interior y de debates, estando todos los funcionarios públicos obligados, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante las Comisiones de la misma y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones.

Esas potestades de control, como a partir de diciembre de 2016 la Asamblea Nacional en Venezuela pasó a estar controlada por la posición política al régimen autoritario, fueron sucesivamente desmanteladas por el Tribunal Supremo de Justicia, en connivencia con el Poder Ejecutivo, en particular por su Sala Constitucional que ejerce la Jurisdicción Constitucional en el país,

lesionándose gravemente el principio de la separación de poderes y el mutuo control por arte de los órganos del Estado.

Estas páginas, escritas para la obra homenaje a mi amigo de hace tantos años, el profesor Jorge Mario García la Guardia, quien tan bien conoce el rol del Juez Constitucional en un Estado de derecho, es la crónica constitucional de la conducta de un Jue Constitucional, que lejos de haber sido el garante de la Constitución y su supremacía, se convirtió en el más vil instrumento para su violación impune, cercenándole a la Asamblea nacional en Venezuela sus poderes constitucionales de control político sobre el Gobierno y la Administración Pública.

1. El control político por la asamblea nacional de los decretos de estado de excepción y su desconocimiento judicial

1.1 El incongruente y tardío reconocimiento ejecutivo de la emergencia económica

El día 15 de enero de 2016, al presentar su Mensaje anual ante la Asamblea Nacional, quien ejercía la Presidencia de la República de Venezuela, Nicolás Maduro, consignó, junto con el mismo, el texto del Decreto N° 2.184 de fecha 14 de enero de 2016,² mediante el cual había declarado el estado de emergencia económica en todo el territorio nacional durante un lapso de 60 días, motivado, según se lee en los Considerandos, no en las consecuencias desastrosas de las políticas económicas erradas que ha venido desarrollando el Estado, destruyendo tanto la producción y economía nacional como la calidad de vida de la población, sino en supuestos factores externos al gobierno e incluso al país, entre los cuales estaban:

- (i) que sectores nacionales e internacionales habrían iniciado acciones tendientes a “desestabilizar la economía del país;”
- (ii) que en el “marco de la guerra económica” iniciada contra el país, se ha dificultado el acceso a bienes y servicios esenciales;
- (iii) que “ante la ofensiva económica y la disminución del ingreso petrolero,” se requiere adoptar medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad de la economía, Y
- (iv) que dichas medidas son de “gran magnitud e impacto en la economía nacional.”

La crisis económica del país, que definitivamente no se debía a factores externos al Estado, pues era producto de su error e ineficiencia, por supuesto, no se resolvía con decretos, y menos con decretos como el dictado el 14 de enero de 2016, sino con un cambio en la política económica del gobierno que al menos (i) restableciera la producción nacional, en un marco de libertad económica, restituyendo empresas y factores de producción confiscados y expropiados a sus dueños, (ii) desmantelase el enorme aparato burocrático estatal que ha

² Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.214 Extra. de 14 de enero de 2016

gerenciado la economía nacional, con los más altos índices de ineficiencia de la historia del sector público; y (iii) desregulase la economía, permitiendo al sector privado desarrollar las iniciativas necesarias en materia de producción y empleo, con acceso a divisas en un marco real de valor de la moneda.

Pero no. En lugar de atacar el problema económico, el decreto de emergencia económica de enero de 2016, no fue más que el reconocimiento del fracaso del gobierno en materia económica, pero sin proponer solución alguna para resolver la crisis, y más bien con propuestas para agravarla, pero que en ningún caso requerían de un decreto de emergencia para ser dictado conforme a los artículos 337 y siguientes de la Constitución, pues todo lo que en el decreto se enunció con vaguedad lo podía realizar el Gobierno con el arsenal de leyes, decretos leyes y regulaciones diversas que se habían dictado en los últimos tres lustros. Ninguna nueva regulación era necesaria para enfrentar la crisis económica, la cual solo podría ser atacada por el propio gobierno desarrollando una política económica distinta a la que la originó.

El decreto de emergencia económica, en efecto, fue dictado por el Presidente de la República en uso de la atribución que le confería el artículo 236.7 de la Constitución para, en Consejo de Ministros “declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en esta Constitución.” Dichos estados de excepción se regulan en los artículos 337 y siguientes de la misma Constitución, donde se precisa que se pueden dictar cuando se trata de emergencia económica, en casos de “*circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación,*” (art. 337), en el marco general de circunstancias “*que afecten gravemente la seguridad de la Nación,* de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos” (art. 337).

En tal caso de emergencia económica, como en todos los otros, la Constitución autoriza al Presidente de la República para restringir temporalmente las garantías económicas consagradas en esta Constitución (art. 337), en cuyo caso está obligado en el texto mismo del decreto a “regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339).

Ahora bien, si se analiza el contenido del Decreto N° 2.184 de fecha 14 de enero de 2016, lo que se evidencia es que el mismo, en realidad, no fue un decreto de “emergencia económica” en los términos antes mencionados, porque todo lo que en el mismo se anunció y enunció pudo haberse ejecutado por el gobierno, el cual disponía de todas las leyes, decretos leyes y regulaciones imaginables, con facultades suficientes para hacer frente a los hechos que supuestamente habrían originado la crisis económica en el país. Es decir, si algo no podía afirmarse seriamente era que en el Estado centralista, socialista, totalitario y militarista que se desarrolló en los últimos lustros, supuestamente resultaban “insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.” Esta fue la primera gran mentira del decreto de estado de emergencia económica, como fue la también mentira contenida en los diversos decretos de emergencia económica dictados en los Estados fronterizos durante 2015,³ que no condujeron a nada ni resolvieron la crisis económica, sino impusieron un cierre de la frontera para los ciudadanos de a pie, violándoseles impunemente sus derechos y garantías constitucionales, tanto a los colombianos como a los venezolanos.

Fue en el marco de esa gran mentira que encajó, por ejemplo, el enunciado del artículo 1 del Decreto N° 2184 de enero de 2016, al afirmar que el estado de emergencia económica decretado, era para:

- (i) “que el Ejecutivo disponga de la atribución para adoptar las medidas oportunas que permitan atender eficazmente la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural por la cual atraviesa la economía venezolana,” de manera que:
“permita asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos y el libre acceso a bienes y servicios fundamentales e igualmente, mitigar los efectos de la inflación inducida, de la especulación, del valor ficticio de la divisa, el sabotaje a los sistemas de distribución de bienes y servicios,”

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La masacre de la Constitución y la aniquilación de las garantías de los derechos fundamentales. Sobre la anómala, inefectiva e irregular decisión del Ejecutivo Nacional de decretar un Estado de Excepción en la frontera con Colombia en agosto de 2015, y la abstención del Juez Constitucional de controlar sus vicios de inconstitucionalidad,” 29 de agosto de 2015, en www.allanbrewer-carrias.com

- (ii) y “también contrarrestar las consecuencias de la guerra de los precios petroleros, que ha logrado germinar al calor de la volátil situación geopolítica internacional actual, generando una grave crisis económica.”

Por supuesto, en cuanto a las segundas medidas, no era necesario ser economista ni especialista en comercio internacional para apreciar que con un decreto de estado de emergencia, ni con las decisiones que conforme al mismo podían adoptarse en el marco del Estado venezolano, se podía contrarrestar en forma alguna la baja de los “precios petroleros,” cuya fijación depende exclusivamente del mercado internacional, que no controla nadie en particular, sino solo el mercado.

Y en cuanto a las primeras medidas, todas, absolutamente todas se podían enfrentar con un cambio de política económica, con todos los instrumentos de los cuales disponía el Estado para efectuar dicho cambio, de manera de aumentar la producción nacional, bajar la dependencia de importaciones, sincerar el valor de la moneda, sin lo cual no podría haber decreto alguno capaz de asegurarle a la población su derecho de acceso a bienes y servicios fundamentales; ni poder mitigar los efectos de la “inflación inducida; de la especulación, del valor ficticio de la divisa, el sabotaje a los sistemas de distribución de bienes y servicios,” todo lo cual había sido inducido por el propio gobierno y se debía a la errada política económica del Estado que se adoptó en el país.

Para reorientar la política económica, por supuesto, nadie podría argumentar que “resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen [en el seno del gobierno] para hacer frente a tales hechos” (art. 337). Y todo ello, se confirmó con los enunciados contenidos en el artículo 2 del Decreto, donde solo se “anunciaron” las medidas que se supuestamente se iban a tomar, lo que confirmó que constitucionalmente no era un decreto de estado de emergencia económica, sino un anuncio de medidas que bien podía haber formulado el Presidente ante la Asamblea Nacional, en su mensaje anual, que era donde correspondía.

Pero no. Se optó por decretar un estado de emergencia o de excepción, solo anunciándose “medidas” a ser adoptadas en el futuro, pero sin indicarse nada sobre el cambio de rumbo de la política económica que había originado las “circunstancias excepcionales,” sino más bien, reafirmando la misma línea errada de intervencionismo estatal.

Ello se constata simplemente con analizar cuáles fueron las “medidas que considere convenientes” adoptar el Ejecutivo, y que se anunciaron en el artículo 2º del Decreto “como consecuencia de la declaratoria del estado de emergencia económica,” que debían estar todas “orientadas a proteger y garantizar los derechos y el buen vivir de las familias, de los niños, niñas y adolescentes y de los adultos mayores”:

1. En primer lugar “disponer los recursos provenientes de las economías presupuestarias del ejercicio económico financiero 2015,” con determinadas finalidades, para lo cual bastaba hacer uso de las atribuciones previstas en Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.
2. En segundo lugar, asignar recursos extraordinarios a proyectos previstos o no en la Ley de Presupuesto a los órganos y entes de la Administración Pública, para determinados sectores de actividad y Misiones, para lo cual bastaba hacer uso de las atribuciones previstas en Ley Orgánica de Administración Financiera del sector Público.
3. Diseñar e implementar medidas especiales, de aplicación inmediata, para la reducción de la evasión y la elusión fiscal, para lo cual bastaba aplicar las atribuciones de fiscalización y control establecidas en el Código Orgánico Tributario y en las normas que regulan el SENIAT.
4. Dispensar de las modalidades y requisitos propios del régimen de contrataciones públicas para agilizarlas, para lo cual bastaba aplicar las normas de excepción que son abundantísimas previstas en la Ley de Contrataciones Públicas.
5. Dispensar de los trámites, procedimientos y requisitos para la importación y nacionalización de mercancías, cumpliendo con los requerimientos fitosanitarios pertinentes, para lo cual bastaba aplicar la Ley Orgánica de Aduanas y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos.

6. Implementar medidas especiales para agilizar el tránsito de mercancías por puertos y aeropuertos de todo el país, para lo cual también bastaba aplicar la Ley Orgánica de Aduanas y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos.
7. Dispensar de los trámites cambiarios establecidos por CENCOEX y por el Banco Central de Venezuela, a órganos y entes del sector público o privado, para garantizar la importación, para lo cual bastaba aplicar la Ley de Ilícitos Cambiarios y reformular los Convenios Cambiarios entre el Banco Central de Venezuela y el Ejecutivo nacional.
- 8.a. Requerir a empresas del sector público incrementar sus niveles de producción, para lo cual bastaba aplicar la Ley Orgánica de la Administración Pública, dando las instrucciones pertinentes a través de los diversos órganos de adscripción;
- 8.b. Requerir de las empresas del sector privado incrementar sus niveles de producción, para lo cual no valía decreto ni “orden” ejecutiva alguna, sino estímulo y fomento como política de Estado.
- 9.a. Adoptar las medidas necesarias para asegurar el acceso oportuno de la población a bienes de primera necesidad, para lo cual bastaba estimular la producción nacional por el sector privado y permitirle el acceso a las divisas para importar, en un marco de sinceración del valor de la moneda, que solo un cambio de política económica podía provocar, sin necesidad de decreto alguno de emergencia.
- 9.b. Poder requerir “de las personas naturales y jurídicas propietarias o poseedoras, los medios de transporte, canales de distribución, centros de acopio, beneficiadoras, mataderos y demás establecimientos, bienes muebles y mercancías que resulten necesarios para garantizar el abastecimiento oportuno de alimentos a las venezolanas y los venezolanos, así como de otros bienes de primera necesidad,” para lo cual no era necesario decreto alguno de emergencia, pudiendo aplicarse las muy inconvenientes medidas ya establecidas en todas las leyes limitativas de la libertad económica dictadas en los últimos años, entre las cuales estaba la Ley de Precios Justos.
10. Adoptar las medidas necesarias para estimular la inversión extranjera “en beneficio del desarrollo del aparato productivo nacional, así como

las exportaciones de rubros no tradicionales, como mecanismo para la generación de nuevas fuentes de empleo, divisas e ingresos,” para lo cual bastaba aplicar por ejemplo, la Ley de Inversión Extranjera dictada en sustitución de la Ley de Promoción y Protección de la Inversión, así como la Ley de Promoción de la Inversión mediante Concesiones.

11. Desarrollar, fortalecer y proteger el Sistema de Misiones y Grandes Misiones Socialistas, para lo cual bastaba aplicar la Ley Orgánica de Misiones y Grandes Misiones.

Es decir, para dictar e implementar las medidas anunciadas, el Ejecutivo no carecía de las facultades necesarias para atender su implementación. Le bastaba aplicar las leyes dictadas, casi todas incluso reformadas recientemente, lo que evidenciaba que el decreto de emergencia económica, no fue tal, sino un simple anuncio de medidas que pudo el Ejecutivo dictar aplicando las leyes.

De resto, el Decreto, en el *artículo 3* simplemente “anunció” que con base en los mismos artículos 337 y siguientes de la Constitución podía dictar en el futuro otras medidas de excepción, para lo cual no era necesario anuncio alguno, pues son facultades constitucionales; en el *artículo 4* repitió lo que ya estaba en las leyes que regulan a la Administración Pública en materia de la necesaria coordinación entre órganos y entes públicos para implementar decisiones; en el *artículo 5*, se repitió lo que la Constitución establece sobre la obligación de los órganos de los Poderes Públicos de colaborar en el cumplimiento del decreto, con el incomprensible agregado de la “Fuerza Armada Nacional Bolivariana,” como si fuese algo distinto que existiese fuera del Poder Público; y en el *artículo 6*, se convocó a la participación activa del pueblo en la “la consecución de los más altos objetivos de consolidación de la patria productiva y económicamente independiente,” enumerándose órganos regulados legalmente como formando parte del llamado “Poder Popular,” pero con el agregado, esta vez de uno que no existía y ras el denominado “Parlamento Comunal.”

Y nada más, salvo repetir en el *artículo 7* lo que dice la Constitución sobre la remisión del decreto “a la Asamblea Nacional, a los fines de su consideración y aprobación, dentro de los ocho (8) días siguientes a su publicación” lo que ocurrió el 14 de enero de 2016, a los efectos del control político del decreto; y en

el artículo 8 lo que también dice la Constitución sobre la remisión del decreto a “la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que se pronuncie sobre su constitucionalidad, dentro de los ocho (8) días siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial.”

1.2 Algunos principios sobre el control político de los decretos de estados de excepción

El artículo 339 de la Constitución, en efecto, dispone que el decreto que declare el estado de excepción:

“será presentado, *dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado*, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad.”

Se establece así, un doble régimen general de control parlamentario y judicial sobre los decretos de excepción, el cual se desarrolla en la Ley Orgánica de los Estados de Excepción,⁴ estableciendo normas particulares en relación con el control por parte de la Asamblea Nacional, por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo y por parte de los jueces de amparo.⁵ Además, respecto del control político, la norma prevé que el Decreto puede ser “revocado por [...] la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada,” antes del término señalado para su duración, “al cesar las causas que lo motivaron.”

En cuanto al control inicial de orden político debe notarse que la Constitución exige que el decreto se remita a la Asamblea, “*dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado*,” fecha que no necesariamente es el da la publicación, que podría ocurrir posteriormente. Sin embargo, las leyes y actos normativos del Estado solo entran en vigencia a la fecha de su publicación, no

⁴ G.O. N° 37.261 del 15 de agosto de 2001.

⁵ Véase sobre ello lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999: Estado Democrático y Social de Derecho*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VII, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; y en “El régimen constitucional de los estados de excepción” en Víctor Bazan (Coordinador), *Derecho Público Contemporáneo. Libro en Reconocimiento al Dr. German Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 1137-1149.

de su emisión, lo que se aplica como regla también a los Decretos de estados de excepción a los cuales se les otorga el rango de decreto ley.

Los ocho días para la remisión del decreto a la Asamblea Nacional por el Presidente de la República, conforme lo precisó el artículo 31 de la Ley Orgánica de los Estados de Excepción, se cuentan como “*días continuos siguientes a aquel en que haya sido dictado,*” teniendo la remisión a la Asamblea por objeto “su consideración y aprobación,” lo que corresponde hacer a la Asamblea incluso si el Presidente de la República no diere cumplimiento al mandato establecido durante el lapso mencionado, en cuyo caso, conforme a la Ley Orgánica, la Asamblea Nacional debe pronunciarse de oficio (art. 26).

La Constitución le atribuyó en esta forma al órgano parlamentario la potestad de control político sobre los decretos de estado de excepción, asignándole el poder de aprobarlos, y por supuesto de improbarlos. Cuando la Constitución dispone que el decreto se remita a la Asamblea “para su consideración y aprobación,” es por supuesto para su consideración, y como derivado de ello, para su aprobación o improbación. De lo contrario no sería control alguno, sino una simple rúbrica.

En todo caso, la decisión de la Asamblea de aprobar o improbar el Decreto, conforme a la Ley Orgánica, debe adoptarse por la mayoría absoluta de los diputados presentes en sesión especial que se debe realizar sin previa convocatoria, dentro de las 48 horas de haberse hecho público el decreto (art. 27), es decir, de su publicación en *Gaceta Oficial*. Sin embargo, en forma evidentemente incongruente con este término legal perentorio que no se ajusta al constitucional de ocho días, la Ley Orgánica dispone que si por caso fortuito o causa de fuerza mayor la Asamblea Nacional no se pronunciare dentro de los ocho días “continuos siguientes” a la recepción del decreto, éste se debe entender aprobado. Se establece así, la figura del silencio parlamentario positivo con efectos aprobatorios tácitos, pero dando por sentado que la Asamblea debe pronunciarse aprobando o no el decreto en el término de ocho días, pasado el cual la Ley presume su tácita aprobación.

Por tanto, estaba fuera de toda duda que el decreto de estado de excepción podía ser rechazado por la Asamblea, negándole su aprobación; de eso se trataba

el control político; en cuyo caso el decreto cesaba de tener vigencia y no podía producir efectos jurídicos. No tenía fundamento alguno, por tanto, lo afirmado sin argumentación por la Sala Constitucional en sentencia N° 7 dictada el 11 de febrero de 2016 con ocasión de resolver un recurso de interpretación de las normas relativas a los estados de excepción,⁶ que se comenta más adelante, en el sentido de que el “control político de la Asamblea Nacional sobre los decretos que declaran estados de excepción no afecta la legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica de los mismos.” Si no lo afecta, de nada valdría entonces establecer el control político, el cual no se limita a la sola posibilidad que tiene la Asamblea de revocar la prórroga del decreto de estado de excepción, antes del término establecido, al cesar las causas que lo motivaron.

Este control político sobre los decretos de los estados de excepción, por supuesto, es completamente distinto al control jurídico constitucional automático y obligatorio que sobre los mismos ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a la cual la Constitución le asignó competencia expresa para “revisar en todo caso, aún de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente de la República” (artículo 336,6), a cuyo efecto, como lo dice su artículo 339, y el artículo 31 de la Ley Orgánica, el Presidente de la República también debe remitir el decreto *dentro de los ocho días continuos siguientes de haberse dictado*, a “la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad.” En el mismo término, el Presidente de la Asamblea Nacional debe enviar a la Sala Constitucional, el Acuerdo mediante el cual se apruebe o rechace el estado de excepción.

En todo caso, si el Presidente de la República o el Presidente de la Asamblea Nacional, según el caso, no daban cumplimiento al mandato establecido en la norma en el lapso previsto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se debía pronunciar de oficio (art. 31). El efecto jurídico de la decisión de la Sala Constitucional que declarase la constitucionalidad del decreto, era que con posterioridad no podía intentarse una acción de inconstitucionalidad contra el mismo.

⁷ Véase en <http://historico.tsj.gob.gt/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>

Se trataba, por tanto de dos controles con dos efectos jurídicos distintos que debían efectuarse dentro del mismo lapso de ocho días, sin que hubiera orden alguno en el cual se podían adoptar las decisiones, pudiendo ser cualquiera de ellas antes que la otra. Sin embargo, si la Asamblea Nacional o la Comisión, dentro del término mencionado, decidiera antes que la Sala Constitucional desaprobandando el decreto de estado de excepción, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia debe omitir todo pronunciamiento, declarando extinguida la instancia (art. 33, Ley Orgánica);⁷ de lo que resulta que el control político tiene primacía sobre el control jurídico.

El objeto del control jurídico por parte de la Sala Constitucional, como lo expresamos hace años, es “para revisar la constitucionalidad de los decretos de excepción, es decir, que en su emisión se hubieran cumplido los requisitos establecidos en la Constitución (constitucionalidad formal) y en la Ley Orgánica; y segundo, que el decreto no viole la normativa constitucional ni la establecida en la Ley Orgánica,”⁸ como por ejemplo, que si en el decreto se restringe una garantía constitucional se dé cumplimiento a la exigencia de que el decreto debe “regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art.

⁷ Hemos considerado que esta norma legal es inconstitucional pues establece una limitación al ejercicio de sus poderes de revisión por la Sala, no autorizada en la Constitución, que puede efectuarse de oficio independientemente de que la Asamblea Nacional haya negado su aprobación. Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Constitucional Venezolano. Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, Tomo I, pp. Igualmente en el trabajo: “El régimen constitucional de los estados de excepción” en Víctor Bazán (Coordinador), *Derecho Público Contemporáneo. Libro en Reconocimiento al Dr German Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 1137-1149. La Sala Constitucional en su sentencia cita esta opinión mía, recogida en el trabajo: “Las Potestades Normativas del Presidente de la República: los Actos Ejecutivos de Orden Normativo” en *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional, Homenaje a: Jesús María Casal Montbrun* (Coordinadores: Jesús María Casal - Alfredo Arismendi A. - Carlos Luis Carrillo), Tomo I, Caracas 2007, pp. 527-528. La Sala citó éste último trabajo, concordando con mi opinión de que la Sala al “revisar la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente de la República, se trata de un control de la constitucionalidad automático y obligatorio que la Sala Constitucional debe ejercer incluso de oficio, lo cual puede hacer desde que se dicte y se publique en la Gaceta Oficial, y no sólo al final del lapso indicado ni sólo si no se le remite oficialmente al decreto.” La sentencia, con base en ello, de paso declaró por control difuso la inaplicabilidad de dicha norma y ordenó abrir juicio de nulidad contra la misma.

⁹ *Idem.*

339); es decir, que tiene que tener en sí mismo contenido normativo en relación con las restricciones al ejercicio del derecho constitucional respectivo.⁹

1.3 El control político ejercido por la Asamblea Nacional en relación con el decreto de emergencia económica de enero de 2016

El Decreto N° 2184 de 14 de enero de 2016 antes comentado, mediante el cual se decretó la emergencia económica en el país, fue presentado personalmente por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional con ocasión de su comparecencia para presentar su mensaje anual, dentro del término fijado en la Constitución, es decir, el día 15 de enero de 2016, que fue el día siguiente de su emisión. La decisión de control político que debía adoptar la Asamblea Nacional en el sentido de aprobar o improbar el decreto, e independientemente del control jurídico que correspondía ser ejercido por la Sala Constitucional, tenía que producirse entonces necesariamente dentro de los ocho días continuos siguientes a la emisión del decreto (que fue el 14 de enero), es decir, entre el 15 de enero y el 22 de enero de 2016 de manera que si en ese lapso no se producía la decisión expresa de la Asamblea, entonces conforme a la Ley debía considerarse que había sido aprobado tácitamente.

Y efectivamente, en sesión de la Asamblea Nacional del día 22 de enero de 2016 se discutió y aprobó un Acuerdo “con base en el Informe presentado por la Comisión Especial designada para examinar el Decreto N° 2184, del 14 de enero de 2016,” en el cual, como lo afirmó la Sala Constitucional en la misma sentencia citada, el órgano de representación popular “*desaprobó* políticamente dicho Decreto.” Dicho Acuerdo se tituló como:

“Acuerdo mediante el cual se *desaprueba* el Decreto N° 2184, del 14 de enero de 2016, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6.214 Extraordinario del 14 de enero de 2016, en el que se declaró el Estado de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional.”

⁹ *Idem.*

Conforme al artículo 30 de la Ley Orgánica, dicho Acuerdo parlamentario “entró en vigencia inmediatamente,” es decir, el mismo día 22 de enero de 2016, previendo dicha norma que debía ser publicado en la *Gaceta Oficial* y “difundido en el más breve plazo, por todos los medios de comunicación social, al día siguiente en que haya sido dictado, si fuere posible” (art. 30).

Ello significó, en derecho, que el Decreto N° 2184 de 14 de enero de 2016 mediante el cual el Presidente de la República había dictado un estado de excepción que como vimos de su contenido, en realidad no era tal, en todo caso había cesado de producir efectos jurídicos, a pesar incluso de que hubiese sido controlado jurídicamente por la Sala Constitucional y lo hubiese declarado conforme a la Constitución, lo que efectivamente la Sala Constitucional realizó mediante sentencia N° 4 del 20 de enero de 2016, en la cual al decir de la propia Sala “declaró el carácter constitucional del referido Decreto Presidencial, y, por ende, garantizando la legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica del mismo, dentro del marco constitucional.”

La Sala, en efecto en dicha sentencia resolvió:

“la constitucionalidad del Decreto sub examine, el cual fue dictado en cumplimiento de todos los parámetros que prevé la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción y demás normativas aplicables.”

Sin embargo, la Sala no se quedó en el ejercicio de su control jurídico sino que en forma evidentemente inconstitucional, pasó a ejercer sobre el mismo un “control político” usurpando las funciones de la Asamblea Nacional, al declarar en el mismo párrafo que reconocía:

“su pertinencia, proporcionalidad y adecuación, el cual viene a apuntalar con sólido basamento jurídico y con elevada significación popular, la salvaguarda del pueblo y su desarrollo armónico ante factores inéditos y extraordinarios adversos en nuestro país, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; sin perjuicio del control posterior que pueda efectuar esta Sala de conformidad con sus atribuciones constitucionales.”

1.4 El desconocimiento por la Sala Constitucional de la potestad de control político por parte de la Asamblea de los decretos de estado de excepción

Con posterioridad a la desaprobación del Decreto presidencial de emergencia económica por parte de la Asamblea Nacional, en fecha 3 de febrero de 2016, un grupo de ciudadanos que se identificaron como miembros de Consejos Comunales y de Comunas, acudieron ante la Sala Constitucional, para intentar un “recurso de interpretación de naturaleza constitucional,” sobre el artículo 339 de la Constitución, y los artículos 27 y 33 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, a cuyo efecto plantearon, entre otras, “*las siguientes dudas*” que en síntesis se refieren al ejercicio sobre las potestades de control político por parte de la Asamblea Nacional:

- (i) que las normas mencionadas nada establecieron sobre “las consecuencias para el Decreto que declara el estado de excepción” de la desaprobación por parte de la Asamblea Nacional;
- (ii) que una vez que el Decreto ha sido “declarado conforme a la Constitución” por la Sala Constitucional, “¿entonces en qué consiste la no aprobación de la Asamblea Nacional?”
- (iii) que si la decisión del Presidente en una situación de emergencia, el decreto que se dicte puede quedar sujeta a “la potestad evaluativa ya discrecional de la Asamblea Nacional, aun cuando se ha declarado su constitucionalidad?”;
- (iv) que si al establecerse la potestad de la Asamblea de revocar el decreto de estado de excepción, no debe considerarse que “es ese el control revocatorio?”;
- (v) que otorgada facultad de revocar el decreto a la Asamblea, no quiere decir esto que ese “es el control parlamentario político” no pudiendo la aprobación “tener ningún efecto modificatorio o suspensivo, sino más bien *prima facie* mantener intangible el Decreto, pese a su apreciación política?” y
- (vi) que si el Presidente de la República, no es “el único Juez de Mérito de su acto de gobierno o Decreto?”.

Todas esas “dudas,” para solicitar a la Sala finalmente que se pronunciase “sobre la vigencia del decreto 2.184 publicado en la Gaceta Oficial N° 6.214 Extraordinario de fecha 14 de enero de 2016.”

Es decir, ni más ni menos, lo que se solicitó fue mediante un recurso de interpretación constitucional, cuya decisión fue adoptada en violación flagrante a la garantía del debido proceso y al derecho a la defensa, que la Sala se pronunciase sobre la vigencia del Acuerdo de la Asamblea Nacional, que ya había desaprobado el decreto de estado de excepción.

Y ello lo hizo la Sala mediante sentencia N° 7 del 11 de febrero de 2016,¹⁰ en la cual básicamente lo que argumentó fue sobre el control judicial que ella debe hacer sobre los decretos de estados de excepción, que no era el tema planteado ni sobre el cual se le pedía decisión; de manera que luego de copiar citas de autores a diestra y siniestra, considerando que lo planteado era de mero derecho, procedió a decidir sin trámite alguno, reconociendo primeramente que si bien en la Constitución no se indica expresamente que la Asamblea Nacional al ejercer el control político sobre los decretos de estados de excepción, puede improbarlos,

“por lógica jurídica, la referencia expresa a la aprobación, en la Constitución de 1999, apareja la posibilidad contraria, es decir, la de la desaprobación, tal como lo ha reconocido esta Sala.”

Y de allí pasó la Sala a deducir una consecuencia también lógica, y que es que “la aprobación o desaprobación del decreto de estado de excepción, por parte de la Asamblea Nacional, lo afecta desde la perspectiva del control político y, por ende, lo condiciona políticamente, pero no desde la perspectiva jurídico-constitucional,” lo que sin duda corresponde a la Sala Constitucional, sin que aquél control político invalide este, aun cuando si se produce con anterioridad, éste ya no procede.

¹⁰ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-011.HTML>.

Pero a pesar de estas premisas lógicas, de seguida la Sala Constitucional pasó a concluir, contradiciéndolas, usurpando la función del Poder Legislativo y contradiciendo la Constitución, que a ella le correspondía en exclusiva decidir sobre “legitimidad, validez y vigencia jurídico-constitucional,” lo cual a su juicio “no le corresponde efectuar al Poder Legislativo Nacional,” limitando el control político de este solo a poder “revocar” los decretos de excepción al cesar las causas que lo motivaron. Para ello, más adelante, en su sentencia, después de citar a Locke y a Montesquieu, la Sala agregó en su razonamiento limitativo sobre el control político que corresponde a la Asamblea, que

“el Texto Constitucional vigente sólo se refiriere al sometimiento del decreto que declara estado de excepción a la Asamblea Nacional para su consideración y aprobación, y sólo alude, en el contexto de la prórroga de ese estado, a la posibilidad de revocatoria *“por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron.”*

Argumentando de paso y adicionalmente que, incluso, dicha revocación podría ser sometida a control de constitucionalidad ante la Sala Constitucional, reafirmando que a ella corresponde “el control supremo de los actos del Poder Público” para concluir, en definitiva que el control político por parte de la Asamblea Nacional es “un control relativo,” que supuestamente está sometido al control constitucional. En cambio el control que ejerce la Sala Constitucional,

“además de ser un control jurídico y rígido, es absoluto y vinculante, al incidir en la vigencia, validez, legitimidad y efectividad de los actos jurídicos, incluyendo los decretos mediante los cuales se establecen estados de excepción.”

Y después de estos “razonamientos” con los cuales supuestamente la Sala habría dado respuesta “a las inquietudes interpretativas presentadas,” sin más, terminó afirmando que:

“el control político de la Asamblea Nacional sobre los decretos que declaran estados de excepción no afecta la legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica de los mismos; y el Texto Fundamental prevé de forma

expresa que la Asamblea Nacional puede revocar la prórroga del decreto de estado de excepción, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron.”

O sea, la Sala simplemente desconoció la Constitución y el sentido del control político que tiene la Asamblea Nacional para poder aprobar o improbar el decreto de excepción, reduciendo dicho control político de la Asamblea pura simplemente, a solo poder revocar posteriormente el decreto de estado de excepción, pero incluso precisando que en dicho caso, podía ser objeto de control de la constitucionalidad por parte de la misma Sala; y de allí, a pesar de la ausencia de motivación jurídica, concluyó la Sala que el Decreto N° 2.184 de 14 de enero de 2016, que declaró el estado de emergencia económica en todo el territorio nacional:

“entró en vigencia desde que fue dictado y su legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídico-constitucional *se mantiene irrevocablemente incólume*, conforme a lo previsto en el Texto Fundamental.”

Para terminar, la Sala Constitucional se refirió a los lapsos para decidir sobre el control político por parte de la Asamblea Nacional, y a pesar de que la decisión de improbar el decreto de emergencia económica lo adoptó la Asamblea mediante acuerdo el día 22 de enero de 2016, es decir, dentro del lapso constitucional de 8 días continuos a partir del 14 de enero, incurrió en la insensatez de decir que como el artículo 27 hace referencia a una sesión especial que debe realizarse sin previa convocatoria dentro de las cuarenta y ocho horas de “haberse hecho público el decreto,” y la Asamblea no decidió sino dentro del lapso constitucional de ocho días, entonces, además, la misma

“vulneró la legalidad procesal, la seguridad jurídica y el debido proceso consagrado en el artículo 49 Constitucional, pilares fundamentales del Estado Constitucional de Derecho (*vid.* arts. 2, 7, 137, 334, 335 y 336 del Texto Fundamental), viciando de nulidad por inconstitucionalidad el proceso que culminó con el *constitucionalmente írrito* acuerdo dictado por la máxima representación del Poder Legislativo Nacional, el 22 de enero de 2016.”

Con ello, dijo la Sala contra toda lógica, que la Asamblea Nacional habría omitido “una forma jurídica esencial contemplada en la ley,” y desconociendo que efectivamente había decidido dentro del lapso constitucional, afirmó sin base alguna que se habría producido el “silencio positivo” lo cual es falso, pues solo está previsto cuando no se toma la decisión en el lapso de ocho días, concluyendo entonces con la afirmación de que “la Asamblea Nacional no cumplió oportunamente y, en fin, dentro de los límites constitucionales y legales, con el control político del referido decreto.”

Agregó además la Sala que como la misma había realizado el control jurídico dentro del mismo lapso de ocho días continuos siguientes a aquel en que se dictó el Decreto,

“no existe objetivamente, además, controversia constitucional entre órganos del Poder Público que resolver con relación a esa situación fáctica, a pesar de la irrita decisión negativa de la Asamblea Nacional pronunciada el día 22 de enero de 2016, *que debe entenderse como inexistente y sin ningún efecto jurídico-constitucional.*”

Y todo ello, porque a juicio de la Sala:

“el Poder Ejecutivo ejerció su competencia de dictar el decreto de emergencia económica, el Poder Legislativo no cumplió con su obligación de considerarlo en sesión especial dentro de las 48 horas después de haberse hecho público el decreto y la Sala Constitucional ejerció su atribución de declarar la constitucionalidad del mismo de manera oportuna, mediante sentencia n.º 4 del 20 de enero de 2016.”

Así, la Sala Constitucional, con ocasión de decidir un recurso de interpretación constitucional, terminó declarando “irrito,” es decir, sin validez ni fuerza obligatoria, o en palabras de la propia Sala “*inexistente y sin ningún efecto jurídico-constitucional*” el Acuerdo de la Asamblea Nacional improbando el Decreto de Emergencia Económica, y todo ello, en un proceso en el cual no podía “anular” un acto de la Asamblea Nacional, sin seguir el procedimiento de los juicios de nulidad, por lo que, usando las propias palabras de la Sala Constitucional en la sentencia: “vulneró la legalidad procesal, la seguridad

jurídica y el debido proceso consagrado en el artículo 49 Constitucional, pilares fundamentales del Estado Constitucional de Derecho (*vid.* arts. 2, 7, 137, 334, 335 y 336 del Texto Fundamental),” viciando de nulidad por inconstitucionalidad el proceso que culminó con la “*constitucionalmente írrita*” sentencia de fecha 11 de enero de 2016.

Pero como la Sala Constitucional no tiene quien la controle, pudo cometer esta y las otras inconstitucionalidades que analizamos en este libro, impunemente.

Debe destacarse, finalmente, que la Sala Constitucional en ejercicio del control difuso de constitucionalidad, también resolvió en su sentencia desaplicar el artículo 33 de la Ley Orgánica de Estados de Excepción que establece:

Artículo 33. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia omitirá todo pronunciamiento, si la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada desaprobare el decreto de estado de excepción o denegare su prórroga, declarando extinguida la instancia.

Para ello, la Sala se basó en una opinión del profesor Ramón José Duque Corredor y en otra opinión de quien esto escribe, que cita, en la cual consideré que esta norma podía considerarse inconstitucional:

“pues establece una limitación al ejercicio de sus poderes de revisión por la Sala, no autorizada en la Constitución. La revisión, aún de oficio, del decreto de estado de excepción puede realizarse por la Sala Constitucional, independientemente de que la Asamblea Nacional haya negado su aprobación, máxime si el decreto, conforme a la Ley Orgánica al entrar en vigencia ‘en forma inmediata’ incluso antes de su publicación, ha surtido efectos.”¹¹

Con base en ello, para decidir que “lo ajustado al orden constitucional es desaplicar por control difuso de la Constitución” dicha norma del artículo 33 de la Ley Orgánica, la Sala Constitucional indicó que:

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Las Potestades Normativas del Presidente de la República: Los Actos Ejecutivos de Orden Normativo” en *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional*. tomo I, Universidad católica Andrés Bello, Caracas, 2007, pp. 527-528.

“Tal como concluye el referido autor, y con lo cual concuerda esta máxima instancia constitucional, revisar la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente de la República, se trata de un control de la constitucionalidad automático y obligatorio que la Sala Constitucional debe ejercer incluso de oficio, lo cual puede hacer desde que se dicte y se publique en la *Gaceta Oficial*, y no sólo al final del lapso indicado ni sólo si no se le remite oficialmente al decreto. Por lo que afirma que el artículo 33 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, el cual señala que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia omitirá todo pronunciamiento si la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada desaprobare el decreto de estado de excepción o denegare su prórroga, declarando extinguida la instancia, es, en efecto, inconstitucional, pues establece una limitación al ejercicio de sus poderes de revisión por la Sala, no autorizada en la Constitución y que quebranta la propia supremacía y protección última del Texto Fundamental.”

Podía la Sala, sin duda, ejercer dicho control difuso de constitucionalidad sobre la primacía que la Ley otorgó al control político sobre el control jurídico, pero lo que no podía era restringir, violando la Constitución, el control político que correspondía a la Asamblea Nacional.

1.5 La declaración de constitucionalidad de la prórroga del Decreto de Emergencia Económica, y su obligatoriedad para el Poder Público (incluyendo la Asamblea Nacional) decretada por la Sala Constitucional

El mencionado Decreto estado de emergencia económica en todo el territorio nacional N° 2.184 de 14 enero de 2016, fue prorrogado por 60 días más, mediante el Decreto N° 2.270 del 11 de marzo de 2016,¹² y conforme a las mismas normas constitucionales antes mencionadas, fue sometido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para decidir sobre su constitucionalidad.

¹² Véase *Gaceta Oficial* N° 6219 Extra de 11 de marzo de 2016.

La Sala Constitucional mediante sentencia N° 184 de 17 de marzo de 2016,¹³ procedió a declarar la constitucionalidad del decreto de prórroga, agregando que ello “motiva el respaldo orgánico de este cuerpo sentenciador de máximo nivel de la Jurisdicción Constitucional, hacia las medidas contenidas en el Decreto objeto de examen de constitucionalidad;” terminando con la declaración general de que dicho Decreto “deberá ser acatado y ejecutado por todo el Poder Público,” lo que incluía por supuesto a la Asamblea Nacional, desconociendo así su competencia constitucional para efectuar el control político del decreto y poder improbarlo; y reafirmando para que no quedase duda, que “en su condición de máxima y última intérprete de la Constitución [...] sus decisiones sobre dichas normas y principios son estrictamente vinculantes en función de asegurar la protección y efectiva vigencia de la Carta Fundamental.”

Con la sentencia, en definitiva, la Sala Constitucional vació totalmente a la Asamblea Nacional de su potestad de ejercer el control político sobre los estados de excepción, violando abierta y arteramente la Constitución.

2. Los ataques de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional cercenándole sus poderes de control político sobre el gobierno y de la administración pública

2.1 El intento fallido de la Asamblea de ejercer el control político sobre el Gobierno y la Administración para estudiar el decreto de emergencia económica

Durante los días siguientes al de la comparecencia del Presidente de la República ante la Asamblea Nacional para presentar su Mensaje anual (15 de enero de 2016), y con ocasión de la consignación ante la Asamblea del Decreto de Estado de Emergencia Económica, la Asamblea Nacional, como le corresponde constitucionalmente, requirió la comparecencia de los Ministros del área económica ante sus Comisiones, precisamente a los efectos de considerar el decreto de estado de emergencia económica que se había dictado a los efectos de su aprobación o improbación.

¹³ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/sconmarzo/186437-184-17316-2016-16-0038.html>.

La respuesta del gobierno fue ignorar los requerimientos de la Asamblea, por lo cual, el 21 de enero de 2016, que era el día anterior al vencimiento del lapso para que la Asamblea emitiera su Acuerdo aprobando o improbando el mencionado decreto, el Presidente de la Asamblea resumió la situación de desacato del Poder Ejecutivo, expresando según reseñaron los medios que:

“Es muy grave que se nieguen los ministros y el gobierno a esta comparecencia pública, que es constitucional y legal. Esto es muy grave, es un desacato. Debe ser que las informaciones que tienen que dar al país son muy graves y malas, pero no pueden negar la realidad de Venezuela”, afirmó.

Ramos Allup indicó que el vicepresidente de la República, Aristóbulo Istúriz, fue quien le informó que los ministros no asistirían. El gobierno solicitaba que la comparecencia fuera a puerta cerrada. “Querían que se hiciera sin la presencia de los medios y nos negamos rotundamente a semejante petición. La AN es un espacio abierto para la presencia de todos los medios, nacionales e internacionales”, dijo.

El presidente de la AN aclaró que no se trataba de un “reality show,” como lo dijo Héctor Rodríguez: “Se trata de responder a preguntas escritas, de una manera muy seria y formal. Lamentamos muchísimo que se haya privado al país en directo, por parte de los propios ministros, de cuál es la realidad del país.”

La Asamblea Nacional tiene hasta mañana a las 12:00 de la noche para aprobar o no el Decreto de Emergencia Económica, presentado por el presidente Nicolás Maduro.

Ante la falta de tiempo para convocar a una nueva comparecencia, Ramos Allup informó que la comisión tomará una decisión con la información que disponga.

“Nos reuniremos con la comisión, lo discutiremos en plenaria y tomaremos una decisión,” dijo.¹⁴

¹⁴ Véase en https://www.facebook.com/permalink.php?id=374440365912-712&story_fbid=999122600111149.

El tema del evidente desacato de los Ministros ante los requerimientos de la Asamblea, sin embargo, fue decidido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pero insólitamente, no garantizando lo que expresa la Constitución, sino en contra de ella, limitando y reglamentando inconstitucionalmente las potestades de control político de la Asamblea Nacional sobre el gobierno y la Administración Pública.

En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia N° 9 del 1° de marzo de 2016 dictada con ocasión de un “*Recurso de interpretación*” abstracta de los artículos 136, 222, 223 y 265 la Constitución intentado por un grupo de ciudadanos,¹⁵ en violación de las más elementales y universales principios que rigen la administración de justicia, procedió a cercenar y restringir las potestades de control político de la Asamblea Nacional, sobre el Gobierno y la Administración Pública, materialmente liberando a los Ministros de su obligación de comparecer ante la Asamblea cuando se les requiera para investigaciones, preguntas e interpelaciones; y adicionalmente como se verá más adelante, negándole a la Asamblea su potestad de auto control sobre sus propios actos parlamentarios.

Y ello lo hizo, en primer lugar, utilizando de nuevo una forma procesal viciada para ejercer el control de constitucionalidad de los actos estatales como es el llamado “recurso de interpretación” abstracta de la Constitución, con el que ha terminado declarando nulos unos actos actuales y “futuros” de la Asamblea Nacional.

En segundo lugar, la decisión la dictó la Sala Constitucional, en contra de la Asamblea Nacional, sin siquiera haber oído previamente a la misma a través

¹⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153>. HTML Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública; y la reacción de la Asamblea Nacional contra a la sentencia N° 9 de 1-3-2016,” en [http://www.allanbrewercarias.com/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016\).pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016).pdf).

de sus representantes, violando el derecho al debido proceso y a la defensa, que son de carácter absoluto, en términos de la propia Sala.

En tercer lugar, al conocer del recurso y dictar sentencia, la Sala Constitucional actuó en el caso, en violación del más elemental principio de justicia natural, actuando como juez y parte, pues precisamente a lo que se refirió el recurso era a la potestad de la Asamblea de revocar el inconstitucional nombramiento de algunos de los Magistrados que precisamente debían firmar la sentencia.

En cuarto lugar, al dictar normas sobre el funcionamiento de la Asamblea y el ejercicio de sus poderes de control sobre el Gobierno y la Administración Pública, lo que sólo puede hacer la propia Asamblea Nacional, usurpando así la función normativa de la Asamblea que solo puede materializarse en el reglamento interior y de debates, y de paso, declarar como inconstitucionales algunas previsiones del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea y de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios Públicos ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, todo con el objeto de encasillar y restringir las potestades de control político de la Asamblea sobre el Gobierno y la Administración Pública; y de cercenarle a la Asamblea la potestad de controlar y revisar sus propios actos cuando estén viciados de nulidad absoluta, y revocarlos en consecuencia.

2.2 El viciado uso del llamado recuso de interpretación constitucional para ejercer el control de constitucionalidad, violando además, la garantía del debido proceso

Desde que la Sala Constitucional inventó al margen de la Constitución el llamado “recurso de interpretación” abstracta de la Constitución mediante la sentencia N° 1077 del 22 de septiembre de 2000 (caso: *Servio Tulio León*), el cual puede ser intentado por cualquier persona, incluso el Estado mismo a través de la Procuraduría General de la República, para buscar un pronunciamiento abstracto, es decir, sin referencia a caso concreto alguno y sin debate ni confrontación de opiniones de los que puedan estar interesados en la “interpretación,” hemos criticado la institución, como un diabólico instrumento mediante el cual la Sala Constitucional bajo la excusa de la

interpretación,¹⁶ administra justicia “a la carta,” según lo que les apetezca a los propios Magistrados de la Sala o lo que le provoque al propio gobierno, usando para ello a veces peticiones prefabricadas formuladas por cualquier persona “amiga” siempre dispuesta a presentar un escrito ya elaborado para “litigar” sin litigar, o del propio representante del Estado.

Y eso es lo que ha ocurrido en este caso en el cual, tres abogados, presumiblemente hermanos por llevar los mismos apellidos, actuando según la Sala “en su condición de integrantes del sistema de justicia, como ciudadanos interesados en el adecuado funcionamiento de los poderes públicos,” sólo argumentando que tenían “dudas” de lo que pudieran decir los artículos 136, 222, 223 y 265 de la Constitución. El recurso de interpretación lo intentaron el 17 de febrero, y ya el 23 de febrero la Sala había designado Ponente, desarrollándose entonces un “proceso constitucional clandestino” como “de mero derecho,” del cual solo estuvieron enterados los recurrentes y el Ponente, y nadie más. El “proceso” tuvo por objeto nada más y nada menos que cercenarle a la Asamblea Nacional, es decir, a los representantes de un pueblo que se rebeló políticamente el 6 de diciembre de 2015, dándole a la oposición la mayoría calificada de la Asamblea, sus poderes parlamentarios de control sobre el Gobierno y la Administración Pública, y además, sobre sus propios actos.

Aun cuando en la “demanda,” los demandantes también solicitaron interpretación sobre el alcance de las potestades de control político de la Asamblea Nacional en relación con los otros Poderes Públicos. A pesar de que el control político de la Administración Pública que la Asamblea tiene constitucionalmente asignado comprende no sólo la que se encuentra en el

¹⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,*” en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27. Véase además sobre ello, e trabajo “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad,” en *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319-362; Luis Alfonso Herrera Orellana, “El “recurso” de interpretación de la Constitución. Reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso” en *Revista de derecho público*, N°. 113, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 7-30.

ámbito del Poder Ejecutivo sino también en el de los otros Poderes del Estado,¹⁷ en estas notas limitaremos nuestros comentarios, al aspecto medular del debate que nunca se dio, que es el relativo al control parlamentario de la Asamblea en relación con el Gobierno y la Administración Pública que conforman el Poder Ejecutivo Nacional, y sus propios actos.

Las normas cuya “interpretación” se solicitó fueron las que regulan las potestades de control político de la Asamblea Nacional, establecidas básicamente en los artículo 222 y 223 de la Constitución antes mencionados, cuyo contenido, por supuesto, nada tienen de ambiguo u oscuro, que pudiera ameritar “interpretación” alguna. Sin embargo, los “demandantes,” respecto de la comparecencia de los Ministros ante la Asamblea Nacional para interpellaciones, investigaciones y preguntas conforme al artículo 222 y 223, argumentaron que como los mismos deben presentar anualmente una “memoria razonada y suficiente sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior” (art. 244), la citación a comparecer ante la Asamblea les planteaba una supuesta “*duda razonable*” respecto a si, con ello:

“la Asamblea Nacional se estaría adelantando en solicitar la comparecencia de estos funcionarios, cuando la misma Constitución, en su artículo 244, establece el lapso para que dichas autoridades rindan la memoria razonada y suficiente sobre la gestión de su despacho del año inmediatamente anterior.

El otro aspecto relevante reposa en la incertidumbre que surge con relación a si, puede la Asamblea Nacional, con fundamento en las funciones de control y vigilancia establecidas en la Carta Fundamental, exigir la comparecencia de tales funcionarios para discutir el futuro económico del país y diseñar las políticas públicas y líneas de acción administrativa a ser desarrolladas por el Poder Ejecutivo, funciones estas últimas que el Texto Constitucional, en sus artículos 226, 238, 239 y 242,

¹⁷ Véase sobre el ámbito de la Administración Pública en la Constitución y en la Ley Orgánica de Administración Pública, lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, Introducción General al régimen jurídico de la Administración Pública” en Allan R. Brewer Carías et al, *Ley Orgánica de la Administración Pública*, 4ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 14-17.

le otorga, de manera exclusiva y excluyente, al Poder Ejecutivo cuando le asigna competencia para dirigir la acción de gobierno.”

Agregaron los demandantes en relación con los artículos 222 y 223 de la Constitución que además:

“surgen grandes incertidumbres respecto a si, puede la Asamblea, dentro de su función de control y vigilancia, convocar a los altos funcionarios a fin de “diagnosticar y diseñar políticas públicas”[...] cuando pareciera que el mecanismo constitucional que ejerce la Asamblea va dirigido a interpelar e investigar a los funcionarios públicos para la determinación de sus responsabilidades políticas por actuaciones concretas en su gestión administrativa.”

Y todo ello considerando, supuestamente, que “las investigaciones desarrolladas por el Poder Legislativo, deben propender a la revisión de actuaciones materiales desarrolladas por el Ejecutivo y la determinación de responsabilidades, políticas, administrativas, patrimoniales,” y supuestamente nada más.

Los “demandantes” exigieron de la Sala en esta materia una “decisión urgente” a los efectos de establecer y determinar “de manera clara y precisa, el contenido y alcance de la función de control y vigilancia ejercida por el Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo Nacional.”

A pesar de que la “demanda” de interpretación constitucional claramente incidía sobre los poderes constitucionales de la Asamblea Nacional, la cual, además, es la representación popular en la organización del Estado, como se dijo, la Sala Constitucional se dio el lujo de dictar sentencia violando abiertamente la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa de la Asamblea, garantizado en el artículo 49 de la Constitución, contrariando su propia doctrina, que la considera como una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho;”¹⁸ que exige que “cualquiera sea la vía escogida para la defensa de los derechos

¹⁸ Véase sentencia N° 123 de la Sala Constitucional (Caso: *Sergio J. Meléndez*) de 17 de marzo de 2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 143.

o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva,¹⁹ al punto de que ni siquiera puede ser desconocido por el legislador.²⁰

Ello hace dicha sentencia nula, por inconstitucional. No es posible concebir que en un “proceso constitucional” se “juzgue” sobre las potestades de control político que corresponden constitucionalmente a la Asamblea Nacional, y se anulen actos dictados por la misma, incluso actos “futuros,” sin que siquiera se haya citado a sus representantes a argumentar ante la Sala, y a defender sus decisiones.

Así como la propia Sala dijo en su sentencia que el Poder Legislativo Nacional “está sometido a la Constitución,” también la Sala Constitucional a pesar de ser la máxima intérprete de la Constitución, está sometido a ella y no puede violarla impunemente, y si bien no hay mecanismo para controlarla, ello no excluye que el pueblo no tenga el derecho de desconocer sus decisiones como ilegítimas, conforme al artículo 350 de la propia Constitución.

2.3 La potestad parlamentaria para controlar políticamente al Gobierno y a la Administración Pública y su regulación restrictiva por la Sala Constitucional

La sentencia de la Sala Constitucional N° 184 de 17 de marzo de 2016, en primer lugar, incidió directamente en el control político que conforme a los artículos 222 y 223 de la Constitución, le corresponde ejercer a la *Asamblea Nacional sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional* y, por tanto, sobre los funcionarios públicos de los mismos. El Gobierno conforme a la Constitución abarca a los niveles superiores del Poder Ejecutivo; y la Administración Pública, conforme a la propia Constitución abarca a todos

¹⁹ Véase sentencia N° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes*), en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 148.

²⁰ Véase sentencia N° 321 de 22 de febrero de 2002 (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*) en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, (enero-diciembre) Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

los órganos del Estado que ejerzan la función administrativa y desarrollen funciones administrativas, cualquiera que sea la rama del Poder Público en la cual se encuentran. Por ello fue absolutamente errada la afirmación de la Sala Constitucional, en el sentido de que la Administración Pública solo está reducida al Poder Ejecutivo Nacional, cuando la Administración Pública del Poder Ciudadano, del Poder Electoral y del Poder Judicial (Dirección Ejecutiva de la Magistratura) son parte de la Administración Pública.²¹

Aparte de este grave error, en relación con el control parlamentario sobre los órganos del Poder Ejecutivo, la Sala destacó que una expresión principal de dicho control político-parlamentario en lo que se refiere al Jefe del Ejecutivo Nacional (artículo 226), cuando se le exige en el artículo 237 presentar cada año personalmente a la Asamblea Nacional un mensaje en el que debe dar cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior; ámbito al cual, según la Sala Constitucional, “se ajusta ese control en lo que respecta al Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional.” Agregó la Sala Constitucional, que respecto del Vicepresidente Ejecutivo (artículo 238) “ese control se expresa en la moción de censura al mismo, dentro del marco Constitucional” (artículo 240); y respecto de los Ministros, el control parlamentario encuentra expresión esencial en el artículo 244, cuando dispone que los mismos “presentarán ante la Asamblea Nacional, dentro de los primeros sesenta días de cada año, una memoria razonada y suficiente sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior, de conformidad con la ley;” disponiendo además, el artículo 246 que los Ministros pueden ser objeto de una moción de censura por parte de la Asamblea.

En esto, lo que hizo la Sala Constitucional fue simplemente glosar los artículos pertinentes de la Constitución, lo que en cambio no hizo al analizar los artículos 222 y 223 respecto del control político parlamentario en relación con los demás funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional, “distintos al Presidente de

²¹ Véase sobre el ámbito de la Administración Pública en la Constitución y en la Ley Orgánica de Administración Pública, lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, Introducción General al régimen jurídico de la Administración Pública” en Allan R. Brewer Carías et al, *Ley Orgánica de la Administración Pública*, 4ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 14-17.

la República, Vicepresidente Ejecutivo, y Ministros,” procediendo sin ninguna fundamentación constitucional, a “legislar” en materia de control político parlamentario, supuestamente “para dar legitimidad y validez” a las actuaciones de la Asamblea, usurpando por supuesto su propia potestad normativa para ello, imponiéndole a la misma, como si fuera “legislador” por encima de la Asamblea, las siguientes normas o reglas de actuación, todas inconstitucionales por estar viciadas de usurpación de funciones normativas que solo corresponden a la Asamblea ejercer al dictar su reglamento interior y de debates:

Primera regla, que el control político que ejerza la Asamblea, lo debe ejercer:

“conforme a las demás reglas, valores y principios que subyacen al mismo, especialmente, el axioma de colaboración entre poderes, así como los de utilidad, necesidad y proporcionalidad, para que logre su cometido constitucional.”

Segunda regla, que el control no debe afectar “el adecuado funcionamiento del Ejecutivo Nacional,” y, en consecuencia, debe evitarse “que el mismo termine vulnerando los derechos fundamentales.”

Tercera regla: que para realizar el control parlamentario,

“debe observarse la debida coordinación de la Asamblea Nacional con el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, tal como lo impone el artículo 239.5 Constitucional, para encausar la pretensión de ejercicio del referido control (canalización de comunicaciones, elaboración de cronograma de comparecencias, etc.), respecto de cualquier funcionario del Gobierno y la Administración Pública Nacional.”

Cuarta regla, que dicha coordinación es a los efectos de que:

“la Vicepresidencia Ejecutiva de la República centralice y coordine todo lo relacionado con las comunicaciones que emita la Asamblea Nacional con el objeto de desplegar la atribución contenida en el artículo 187.3 Constitucional, desarrolladas en los artículos 222 al 224 eiusdem.”

Quinta regla, que la Asamblea Nacional al ejercer sus funciones de control, debe sopesar que:

“la insistencia de peticiones dirigidas hacia el Poder Ejecutivo Nacional e, inclusive, hacia el resto de poderes públicos, pudiera obstaculizar gravemente el funcionamiento del Estado, en detrimento de la garantía cabal de los derechos de las ciudadanas y ciudadanos, así como también de los derechos irrenunciables de la Nación.”

Sexta regla, que a tal efecto:

“las convocatorias que efectúe el Poder Legislativo Nacional, en ejercicio de las labores de control parlamentario previstas en los artículos 222 y 223, con el objeto de ceñirse a la juridicidad y evitar entorpecer el normal funcionamiento de los Poderes Públicos, deben estar sustentadas en todo caso en el orden constitucional y jurídico en general.”

Séptima regla, que a tales efectos, las referidas convocatorias “deben estar dirigidas justamente a los funcionarios y demás personas sometidas a ese control,” indicando:

- (i) “La calificación y base jurídica que la sustenta;”
- (ii) “el motivo y alcance preciso y racional de la misma;”
- (iii) “orientarse por los principios de utilidad, necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y colaboración entre poderes públicos;” y
- (iv) “sin pretender subrogarse en el diseño e implementación de las políticas públicas inherentes al ámbito competencial del Poder Ejecutivo Nacional.”

Octava regla: que en el control político parlamentario sobre los funcionarios, debe realizarse:

“permitiendo a los funcionarios que comparecen, solicitar y contestar, de ser posible, por escrito, las inquietudes que formule la Asamblea Nacional o sus comisiones.”

Novena regla, que en esos casos, inclusive, debe garantizarse a los funcionarios:

“si así lo solicitaren, ser oídos en la plenaria de la Asamblea Nacional, en la oportunidad que ella disponga, para que el control en cuestión sea expresión de las mayorías y minorías a lo interno de ese órgano del Poder Público, las cuales han de representar a todas y todos los ciudadanos, y no únicamente a un solo sector.”

Décima regla: que conforme al artículo 224 de la Constitución:

“el ejercicio de la facultad de investigación de la Asamblea Nacional no afecta [y, por ende, no ha de afectar] las atribuciones de los demás poderes públicos, pues obviamente la Constitución no avala el abuso ni la desviación de poder, sino que, por el contrario, plantea un uso racional y equilibrado del Poder Público, compatible con la autonomía de cada órgano del mismo, con la debida comprensión de la cardinal reserva de informaciones que pudieran afectar la estabilidad y la seguridad de la República, y, en fin, compatible con los fines del Estado.”

Décima primera regla: *que respecto de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, el único control político parlamentario posible respecto de la misma es “a través de su Comandante en Jefe y del control parlamentario mediante el control político que se ejerce sobre su Comandante en Jefe y autoridad jerárquica suprema” que es el Presidente de la República, solamente cuando presenta su mensaje anual ante la Asamblea para dar cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior, a lo cual, dispuso la Sala, que “se limita el control previsto en el artículo 187.3 Constitucional -desarrollados en los artículos 222 y 223, en lo que respecta a dicha Fuerza.”*

Por último, *además, respecto de “las especificidades y a la forma en que deben desarrollarse las comparecencias ante la Asamblea Nacional, por parte del Ejecutivo Nacional y a la relación coordinada que debe existir entre ambas ramas del Poder Público,” la Sala ordenó al Presidente de la República (al expresar que “tiene y debe”) proceder a reglamentar la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios Públicos o los Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones:*

“con la finalidad de armonizar el normal desarrollo de las actuaciones enmarcadas en ese instrumento legal y demás ámbitos inherentes al mismo, siempre respetando su espíritu, propósito y razón.”

Es decir, que incluso, el propio Poder Ejecutivo está obligado por la Sala Constitucional a limitar aún más las funciones de la Asamblea, al reglamentar dicha Ley.

Todo esto, por supuesto fue y es absolutamente inconstitucional, pues la Sala Constitucional no solo no es legislador, sino que no puede restringir ni regular las funciones de la Asamblea Nacional, que ejerce la representación popular; ni puede excluir de control político parlamentario sobre la Fuerza Armada Nacional, que es parte de la Administración Pública Nacional, y menos cuando a la misma se han asignado áreas de importancia de la actividad administrativa como han sido, por ejemplo, recientemente, los servicios de la industria petrolera y gas, con la creación de la Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG), cuyas actividades ni siquiera tienen que ver con la administración de los asuntos militares.

La secuela de todo ello, sin embargo, fue para la Sala Constitucional considerar y declarar, de oficio, mediante control difuso de constitucionalidad, la inconstitucionalidad de diversas normas del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, y de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios Públicos y los particulares ante la Asamblea Nacional, procediendo a abrir también de oficio, sendos procesos de nulidad por inconstitucionalidad de dichas normas.

3. El fin del control político que debe ejercer la Asamblea Nacional: la inconstitucional “restricción” impuesta por el Presidente de la República, respecto de su potestad de aprobar votos de censura contra los ministros

No contento con la aniquilación de la Asamblea Nacional por obra del Juez Constitucional, el Presidente de la República, también irrumpió contra la Constitución, y dio otro golpe de Estado contra la Asamblea Nacional, al dictar el Decreto N° 2.309 de 2 de mayo de 2016,²² mediante el cual pretendió “restringir y suspender” la potestad constitucional de la misma de aprobar votos de censura contra los Ministros, cuando lo juzgue políticamente oportuno y conveniente, a su exclusivo juicio.

Dicho acto presidencial también era absolutamente nulo e ineficaz, en los términos del artículo 138 de la Constitución, por estar viciado de usurpación de autoridad. Con este acto, después de que el Tribunal Supremo como antes hemos analizado, le negó a la Asamblea Nacional el poder ejercer autónomamente el control político en relación con las actuaciones del Gobierno y de la Administración Pública, entonces fue el Poder Ejecutivo Nacional el que directamente arremetió contra la Asamblea en forma totalmente inconstitucional.

²² Véase en *Gaceta Oficial* Extra. N° 6225 de 2 de mayo de 2016. Véase los comentarios a dicho decreto en Allan R. Brewer-Carías, “La inconstitucional “restricción” impuesta por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional para aprobar votos de censura contra los ministros.” 8 de mayo de 2016, en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/BREWER.%20INCONSTITUCIONAL%20RESTRICCI%C3%93N%20CENSURA%20ASAMBLEA%20A%20MINISTROS%208.5.2016.pdf>

En efecto, entre las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional, que permiten considerar el sistema de gobierno en Venezuela contrariamente a lo afirmado por la Sala Constitucional, como un sistema presidencial “con sujeción parlamentaria,”²³ está la atribución establecida en el artículo 187.10 de la Constitución que le asigna el poder de:

“10. Dar voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva y a los Ministros o Ministras. La moción de censura sólo podrá ser discutida dos días después de presentada a la Asamblea, la cual podrá decidir, por las tres quintas partes de los diputados o diputadas, que el voto de censura implica la destitución del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva o del Ministro o Ministra.”

La consecuencia de la aprobación de un voto de censura a los altos funcionarios del Poder Ejecutivo, como manifestación del control político que a la Asamblea corresponde ejercer sobre los mismos, está establecida en la misma Constitución según que la censura se apruebe en relación con el Vicepresidente Ejecutivo o con los Ministros, en la siguiente

Artículo 240. La aprobación de una moción de censura al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, por una votación no menor de las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, implica su remoción. El funcionario removido o funcionaria removida no podrá optar al cargo de Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, o de Ministro o Ministra por el resto del período presidencial.

Artículo 246. La aprobación de una moción de censura a un Ministro o Ministra por una votación no menor de las tres quintas partes de los o

²³ Contrariamente a lo que recientemente comienza a afirmar la Sala Constitucional, en el sentido de que Venezuela tendría un sistema “*fundamentalmente presidencialista de gobierno*” o un “*sistema cardinally presidencial de gobierno.*” Véase la sentencia N° 269 de 21 de abril de 2016, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/187363-269-21416-2016-11-0373.HTML> Véase sobre el sistema de gobierno en Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, “El sistema presidencial de gobierno en la Constitución de Venezuela de 1999,” en el libro: *Estudios sobre el Estado constitucional (2005-2006)*, Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 475-624

las integrantes presentes de la Asamblea Nacional, implica su remoción. El funcionario removido o funcionaria removida no podrá optar al cargo de Ministro o Ministra, ni de Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva por el resto del período presidencial.

Y más nada dispone la Constitución. Estas son las normas que regulan esta competencia que es esencialmente de carácter político para ser ejercida por un órgano que es esencialmente político, y que pone en funcionamiento el ejercicio de un control político por parte de la mayoría que controla políticamente a la Asamblea Nacional en relación con la ejecución de las políticas públicas por parte del Poder Ejecutivo.

En uso de estas atribuciones, la Asamblea Nacional, luego de los debates correspondientes, aprobó un Acuerdo²⁴ mediante el cual dio un Voto de Censura al Ministro para la Alimentación, Marco Torres, por su incomparecencia ante la Asamblea para ser interpelado y oído, lo “que fue considerado por el órgano legislativo como una renuencia del Gobierno a explicar la situación de escasez de alimentos en el país.” Como lo explicó el Presidente de la Asamblea Nacional: “hubiese sido preferido escuchar al ministro Marco Torres, quien había sido citado por la Cámara para que viniera a la sesión de este jueves, pero tampoco se presentó.” Luego de explicar que la invitación al funcionario le fue enviada también al vicepresidente de la República, Aristóbulo Istúriz, dijo: “Hemos cumplido estrictamente con el dispositivo constitucional; hubiésemos querido escuchar la exposición del ministro Marco Torres sobre la crisis alimentaria.”²⁵

La reacción del gobierno fue inmediata en contra de la Asamblea Nacional. El mismo día 28 de abril, el Presidente de la República expresó desconociendo la Constitución, que “al ministro de Alimentación no lo remueve nadie,”²⁶

²⁴ Véase “Asamblea aprueba voto de censura al ministro de Alimentación Marco Torres,” en *El Universal*, 28 de abril de 2016, en http://www.eluni-versal.com/noticias/politica/asamblea-aprueba-voto-censura-ministro-alimentacion-marco-torres_307078 Véase igualmente en: <http://m.pano-rama.com.ve/politicayeconomia/AN-debate-voto-de-censura-a-ministro-de-Alimentacion-Rodolfo-Marco-Torres-20160428-0027.html>

²⁵ *Idem*.

²⁶ Véase en http://www.eluniversal.com/noticias/politica/maduro-rechaza-voto-censura-ministro-alimentacion-marco-torres_307192.

rechazando el Voto de Censura contra el mismo,²⁷ expresando entre otras cosas que:

“Esa decisión es írrita y nula, y como írrita y nula no existe, así de sencillo. Le digo al señor Ramos Allup, al ministro no lo remueve nadie. Acate la sentencia del TSJ,” agregando además que:

“La Asamblea Nacional debe acatar en todas sus partes, la sentencia del TSJ y sencillamente ellos han declarado abiertamente que no la van a acatar, y estamos en el marco de una emergencia económica, esos artículos de la Constitución, vamos a revisar para sacar un decreto en el marco del decreto vigente, constitucional, que emití desde el mes de enero, para dejar sin efecto constitucionalmente mientras dure la emergencia económica, cualquier sabotaje que haga la Asamblea Nacional contra cualquier ministro, institución u órgano del poder popular, vamos a sacar un decreto especial de emergencia, mañana mismo.”²⁸

Estas primeras apreciaciones sobre la supuesta incompatibilidad del ejercicio del control político por parte de la Asamblea Nacional, el supuesto “desacato” por la misma de la sentencia de la Sala Constitucional que había restringido” la forma de citar a los Ministros para interpelarlos,²⁹ fueron complementadas por el propio Presidente de la República al día siguiente 29 de abril, en particular en cuanto a su determinación de proceder a “revisar” [¿reformular? ¿reformular? ¿modificar?] los artículos de la Constitución y mediante decreto ejecutivo dejar “sin efecto las potestades constitucionales de la Asamblea Nacional.³⁰ Anunció, en efecto el Presidente de la República, que:

“promulgará un decreto para “dejar sin efecto” cualquier “sabotaje” que realice el Parlamento contra “cualquier ministro u órgano del poder popular” en referencia a la moción de censura aprobada contra el ministro de Alimentación.

²⁷ Véase en <http://notiexpresscolor.com/maduro-ministro-no-lo-remueve-nadie/>.

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ Véase: “Maduro promulgará decreto para “dejar sin efecto” decisiones del Parlamento,” en Diario Las Américas, 29 de abril de 2016, en http://www.diariolasame-ricas.com/4848_venezuela/3782331_maduro-promulgara-decreto-dejar-efecto-decisiones-del-parlamento.html.

“Esos artículos de la Constitución vamos a revisarlos para sacar un decreto para dejar sin efecto constitucionalmente, mientras dure la emergencia económica, cualquier sabotaje que haga la Asamblea contra cualquier ministro, institución u órgano del poder popular,” dijo Maduro en un acto desde la Refinería de Puerto La Cruz, estado Anzoátegui. “Mañana mismo vamos a sacarlo porque no nos podemos calar un sabotaje.”³¹

Y efectivamente en la prensa del 4 de mayo se reseñó en los medios de comunicación que el Presidente de la República había dictado un decreto que “resta poderes a la Asamblea Nacional de Venezuela,”³² es decir, para:

“restringir y diferir las mociones de censura que se hagan desde el Parlamento de mayoría opositora contra sus ministros que tienen como consecuencia la remoción del cargo de los funcionarios, según la Constitución.”

En el decreto hecho público se indica que esta decisión del Gobierno tendrá validez “hasta tanto cesen los efectos del Decreto de Emergencia Económica dictado por el presidente” con el objetivo de “garantizar la continuidad en la ejecución de las medidas económicas de emergencia.”³³

La decisión del Poder Ejecutivo se conoció el 5 de mayo de 2016, cuando apareció en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 6225 del 2 de mayo de 2016, el Decreto N° 2309 de 2 de mayo de 2016,³⁴ en el cual el ejercicio de esta potestad constitucional de control político atribuida al órgano que ejerce la representación popular de poder declarar Voto de censura a los Ministros, simple e insólitamente fue “*restringida y suspendida*” por el Jefe del Poder Ejecutivo, que es el órgano controlado, es decir, por el Presidente de la República cuyos subalternos (Vicepresidente Ejecutivo y Ministros son los controlados y controlables por la Asamblea) violando descaradamente la Constitución y el principio de la

³¹ *Idem.*

³² Véase “Decreto de Maduro resta poderes a la Asamblea Nacional de Venezuela,” 4 de mayo de 2016, en <http://noticias.terra.com/decreto-de-maduro-resta-poderes-a-la-asamblea-nacional-de-venezuela,b9ab08070bf18b140ca4e473ca4bbbaekpx40avv.html>.

³³ *Idem.*

³⁴ Véase en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 6225 de 2 de mayo de 2016.

separación de poderes que impone la autonomía e independencia de los Poderes Públicos que garantiza su artículo 136,³⁵ por supuesto, sin que el Presidente de la República tuviera competencia constitucional ni legal alguna para ello.

3.1 Un decreto ineficaz y nulo por estar viciado de incompetencia manifiesta por usurpación de autoridad y usurpación de funciones

El decreto N° 2309 de 2 de mayo de 2016, en efecto, debe señalarse que de entrada fue dictado en violación de los artículos 137³⁶ y 236.24 de la Constitución. El primero dispone que la “Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, *a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*,” y el segundo dispone que el Presidente de la República solo puede ejercer las competencias “*que le señalen esta Constitución y la ley*.”

Basta leer la Constitución para constatar que ninguna norma constitucional autoriza al Presidente de la República para en forma alguna “restringir” las potestades constitucionales de la Asamblea Nacional y menos “suspenderlas.” Por ello, como se dijo, el decreto, de entrada, es totalmente ineficaz y nulo por estar viciado de usurpación de autoridad conforme a lo establecido en el artículo 138 de la Constitución. Como lo ha observado José Ignacio Hernández al argumentar sobre las razones por las cuales el Presidente de la República no podía dictar el Decreto mencionado:

“La primera razón es muy obvia: el Presidente no puede, ni siquiera en un estado de excepción, restringir y diferir la aplicación de la Constitución. Así lo dispone el Artículo 7 de esa Constitución: los Poderes Públicos se someten a la Constitución, pero no lo contrario, que es lo que pretende el Decreto.

³⁵ **Artículo 136.** El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. / Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

³⁶ **Artículo 137.** “Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.”

La segunda razón es que el Presidente de la República no puede prohibirle a la Asamblea Nacional el ejercicio de una competencia propia del Poder Legislativo. Para eso existe el principio de separación de poderes, que es una garantía básica de la libertad para prevenir el abuso de poder y el despotismo.

Por último, el Poder Ejecutivo no puede impedir que la Asamblea Nacional lo controle, incluso, acordando votos de censura. El sujeto controlado no puede limitar la conducta del sujeto que controla.”³⁷

El vicio de incompetencia manifiesta del Decreto, además, se evidenció de su propio texto, en particular de la supuesta “base legal” que se buscó para “fundamentarlo,” es decir, las normas que se citaron en su propio texto y en cuyo supuesto ejercicio se dictó, que fueron por lo que respecta a normas

³⁷ Véase José Ignacio Hernández, “¿Ahora la AN no podrá dictar votos de censura?, en *Prodavinci*, 4 de mayo de 2016, en <http://proda-vinci.com/blogs/ahora-la-an-no-podra-dictar-votos-de-censura-por-jose-ignacio-hernandez-g/> En el mismo sentido la Organización Acceso a la Justicia explicó que “el decreto presidencial persigue prohibir el ejercicio legítimo de las competencias de la Asamblea Nacional previstas en la Carta Fundamental del país, con la excusa de la vigencia del estado de emergencia económica. / Es importante señalar que un estado de excepción no significa que el Presidente de la República pueda suspender las normas del texto constitucional y socavar los cimientos del Estado de derecho y democrático, y más aún cuando dicha emergencia económica (declarada en todo el territorio nacional) y su prórroga fueron dictadas sin cumplir con las exigencias para su procedencia, como ya fue advertido por Acceso a la Justicia. / Por otro lado, interesa dejar claro que la declaratoria del estado de excepción no es aval para cometer arbitrariedades y actuar por encima de los preceptos de la Constitución, en este caso, interfiriendo de manera caprichosa en las competencias del Poder Legislativo, especialmente para impedir que dicte votos de censura contra los funcionarios que están sujetos a su control parlamentario, y de esta manera crear una inmunidad política al Vicepresidente Ejecutivo y a los ministros.” Véase “El Presidente prohíbe que la AN dicte votos de censura: “Algo huele mal en Dinamarca,” en *Acceso a la Justicia, Observatorio Venezolano de la Justicia*, 10 de mayo de 2016, en <http://www.accesoalajusticia.org/wp/infojusticia/noticias/el-presidente-prohíbe-que-la-an-dicte-votos-de-censura-algo-huele-mal-en-dinamarca>.

constitucionales, los numerales 3,³⁸ 7,³⁹ 16⁴⁰ y 20⁴¹ del artículo 236 de la Constitución que enumera las atribuciones del Presidente. Todo ello fue por supuesto descaradamente falso, pues ninguna de esas normas (basta leer su texto) asignan competencia alguna al Presidente de la República como Jefe del Poder Ejecutivo, para restringir o suspender las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional.

La otra norma legal en la cual supuestamente se basó el Presidente para dictar el Decreto restringiendo y suspendiendo las atribuciones constitucionales de la Asamblea es el artículo 15 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, en la cual se dispone que:

“*Artículo 15.* El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, tendrá las siguientes facultades: a) Dictar todas las medidas que estime convenientes en aquellas circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. b) Dictar medidas de orden social, económico, político o ecológico cuando resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos.”

Dichas competencias solo pueden ejercerse dentro del marco de las atribuciones constitucionales, sin que esta norma legal pueda considerarse como una carta en blanco para violar la Constitución.

³⁸ **Artículo 236.3:** “Nombrar y remover al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, nombrar y remover los Ministros o Ministras.”

³⁹ **Artículo 236.7:** “Declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en esta Constitución.”

⁴⁰ **Artículo 236.16:** “Nombrar y remover a aquellos funcionarios o aquellas funcionarias cuya designación le atribuyen esta Constitución y la ley.”

⁴¹ **Artículo 236.20:** “Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica.”

3.2 Un decreto nulo por invadir y afectar el ejercicio por la Asamblea Nacional de sus facultades constitucionales

De acuerdo con el artículo 339 de la Constitución, la declaración del estado de excepción por parte del Presidente de la República “no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público,” de manera que más clara no pudo haber sido la intención del Constituyente al regularlos, lo que implica que en ningún caso esa declaratoria podría interrumpir el cumplimiento de la función esencial de la Asamblea Nacional para legislar y de controlar la acción política del gobierno y la actividad de la Administración Pública conforme se indica en el artículo 187 de la misma Constitución.

Por tanto, por más que el Presidente de la República haya dictado el Decreto N° 2.184 de fecha 14 de enero de 2016, mediante el cual declaró el Estado de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, el cual fue prorrogado mediante Decreto N° 2.270 de fecha 11 de marzo de 2016, ello en ninguna forma pudo interrumpir el funcionamiento de la Asamblea Nacional.

En consecuencia, un decreto ejecutivo como el dictado con el N° 2039 de 2 de mayo de 2016, aparte de sus vicios de incompetencia manifiesta que lo afectan, es esencialmente inconstitucional al pretender, como lo dijo su propio texto, *restringir y diferir* el ejercicio de sus funciones por parte de la Asamblea Nacional.

En efecto, el artículo 1 del decreto dispuso:

Artículo 1º. Se restringe y difiere de acuerdo al artículo N° 236 numeral 7, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las mociones de censura que pudiera acordar la Asamblea Nacional contra los Ministros y Ministras del Poder Popular, o contra el Vicepresidente Ejecutivo, en las cuales solicitaren su remoción, hasta tanto cesen los efectos del Decreto de Emergencia Económica dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; ello a fin de garantizar la continuidad en la ejecución de las medidas económicas de emergencia encomendadas al Gabinete Ejecutivo y de las cuales depende la estabilización de la economía

nacional y la satisfacción oportuna y continua de las necesidades de los venezolanos y venezolanas en el orden económico.”

O sea, de entrada, atropellando lo establecido en el citado artículo 339 de la Constitución conforme al cual el decreto de estado de excepción “no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público,” el Decreto precisamente buscó todo lo contrario para lo cual se basó precisamente en el artículo 267.7 constitucional que es el que solo atribuye al Presidente el poder de decretar dichos Estados de excepción.

Es decir, no puede un decreto de estado de excepción, interrumpir el funcionamiento de la Asamblea al “restringir y diferir” el ejercicio de su competencia para poder aprobar las mociones de censura que estime políticamente oportunas y convenientes contra los Ministros y el Vicepresidente Ejecutivo y solicitar incluso “su remoción.” Sin embargo, al contrario, el Presidente procedió a dictar esa “restricción y suspensión” a la Asamblea, “hasta tanto cesen los efectos del Decreto de Emergencia Económica,” a los efectos de supuestamente “garantizar la continuidad en la ejecución de las medidas económicas de emergencia,” las que por lo visto sólo podían ejecutarse por personas individualizadas y no por funcionarios que ejercer un cargo.

Esta barbaridad jurídica fue dictada con base en un conjunto de motivaciones que se consignaron en los “considerandos” del Decreto, que -dejando aparte muchos lugares comunes floridos - lo que sirvieron fue para evidenciar el atropello cometido.

Lo primero que llama la atención es que el Presidente consideró que su propio Decreto de Estado de Emergencia Económica, supuestamente le daba “Poderes Especiales para defender y preservar la paz, la estabilidad y el derecho al desarrollo independiente de Nuestra Patria,” cuando ello no era cierto pues ese objetivo lo tenían que perseguir todos los órganos del Estado, de manera que lo que le permitió el mencionado Decreto es solo lo que en él se estableció y no era una carta blanca para atropellar a los demás Poderes Públicos.

Sin embargo, refiriéndonos ahora a las “motivaciones” sustantivas del decreto de aniquilación de la función política de la Asamblea Nacional de

controlar el Gobierno y la Administración Pública, el segundo Considerando era explícito, al considerar - dejando de lado el sin sentido de que el Presidente calificara a la mayoría de la oposición en la Asamblea resultante de la abrumadora elección del 6 de diciembre de 2015, como “una mayoría burguesa circunstancial,” que actuaba en “acatamiento de órdenes de gobiernos extranjeros” por el hecho de que la Asamblea hubiera comenzado a ejercer sus funciones sin sujeción al Ejecutivo como ocurrió hasta diciembre de 2015; entonces considerase que ello era actuar en forma “opuesta al orden constitucional [...], apartándose con su acción de la naturaleza legisladora de dicho órgano legislativo, dedicándose al plano de la confrontación política.” Es decir, para el Presidente de la República, todo acto legislativo motivado por el ejercicio de una oposición al gobierno, era “inconstitucional,” catalogándose a la oposición en definitiva como un “enemigo interno” que había que enfrentar con normas “no convencionales.”

Luego pasó el Presidente en el Decreto a considerar lo que podría ser la motivación central del Decreto, que no fue otra que si el Presidente tenía la competencia para nombrar sus Ministros, entonces nadie podría removerlos, ni siquiera cuando ello estuviese así previsto en la Constitución; reclamando para sí “la garantía de autonomía en cuanto a la designación” de su equipo de gobierno, que nadie le había negado, pero desconociendo el ejercicio autónomo de las potestades de los otros órganos del Poder Público.

Con base en ello, consideró en forma absurda que el ejercicio por parte de la Asamblea Nacional de su potestad de aprobar una moción de censura a un Ministro, y removerlo a consecuencia de ello, atentaría “contra la continuidad de la ejecución de políticas públicas, acarreando una mora en las actividades de la Administración Pública.” Consideró, además el Presidente que la Administración Pública no puede “ser sometida a constantes perturbaciones y amenazas por parte de cualquier instancia del Poder Público,” ignorando por supuesto el texto mismo de la Constitución, estimado los actos de la Asamblea como de “aparente institucionalidad,” pero acusándola de pretender “subrogarse en funciones de otros Poderes, intentando ejercer la gestión de asuntos públicos que corresponden al Ejecutivo Nacional,” pero sin decir, por supuesto, cuáles.

Luego el Presidente, en los Considerandos del Decreto, pasó a acusar a la Asamblea de supuestamente ejercer competencias no previstas en la Constitución, - sin decir por supuesto cuáles - indicando como si él mismo fuera “el pueblo” que:

“cada una de las actuaciones que ha realizado desde su instalación y hasta la fecha, están claramente dirigidas a tomar el control absoluto, autoritario y despótico del poder que sólo el Pueblo detenta, apuntando para ello a la destrucción del Estado Venezolano.”

Acusación ésta gravísima entre órganos del Estado; gravísima; formulada en general e irresponsablemente, sin mencionar hecho alguno que pudiera justificar tal aserto. En realidad lo único que mencionó el Presidente sobre esto, fue que la Asamblea Nacional, en uso de sus atribuciones constitucionales de control político, había aprobado una Moción de Censura contra el ciudadano Rodolfo Clemente Marco Torres, en su carácter de Ministro del Poder Popular para la Alimentación destacando que ello fue “con una indudable motivación política” u “obedeciendo a conveniencias políticas” - como si ello fuera un fraude, cuando una mención de censura no puede tener otra motivación que no sea política - que es la única que puede tener; alegando que la Asamblea Nacional quería imponer un “modelo económico rechazado por el pueblo hace más de 17 años,” cuando ello no es cierto y basta leer la Constitución de 1999. En realidad lo que en materia de modelos económicos el pueblo sí rechazó en 2007, fue el modelo presentado en la reforma constitucional propuesta por Chávez para la implementación de un Estado socialista, que sin embargo, en fraude a la voluntad popular, es el que ha sido aplicado y desarrollado por el Gobierno.⁴²

En todo caso, el Presidente no era quién para juzgar si la aprobación de un voto de censura era o no justificada, como resultó de su afirmación en los Considerandos del decreto de que existía “fundado convencimiento en torno a

⁴² Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección textos legislativos N° 43, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, 224 pp.; y “La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario,” en José Ma. Serna de la Garza (Coordinador), *Procesos Constituyentes contemporáneos en América latina. Tendencias y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 407-449.

la aplicación justificada de la moción de censura a los miembros del Gabinete Ejecutivo por parte de la Asamblea Nacional.” El Presidente no tenía por qué presumir que todo voto de censura es una “vía de ejercicio político tendente a socavar la acción de Gobierno, hacer daño a la economía de la República y desestabilizar la sociedad venezolana, poniendo en riesgo la paz nacional,” o que con ello se pretendía realizar un “sabotaje inescrupuloso” para afectar “la organicidad del Poder Ejecutivo.”

Con su decreto usurpador, en realidad, fue el Presidente de la República, no la Asamblea Nacional, el que buscó agravar “un conflicto de poderes, una confrontación para la inestabilidad de las instituciones republicanas, que en nada favorece a la situación que en los actuales momentos vive Venezuela,” como lo expresó en el último de los considerandos de su decreto.

3.3 La restricción por parte del Poder Ejecutivo de las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional

Con base en las motivaciones anteriores, el Presidente de la República procedió entonces a restringir en el marco del decreto sobre emergencia económica, sin tener competencia constitucional ni legal alguna para ello, las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional en la siguiente forma:

En primer lugar, refiriéndose a su competencia para decretar estados de excepción (artículo 236.7, Constitución), decretó no sólo la **restricción** sino el **diferimiento** (“se restringe y difiere”) “de las mociones de censura que pudiera acordar la Asamblea Nacional” contra los Ministros y el Vicepresidente Ejecutivo, “en las cuales solicitaren su remoción [...] hasta tanto cesen los efectos del Decreto de Emergencia Económica dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros,” todo con el objeto de “garantizar la continuidad en la ejecución de las medidas económicas de emergencia encomendadas al Gabinete Ejecutivo.”

Ignoró el Presidente que el funcionamiento de la Administración Pública y la continuidad de la ejecución de las políticas públicas no depende de alguna persona en particular, como la que en un momento determinado pueda ejercer el cargo de Ministro, sino de la organización de la propia Administración

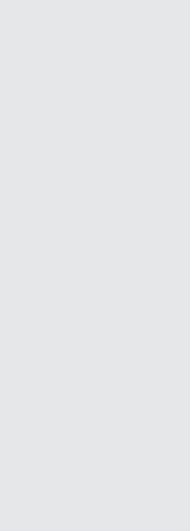
Pública que tiene que funcionar, sea quien fuere el Ministro de turno. Por tanto, la moción de censura y remoción de un Ministro no puede por principio alterar la continuidad de la Administración, no teniendo por tanto justificación alguna el inconstitucional decreto.

En segundo lugar, el Presidente instruyó a la Procuraduría General de la República para que, en el marco de sus competencias, “realice los análisis jurídico constitucionales pertinentes y, de lucir procedente, interponga el correspondiente Recurso por Controversia Constitucional entre órganos del Poder Público ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con el artículo 336, numeral 9, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de procurar el mantenimiento de los equilibrios de los poderes y la gobernabilidad.”

Si ese recurso llegara a interponerse, y si en Venezuela existiese una Sala Constitucional autónoma e independiente, sin duda que lo que resultaría sería declararlo improcedente, por impertinente, porque no puede haber “controversia constitucional” alguna entre la Asamblea Nacional y el Ejecutivo Nacional, como consecuencia de que la primera dé un voto de censura a algún Ministro en ejercicio del control político que le corresponde realizar conforme a la Constitución.

En todo caso, es difícil encontrar un ejemplo de acto estatal dictado con tanto abuso de poder, tanta arbitrariedad y tanto desconocimiento constitucional como este de la restricción por parte del Poder Ejecutivo de las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional, que si hubiese un Juez Constitucional autónomo e independiente, no dudaría en anularlo *in limine*.

New York, junio 2016



CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA¹

Review for constitutionality and democratic legitimacy

Claudina Isabel Orunesu

Abogada, Universidad Nacional de Mar del Plata

Doctora en Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires

Profesora de posgrado

corunesu@fibertel.com.ar

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.7>

¹ Ponencia presentada por la Dra. Orunesu en el Congreso Internacional “*A las puertas del centenario de los Tribunales Constitucionales: Justicia Constitucional y Legitimidad Democrática*” celebrado en la ciudad de Guatemala, los días 13, 14 y 15 de noviembre de 2015.

SUMARIO

Introducción

1. Las concepciones de la interpretación y la interpretación constitucional
2. La objeción democrática a la justicia constitucional
3. Justicia constitucional y objeción democrática

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La democracia puede ser entendida como expresión del ideal del derecho al autogobierno, es decir, el derecho de los miembros de la comunidad política a participar en la toma de decisiones públicas en un pie de igualdad, incidiendo en la determinación del resultado de esos procesos decisorios.² Esta exigencia es la que procura satisfacer la regla de la mayoría, con fundamento en el principio de «una persona, un voto».³ El constitucionalismo, por su parte, generalmente se interpreta como sinónimo de limitación del poder⁴ y, en un sentido más específico, de las limitaciones a la regla de la mayoría,⁵ que se ven plasmadas principalmente en el respeto de los derechos básicos. La democracia constitucional podría ser entendida como un diseño resultante de la conjunción de estos dos elementos: si bien postula el autogobierno, también impone límites a su ejercicio.

En la democracia constitucional, la constitución establece límites de diversos tipos, pero el más importante es el que surge a partir de las declaraciones de derechos fundamentales. Para proteger jurídicamente esos derechos se los resguarda a través de una constitución con algún grado de rigidez, que impide que pueda ser modificada por el mismo procedimiento utilizado para la legislación ordinaria. Y, por sobre todo, se instituye un mecanismo de control de constitucionalidad, cuyo papel es garantizar la primacía constitucional mediante la revisión de la validez de las normas dictadas por el legislador. Para diversos autores, el control de constitucionalidad, cuando este es asignado a los jueces, es difícil de conciliar con el ideal del autogobierno.⁶ Al habilitar la participación de órganos no representativos como los órganos jurisdiccionales en el control de constitucionalidad, confiriéndoles autorización para establecer los alcances y el contenido de las decisiones del legislador ungido democráticamente, se estaría introduciendo, en palabras de Alexander Bickel “una fuerza contramayoritaria” en el sistema.⁷

² Cf. KELSEN 1929: 21.

³ Cf. ELSTER 1988: 33.

⁴ Cf. NINO 1996: 15. Según KELSEN esa es la función política de la constitución (cf. KELSEN 1931: 5).

⁵ Cf. ELSTER 1988: 34.

⁶ Véase, por ejemplo, WALDRON 1999 y TUSHNET 1999. Para Waldron, además, la existencia de una constitución rígida también sería una limitación injustificada del ideal del autogobierno. Analicé las limitaciones de esta objeción en Orunesu 2012.

⁷ BICKEL 1962.

Generalmente las cláusulas constitucionales se formulan a través de expresiones de carácter abstracto, generales y con un marcado margen de imprecisión. Además, no es raro que incluyan términos cargados de resonancias morales. Estas características dificultan el poder establecer qué es lo que dice la constitución y, por lo tanto, resiente la posibilidad de que cumpla con el papel de suministrar un criterio de corrección de las restantes normas del sistema y de las decisiones institucionales en general. También ponen en el centro de la escena a los órganos encargados de interpretar y hacer cumplir la constitución, incluso contra la voluntad de las mayorías legislativas.

Frente a ello parece sensato preguntarse si existen razones para asignar a los jueces, que en el mejor de los casos cuentan con una representatividad de segundo grado, la potestad de declarar inválidas a las normas creadas por el poder político debido a su incompatibilidad con lo establecido por la constitución y, en consecuencia, el determinar el alcance de los derechos tutelados por la constitución. De hecho, este interrogante es de larga data y se ha ido reconfigurando hasta la actualidad.⁸

Pero para poder tomar partido en esta discusión es importante tener en claro previamente los alcances de la objeción democrática contra el control judicial de constitucionalidad. Sostendré que para poder ofrecer una respuesta satisfactoria a la pregunta de naturaleza normativa sobre si, o en qué medida, los jueces están legitimados en el marco de una democracia a ejercer el control de constitucionalidad, es necesario previamente establecer los límites de la objeción, conectando sus argumentos centrales con las diferentes concepciones de la interpretación y con las características de los diseños institucionales en particular. Para ello, primeramente ofreceré un panorama, bastante simplificado, sobre diferentes concepciones de la interpretación del Derecho en general, y de cómo desde ellas se concibe la tarea de interpretar a los textos constitucionales. No es mi intención aquí profundizar en los aspectos deficitarios que cada una de ellas pudiera tener, sino sólo comprender sus postulados básicos, para luego redimensionar a la luz de cada concepción los alcances de la objeción democrática al control judicial de constitucionalidad. Luego contextualizaré los argumentos centrales de la objeción en el marco de las peculiaridades de los dos sistemas clásicos de control de constitucionalidad a fin de establecer sus genuinos límites. Ello permitirá repensar la discusión en torno a la legitimidad democrática del control de constitucionalidad bajo una nueva luz.

⁸ Para un análisis de los orígenes y la evolución de la denominada objeción contramayoritaria en los Estados Unidos, véase FRIEDMAN 1998, 2000a, 2000b, 2002a, 2002b.

1. Las concepciones de la interpretación y la interpretación constitucional

Para ciertos teóricos, la interpretación nunca es una actividad de conocimiento, sino que siempre involucra valoración y decisión. Para esta concepción, a menudo denominada *tesis de la indeterminación radical*, no hay nada parecido al significado propio de las palabras: todo texto puede entenderse en una pluralidad de modos diferentes, y cada interpretación dependerá de las valoraciones del intérprete. Así, según Guastini, los enunciados interpretativos no serían susceptibles de verdad o falsedad y compartirían con las definiciones estipulativas la misma estructura profunda.⁹

Para Hart, esta visión de la interpretación, a la que denominara la *Pesadilla*, se presenta no solo como una característica de ciertos casos difíciles de toma de decisiones judiciales, sino más bien como si la toma de decisiones judiciales fuese esencialmente una forma de creación de derecho y nunca importase la aplicación de una norma preexistente respecto de un caso.¹⁰ Esta concepción asume que nunca es posible asignar un significado a las reglas generales, ya que estas son sólo “recipientes vacíos” en los que podemos volcar el significado que escojamos¹¹. Los indeterministas radicales conciben a la interpretación como una tarea siempre creativa y determinante del significado y alcance de las reglas.

En el extremo opuesto se sitúa lo que podría denominarse la *tesis de la única respuesta correcta*.¹² Para quienes sostienen esta concepción, la interpretación es siempre una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es descubrir el significado de los textos normativos. Así, los enunciados interpretativos son siempre susceptibles de verdad o falsedad. Por oposición a

⁹ Cf. GUASTINI, 1992: 109.

¹⁰ Cf. H.L.A. HART 1977: 123-188. La versión más tradicional de esta concepción está representada por el *realismo norteamericano*, que en las décadas del 20 y 30 del siglo XX reaccionó frente al formalismo jurídico de su época. Versiones más contemporáneas podemos encontrar en la corriente *Critical Legal Studies* y en la denominada escuela genovesa.

¹¹ ALTMAN, 1990: 19, 90-91. Para Guastini, en cambio, la tesis solo presupone que las palabras no tienen un significado objetivo o propio independiente del uso y la comprensión. Cf. GUASTINI 2005.

¹² Tomo de J.J. MORESO esta identificación. Véase MORESO 1997

la tesis anterior, que sostiene que es imposible asignar un significado unívoco a las formulaciones normativas, la tesis de la única respuesta correcta sostiene que cada texto normativo tiene una interpretación verdadera y no hay espacio para la discrecionalidad judicial: los jueces nunca crean el derecho sino que lo descubren.

Un buen ejemplo para ilustrar esta concepción es la versión de corte realista ofrecida por Michael Moore¹³ Cuando la tesis realista se proyecta sobre el derecho, implicaría que cada enunciado jurídico sería verdadero o falso en virtud de una cierta realidad objetiva cuya existencia sería independiente de nuestro conocimiento.¹⁴ La tarea interpretativa sería, desde este punto de vista, una labor esencialmente de descubrimiento, pues consistiría en encontrar la interpretación verdadera.

Por último, la *tesis de la indeterminación parcial* sostiene que la actividad interpretativa es a veces cognoscitiva y a veces decisoria. Según ella, en principio es posible determinar el significado de las formulaciones normativas, pero siempre pueden surgir dudas de aplicación a los casos particulares en virtud de problemas como la textura abierta de las expresiones usadas o posibles conflictos en cuanto a sus alcances. Frente a estos casos, los jueces tendrían discrecionalidad. Para la tesis de la indeterminación parcial, a partir de la existencia de casos paradigmáticos sería posible abstraer los criterios generales de uso y establecer las condiciones mínimas para la aplicación correcta de los términos jurídicos.¹⁵ En los casos claros no existiría indeterminación, pues una vez examinado el significado de cierta formulación normativa de conformidad con las convenciones semánticas existentes, ellas resultarían suficientemente sólidas como para no arrojar dudas a su respecto. En esos supuestos, los tribunales dispondrían de una respuesta correcta, aunque podrían equivocarse a la hora

¹³ Véase, por ejemplo, MOORE 1985 y 1989. A su juicio, el realismo respecto de ciertas clases de entidades implicaría diferentes tesis, entre ellas: que las entidades en cuestión existen y esa existencia es independiente tanto del sujeto como de las convenciones de la comunidad; una teoría correspondentista de la verdad; una teoría de lógica clásica; una teoría de la verdad del significado de los enunciados y una teoría causal de la referencia. La teoría interpretativa de Dworkin también podría ser considerada un ejemplo de esta tesis. Ver por ejemplo DWORKIN 1977 y 1986.

¹⁴ Cf. MARMOR 1992: 90.

¹⁵ Cf. IGLESIAS VILA 1998: 135.

de identificarla. En los casos difíciles, en cambio, los órganos jurisdiccionales tendrían discrecionalidad y sus decisiones no podrían ser evaluadas como jurídicamente correctas o incorrectas.

Tras este somero panorama de estas tres concepciones paradigmáticas de la interpretación, cabe preguntarse qué aproximación se sigue de cada una de ellas en lo que concierne a la interpretación de los textos constitucionales.

Para la tesis de la indeterminación radical, la práctica constitucional, quizá más que ninguna otra, vendría a confirmar que los conceptos constitucionales no son otra cosa que “recipientes vacíos”. Muchas de las teorías surgidas en el seno del constitucionalismo, como el textualismo o el recurso a la intención del constituyente, serían teorías normativas que solo cobrarían sentido si se asume el hecho de la indeterminación de tales textos. Igualmente, la tarea del intérprete frente a textos que incluyen conceptos cargados moralmente, tales como las que suelen encontrarse en las constituciones, que plantean profundas controversias respecto de su significado y alcance, consistiría en elegir discrecionalmente entre las diferentes concepciones en pugna.

Para los partidarios de la tesis de la única respuesta correcta, como Moore, las cláusulas constitucionales habrían sido dictadas con el objetivo de referirse a ciertas cualidades morales reales como, por ejemplo, la igualdad, y sería tarea de aquellos que interpreten la constitución “describir” esa realidad. Para esta concepción, las definiciones mediante criterios o ejemplos paradigmáticos cuanto mucho serían *derrotables*, en el sentido de que estarían sujetas a ser corregidas a la luz de una mejor teoría acerca de la naturaleza del género de la cosa a la que las palabras se refieren.¹⁶

Por otra parte, desde una perspectiva como la de Moore, solo asumiendo el realismo moral se podría justificar el control judicial de constitucionalidad en una democracia:

El realismo moral puede dar sentido a algunas de nuestras prácticas de adjudicación [...] cosa que no pueden hacer ni el convencionalismo ni el

¹⁶ Cf. MOORE 2000: 100

escepticismo moral. Considérese un solo ejemplo, la práctica del control judicial de constitucionalidad en el derecho constitucional americano en tanto ese control es ejercido al interpretar la carta de derechos y las enmiendas de la guerra civil. Un realista moral puede ver esas enmiendas como refiriendo a derechos preexistentes que todas las personas poseen. Cuando hoy un juez realista moral invalida la expresión de la voluntad de la mayoría que supuestamente está representada en una ley, lo hace en el nombre de algo que está más allá de su poder de cambio y más allá del poder de cambio del consenso de la sociedad. Su justificación para ir en contra de la mayoría no es que sus sentimientos son diferentes de los de la mayoría, ni que algún consenso del pasado de una supermayoría es diferente del consenso actual que una ley representa. Su justificación para el control judicial de constitucionalidad es contundente, y también lo es su forma de practicarlo: buscará descubrir la verdadera naturaleza de los derechos a los que se hace referencia construyendo la mejor teoría que pueda mostrar acerca de la naturaleza de la igualdad, la naturaleza de la libertad, etc.¹⁷

La tesis de la indeterminación parcial, a su turno, resalta que el significado de las formulaciones normativas se da en el marco de las convenciones y prácticas que constituyen el lenguaje de la comunidad. En muchas ocasiones esas convenciones respecto de los términos en cuestión se encuentran más o menos consolidadas y su significado estará determinado. Pero en otras existen dudas respecto del sentido que debe asignárseles. Y esto porque, como indica Moreso, la semántica de los lenguajes naturales no es completamente estable y puede en determinado momento existir desacuerdos acerca del significado de una formulación. Y lo mismo sucede con la semántica de la constitución y la del derecho en general.¹⁸

¹⁷ MOORE 1992: 229. “Seguir verdaderamente la ‘voluntad de la (súper) mayoría’ será buscar las respuestas correctas a las preguntas acerca de cuál es el derecho de las personas al debido proceso, cuál es su derecho a la libertad de expresión y religión, qué castigos son crueles, y cuestiones similares” (MOORE 1985: 394. La traducción me pertenece).

¹⁸ MORESO 1997: 222-223.

2. La objeción democrática a la justicia constitucional

¿Debe asignarse a los jueces competencia para declarar inválidas las leyes creadas por el legislador democrático cuando consideran que ellas violan lo establecido en la constitución? Para muchos defensores de la democracia constitucional, la respuesta sería afirmativa, en tanto el control judicial verse sobre las decisiones de la legislatura ordinaria y se ejercite para proteger los derechos básicos que fueran establecidos por el poder constituyente, que sería el órgano verdaderamente soberano.¹⁹ La tarea de los jueces consistiría en hacer cumplir las decisiones de la voluntad popular plasmadas en las cartas de derechos.²⁰ Cuando un tribunal ejerce el control de constitucionalidad, protegería los derechos de los individuos y de las minorías frente a los derechos de las mayorías,²¹ constituyéndose así en guardián de la constitución. Según Dworkin, la democracia no exige *per se* que los jueces asuman el control de constitucionalidad, pero remarca que no es incompatible con él.²²

En cambio, desde el enfoque opuesto, si se asume como un elemento esencial de la democracia al autogobierno, cuya expresión sería la supremacía de la legislatura, cualquier tipo de limitación a lo que ella estableciera resultaría inadmisibile. En palabras de Bickel:

La dificultad fundamental consiste en que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo frustra la voluntad de los representantes de las personas aquí y ahora, ejerce el control, no en representación de la mayoría prevaleciente, sino en su contra, Eso, sin los matices místicos, es lo que realmente ocurre [...] es la razón por la que se puede acusar al control judicial de constitucionalidad como antidemocrático.²³

¹⁹ Cf. HAMILTON, MADISON Y JAY, [1788] 2000: 332.

²⁰ Cf. FREEMAN 1990: 353-354.

²¹ HAMILTON, MADISON Y JAY [1788] 2000: 333. En un sentido similar, véase DWORKIN 1986: 398.

²² Cf. DWORKIN 1996: 17 y 32.

²³ BICKEL 1962: 16-17.

Según Ely, los tribunales presentarían desde una perspectiva democrática un déficit de origen por no constituir un cuerpo electo ni responsable electoralmente. Además, su función también sería antidemocrática, pues al asignárseles competencia para declarar inválida una norma emitida por la legislatura, impondrían límites a lo que el pueblo a través de sus representantes puede decidir.²⁴

En la misma línea Waldron sostiene que, así como el establecer una carta de derechos atrincherada constituiría una limitación injustificada al legislador democrático, el permitir que los jueces tengan la última palabra acerca del contenido y alcances de los derechos implicaría privar a los ciudadanos de la prerrogativa de reflexionar libremente sobre las cuestiones que más les afectan.²⁵

Uno de los argumentos centrales de esta objeción sostiene que la admisión del control judicial de constitucionalidad se apoyaría en una ilusión: que se puede determinar qué es lo que dijo esa “voz del pueblo” plasmada en la constitución.²⁶ Sería imposible sostener el argumento de que los jueces solo intervienen cuando las decisiones de la legislatura son violatorias de los derechos, porque en sociedades que se caracterizan por el hecho del desacuerdo, este podría recaer incluso sobre la cuestión de si una determinada norma viola algún derecho, esto es, sobre los alcances de ese derecho y lo que él requiere.²⁷ Los tribunales no tendrían qué defender, ya que siempre podría existir desacuerdo respecto de cuáles derechos incluir o qué derechos se encuentran realmente plasmados en la constitución. Por ello, los argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad serían insostenibles porque *“se basan en la idea de que tenemos nociones firmes acerca de lo que significa, en cada caso, respetar los derechos de todos”*²⁸ y cuáles sean los mejores resultados para preferir un derecho a otro. Debido a que las declaraciones de derechos a menudo se plasman en principios de carácter abierto y mediante términos con resonancias morales, se abriría una “brecha interpretativa” entre el texto constitucional y las

²⁴ ELY 1980: 23.

²⁵ Cf. WALDRON 1999: 254.

²⁶ Cf. GARGARELLA 1996: 60 y 2004: 72.

²⁷ Cf. WALDRON 1999 351-353.

²⁸ GARGARELLA 2004: 76.

decisiones que lo aplican.²⁹ A través de la interpretación, los jueces terminarían ocupando un lugar que correspondería a la voluntad popular, instaurando una “dictadura de los jueces”. La democracia constitucional sería “lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos”.³⁰

El argumento de la dictadura de los jueces postula que el control judicial de constitucionalidad sería incompatible con los ideales democráticos porque, a través de la tarea interpretativa, serían los jueces los que establecerían el contenido y alcance de los derechos. Sin embargo, este argumento parece presuponer que los jueces deciden discrecionalmente si una norma es o no compatible con la constitución, y que las normas constitucionales de tutela de derechos fundamentales, por su formulación en términos considerablemente vagos, abstractos y con fuerte carga valorativa, no establecen por sí mismas ninguna respuesta clara respecto de la constitucionalidad de una norma o acto, sino que en todos los casos ello dependería de la decisión discrecional de los jueces. Ahora bien, esta afirmación parece comprometerse con la tesis de la indeterminación radical. Waldron, por ejemplo, sostiene que:

[...] las palabras utilizadas en cada disposición de la carta de derechos tienden a cobrar vida por sí mismas, convirtiéndose en un obsesivo eslogan que sirve para expresar cualquier cosa que uno quiera decir sobre el derecho en cuestión.³¹

Si esto fuera así, las constituciones no atrincherarían más que textos que admitirían cualquier significado, cuya determinación quedaría al puro arbitrio del intérprete, esto es, el juez. Dado que asumiendo la tesis de la indeterminación radical no habría ningún caso claro de inconstitucionalidad –simplemente porque tampoco habría ningún caso claro de aplicación de ninguna norma–, los tribunales tomarían siempre una decisión discrecional, de modo que la estrategia de tutela constitucional de derechos básicos consistiría en realidad en ponerse en manos de los jueces para que resuelvan como les parezca. Los textos

²⁹ Cf. GARGARELLA 1996: 59.

³⁰ BAYÓN 2000: 69.

³¹ WALDRON 1999: 262. En el mismo sentido, WALDRON 2006: 1381.

constitucionales no brindarían pauta alguna ya que la atribución de significado sería un acto de pura decisión.

Si se asume esta tesis parecería que el argumento funciona, y además que lo hace de forma contundente: el establecimiento del control judicial de constitucionalidad implicaría designar a uno o más órganos para que decidan a su antojo sobre el significado de la constitución y el alcance de nuestros derechos. Sin embargo, desde esta concepción de la interpretación lo que no parece posible es restringir el alcance de la objeción al control judicial de constitucionalidad. Si el lenguaje en general, y las formulaciones normativas en particular, dependen siempre en cuanto a su significado de una decisión libre del intérprete, en nuestro caso el juez, entonces cualquier ejercicio de la función jurisdiccional en que se apliquen normas de cualquier jerarquía implicará en esta reconstrucción un ejercicio de absoluta discrecionalidad ya que quienes decidirían cuál es el contenido de las normas serían los jueces y no las legislaturas. Pero entonces, si se asume la tesis de la indeterminación radical, no hay modo de circunscribir los alcances de esta crítica al nivel de las normas de la constitución. Lo que de ella se seguiría, tal como lo han planteado algunos escépticos, es una crítica global a la manera en que entendemos ordinariamente cómo funciona el derecho.

Pero además, quien asume esta concepción de la interpretación y, a su vez, pretende justificar una democracia mayoritaria, debe enfrentar una seria dificultad para asignar un contenido al principio de la supremacía de la legislatura. Si se asume la tesis de la indeterminación radical, en realidad la actividad legislativa no podría ir más allá de un acuerdo sobre ciertos textos, susceptibles luego de cualquier interpretación, desdibujándose así el carácter supremo que se les reserva en este modelo a las decisiones legislativas, pues ellas, al igual que la constitución, no podrían establecer límite alguno al aplicador. De manera que, aunque a primera vista es desde esta concepción de la interpretación que la objeción contramayoritaria cobraría su mayor fuerza de convicción, resulta en realidad que parece incoherente sostener la supremacía de la legislatura y la crítica al control judicial de constitucionalidad bajo este presupuesto hermenéutico.

Si se parte en cambio de alguna versión de la tesis de la única respuesta correcta, que considera que siempre es posible encontrar una respuesta objetiva a los problemas de interpretación que plantea cualquier texto normativo, la objeción de la dictadura de los jueces pierde gran parte de su fuerza de convicción ya que en tal caso la noción de brecha interpretativa, que involucra un componente creador en el intérprete, se volvería un sinsentido. El problema para la objeción contramayoritaria en este marco sería que si la constitución ofrece una respuesta correcta, los jueces no tendrían discrecionalidad sino que al ejercitar el control de constitucionalidad deberían identificar qué consecuencias se siguen de lo que establece la constitución. Así, desde una versión realista como la de Michael Moore, el juez no puede asignarle cualquier significado a un término, sino que debe hacerlo de acuerdo a la “verdadera naturaleza de la cosa” a la que se refiere la cláusula constitucional.³² De modo que la constitución no sería lo que los tribunales dicen que es, sino lo que la constitución permitiría a los tribunales decir qué es lo que ella exige de manera unívoca.

Desde luego, que haya una respuesta correcta no garantiza que se la vaya a encontrar. De manera que incluso asumiendo esta tesis se podría objetar dejar en manos de órganos no representativos tomar decisiones que conciernen a derechos fundamentales. Pero lo que se debería justificar ahora, para que la objeción funcione, son las razones por las que los jueces estarían en peores condiciones que los miembros de la legislatura para descubrir esa respuesta correcta. La objeción debería ir acompañada de un elaborado argumento que justifique la supremacía epistémica de la legislatura. Y ese argumento debe ser apto para contrarrestar el refuerzo adicional que gana bajo esta concepción de la interpretación el tradicional argumento a favor del constitucionalismo: si la constitución tiene un contenido determinado y, por ende, limita lo que la mayoría ordinaria puede decidir, ¿tiene sentido dejar en manos del órgano al que se pretende limitar el papel de intérprete privilegiado de esos límites?

³² Cf. MOORE 1985: 331. De la misma manera, para DWORKIN “los jueces no deberían leer sus propias convicciones en la constitución” (DWORKIN 1996: 10). Para DWORKIN la interpretación constitucional se encuentra determinada por la exigencia que denomina “integridad constitucional”, según la cual ella debería ser consistente con la constitución como un todo y con las interpretaciones que le precedieron.

Desde luego, el partidario de la crítica contramayoritaria no necesita comprometerse con ninguna de estas concepciones interpretativas: podría presuponer la tesis de la indeterminación parcial. La tarea interpretativa no sería puramente cognoscitiva ni tampoco exenta de límites. En los casos claros no existiría brecha interpretativa y los jueces solo deberían controlar que se respeten los límites fijados por la constitución para ciertos derechos básicos. Pero en los casos problemáticos los jueces sí tendrían discrecionalidad. De manera que el alcance de la objeción contramayoritaria desde este presupuesto se circunscribiría básicamente a los supuestos en los que la constitución resulta indeterminada, que por cierto no son pocos. Ahora bien, aunque bajo esta concepción de la interpretación la objeción no parece sujeta a las dificultades que se indicaron al examinar las dos concepciones alternativas extremas, sus alcances resultan ahora mucho más modestos de los que a primera vista puede parecer. Ello así puesto que dentro de este marco parece difícil considerar en abstracto la objeción sin tomar en cuenta las concretas configuraciones institucionales que asuma el control de constitucionalidad.

3. Justicia constitucional y objeción democrática

Quienes remarcan los déficit en términos de legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad han puesto su atención especialmente en sus versiones fuertes, donde los tribunales a través de su decisión pueden afectar la pertenencia de una norma dictada por el legislador democrático al sistema o su aplicabilidad.³³ Así, se sostiene que las denominadas formas débiles de control de constitucionalidad son el resultado de las dudas que el control fuerte fue generando a la luz del ideal democrático. Por eso, han ido surgiendo diferentes estrategias que apuntan a que la declaración del tribunal alerte sobre la incompatibilidad de la norma en cuestión con la constitución a la legislatura, que sería el único órgano competente para decidir sobre su destino.³⁴

³³ Sobre la distinción entre pertenencia y aplicabilidad y su conexión con las declaraciones de inconstitucionalidad véase ORUNESU RODRÍGUEZ Y SUCAR 2002.

³⁴ Cf. WALDRON 2018: 13. En el mismo sentido ver también VAN BRUGGEN 2019. Para un panorama de las formas débiles de control judicial de constitucionalidad véase GARDBAUM 2013 y DIXON 2019. Para una crítica a formas fuertes y débiles del control de constitucionalidad véase BELLAMY 2010.

Ahora bien, el control judicial de constitucionalidad fuerte puede articularse a través de diferentes diseños y en diferentes contextos institucionales. Respecto de esto último, el propio Waldron en 2006 relativizó su objeción radical tal como la delineara a comienzos de los 90', sosteniendo que sus argumentos críticos al control judicial de constitucionalidad solo serían plenamente aplicables a sociedades donde se cumplieran cuatro condiciones: 1) la presencia de instituciones democráticas funcionando razonablemente bien, incluyendo una legislatura elegida a partir del sufragio universal; 2) un conjunto de instituciones judiciales, de carácter no representativo, que también funcionen razonablemente bien para atender demandas individuales, dirimir conflictos y garantizar el imperio de la ley; 3) el compromiso de gran parte de la sociedad y de las autoridades con la idea de los derechos individuales y de las minorías, y 4) un sustantivo y persistente desacuerdo de buena fe sobre los derechos entre los miembros de la sociedad.³⁵ Frente a estos requisitos, la primera tentación, sobre todo en el marco de la realidad latinoamericana, sería ensayar una defensa contextual del control judicial de constitucionalidad, afirmando que nuestras sociedades no cumplen con esas exigencias en su totalidad, o solo las cumplen parcialmente y, por ende, frente a esa realidad patológica la objeción democrática sería inaplicable. Sin embargo, creo que es importante tomarse en serio la objeción democrática a fin de reflexionar, incluso en contextos subóptimos (o, justamente porque son deficitarios), respecto de su viabilidad.

Si el sistema admite el atrincheramiento de las cláusulas constitucionales y, más específicamente, una carta de derechos, y no existe un órgano especialmente investido para el control de constitucionalidad, como en el modelo estadounidense, donde los efectos de la declaración de inconstitucionalidad es *inter partes*, solo para el caso concreto, no puede rechazarse que los jueces asuman esa potestad ya que ella no constituye sino el inevitable ejercicio de la función jurisdiccional, solo que aplicada a las normas de superior jerarquía. Quienes sostienen que toda utilización de este mecanismo es necesariamente contramayoritario y, por lo tanto, debe abolirse o limitarse severamente, parecen no advertir esta circunstancia.

³⁵ Cf. WALDRON 2006: 1346.

Ahora bien, en la justificación de la objeción existen matices. En una posible lectura, la preocupación fundamental de los críticos del control judicial se centra en que la tarea de interpretar las cláusulas constitucionales, que se caracterizan por su carácter general y abstracto, no debería quedar en manos de órganos carentes de representatividad. Así entendida, la objeción resaltaría la importancia de buscar mecanismos que democratizen la designación y el control de aquellos que deben aplicar las normas constitucionales, o que propugnen un mayor diálogo entre el poder legislativo y el judicial.³⁶ En una versión más fuerte, la objeción contramayoritaria impugna no solo la cuestión de la carencia de representatividad del órgano judicial, sino la propia potestad para evaluar la constitucionalidad de las leyes por parte de cualquier órgano que no sea el legislativo. WALDRON al respecto sostiene:

En ocasiones, sin embargo, cuando se considera necesario rebatir las críticas democráticas contra el control judicial de constitucionalidad, los defensores de éste señalarán con orgullo hacia los Estados donde los jueces son electos. Esto sucede en ciertos Estados de los Estados Unidos. Pero incluso cuando los jueces son electos, la tarea de los tribunales normalmente no se conduce, como la de la legislatura, de acuerdo con el *ethos* de la representación y la rendición de cuentas electoral [...] Así, por caso, que la legislatura está completamente consciente de las cuestiones de derecho a las que una determinada carta de derechos puede dar lugar, y que, habiendo deliberado sobre la cuestión, resuelve –a través del debate y el voto– establecer esas cuestiones de una manera determinada. La legislatura ha optado por uno de los bandos del desacuerdo [...] La cuestión que enfrentamos es si tal resolución de la legislatura debe ser dispositiva o si existe una razón para que sea reevaluada y quizá invalidada por los jueces.³⁷

Quienes sostienen la objeción contramayoritaria estiman que no existen tales razones. No obstante, planteada en estos términos la crítica no se reduce a objetar que el control de constitucionalidad esté en manos de los

³⁶ Para un análisis sobre las posibilidades de un diálogo interorgánico, ventajas y desafíos, véase GARGARELLA 2008, LINARES 2008: 199-239, ROACH 2004 y 2019, TUSHNET 2008 y 2019.

³⁷ WALDRON 2006: 1363 y 1371. La traducción me pertenece.

jueces, sino que cuestiona la función jurisdiccional en su totalidad. Una vez que la legislatura ha tomado posición respecto de un determinado desacuerdo y legislado en consecuencia, del argumento parecería seguirse que no existen razones para que los jueces entiendan en esa ocasión ni en ninguna otra. Si se acepta el presupuesto de WALDRON, no hay forma de acotarlo únicamente a aquellos casos en los que se dirimen cuestiones de constitucionalidad: ningún tribunal podría evaluar los alcances de una ley infraconstitucional en relación con otra de superior jerarquía pero infraconstitucional, porque se supone que esas normas son también el resultado de una decisión consciente de la legislatura respecto de un determinado desacuerdo. La carga de la prueba ahora pasa al que rechaza sobre estas bases el control de constitucionalidad: ¿se puede lisa y llanamente prescindir en los Estados modernos de la función jurisdiccional?

Frente a este tipo de argumentos cabe recordar que si no existe un órgano específico al que se asigne competencia para ejercitar el control de constitucionalidad, este no consiste en otra cosa que el simple ejercicio de la función jurisdiccional, con la única característica diferenciadora de que las normas en juego son de rango constitucional. Obsérvese que ni siquiera quienes sostienen la existencia de alguna diferencia cualitativa entre las cláusulas que integran la constitución y las normas de inferior jerarquía –que sería el único presupuesto plausible para aceptar un trato diferente respecto de unas y otras– estiman que puede prescindirse de la función jurisdiccional. Tal como lo señalaba HART:

De hecho todos los sistemas, de maneras diferentes, concilian dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto [...] es menester recordar que la incapacidad humana para anticipar el futuro, que está en la base de esta indeterminación, varía en grados según los diferentes

campos de conducta, y que los sistemas jurídicos proveen a esta incapacidad mediante una correspondiente variedad de técnicas.³⁸

En otras palabras, se debe hacer frente a una realidad: aun con la mejor diligencia y calidad deliberativa, es posible que los legisladores a la hora de crear normas ignoren ciertos hechos o condiciones sociales y tecnológicas que cambian y evolucionan, o sobreestimen la ocurrencia de determinadas situaciones y subestimen otras.³⁹ A esto debe sumarse la posibilidad de que al momento de aplicar las reglas generales se revelen casos que el legislador no pudo prever.⁴⁰ También ocurre que en ocasiones el legislador no tiene otra alternativa que dejar determinadas cláusulas abiertas y dictar reglas que incorporan términos como «razonable» o, que proveen una cierta guía, pero permiten a la vez a los jueces y ciudadanos decidir al momento de la aplicación cuestiones que no podrían adecuadamente resolverse por anticipado. De manera que, a la hora de diseñar instituciones, se debe tener en cuenta esta característica de las reglas generales: ellas no pueden resolver todo por adelantado.⁴¹

Una posibilidad para reducir la discrecionalidad del órgano de control sería optar por una constitución de detalle.⁴² Pero ni aun así las normas constitucionales quedarán totalmente a salvo de la intervención judicial. Por ejemplo, pueden surgir casos de conflicto entre derechos constitucionales, en los que independientemente de que las normas sean determinadas, resulta ineludible una decisión por parte de los jueces. El procedimiento judicial sirve para remediar los errores o imprevisiones que surgen del nivel de generalidad en el que las legislaturas deliberan. Aun contando con un modelo ideal de legislatura como el que propone WALDRON, que por ejemplo sea más sensible a cuestiones particulares, introduciendo audiencias públicas antes de la sanción

³⁸ HART 1961: 162-163. En el mismo sentido HART 1961: 269-271.

³⁹ Así, los legisladores en ocasiones actúan en respuesta a hechos sobresalientes y cercanos que distraen su atención de otras consecuencias y probables circunstancias subyacentes a la cuestión. Los legisladores pueden tomar decisiones que dependan de forma exagerada de un hecho particular, sobreestimando su papel dentro del rango más amplio de hechos. Cf. SCHAUER 2006: 893-899.

⁴⁰ Cf. SCHAUER 1991: 89-90.

⁴¹ Para un análisis del carácter sub y sobre incluyente de las reglas, véase SCHAUER 1991: 89-91.

⁴² Cf. KELSEN 1931: 34-37.

de las leyes o estableciendo la obligación de consultar a los agentes afectados por determinadas leyes, siempre pueden surgir casos problemáticos en la aplicación de las normas.

En este contexto, el advertir que el control de constitucionalidad no es otra cosa que el ejercicio de la función jurisdiccional aplicada a las normas de mayor jerarquía, no tiene por qué implicar que en estos casos la protección de los derechos de jerarquía constitucional se traduzca necesariamente en una tan amplia delegación al poder judicial para establecer lo que los derechos son. El sistema podría, por ejemplo, prever que los jueces deben autolimitarse a la hora de invalidar por inconstitucional una norma, asumiendo la presunción de constitucionalidad de las leyes dictadas por el legislador, y que solo en casos en que la inconstitucionalidad sea manifiesta se puede avanzar sobre la validez.⁴³ Pero además, en el caso del sistema americano, la declaración de inconstitucionalidad tiene una importante limitación: solo se declara respecto del caso concreto, y en virtud de esta limitación se podría argüir que parece ser más respetuosa de las atribuciones del poder legislativo.⁴⁴

En conclusión, en el marco de un sistema en que no está individualizado el órgano de adjudicación que puede ejercer el control, la objeción contramayoritaria en su versión más fuerte deja de ser una crítica al control judicial de constitucionalidad para convertirse en una crítica a la función jurisdiccional en general, de la que es imposible prescindir.

Cabe ahora analizar cómo afectan las objeciones contramayoritarias a los sistemas que sí prevén un órgano expresamente designado para el control de constitucionalidad, como sucede en aquellos países que cuentan con un tribunal constitucional y un régimen concentrado de control. En general en

⁴³ Por ejemplo, las Constituciones de Suecia y Finlandia declaran expresamente que solo puede inaplicarse una norma cuando ella es *manifestamente* inconstitucional. Esta es la doctrina que defendía Thayer, quien postulaba la obligación de los tribunales de asumir una actitud de deferencia fuerte hacia el legislador (cf. THAYER 1893).

⁴⁴ Existen otros elementos en la configuración del sistema que también pueden incidir en este mismo sentido, como por ejemplo cuáles sean las vías de acceso al control de constitucionalidad o cuál sea la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Suprema para los tribunales inferiores. Para un panorama sobre esta cuestión véase LINARES 2008: 147- 197.

tales sistemas, mientras que el tribunal constitucional es el único que puede invalidar leyes a la luz de lo que establece la constitución, los tribunales ordinarios tienen a su cargo la aplicación de la legislación a casos concretos. La opción por tribunales constitucionales en un primer momento estuvo vinculada con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, evitando las discrepancias que entre diferentes tribunales pudieran surgir cuando se ventilan cuestiones constitucionales. En la actualidad, se ha señalado además que este modelo tendría otras ventajas. Así, según FERRERES COMELLA, una de sus cualidades residiría en la posibilidad de diseñar de manera diferenciada el tribunal constitucional y la justicia ordinaria. Este sistema permitiría reservar para la justicia ordinaria un sistema menos politizado, vitalicio y más sensible al principio de división de poderes, mientras que para la justicia constitucional se podrían instrumentar mecanismos de selección de sus miembros directamente dependientes de las mayorías parlamentarias, estableciendo su elección a través de estas y por períodos cortos, no vitalicios, aumentando así el grado de convergencia con el poder legislativo. El unificar el control en un único tribunal permitiría además que el poder político calibre con mayor claridad el grado de resistencia judicial frente a una ley por razones de su inconstitucionalidad, y así oponer sus propios argumentos a esa resistencia, ya sea a través de la opinión pública o promoviendo la reforma constitucional para rechazar los criterios del tribunal.⁴⁵

Para los partidarios de la objeción contramayoritaria, estas características no resultan suficientes para otorgarles credenciales democráticas a los tribunales constitucionales. En primer lugar, porque la designación o confirmación por representantes electos de los miembros del tribunal constitucional no podría asimilarse a las credenciales democráticas de quienes son elegidos directamente por el voto popular.⁴⁶ En segundo lugar, porque el núcleo central de la objeción, esto es, que los tribunales no deben declarar la invalidez de normas dictadas por el parlamento porque ello significaría sustraer el poder de los órganos representativos, parece no solo mantenerse incólume frente a los tribunales constitucionales sino cobrar mayor fuerza, porque la declaración de inconstitucionalidad tiene en este sistema efectos *erga omnes*.⁴⁷

⁴⁵ Cf. FERRERES COMELLA 2003: 80-87 y 2009.

⁴⁶ Cf. WALDRON 2006: 1394.

⁴⁷ Cf. WALDRON 2006: 1354.

Pese a esto, en lo que respecta a la insuficiente representatividad de los tribunales constitucionales en comparación con las legislaturas, como ya señalé, sin duda podrían existir mejores mecanismos de designación tanto de los miembros de los tribunales constitucionales como de los jueces en general. En este caso existe un mayor esfuerzo por reflejar la voluntad política de la sociedad en la conformación del tribunal en comparación, por ejemplo, con el tradicional objeto de la crítica, esto es, el sistema de estilo estadounidense. De todos modos, el problema de la mayor o menor representatividad de los mecanismos de selección debería independizarse conceptualmente de la cuestión de si los tribunales constitucionales deben o no tener la potestad de declarar inválida una norma por inconstitucional. Pueden existir, del mismo modo, sistemas más y menos representativos para la selección de los miembros de las legislaturas, pero esto no puede constituir un argumento contra la asignación a un órgano colegiado de la potestad de crear normas generales.

Encuanto al carácter *erga omnes* de las declaraciones de inconstitucionalidad en los sistemas de control concentrado, en primer lugar debe recordarse que la circunstancia de que se invista a un órgano específico para el control de constitucionalidad no necesariamente implica que sus decisiones al respecto tengan carácter *erga omnes*. Esa asociación es sólo contingente y se registran muchos casos en los que las decisiones de los tribunales constitucionales no revisten tal carácter.⁴⁸ Pero, además, se podría argumentar que cuando se opta por un diseño que admite la declaración de invalidez *erga omnes*, lo que se busca preservar la seguridad jurídica, esto es, que individuos que se encuentran en situaciones similares reciban un trato igualitario en virtud de la valoración única que efectúa el tribunal designado respecto de la constitucionalidad de la norma que le es aplicable. En otras palabras, la seguridad jurídica vendría a preservar en el plano de la aplicación de las normas judiciales el principio de igual consideración y respeto, que en los sistemas de control difuso se vería afectado pues podría darse el caso que individuos que se encuentran en situaciones semejantes no reciban un trato igual como consecuencia de que diferentes jueces juzgaron de manera disímil la constitucionalidad de las normas aplicables. Ahora bien, recuérdese que una de las razones que los partidarios de

⁴⁸ Véase LINARES 2008: 249-250 donde se efectúa un relevamiento de los efectos *inter partes* o *erga omnes* de las sentencias en diferentes sistemas de control de Latinoamérica.

la objeción contramayoritaria ofrecen para privilegiar a la regla de la mayoría está dada precisamente por el respeto de este principio. Siendo ello así, desde este punto de vista se podría sostener que un diseño institucional que invierte a un tribunal constitucional de la competencia para declarar la invalidez *erga omnes* de las leyes no es más deficitario desde el punto de vista democrático que los sistemas de control difuso. Es más, en esta línea se podría argumentar que el cargo de antidemocrático contra este diseño pierde parte de su fuerza, ya que tanto la conformación del tribunal como los efectos que se asignan a sus decisiones revelan claramente un esfuerzo por consagrar un control de constitucionalidad más apegado a los ideales democráticos.

Por supuesto, se puede sostener frente a este tipo de defensas que ellas, en el mejor de los casos, solo logran atenuar la intensidad de la objeción democrática y resultan insuficientes para justificar que los jueces, a través del control de constitucionalidad, tengan la última palabra institucional. Quienes se toman en serio la objeción contramayoritaria sostienen que en un sistema genuinamente democrático esa última palabra debe quedar siempre en manos del Parlamento y nunca en manos de los jueces.⁴⁹ Debe advertirse, sin embargo, que esta tesis, sus alcances y específicamente qué se entienda por «tener la última palabra institucional», tampoco puede analizarse sin considerar cuál es la teoría interpretativa que se presupone y cuál es el sistema específico de control que se tiene en mente. En un sistema de control concentrado donde, como diría Kelsen, el tribunal parece asumir el papel de legislador negativo, el argumento de la última palabra parece tener fuerza. Pero normalmente la formulación de este argumento parece presuponer, como por ejemplo lo hace Waldron, que el desacuerdo acerca de si una determinada norma viola ciertos derechos es inevitable en todo caso, esto es, se asume la tesis de la indeterminación radical que, como señalé antes, existen fuertes razones para rechazar. Si ese no es el caso y podemos por ende afirmar que en muchas ocasiones es posible diferenciar entre interpretaciones y decisiones correctas e incorrectas de acuerdo a la constitución, la afirmación de que *siempre* la última palabra debe tenerla el Parlamento debería ser cuanto menos matizada. Puede darse la situación de que el Parlamento haya dictado una norma claramente inconstitucional y que el tribunal constitucional correctamente la haya declarado inconstitucional. ¿Tendría sentido en ese caso darle la última palabra al Parlamento? Si aceptamos

⁴⁹ Véase también TUSHNET 2006.

que casos como ese pueden darse, la obligatoriedad del reenvío al Parlamento para que tenga la última palabra podría generar dos situaciones. Si frente al reenvío el Parlamento insiste en su decisión inconstitucional, estaríamos frente a una situación crítica desde el punto de vista institucional en tanto se acepte que lo que es suprema es la Constitución y no el Parlamento. Por otro lado, si la decisión del tribunal ofrece razones de tal peso que llevan al Parlamento a aceptar su error, la decisión luego del reenvío sería puramente formal.

Pero además, este argumento parece suponer que la naturaleza de la última palabra en uno u otro órgano es equivalente, y que la única diferencia radica en la presencia o no de *accountability* electoral en uno u otro órgano. Sin embargo, esta simplificación es equivocada. En los sistemas modernos las decisiones de los jueces solo pueden ser consideradas válidas si se encuentran debidamente justificadas. Eso conlleva una exigencia muy fuerte para los jueces: deben brindar razones de sus decisiones y se podría decir que ese es uno de los fundamentos centrales del carácter autoritativo de las decisiones judiciales en el Estado de Derecho. En cambio, las legislaturas no están obligadas a ofrecer razones o justificar el porqué de una prescripción.⁵⁰

De la misma manera, si se asume la teoría de la indeterminación parcial, que circunscribe la discrecionalidad de los jueces a los casos problemáticos de interpretación en conjunción con un sistema donde la declaración de inconstitucionalidad se dicta únicamente para el caso concreto y sólo tiene efectos *inter partes*, es difícil identificar en qué podría consistir en tal caso afirmar que el Congreso debe tener la última palabra institucional sin desnaturalizar sus funciones y el principio de división de poderes. Pero, otra vez, eso solo podría circunscribirse a ciertos casos problemáticos de interpretación.

Si se considera relevante para la evaluación de las instituciones y las decisiones que ellas posean legitimidad democrática, y esta última es entendida principalmente en términos de la presencia de credenciales electorales y responsabilidad política, es claro que el control judicial de constitucionalidad de las leyes siempre será en mayor o menor grado deficitario.

Ahora, se podrían proponer parámetros de evaluación alternativos. Uno de ellos fue sugerido por el propio Waldron en su visita a la Corte Constitucional

⁵⁰ Cf. BULYGIN 1966. En un sentido similar véase Fiss 2006.

colombiana en el año 2017.⁵¹ Allí Waldron reconoció que la noción de legitimidad democrática, en la que se basó tradicionalmente su objeción, no agota el campo significativo de la noción “legitimidad”, que es susceptible de diversos núcleos significativos.⁵² El profesor neozelandés introdujo la siguiente noción:

Yo defiendo una concepción de legitimidad bastante específica y exigente. Legitimidad se refiere a la capacidad de un sistema político y jurídico de generar respaldo para la implementación de las leyes y políticas, incluso por parte de aquellos que se opusieron a estas por razones sustanciales, es decir, por parte de aquellos que hicieron campaña en contra de esas políticas o leyes o que hubiesen votado en contra de ellas de haber tenido la oportunidad de hacerlo.⁵³

Obsérvese que en este texto la noción de legitimidad se conecta con la totalidad del sistema institucional. En tal caso podría explorarse la posibilidad de una evaluación, en términos de legitimidad, no compartimentada de los elementos componentes de un diseño de democracia constitucional. Así, como sugiere Owen Fiss, la evaluación en términos del cumplimiento del ideal democrático de un diseño podría hacerse respecto de la totalidad del sistema, no de cada uno de sus partes componentes.⁵⁴ La evaluación de órganos como los tribunales constitucionales deberá hacerse en términos de la naturaleza de su relación con los elementos más representativos del sistema institucional.⁵⁵ Y para ello habrá que analizar la especificidad de cada diseño y responder a interrogantes del siguiente tipo: ¿La justicia constitucional es deferente al legislador? ¿Busca articular mecanismos dialógicos con todas las partes afectadas en sus decisiones? ¿Sus fundamentos se esfuerzan por brindar argumentos de razón pública? Si esto fuera aceptable, nuestras demandas democráticas hacia los tribunales constitucionales, más que remarcar su déficit representativo, apuntarán a establecer qué aporte puede hacer para garantizar que las precondiciones del sistema institucional cumplan con los ideales del autogobierno y de los derechos que una democracia constitucional busca articular.

⁵¹ Cf. WALDRON 2018.

⁵² Quizás relacionados a la manera de los “parecidos de familia” de los que hablaba Wittgenstein.

⁵³ WALDRON 2018

⁵⁴ Cf. FISS 2006.

⁵⁵ Para un intento por mostrar como la protección de los derechos humanos es una tarea compartida entre el poder judicial y las legislaturas véase KYRITSIS 2017.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTMAN, A. 1990: *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, Princeton: Princeton University Press.
- BAUMAN R. y T. KAHANA 2006: *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BAYON J. 2000: “Derechos, democracia y constitución”, *Discusiones*, núm. 1: 65-94.
- BICKEL, A., 1962: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis: Bobs-Merrill. Citado por la 2da. edición, New Haven: Yale University Press, 1986.
- BULYGIN, E. 1966: “Sentencia judicial y creación del derecho”, *La Ley*, vol. 124. Citado por la versión publicada en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991: 355-369.
- DIXON, R. 2019: “The forms, functions, and varieties of weak(ened) judicial review”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 17, 3: 904–930.
- DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth. Citado por la traducción castellana de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona: Planeta Agostini, 1993.
- 1986: *Law’s Empire*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- 1996: *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- ELSTER, J. 1988: “Introducción”, en Elster-Slagstad 1988: 33-48.
- ELSTER, J. y R. Slagstad 1988 (eds.) *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press. Citado por la traducción castellana de M. Utrilla de Neira, *Constitucionalismo y democracia*, México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- ELY J. H., 1980: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press. Citado por la traducción castellana de J. H. Ely y M. Olguín, *Democracia y Desconfianza, Una teoría del control constitucional*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.
- FERRERES COMELLA, V. 2003: “Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65, vol. 2: 73-122.
- 2009: *Constitutional Courts and Democratic Values*, New Haven, Yale University Press.

- Fiss, O. 2006: “Between Supremacy and Exclusivity”, en Bauman y Kahana 2006: 452-466.
- FREEMAN, S., 1990: “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review”, *Law and Philosophy*, núm. 9: 327-370.
- FRIEDMAN, B., 1998: “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, *New York University Law Review*, vol. 73, núm. 2, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=60449>.
- 2000a: “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner”, *NYU Law School, Public Law Research Paper*, núm. 24, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=242233>.
- 2000b: “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, núm. 4, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=213789>.
- 2002a: “Reconstruction’s Political Court: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two”, *Georgetown Law Journal*, vol. 91, 2002, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=312023>.
- 2002b: “The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five”, *Yale Law Journal*, vol. 112, núm. 2, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=312024>
- GARGARELLA, R., 1996: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona: Ariel.
- 2004: *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Buenos Aires: Capital Intelectual.
- GARDBAUM, S. 2013: *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and practice*, Cambridge, Cambridge University Press.
- GUASTINI, R., 1992a: *Dalle fonti alle norme*, Torino: Giapichelli Editore.
- 2005a: «A sceptical view on interpretation», *Analisi e Diritto. Ricerche de Giurisprudenza Analitica* 2005:139-144.
- HAMILTON, A., J. MADISON y J. JAY 1788: *The Federalist. A Commentary on the Constitution of the United States*, s/d. Citado por la traducción castellana de G. VELAZCO, *El Federalista*, México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- HART, H.L.A., 1961: *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción castellana de G. CARRIÓ, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.
- 1977: «American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream», *Georgia Law Review*, vol. 11, núm. 5: 959-989. Citado por la versión publicada en HART 1983: 123-188.
- 1983: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.

- IGLESIAS VILA, M., 1998: «Una crítica al positivismo hartiano: el problema del seguimiento de reglas», *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica* 1998: 129-144.
- KELSEN, H. 1929: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2da. edición, Tübingen: J.C.B. Mohr. Citado por la traducción castellana de R. LUENGO TAPIA y L. LEGAZ y LACAMBRA, *Esencia y valor de la democracia*, México: Colofón, 1992.
- 1931: «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?», *Die Justiz*, núm. 6: 576-628. Citado por la traducción castellana de R. BRIE, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Madrid: Tecnos, 1995.
- 1942: «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», *The Journal of Politics*, núm. 4: 183-200.
- KYRITSIS, D. 2017: *Where Our Protection Lies. Separation of Powers and Constitutional Review*, Oxford, Oxford University Press.
- LINARES, S., 2008: *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid: Marcial Pons.
- MARMOR, A., 1992: *Interpretation and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press.
- MOORE, M., 1985: «A Natural Law Theory of Interpretation», *Southern California Law Review*, núm. 58: 279-398.
- 1989: «The Interpretive Turn in Modern Theory. A turn for the worse?», *Stanford Law Review*, vol. 41, núm. 4: 871-957.
- 1992: «Law as a Functional Kind» en GEORGE 1992: 188-242.
- 1995: «Interpreting Interpretation», en MARMOR 1995: 1-30.
- 2000: *Educating Oneself in Public. Critical Essays in Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press.
- MORESO, J.J.: 1997a: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticas y Constitucionales.
- NINO, C., 1996: *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven: Yale University Press. Citado por la traducción castellana de R. SABA, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa, 1997.
- ORUNESU, C. 2012: *Positivism jurídico y estado constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- ORUNESU, C., J. L. RODRÍGUEZ y G. SUCAR, 2002a: «Inconstitucionalidad y Derogación», *Discusiones*, núm. 2: 11-58.
- ROACH, K., 2004: «Dialogic Judicial Review and its Critics», *Supreme Court Law Review*, núm. 23: 49-104.
- 2019 Dialogic remedies, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 17, Issue 3, July 2019, Pages 860–883.

- SCHAUER, F. 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*, Oxford: Clarendon Press. Citado por la traducción castellana de C. ORUNESU y J. RODRÍGUEZ, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida ordinaria*, Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- 2006: “Do cases make bad law?”, *The University of Chicago Law Review*, núm. 73: 883-918.
- THAYER, J., 1893: “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, vol. 7, núm. 3: 129-156.
- TUSHNETT, M. 1999: *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press.
- 2006: Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design, en Bauman y Kahana 2006: 355-376.
- 2008: *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press.
- 2019: “Weak-form review: An introduction”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 17, 3: 807–810.
- VAN BRUGGEN, M. 2019: “Democratic rights protection: the case for weak judicial review implicit in the democratic critique of judicial review”. *European Constitutional Law Review*, 1–22.
- Waldron, J. 1999: *Law and Disagreement*, Oxford: Clarendon Press. Citado por la traducción castellana de Á. QUIROGA y J. L. MARTÍ, *Derecho y Desacuerdos*, Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- 2006: “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, vol. 115: 1348-1406.
- 2018: “Control de constitucionalidad y legitimidad política”, en *Dikaion*, 27, 1 (2018), pp. 7-28.

ARTÍCULOS

William Gilberto Bobadilla López

Ana Isabel Calderón Cristal

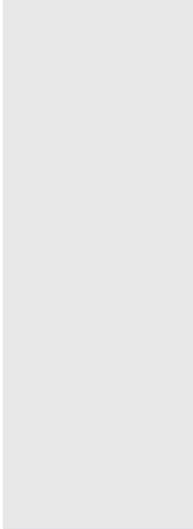
Ricardo Antonio González Soto

Juan Pablo Gramajo Castro

Rosa María López Yuman

Luis Arturo Palmieri Nuñez

Francisco Javier Urizar Pérez



LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN UNIVERSITARIA: PASO CLAVE PARA EL NEXO SEGURIDAD-DESARROLLO EN GUATEMALA

*Fight Against Academic Corruption: A Critical Step for the Achievement of
The Security-Development Nexus in Guatemala*

William Gilberto Bobadilla López

Doctor en Ciencias Políticas y Sociología, Universidad Pontificia de Salamanca;

Doctor en Derecho, Candidato a Doctor en Educación y

Candidato a Doctor en Seguridad Estratégica, Universidad de San Carlos de Guatemala

billybobadilla@googlemail.com

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.8>

Fecha de recepción: 01/10/2019

Fecha de aceptación: 20/02/2020

SUMARIO

Introducción

1. Cooptación universitaria: modalidades, importancia y efectos
2. Urgencia y trascendencia del cambio
3. Obstáculos y formas principales para el cambio

Resumen

Existe una forma de cooptación estatal paradójicamente descuidada hasta ahora por el discurso anticorrupción local, a saber, la captura instrumental de la Academia, modalidad específica por la que redes cooptantes y actores corruptos no sólo se han apropiado de un sector clave para la Nación sino, además, lo han convertido en “base de operaciones de asalto” de instituciones clave del Estado, situación que ha llegado a tal nivel de agravamiento que resulta inaceptable y contraproducente que dicho tema siga siendo dejado de lado, no sólo por las consecuencias negativas que tal negligencia ha generado hasta la fecha (significativas en sí), sino por la importancia decisiva de la Educación Superior para el futuro del País, cuestión que hace indispensable revertir la cooptación existente para que la Educación Terciaria contribuya efectiva, y no sólo retóricamente, a la seguridad y desarrollo nacionales, cosa que depende, en primer lugar, de un diálogo extenso y sostenido (al que se pretende contribuir con este análisis) de las condiciones que han dado origen a tal captura de la Academia nacional, así como de sus manifestaciones y efectos principales a la fecha, y los obstáculos y formas necesarias para su neutralización.

Palabras clave: Derecho Constitucional. Cooptación criminal de la Academia guatemalteca. Cambios estructurales en la Educación Superior de Guatemala.

Abstract

There is a form of state capture paradoxically heretofore neglected in the Guatemalan Anti-corruption Discourse, namely, the capture of national universities, a specific type of criminal cooption used by corrupt networks and actors to not only seize control of such critical sector but, more ominous, to establish “operations headquarters” in order to continuously assault and capture other key national institutions with impunity—a condition so perverse, unacceptable and counterproductive that it cannot remain sidelined any longer, but must be brought to fore, given the extremely negative consequences the current negligence of such issue has already caused, and, more important, the crucial role Higher Education must play in the provision of a better future for the Nation as vital element in the national effort for the achievement of the Security-Development Nexus. Considering that pertinent and timely knowledge is a precondition of effective action, an the fact that success of the national fight against academic capture depends heavily on wide and sustained social debate concerning the phenomenon itself ando existing obstacles and measures needed to countervail them, this paper engages in them sequentially, in order to make a useful contribution.

Keywords: Constitutional law. Criminal Capture of Academia. Needed structural change in Guatemalan Higher Education.

INTRODUCCIÓN

Cabe iniciar el presente trabajo haciendo mención de que su objetivo general es ofrecer al Lector una visión panorámica de este tema crucial que, si bien presente en la consciencia colectiva y discutido esporádicamente durante coyunturas importantes (comisiones de postulación, e.g.), paradójicamente no es objeto de análisis acorde a la importancia que tiene para la seguridad y desarrollo del Estado guatemalteco (como se examina más adelante)—negligencia contraria a una creciente preocupación internacional sobre este asunto, que no sólo es tema de discusión académica creciente (“reforma del servicio civil universitario para combate a delitos económicos”, v.g.) sino, incluso, de informes especiales de agencias nacionales de seguridad (documentos del FBI sobre Educación Superior y Seguridad Nacional, v.g.) y de reportes anuales detallados de entidades internacionales especializadas en el tema (*Global Corruption Report: Education* de *Transparency International*, v.g.)—motivo por el cual, el artículo adopta como objetivos específicos presentar una descripción general del fenómeno en sí, de las razones apremiantes para introducir cambios, de los obstáculos existentes y de acciones principales que pueden tomarse al efecto, partiendo de insumos obtenidos, primordialmente, mediante investigación documental, a partir de textos jurídicos y no-jurídicos relacionados al tema.

Hecha tal acotación metodológica, cabe iniciar argumentando que, aun cuando la denominada “Lucha contra la Corrupción” ha tenido como epicentro actual (y lógico) de su atención y acción el Sistema Nacional de Justicia, existe otro Sistema igualmente estratégico en un esfuerzo nacional de esa naturaleza y envergadura al que, hasta ahora (comprensible, de cierto modo, dado que tal amplitud obliga a gradualidad), no se ha prestado una atención equivalente, ni siquiera como discurso, i.e., el Sistema Nacional de Educación Superior (esferas pública y privada).¹

¹ Es importante hacer notar que, al igual que la Universidad de San Carlos de Guatemala, las universidades privadas nacionales prestan un servicio de interés público, y ello, a la vez que les exime del pago de impuestos (por hacer tareas que el Estado debería realizar), les deja sujetas a escrutinio gubernamental y social (no obstante argumentos contrario basados en la idea de “autonomía académica”).

Tal atención (a nivel conceptual y político) es especialmente vital, dado que la actual situación de País puede asemejarse a lo que acontece cuando se hereda un terreno valioso pero lleno de escombros, sobre el cual no puede vivirse pero cuyo aprovechamiento es indispensable e inaplazable, cuestión esta última que implica, como es indiscutible, una insoslayable limpieza total del mismo, puesto no puede construirse nada nuevo en él, si no se lo deja “al ras”, “totalmente plano” para poder construir lo que se necesita.

Tal ejemplo deja claro no sólo la necesidad de abordar ambos sistemas, sino, más aún, la necesidad de que tal acometida sea secuencial: en efecto, a través de la “Justicia” debe “limpiarse el terreno” pero a través de la “Educación Superior” debe “(re)construírselo”, analogía que demuestra:

- Cuán indispensable resulta un énfasis por lo menos igual en “recuperar” el Sistema Nacional de Educación Superior al que se está poniendo en la recuperación del Sistema Nacional de Justicia, dado que (siguiendo con dicho razonamiento analógico), de poco sirve, al final de cuentas, un terreno “limpio sin construir” si “no se puede vivir en él”; y
- Cuán incompleta puede resultar la “limpieza nacional de agentes corruptos” si a la prisión o depuración de malos elementos actuales no se suma el diseño, implementación y ejecución de un modelo integral que posibilite y efectivice, por un lado, la prevención, detección y sanción de actos corruptos, y, por otro, la recuperación de activos y, en general, una nueva forma de hacer en el Sistema Nacional de Educación Superior, a modo de que éste cumpla efectivamente el rol que está llamado a desempeñar para la Seguridad y Desarrollo del País dentro de una Sociedad de Riesgo y Conocimiento como la vigente.

1. Cooptación universitaria: modalidades, importancia y efectos

Basado en lo anterior, cabe señalar que la Reconfiguración Cooptada del Estado representa una fase avanzada en el proceso de Captura del Estado que exhibe características² fácilmente identificables y que se manifiesta, casi siempre, como “captura instrumental de instituciones” por parte de entes criminales (individuales, colectivos) con el propósito común de aprovechar ciertas reglas de juego (formales, informales) que la Sociedad y el Estado han adoptado, puesto que ello les permite modificar sistemáticamente, desde adentro (a través de prácticas ilegales o legales pero legítimas), los procesos de formulación, modificación, interpretación y aplicación de políticas de interés público,³ siendo (precisamente) una de estas instituciones básicas para el sustento y funcionamiento del Estado de Derecho, la Educación Superior, razón por la cual, la literatura sobre Seguridad se ocupa progresivamente de la llamada captura instrumental de la academia (Garay Salamanca & Salcedo-Albarán, 2012, págs. 36-37).

Cooptación criminal cuyas graves implicaciones y consecuencias para Guatemala pueden entenderse fácilmente cuando se considera que las universidades nacionales tienen:

- Por disposición constitucional y legal, incidencia directa en la conformación y funcionamiento del Gobierno, siendo ejemplo meridianamente claro, pero no exclusivo ello, que la universidad

² Según literatura especializada convencional: (1) participación de individuos y grupos sociales “legales” e “ilegales”; (2) búsqueda de beneficios económicos, legales (penales, principalmente) y reputacionales (legitimación social); (3) coerción y establecimiento de alianzas políticas complementarias o sustitutivas de soborno; y (4) afectación de diversas ramas del poder público y distintos niveles de la administración pública.

³ Porque de este modo, dichos agentes cooptantes pueden: (1) obtener beneficios a largo plazo; (2) asegurar validación política y legal de sus intereses; y (3) obtener legitimación social a sus intereses, aun cuando éstos sean contrarios al bien común.

pública ⁴ y las universidades privadas ⁵ integran las denominadas “comisiones de postulación” que eligen tanto a los estratos más altos de la Judicatura Guatemalteca (Arts. 215 y 217 CPRG) como a miembros de órganos cruciales de control de la corrupción en el Estado (*Tribunal Supremo Electoral*, Art. 173 CPRG, Ministerio Público, Art. 251 CPRG, Contraloría General de Cuentas, Art. 233 CPRG, Corte de Constitucionalidad, Art. 268 CPRG, respectivamente); y

- Por la naturaleza de su función tripartita inherente (docencia, investigación, extensión), incidencia indirecta, pero decisiva, en la conformación y funcionamiento del Gobierno puesto que, adicional a su función estructural de provisión del recurso humano necesario para gran parte de puestos directivos y técnicos a nivel gubernamental, también son fuente de información, asesoría y proyectos necesarios para el debido cumplimiento del fin primordial del Estado (bien común) que constituyen, hecho, insumos y plataformas que pueden ser (y, no pocas veces, son) fuente potencial y permanente de pingües ganancias ilícitas.

Captura Instrumental de la Academia que en Guatemala se ha dado, entre otros, mediante procesos de politización y perversión dentro de la Universidad Pública (Sanchinelli Izeppi, 2017), mediante fundación de “universidades de garaje” que son creadas expresamente para cooptar instancias clave del Estado (Wolke, 2017) (López Gálvez, 2017) (Estrada Tovar, 2018a) (Estrada Tovar, 2018b) (García, 2018) (Silva Ávalos, Puerta, & Grant, 2018), y en general, mediante el proceder sistemático de (mal llamados) “empresarios de la

⁴ La Universidad de San Carlos tiene participación en más de cien instituciones públicas esenciales para el País, con funciones muy diversas entre sí (Corte de Constitucionalidad, Junta Monetaria, Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Registro de Información Catastral, Consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural, Instituto Nacional de Estadística, etc.).

⁵ Las universidades privadas tienen también participación en múltiples órganos colegiados de importancia vital para el País (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Consejo Nacional de Educación, Consejo de la Enseñanza Privada Superior, Postuladora de Miembros de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, v.g.).

Educación” que son, en realidad, agentes buscadores de rentas⁶ que diseñan y realizan continuamente (de manera individual o concertada) acciones u omisiones egoístas, distorsionantes, poco apegadas a la misión histórica de las universidades y lesivas al interés general que les generan beneficio económico sustancial exento de todo tipo de supervisión o tributación (económico, político, gremial, reputacional), a la vez que excluyen a muchísimas personas de la posibilidad de acceder a la educación superior y paralizan ofertas alternas (oposición a la Universidad Maya, v.g.), gestando contra sí mismos, con todo ello, un malestar social creciente que se manifiesta, entre otros (y similar a lo que pasa en todo Hemisferio), como propuestas usualmente centradas en:

- obligarlos a pagar impuestos (Kim, 2017);
- obligarlos a destinar un porcentaje generoso (mínimo 25%) de sus ingresos a la concesión de becas para personas de bajos recursos (Seltzer, 2016);
- sancionarlos por “autonomía mal entendida y peor usada” (cobros arbitrarios, mala calidad, opacidad) (Riquelme, 2011); y
- cerrarlos definitivamente, en casos de mediocridad y “fraude social” (Ayala, 2012).

2. Urgencia y trascendencia del cambio

Parte de este malestar social se deriva de una conciencia paulatina en la Sociedad sobre la existencia de verdaderas redes (agregado de actores ilegales y legales) a lo largo y ancho del Sistema Nación del Educación Superior, percibidas por el público como enfrascadas obstinadamente en la preservación de tal *status quo* y con un actuar tan visiblemente impune en sus rostros más visibles que se ha llegado al grado de solicitar, indignada e inequívocamente, que de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala –CICIG-

⁶ **Agentes buscadores de rentas** (*Rent-seeking Agents*). Def. “Personas físicas o morales que buscan ingresos económicos a través de manipulación o explotación privilegiada del entorno político o económico, en lugar de obtenerlos mediante transacciones y acciones que añadan valor”.

realizase investigaciones dentro del ámbito académico público (Lara & Patzán, 2015) (Campus Virtual, 2015) (Escobar Sarti, 2017) (Búcaro Chinchilla, 2018),⁷ por ejemplo, como parte de un evidente temor que las universidades nacionales (USAC, en el caso mencionado) se conviertan en órganos inútiles al cumplimiento de funciones específicas que tal tipo de organizaciones deben cumplir en el siglo XXI (ventajas comparativas, obligación constitucional -Arts. 82 y 85 CPRG-, etc.), a saber:

- generar y retener una comunidad científica nacional;
- incorporar las tendencias y avances científicos globales al tratamiento de problemas locales para contribuir al mejoramiento de la industria, agricultura y sociedad;
- generar desarrollo cultural y crítica social;
- generar y socializar conocimiento en el(los) lenguaje(s) nacional(es); y
- educar a las nuevas generaciones de científicos, eruditos y técnicos que necesite el país (Altbach, 2007, págs. 19-21).

Ante tal situación, existe un sentir aumentado de necesidad de cambiar un modelo de educación superior directamente opuesto a los intereses de la población general (Martínez Mont, 2014), altamente lucrativo y susceptible a agentes corruptos que utilizan tal función pública para grandes beneficios privados y que han sabido aprovechar la transición global de la Academia de un modelo primigenio *universitas magistrorum et scholarum* (“comunidad de maestros y eruditos”), a un modelo globalitarista que se centra en la rentabilidad financiera y en las “necesidades del mercado” (Rama, 2012), para consolidar una modalidad propia de “Capitalismo de Secuaces” (*Crony Capitalism*) que suma los efectos nocivos típicos de tal Modelo (desnaturalización institucional,

⁷ Peticiones que, aprovechado las facilidades provistas por las poderosas tecnologías de información y comunicación disponibles, han trascendido fácilmente las fronteras nacionales y han sido planteadas en diversos espacios promotores de denuncia y acción ciudadana donde han logrado recolectar importante número de firmas (*Change.org*, por ejemplo, vid. <https://www.change.org/p/comisionado-iv%C3%A1n-vel%C3%A1squez-cicg-queremos-que-se-investigue-a-la-usac>).

ilegitimidad social, etc.), suma todavía a problemas históricos no resueltos (autonomía no-supervisada, clientelismo, precariedad laboral, politización, etc.), produciéndose, con ello, una amalgama que convierte al Sistema Nacional de Educación Superior, en un espacio realmente poco propicio (cuando no opuesto) al Desarrollo, la Democracia, la Libertad y al Pluralismo en el País, y, en general, un verdadero tropiezo a: [A] la capacidad nacional para “surfear” la “tercera ola de cambio”,⁸ representada en la consolidación de la Sociedad del Conocimiento (Toffler, 1993a); y [B] generar comprensiones integradas y previsoras de los fenómenos complejos y cambiantes que caracterizan a las sociedades actuales (Toffler, 1993b).

Tales actores impiden el Bien Común por cuanto bloquean la sustitución del actual modelo promotor de “fordismo intelectual” (Torres Santomé, 1998) por otro facilitador de un abordaje adecuado de la “Revolución del valor-conocimiento” (Saikaya, 1995) vía nuevo énfasis en la pertinencia y la calidad educativas, ésta última (calidad educativa) no concebida en mero término de “calidad total” (*Total Quality*) sino de “excelencia en la función”, i.e., “areté” (ἀρετή)⁹ (Wilson, 1992), cuestión indispensable para:

- la atención adecuada de problemáticas que preocupan a la opinión pública;
- el cumplimiento de objetivos y preceptos internacionales relacionados a la Educación Superior;¹⁰
- la evolución de las instituciones nacionales de educación superior hacia el denominado “Quinto Modelo” (o “Universidad del bien

⁸ En la Teoría de este famoso sociólogo y autor (Alvin Toffler), la emergente Sociedad del Conocimiento representa una “tercera ola” histórica respecto de la Sociedad Agrícola y la Sociedad Industrial que la precedieron como arquetipo social dominante y que representan, respectivamente, la “primera” y “segunda” [olas].

⁹ ἀρετή (*aretē*) Def. “Vocablo griego que engloba las siguientes ideas: excelencia, mérito, perfección (corporal o espiritual), inteligencia, pericia, fuerza, vigor; valor, bravura, merecimiento, nobleza de ánimo, alteza, generosidad, honor, gloria, prosperidad y dicha”. (Entre otros, cotéjese el excelente Diccionario Manual Griego-Español de José Manuel Pabón y Suárez de Urbina).

¹⁰ Entre otros: Art. 26, inciso 2º, Declaración Universal DD. HH.; Art. 13, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Civiles; Art. 72 CPRG; Art. 27 Dto. 24-2001, Ley de Desarrollo Social.

común”), que supera la actual McDonalización de la Educación Superior (Ritzer, 1996)¹¹ que, facilitadora de logros importantes (efectividad, predictibilidad, medición, control), ha transformado al servicio público de educación terciaria en una especie de “comida rápida” que contraría la esencia misma de la Academia, porque ésta queda convertida en un servicio presuntamente eficiente, predecible y controlado ” a “estudiantes-consumidores” que esconde serios problemas (pertinencia dudosa, v.g.) y debilidades (poco rigor/dificultad para evitar pérdida de “cuotas de mercado”, etc.); y

- la insoslayable reconversión de la Universidad (y demás tipos de instituciones de enseñanza superior), a “Multiversidad”—i.e, la “institución inconsistente”¹² (Kerr, 2001), la “arena política”¹³ (Habermas, 1991) y la “pieza clave para la emancipación social” (Gailbraith, 1978), que debe ser como institución social clave al servicio del interés general mediante generación de conocimiento, solución de problemas nacionales y extensión de la cultura (Arts. 82 y 85 CPRG)—o, en otras palabras, a “Universidad Constructora de Estado” (*State-Building University*) (Ordorika & Pusser, 2007) ente que no puede estar circunscrito al avance de intereses criminales o ilegítimos, en desmedro de la Seguridad y el Desarrollo de la Nación.

3. Obstáculos y formas principales para el cambio

Cambiar tal *status quo* es tarea especialmente difícil porque, agregado a la natural resiliencia de tal clase de redes cooptantes, la propia Constitución

¹¹ **McDonalización.** Def. “Proceso mediante el cual los principios que rigen el funcionamiento de los restaurantes de comida rápida dominan un espectro cada vez más amplio de la vida social (política, producción, educación, religión, etc.)”.

¹² Los centros de educación superior presentan siempre un grado de “incoherencia interna” que tiene su origen en las **múltiples disciplinas, culturas, comunidades, grupos e intereses que conviven en ellos.**

¹³ Tres son las características de los centros de educación superior que los convierten en “arena política” inevitable: (1) son instituciones creadoras de conocimiento; (2) constituyen un punto de convergencia privilegiado de las diferentes realidades sociales, económicas, políticas y culturales existentes en los países donde se encuentran situadas; y (3) tienen un régimen ético interno peculiar que favorece la discusión sobre el poder (Libertad de Pensamiento).

complica aún más dicha tarea, al establecer que el Sistema Nacional de Educación Superior sea, en su esfera pública, un monopolio limitado a un único modelo de educación superior (universidad tradicional), y en su esfera privada, un oligopolio igualmente limitado a un único modelo de educación superior (universidad tradicional), conformando, con ello, diseño con externalidades amplias no-evidentes.

En el primero de los casos, la Constitución establece que la esfera pública del Sistema Nacional de Educación Superior estará comprendida exclusivamente por la Universidad de San Carlos de Guatemala, entidad en la que se concentra un alto porcentaje del presupuesto nacional (5%, i.e., más del doble del asignado a la Justicia - 2% -, v.g.), en la que las redes cooptantes han logrado, hasta ahora:

- concentrar poder en unos pocos órganos dominados por ellas (decanatos facultativos, representaciones gremiales, representaciones estudiantiles) mediante la preservación de legislación vieja (1945) que deja fuera a “la mitad de la Universidad” de la posibilidad de voto (escuelas facultativas, centros regionales);
- resistir propuestas de reforma constitucional para la ampliación de oferta educación superior pública, dado que la actual restricción les permite controlar el dinero asignado a la educación superior del Estado de una forma mucho más fácil de lo que les sería si el subsector estuviese dividido en un número mayor de instituciones públicas, entre las que no sólo quedaría dividido el dinero sino, además, tendría que lograrse consenso para disponer *ad libitum* del dinero y de las representaciones en instancias del Estado, actualmente concentradas, cuestión que, por ello, haría más difícil, a su vez, la comisión de actos ilícitos, hoy relativamente fácil por el tamaño y complejidad de la institución, y por la posibilidad que tienen las redes existentes para, desde ella, cooptar las instituciones responsables de fiscalizar y sancionar a la propia Universidad pública (Contraloría General de Cuentas, Tribunales, etc.); y

- obstaculizar un “proceso de reforma” que lleva más de treinta años (por insistencia de numerosos grupos dentro y fuera de la Universidad, iniciado en los 1980’s, retomado en los 1990’s y “en proceso” desde 2018), cuya demora ha ocasionado la permanencia de un paradigma universitario obsoleto que los mismo cuadros técnicos de la USAC reconocen le ocasionan serios problemas de “mediocridad docente, mediocridad estudiantil y mediocridad en los procesos de enseñanza-aprendizaje” (USAC et al., 1996, pág. 13), “inadecuación de la infraestructura” (CGP-USAC, 2003, pág. 19),¹⁴ “crisis institucional”, “deterioro permanente de la oferta educativa desde el inicio de la Era Democrática en el País” (CEUR-USAC, 1985, pág. 19),^{15,16} y, en general, “dificultad para generar los perfiles profesionales que el País necesita por demandas de la Sociedad del Conocimiento” debido a “programas educativos sin medidas específicas de aseguramiento de la calidad, en los que se presupone que las cosas irán dándose en el camino” (DDO-USAC, 2007, págs. 18-19)¹⁷— precariedad a la que se ha contrapuesto un apoyo meramente discursivo a favor de la transparencia, la eficiencia y la rendición de cuentas, claramente negadas en la realidad por una desatención permanente (en todas las unidades académicas) a los resultados y recomendaciones de evaluación realizados por la misma Universidad (DEPPA-USAC, v.g.),¹⁸ entre otros, así como

¹⁴ [CGP-USAC] Acrónimo de Coordinadora General de Planificación [de la] Universidad de San Carlos”.

¹⁵ [CEUR-USAC] Acrónimo de Centro de Estudios Urbanos y Rurales [de la] Universidad de San Carlos.

¹⁶ Cita textual (1985): “En general, la situación de la docencia, investigación y extensión del cuerpo institucional universitario es parte de una sola problemática: el agotamiento del modelo bajo el que funciona la Universidad de San Carlos. La expresión de ello tiene la forma de una crisis universitaria total; es decir, una crisis que se manifiesta en todos los niveles, actividades e instancias de la institución. [...] Se trata de una institución que se ha fosilizado [sic] en unas actividades, impulsa insatisfactoriamente algunas, o demuestra poca voluntad para avanzar en otras. Todo esto referido a las grandes necesidades del desarrollo social.”

¹⁷ [DDO-USAC] Acrónimo de Dirección de Desarrollo Organizacional [de la] Universidad de San Carlos de Guatemala.

¹⁸ [DEPPA-USAC] Acrónimo de Departamento de Evaluación y Promoción del Personal Académico [de la] Universidad de San Carlos de Guatemala: esta Unidad es la responsable de hacer valer la normativa pertinente en el tema, i.e., el denominado Reglamento de

a los resultados y recomendaciones obtenidos específicamente en proyectos relacionados a internacionalización,¹⁹ cooperación, acreditación,²⁰ extensión,²¹ planificación, y vinculación teoría/práctica ²² (DDO-USAC, 2007. Pág. 18).

En el segundo de los casos, la esfera privada del Sistema Nacional de Educación Superior, el sector de universidades privadas es un oligopolio,²³ que

Evaluación y Promoción del Personal Académico de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

¹⁹ Desatención a situaciones de fondo que ha hecho que iniciativas “novedosas” para la mejora de la calidad mediante internacionalización (movilidad internacional de profesores, v.g.) terminen siendo, simplemente, nuevos focos de problema (asignación clientelar de becas y fondos, v.g.).

²⁰ Salvo el caso de carreras aisladas que interesan al sector empresarial tradicional (Ingeniería agronómica, Ingeniería química, Ingeniería civil, Ingeniería industrial, Arquitectura, p.ej.), la única universidad pública evidencia, desde hace años, una tendencia general y marcada de negligencia respecto de la calidad de su oferta académica, siendo ejemplo paradigmático de ello, el fracaso continuo (desde el año 2011) de los intentos de certificación regional de la carrera de Pedagogía de la Facultad de Humanidades, situación que, por sí sola, dimensiona la crisis, dada la naturaleza estratégica de dicho programa de formación inicial (dado que los maestros son los únicos profesionales que pueden “generar” otros profesionales y sus fortalezas y debilidades, por ende, se ven reflejados, inexorablemente, en los últimos).

²¹ Más que visible en el hecho de que, pese su posición privilegiada para la incidencia y presentación de iniciativas diversas de interés nacional (única Universidad en el mundo con iniciativa de Ley, Sede del Consejo Superior Universitario Centro Americano, etc.), la Universidad de San Carlos no ha ejercido dicha potestad sino, por el contrario, se ha abstenido de intervenir en asuntos de interés nacional (actitud que merma seriamente su legitimidad con el tiempo).

²² Ejemplo claro de esto es la misma carrera de Pedagogía de la Facultad de Humanidades, ya referida: pese a un discurso común (en la Universidad y en la Facultad en cuestión) sobre la necesidad de acciones para la mayor pertinencia y relevancia de los productos académicos generados, los estudiantes inscritos en el Ejercicio Profesional Supervisado –EPS– de dicho programa de licenciatura suelen ser asignados (hasta la fecha) a tareas totalmente irrelevantes a la praxis profesional (reforestación de espacios públicos, pintado de edificios universitarios, realización de tareas secretariales, etc.), que son realizadas en la misma Facultad o en lugares asignados por ella, y respecto de las cuales se les “lleva cuenta de cumplimiento horas”, previo a aprobación de dicho curso.

²³ Oligopolio. Def. “Modalidad de mercado dominado por unos pocos oferentes, grandes e interdependientes entre sí (se conocen, afectan e influyen permanentemente) que: (1) tienen capacidad para fijar precios; (2) buscan siempre maximizar ganancias; (3) buscan siempre reducir la competencia mediante previsión de (re)acciones en competidores, colusión con competidores y establecimiento y/o aprovechamiento de barreras a la entrada de nuevos actores (alta inversión inicial, normativa protectora, etc.); (3) están permanentemente “tentados a engañar a competidores/socios” mediante expansión no-

tiene como aspecto especialmente grave que, contrario a lo que suele suceder en otros países donde existen leyes de competencia forzosa (antimonopólicas) que obligan a colusiones “tácitas y escondidas”, tal colusión es facilitada y protegida expresamente por la propia Constitución, que establece un mecanismo denominado Consejo de la Enseñanza Privada Superior (Art. 86 CPRG), dentro del cual, los oferentes ya existentes deciden libre e impunemente, constituidos como cartel “legal”, “quién entra”, “quién no entra”, “qué se hace” y “qué no se hace” en el Espacio de Educación Privada Superior del País, convirtiéndolo, con ello, en un “mercado cerrado” que:

- adolece en su casi totalidad de los mismos defectos de obsolescencia, mediocridad e ineficiencia del subsector público (InSight Crime, 2018) y está dominado, total o parcialmente, por las mismas redes y por los mismos objetivos ilegales y/o ilegítimos (transversales) de cooptación estatal (a partir de participación en instancias clave) y de optimización de ganancias (precios excesivos, clientelismo, precariedad laboral, etc.) por captación de estudiantes que no pueden o no quieren asistir a la Universidad Pública y cuyo poder de decisión se circunscribe a aceptar o no lo que se les ofrece (dado el poder de los oligopolistas de bloquear la competencia y controlar los procesos de gestión de calidad por garantía de “autonomía”); y
- contradice frontalmente disposiciones constitucionales relacionadas al Régimen Económico Social de la República (Arts. 118, 119, 130 CPRG) y, especialmente, a la obligación de los centros privados de educación superior de contribuir al Desarrollo y a la solución de los problemas nacionales (Art. 85 CPRG).

Este mal diseño viene acompañado por una falta de claridad evidente no sólo concerniente a las externalidades que produce sino, además, al obstáculo que representa a la acción contundente en un sector altamente vulnerable al

acordada de su producción para obtener mayores cuotas de mercado y ganancias; (4) están permanentemente amenazados de “represalia” de competidores/socios por dicho “engaño”; y (5) están permanentemente necesitados de “esquemas aseguradores de privilegios y acuerdos”.

principal factor anti-Desarrollo que existe, i.e., la Corrupción,²⁴ puesto que no acaba de entenderse que las asimetrías de poder y acciones corruptas de todo tipo que se dan en él (pagos dinerarios, políticos, sexuales, etc.), no son simples “molestias menores” que deben mantenerse calladas e impunes “para no perder oportunidades o para no sufrir desempleo”, sino problema trascendente para países en dificultades por explosión demográfica y estrechez presupuestaria como Guatemala que requieren medidas múltiples y eficientes de neutralización de factores anti-Desarrollo (corrupción, monopolios, etc.) para resolver (no agravar) problemas existentes y para evitar el surgimiento de problemas nuevos o nuevas modalidades de problemas viejos.

En un sector donde la supervisión externa no es posible (por “autonomía”) y la interna es dejada casi siempre en segundo plano, la realización de acciones cosméticas o improvisadas como propósitos gatopardistas son un problema menor comparado con peligros latentes por la eventual presencia de actores criminales que pueden llegar a afectar fuerte y directamente no sólo a los graduados (desconocimiento de los títulos búlgaros en Turquía, v.g.), sino a la Nación, en su totalidad (pérdida de credibilidad de planes y programas nacionales de investigación, desarrollo e innovación, v.g.)—cuestión esta última grave porque se entra en conflicto frontal tanto necesidades y ambiciones de País (desglosadas, entre otros, en el Plan Nacional de Desarrollo K’atun 2032), como con exigencias globales de pertinencia, calidad y legitimidad en la Educación Superior nacional, generándose un combo especialmente dañino para un estado pobre como Guatemala en el que, desde la suscripción de los Acuerdos de Paz,²⁵ se ha sido enfático en que la superación de las graves problemáticas que le aquejan pasa por la consumación de agendas renovadoras

²⁴ Razones importantes para la alta vulnerabilidad sectorial a la corrupción son, entre otras, las siguientes: (1) la educación superior es institución social clave; (2) el Sistema Nacional de Educación Superior, en sus dos ámbitos, es beneficiario privilegiado del presupuesto del Estado (asignaciones grandes, exención de impuestos, inversiones varias, etc.); (3) el Sistema Nacional de Educación Superior es proveedor importante de empleo; (4) el Sistema Nacional de Educación Superior es área con supervisión administrativa débil o nula; y (5) la educación superior es “puente” indispensable (y casi único) para la movilización social de gran cantidad de personas en todos los países pero, especialmente, dentro de los países en vías de desarrollo (adicional a crimen organizado o lotería).

²⁵ Vinculantes (aunque no sean Derecho Positivo), merced a su incorporación al orden jurídico mediante Dto. 52-2005 del Congreso de la República, Ley Marco de los Acuerdos de Paz.

donde el protagonismo universitario es clave, especialmente las relacionadas a uso de la Educación,²⁶ la Ciencia y la Tecnología²⁷ como elementos básicos para procesos de: (1) transformación del (agotado) modelo económico vigente; (2) mejora de la productividad y competitividad nacional e individual;²⁸ (3) desarrollo cultural y sensibilización a la realidad multilingüe, multiétnica y pluricultural del país;²⁹ y (4) modernización del Estado.

La contravención directa, y hasta ahora impune, de dichas expectativas³⁰ relacionadas a la promoción y ampliación permanente de la Educación³¹ para el logro la Seguridad y el Desarrollo en el País (versus lucro excesivo de algunos), hace crecer, también, la noción de necesidad de cooperación internacional mediante la llamada “Lucha contra la Corrupción” en la esfera académica nacional, dado que dicho Sistema es decisivo para la materialización efectiva de prosperidad y bienestar general para la población en un período histórico sumamente exigente (Mora A., 1998, págs. 35-41),³² siendo vital para Guatemala que este problema se aborde rápido, ya que no puede pensarse en futuro de País en tanto no sea resuelto este obstáculo estructural, dado que el futuro inmediato y la viabilidad a largo plazo de Nación dependen directamente de lo que se haga, o no, respecto de él (Portillo, 2000, pág. 33).³³

²⁶ Entre otros, II. Desarrollo Social, A. Educación y Capacitación, 21.; I. Democratización y Desarrollo Participativo, B. Participación de la Mujer en el desarrollo económico y social, 13. (b), Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Sociedad Agraria.

²⁷ Entre otros, F. Reforma educativa, 2., 3., Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

²⁸ Dado que el Gobierno tiene como obligaciones constitucionales: [a] promover el desarrollo económico de la Nación; [b] velar por la elevación del nivel de vida de todos los habitantes del país; y [c] crear condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros (Art. 119 incs. a, d, n, CPRG).

²⁹ Entre otros: Arts. 76, 66 *in limine*, 58 CPRG; Art. 27.1, Convenio 169 Sobre pueblos indígenas y tribales OIT; Art. 1 Ley Educación Nacional, Dto. 12-91; G. Reforma educativa, 1., Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

³⁰ Entre otros: Art. 80 CPRG; 1er. Considerando, Art. 5 Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico Nacional, Dto. 63-91.

³¹ Entre otros: Arts. 74, cuarto párr., 59 CPRG; 5to. Considerando, Art. 33 incs. e) y f), Dto. 12-91 del Congreso de la República, Ley Educación Nacional.

³² Dr. Jorge Mora A., ex-rector de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA).

³³ Dr. Alfonso Portillo Cabrera, ex-Presidente de la República (2000-2004). El texto citado apareció inicialmente publicado como artículo de prensa (Siglo Veintiuno, 5 marzo 1992) y, posteriormente, como parte del libro Guatemala: Crisis, Democracia y Cambio publicado como iniciativa de la Presidencia de la República en el año 2000 (que es el incluido como referencia bibliográfica).

En Guatemala, como en cualquier lado, se entiende y acepta tanto la relación directa existente entre transformación social y desarrollo humano, como la necesidad de logro de ciertos objetivos estratégicos implícitos que, a su vez, involucran cambios determinados en el Sistema Nacional de Educación Superior (esferas pública y privada),³⁴ que si bien indispensables para el País son, hasta ahora, virtualmente imposibles por la captura instrumental de la Academia nacional existente, cuestión que -desde una típica perspectiva de Seguridad/Desarrollo- hace conveniente considerar ciertas medidas para su eventual aplicación en el ámbito universitario nacional (público, privado) como parte de un esfuerzo internacional/nacional con fines de Reconstrucción de Estado:

1. Depuración institucional (Vetting), medida necesaria en todo el ámbito universitario (público, privado) para el cambio estructural (Bobadilla López, 2011, pág. 111), y típica de procesos nacionales de Justicia Transicional por su utilidad para remover elementos inconvenientes (incluso, sin persecución penal), reducir la oposición interna, fijar nuevos objetivos, y consolidar condiciones favorables al cambio y la legitimidad institucional (De Greif, 2007, págs. 522-537);
2. Implementación de mecanismos para la rendición de cuentas y la evaluación del desempeño de los académicos, que tienen como núcleo y factor común un enfoque analítico basado en mediciones y evidencia, progresivamente notorio en diversos sectores y ámbitos profesionales.³⁵

³⁴ Los más importantes: (1) Crear nuevos ambientes educativos; (2) Digitalizar la educación superior; (3) Fortalecer el modelo de educación vocacional a nivel superior; (4) Facilitar la transición a la vida laboral; (5) Intensificar el aprendizaje y la cooperación digitales dentro de- y entre- los centros nacionales de educación superior; (6) Facilitar el acceso al arte y la cultura; (7) Incrementar la cooperación Educación superior/Mundo del Trabajo; y (8) Apoyar programas de apoyo a la juventud.

³⁵ Descripción nítida y llamativa de este “Espíritu de la Era” es la contenida en el libro (y película homónima) *Moneyball: The Art of Winning an Unfair Game*, en el que se explica detalladamente el enfoque sabermétrico (formulación estratégica basada en análisis estadístico de la actividad beisbolera) utilizado por los *Oakland Athletics* en el año 2002, por el cual, dicha organización logró obtener resultados muy superiores, de modo sostenido, a partir de equipos conformados por peloteros “segundones” y “baratos” en el mercado de jugadores.

En relación a mecanismos de rendición de cuentas, puede decirse que, dada la naturaleza inherentemente compleja del fenómeno de corrupción académica, es indispensable un abordaje igualmente complejo, que integre un número amplio de medidas (prevención, detección, sanción, recuperación de activos, cambio en el modelo de gobierno) que tienen como factor común, el partir y depende de información sobre actos de corrupción universitaria, lo cual sugiere como prioridad, el establecimiento de sistemas basados fuertemente en tecnologías de información y comunicación que la faciliten (Bertot, 2010), siendo en este sentido útil el *benchmarking* internacional que, entre otros, provee como un ejemplo atractivo y aplicable en el País (y, acaso en el futuro, la subregión del Triángulo Norte), i.e., la iniciativa multinacional africana de nombre *Not-In-My-Country* que, partiendo de un enfoque “de abajo hacia arriba”, procura el cambio institucional a través de la reducción de actos corruptos individuales mediante denuncias o información sobre actores corruptos dentro de las universidades a través de plataformas digitales seguras, anónimas y fruto de colaboración abierta distribuida (*crowdsourced*) que operan mediante aplicaciones descargables (*apps*) y medios interactivos, y en las que: [A] puede encontrarse información sobre personal docente y administrativo corrupto (u honesto, si es el caso); y [B] puede emitirse calificaciones (*rankings*) rebatibles en caso de ingresos falsos (a través publicaciones posteriores) y verificadas mediante fuentes y métodos adicionales para su posterior publicación (reportes periódicos) y/o utilización para investigaciones oficiales posteriores.³⁶

³⁶ Plataformas que, entre otros: (1) empoderan y dan confianza a sus usuarios mediante protección celosa de la identidad de informantes, empleados y voluntarios a través de los mejores protocolos de seguridad informática existentes (del tipo usado en infraestructura crítica); (2) funcionan mediante denuncias nominadas y, excepcionalmente, denuncias anónimas (en cuyo caso, sólo incluyen vínculos electrónicos a las unidades denunciadas); (3) presentan información detallada de universidades, unidades académicas, unidades investigadoras, unidades de extensión, y personal docente y administrativo que labora en ellos (fotografía y datos relevantes que no violen la Ley de Información Pública); (4) permiten al usuario sugerir/proveer información no incluida aun sobre instituciones, personas y tipos de corrupción, de forma fácil y permanente; (5) proveen alertas sobre personas en caso de número crítico de denuncias; y (6) proveen descripciones estadísticas de libre acceso sobre personas y unidades denunciadas, según categorías preestablecidas (tráfico de influencias, peculado, incumplimiento de deberes, etc.).

En relación a mecanismos de evaluación del desempeño, es indispensable tomar en cuenta, por inicio, que los modelos y sistemas utilizados actualmente para tal tipo de valoración sufre actualmente una reinención derivada de la necesidad de resolver serias falencias frente a requerimientos del nuevo mundo del trabajo (falta de completitud y objetividad), que hacen de su rediseño completo³⁷ un tema inaplazable³⁸ e irrevocable³⁹ en todas las esferas laborales, incluido el ámbito académico, rompiéndose totalmente con lo convencional como única forma de lograr introspecciones, decisiones y acciones más rápidas, pertinentes y más centradas en el futuro (no en sucesos pasados), mayor “inteligencia y legitimidad organizacional” y mejor control de la corrupción/mayor transparencia, a través de un mejor análisis de información sobre el recurso humano a partir del procesamiento de cantidades masivas de información dispersa en los distintos silos organizacionales vía “Minería de datos” (*Data Mining*).

3. Rediseño constitucional para la competitividad e innovación del Sistema Nacional de Educación Superior y sistemas relacionados. De igual manera a lo que sucede en cualquier otro Sector, las anteriores medidas relacionadas a las personas son parte importante pero insuficiente de la solución, pudiendo decirse que, prácticamente como en todo lo social en el País, el núcleo del problema es estructural

³⁷ Dado que la falla básica del sistema vigente consiste en que éste “ordena” a las personas según conceptos estadísticos (“curva normal”) que conducen (indebidamente) a un etiquetamiento inevitable de los empleados (i.e., “mediocres”, “normales”, “excelentes”) que genera en ellos desmotivación (no rendimiento alto y sostenido) y rechazo general por los procesos de evaluación, cuestión esta última especialmente nociva por cuanto anula una de las funciones esenciales de la Evaluación como tarea (retroalimentación).

³⁸ Tema inaplazable porque, pese a que todas las organizaciones dependen directamente del talento y el conocimiento para su adecuado funcionamiento, el modelo actual de evaluación del desempeño no puede proporcionar (pese a actualizaciones continuas) información que permita acciones eficaces, eficientes y efectivas a la promoción y materialización de compromiso, calidad y aprendizaje constante.

³⁹ Tema irrevocable, porque el modelo actual de evaluación del desempeño es demasiado ineficiente, consume demasiadas horas de trabajo, no se justifica en términos de costo/beneficio, y parte de un enfoque claramente inadecuado que distrae la atención de factores verdaderamente decisivos para mejor rendimiento del elemento humano (fortalezas individuales, fortalezas colectivas, motivación intrínseca, etc.).

y es en este nivel es indispensable realizar cambios inaplazables (Alhassan Alolo, 2007), puesto que el éxito o fracaso de los países está en sus instituciones (Acemoglu & Robinson, 2012), y es más que evidente la apremiante necesidad de modificar círculos viciosos por círculos virtuosos, no importando mucho las intenciones, promesas, señalamientos y/o procesamientos que se hagan, puesto que es sólo mediante la transformación de las “reglas del juego” que puede combatirse la corrupción como nefasta realidad académica y poner fin a males que se denuncian permanentemente en tal Esfera (acarreo de estudiantes y docentes con fines de voto, estrategias *panem et circenses*, clientelismo, gremialismo, etc.).

En tal sentido, dicho cambio requiere, en primer lugar, poner fin al monopolio existente en el subsector de educación superior pública ya mencionado (ya que con este único paso se modifica irrevocablemente las “condiciones de mercado” de la Educación Superior en el País), cuestión para lo cual es indispensable una reforma expresa de la disposición constitucional que establece que la USAC es la única universidad pública (Art. 82 CPRG): modificación que debe realizarse en el sentido de no sólo eliminar tal exclusividad, sino, además, en el de ampliar el modelo de educación superior pública en el país, de tal modo que sea posible (de ahora en adelante) crear diversas clases de centros de educación superior pública, y no sólo el de “universidad tradicional” como actualmente sucede—siendo, a este efecto, una referencia interesante e importante el Sistema de Educación de Alemania—explicado brevemente y enfatizado en específicamente su Nivel Terciario Público dentro de la matriz siguiente—porque, entre otros, existen ya en el país sistemas altamente exitosos basados precisamente en tal Sistema (INTECAP, v.g.) y ello permitiría una eventual y mejor alineación entre la Educación Superior y niveles anteriores, como parte de una reforma del Sistema Nacional de Educación que tendría que implicar también, comprensible e inevitablemente, modificaciones futuras en los niveles educativos inferiores:

**Lucha contra la Corrupción Universitaria: paso clave para
el Nexo Seguridad-Desarrollo en Guatemala**

Sistema de Educación de Alemania, Nivel Terciario (<i>Deutsches Bildungssystem, Tertiärbereich</i>)		
CLASIFICACIÓN	DETALLE DE FUNCIONES	
Fachschule [o Fachakademie] (Academia Técnica)	Formación profesionalizante de corta duración: habilidades vocacionales avanzadas, fuerte enfoque en la práctica, preparación para inserción en mercado de trabajo. Posibilitan educación superior más avanzada	
Berufsakademie [o Duale Hochschule] (Academia profesional)	Educación <i>dual</i> : formación en una especializada concreta (Economía, Trabajo Social, etc.) dentro de la Academia con aprendizaje práctico dentro de una Empresa ⁴⁰	
Hochschule (Escuela Superior) Categoría general que engloba a diversos tipos de Centros de Educación Superior	Fachhochschule (Universidad de Ciencias Aplicadas)	Educación profesionalizante, fuerte enfoque en la práctica y orientación al trabajo
	Bundeswehrhochschule (Escuela Superior de las Fuerzas Armadas)	Centros Superiores del Estado especializados en la formación de futuros funcionarios públicos
	Verwaltungshochschule (Escuela Superior de Administración Pública)	
	Kunst- Musik- Film- Hochschule (Escuela Superior de Arte, Música y Cinematografía)	Formación de artistas profesionales ⁴¹
	Theologische Hochschule (Escuela Superior Teológica)	Formación de ministros de culto (católicos, protestantes) ⁴²
	Pädagogische Hochschule (Escuela Superior Pedagógica)	Formación de profesores de escuelas de todo tipo
	Technische Universität (Universidad Técnica)	Énfasis en (1) Ciencias de la Ingeniería y (2) Ciencias Naturales
	Technische Hochschule (Escuela Superior Técnica)	Formación humanística complementaria
Universität (Universidad tradicional)	Enfoque en formación de personal científico y de investigación Énfasis en investigación pura y privada formación de catedráticos	
(*) Private Hochschule	Centros privados de Enseñanza Superior	

Fuente: Diseño es propio con información tomada de https://de.wikipedia.org/wiki/Terti%C3%A4rer_Bildungsbereich

⁴⁰ La *Berufsakademie* (Academia Profesional) tiene como aspectos especiales que: (1) sólo quienes tienen contrato firmado con empresa pueden estudiar en ellas; y (2) sus títulos equivalen a los de las Universidades de Ciencias Aplicadas, aun cuando no sean centros de educación superior, *strictu sensu*.

⁴¹ La *Kunst- Musik- Film- Hochschule* (Escuela Superior de Arte, Música y Cinematografía) tiene como aspectos especiales que: (1) el ingreso a ellas siempre es precedido de la aprobación de un examen de aptitud riguroso; y (2) es posible acceder a ellas sin poseer título para el acceso universitario, siempre y cuando se compruebe talento.

⁴² La *Theologische Hochschule* (Escuela Superior Teológica) tiene como característica llamativa que en ella pueden formarse expertos en pedagogía social, asistencia social y salud, pero con sesgo eclesialístico

Complementariamente a lo anterior, cabe agregar que la literatura económica convencional establece que el logro de resultados diferentes a los presentes ahora en el oligopolio existente en el subsector de educación superior privada (acuerdos restrictivos para manipular oferta/precios, restringir acceso, “estabilizar el mercado” y “reducir riesgos”) pasa, obligatoriamente, por un aumento drástico de la competencia a través de incremento substancial del número de oferentes, especialmente vía acceso de actores no-nacionales que, con su entrada, pondrán fin a la complacencia y privilegios de los oferentes tradicionales, a la vez que originarán beneficios trascendentales para los usuarios del servicio (mejores precios, mayor productividad, mayor calidad).

Para lograr esto, es también importante una reforma constitucional que:

- suprima el *Consejo de la Enseñanza Privada Superior -CEPS-* (Art. 86 CPRG)—órgano colegiado de mala fama relacionada a obstruccionismo, opacidad, tráfico de influencias y venalidad (Balsells Conde, 2017)—que, como se ha visto, no constituye sino una plataforma idónea para la preservación impune de prebendas y cooptación de un sector nacional clave por parte del *cartel* que lo integra (siendo francamente ilógico esperar que desde esta instancia se pueda sugerir, siquiera, iniciativas relacionadas a la educación superior privada que perjudique los intereses representados en el actual órgano colegiado);
- establezca como obligación de las universidades privadas, el comprobar periódicamente ante el Estado la realización de tareas académicas que ahora descuidan (investigación, v.g.)⁴³ bajo riesgo de descertificación como universidades, consideración inmediata como empresas privadas y finalización de privilegios de los que hoy gozan (fin de exención fiscal, v.g.);

⁴³ Y que las universidades privadas guatemaltecas logran disimular, hasta la fecha, mediante oposición acérrima a la generación y presentación de estadísticas sobre investigación desglosadas por “subsector” y “universidad” dentro del *Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología -SINCYT-*, v.g..

- permita operar libremente en el país a universidades extranjeras de alto prestigio y punteo sobresaliente y sostenido en *rankings* académicos internacionales;
- defina expresamente a la autonomía de la educación superior como (mera) independencia funcional y financiera, despejando, con ello, cualquier pretensión sobre “licencia para la arbitrariedad e impunidad”; y
- imponga al Organismo Ejecutivo (a través de un órgano especializado)⁴⁴ la obligación de: [A] supervisar y coordinar al Sistema Nacional de Educación Superior (con monitoreo y apoyo de entes nacionales e internacionales); [B] vigilar el cumplimiento de políticas temáticas; [C] evaluar el desarrollo de actividades de los distintos centros de educación superior del país; [D] aplicar sanciones; y [E] autorizar instituciones pertenecientes al Sistema.

⁴⁴ *Ministerio de Ciencia, Tecnología y Educación Superior*, formado a partir de la SENACYT (Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología), en reemplazo del CEPS.

CONCLUSIONES

La actual “Lucha Contra la Corrupción” no ha pasado de ser—en muchos países, esferas y ocasiones—mero discurso “aglomerador (intersectorial)” (Krastev, 2004, pág. 2) y “legitimante” (Chaitanya Vadlamannati, 2015), especialmente en casos de acciones socialmente controversiales (Gephart, 2009), además de herramienta burda (pero efectiva) de promoción de agendas particulares (Naitoo, 2013), chantaje a autoridades con “pasado oscuro” (Sharafutdinova, 2010) y persecución de agentes opositores (Lawson, 2009) (Enweremadu, 2012, pág. 7);

Un verdadero combate a un flagelo complejo como la corrupción académica requiere un enfoque integral que, en beneficio real de País (Duku Osei, 2007), además de aplicación de medidas hoy convencionales (persecución penal de actores corruptos, v.g.) incluya la consideración, diseño, promoción, implementación y socialización de otras muchas a las que no se da el mismo peso (Gielow Jacobs, 2007, pág. 327) (Mény, 2009, pág. xviii)—algunas de ellas, las recién sugeridas; y

Tal combate integral implica, finalmente, que muchos avances existentes ya en las organizaciones académicas pueden ser concebidos como “espada de dos filos” puesto que, si bien usadas y aprovechadas hasta ahora por redes cooptantes que en ellas presentes, pueden y deben ser utilizadas también en la lucha contra la corrupción (Mungiu-Pippidi, 2010, pág. 7), dado que, con ello, puede contribuirse significativamente al “reencauce institucional”, en este caso, de la Educación Superior hacia su misión básica y obligación constitucional de contribuir al Nexo Seguridad-Desarrollo en un país lleno de personas pobres, donde el combate verdadero la corrupción universitaria equivale a una *conditio sine qua non* para lograr ambas cosas (Seguridad, Desarrollo) (Annan, 2003).

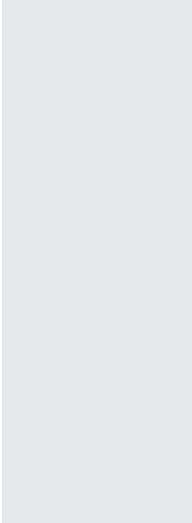
BIBLIOGRAFÍA

- Acemoglu, D., & Robinson, J. A. (2012). *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Barcelona: Grupo Planeta.
- Alhassan Alolo, N. (2007). Fighting Public Sector Corruption in Ghana: Does Gender Matter? En S. Bracking, *Corruption and Development* (págs. 205-220). Palgrave Macmillan.
- Altbach, P. G. (2007). Peripheries and Centres: Research Universities in Developing Countries. *Higher Education Management and Policy Vol. 19, No. 2*, 1-24.
- Annan, K. (31 de 10 de 2003). *Statement On The Adoption By The General Assembly Of The United Nations Convention Against Corruption*. Obtenido de United Nations Office on Drugs and Crime: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/background/secretary-general-speech.html>
- Ayala, M. (21 de 04 de 2012). *Secretario de Educación de Ecuador explica cierre de 14 universidades*. Obtenido de El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11626041>
- Balsells Conde, A. (08 de 02 de 2017). *Una insistente denuncia*. Obtenido de Prensa Libre: <http://www.prensalibre.com/opinion/opinion/una-insistente-denuncia>
- Bertot, J. C. (2010). Using ICTs to create a culture of transparency: E-government and social media as openness and anti-corruption tools for societies. *Government Information Quarterly Vol. 27 Iss. 3*, 264-271.
- Bobadilla López, W. G. (2011). *El Currículo “Neo-medieval” de la Sociedad Globalizada. Estudio histórico-comparativo de tendencias sociales y contenidos educativos*. Ciudad de Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala-Facultad de Humanidades.
- Búcaro Chinchilla, S. A. (04 de 04 de 2018). *Es urgente que la CICIG y el MP investiguen a la USAC*. Obtenido de El Periódico: <https://elperiodico.com.gt/cartas/2016/04/05/es-urgente-que-la-cicig-y-el-mp-investiguen-a-la-usac/>
- Campus Virtual. (27 de 07 de 2015). *Sancarlistas pedirán a CICIG que investigue a la USAC*. Obtenido de Campus Virtual. El Periódico de los Universitarios: <http://www.periodicocampus.com.gt/sancarlistas-pediran-a-cicig-que-investigue-a-la-usac/>
- Chaitanya Vadlamannati, K. (2015). Fighting corruption or elections? The politics of anti-corruption policies in India: A subnational study. *Journal of Comparative Economics Vol. 43 Iss. 4*, 1035-1052.
- De Greif, P. (2007). Vetting and Transitional Justice. En M.-R. Alexander, & P. De Grieff, *Vetting as Prevention. Vetting Public Employees in Transitional Societies* (págs. 522-537). New York: International Center for Transitional Justice.
- Duku Osei, P. (2007). Corruption Scandals and Anti-Corruption Institution Building Interventions in Jamaica. En S. Bracking, *Corruption and Development* (págs. 161-181). Palgrave McMillan.

- Enweremadu, D. U. (2012). *Anti-corruption campaign in Nigeria (1999-2007). The politics of a failed reform*. Leiden: African Studies Center.
- Escobar Sarti, C. (22 de 06 de 2017). *Que la Cicig entre a la Usac*. Obtenido de Prensa Libre: <http://www.prensalibre.com/opinion/opinion/que-la-cicig-entre-a-la-usac>
- Estrada Tovar, J. (06 de 02 de 2018a). *El camino de la U. Regional parece de cartón y conduce hasta la Usac*. Obtenido de NÓMADA: <https://nomada.gt/el-camino-de-la-u-regional-parece-de-carton-y-conduce-hasta-la-usac/>
- Estrada Tovar, J. (05 de 03 de 2018b). *U.Da Vinci: abogados exprés y su 'fantasma' en la elección de Fiscal*. Obtenido de NÓMADA: <https://nomada.gt/da-vinci-abogados-expres-y-su-fantasma-en-la-eleccion-de-fiscal/>
- Forrester, V. (2000). *Una extraña Dictadura*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Gailbraith, J. K. (1978). *The New Industrial State*. United States of America: Houghton Mifflin Company Boston.
- Garay Salamanca, L. J., & Salcedo-Albarán, E. (2012). *Narcotráfico, Corrupción y Estados. Cómo las redes ilícitas han reconfigurado las instituciones en Colombia, Guatemala y México*. México D.F., México: DEBATE.
- García, J. (28 de 02 de 2018). *Qué dice la libreta roja que delató al 'Rey del Tenis' y su estrategia para comprar jueces*. Obtenido de NÓMADA: <https://nomada.gt/que-dice-la-libreta-roja-que-delato-al-rey-del-tenis-y-su-estrategia-para-comprar-jueces/>
- Gephart, M. (2009). *Contextualizing Conceptions of Corruption: Challenges for the International Anti-Corruption Campaign*. Hamburg: German Institute of Global and Area Studies (GIGA).
- Gielow Jacobs, L. e. (2007). Limits to the Independent Anti-Corruption Commission Model of Corruption Reform: Lessons from Indonesia. *McGeorge Global Bus. & Dev.* 327.
- Habermas, J. (1991). *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.
- InSight Crime. (06 de 04 de 2018). *Investigación especial sobre la elección del nuevo fiscal general de Guatemala*. Obtenido de InSightCrime en Español: <https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/insight-semanal-investigacion-especial-sobre-la-eleccion-del-nuevo-fiscal-general-de-guatemala/>
- Kerr, C. (2001). *The Uses of the University*. United States of America: Harvard University.
- Kim, A. (01 de 12 de 2017). *Let's tax college endowments to pay for students' education*. Obtenido de The Hill: <http://thehill.com/opinion/education/362401-lets-tax-college-endowments-to-pay-for-students-education>
- Krastev, I. (2004). *Shifting Obsessions. Three Essays on the Politics of Anticorruption*. New York: Central University Press.
- Lara, J., & Patzán, J. M. (19 de 11 de 2015). *Piden investigación de Cicig en finanzas de la Usac*. Obtenido de Prensa Libre: <http://www.prensalibre.com/guatemala/comunitario/sindicalistas-de-la-usac-bloquean-avenida-petapa>
- Lawson, L. (2009). The Politics of Anti-Corruption in Africa. *Journal of Modern African Studies* Vol. 47 Iss.1, 73-100.

- López Gálvez, M. (02 de 04 de 2017). *Nuevas universidades tienen una facultad en común: Ciencias Jurídicas y Sociales*. Obtenido de GrupoA: <https://canalantigua.tv/nuevas-universidades-tienen-una-facultad-en-comun-ciencias-juridicas-y-sociales/>
- Martínez Mont, F. (28 de 01 de 2014). *Universidades en jaque*. Obtenido de Prensa Libre: http://www.prensalibre.com/opinion/Universidades-jaque_0_1074492554.html
- Martínez Peláez, S. (1970/2015). *La Patria del Criollo. Ensayo de interpretación de la realidad colonial guatemalteca*. Ciudad de Guatemala: Píolín.
- Mény, Y. (2009). Foreword. En L. e. de Sousa, *Governments, NGOs and Anticorruption* (págs. xvi-xviii). New York: Routledge.
- Mora A., J. (1998). *Educación superior, cooperación internacional y desarrollo sostenible*. Ciudad de Guatemala: Consejo Superior Centroamericano -CSUCA-.
- Mungiu-Pippidi, A. (2010). *The Experience of Civil Society as an Anticorruption Actor in East Central Europe*. Berlin: Hertie School of Governance.
- Naitoo, V. (2013). The Politics of Anti-Corruption Enforcement in South Africa. *Journal of Contemporary African Studies* Vol. 33 Iss. 4, 523-542.
- Ordorika, I., & Pusser, B. (2007). La Máxima Casa de Estudios. Universidad Nacional Autónoma de México as a State-Building University. En P. Altbach, & J. Balán, *Transforming Research Universities in Asia and Latin America. World Class Worldwide* (págs. 189-215). Baltimore, Maryland: The John Hopkins University Press.
- Orna, E., & Stevens, G. (2000). *Cómo usar la información en trabajos de investigación*. Barcelona, España: Editorial Gedisa.
- Portillo, A. (2000). *Guatemala: crisis, democracia y cambio*. Guatemala: Tipografía Nacional.
- Rama, C. (2012). El negocio universitario for-profit en América Latina. *Revista de la Educación Superior* Vol. XLI (4), No. 164, 59-95.
- Riquelme, G. (24 de 08 de 2011). *Hay que fijarles los aranceles a las universidades, tal como a las eléctricas se les fija un precio justo*. Obtenido de Centro de Investigación Periodística : <http://ciperchile.cl/2011/08/24/%E2%80%9Chay-que-fijarle-los-aranceles-a-las-universidades-tal-como-a-las-electricas-se-les-fija-un-precio-justo%E2%80%9D/>
- Ritzer, G. (1996). *La McDonalización de la Sociedad. Un análisis de la racionalización en la vida cotidiana*. Barcelona: Editorial Ariel, Sociedad Anónima.
- Saikaya, T. (1995). *Historia del Futuro: La Sociedad del Conocimiento*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.
- Sanchinelli Izeppi, B. (16 de 06 de 2017). *La influencia política de la Usac*. Obtenido de Prensa Libre: <http://www.prensalibre.com/opinion/opinion/la-influencia-politica-de-la-usac>
- Seltzer, R. (12 de 05 de 2016). *Lawmaker With the Idea Higher Ed Leaders Hate*. Obtenido de Inside Higher Ed: <https://www.insidehighered.com/news/2016/05/12/congressman-discusses-plan-force-colleges-spend-large-endowments>

- Sharafutdinova, G. (2010). What Explains Corruption Perceptions? The Dark Side of Political Competition in Russia's Regions. *Comparative Politics Vol. 42, Num. 2*, 147-166.
- Silva Ávalos, H., Puerta, F., & Grant, K. (02 de 04 de 2018). *Decanos universitarios: Filtros caducos en la selección del fiscal general de Guatemala*. Obtenido de Insightcrime: <https://es.insightcrime.org/investigaciones/decanos-universitarios-filtros-caducos-en-la-seleccion-del-fiscal-general-de-guatemala/>
- Toffler, A. (1993a). *La Tercera Ola*. Barcelona: Plaza & Janes Editores S.A.
- Toffler, A. (1993b). *El "Shock" del Futuro*. Barcelona: Plaza & Janes Editores, S.A.
- Torres Santomé, J. (1998). *Globalización e interdisciplinariedad: el currículo integrado*. Madrid: Ediciones Morata, S.L.
- Wilson, J. D. (1992). *Cómo valorar la calidad de la Enseñanza*. Barcelona, España: Paidós / Ministerio de Educación y Ciencia.
- Wolke, G. (02 de 01 de 2017). *La pelea por el MP (y el Estado) comienza en esta elección olvidada*. Obtenido de NÓMADA: <https://nomada.gt/la-pelea-el-mp-y-el-estado-comienza-en-este-lugar/>



DELIMITACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL CASO GUATEMALTECO

Delimitation of the constitutional bloc in the Guatemalan case

Ana Isabel Calderón Cristal

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria

Maestranda en Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar

Letrada de Magistratura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

anaisacalderon3580@yahoo.com

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.9>

Fecha de recepción: 07/10/2019

Fecha de aceptación: 20/02/2020

SUMARIO

Introducción

1. Consideraciones preliminares
2. El bloque de constitucionalidad en el ámbito guatemalteco
3. Determinación de los instrumentos que conforman el bloque de constitucionalidad

Reflexiones finales

Bibliografía

Resumen

El presente trabajo constituye un intento de profundizar en el tema del bloque de constitucionalidad en el contexto guatemalteco, incursionando en el campo de la delimitación de los instrumentos internacionales que, a través de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, han sido considerados como integrantes de esa figura, a partir del reconocimiento expreso que, de esta última, efectuara el alto tribunal. Pretende, pues, avanzar en la identificación del elenco normativo que ostenta actualmente jerarquía constitucional y es susceptible de constituirse como parámetro del control de constitucionalidad de los actos y leyes. Además, dejar plasmadas algunas reflexiones sobre las importantes implicaciones prácticas que la inclusión de instrumentos internacionales en el bloque posee con relación al deber de cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Guatemala y la protección de derechos humanos de sus habitantes, y que tocan a la totalidad de órganos estatales, así como a los particulares. Esto, a partir del nivel reforzado de vinculatoriedad que se brinda a los aludidos instrumentos, al dotarlos de

Abstract

This work constitutes an attempt to delve deeper into the issue of the constitutional bloc in the Guatemalan context by entering into the field of the delimitation of the international instruments. Some of these have been considered by the Constitutional Court of Guatemala as part of the constitutional bloc through express recognition in case law. It intends to advance in the identification of the norms that are currently of constitutional hierarchy and are capable of being constituted as a parameter of the constitutionality control of acts and laws. Additionally, it reflects some considerations about the important practical implications that the inclusion of international instruments in the bloc has. The previous in relation to the duty of compliance of the international commitments acquired by the State of Guatemala and the protection of the human rights of its inhabitants that affect all state organs, as well as the individuals. This is based on the reinforced level of binding force that is given to the aforementioned instruments by providing them with the normative force that

la fuerza normativa que caracteriza a las disposiciones constitucionales. Se resalta, además, la necesidad de procurar líneas cada vez más claras cuando se aluda a los elementos integrantes de esta noción, a efecto de que la figura sea difundida de maneras más precisas en los distintos campos de aplicación jurídica.

Palabras clave: Derecho Procesal Constitucional, bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad, jerarquía constitucional, instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, Corte de Constitucionalidad.

characterizes the constitutional provisions. It also highlights the need to seek increasingly clear lines when referring to the constituent elements of this notion, in such a way that the figure can be disseminated in more precise ways in the various fields of legal application.

Keywords: *Constitutional Procedural Law, constitutional bloc, constitutional control, constitutional hierarchy, international human rights instruments, Constitutional Court of Guatemala.*

ABREVIATURAS

- C 169 Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes
- CADH Convención Americana sobre Derechos Humanos
- CC Corte de Constitucionalidad de Guatemala
- Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo no tiene otra pretensión más que la de avanzar en la tarea de perfilar el bloque de constitucionalidad en el contexto guatemalteco. No busca ahondar en los orígenes de la figura o realizar un ejercicio de derecho comparado que dé cuenta de su tratamiento en otras latitudes. Baste realizar algunas breves referencias de los extremos mencionados, que sirvan como introducción para el abordaje del asunto principal que busca ser desarrollado. Pese a que la noción del bloque ya ha sido abordada en algunos trabajos locales precedentes, el presente se constituye como un intento de profundización, mediante la incursión en el campo de la delimitación de los instrumentos internacionales que por vía pretoriana han sido considerados como integrantes del bloque a partir del reconocimiento expreso que, de esta figura, realizó el tribunal constitucional. No es ajena la complejidad de lograr un alto grado de precisión en una labor de sistematización de la jurisprudencia del tribunal constitucional guatemalteco como la que se procura, principalmente ante el gran cúmulo de asuntos que son sometidos a su conocimiento y en los que son invocados materiales jurídicos internacionales, así como la no siempre clara delimitación realizada en los fallos constitucionales. A pesar de lo anterior, se considera necesario el emprendimiento de esa tarea, ante las importantes implicaciones prácticas que posee el empleo de figuras como el bloque de constitucionalidad y, estrechamente relacionado, el control de convencionalidad.

El recorrido inicia, pues, con una serie de consideraciones preliminares que hacen mención del origen de la figura y su recepción en el continente latinoamericano. Posteriormente, serán incluidos aspectos generales que van caracterizando al bloque de constitucionalidad en el ámbito local. En un tercer segmento, será abordado el criterio de la determinación de los instrumentos que conforman el bloque en el contexto nacional, así como la serie de materiales jurídicos que pueden ser considerados incluidos en este. Finalmente, las consideraciones efectuadas permitirán concluir sobre la importancia de establecer, con claridad, cuáles instrumentos internacionales ostentan actualmente jerarquía constitucional y resultan ser susceptibles de constituirse como parámetro del control de constitucionalidad de los actos y leyes. Además, reflexionar sobre la repercusión que ello posee en la tarea

que a cada uno de los entes públicos corresponde en el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Guatemala.

Para lograr el objetivo trazado, el presente trabajo se vale del análisis realizado sobre diversos pronunciamientos emitidos por el alto tribunal constitucional en los que quedó plasmada la invocación de la noción del bloque de constitucionalidad, proveniente de la labor argumentativa realizada por las partes o por la mencionada Corte, a partir de los cuales se seleccionaron aquellos que, a juicio de la autora, permiten identificar la utilización del contenido de ciertos materiales jurídicos, distintos al texto formal de la norma suprema, en la labor de control de constitucionalidad ejercida por el Tribunal.

1. Consideraciones preliminares

Al tratar el tema de los orígenes de la noción de bloque de constitucionalidad, surge imperativamente la necesidad de hacer referencia a la labor efectuada por el Consejo Constitucional francés, que cuando estudia la constitucionalidad de una disposición legal frente a la Constitución francesa de 1958 [decisión 71-44 DC, de 1971] hace remisión a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y al preámbulo de la Constitución francesa de 1946. El referido Consejo acudió a tales documentos debido a que en la norma constitucional vigente no existe un catálogo expreso de derechos, como sí existía en otros instrumentos. Ese vacío es superado atendiendo el tenor literal del preámbulo del texto fundamental,¹ que el Consejo entiende dotado de fuerza vinculante. La doctrina francesa acuña el término bloque de constitucionalidad para explicar la técnica empleada por el Consejo Constitucional, inspirada en lo que en derecho administrativo era denominado bloque de legalidad, que evocaba a todas las reglas de origen variado que se imponen a la administración en virtud del principio de legalidad. El vocablo es un término acuñado doctrinalmente, pues hasta ese entonces, el Tribunal francés, al designar el conjunto de disposiciones situadas a nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley, prefería expresiones como la de principios y reglas de valor constitucional (Favoreau, 1990).

A partir de entonces, la utilización de la figura del bloque de constitucionalidad se ha expandido en numerosos países, tanto en Europa como en América; sin embargo, perfila un contenido diferente en cada continente, pues en el ámbito europeo, su empleo se encuentra vinculado a la remisión de normas nacionales que sirven como parámetro de constitucionalidad; en contraste, la región americana ha utilizado el bloque en estrecha relación con las cláusulas constitucionales de apertura al derecho internacional de los derechos humanos.

¹ El preámbulo establece: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946...” (Constitución, 1958). Actualmente, producto de una reforma realizada en 2005, el preámbulo también hace referencia a los derechos y deberes definidos en la Carta de Medio Ambiente de 2003.

Así lo explica Góngora Mera (2014) cuando nota, en un estudio de derecho comparado, que en Estados como Francia, España e Italia, el bloque de constitucionalidad hace referencia al conjunto de normas que conforman el parámetro de constitucionalidad, incluyendo a la constitución *stricto sensu* y una serie de normas de origen nacional, que no pertenecen al texto constitucional y que pueden tener formalmente el mismo rango de las normas cuya constitucionalidad es discutida. Mientras que en el caso francés, mediante el bloque de constitucionalidad se integran normas de derechos humanos reconocidos en instrumentos nacionales previos a la Constitución vigente, en España e Italia la figura es empleada primordialmente en la distribución de competencias entre el Estado y las autoridades regionales.²

Luego de un repaso del bloque de constitucionalidad en el ámbito latinoamericano, el citado autor asevera que la adopción de esta figura supone que varios tratados internacionales de derechos humanos han adquirido rango constitucional en distintos países, lo que ha generado una convergencia normativa en el derecho constitucional de varios Estados. Concluye que, pese a la heterogeneidad respecto de las normas que efectivamente se integran al bloque, la expansión intra-regional de su doctrina ofrece un potencial muy significativo para la convergencia de estándares normativos en materia de derechos humanos y, consecuentemente, para la construcción colectiva de un *ius constitutionale commune* en América Latina.

Las breves anotaciones efectuadas dan cuenta de la dificultad de efectuar delimitaciones conceptuales cuando al bloque de constitucionalidad se refiere. De cualquier forma, se estima conveniente señalar que este concepto refiere, en términos generales, al conjunto de disposiciones contenidas textualmente en la norma fundamental, y aquellas que aun no siendo dispuestas de esa forma, por remisión del mismo texto supremo, o bien, producto de construcciones

² Al parecer de Góngora Mera, la adaptación en la región americana de la figura del bloque de constitucionalidad a las condiciones propias de cada país obedeció a distintos factores de la coyuntura político institucional, dentro de los que se enlistan los procesos de democratización y las reformas constitucionales desde finales de los ochenta, que incluyeron referencias explícitas a diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, universales y regionales, así como la creación, en varios casos, de cortes constitucionales independientes.

jurisprudenciales a cargo de los órganos que ejercen jurisdicción constitucional, adquieren jerarquía constitucional y pueden ser utilizadas como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad. En su versión latinoamericana, el bloque de constitucionalidad ha sido empleado primordialmente como técnica de apertura al derecho internacional de los derechos humanos.

2. El bloque de constitucionalidad en el ámbito guatemalteco

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. Sí incluye la constitución guatemalteca, empero, el precepto siguiente: “Artículo 46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Asimismo, el artículo 44 establece: “Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...” (Asamblea Nacional Constituyente, 1985).

Aunque pudiera deducirse, *prima facie*, que el derecho interno incluye también a la norma fundamental guatemalteca, sobre la cual, el derecho internacional también tendría preeminencia, conforme el artículo 46 *ibídem*, tal apreciación ha sido discutida. En una postura inicial, expresada dentro del expediente 280-90, la CC consideró que la jerarquización a la que hace alusión el artículo 46 debía entenderse respecto a la legislación ordinaria o derivada, pero no podía reconocerse sobre la Constitución, porque si derechos no incluidos expresamente en ella (pero cuya protección es reconocida por vía del artículo 44 constitucional) entraran en contradicción con sus preceptos, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas constitucionales que garantizan su rigidez y superioridad, y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución (Corte de Constitucionalidad, 1990).

Posteriormente, el citado tribunal constitucional determinaría, dentro de los expedientes 334-95 y 131-95, que de existir conflicto entre normas de derecho interno y tratados internacionales sobre derechos humanos, prevalecerían estos últimos, sin embargo, también afirmarí que estos no son parámetros de control constitucional (Corte de Constitucionalidad, 1996, 1997).

Un poco más adelante, la CC variaría su interpretación al reconocer, implícitamente, que los tratados internacionales en materia de derechos humanos constituyen parámetro de constitucionalidad de los actos de poder público y leyes. Ejemplificativo de lo anterior, es el pronunciamiento proferido dentro del expediente 1042-97 (Corte de Constitucionalidad, 1998). A partir de entonces, paulatinamente, la CC iría incorporando, en su tesis argumentativa, la figura del bloque de constitucionalidad.

Imprescindible, al momento de tratar el tema del bloque de constitucionalidad, resulta el fallo emitido dentro del expediente 1822-2011, en que el tribunal constitucional estima importante hacer un esfuerzo por perfilar con mayor nivel de precisión la figura objeto de estudio. En esa oportunidad consideró:

... para dar respuesta a la problemática acerca de la recepción en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos, otros ordenamientos han acudido a la figura del bloque de constitucionalidad, el que ha sido parte de anteriores pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad, (verbigracia los expedientes 90-90, 159-97, 3004-2007, 3878-2007, auto de 4 de octubre de 2009, expediente 3690-2009, 1940-2010 y 3086-2010, entre otros), aunque en ninguno de éstos se ha definido su contenido y alcances.

Luego de efectuar algunas consideraciones sobre la evolución de la que ha sido objeto la figura del bloque de constitucionalidad en el derecho comparado, la CC dictaminó:

...por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas

libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, responden directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano. El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos. El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquél (Corte de Constitucionalidad, 2012).

El tribunal guatemalteco ha afirmado expresamente, verbigracia, en el expediente 5237-2013, la utilización del bloque de constitucionalidad en el control constitucional de leyes, señalando que: “La acción de inconstitucionalidad procede contra las normas jurídicas vigentes que contengan vicio total o parcial de inconstitucionalidad, en aras de que el ordenamiento jurídico esté integrado solamente por disposiciones que se enmarquen en los postulados del bloque de constitucionalidad.” (Corte de Constitucionalidad, 2015).

Sin embargo, resulta de importante mención el hecho que, desde los primeros fallos subsiguientes al emitido dentro del expediente 1822-2011 precitado (por ejemplo, en los expedientes acumulados 5909-2013, 5985-2013, 48-2014 y 439-2014, 2404-2014, acumulados 5341-2015 y 5350-2015, y 1907-2017) puede advertirse que el empleo del bloque de constitucionalidad perfilado por la CC no se limita al control de normas jurídicas, sino que, además, de los actos del poder público. En los siguientes términos se ha manifestado, en cuanto a la posibilidad de cuestionar violaciones o amenazas de violación de derechos humanos por medio de la garantía del amparo: “...el amparo se circunscribe a

intervenir ante la amenaza o lesión a los derechos que la Constitución, el bloque de constitucionalidad o el resto del orden jurídico reconocen y garantizan...” (Corte de Constitucionalidad, 2015) (Corte de Constitucionalidad, 2016) (Corte de Constitucionalidad, 2016) (Corte de Constitucionalidad, 2018).

Esta última acotación resulta de importante mención, pues como señala Casal (2010) al referirse a las funciones de la jurisdicción constitucional, se observa un desplazamiento en el tratamiento dogmático de esa jurisdicción, que en una primera etapa giró en torno al control constitucional de las leyes, pero posteriormente, ha desembocado en una intensificación de las tareas de control sobre los jueces ordinarios, mediante mecanismos como el amparo, lo que ocurre en Alemania y España. Lo anterior conlleva, para el citado autor, la necesidad de realizar un reexamen de las funciones de la jurisdicción constitucional, que suelen perfilarse centrándose en la revisión de leyes, pese a que esta no es, en muchos ordenamientos, el principal campo de actuación de esa jurisdicción.

El citado tribunal nacional también ha señalado que la interpretación de las normas jurídicas debe efectuarse observando los principios contenidos en la Constitución y el resto de normas que conforman el bloque de constitucionalidad, con lo cual vincula no solamente al órgano legislativo –y demás autoridades con potestad regulatoria– en la producción de las disposiciones normativas, sino a todos los órganos estatales e, incluso, a los particulares. De esta forma lo apuntó, dentro de los expedientes 3137-2015 y 3370-2015:

Así, esta Corte ha sostenido que la interpretación jurídica en un Estado Constitucional de derecho debe realizarse de forma sistemática, teniendo presente la necesaria sujeción del orden jurídico interno a los preceptos de la Constitución, lo que implica que tanto los órganos del Estado, como los particulares o gobernados, están obligados a interpretar las normas jurídicas en coherencia con los principios y postulados que emanan de la Ley Fundamental y del resto de normas que conforman el bloque de constitucionalidad (Corte de Constitucionalidad, 2015) (Corte de Constitucionalidad, 2016).

De la misma forma, la Corte ha afirmado que la interpretación del texto de la Constitución debe realizarse de forma integral, observando los principios y normas del resto de instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad, aseveración que atañe a todos los órganos que se constituyen como tribunales constitucionales, incluso a la CC misma, como intérprete última del texto fundamental. En ese sentido, dentro del expediente 4076-2016, expresó lo siguiente: “...la interpretación de la Constitución Política de la República de Guatemala debe ser de forma integral, analizando y ponderando todas las normas y principios del bloque de constitucionalidad” (Corte de Constitucionalidad, 2016).

3. Determinación de los instrumentos que conforman el bloque de constitucionalidad

Previo al fallo proferido dentro del expediente 1822-2011 arriba aludido (17 de julio de 2012), el tribunal constitucional, dentro del expediente 3878-2007, empleó como criterio determinante para considerar a un documento multilateral incluido dentro de la figura, su ratificación por parte del Estado de Guatemala. De la siguiente forma se expresó:

Como puede advertirse, el consentimiento y/o la ratificación de lo dispuesto en los documentos multilaterales antes enumerados supone para el Estado de Guatemala, en síntesis, el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes: (i) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna... (Corte de Constitucionalidad, 2009)

Esa postura variaría en el pronunciamiento emitido en el expediente 1822-2011, en el que la CC indicó que sería ese tribunal el que iría estableciendo los instrumentos que se encontrarían contenidos en el bloque, de lo que puede entenderse que la sola manifestación de consentimiento del Estado no resultaría suficiente para considerar a un instrumento como integrante de la figura. Este criterio de selección de los instrumentos por parte del máximo tribunal

constitucional como mecanismo para la conformación de la noción de bloque fue reiterado expresamente en diversas oportunidades subsiguientes.

Debe advertirse, no obstante lo anterior, sobre la existencia de sentencias, también posteriores, no del todo claras con relación a la adopción de ese último criterio. En apoyo de tales pronunciamientos, se puede asumir una u otra postura, dado que la CC no es expresa en señalar la circunstancia a partir de la cual considera que los instrumentos internacionales que emplea tienen aptitud para servir como parámetro del control constitucional, en contraste con otras oportunidades, en la que sí indica que la observancia de cierto instrumento obedece a su inserción al bloque, por parte del mismo Tribunal, en fallos precedentes. Además, se registran ocasiones en las que la Corte, sin hacer alusión explícita a la figura del bloque, sí realiza una labor de parificación entre normas o actos y fuentes internacionales, razón por la que estas decisiones se incluyen dentro del grupo de sentencias en el que no es posible la identificación del criterio empleado.

A continuación, una figura que contiene los pronunciamientos ubicados, dispuestos en orden cronológico y en atención a los criterios de inclusión utilizados por la Corte.

Figura 1***Línea jurisprudencial del mecanismo adoptado para determinar la conformación del bloque de constitucionalidad***

<p>Manifestación de consentimiento del instrumento internacional por parte del Estado de Guatemala</p>	<p>Sentencia de 21 de diciembre de 2009, expediente 3878-2007</p> <p>Sentencia de 30 de mayo de 2012, expedientes acumulados 401-2012 y 489-2012</p>		<p>Inclusión del instrumento, por parte de la CC</p>
<p>Manifestación de consentimiento del instrumento internacional por parte del Estado de Guatemala</p>	<p>Sentencia de 30 de octubre de 2012, expediente 1240-2012</p>	<p>Sentencia de 17 de julio de 2012, expediente 1822-2011</p>	
	<p>Sentencia de 15 de mayo de 2013, expediente 4793-2012</p>	<p>Sentencia de 7 de agosto de 2013, expediente 1497-2013</p>	
	<p>Sentencia de 22 de noviembre de 2013, expediente 1094-2013</p>	<p>Sentencia de 19 de marzo de 2014, expediente 1552-2013</p>	<p>Inclusión del instrumento, por parte de la CC</p>
	<p>Sentencia de 26 de febrero de 2015, expedientes acumulados 3308-2014 y 3347-2014</p>	<p>Sentencia de 26 de febrero de 2015, expedientes acumulados 3308-2014 y 3347-2014</p>	
	<p>Sentencia de 25 de marzo de 2015, expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013</p>	<p>Sentencia de 25 de marzo de 2015, expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013</p>	
	<p>Sentencia de 13 de agosto de 2015, expediente 1732-2014</p>	<p>Sentencia de 13 de agosto de 2015, expediente 1732-2014</p>	

	<p>Sentencia de 8 de septiembre de 2015, expedientes acumulados 2-2015, 151-2015, 298-2015 y 1045-2015</p> <p>Sentencia de 10 de septiembre de 2015, expediente 1149-2012</p> <p>Sentencia de 21 de octubre de 2015, expediente 5290-2014</p> <p>Sentencia de 26 de noviembre de 2015, expediente 1006-2014</p> <p>Sentencia de 12 de enero de 2016, expediente 411-2014</p> <p>Sentencia de 12 de enero de 2016, expediente 3753-2014</p> <p>Sentencia de 5 de julio de 2016, expedientes acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013</p> <p>Sentencia de 7 de julio de 2016, expediente 5711-2013</p> <p>Sentencia de 8 de noviembre de 2016, expediente 3438-2016</p> <p>Sentencia de 6 de febrero de 2017, expediente 4136-2016</p> <p>Sentencia de 14 de febrero de 2017, expediente 1490-2016</p> <p>Sentencia de 26 de mayo de 2017, expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017</p>	
--	---	--

<p>Manifestación de consentimiento del instrumento internacional por parte del Estado de Guatemala</p>	<p>Sentencia de 21 de junio de 2017, expediente 943-2017</p> <p>Sentencia 29 de junio 2017, expediente 3120-2016</p> <p>Sentencia de 20 de julio de 2017, expediente 1264-2017</p> <p>Sentencia de 12 de octubre de 2017, expediente 2709-2017</p> <p>Sentencia de 24 de octubre de 2017, expediente 6276-2016</p> <p>Sentencia de 7 de febrero de 2018, expediente 4221-2017</p> <p>.....</p> <p>Sentencia de 22 de mayo de 2018, expediente 5024-2017</p> <p>Sentencia de 8 de agosto de 2018, expediente 858-2016</p> <p>Sentencia de 25 de octubre de 2018, expediente 5614-2016</p> <p>.....</p>	<p>Sentencia de 7 de diciembre de 2017, expediente 2841-2017</p> <p>Sentencia de 26 de junio de 2018, expediente 3448-2017</p> <p>Sentencia de 24 de enero de 2019, expediente 1705-2017</p> <p>Sentencia de 29 de enero de 2019, expediente 3239-2017</p> <p>Inclusión del instrumento, por parte de la CC</p>
---	---	--

Como puede observarse, la Corte no ha sido conteste en la expresión de los motivos que la llevan a apreciar que un instrumento internacional puede ser considerado parte del bloque de constitucionalidad. Pese a ello,

existen razones para sostener que la escogencia de los materiales jurídicos que pueden considerarse insertos al bloque corresponde al máximo tribunal constitucional guatemalteco. Estas serían: **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.

Expresado lo anterior, resulta pertinente examinar, desde la mirada del criterio que sostiene que la CC es la competente para determinar los instrumentos que se encuentran contenidos en él, cuáles materiales jurídicos pueden considerarse, en efecto, incluidos en el bloque, sea por su incorporación expresa o tácita en los casos analizados.

La Corte ha afirmado en reiteradas ocasiones que es dable esgrimir lo preceptuado por la CADH como parámetro para establecer la legitimidad constitucional de una disposición infraconstitucional, así como en el enjuiciamiento de actos del poder público. También dispuso la CC, cuando se intentó cuestionar la constitucionalidad de precepto contenido en la CADH, que esa disposición, al formar parte del bloque de constitucionalidad, no podía ser objeto de un planteamiento de esa naturaleza.

Otros instrumentos internacionales que pueden ser considerados como parte del elenco del bloque de constitucionalidad, conforme el criterio del que se ha hecho mención, lo son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y su Protocolo Facultativo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención sobre los Derechos del Niño y, con un menor grado de

determinación, los estándares internacionales protectores de los derechos de niños, niñas y adolescentes, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de *Belém do Pará*”, la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada y, de forma general, los tratados internacionales en materia de derechos de la mujer, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Convenio 98 de la Organización Internacional de Trabajo sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, el Convenio 154 de la Organización Internacional de Trabajo sobre la negociación colectiva, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

Con relación al C 169, la jurisprudencia de la CC no ha sido contundente sobre si esa normativa, en su totalidad, forma parte del bloque de constitucionalidad. Aunque inicialmente el tribunal no parecía tener una postura clara respecto de si las disposiciones de ese cuerpo normativo podían condicionar actos públicos, particularmente, la formación de leyes,³ son halladas oportunidades en la que fue explícita en indicar que el citado

³ Cuando, dentro del expediente 1008-2012, se impugnó de inconstitucional la Ley de Minería, pues en su contenido no se contempló el derecho de consulta; además, se afirmó que como medida legislativa debió ser sometida a consulta antes de ser formulada, según los lineamientos contenidos en el C 169. En sus consideraciones, la CC refirió: “... es preciso mencionar que el proceso de formación y sanción de la ley en Guatemala, se encuentra establecido a nivel constitucional, en los artículos 174 al 181 de la norma suprema, procedimiento utilizado para la emisión de la Ley que se cuestiona, sin que pueda apreciarse en el reproche que se formula se refiera al incumplimiento de las etapas previstas en la normativa antes indicada. Si bien, se cuestiona que a juicio de los accionantes, debió darse cumplimiento a la previsión contenida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, a juicio de este Tribunal en el proceso de formación y sanción de la ley deviene aplicable la normativa antes indicada, por lo que no resulta acogible el citado argumento”. Sin embargo, más adelante, el Tribunal plasmaría apreciaciones sobre la forma en que, en cada caso concreto, según interpretó, podía darse cumplimiento a la obligación de consulta contenida en el referido instrumento. Nótese que la sentencia a la que se ha hecho referencia es posterior a la emitida dentro del expediente 1822-2011 (de 17 de julio de 2012), en la que se abordó de forma expresa el reconocimiento del bloque de constitucionalidad (Corte de Constitucionalidad, 2013).

convenio constituye parte integrante del bloque.⁴ Existe también abundante jurisprudencia en la que se reitera que el derecho de consulta, previsto en esa normativa, es parte del bloque, y casos en los que ha empleado disposiciones del C 169, distintas a aquellas relacionadas al derecho de consulta, como parámetro para la verificación de la constitucionalidad, en algunas ocasiones, sin referir con claridad que el cuerpo normativo integra el bloque, pero sí haciéndolo, respecto de los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Sobre la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es importante mencionar que la CC ha señalado, en alguna ocasión, que esta forma parte del bloque de constitucionalidad, invocándola para efectuar la labor de control,⁵ pero, en otros casos, principalmente la ha reconocido como pauta interpretativa que da sentido y alcance a los derechos contenidos en los otros instrumentos internacionales, en consonancia con la manifestación que el Estado de Guatemala efectuó en el voto favorable que, en su oportunidad, emitiera para su aprobación en la Asamblea General de las Naciones Unidas.⁶

Por otra parte, en algunos pronunciamientos, el tribunal constitucional precisó que al estar Guatemala sometida a la jurisdicción de la Corte IDH, resultaba de obligatoria observancia las sentencias emitidas por ese Tribunal, aunque en estas no figure el Estado de Guatemala como parte, ya que contienen la interpretación del contenido de las normas de la Convención.⁷ Sin embargo, en fallos más recientes, la Corte daría un paso adelante al reconocer

⁴ Por ejemplo, dentro de los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, cuando señaló: “No está demás subrayar que el derecho de los pueblos indígenas a estar plenamente informados, se deriva del derecho de estos pueblos a determinar y elaborar las prioridades y estrategias de desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. Artículo 7.1, del Convenio 169 de la OIT, instrumento que como ya se ha mencionado con antelación forma parte de la Constitución Política de la República como consecuencia de su incorporación a la misma como Bloque de Constitucionalidad.” (Corte de Constitucionalidad, 2017). Otro ejemplo es hallado dentro de los expedientes acumulados 401-2012 y 489-2012 (Corte de Constitucionalidad, 2012).

⁵ En tal sentido, el fallo emitido dentro de los expedientes acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013 (Corte de Constitucionalidad, 2016).

⁶ En esa línea, las sentencias dentro de los expedientes 943-2017 y 1467-2014 (Corte de Constitucionalidad, 2017) (Corte de Constitucionalidad, 2016).

⁷ Ver fallos emitidos dentro de los expedientes 3340-2013 y 1006-2014 (Corte de Constitucionalidad, 2014) (Corte de Constitucionalidad, 2015).

expresamente que la jurisprudencia de la Corte IDH también forma parte del bloque de constitucionalidad.

Sobre la posibilidad de que normas de carácter local puedan integrar el bloque de constitucionalidad en el ámbito guatemalteco, conviene señalar que la CC ha traído a colación, en sus pronunciamientos, la opinión doctrinal que refiere que las leyes de carácter constitucional –Ley de Emisión del Pensamiento, Ley Electoral y de Partidos Políticos, Ley de Orden Público, y Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad– forman parte del bloque de constitucionalidad;⁸ sin embargo, esta referencia es utilizada por el Tribunal, no con el objeto de establecer que esas normativas ostentan jerarquía constitucional y puedan fungir como parámetro de control de constitucionalidad, sino únicamente a fin de realizar consideraciones sobre la posición preferente que ocupan respecto de la norma ordinaria y su especial proceso de reforma, así como de la competencia de la Corte para realizar un control preventivo y vinculante respecto a proyectos de reformas que sobre ellas se intenten. Por lo tanto, se considera que el enfoque que, del concepto de bloque de constitucionalidad, refiere el tribunal en los fallos citados, es distinto al analizado en el presente trabajo.

Otro punto conveniente de mencionar, lo es la consideración de si los Acuerdos de Paz signados entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca forman parte del bloque.⁹ Hasta donde alcanza la información, este tema no ha sido objeto de tratamiento por parte del tribunal guatemalteco.

⁸ Resoluciones emitidas dentro de los expedientes 4708-2012 y 919-2016 (Corte de Constitucionalidad, 2013) (Corte de Constitucionalidad, 2017). Mismos enfoques son encontrados en los expedientes 90-90 y 159-97 (Corte de Constitucionalidad, 1990) (Corte de Constitucionalidad, 1998).

⁹ En el caso colombiano, la intención de que el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, suscrito entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla, se calificara expresamente en el ordenamiento constitucional como acuerdo especial bajo derecho internacional humanitario y como parte integrante en estricto sentido del bloque de constitucionalidad, no prosperó; la Corte Constitucional colombiana tampoco conoció el fondo de la solicitud que le fue dirigida para ese efecto (Amaya-Villarreal y Guzmán Duarte, 2017).

Por otro lado, resulta interesante la determinación si, en alguna ocasión, la CC ha excluido la posibilidad, expresamente, de que un instrumento internacional forme parte del bloque de constitucionalidad. Esto se registra, por lo menos, en una ocasión, en la que el tribunal constitucional, dentro del expediente 143-2013, señaló que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados no forma parte del mencionado bloque, considerando que:

...ello no implica que [la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados], se convierta en un Instrumento Internacional de Derechos Humanos y por ende le amerite ser parte del bloque de constitucionalidad antes aludido y que pueda ser parámetro de constitucionalidad del marco jurídico nacional. La intención del legislador constituyente, plasmada en los artículos 44 y 46 constitucionales, fue respecto de los tratados cuyo contenido sea precisamente en materia de Derechos Humanos, lo que no concurre en la Convención de Viena que el accionante trata de utilizar como marco de referencia o parámetro de constitucionalidad... (Corte de Constitucionalidad, 2013).

Habiendo quedado señalado lo anterior, en la siguiente tabla se presenta el listado de instrumentos internacionales y la jurisprudencia que, conforme el análisis realizado en el presente trabajo, permite calificarlos como integrantes del bloque de constitucionalidad.

Tabla 1

Instrumentos incluidos dentro del bloque de constitucionalidad

Declaración Universal de Derechos Humanos	Sentencia de 8 de septiembre de 2015, expedientes acumulados 2-2015, 151-2015, 298-2015 y 1045-2015; sentencia de 5 de julio de 2016, expedientes acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013.
---	--

Instrumento internacional	Sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad
CADH	Sentencia de 15 de mayo de 2013, expediente 4793-2012; sentencia de 22 de noviembre de 2013, expediente 1094-2013; sentencia de 26 de febrero de 2015, expedientes acumulados 3308-2014 y 3347-2014; sentencia de 13 de agosto de 2015, expediente 1732-2014; sentencia de 26 de noviembre de 2015, expediente 1006-2014; sentencia de 8 de noviembre de 2016, expediente 3438-2016; sentencia de 20 de julio de 2017, expediente 1264-2017; sentencia de 24 de enero de 2019, expediente 1705-2017; sentencia de 29 de enero de 2019, expediente 3239-2017.
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Sentencia de 8 de septiembre de 2015, expedientes acumulados 2-2015, 151-2015, 298-2015 y 1045-2015; sentencia de 21 de octubre de 2015, expediente 5290-2014; sentencia de 20 de julio de 2017, expediente 1264-2017.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Sentencia de 13 de agosto de 2015, expediente 1732-2014; sentencia de 26 de noviembre de 2015, expediente 1006-2014; sentencia de 5 de julio de 2016, expedientes acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Sentencia de 8 de septiembre de 2015, expedientes acumulados 2-2015, 151-2015, 298-2015 y 1045-2015; sentencia de 10 de marzo de 2016, expediente 1467-2014; sentencia de 5 de julio de 2016, expedientes acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013; sentencia de 21 de junio de 2017, expediente 943-2017.
Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes	Sentencia de 17 de julio de 2012, expediente 1822-2011; sentencia de 7 de agosto de 2013, expediente 1497-2013; sentencia de 19 de marzo de 2014, expediente 1552-2013; sentencia de 7 de diciembre de 2017, expediente 2841-2017.

Instrumento internacional	Sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad
Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	Sentencia de 7 de agosto de 2013, expediente 1497-2013; sentencia de 19 de marzo de 2014, expediente 1552-2013; sentencia de 7 de diciembre de 2017, expediente 2841-2017.
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	Sentencia de 17 de julio de 2012, expediente 1822-2011.
Convención sobre los Derechos del Niño y <i>estándares internacionales</i> protectores de los derechos de niños, niñas y adolescentes	Sentencia de 26 de noviembre de 2015, expediente 1006-2014; sentencia de 5 de julio de 2016, expedientes acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013; sentencia de 12 de octubre de 2017, expediente 2709-2017; sentencia de 24 de octubre de 2017, expediente 6276-2016; sentencia de 22 de mayo de 2018, expediente 5024-2017; sentencia de 8 de agosto de 2018, expediente 858-2016.
Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	Sentencia de 26 de noviembre de 2015, expediente 1006-2014; sentencia de 29 de enero de 2019, expediente 3239-2017.
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “ <i>Convención de Belém do Pará</i> ”	Sentencia de 30 de octubre de 2012, expediente 1240-2012; sentencia de 6 de febrero de 2017, expediente 4136-2016.
Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada	Sentencia de 29 de enero de 2019, expediente 3239-2017
Tratados internacionales en materia de derechos de la mujer, de forma general	Sentencia de 7 de febrero de 2018, expediente 4221-2017.
Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)	Sentencia de 25 de octubre de 2018, expediente 5614-2016.
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	Sentencia de 6 de febrero de 2017, expediente 4136-2016.

Instrumento internacional	Sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad
Derecho de consulta	Sentencia de 21 de diciembre de 2009, expediente 3878-2007; sentencia de 25 de marzo de 2015, expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013; sentencia de 10 de septiembre de 2015, expediente 1149-2012; sentencia de 12 de enero de 2016, expediente 3753-2014; sentencia de 12 de enero de 2016, expediente 411-2014; sentencia de 7 de julio de 2016, expediente 5711-2013; sentencia 29 de junio 2017, expediente 3120-2016.
C 169 y estándares internacionales protectores de los derechos humanos de pueblos indígenas y sus miembros	Sentencia de 30 de mayo de 2012, expedientes acumulados 401-2012 y 489-2012; sentencia de 10 de marzo de 2016, expediente 1467-2014; sentencia de 5 de julio de 2016, expedientes acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013; sentencia de 26 de mayo de 2017, expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017; sentencia de 21 de junio de 2017, expediente 943-2017.
Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	Sentencia de 5 de julio de 2016, expedientes acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013.
Jurisprudencia de la Corte IDH	Sentencia de 24 de octubre de 2017, expediente 6276-2016; sentencia de 22 de mayo de 2018, expediente 5024-2017; sentencia de 26 de junio de 2018, expediente 3448-2017.
Convenio 98 de la Organización Internacional de Trabajo sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva	Sentencia de 14 de febrero de 2017, expediente 1490-2016.
Convenio 154 de la Organización Internacional de Trabajo sobre la negociación colectiva	Sentencia de 14 de febrero de 2017, expediente 1490-2016.
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares	Sentencia de 29 de enero de 2019, expediente 3239-2017.
Convención sobre el Estatuto de los Apátridas	Sentencia de 29 de enero de 2019, expediente 3239-2017.

REFLEXIONES FINALES

Conforme las delimitaciones conceptuales plasmadas en la sentencia dictada dentro del expediente 1822-2011, el bloque de constitucionalidad no alude, en el ámbito guatemalteco, a un conjunto de normas previamente identificadas. El mecanismo dispuesto por la CC para ir delimitando los instrumentos que lo integran, implica que, a partir del conocimiento de cada caso en concreto, el Tribunal iría determinado cuál material sería considerado como parte integrante. En esa tarea de escogencia, la Corte ha ido incluyendo, a lo largo de su desarrollo jurisprudencial, importantes instrumentos internacionales de protección de derechos. Ahora bien, partiendo del contenido del artículo 46 constitucional, la Corte pudo haber optado por señalar que conformaban la noción, de forma general, los tratados ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos. Esta vía no ha sido la elegida.

De lo señalado, merece ser indicado que, por una parte, exista la posibilidad de que tratados de carácter internacional que reconozcan derechos no sean dotados de valor constitucional de forma contundente, como podría suceder, por ejemplo, con el C 169 de la OIT, respecto del cual existe una jurisprudencia ondulante.

A pesar de lo anterior, también debe considerarse que el sentido abierto que ha preferido la CC brinda una oportunidad que se valora como positiva, y es la de incluir, dentro del bloque, instrumentos internacionales distintos a los tratados, que podrían entenderse como no comprendidos en los alcances del artículo 46 constitucional.¹⁰

¹⁰ Sobre el tema, se explica que si bien, el artículo 46 precitado refiere la preeminencia de los tratados y convenciones sobre el derecho interno, para efectos del derecho internacional, las convenciones se enmarcan dentro de la figura del tratado, conforme el artículo 2, literal a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –instrumento que ya había sido firmado y entrado en vigor internacionalmente al aprobarse la actual Constitución–. Tratado incluiría, indistintamente, términos como convención, convenio, protocolo, pacto, carta, constitución, estatuto, acuerdo u otras denominaciones exclusivas de tratados internacionales bilaterales. Además, se señala que los tratados se diferencian de las declaraciones de voluntad, de las cuales ha sido dicho que si bien pueden ser alcanzadas por los sujetos de derecho internacional, únicamente constituyen manifestaciones de voluntad política. Un ejemplo sería la Declaración Universal de Derechos Humanos (Ríos, 2013).

En este último campo se inscriben las declaraciones o la jurisprudencia de tribunales internacionales. En ese sentido, la Corte ha proferido fallos de los que puede extraerse que la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹¹ y las Reglas de Tokio forman parte del bloque. Además, en al menos tres pronunciamientos, ha incluido dentro de la figura del bloque a la jurisprudencia de la Corte IDH, tema que, por la importancia de sus implicaciones, será abordado con mayor detenimiento más adelante.

Otro aspecto que se estima de importante mención es el evento de que normativa interna distinta al texto formal de la constitución pueda ser parte del bloque. Valdría discutir, por ejemplo, la conveniencia de que los Acuerdos de Paz (el último suscrito en 1996) obtuvieran el reconocimiento de instrumentos de valía constitucional, atendiendo a la importancia de los compromisos adquiridos como ruta para la reconciliación nacional y los bajos índices de cumplimiento reportados;¹² esa situación encontraría, de ostentar tales acuerdos un estatus especial, un mecanismo de exigibilidad reforzado a través de la justicia constitucional.

El bloque de constitucionalidad ciertamente potencializa la efectividad de los instrumentos internacionales que lo conforman. La observancia de estos ya no sería exigible únicamente a través de la invocación del contenido de los artículos 26, 27 y 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) –referentes a los principios de *pacta sunt servanda* y buena fe, así como la improcedencia de invocar disposiciones de derecho interno como

¹¹ Sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es afirmado, de manera general, que, aun no teniendo carácter formalmente vinculante, contiene derechos como la libre determinación y la no discriminación que se enuncian en el derecho convencional internacional de derechos humanos de carácter vinculante e incluso consuetudinario. Esto obedece a un consenso mundial sobre los derechos en mención. (Naciones Unidas, 2013).

¹² Aunque fue emitida la Ley Marco de los Acuerdos de Paz, decreto 52-2005 del Congreso de la República, con el objeto de plasmar en una ley específica las normas y mecanismos que garantizaran la continuidad del proceso, dándose así reconocimiento jurídico a los Acuerdos como compromisos estatales, transcurridos 20 años desde la firma de los Acuerdos de Paz, se reportó que 50,4% de los acuerdos siguen sin aplicarse, particularmente los relacionados con la desigualdad y la no discriminación (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2019).

justificación del incumplimiento de un tratado– y el artículo 149 constitucional –referente a la forma en que el Estado de Guatemala normará sus relaciones con otros Estados–¹³ sino además, por medio de la construcción jurisprudencial que, con base en los artículos 44 y 46 constitucionales, ha efectuado el Tribunal Constitucional y que les asigna rango constitucional.

Los instrumentos internacionales son dotados, por lo tanto, de la fuerza normativa que caracteriza a las disposiciones constitucionales, con lo cual, no pueden ser ya considerados como meras declaraciones cuya eficacia se supedita al criterio discrecional de los órganos estatales. Lo indicado se traduce en que lo normado en materia de derechos humanos en el ámbito internacional, junto con lo dispuesto expresamente en el texto supremo, condiciona la producción de leyes y, desea resaltarse, también de los actos que provienen de los órganos públicos; además, que situaciones jurídicas que se aparten de lo dispuesto en esas normatividades puedan ser sujetas a control de constitucionalidad, en resguardo del principio de supremacía constitucional.

Conviene destacar que la misma CC ha sido clara en señalar que la interpretación de las normas jurídicas debe realizarse, tanto por los órganos del Estado (preponderantemente, se agrega, a través del papel que fungen los jueces), como por los particulares, de forma coherente con los instrumentos que se incluyen en el bloque de constitucionalidad. Esta consideración envuelve que la misma Constitución, como también lo ha expresado el alto tribunal constitucional, sea interpretada en análisis y ponderación de los materiales jurídicos contenidos en el bloque.

Asociando lo indicado con la distinción que realiza Sagüés (2015) en el plano del control de convencionalidad, respecto de los papeles represivo y constructivo o positivo que derivan de su práctica,¹⁴ la Corte, con tales

¹³ “Artículo 149. De las relaciones internacionales. Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.”.

¹⁴ El primero, concebido desde el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), consiste en la inaplicación de reglas del derecho interno opuestas a la CADH (y en general, de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por un Estado, según aclara

consideraciones, remarca que el efecto del bloque de constitucionalidad no se agota en que esta figura se constituya como parámetro para la expulsión o inaplicación de preceptos a cargo de los órganos jurisdiccionales dotados con competencia para ello (que, emulando lo señalado por Sagüés, constituiría el papel represivo), sino involucra a la totalidad de autoridades estatales y particulares, quienes poseen un rol positivo, consistente en el deber, al aplicar el derecho nacional, de realizar una interpretación conforme a la normatividad constituida como bloque.

Otra implicancia de la introducción del bloque de constitucionalidad debe observarse a la luz de su estrecha relación con el deber de aplicación del control de convencionalidad. Mucho se ha discutido sobre el grado de exigencia del deber de los Estados en la aplicación del referido control y la operatividad que la figura pueda tener en el interior de cada país. Ambas cuestiones se encuentran relacionadas con las distintas modalidades de incorporación del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte de la CADH. Se condicionan, consecuentemente, por las normas referentes a la jerarquía normativa de la Convención, tratados del Sistema Interamericano e interpretaciones de la Corte IDH, o bien, su incorporación al bloque de constitucionalidad. En su facultad legítima de decidir el nivel de incorporación de las fuentes del derecho internacional como derecho nacional, los Estados pueden disponer, por ejemplo, si tales interpretaciones poseen rango constitucional –como es el caso de Costa Rica– o bien, constituyen un criterio hermenéutico relevante, no necesariamente decisivo –como en el caso de Colombia– (González Domínguez, 2017).

En Guatemala, la CADH y otros instrumentos que pertenecen al *corpus iuris* interamericano, así como las interpretaciones realizadas por la Corte IDH, forman parte del bloque de constitucionalidad, según fue denotado en párrafos precedentes. Esto conlleva que las autoridades estatales deban

el mismo autor) y la doctrina sentada por la Corte IDH; el segundo, perceptible con claridad a partir del *Caso Radilla Pacheco vs. México*, hace alusión a la necesidad de que las *interpretaciones constitucionales y legislativas* locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia del tribunal regional lo que, en definitiva, implica realizar la “*interpretación conforme*” del derecho local con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.

concebir la aplicación del control de convencionalidad en un grado reforzado de vinculatoriedad, ya no solo a partir de los fundamentos que típicamente sustentan su aplicación (artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH, así como de los ya citados artículos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), sino además, en atención a los instrumentos que componen el bloque de constitucionalidad. El valor decisivo de la jurisprudencia que emana de la Corte regional en la aplicación del derecho, como consecuencia de su visualización como parámetro de constitucionalidad, resulta relevante, pues otorga la posibilidad de aumentar el nivel de protección en favor de las personas; además, las autoridades estatales guatemaltecas poseen una mejor posición para defender el empleo del producto hermenéutico del tribunal interamericano a través de ese cause.

Las consecuencias jurídicas que acarrea la incorporación del bloque de constitucionalidad a las que se ha hecho mención en apartados precedentes, denotan la necesidad de procurar, por un lado, una línea jurisprudencial conteste sobre el criterio definido para considerar a un instrumento como parte del bloque de constitucionalidad, y por el otro, claridad cuando se aluda a los elementos integrantes de esta noción. Vale notar la importancia de que, por ejemplo, cuando se haga referencia a la inclusión, en el bloque, de *estándares internacionales* o tratados internacionales en general, como ha acontecido en temas de derechos de niños, niñas y adolescentes, mujeres y pueblos indígenas, se delinee con mayor precisión los instrumentos que pueden ser considerados como aludidos.

Además, es necesaria la consolidación de criterios doctrinarios, teniéndose un área de oportunidad, por ejemplo, en lo concerniente a los instrumentos internacionales de protección de colectividades e individuos indígenas. Esto, no porque se considere que, a raíz de la falta de una inclusión contundente, proceda alegar que las obligaciones a las que se suscribió el Estado de Guatemala en esos documentos jurídicos no le son exigibles. Más bien, su propósito radicaría en que la Corte asuma posturas que contribuyan a reafirmar la necesidad de garantizar el goce de los derechos de tales sujetos en aquellos ámbitos en los que el despliegue de la normatividad interna no ha sido suficiente, impregnando de contenido constitucional los instrumentos que brinden una mejor protección y,

por tanto, construyendo vías que refuercen la exigibilidad de los compromisos existentes.

Es importante referir en este punto que la inexistencia de una decisión en la que el tribunal constitucional haya incorporado explícita o tácitamente determinado tratado internacional al bloque no debe verse en lo absoluto como una disminución del nivel de vinculatoriedad que ese tratado posee, ni concebirse como argumento que justifique la inobservancia de las obligaciones correlativas a los derechos que la normativa internacional reconozca. En otras palabras, el reconocimiento de la valía constitucional de ciertos instrumentos no debe apreciarse como una limitación a la exigencia de los deberes de respeto, protección y garantía de los derechos contenidos en tratados internacionales que aún no han sido insertos al bloque, puesto que esos derechos ya poseen reconocimiento constitucional a partir del artículo 44 del texto supremo.

Así, el principal beneficio que se aprecia del mecanismo definido por la CC es el de brindar la oportunidad para que materiales jurídicos pertenecientes a categorías distintas a la que prevé el artículo 49 de la norma suprema puedan ser dotados de mayor fuerza jurídica. Por lo tanto, es conveniente concebir el bloque, de la manera en que lo ha configurado el tribunal constitucional, no como una figura limitante de la observancia de los derechos humanos, sino un cauce que, junto con otras posibilidades interpretativas, como el principio *pro persona*, permita superar argumentaciones tendientes a dar una preferencia inmóvil a una u otra fuente, según su pertenencia al ordenamiento nacional o internacional, o bien, que resten vinculatoriedad a importantes instrumentos internacionales, posturas que, en algún evento, pudieran conllevar incumplimiento de compromisos internacionales o redundar en una protección menos favorable para el tutelado.

Apuntadas las significativas implicancias de la figura en comento, conviene señalar que, dado el número considerable de casos en los que la noción del bloque de constitucionalidad es invocada, representaría una herramienta invaluable la sistematización que, de parte del mismo seno del tribunal constitucional, pudiera realizarse, respecto a los pronunciamientos emitidos,

con el objeto de que la figura pueda ser mejor comprendida y se difunda de maneras más precisas en los distintos campos de aplicación jurídica.

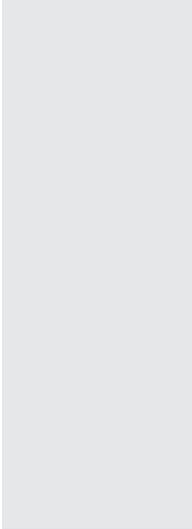
Finalmente, no se desea pasar por alto que, de la mano del adecuado desarrollo del bloque, la caracterización multinivel de la protección de derechos humanos requiere, como ya fue adelantado, de la observancia del principio *pro persona* –con una visión no circunscrita al continente de los instrumentos que conforman el bloque–, como otro mecanismo armonizador de los distintos niveles de normatividades y autoridades existentes. Ambos elementos favorecen a la concepción del derecho internacional de los derechos humanos y lo decidido por los órganos supranacionales, como insumo para el perfeccionamiento del derecho interno y de las interpretaciones efectuadas por los órganos locales.

BIBLIOGRAFÍA

- Amaya-Villareal, Á. F., & Guzmán-Duarte, V. (2017). La naturaleza jurídico-internacional de los acuerdos de paz y sus consecuencias en la implementación. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 41-60.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala: Corte de Constitucionalidad.
- Casal, J. M. (2010). Aproximación a las funciones de la jurisdicción constitucional. En A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, & M. Morales Antonazzi, *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* (págs. 63-86). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Congreso Nacional Constituyente. (22 de agosto de 1994). Constitución de la Nación Argentina. Santa Fe.
- Constitución. (4 de octubre de 1958). Francia.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969). (23 de mayo de 1969). Viena.
- Corte de Constitucionalidad. (31 de julio de 1990). Dictamen dentro del expediente 90-90. *Dictamen*. Guatemala.
- _____ (23 de noviembre de 2017). Dictamen dentro del expediente 919-2016. *Dictamen*. Guatemala.
- _____ (30 de mayo de 2012). Sentencia dentro de los expedientes acumulados 401-2012 y 489-2012. *Apelación de sentencia en amparo*. Guatemala.
- _____ (16 de agosto de 2016). Sentencia dentro de los expedientes acumulados 5341-2015 y 5350-2015. *Apelación de sentencia de amparo*. Guatemala.
- _____ (16 de junio de 2015). Sentencia dentro de los expedientes acumulados 5909-2013, 5985-2013, 48-2014 y 439-2014. *Amparo en única instancia*. Guatemala.
- _____ (26 de mayo de 2017). Sentencia dentro de los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017. *Apelación de sentencia en amparo*. Guatemala.
- _____ (5 de julio de 2016). Sentencia dentro de los expedientes acumulados acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013. *Apelación de sentencia en amparo*. Guatemala.
- _____ (26 de noviembre de 2015). Sentencia dentro del expediente 1006-2014. *Inconstitucionalidad general parcial*. Guatemala.
- _____ (28 de febrero de 2013). Sentencia dentro del expediente 1008-2012. *Inconstitucionalidad general total*. Guatemala.

- _____ (8 de septiembre de 1998). Sentencia dentro del expediente 1042-97. *Apelación de sentencia en amparo* . Guatemala.
- _____ (12 de marzo de 1997). Sentencia dentro del expediente 131-95. *Inconstitucionalidad general parcial* . Guatemala.
- _____ (6 de agosto de 2013). Sentencia dentro del expediente 143-2013. *Inconstitucionalidad general parcial y total* . Guatemala.
- _____ (10 de marzo de 2016). Sentencia dentro del expediente 1467-2014. *Apelación de sentencia en amparo* . Guatemala.
- _____ (20 de mayo de 1998). Sentencia dentro del expediente 159-97. *Inconstitucionalidad general parcial* . Guatemala.
- _____ (17 de julio de 2012). Sentencia dentro del expediente 1822-2011. *Inconstitucionalidad general parcial por omisión* . Guatemala.
- _____ (17 de julio de 2018). Sentencia dentro del expediente 1907-2017. *Amparo en única instancia* . Guatemala.
- _____ (28 de junio de 2016). Sentencia dentro del expediente 2404-2014. *Amparo en única instancia* . Guatemala.
- _____ (19 de octubre de 1990). Sentencia dentro del expediente 280-90. Guatemala.
- _____ (23 de diciembre de 2015). Sentencia dentro del expediente 3137-2015. *Apelación de sentencia en amparo* . Guatemala.
- _____ (18 de diciembre de 2014). Sentencia dentro del expediente 3340-2013. *Apelación de sentencia en amparo* . Guatemala.
- _____ (26 de marzo de 1996). Sentencia dentro del expediente 334-95. *Inconstitucionalidad general parcial* . Guatemala.
- _____ (14 de marzo de 2016). Sentencia dentro del expediente 3370-2015. *Apelación de sentencia en amparo* . Guatemala.
- _____ (21 de diciembre de 2009). Sentencia dentro del expediente 3878-2007. *Apelación de sentencia en amparo* . Guatemala.
- _____ (17 de noviembre de 2016). Sentencia dentro del expediente 4076-2016. *Inconstitucionalidad de ley en caso concreto* . Guatemala.
- _____ (24 de abril de 2013). Sentencia dentro del expediente 4708-2012. *Amparo en única instancia* . Guatemala.
- _____ (4 de febrero de 2015). Sentencia dentro del expediente 5237-2013. *Inconstitucionalidad general total* . Guatemala.

- _____ (21 de junio de 2017). Sentencia dentro del expediente 943-2017. *Apelación de sentencia en amparo*. Guatemala.
- Favoreau, L. (1990). El bloque de la constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 45-68.
- Góngora Mera, M. E. (2014). La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano. En A. von Bogdandy, H. Fix-Fierro, & M. Morales Antoniazzi, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos* (págs. 301-327). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- González Domínguez, P. (2017). La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Estudios Constitucionales*, 55-98.
- Naciones Unidas, D. H. (2013). *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2019). *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de la Oficina del Alto Comisionado en Guatemala A/HRC/40/3/Add.1*. New York: Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Ríos, E. M. (2013). *Derecho guatemalteco de los tratados internacionales*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sagüés, N. P. (2015). Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. En C. Steiner, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2015* (págs. 141-149). Bogotá: Unión Gráfica.



LA LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

The legitimacy of constitutional courts in the constitutional rule of law

Ricardo Antonio González Soto

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario,
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Maestro en Criminología,
Universidad de San Carlos de Guatemala y Universidad de La Habana, Cuba.

Doctorando en Derecho Constitucional Internacional por la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Letrado de Magistratura en la Corte de Constitucionalidad

ricardogonzalezsoto@gmail.com

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.10>

Fecha de recepción: 08/11/2019

Fecha de aceptación: 20/02/2020

SUMARIO

Introducción

1. Del Estado de Derecho legal al constitucional
2. Tensiones entre constitucionalización y democracia
3. Acerca de la legitimidad de los tribunales constitucionales: fundamentos y objeciones

Reflexiones finales

Bibliografía

Resumen

Se examina la transición del Estado de derecho legal al constitucional y cómo este nuevo sistema jurídico y político provoca que se generen tensiones entre los tribunales constitucionales y los poderes ejecutivo y, especialmente, legislativo, que tradicionalmente habían ejercido su autoridad, de manera casi omnipotente. En ese sentido, se vislumbra como la Constitución adquiere un papel fundamental en los Estados, constituyéndose en un conjunto de normas y principios que, de manera especial, tiende a limitar el poder de los representantes de los poderes públicos, muchas veces elegidos de forma democrática, obligándolos respetar y garantizar los derechos esenciales de todos, incluyendo los de las minorías.

Asimismo, ante estos cambios en los paradigmas constitucionales, los órganos de justicia y, especialmente, los tribunales constitucionales, adquieren un rol preponderante en las sociedades, ya que todo el ordenamiento jurídico se ve permeado de un nuevo constitucionalismo que emana de la fuerza normativa de la Constitución. No obstante, la función de control constitucional de las leyes

Abstract

It examines the transition from the legal to the constitutional rule of law and how this new legal and political system causes tensions to arise between the constitutional courts and the executive and especially the legislative branches, which had traditionally exercised their authority in an almost omnipotent manner. In this regard, we can see how the Constitution has acquired a fundamental role in the States, constituting a set of rules and principles that, in particular, tend to limit the power of the representatives of the public authorities, often democratically elected, obliging them to respect and guarantee the essential rights of all, including those of minorities.

Likewise, in the face of these changes in constitutional paradigms, the organs of justice, and especially the constitutional courts, acquire a preponderant role in societies, since the entire legal system is permeated by a new constitutionalism that emanates from the normative force of the Constitution. However, the function of constitutional control of laws conferred on these specialized courts

reconocida a estos tribunales especializados ha generado cuestionamientos acerca de su legitimidad, sobre todo en relación a si debe permitirse que un tribunal integrado por jueces carentes de respaldo democrático, puedan invalidar las decisiones del poder legislativo, el cual claramente goza de legitimidad por ser los representantes directos de la población, surgiendo la interrogante acerca de si es o no compatible esa labor de control constitucional en una democracia. Por ello, se analizan las tensiones entre constitucionalización y democracia, así como la legitimidad de los tribunales constitucionales, explorando sus fundamentos y objeciones, concluyendo con algunas ideas y reflexiones finales.

Palabras clave: control constitucional, democracia, legitimidad de los tribunales constitucionales, Estado de derecho constitucional, carácter contramayoritario, derecho constitucional.

has raised questions about their legitimacy, particularly with regard to whether a court composed of judges lacking democratic backing should be allowed to overrule the decisions of the legislature, which clearly enjoys legitimacy as the direct representatives of the population, raising the question of whether or not this task of constitutional control is compatible in a democracy. Therefore, the tensions between constitutionalization and democracy are analyzed, as well as the legitimacy of the constitutional courts, exploring their foundations and objections, concluding with some final ideas and reflections.

Keywords: *constitutional control, democracy, legitimacy of constitutional courts, constitutional rule of law, counter-majority character, constitutional law.*

INTRODUCCIÓN

La transición del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho constitucional conllevó fuertes implicaciones en la forma en que se concibe y desarrolla el Derecho en las sociedades democráticas, conllevando una renovación de los ordenamientos jurídicos basada en la supremacía y rigidez constitucional, cuya salvaguarda se encomienda a tribunales o cortes especializadas en la materia. En ese sentido, si bien dentro del Estado de Derecho legal ya existían tribunales constitucionales a los que se les asignaba esa tarea de control, esta era muy limitada y se reducía a una especie de verificación de legalidad, fundamentada, en buena medida, en la idea de que el legislador, como representante directo de la población, era omnipotente y, por ende, su labor política no tenía límites más allá de que se siguieran los procedimientos formales propios de una democracia de las mayorías.

No obstante, ante las graves violaciones a derechos ocurridas durante la segunda guerra mundial, se gesta a nivel mundial una renovación de los Estados, los cuales, se percatan que los paradigmas de legalidad que regían hasta ese momento habían fracasado, pues el nazismo y el fascismo pusieron en evidencia que el consenso popular o de las mayorías en que se habían basado los sistemas jurídicos de aquellos países, no habían sido capaces de evitar que el poder político dominante abusara de su ejercicio y violara masivamente los derechos de las personas. Esto conlleva un redescubrimiento de la Constitución como un conjunto de normas y principios impuestos a todos los miembros de un Estado, pero, especialmente, a los representantes de los poderes públicos, independientemente de que cuenten o no con la aprobación de las mayorías, lo cual conforma un valladar democrático que los obliga a respetar y garantizar los derechos esenciales de todos, incluyendo los de las minorías.

Asimismo, ante estos cambios en los paradigmas constitucionales, los órganos de justicia y, especialmente, los tribunales constitucionales, adquieren un rol preponderante en las sociedades, ya que todo el ordenamiento jurídico se ve permeado de un nuevo constitucionalismo que emana de la fuerza normativa de la Constitución, dado que, su carácter de norma *normarum*, condiciona la validez de las leyes o disposiciones emitidas por todos los poderes públicos. Sin

duda, esta renovación del sistema jurídico y político genera tensiones frente a estos poderes que tradicionalmente habían ejercido su autoridad sin limitación alguna; especialmente se incomoda a los parlamentos, debido a que las leyes que emiten y, en principio, reflejan los deseos de las mayorías que representan, pueden ser invalidadas por estos tribunales especializados, que ahora juzgan y censuran su producción normativa no solo desde el punto de vista formal o meramente legal, sino también sustancial o de su contenido.

Ante esta función de control constitucional de las leyes reconocida a los tribunales de la materia se han generado cuestionamientos acerca de su legitimidad, sobre todo en relación a si debe permitirse que un tribunal integrado por jueces carentes de respaldo democrático, puedan invalidar las decisiones del poder legislativo, el cual claramente goza de legitimidad por ser los representantes directos de la población, surgiendo la interrogante acerca de si es o no compatible esa labor de control constitucional con un sistema democrático.

Derivado de lo anterior, en el presente trabajo se pretende efectuar un breve examen de la temática expuesta, analizando la transición del Estado de Derecho legal al constitucional, las tensiones entre constitucionalización y democracia, así como la legitimidad de los tribunales constitucionales, explorando sus fundamentos y objeciones, concluyendo con algunas ideas y reflexiones que surgen a partir del estudio realizado.

1. Del Estado de Derecho legal al constitucional

A lo largo de la historia el término “Estado de Derecho” ha adoptado diversas acepciones; así, en términos generales, se ha entendido como Estado de Derecho aquel en el que gobernantes y gobernados actúan con apego a la ley. Es decir que, bajo esta concepción general, como señala Raymundo Gil Rendón, el Estado de Derecho son “aquellas condiciones jurídicas indispensables para el funcionamiento del Estado; bajo la cual, se considera como modelo ideal aquél en que se vislumbre el cumplimiento formal de la ley como fin del Estado de Derecho”; asimismo, aclara que “[e]l Estado de Derecho puede ser estudiado bajo diferentes enfoques; como una aspiración política o como una pretensión de seguridad jurídica, lo cual equivale a una visión ideológica bajo los ámbitos de la ciencia política o de la ciencia del derecho. Ambas ideologías pretenden justificar y legitimar el Estado bajo un sustento jurídico”. (Gil Rendón, 2011, pág. 44).

De esa cuenta, encontramos bajo un primer enfoque, lo que se ha denominado el Estado de Derecho legal, el cual surge a partir de la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual concebía a la ley como expresión de la voluntad general, de modo que la libertad solo podría ser limitada a través de la misma ley. Uno de los fundamentos importantes se encuentra en el artículo 16, que señala: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”, con lo que surge la noción de constitucionalismo, a partir de la observancia de la ley, teniendo como elementos indispensables la garantía de los derechos de las personas y la separación de poderes.

Desde este enfoque, la legalidad surge como límite al poder público, pero los derechos fundamentales se reconocen por el hecho de su positivización en la ley más allá de cualquier justificación humana o iusnaturalista. De este modo, la voluntad de la sociedad se manifiesta por el Parlamento a través de la ley y, por ello, se considera “Derecho” únicamente lo que establece la ley, llegando a considerar como Estado de Derecho cualquiera en el que se encontrara ordenado y sistematizado su ordenamiento jurídico, ello dejando al margen cualquier exigencia o fundamentación de carácter humano, ético o moral.

Al mismo tiempo, el movimiento constitucionalista conllevó el desarrollo de la justicia constitucional, la cual tiene como misión esencial hacer efectivo el principio de supremacía constitucional, como norma que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, tal como fue propuesto en la teoría kelseniana. No obstante, es necesario acotar que esta justicia constitucional tenía como objetivo hacer efectivos los valores que el legislador había previsto en la Constitución, garantizando así la prevalencia de la voluntad legislativa, la cual se consideraba ilimitada, por lo que se pretendía hacer valer el imperio de la ley, más como un “Estado Legislativo de Derecho” en palabras de Ferrajoli.

Esta concepción, prevalente del principio de legalidad, en la que ley y Derecho se fundieron casi como sinónimos se mantuvo por muchos años, hasta que entró en crisis al final de la segunda guerra mundial, puesto que el desarrollo de los regímenes fascista y, especialmente, nazi, permitieron el exterminio de millones de personas bajo el amparo de la ley. Ello conllevó a una profunda reflexión en la humanidad, especialmente acerca de la concepción misma del Derecho, a partir de la idea general de Gustavo Radbruch, quien afirmó que “la injusticia extrema no es Derecho”, por lo que cualquier ley extremadamente injusta no podría ser considerada como verdadero “Derecho”.

Así puede evidenciarse cuando nos percatamos que, durante los históricos juicios de Nuremberg, los grandes dirigentes nazis son condenados no por incumplir la ley, sino, precisamente, por cumplirla, puesto que los actos inhumanos cometidos se realizaron basados en la ley del régimen y sus políticas, con lo que entró en crisis también la idea de que el Parlamento y sus decisiones eran infalibles e incuestionables, sobre todo desde un punto de vista ético y moral.

En ese sentido, Ferrajoli señala que la intervención e introducción de constituciones rígidas, después de la Segunda Guerra Mundial incorporaron principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no solo para el Poder Ejecutivo y Judicial, sino también para el Poder Legislativo. En el modelo tradicional, paleopositivista y jacobino, el Estado de Derecho consistía básicamente en la primacía de la ley y la democracia en la omnipotencia de la mayoría y, por lo tanto, del Parlamento. El papel del juez como órgano sujeto

sólo a la ley se configuraba, por consiguiente, como una mera función técnica de aplicación de la ley, cualquiera que fuese su contenido. Este sistema cambia profundamente con las constituciones rígidas de la segunda posguerra, que complementan el paradigma del estado de derecho sometiendo también al legislador a la ley -a la ley constitucional precisamente- y transformando así el viejo Estado de Derecho en Estado constitucional de Derecho. (Ferrajoli, El papel de la función judicial en el Estado de derecho, 2005, págs. 89-90).

Fue a partir de este momento que se generó una separación clara entre los conceptos de ley y Derecho, ya que no toda disposición contenida en una ley podría ser calificada como “Derecho”. Esto nace junto al concepto de derechos humanos, debido a que, como se dijo, los crímenes y graves violaciones de derechos permitieron a la comunidad internacional llegar a un consenso sobre la necesidad de fijar pautas mínimas, con aspiración a tener un carácter universal, en relación al respeto de los derechos de las personas en el mundo.

En el caso del continente americano, dicho consenso internacional tuvo como resultado que se aprobara la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en 1948, la cual constituyó el antecedente histórico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fue aprobada ese mismo año por la comunidad internacional, con lo que surge el derecho internacional de los derechos humanos, que se ocupó del reconocimiento y expansión del concepto.

Es necesario reflexionar que la Constitución puede concebirse como aquel cuerpo normativo que contiene las normas fundamentales del ordenamiento jurídico de un Estado; “En general, se puede convenir que son normas fundamentales de cualquier ordenamiento: a) las que determinan la llamada ‘forma de Estado’; b) las que determinan la ‘forma de gobierno’, y c) las que regulan la producción normativa (Guastini, 2001, pág. 32); bajo este concepto entendemos la Constitución como algo neutral, ya que es independiente de su contenido político que bien puede ser liberal, democrático, autocrático, etc.

Este aspecto es relevante, porque, como quedó apuntado, previo a la crisis del Estado de Derecho legal ya existían constituciones en diferentes países del

mundo, no obstante, el reconocimiento de derechos dependía sobre todo de la voluntad parlamentaria y a la Constitución se le veía más como una carta o programa político, que servía sobre todo para orientar la labor del Estado, como guardián de la legalidad, es decir que interesaba sobre todo su parte orgánica. Sin embargo, en el Estado de Derecho constitucional, la Constitución adquiere un papel fundamental orientado a desarrollarse como un conjunto de normas y principios que protegen los derechos de las personas, con verdadera fuerza normativa y de aplicación directa, interesando con más intensidad su parte dogmática.

Otro aspecto importante es el rompimiento de la tradicional y fuerte distinción entre moral y Derecho, ya que, en realidad, es la moral racional de los derechos humanos que impregna las Constituciones la que sirve como parámetro de validez de la ley y de aquello que puede ser considerado como Derecho, por lo que si una ley o disposición del poder público es calificada como injusta, por violar derechos humanos, no puede ser considerada como Derecho.

Relacionado con ello, es necesario apuntar la forma en que opera el Estado de Derecho constitucional, no solo por medio de “reglas” sino sobre todo a través de “principios”, ya que la expansión de esta forma nueva de constitucionalismo, fundamentado en los derechos humanos, tiende a inspirar y orientar todo el ordenamiento jurídico, de modo que, en el Estado de Derecho legal, interesaban los preceptos constitucionales que contenían “reglas”, es decir aquellos que resuelven algún asunto en particular y determinan, de forma más o menos precisa, su solución; en cambio, el Estado de Derecho constitucional se basa en “principios”, los cuales si bien no confieren una solución concreta a alguna cuestión específica, se utilizan como pautas orientadoras para resolver diversos problemas jurídicos, incluyendo los más complejos. De esa cuenta, también sufre un cambio la forma de utilizar el Derecho, pues ya no solo se aplican las reglas acudiendo al método tradicional de la subsunción, sino también entran en juego los principios por medio de métodos interpretativos como la ponderación, en los que la argumentación jurídica adquiere un rol preponderante para justificar las decisiones de los tribunales.

En este nuevo modelo se concibe la Constitución como un documento normativo que presenta características específicas que lo distinguen de los otros documentos normativos, y particularmente de la ley. Así, Comanducci señala que en este nuevo modelo:

1. La Constitución se sitúa en el vértice de la jerarquía de las fuentes y además, modifica cualitativamente esa jerarquía. El “legicentrismo” del modelo estatal decimonónico es sustituido por la omnipresencia de la Constitución, que informa por sí misma a todo el sistema: por ejemplo, toda la legislación es entendida como actuación de la Constitución y se interpreta a la luz de la Constitución. Ya no resulta posible concebir los sistemas jurídicos como sistemas exclusivamente dinámicos: se entienden también como sistemas estáticos.
2. La Constitución es un conjunto de normas. Sin embargo, no solo contiene reglas, sino también principios, que son los que la caracterizan. Esos principios no son formulados necesariamente de modo expreso y pueden ser reconstruidos tanto a partir del texto como prescindiendo de él.
3. La Constitución tiene una relación especial con la democracia en un doble sentido: 3.1) hay una conexión necesaria entre una concepción de la democracia —la democracia como isonomía— y el segundo modelo de Constitución —no puede haber constitución sin democracia ni democracia sin Constitución—, y 3.2) la Constitución funciona necesariamente como límite de la democracia entendida como regla de mayoría.
4. La Constitución funciona como puente entre el derecho y la moral o la política, ya que abre el sistema jurídico a consideraciones de tipo moral en un doble sentido: 4.1) los principios constitucionales son principios morales positivizados, y 4.2) la justificación en el ámbito jurídico —sobre todo la justificación de la interpretación— no puede dejar de recurrir a principios morales.
5. La aplicación de la Constitución, a diferencia de la ley, no puede hacerse por el método de la subsunción, sino que precisamente por la presencia de los principios, debe realizarse generalmente por medio del método de la ponderación. (Comanducci, 2016, págs. 29-33).

Este nuevo modelo de Estado dio origen a un nuevo constitucionalismo o “neoconstitucionalismo”, que de acuerdo con Prieto Sanchís, citado por Jaime Cárdenas, tiene como principales características:

Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe.

Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no sólo es una norma, sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario.

Tercero, eficacia o aplicación directa. Es consecuencia de lo anterior, pues si la Constitución es una verdadera norma suprema ello supone que no requiere de ningún otro acto jurídico, singularmente de una ley, para desplegar su fuerza vinculante; por eso, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligada.

Cuarto, garantía judicial. Como sabemos las posibilidades son amplias: control concreto y abstracto, a *priori* o a *posteriori*, encomendado a órganos especiales o a los jueces ordinarios. Un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico incluida por tanto la Constitución.

Quinto, presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y también, con las modulaciones que requieran y que nacen de la propia Constitución, en sus relaciones sociales horizontales de derecho privado; contenido normativo que está formado por principios, derechos y directrices, más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, están llamados a su aplicación en los casos concretos.

En sexto y último lugar, la rigidez constitucional. No cabe duda de que el constitucionalismo resulta tanto más fuerte cuanto más costosa en la alteración del texto, cuanto más inaccesible se muestre frente a las mayorías legislativas. (Cárdenas Gracia, 2007, pág. 40).

Es así como aparecen nuevos paradigmas en el Derecho, el Estado y su funcionamiento, ya que anteriormente el poder legislativo tenía un papel determinante, no obstante, el carácter esencial de la Constitución, su aplicación directa y su interpretación, ha puesto en un lugar preponderante la función judicial, en tanto que el control de constitucionalidad permite a los jueces, sobre todo a los constitucionales, invalidar decisiones de todos los poderes del Estado y, especialmente, del legislativo, tomando en cuenta que la función asignada a los tribunales constitucionales en el modelo primigenio ideado por Kelsen era el de funcionar, precisamente, como “legislador negativo”.

Así ocurre que la Constitución se presenta como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho (subsunción), sino mediante la ponderación; la Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, la ley pasa a segundo plano, es más la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino heterogéneo y plural, en muchas ocasiones expresión de valores tendencialmente opuestos. El Neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley. (Gil Rendón, 2011, págs. 52-53).

Los rasgos antes señalados de una nueva visión constitucional, basada en la supremacía y fuerza normativa de la Constitución, que se complementa con los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales ratificados por los Estados, tiene como finalidad esencial controlar los excesos del poder en aras de proteger los derechos de las personas; sin embargo, esto genera dificultades, porque se ha vislumbrado que la constitucionalización del sistema jurídico y político obliga a que muchos de los grandes problemas, tanto de

índole social, económico o político, entre otros, terminen definiéndose en las cortes supremas o constitucionales, de modo que se generan tensiones con los poderes tradicionales del Estado. Esto ocurre con mayor frecuencia en sistemas jurídicos como los latinoamericanos en los que se han adoptado mecanismos de protección muy amplios como el amparo y las inconstitucionalidades de carácter general, que permiten cuestionar cualquier acto o disposición del poder público.

Además, debe tomarse en cuenta que la tarea de interpretar la Constitución implica determinar los alcances, límites y la forma en que se relacionan o coexisten en un mismo asunto uno o varios derechos fundamentales, de manera que lo dicho por los tribunales o cortes constitucionales impacta en los miembros de la sociedad, tanto desde un punto de vista individual como colectivo, pues además de solucionar el caso concreto, la interpretación efectuada sirve como pauta para resolver otros casos con algún grado de similitud.

2. Tensiones entre constitucionalización y democracia

La constitucionalización se trata de un proceso en el cual todo el ordenamiento jurídico se ve impregnado por la Constitución; es así como la Constitución invade y condiciona la validez de todas las áreas de la legislación, la jurisprudencia, la doctrina e, incluso, las acciones de los actores políticos de la sociedad.

Guastini sostiene que las principales condiciones de constitucionalización son:

1. La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales;
2. la garantía jurisdiccional de la Constitución;
3. la fuerza vinculante de la Constitución —no como un conjunto de normas “programáticas”, sino “preceptivas”—;
4. la “sobreinterpretación” de la Constitución —se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos—;

5. la aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares;
6. la interpretación conforme de las leyes;
7. la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (Guastini, 2001, págs. 155-163).

Este fenómeno de constitucionalización, independientemente de la forma de organización de la justicia constitucional, hace indispensable que existan órganos judiciales que interpreten la Constitución y ejerzan esa tarea de control constitucional, lo cual impacta de manera especial al organismo legislativo, en el cual, también, se encuentran algunos de los principales actores políticos que son los legisladores o parlamentarios.

En ese sentido, ocurre un fenómeno de subordinación de todos los poderes a la Constitución y al Derecho, de modo que los actos del poder legislativo deben sujetarse no solo a los procedimientos constitucionales -vigencia- sino también a su contenido material -validez-, con lo que el legislador deja de ser omnipotente, pues las leyes no son válidas por el solo hecho de su vigencia, sino en la medida que son coherentes con los postulados constitucionales.

Junto a este fenómeno también ocurre un cambio de la relación entre Derecho y política, puesto que ya no es posible concebir al Derecho como instrumento de la política sino a la inversa, debido a que la política debe convertirse en una herramienta del Derecho y de los principios y derechos esenciales que se encuentran establecidos en la Constitución, de modo que la política también encuentra límites en el Derecho.

Como señala Ferrajoli, “[s]i en el plano de la teoría del derecho el cambio de paradigma se manifiesta en la disociación entre vigencia y validez de las leyes, sobre el plano de la teoría política, este se manifiesta en un cambio correspondiente en la naturaleza misma de la democracia: la democracia no consiste ya solo en la dimensión política que le confiere la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa, que, a su vez, condiciona la vigencia de las leyes, sino también en la dimensión sustancial que le imponen los principios constitucionales, mismos que vinculan el contenido de las leyes, condicionando

su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos” (Ferrajoli, *El papel de la función judicial en el Estado de derecho*, 2005, pág. 92).

Jorge Carpizo señala que la existencia de la jurisdicción constitucional, que incluye tribunales o cortes especializados, incluso salas generalmente calificadas de constitucionales, a pesar de sus problemas y debilidades, es hasta nuestros días el mejor sistema que se ha creado para asegurar la supremacía de la ley fundamental como norma decidida por el Poder Constituyente, para impedir que los poderes constituidos rebasen la competencia y atribuciones que expresamente les señala la propia Constitución, y para la protección real de los derechos humanos. En ese sentido, el tribunal constitucional, sin importar la denominación que reciba, es el instrumento de la jurisdicción creado para conocer y decidir en última instancia sobre los conflictos de interpretación de la ley fundamental a través de las garantías constitucional-procesales (Carpizo, 2009, pág. 17 y 19).

Es por esa razón que la tarea de control de los tribunales constitucionales no solo realiza afirmaciones acerca de la Constitución, sino que ejerce acciones concretas frente a los poderes del Estado. Puede invalidar decisiones del parlamento o del organismo ejecutivo, con lo que ejerce un carácter de autoridad superior frente a esos grandes organismos que tradicionalmente ejercían el poder en nombre del pueblo, sobre todo en los países en que tanto los miembros del parlamento como del ejecutivo son electos directamente a través del voto. Aquí es donde surge la dificultad de justificar el poder jurídico de los tribunales constitucionales para dejar sin efecto decisiones de poderes electos democráticamente, generándose con ello esa tensión entre constitucionalización y democracia.

Para afrontar esta dificultad debemos partir de lo que Luigi Ferrajoli ha denominado “la esfera de lo indecidible”, entendido como aquel “conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos da la voluntad de las mayorías” (Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, 2010, pág. 102)¹. Esto debe abordarse

¹ Un concepto similar llamado “coto vedado” fue desarrollado por Ernesto Garzón Valdés en *Derecho, ética y política*, y por José Juan Moreso en *Derechos y justicia procesal imperfecta*.

de manera conjunta con una nueva visión de democracia desarrollada en dos aspectos; desde un punto de vista formal y sustancial. Así, democracia desde el punto de vista formal consiste en cómo se asumen decisiones colectivas, pues el pueblo, especialmente la mayoría, delega el poder en sus representantes, quienes deciden en nombre de todos; con ello, la democracia se basa en la forma y procedimientos para asegurar la voluntad popular o de las mayorías. Ahora bien, desde el punto de vista sustancial, la democracia se refiere a “los contenidos o a la sustancia de las decisiones: aquello que a cualquier mayoría le está, por un lado, prohibido y, por otro, le es obligatorio decidir” (Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, 2010, pág. 79).

En relación al contenido de esa “esfera de lo indecible” Ferrajoli señala que en cualquier convención democrática hay dos cosas que se deben sustraer de las decisiones de la mayoría, porque son condiciones de la vida civil y razones del pacto de convivencia: la tutela de los derechos fundamentales y la sujeción de los poderes públicos a la ley, que es la garantía máxima contra la arbitrariedad y contra las violaciones de la misma voluntad de la mayoría que produjo la ley. En ese orden, el mismo autor sostiene que son estos dos valores, expresiones del principio de igualdad, donde reside el carácter democrático de la jurisdicción como garantía, por un lado, de los derechos de todos y, por otro, del ejercicio legal de los poderes públicos. (Ferrajoli, *El papel de la función judicial en el Estado de derecho*, 2005, pág. 96).

Es precisamente esta función de garantía la que complementa el carácter democrático del Estado de Derecho constitucional, ya que sería impensable un Estado auténticamente democrático en el que las minorías fueran anuladas o excluidas y les fueran negados sus derechos fundamentales, esto por decisión de la mayoría dominante.

Es menester señalar que existe una conexión necesaria entre el modelo de Estado de Derecho constitucional y las dos dimensiones de democracia mencionadas. En efecto, el Estado constitucional de derecho formula reglas: *a)* sobre quién decide en asuntos colectivos y sobre cómo se decide; *b)* sobre qué se decide. Estas reglas corresponden a los dos principales sentidos de “democracia”: como procedimiento y como isonomía. Las reglas *a)* establecen

el sufragio universal, el principio de mayoría, la elección de los órganos, etc. Las reglas *b)* establecen las garantías —primarias y secundarias— de los derechos fundamentales, qué se debe y qué no se debe decidir: es decir, la prohibición de limitar o suprimir los derechos liberales y culturales negativos, y la obligación de realizar los derechos sociales y culturales positivos. (Comanducci, 2016, pág. 74).

Por lo anterior, y tomando en cuenta las atribuciones conferidas a los tribunales, especialmente a los constitucionales, es válido preguntarse: ¿cuáles son los límites y la responsabilidad que puede deducirse a un tribunal constitucional?, ¿puede en una verdadera democracia existir un tribunal con poderes ilimitados, carentes de control?, ¿es razonable asignarle tantas y tan delicadas funciones a un tribunal constitucional que no goza de respaldo democrático, el cual prácticamente puede entrometerse en todas las esferas y problemas de la sociedad?, ¿dónde radica la legitimidad de las decisiones de estos tribunales o cortes constitucionales? Es a estas y a otras interrogantes que procuraremos darles respuesta a continuación.

3. Acerca de la legitimidad de los tribunales constitucionales: fundamentos y objeciones

La legitimidad se vincula con el ejercicio del poder y con el sometimiento voluntario, esto es si el sujeto reconoce la conducta realizada como algo aceptable y, por ende, merece ser reconocido y obedecido. En ese sentido, la legitimidad actúa como elemento necesario de la relación que existe entre aquella autoridad que ejerce el poder y aquel sujeto quien se encuentra sometido o subordinado; este elemento es indispensable para el adecuado ejercicio y desarrollo del poder, pues sin legitimidad el sujeto obedecerá quizá por temor ante alguna amenaza, pero sin reconocer al sujeto dominante con el carácter de autoridad, debido a que la legitimidad es la que confiere aceptación.

Por ello, si el sujeto no reconoce como autoridad al órgano que ejerce dominación sobre él y le parece ajeno a su esquema cultural o social, seguramente producirá rechazo y difícilmente acatará o por lo menos respetará cualquier disposición que provenga de aquel órgano desconocido o calificado como ilegítimo.

Lo anterior significa que la legitimidad lleva implícito un poder preliminar que, al integrarse a la relación de poder que se ejerce y, debido a la precondition de legitimidad, se convierte en dominación.

La legitimidad en el mundo del Derecho se conecta por la obediencia necesaria a las leyes que generan una serie de relaciones individuales entre gobernantes y gobernados, lo que genera que una norma sea no solo vigente sino válida, en la medida que es reconocida, aceptada y respetada por determinado conglomerado social.

Jeremy Waldron se refiere al término legitimidad como “la capacidad de un sistema político y jurídico de generar respaldo para la implementación de las leyes y políticas, incluso por parte de aquellos que se opusieron a estas por razones sustanciales, es decir, por parte de aquellos que hicieron campaña en contra de esas políticas o leyes o que hubiesen votado en contra de ellas de haber tenido la oportunidad de hacerlo. (...) la capacidad de un sistema de generar respaldo para la implementación de leyes y políticas incluso por parte de aquellos que estaban en desacuerdo con el contenido de estas” (Waldron, 2018, pág. 16).

En cuanto a la legitimidad que se reconoce a los tribunales constitucionales, podría afirmarse que hay dos elementos esenciales que dan fundamento a su labor: el primero, que sería el más sencillo y que es evidente, es la legitimidad legal que da soporte a la justicia constitucional, ya que en los sistemas jurídicos se ha establecido la existencia de los mismos, como parte del diseño estatal, y se les ha dotado de competencias específicas en sus propias leyes orgánicas, de modo que las atribuciones que efectúan aquellos tribunales, cortes o salas constitucionales se encuentran previstas y respaldadas en las leyes correspondientes, reconociéndose como parte de la estructura de los Estados y sociedades democráticas. Un subelemento de esta categoría podría ser el hecho de la representación democrática indirecta, la cual ocurre cuando sus miembros son elegidos por el parlamento o por otros órganos que poseen representación democrática directa, por lo que, en alguna medida, aquella legitimidad democrática alcanza a los jueces constitucionales por el hecho de haber sido elegidos por los representantes de la voluntad popular; sin embargo, esto no

ocurre en todos los casos y depende del diseño de la justicia constitucional de cada país.

Un segundo elemento consiste en la legitimidad que nace de la democracia sustancial, pues velar por el respeto de los derechos fundamentales y, a su vez, asegurarse que el ejercicio del poder se realice dentro de los cánones legales, son dos funciones indispensables de la vida en democracia y que garantizan su propia subsistencia, pues, de lo contrario, si se prescinden de esos controles, la clase política dominante podría, basada en su poder mayoritario, exterminar la democracia y hacerse con el poder de manera indefinida e ilimitada.

En otras palabras, el resguardo de la “esfera de lo indecible” (y también como señala Ferrajoli de lo que necesariamente tiene que decidirse) es esencial para la democracia y asegura su continuidad, de modo que este fundamento consiste en reconocer a la justicia constitucional como un mecanismo de carácter contramayoritario, el cual pretende impedir que los derechos fundamentales de los individuos, pero sobre todo de las minorías existentes en la sociedad, queden expuestas a la suerte o a los deseos de la clase política dominante, lo que atentaría contra una de las bases mismas en que se fundamenta la democracia, que es el principio de igualdad; además, como se dijo, la justicia constitucional, por medio de la supremacía y rigidez constitucional, resguarda el corazón mismo de la democracia, en tanto que evita los intentos de ser aniquilada por las mayorías, asegurándose que cualquier autoridad o funcionario, en el ejercicio del poder, se sujete a los lineamientos previstos constitucional y legalmente.

Cabe acotar que cuando nos referimos al término “minorías”, de acuerdo con una noción democrática, hacemos acopio de aquellos grupos que, independientemente del número de personas que los integren, carecen de poder real y efectivo para defender sus intereses o hacer valer sus derechos dentro de la sociedad y, por ende, han sido históricamente marginados (por eso podríamos incluir dentro del concepto, verbigracia, a las mujeres y a los indígenas, aun cuando forman grupos numéricamente, en muchos casos, mayoritarios o al menos muy significativos, dentro de la población).

Ahora bien, respecto a las objeciones que se han formulado contra la legitimidad de los tribunales constitucionales, es menester acotar que la mayoría de críticas han nacido como consecuencia de la labor que ejercen en el control de constitucionalidad de las leyes, ya que es al realizar esa función que se enfrentan con el poder parlamentario que, por lo general, podría estimarse que representa directamente a la sociedad y, en alguna medida, se entendería que legisla atendiendo a las necesidades y deseos sociales, por lo que allí nace la fuerte tensión entre la democracia -como ya vimos formal- (representada en el parlamento) y el constitucionalismo, pues se autoriza que la justicia constitucional -sin tener, en principio y aparentemente, respaldo democrático- invalide decisiones que gozan de la aprobación de las mayorías democráticas parlamentarias.

La profesora Gloria Lopera Mesa hace énfasis en el hecho que “[e]n un sistema democrático, la ley merece una especial consideración respecto a las demás normas infraconstitucionales por emanar del Parlamento, órgano que, debido a su legitimidad de origen (elección directa por los ciudadanos) y al carácter plural y deliberativo del procedimiento legislativo, satisface mejor que los demás las condiciones que requiere la expresión de la voluntad popular”. (Lopera Mesa, 2001, pág. 231).

Jeremy Waldron refiere que la dificultad democrática ocurre cuando en un sistema fuerte de control de constitucionalidad, aquellos que toman las decisiones finales actúan como si las opiniones que defienden —las cuales, por supuesto, consideran correctas— fueran merecedoras de un mayor respeto que las opiniones que yo o cualquiera de mis millones de conciudadanos defienden. Esto significa que no es posible recurrir a la equidad democrática como una fuente de legitimidad del control de constitucionalidad. (Waldron, 2018, pág. 20).

Vinculado con esta objeción, Lopera Mesa indica que “la legitimidad del órgano legislativo descansa no solo en su *origen* (sufragio universal directo), sino en que el procedimiento de elaboración de sus decisiones evoca aquellas exigencias que confieren especial valor epistémico a la democracia, esto es, su apertura a la deliberación pública y la participación de los afectados en la toma

de decisiones. Por el contrario, la actividad judicial en principio no cumple con ninguna de estas condiciones, dado el origen no electivo de sus miembros y el hecho de que los jueces toman sus decisiones de espaldas a la deliberación pública, «en la soledad de sus despachos», según la expresión de Nino, y sin participación de los afectados, lo que configura un ejemplo de elitismo epistemológico de dudosa legitimidad democrática”. (Lopera Mesa, 2001, pág. 250).

En esa misma línea de ideas, es necesario traer a colación la “dificultad contramayoritaria”, expresión utilizada por Alexander Bickel, para referirse al problema de legitimidad del “Judicial Review”², el cual nació como institución del constitucionalismo norteamericano a partir del famoso caso “Marbury vs. Madison”.

Gargarella señala que Bickel contribuyó a hacer renacer la crítica del «carácter contramayoritario» del poder judicial. Desde las primeras páginas de su famoso libro *The Least Dangerous Branch*, Bickel negó la validez de los argumentos en que se basaba el “Judicial Review” porque se invoca al pueblo para justificar la revisión judicial cuando, en realidad, lo que se hace es justificar una frustración de «la voluntad de aquellos que efectivamente representa[ban] al pueblo». Los jueces —agregaba— «ejercen un control que no favorece a la mayoría prevaeciente, sino que va contra ella. Esto [...] es lo que realmente ocurre [...] ésta es la razón por la que se puede acusar al poder de revisión judicial de ser antidemocrático». En su opinión, la revisión judicial representa «el poder de *aplicar y dar forma a la Constitución, en cuestiones de la mayor importancia, contra los deseos de las mayorías legislativas que son, a su vez, incapaces de torcer la decisión-judicial*». (Gargarella, 2011, pág. 76).

En otra de las críticas de esta institución anglosajona, Bernal Pulido refiere que John H. Ely, en su obra “*Democracy and Distrust*”, postula que la constitucionalidad de las leyes debería restringirse a garantizar el correcto funcionamiento de los procedimientos democráticos de toma de decisión,

² Hay que aclarar que la obra “*The Least Dangerous Branch*” en la que Bickel acuñó el término y con la que nace formalmente el argumento contramayoritario fue creada, precisamente, como una defensa del “Judicial Review”.

entendiendo la Constitución, ante todo, como un acervo de procedimientos propicios para la deliberación y el entendimiento entre los ciudadanos, de la cual no pueden derivarse, mediante razonamientos certeros, soluciones sustanciales para los problemas jurídicos, dada la textura abierta de sus disposiciones. De esta circunstancia deriva que las cláusulas constitucionales no constituyen un material normativo suficiente para determinar de manera indudable cuándo una ley es o no constitucional; por esta razón, Ely sostiene que el juez constitucional no debe intentar valorar la constitucionalidad de las decisiones del legislador desde una perspectiva sustancial sino la “*Judicial Review*” debería versar primariamente sobre el desbloqueo de obstrucciones en el proceso democrático. (Pulido, 1999, pág. 125).

Contra esta teoría se ha señalado que no es cierto que las constituciones, incluida la norteamericana, restrinjan la tarea de la justicia constitucional solo a vigilar el correcto desarrollo del proceso democrático; además, aun cuando esa fuera la única competencia de los jueces constitucionales, el ejercicio de esa labor también implicaría en control de constitucionalidad de las leyes que debe abordar aspectos materiales de los derechos, tal como ocurre, por ejemplo, si se declara inconstitucional una ley por el hecho de que, en su trámite, se vulneró el derecho a la igual participación de los interesados o su libertad de expresión. En estos casos, el juez constitucional se ve compelido a interpretar derechos fundamentales y la Constitución en general, desde un punto de vista material.

A esta crítica podría agregarse otro aspecto que debe considerarse en el contexto de las Constituciones latinoamericanas, y es el hecho de que no es posible afirmar que el material normativo que contienen siempre resulte insuficiente para determinar de manera indudable cuándo una ley es o no constitucional, puesto que en Textos Matrices desarrollados, como los actuales, existen, para muchos casos, normas claras y precisas que permiten concluir, con bastante claridad, aquellos escenarios en que nos encontramos frente a una ley inconstitucional, aunado a que resultaría poco útil un control constitucional reducido a velar por el correcto desarrollo de los procedimientos democráticos, pues tal criterio, lleva implícita la negación de Constitución como verdadera Ley Fundamental, con carácter normativo y de aplicación directa.

Otra de las teorías que cuestiona el control de constitucionalidad de las leyes la formula Juan Carlos Bayón, por medio de una versión de lo que podría denominarse “constitucionalismo débil”, el cual, según expone Lopera Mesa, se caracteriza por:

- defender la existencia de un «coto vedado» mínimo que ponga a resguardo de las mayorías tanto las reglas del procedimiento como aquellos derechos que se consideran presupuesto de una genuina decisión democrática, expresado preferiblemente bajo la forma de reglas inmodificables y reservando la textura abierta de los principios sólo para aquellos contenidos que no puedan formularse como reglas;
- admitir la existencia de un sistema de justicia constitucional, como diseño institucional que propicia un diálogo entre poderes que puede beneficiar la calidad deliberativa del procedimiento democrático, siempre y cuando
- se otorgue la última palabra en cuestiones constitucionales a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa, mediante «técnicas de reenvío» similares a las implementadas en el sistema canadiense y
- se abandonen los procedimientos de reforma constitucional que exigen mayorías calificadas, como los que actualmente existen en la mayoría de ordenamientos jurídicos. (Lopera Mesa, 2001, pág. 254).

Congruente con lo anterior, Bayón expone que sea cual sea la extensión que decidamos dar al término “democracia”, plantear la objeción democrática es reclamar una respuesta a la pregunta de qué es (y por qué) lo que puede sustraerse legítimamente a la decisión de la mayoría. No cabe duda de que, sea cual sea la concepción de la democracia que se asuma, pueden articularse diferentes respuestas a esa pregunta fundamental. Lo pertinente, entonces, será explicitarlas y someterlas a examen. Pero lo que en cualquier caso está fuera de lugar es tratar esa pregunta normativa como si fuese un problema semántico, intentando cerrar la discusión a partir de una simple estipulación terminológica acerca de qué “es realmente” la democracia. (Bayón, 2010, págs. 303-304).

En sintonía con la propuesta de Bayón, encontramos también la tesis de Roberto Gargarella quien propone un sistema de control de las leyes concentrado en dos tareas principales: *a)* Por un lado, que el control de las leyes esté enfocado a asegurar las condiciones del debate democrático. Ello implicaría, antes que nada, autorizar que los jueces intervengan frente a aquella legislación dirigida a: discriminar irracionalmente a cualquier grupo minoritario; impedir la reunión o la discusión entre distintos individuos; cerrar las vías de expresión ciudadana; distorsionar la voluntad de las mayorías; distorsionar el proceso decisorio, y desvirtuar los controles destinados a fiscalizar sus acciones, o los medios orientados a evaluarlas o perfeccionarlas, etc. *b)* Por otro lado, el control de constitucionalidad debería orientarse a asegurar una esfera de inviolable autonomía en los individuos, de modo tal que ellos puedan ser «soberanos» en cuanto al modelo de vida que prefieren para sí mismos. En este sentido, la justicia debería impedir que los poderes públicos interfieran en cuestiones de moral privada mediante el dictado de leyes «perfeccionistas», esto es, leyes que pretenden imponer a los distintos sujetos pautas acerca de la «buena vida».

Además, el referido autor aclara que el papel que debiera conferirse al órgano de control no debiera ser el de determinar, como última instancia, qué medidas legislativas son válidas y cuáles no, pues si así fuera, se volvería a correr el riesgo de que el poder judicial se inmiscuyera indebidamente en el proceso de creación normativa. Agrega que es necesario que todo órgano de revisión de las leyes encuentre formas de vincularse más estrechamente con las «voces» más vulnerables de la sociedad; por ejemplo, a través de mecanismos institucionales exclusivamente dedicados a recoger, cuando sea necesario, la opinión de los sectores minoritarios afectados, y también podría pensarse en abrir canales más directos para que los grupos que se sientan perjudicados injustamente por una determinada norma puedan ser escuchados a pesar de su escaso número o poder de presión. (Gargarella, 2011, págs. 280-281).

En efecto, debe reconocerse que los jueces constitucionales no poseen legitimidad representativa directa, sin embargo, el sistema de justicia constitucional debe estar enfocado en asegurar condiciones mínimas que permitan que la deliberación de las decisiones sea transparente y esté abierta a escuchar a todos los afectados en el asunto, especialmente a las minorías, en

caso de estar involucradas. Esto en muchas ocasiones hace indispensable que el juez constitucional se aleje de la comodidad de su despacho y, abriendo vías de comunicación directas, haga uso de medios científicos –como los peritajes–, tecnológicos e, incluso, visitas *in situ*, que le permitan conocer y conectarse con la realidad de los problemas jurídicos, muchas veces extremadamente complejos que enfrenta, lo cual, a su vez, le otorgaría mayor legitimidad a sus fallos frente a la sociedad, pues resultaría comprobable el esfuerzo realizado por obtener directa e indirectamente toda la información atinente para resolver el caso.

Además, deben encontrarse mecanismos que garanticen la imparcialidad de los jueces constitucionales, quienes, al emitir sus decisiones deben, en la medida de lo posible, despojarse de sus prejuicios culturales, ideológicos, religiosos o de cualquier índole, que disminuyan su capacidad de decidir con apego a los principios constitucionales y de los derechos humanos.

Lo anterior debe ir acompañado de buenos argumentos que sustenten sus resoluciones, ya que “el termómetro más adecuado para medir la legitimidad democrática del Poder Judicial y del juez de constitucionalidad viene determinado por la calidad justificatoria de las decisiones” (Cárdenas Gracia, 2007, pág. 196); tomando en cuenta que “[p]ara ello es necesaria una interpretación seria y creíble de la Constitución y una adecuada fundamentación de los fallos”. (Starck, 2003, págs. 490-491).

Todos estos aspectos son indispensables en un proceso de auténtico constitucionalismo democrático y, en suma, aportan legitimidad a la labor de los tribunales constitucionales.

REFLEXIONES FINALES

La fuerza normativa de la Constitución y la rigidez constitucional se encuentran vinculadas al fortalecimiento del Estado de Derecho democrático y constitucional. En ese sentido, resulta indispensable que los miembros de la sociedad reconozcan y acepten que la función encomendada a los tribunales constitucionales constituye un medio que, aunque imperfecto, ha avanzado de manera positiva en el reconocimiento y defensa de los derechos fundamentales, y que afortunadamente a nivel latinoamericano se ha ido fortaleciendo por el influjo del derecho internacional de los derechos humanos.

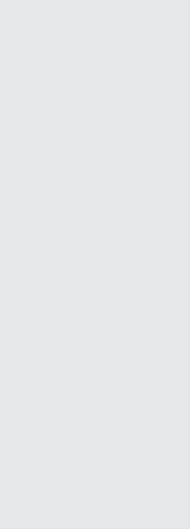
Debe tenerse presente que, a pesar de las objeciones a la legitimidad de los tribunales constitucionales, la justicia constitucional ejercida adecuada y responsablemente, por jueces capaces y éticos resulta legítima e indispensable para vivir en democracia porque: 1. tiene como misión tutelar los derechos de todos, resguardando los derechos de las minorías, haciendo efectivos los preceptos constitucionales y convencionales que, en muchos casos, las mayorías han optado por desconocer o negarles valor normativo, tal como ocurre con los derechos de los pueblos indígenas; 2. su función de control alcanza tanto derechos formales como materiales que protegen y permiten la subsistencia del régimen democrático, evitando la arbitrariedad en el ejercicio del poder; y 3. la existencia de los tribunales constitucionales permite el desarrollo de los derechos fundamentales y dota de eficacia el contenido de los textos supremos, los cuales, robustecidos y complementados por el catálogo de derechos humanos, fortalecen la protección de la persona.

Finalmente, es oportuno traer a colación la reflexión de Jeremy Waldron, quien refiere que “aquellos que defienden el control de constitucionalidad deben aprovechar la oportunidad que auspicia la preocupación por la legitimidad democrática para minimizar el alcance de sus victorias en las cortes. Deberían hacer lo que esté a su alcance para aceptar estas victorias con el mismo espíritu que lo harían si fuese una victoria política en lugar de una victoria moral. No quiero decir con esto que deben sentirse avergonzados con las victorias en las cortes. Por el contrario, lo que pretendo afirmar es que aquellos defensores del control de constitucionalidad no deben permitir que sus victorias judiciales

oculden el hecho de la existencia de posiciones honorables en ambas partes, así como tampoco deben ocultar el hecho de que el triunfo de una de dichas posiciones es el resultado de una situación contingente en la distribución de las fuerzas políticas en la corte. Paradójicamente, a pesar de que nos preocupamos todo el tiempo por la politización de la rama judicial, tal vez la única manera de rescatar las decisiones judiciales del envenenamiento e incivilidad que acompañan a la denuncia y a la demonización, sea mediante el trasplante hacia el foro judicial del espíritu político de negociación” (Waldron, 2018, pág. 28).

BIBLIOGRAFÍA

- Bayón, J. C. (2010). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En *El canon neoconstitucional* (págs. 285-355). Madrid: Trotta.
- Cárdenas Gracia, J. (2007). *La argumentación como derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Carpizo, J. (2009). *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima: Grijley.
- Comanducci, P. (2016). *Estudios sobre Constitución y Derechos Fundamentales*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Ferrajoli, L. (2005). El papel de la función judicial en el Estado de derecho. En *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho* (págs. 87-108). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición.
- Gil Rendón, R. (2011). El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Quid Iuris*, 12, 43-61.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lopera Mesa, G. P. (2001). La problemática legitimidad de la justicia constitucional. En *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* (págs. 227-256). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pulido, B. (1999). En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes. *Revista Derecho del Estado*, 121-139.
- Starck, C. (2003). La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (págs. 479-493). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Waldron, J. (2018). Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Dikaion*, 27(1), 7-28.



**LA PRIMACÍA DE LA PERSONA: VISIÓN
DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL
GUATEMALTECO DESDE EL PERSONALISMO
DE JOSEPH RATZINGER**

*The primacy of person: A vision of the Guatemalan constitutional
principle from the personalism of Joseph Ratzinger*

Juan Pablo Gramajo Castro

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario,
Universidad Francisco Marroquín

Maestro en Propiedad Intelectual, Candidato al Doctorado en Derecho,
Universidad de San Carlos de Guatemala

jpablogc@ufm.edu

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.11>

Fecha de recepción: 07/08/2019

Fecha de aceptación: 20/02/2020

SUMARIO

Introducción

1. El iusnaturalismo teológico cristiano
2. Las bases del sistema internacional de derechos humanos
3. El pensamiento de Joseph Ratzinger – Benedicto XVI
4. El personalismo y el constitucionalismo guatemalteco

Conclusiones

Bibliografía

Resumen

Joseph Ratzinger es un destacado teólogo que además ejerció la máxima autoridad eclesíastica. Este ensayo expone cómo él aborda el derecho en general y, con ello, los derechos humanos y su sistema internacional, desde una óptica iusnaturalista-teológica. Ratzinger propone una visión del derecho sobre la base personalista de una antropología teológico-filosófica en que la persona humana, libre y racional, es sujeto de dignidad y derechos por su creación a imagen de Dios. En consecuencia, participa tanto de la unidad como de la diversidad. La unidad fundamenta la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de sus derechos fundamentales. La racionalidad hace posible descubrir normas de justicia, y la diversidad permite hacerlo en distintos ámbitos culturales. La condición de creatura supone límites a la noción de derechos humanos, la cual debe complementar junto con la de deberes.

Según Ratzinger –como se expondrá en el desarrollo del texto– el derecho se integra en parte por principios y valores inviolables de la naturaleza humana, entre los cuales se incluyen los derechos

Abstract

Joseph Ratzinger is a distinguished theologian who also exercised the supreme ecclesiastical authority. This essay presents how he approaches law in general and, with it, human rights and their international system, from a natural law-theological standpoint. Ratzinger proposes a view of the law on the personalist basis of a theological-philosophical anthropology in which the human person, free and rational, is a subject of dignity and rights through creation in the image of God. Consequently, the person participates both in unity and diversity. Unity serves as a foundation for the universality, indivisibility and interdependence of the person's fundamental rights. Rationality enables the discovery of rules of justice, and diversity makes it possible to achieve it in different cultural environments. The condition as a creature implies limits to the notion of human rights, which must be complemented with that of duties.

For Ratzinger –as will be shown throughout the text– law consists partly of inviolable principles and values of human nature, among which

humanos, y en parte por legítimas determinaciones humanas, cuyo contenido y métodos de formulación pueden variar. Tales métodos deben siempre respetar los derechos humanos y las verdades fundamentales comunes a la humanidad.

Actualmente se favorece como método la deliberación democrática, que no puede reducirse a un consenso de mayorías aritméticas, sino ser sensible a la verdad. En el diálogo democrático, razón y fe están llamadas a purificarse mutuamente. La labor del jurista debe desarrollarse en contacto vital con la realidad. El pensamiento de Ratzinger, al valorar la universalidad humana y la pluralidad de las culturas como bases del orden jurídico y social, ofrece una rica apertura intelectual para comprender los órdenes internacional, nacional y pluralista, así como su interrelación.

Tales nociones pueden ayudar a comprender la primacía de la persona humana y la pluriculturalidad como elemento constitutivo de la sociedad guatemalteca, principios fundamentales del constitucionalismo nacional. Éste propone un Estado con orientación personalista y humanista, al servicio del desarrollo integral de la persona en sus diversos aspectos.

Palabras clave: Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho, Derecho Natural, Persona, Personalismo, Diversidad, Derechos Humanos.

human rights are included, and partly of legitimate human determinations, whose contents and methods of formulation may vary. Such methods must always respect human rights and fundamental truths common to mankind.

Democratic deliberation is currently favored as a method, which cannot be reduced to a consensus of arithmetical majorities, but be sensible to truth. In democratic dialogue, reason and faith are called to purify each other. The work of a jurist must be carried out in vital contact with reality. Ratzinger's thought, by valuing human universality and cultural plurality as bases of the legal and social order, offers a rich intellectual openness for understanding the international, national and pluralistic orders, as well as their interrelation.

Such notions may aid in understanding the primacy of the human person and the country's multicultural character as a constitutive element of Guatemalan society, fundamental principles of national constitutionalism. This proposes a State with a personalist and humanist orientation, at the service of the integral development of the person in its diverse aspects.

Keywords: Constitutional Law, Philosophy of Law, Natural Law, Person, Personalism, Diversity, Human Rights.

INTRODUCCIÓN

El iusnaturalismo es uno de los paradigmas tradicionales del Derecho, acaso el más antiguo y que más ha pervivido a través de la historia. Dicha pervivencia ha adoptado diferentes formas y manifestaciones, que los estudiosos del pensamiento jurídico agrupan bajo diversas corrientes. Entre ellas, la que algunos autores denominan derecho natural teológico, en referencia básicamente a comprender el derecho natural como proveniente de o ligado a una divinidad. Una de las expresiones más difundidas de esta concepción es la que tuvo como base la teología y doctrina de la Iglesia Católica, principalmente en la edad media.

Por las características culturales, sociales y políticas de su época, esta noción influyó profundamente en la configuración de la sociedad europea y, por extensión, de las sociedades coloniales de América y otros continentes. Desarrollos posteriores del pensamiento religioso, político, social y jurídico – como la reforma protestante, la ilustración, el positivismo filosófico y jurídico, entre otros– condujeron eventualmente al reemplazo de las bases religiosas de la sociedad por nuevas bases secularizadas.

Todas las bases de la sociedad –incluyendo las filosóficas y jurídicas– fueron nuevamente conmovidas en el siglo XX –con una violencia y extensión sin precedentes– por sucesos como las guerras mundiales, los totalitarismos, la Guerra Fría, transformaciones intelectuales y culturales, los movimientos descolonizadores y conflictos armados, etc. En este contexto surge una renovada pugna por la dignidad humana que desemboca en la construcción de un sistema internacional de derechos humanos. Esta perspectiva influye de modo fundamental sobre la Constitución Política de la República de Guatemala promulgada en 1985, que enfatiza los derechos humanos y su consagración internacional, fundándose sobre “la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social” (Preámbulo y art. 1º).

También en estos nuevos contextos, algunos pensadores católicos¹ se han sumado a la reflexión sobre la dignidad y derechos de la persona, sobre cómo entenderlos, defenderlos y promoverlos en una época globalizada, secularizada, escéptica de la religión, con protagonismo de diversas culturas y concepciones del mundo. Uno de ellos es Joseph Ratzinger, quien además ejerció el papado con el nombre Benedicto XVI. Su abordaje del derecho, los derechos humanos y el sistema internacional, desde una óptica iusnaturalista-teológica, ofrece algunos aportes al ámbito más amplio del entendimiento y vivencia del Derecho en el mundo contemporáneo y en la realidad nacional. Específicamente, arribando al carácter personalista de su pensamiento como lugar de encuentro con el principio fundamental del constitucionalismo guatemalteco.

¹ Como John Finnis y Robert PÁG. George, entre otros, a quienes se agrupa en una nueva corriente del pensamiento iusnaturalista contemporáneo.

1. El iusnaturalismo teológico cristiano

Conviene primero exponer qué se entiende por iusnaturalismo teológico. En su disertación doctoral, el jurista nacional Alejandro Gutiérrez lo aborda entre los paradigmas tradicionales del derecho (2017, Capítulo II), indicando que, en su sentido más general o amplio, el iusnaturalismo

...consiste en sostener conjuntamente estas dos posiciones: a) (...) que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y accesibles a la razón humana; b) (...) un sistema normativo o una norma no logran ser calificados de ‘jurídicos’ si contradicen aquellos principios morales o de justicia. (...) Si bien todos los iusnaturalistas coinciden sustancialmente en defender estas dos teorías, disienten acerca del origen o fundamento de los principios (...) y acerca de cuáles son tales principios. (2017, pág. 39).

Las ideas iusnaturalistas acompañan a la civilización occidental desde sus inicios. En la antigüedad, halla su máximo desarrollo con Aristóteles. En Roma, los juristas desarrollan su noción y aplicación práctica, de la mano del estoicismo. En la edad media, se perfecciona en lo esencial con el pensamiento de Tomás de Aquino. La tradición iusnaturalista cristiana asume los aportes de la antigüedad grecolatina, entendiendo el derecho natural como participación de la criatura racional en la ley eterna de Dios (Gutiérrez, 2017, págs. 39-43; Hervada, 1996, Capítulos I y III).

Después surge lo que Gutiérrez llama iusracionalismo o iusnaturalismo ilustrado (2017, pág. 43). Hervada lo denomina escuela moderna del derecho natural o iusnaturalismo moderno, distinto de la escuela clásica o iusnaturalismo clásico, que a veces se usa para designar sólo el iusnaturalismo escolástico (Tomás de Aquino y continuadores, con algunas variaciones importantes), y otras designa en modo general la “orientación aristotélico-tomista” (Hervada, 1996, pág. 250), que comprende principalmente las enseñanzas de Aristóteles y Tomás de Aquino, junto a las posturas influidas por ellos. El iusnaturalismo ilustrado o moderno surge, entre otros factores, por las guerras religiosas al romperse la unidad religiosa y cultural regida por la Iglesia Católica, el surgimiento y auge del laicismo y del racionalismo (Hervada, 1996, págs.

253-254), el nacimiento del estado moderno y la centralidad del individuo manifestada como derecho subjetivo (Gutiérrez, 2017, pág. 43). Actualmente hay un iusnaturalismo contemporáneo con diversas corrientes, como la nueva escuela anglosajona del derecho natural (Massini, 2006, Capítulo IV; Gutiérrez, 2017, págs. 45-48).

Específicamente en cuanto al iusnaturalismo teológico, el doctor Gutiérrez afirma que para esta vertiente

... el Derecho natural es aquella parte del orden interno del universo originado en Dios que es asequible a la razón humana. Ningún orden positivo tiene fuerza obligatoria si no concuerda con los principios de derecho natural. (...) no sólo es un derecho que debe ser, sino un derecho verdadero, válido, existente. (...) es universal, aplicable a todos los seres humanos y en todos los tiempos, y necesario, puesto que es inmutable... (2017, pág. 49).

Los resaltados en la cita marcan las características fundamentales del iusnaturalismo teológico. Su máximo exponente es Tomás de Aquino (1224-1274), fuertemente influido por Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.). Otros pensadores importantes son: Agustín de Hipona (354-430), Isidoro de Sevilla (556-636), Pedro Abelardo (1079-1142), Alejandro de Hales (1185-1245), Alberto Magno (1193-1280), Juan Duns Escoto (1266-1308), Buenaventura de Bagnoregio (1217-1274), Guillermo de Ockham (1280-1349), entre otros. (Hervada, 1996, págs. 102-105, 114-116, 139-150, 183-185, 189-191). La influencia de la teología sobre el pensamiento iusnaturalista medieval se debe al carácter cristiano de la cultura de su época. No se trata de una confesionalidad del Estado, de una imposición, ni se reduce a las formas sociales históricas y contingentes en que se produjo (Hervada, 1996, págs. 250-253). Para una sociedad creyente, era natural ver la teología como

... la *regina scientiarum*, en la que toda ciencia –también la ciencia del derecho– encontraba su más radical e íntima explicación. Esto no quiere decir que la ciencia del derecho estuviese absorbida por la teología; [...] una cosa es la autonomía científica y otra cosa es la explicación última de la realidad (Hervada, 1996, pág. 252).

Una objeción hoy frecuente ante el derecho natural teológico es que, por su vinculación religiosa, sería inaceptable invocarlo en la esfera pública de un estado laico, pues sus formulaciones son creencias particulares que, al usarse como base de una norma jurídica, se impondrían al conglomerado social violando la laicidad estatal y la libertad de conciencia. Por ello es importante recordar que la tradición iusnaturalista cristiana y teológica se desarrolla en un ámbito más amplio enraizado en la antigüedad precristiana, y que uno de sus postulados fundamentales es que el orden natural es accesible a la razón, no exclusivo de la revelación divina. Como lo expone Hervada:

El derecho natural (...) en cuanto idea captada por el pensamiento humano es anterior al cristianismo (...). Ni Aristóteles, ni Cicerón, ni Ulpiano fueron cristianos; el estoico Marco Aurelio les persiguió; Averroes fue musulmán, Maimónides judío, Ahrens, laicista, etc. Es más, (...) se ha utilizado como el lenguaje común a (...) creyentes y no creyentes. (1996, págs. 320-321; ver también: Gutiérrez, 2017, pág. 42).

Quizá sirva considerar el tema desde la teoría propuesta por Wilhelm Dilthey, quien desarrolla tres principales cosmovisiones en su obra *Teoría de las concepciones del mundo* (1994): (1) La religiosa, en que predomina la voluntad y la relación con lo visible que manifiesta la eficacia de lo invisible; (2) La artística o poética, en que predomina el sentimiento y la relación con el símbolo; (3) La filosófica o metafísica, en que predomina el pensamiento y la relación con el concepto. La concepción filosófica se subdivide en tres corrientes principales: (3.a) Naturalismo, de carácter sensualista, positivista y materialista, que ve al ser humano como determinado por la naturaleza; (3.b) Idealismo objetivo, de carácter inmanente y panteísta, que ve al ser humano como en armonía con la naturaleza; (3.c) Idealismo de la libertad, de carácter trascendente y teísta, que ve al ser humano como consciente de su distinción frente a la naturaleza en virtud de su libre albedrío. Esta, a su vez, tiene dos principales vertientes: (3.c.i) Grecolatina-cristiana; (3.c.ii) Kantiana. (Romero, 2018, pág. 42).

Para Dilthey, la teología puede aproximar la cosmovisión religiosa a la concepción metafísica, pero aquella tendrá siempre un núcleo que esta labor conceptual nunca podrá explicar ni fundamentar. Aun así, clasifica a algunos pensadores cristianos, especialmente primitivos, dentro del idealismo de la

libertad, una cosmovisión no religiosa sino filosófica, nacida con Anaxágoras, Sócrates, Platón y Aristóteles, que incluye además a Cicerón, el estoicismo, Kant, Bergson, entre otros. Aunque muy diversos entre sí, los representantes de esta corriente tienen en común su concepción del espíritu como libre: independiente de causalidad física, pero ligado por normas que lo obligan íntimamente como ley y, por ende, lo hacen sujeto de responsabilidad. Un aporte específico del pensamiento cristiano a esta concepción es la idea de la creación, que concibe a la divinidad como personal y trascendente frente a la causalidad (Dilthey, 1994, págs. 53, 72-76). En lo jurídico, esto se traduce en dos ideas –procedentes ya del Antiguo Testamento– básicas para la teoría del derecho natural: la “existencia de Dios como ser personal y, por tanto, distinto del mundo” (Hervada, 1996, pág. 84) y la consiguiente naturaleza personal del hombre, dotado por tanto de libertad, discernimiento y responsabilidad (1996, págs. 85-86).

Bajo esta luz, el iusnaturalismo teológico cristiano podría verse – desde sus inicios– como parte de una tradición filosófica que no se reduce a una cosmovisión exclusivamente religiosa, sino partícipe de las fuentes más preclaras del pensamiento occidental, a cuyo desarrollo también ha realizado aportes relevantes. Sería una corriente que, si bien busca la luz de la teología como explicación última, lo hace convencida de que la razón humana es capaz por sí sola de descubrir un orden natural al que debe ceñirse. Por tanto, busca hablar el lenguaje de la razón como medio para entrar en diálogo más allá de la fe. Es ese diálogo racional el que Ratzinger buscará entablar con el hombre y el mundo contemporáneos.

2. Las bases del sistema internacional de derechos humanos

La experiencia de las guerras mundiales motivó la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, con la intención de evitar futuras guerras, “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana” (Carta de las Naciones Unidas, Preámbulo), y fomentar la cooperación internacional para el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin excepciones (Artículos 1.3, 13.1.b, 55.c, 62.2, entre otros). En 1948, la Asamblea General adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos, hecho que “colocando a los derechos humanos al

lado del principio de soberanía (...) significó la transformación del Derecho internacional clásico, concebido por y para Estados, produciéndose una erosión y relativización del principio de soberanía” (Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, pág. 91). Para Pedro Nikken, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

El derecho internacional de los derechos humanos es un derecho ideológico, en el sentido de que parte de la noción de la superioridad de los atributos inherentes a la dignidad humana, cuya inviolabilidad debe ser respetada en todo momento por el Estado. Las bases filosóficas de esa idea pueden ser de la más diversa índole y hasta contradictorias, pero el concepto de la preeminencia de la dignidad inherente a la persona se nos presenta como un acervo de la civilización, como un todo que aspira expresar una ideología común de la humanidad (2010, pág. 83).

Esto es importante para el tema examinado, pues apunta a debates en torno a los derechos humanos, que pueden ser no sólo vistos y justificados sino también –más relevante– cuestionados desde distintas perspectivas filosóficas, permitiendo arribar a soluciones distintas para cuestiones de gran trascendencia jurídica y social. Es frecuente, por ejemplo, citar las concepciones iusnaturalistas como precedentes históricos o incluso como fundamentos inmediatos de los derechos humanos, con expresiones que pueden remontarse hasta la antigua democracia ateniense y el iusnaturalismo aristotélico, la república romana y la filosofía estoica, la cristiandad medieval y el pensamiento escolástico, o las revoluciones que inauguraron el constitucionalismo moderno en Estados Unidos y Francia, inspiradas por las vertientes insulares y continentales del iluminismo con figuras como John Locke, Jean Jacques Rousseau o Immanuel Kant. Sin embargo, aunque ‘internamente’ se distinga entre corrientes iusnaturalistas racionalistas y teológicas, clásicas y modernas, etc., éstas pueden en conjunto ser objeto de crítica ‘externa’ en tanto consideradas específicamente occidentales, haciéndose sospechosas de ‘colonialismo intelectual’ frente a tradiciones orientales, americanas prehispánicas, etc. Además, el laicismo de algunas manifestaciones del iusnaturalismo racionalista las puede hacer difíciles de conciliar, no sólo con el iusnaturalismo teológico cristiano u occidental, sino con concepciones como el islam, el hinduismo, o las religiones tradicionales de pueblos indígenas y tribales en distintas partes del mundo.

Samuel Moyn (2010) considera los derechos humanos en la actualidad como un ‘universalismo’ nuevo, distinto de los anteriores (estoicismo, cristianismo, iusnaturalismo, liberalismo revolucionario), criticando la narrativa tradicional que ve éstos como antecedentes de los cuales aquéllos serían culminación. También cuestiona la narrativa según la cual el sistema nace en la década de los cuarenta con la Organización de las Naciones Unidas y la Declaración Universal, como momento de acuerdo global luego de los horrores de las guerras mundiales: si bien históricamente existió esa aspiración, no fue fácil alcanzar consensos, y no se hicieron efectivos debido –entre otros factores– a la preponderancia del enfrentamiento entre las superpotencias de la Guerra Fría. Para él, en cambio, el verdadero nacimiento de la actual ideología de derechos humanos habría ocurrido en la década de los setenta, lo cual Bass (2010) identifica con la llamada ‘tercera ola de democratización’ propuesta por el célebre politólogo Samuel Huntington. Otros autores, como Jensen (2016), han argumentado que el impulso contemporáneo de los derechos humanos ocurrió con los movimientos descolonizadores de la década de los sesenta. Quizá ni las historias ‘alternativas’ ni la ‘tradicional’ de los derechos humanos sean definitivas o perfectamente acertadas (Bass, 2010), pero son puntos de vista interesantes que hacen tomar conciencia de la complejidad del tema y los matices que su estudio requiere. En cualquier caso, la diferencia radical de los derechos humanos sería que se caracterizan esencialmente por ser oponibles contra los Estados desde fuera, más allá *de* su soberanía, mientras que universalismos anteriores (concretamente la tradición revolucionaria de los ‘derechos del hombre’) los concebían como base para la legitimación del Estado hacia adentro, garantizados por el Estado y la soberanía (Moyn, 2010, pág. 23-26).

El debate sobre los fundamentos e historia de los derechos humanos – que es filosófico pero también político– se produjo ya cuando nacía el sistema internacional, como han evidenciado estudios sobre el proceso de elaboración de la Declaración Universal (Glendon, 2002) y de la encuesta de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura² sobre derechos humanos (Goodale, 2018). El hecho mismo de haberse consagrado en dos

² UNESCO.

pactos distintos obedece a un momento histórico de polarización ideológica global:

Para el bloque liderado por los Estados Unidos, el ejercicio de las libertades individuales (...) dentro de una economía de mercados, cimentaría la prosperidad dentro de la cual las necesidades humanas de naturaleza económica, social y cultural podrían quedar satisfechas. Los [derechos económicos, sociales y culturales] no resultaban (...) equiparables a los derechos civiles y políticos, pues estos eran verdaderos derechos subjetivos (...), mientras que los primeros sólo reflejarían aspiraciones (...) logrables, no a través del sistema legal sino de los mecanismos propios de la economía y de las políticas públicas (...). Para el bloque liderado por la Unión Soviética, en cambio, dominado por la economía estrictamente planificada y centralizada, (...) si las necesidades socioeconómicas básicas no estaban resueltas, los derechos civiles y políticos se concretarían en un privilegio para la burguesía (...), de modo que los derechos económicos, sociales y culturales no sólo eran derechos subjetivos exigibles, sino aquellos a cuya satisfacción el Estado debía atender (...) incluso al precio de restricciones de envergadura a los derechos individuales y las libertades fundamentales. (Nikken, 2010, pág. 65).

En este contexto, Karel Vasak propuso en 1977 la teoría de las tres generaciones de derechos humanos: (1ª) civiles y políticos; (2ª) económicos, sociales y culturales; (3ª) colectivos o de solidaridad. Ahora se enfatiza que todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, abandonándose la idea de ‘generaciones’ por no reflejar tales caracteres. No obstante, por la amplia difusión que alcanzó aquella teoría, nuestra Corte de Constitucionalidad la ha invocado tan recientemente como 2017 (Expediente 5956-2016, por ejemplo), o la Procuraduría de los Derechos Humanos sigue acudiendo a ella para catalogarlos (en sitio de red oficial de la institución) a pesar de que autores la consideran superada. Para algunos, puede conservar cierta utilidad didáctica como aproximación a su desarrollo histórico; para otros, es una tergiversación de su historia. En cualquier caso, se tiende hoy a estimarla abandonada, cuando no inútil y obsoleta (Nikken, 2010, pág. 66; Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, pág.104; Jensen, 2017).

3. El pensamiento de Joseph Ratzinger-Benedicto XVI

Un punto de partida imprescindible para comprender el pensamiento de Ratzinger es su convencimiento de que “La fe católica es (...) razonable y nutre confianza también en la razón humana” (Ratzinger, 2012a). Sobre esa línea, expone que el pensamiento griego entró en contacto con la fe bíblica incluso antes del cristianismo, durante el Antiguo Testamento. En Grecia existían tres clases de teología: mítica (poética), civil (política) y natural (filosófica). Las primeras dos corresponden al ámbito que hoy llamaríamos religioso o del culto; la tercera es indagación racional que desemboca en el llamado ‘dios de los filósofos’, como la idea aristotélica del ‘primer motor’. Para Ratzinger, la particularidad de la fe bíblica –y del cristianismo– radica en que apela al Dios racional, metafísico, absoluto, de la teología natural filosófica, pero haciéndolo accesible, ‘apelable’, revelado en la persona de Jesucristo (2006a, pág. 20-32). A su criterio, los credos formulados por los antiguos concilios usaron terminología filosófica griega, no por convertir la fe en una teoría filosófica, sino para dar forma verbal a dos aspectos esenciales de la fe: (i) su realismo, rechazando una interpretación simbólica o mitológica; (ii) su racionalidad, pues, aunque sobrepase la razón, apela a ella y se presenta con la exigencia de enunciar la verdad. La filosofía griega se caracterizaba por no contentarse con las religiones tradicionales ni los mitos, sino buscar la verdad sobre el ser y el universo: así, al expresarse mediante un lenguaje filosófico, el cristianismo primitivo se presentaba como distinto de las cosmovisiones religiosas tradicionales y como mensaje de verdad sobre el hombre y el mundo (2005a, págs. 83-85). Aquella ‘Ilustración’ griega también condujo a indagar las razones más profundas del derecho, abandonando el fundado sobre las religiones tradicionales (2008f, págs. 44-45). Desde esta óptica, el iusnaturalismo teológico cristiano aparece, en cierto sentido, también como una forma de iusnaturalismo racionalista: “La elaboración y la estructuración del derecho no es inmediatamente un problema teológico, sino un problema de la recta ratio, de la recta razón” (Ratzinger, 1999). Considera “un problema secundario” si al “derecho en sí” –lo justo discernido por la razón– se le ha de llamar derecho natural o de otra forma (1999), pues la idea de derecho natural “ha dejado de ser fiable” ya que “presuponía un concepto de naturaleza en el que la naturaleza y la razón se entrelazaban y en el que la naturaleza misma era racional” (2008f, págs. 46-47), noción que se ha abandonado con la teoría de la evolución.

Es necesario examinar también cómo Ratzinger concibe la razón humana. Hace una crítica de las filosofías positivistas inspiradas en la Ilustración, específicamente por su carácter anti-metafísico, considerando que expresan sólo parcialmente la razón humana y, por tanto, no son ‘plenamente’ racionales sino incompletas (2005b). Al excluir del ámbito estricto de la razón todo lo no verificable, las visiones positivistas excluyen “las fuentes clásicas de conocimiento del ethos y del derecho” (2011), las realidades humanas se vuelven extrínsecas a las instituciones jurídicas entendidas como limitadas a su validez formal, creándose “una ruptura entre derecho y existencia humana que niega radicalmente la posibilidad de una fundación antropológica del derecho” (2007a). Sin embargo, también reconoce aportes valiosos de la cosmovisión positivista como “una parte grandiosa del conocimiento humano y de la capacidad humana” (2011), afirmando que no se debe retroceder ni renunciar a los triunfos de la época moderna y de la Ilustración, mediante una crítica negativa, sino ampliar el concepto de razón (2006b). Su convicción sobre la razonabilidad de la fe y la amplitud de la razón origina una actitud de apertura al diálogo como “el medio a través del cual los diversos sectores de la sociedad pueden articular su propio punto de vista y construir el consenso” (Ratzinger, 2008a), diálogo amplio entre las ciencias, culturas y religiones, del que la teología también debe tomar parte (2006b).

Sus reflexiones sobre la razón humana en general tienen relevancia específica para lo jurídico, ámbito que, según él, atraviesa dos principales riesgos en la época actual: (i) El abandono de la metafísica, que conduce al positivismo jurídico, a pensar que “No es la verdad la que crea el consenso, sino que es el consenso el que crea tanto la verdad cuanto los ordenamientos” (1999), reduciendo la determinación de lo justo a simples mayorías; (ii) La disolución del derecho por el influjo de pensamientos utópicos, en que la imagen de una supuesta sociedad perfecta se convierte en la única fuente admisible del derecho (1999). Parte importante de su visión jurídica se basa en distinguir entre materias según comprometan o no la dignidad humana. Para aquellas que no la ponen en juego –que son, según él, gran parte de lo que el derecho debe regular–, el criterio de la mayoría puede ser suficiente (2011). Sin embargo, también afirmó –citando a Jürgen Habermas y reiterando ideas que expuso en el coloquio que con él sostuvo– que la forma razonable de resolver divergencias políticas, como

fuerza de legitimidad y legalidad, no puede limitarse a una lucha por mayorías numéricas, pues “también las mayorías pueden ser ciegas o injustas” (2008f, pág. 39), sino que ha de ser un proceso argumentativo “sensible a la verdad” (2008b), por encima de la sensibilidad por los intereses. Los compromisos políticos no pueden ser meramente aritméticos o de interés, sino basarse “en el reconocimiento de verdades universales, arraigadas en una reflexión razonada sobre los postulados de nuestra humanidad común” (2008c).

Ahora bien, para aquellas “cuestiones fundamentales del derecho” (2011) en que sí entra en juego la dignidad humana, no basta el principio de la mayoría. Menciona el derecho natural, aunque reconoce que la idea es vista hoy como una doctrina específicamente católica, que no tendría lugar fuera del ámbito religioso. Aunque no desarrolla una teoría sobre el contenido del derecho natural, sí destacó algunos aspectos como principios y valores no negociables, inscritos en la naturaleza humana y, por tanto, comunes a la humanidad independientemente de la afiliación religiosa: (i) protección, respeto y defensa de la vida humana desde la concepción hasta la muerte natural; (ii) reconocimiento y promoción de la familia natural, fundada en el matrimonio entre un hombre y una mujer; (iii) protección del derecho de los padres a educar libremente a sus hijos; (iv) promoción del bien común en todas sus formas (Ratzinger, 2006c, 2007b). También los derechos humanos, rectamente entendidos, constituyen límites al criterio de las mayorías (2008f, págs. 39-40). Su visión de este tema entronca con la antes expuesta sobre realismo y racionalidad de la fe, afirmando que:

...el cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un derecho revelado, un ordenamiento jurídico derivado de una revelación. En cambio, se ha remitido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del derecho, se ha referido a la armonía entre razón objetiva y subjetiva, una armonía que, sin embargo, presupone que ambas esferas estén fundadas en la Razón creadora de Dios (2011).

Expresa este carácter del derecho natural –en términos quizá más comprensibles para nuestra época– como análogo a las cuestiones ecológicas que hoy ocupan tanta atención:

...hay también una ecología del hombre. También el hombre posee una naturaleza que él debe respetar y que no puede manipular a su antojo. (...) no es solamente una libertad que él se crea por sí solo. (...) no se crea a sí mismo. Es espíritu y voluntad, pero también naturaleza, y su voluntad es justa cuando él respeta la naturaleza, la escucha, y cuando se acepta como lo que es (...). (...) sólo de esta manera, se realiza la verdadera libertad humana. (2011)

Estima que –así como el cristianismo primitivo adoptó el lenguaje filosófico para expresar su realismo y su racionalidad– los teólogos cristianos de los primeros siglos no elaboraron una doctrina iusnaturalista nacida de la revelación, sino que se sumaron al movimiento filosófico y jurídico que venía ya del siglo II a.C. y se había desarrollado con el pensamiento estoico y el derecho romano. El planteamiento iusnaturalista cristiano no nace directamente de la teología o de la revelación; por el contrario, los teólogos cristianos tomaron “posición contra el derecho religioso, requerido por la fe en la divinidad, y se hayan puesto de parte de la filosofía, reconociendo a la razón y la naturaleza, en su mutua relación, como fuente jurídica válida para todos” (2011), como ya lo había hecho san Pablo en la Carta a los Romanos. En consecuencia, sostiene que “La tradición católica mantiene que las normas objetivas para una acción justa de gobierno son accesibles a la razón, prescindiendo del contenido de la revelación” (2010). Especialmente desde el siglo XIX se fue retomando una visión aristotélica –que, indica Ratzinger, tuvo poca importancia en la Iglesia medieval– basada en un doble orden (natural y sobrenatural), en que el *ordo naturalis* se considera completo en sí mismo, aprehensible de modo puramente racional, que no ha sido destruido completamente por la herida del pecado. Sobre esta visión sería posible “Hacer valer lo verdaderamente humano allí donde la pretensión de la fe no puede ni debe elevarse” (2018, pág. 7). Sin embargo, advierte que la autonomía del *ordo naturalis* no puede llevar a considerarlo cerrado en sí mismo y autosuficiente, pues se corre el riesgo de “reducir lo propiamente cristiano a lo puramente sentimental” (2018, pág. 8), olvidando la realidad del pecado original, lo cual conduce a formas de optimismo ingenuas e irrealistas, incluyendo una ingenua confianza en la razón que no percibe la complejidad de la conciencia en el ámbito ético (2018, págs. 8-9).

Es por eso que ver el derecho natural, ‘derecho en sí’ o el ‘*ordo naturalis*’, como accesibles a la razón prescindiendo de la revelación no implica, para Ratzinger, que el cristianismo o la religión en general dejen de tener un papel en estas cuestiones. Consciente de las dificultades que ello conlleva en la actualidad, indica que su papel no consiste ni en proporcionar las normas (precisamente porque, al ser accesibles a la razón, pueden conocerlas los no creyentes), ni mucho menos en proponer soluciones políticas concretas (cosa que estima “totalmente fuera de la competencia de la religión”) (2010). En cambio, consiste en “ayudar a purificar e iluminar la aplicación de la razón al descubrimiento de principios morales objetivos” (2010), forjar el debate público e iluminar la dimensión moral intrínseca en las cuestiones sociales (2008c), conservando la capacidad de la razón para ver y percibir (1999). Pero, a la vez, propone un intercambio en doble sentido por el cual la razón también ayude a la religión a purificarse, para evitar el sectarismo y el fundamentalismo (2010; 2008f, págs. 52-53). Sobre esa línea, afirma que la fe no puede ser fundamento de un derecho estatutario, y que aquella respeta la naturaleza propia del Estado y de una sociedad pluralista, pero sin renunciar a su responsabilidad a efecto de que los fundamentos del derecho sigan siendo visibles (1999). En definitiva, la pregunta por las cuestiones más trascendentales de la existencia seguirá siendo ineludible, como expresa Ratzinger al afirmar:

...el Kelsen de la última etapa tenía razón cuando decía que derivar un deber del ser solo es razonable si Alguien ha puesto un deber en el ser. Para él, sin embargo, esta tesis ni siquiera merece ser discutida. A fin de cuentas, me parece que todo consiste a la postre en el concepto de Dios. Si Dios existe, si hay un creador, entonces el ser puede también hablar de él y manifestar al hombre un deber. Si no existe, entonces el *ethos* se reduce finalmente a pragmatismo. (...) La idea de los derechos humanos conserva, a fin de cuentas, su solidez solamente si está arraigada en la fe en el Dios creador. Desde allí recibe ella su limitación y, a la vez, su fundamento. (2018, págs. 8-9)

Con esto, su pensamiento se dirige también hacia los derechos humanos y el sistema internacional construido para su salvaguarda. Ratzinger se refiere a Kant al hablar de los elementos constitutivos de la idea de los derechos humanos, brindándoles una interpretación cristiana y una fundamentación bíblica:

...en la doctrina de la imagen de Dios en el hombre está contenido sustancialmente lo que Kant expresaba cuando definía al hombre como fin y no como medio. Se podría decir también que estaba contenido que el hombre es sujeto de derecho y no solamente objeto de derecho. Me parece que en Gén 9,5ss se expresa claramente este elemento constitutivo de la idea de los derechos humanos: «Y al hombre le pediré cuentas de la vida de su hermano. Quien derrame la sangre de un hombre, por otro hombre su sangre será derramada; porque a imagen de Dios hizo él al hombre». La imagen de Dios en el hombre implica (...) que él es, frente a las leyes humanas, portador de un derecho fijado por Dios mismo (2018, pág. 5)

Se refiere a la idea de los derechos humanos como anteriores al Estado y oponibles ante él, al reseñar la importancia que el tema adquirió en el magisterio eclesiástico a partir de Juan Pablo II, quien –a juicio de Ratzinger– “ha afirmado la consecución de los derechos humanos como una fuerza reconocida por la razón universal contra las dictaduras de cualquier tipo” (2018, pág. 4), no sólo en continuidad con la experiencia de la iglesia primitiva ante el Estado romano (que exigió la libertad de la conciencia individual como límite a la autoridad estatal), sino movido además por su experiencia personal ante el marxismo del siglo XX. El desarrollo del concepto de derechos humanos, para Ratzinger, tiene como base la convicción de la existencia de un Dios creador (2011, 2018), y son el último elemento que queda de la noción tradicional de derecho natural (2008f, pág. 48).

Ve los derechos humanos como formulaciones estables de elementos normativos que deben ser respetados incluso por las mayorías, aunque reconoce los cuestionamientos que se les hacen desde algunas tradiciones religiosas o culturales (2008f, págs. 39-40). Desarrolló su visión sobre el sistema internacional de los derechos humanos en alocución ante la Asamblea General de las Naciones Unidas con ocasión del 60º aniversario de la DUDH (2008a). En ella, expuso que la DUDH resultó de “una convergencia de tradiciones religiosas y culturales (...) motivadas por el deseo común de poner a la persona humana en el corazón de las instituciones, leyes y actuaciones de la sociedad” (2008a), afirmando expresamente que los derechos humanos “se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas y

civilizaciones” (2008a). Para él, los caracteres de universalidad, indivisibilidad e interdependencia garantizan la salvaguardia de la dignidad humana, enfatizando que no sólo los derechos humanos son universales sino también lo es –y con más importancia– la persona humana, su sujeto. Este énfasis busca guardar contra una relativización de los derechos humanos, al arrancarse del contexto de sus fundamentos éticos y racionales, de la ley natural y la dignidad de la persona: los derechos humanos, dice, tienen indivisibilidad, porque su sujeto, la persona humana, tiene unidad. Así, reafirma la validez para todos los tiempos y todos los pueblos de la máxima no hagas a otros lo que no quieres que te hagan a ti (2008a). Sobre este tema ha vuelto más recientemente:

El concepto de Dios implica un concepto fundamental del hombre como sujeto de derecho; funda y limita, con ello, a la vez la idea de los derechos humanos. (...) La multiplicación de derechos conduce finalmente a la destrucción del concepto de derecho y acaba en un «derecho» nihilista del hombre de negarse a sí mismo –aborto, suicidio, producción del hombre como una cosa se convierten en derechos del hombre, que a la vez lo niegan–. (2018, págs. 9-10).

En otra oportunidad, propuso la necesidad de reformar la ONU para dar “concreción real al concepto de familia de naciones (...), encontrar formas innovadoras para poner en práctica el principio de la responsabilidad de proteger y dar (...) voz eficaz en las decisiones comunes a las naciones más pobres” (2009). Abogó entonces por una autoridad política mundial con miras a la economía global, el desarme integral, la seguridad alimenticia y la paz, la salvaguardia del medio ambiente y la regulación migratoria. Tal autoridad debería ser gobernada por el derecho, ordenada al bien común y basada en los principios de subsidiaridad y solidaridad, con poder efectivo para garantizar la seguridad, la justicia y el respeto de los derechos, a fin de que el derecho internacional no quede condicionado a los equilibrios de poder entre los más fuertes (2009).

Reflexionando desde el ámbito particular del derecho canónico, Ratzinger ha valorado la actividad judicial como generadora de predictibilidad y confianza, que favorezcan el desarrollo de la vida social mediante la unificación de la jurisprudencia (2008d). Para ello, estima que el jurista no puede olvidar

que “la hermenéutica del derecho (...) está estrechamente vinculada a la concepción misma de la ley” (2012b). Por eso invita a ver el derecho como más que un conjunto de reglas positivas a aplicar, concibiendo la labor judicial como ejercicio de la *prudentia iuris* que lea relaciones específicas de justicia en los acontecimientos, sin convertirlo en “reglas abstractas y repetitivas, expuestas al peligro de interpretaciones subjetivas y arbitrarias” (2008d). Si el derecho se agotara en el sistema de leyes, el intérprete quedaría privado del contacto vital con la realidad.

Sin embargo, rechaza también las corrientes hermenéuticas que, a su criterio, superan el legalismo pero no el positivismo, por cuanto proponen una labor interpretativa que puede tornarse arbitraria en un afán por adaptarse a cualquier solución, por encima de la búsqueda de un derecho objetivo. Aboga, en cambio, por entender la ley humana como expresión de justicia, en lo que manifiesta tanto de derecho natural como de legítima determinación humana. Ratzinger designa esta hermenéutica como ‘realista’, pues no se reduce a un mero ejercicio lógico, sino busca armonizar el significado propio de la ley (que incluye contemplar la realidad que regula) con la pregunta sobre lo justo en cada caso concreto (que incluye aspectos de derecho tanto natural como humano), admitiendo la posibilidad de que existan circunstancias concretas que exijan soluciones equitativas que la norma general no pudo prever (2012b). Son trazos generales que ofreció como orientación al máximo tribunal en materia canónica, por lo que no los desarrolla de modo técnico-científico. No obstante, como propuesta para materializar su visión sobre el derecho en la práctica jurídica real, son un punto de partida valioso que amerita mayor exploración por el pensamiento jurídico, no sólo canónico sino en general.

Otro aporte significativo es el énfasis que hace sobre la dimensión intercultural, que estima indispensable “para plantear la discusión sobre las cuestiones fundamentales del hombre, que no se puede entablar pura y simplemente entre cristianos ni únicamente dentro de la tradición racionalista occidental” (2008f, pág. 49). Partiendo de reconocer la falta de universalidad *de facto* de los dos universalismos occidentales (cristianismo, racionalismo laico), insiste en la necesidad de que se abran no sólo el uno al otro (diálogo razón-fe), sino a las demás culturas (diálogo intercultural). Como explica

Blanco comentando el pensamiento de Ratzinger, también esto se origina en la centralidad de la persona humana como imagen de Dios:

Dios es uno y distinto al mismo tiempo: la pluralidad forma parte de la Trinidad tanto como la unidad. Como consecuencia, también en la persona humana se conjugan ambas instancias: lo uno y lo múltiple, la unidad y la diversidad. El pluralismo y el reconocimiento de la legítima diversidad presentan también un origen teológico. (2012, pág. 25).

4. El personalismo y el constitucionalismo guatemalteco

El personalismo es una corriente del pensamiento cristiano que influyó sobre las primeras conceptualizaciones de los derechos humanos a través de pensadores como Jacques Maritain, quien tuvo un papel importante en el ya mencionado simposio de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Moyn, 2010, págs. 64-68, 74-76; Burgos, 2010). Se origina en la Europa de entreguerras, como esfuerzo de pensadores judeo-cristianos para responder a la problemática sociocultural en un contexto dominado por el cientificismo, el positivismo, el liberalismo, los colectivismos, el retroceso de la cultura cristiana y la modernidad filosófica. Decae en la década de los sesenta a raíz de la crisis posterior al Concilio Vaticano II, el marxismo, la revolución intelectual y cultural del '68, la revolución sexual, etc., hasta experimentar un renacimiento a partir de la década de los noventa (Burgos, 2010, págs. 8-18). La antropología teológica y filosófica de Ratzinger tiene presupuestos personalistas (Buriticá, 2014, pág. 486). La persona es un “principio estructurante” de su pensamiento, siendo partidario del personalismo y del existencialismo, con influencias de san Agustín, Karl Jaspers, Martin Heidegger y Martin Buber (Blanco, 2012, págs. 24-25). Para Ratzinger –citando a Antonio Rosmini– “La persona humana es la esencia del derecho” (2008e).

La noción de persona nace en la teología cristiana, sobre bases del pensamiento griego y del derecho romano. La palabra griega *προσωπον* (*prósopon*) designaba originalmente la máscara usada por los actores teatrales para identificar el papel que representaban. Por servir también como instrumento de resonancia para la voz de los actores, en latín se designó como *per-sonare*. La palabra para designar la máscara se hizo extensiva al papel y al actor, al hombre.

Otra posible acepción proviene del latín *per se sonans*: el que habla por sí mismo, con voz propia, que en el derecho romano significaba el varón libre *sui iuris*. El cristianismo siembra las raíces para ampliar el concepto jurídico de persona, al proclamar la igualdad entre hombre y mujer, libre y esclavo, etc. También elabora el concepto filosófico-teológico de persona para definir los dogmas cristológico y trinitario, concibiéndola como substancia o unidad singular subsistente en sí misma, consciente de su ser sin referencia a otra cosa (es decir, no accidental), que además tiene como propio lo relacional. La naturaleza, en cambio, designa lo común o general. Boecio (480-525) sintetiza estas tradiciones en su conocida definición de persona como substancia individual de naturaleza racional.

La escolástica estudió a la persona enfatizando su carácter sustancial, lo cual le impidió desarrollar otros como su dimensión interior y subjetiva. El renacimiento reivindica al hombre como individuo y sujeto creador, pensado no sólo en su dimensión religiosa sino terrena, caracterizado por su libertad. Con la llegada del racionalismo cartesiano y otras corrientes, el término persona es desplazado por el de sujeto, que reemplaza la noción medieval y renacentista por la del *yo*, la conciencia –ser interior consciente de sí mismo– como principio determinante del conocimiento y la acción, dando menor relevancia a lo relacional. El sujeto trascendental kantiano llega a entenderse como una entidad abstracta, alejada en cierta forma del hombre concreto. El *yo* esencial hegeliano se entiende como autoconciencia de un espíritu absoluto y no de un *yo* específico de cada hombre. Estas aportaciones, aunque importantes, se desarrollan desde una perspectiva idealista, haciéndoles difícil relacionarse con las concepciones realistas de la tradición anterior (Burgos, 2009, págs. 26-34; Buriticá, 2014, págs. 470-477).

La noción moderna de sujeto lo ve como configurador de sus objetos de conocimiento y de voluntad, buscando una ciencia que lo haga dueño y señor de la naturaleza, sobre la cual tendrá una función constructiva y no ya contemplativa, de tal forma que todo adquiere sentido con referencia al sujeto absolutamente autónomo, especialmente la ética personal o social. Es por ello que algunos han criticado la noción de derechos humanos como “prerrogativas inherentes al sujeto, previas a su vida social y sin fundamento trascendente alguno”, nacidos de la filosofía de la conciencia y la teoría del sujeto. La posmodernidad, por su

parte, propone la liberación como superar el sujeto: éste ya no da sentido a la realidad, sino que ella carece de sentido, con lo cual también desaparece la noción de derechos humanos, disuelta en relaciones fácticas sin sentido deóntico (Massini, 2006, págs. 104-105, 107, 109-110). El personalismo busca rescatar la noción de persona de los extremos colectivistas e individualistas, adoptando los aportes filosóficos de la modernidad (conciencia, sujeto, yo, libertad, etc.), en un marco realista abierto a la trascendencia (Burgos, 2009, págs. 34-38).

El Preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala –como explica el renombrado constitucionalista patrio García Laguardia– contiene “los principios, la filosofía de la Constitución, la ideología que la inspira. [...] se expresan los valores superiores que informan el ordenamiento jurídico-constitucional”, entre ellos “la dignidad de la persona humana (...)” (2015, pág. 100). Ramiro de León Carpio –quien presidió tanto la llamada Comisión de los Treinta como la Asamblea Nacional Constituyente– coincide en que el Preámbulo sintetiza el espíritu, objetivos y valores constitucionales, y destaca que “La característica fundamental y el espíritu contenido en el preámbulo (...) podemos resumirla así: Es eminentemente personalista y humanista ya que se fundamenta en el principio de protección a la persona humana” (S.F, págs. 17-18).

En la misma línea, la Corte de Constitucionalidad ha estimado que el Preámbulo “contiene una declaración de principios por la que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto” (Expediente 12-86, sentencia de 17 de septiembre de 1986) y “constituye el enunciado ético-político del sistema” (Expediente 2567-2015, sentencia de 31 de marzo de 2016) (positivado especialmente en los artículos 1º al 5º), de cuyo contenido se deducen “los presupuestos, ideales, principios y valores del Estado constitucional y democrático de Derecho” (Expediente 2953-2009, sentencia de 22 de febrero de 2011). El primer principio que se afirma dentro del Preámbulo es “la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social”, por lo cual el Estado se organiza para su protección (Artículo 1º) y recibe el deber de garantizar su desarrollo integral (Artículo 2º). Sobre el artículo 1º de la Constitución, la Corte ha manifestado expresamente que “es el reflejo del espíritu personalista

de la Constitución y de los valores sobre los cuales se cimentó el Estado de Guatemala: un Estado humanista cuya organización se dirige hacia la protección de los derechos humanos” (Expediente 5956-2016, sentencia de 5 de octubre de 2017). Además, de manera en principio congruente con la noción general del personalismo, la Corte ha considerado que la primacía de la persona no se limita a un carácter individualista (Expediente 12-86, sentencia de 17 de septiembre de 1986)³.

El Preámbulo y los artículos relacionados fueron discutidos especialmente en la llamada Comisión de los Treinta, que debatió el anteproyecto de Constitución, aunque también hubo algunas referencias de interés en las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente. En los Diarios de Sesiones de la Comisión (Tomo I, No. 2) se designa la primacía de la persona como “un principio fundamental (...) de carácter antropológico” (pág. 5, González Quezada), inspirado en un pensamiento o filosofía humanista que pone el Estado al servicio del hombre (pág. 10, Soberanis; pág. 15, de León Vargas), afirmando que la Constitución busca “evitar el abuso de poder del Estado en contra de la persona humana o en contra del individuo” (pág. 14, Molina Mencos). Aunque en este u otros pasajes parece que ‘persona humana’ e ‘individuo’ se emplean como sinónimos, en otros se afirma que no se habla de individuo sino de persona, para expresar tanto su dimensión individual como social (pág. 10, Soberanis).

La Constitución se planteó como antropocéntrica, dando a la persona preeminencia sobre el Estado, entendiendo al hombre no sólo en su dimensión material sino también espiritual, que implica una apertura a la trascendencia (Tomo I, No. 3, pág. 23, Soberanis); como anterior al Estado y a la sociedad, con derechos inalienables (Tomo I, No. 4, pág. 15, López Vidaurre); como ser espiritual y material dotado de existencia, trascendencia, indigencia (necesidades), dignidad esencial y valor intrínseco por su condición humana, sociabilidad, y capacidad de dirigir su vida mediante acción inteligente y libre (págs. 12-13, Alonzo Barillas). Tal Constitución antropocéntrica tendría

³ Sin embargo, nos parece que en dicha sentencia puede haber deficiencias terminológicas y conceptuales tanto por parte del accionante como de la Corte, por lo que merece análisis más detenido. Ver también: Expediente 2837-2006, sentencia de 15 de enero de 2008, en que se fundamenta con relación al constitucionalismo social y el Estado Social de Derecho.

‘sintonía’ con diversas corrientes filosóficas, incluso teológicas (Tomo I, No. 3, pág. 15, García Bauer), mencionando entre otros a los sistemas personalistas (Tomo I, No. 4, pág. 20, García Bauer), aunque aclarando que no fue propósito de la Comisión definir los diversos tipos de antropocentrismo y humanismo existentes (Tomo I, No. 3, pág. 17, García Bauer).

En las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente se expresó que el artículo 1º constitucional “determina la orientación personalista y humanista del Estado guatemalteco” partiendo de la naturaleza corporal y espiritual de la persona (Tomo I, No. 21, págs. 15-16, Maldonado Aguirre), y que entre los factores de la personalidad se encuentran: biológico, psíquico, social, físico, intelectual, moral, cuyo desarrollo integral forma parte de la axiología o filosofía de la Constitución (pág. 18, Guzmán Morales; pág. 20, Recinos Figueroa). Sobre el artículo 44 se comentó que, al consagrar los derechos inherentes a la persona humana, no los limita a los contemplados en la Constitución ni a los establecidos por declaraciones o tratados, sino abarca un término ‘inherent’ de mayor profundidad, referido a los derechos humanos como terminología que reemplazó la de derechos naturales y de derechos del hombre (Tomo II, No. 33, págs. 59 y 78, Larios Ochaita).

El diálogo intercultural adquiere características e importancia singulares en Guatemala, cuya Constitución también reconoce el derecho (personal y comunitario) a la identidad cultural (artículo 58) y la protección de las formas de vida de los diversos grupos étnicos (artículo 66) que nos configuran como país pluricultural. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha manifestado:

Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, en el que se desarrollan simultáneamente diversas culturas, cada una con costumbres y tradiciones propias; de ahí que el gran reto de la Guatemala actual es lograr la existencia de un Estado inclusivo que reconociendo la diversidad y riqueza cultural, construya las bases que permitan su coexistencia y desarrollo armónico, con la finalidad de lograr una sana convivencia social que, basada en el respeto recíproco de la identidad cultural de todas las personas que habitan el

país, haga viable alcanzar su fin supremo que es la realización del bien común. (Expediente 2906-2017, sentencia de 21 de septiembre de 2017)⁴.

En un Estado pluriétnico y pluricultural la legitimación democrática es solo una de las formas de legitimación de la autoridad, pues en un mismo territorio pueden (...) confluir autoridades cuya legitimación puede tener (...) origen ancestral. Ambas autoridades están llamadas a buscar maneras de articular y coordinar sus funciones, fomentar una relación basada en el respeto al principio de igualdad de derechos; y (...) favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, en pro del mantenimiento de la paz (...). (Expediente 4755-2017, sentencia de 1 de marzo de 2018).

⁴ En igual sentido: Expediente 1467-2014, sentencia de 10 de marzo de 2016; Expediente 943-2017, sentencia de 21 de junio de 2017.

CONCLUSIONES

La visión de Ratzinger funda los derechos humanos, en última instancia, sobre Dios como creador de la persona y, en este sentido, se inscribe en el iusnaturalismo teológico. Ahora bien, también enfatiza el orden natural como accesible a la razón, pero no como una manera de justificar un derecho nacido de la religión sino, por el contrario, afirmando expresamente que ni a ésta ni a la teología corresponde dictar normas ni soluciones políticas concretas, y rechazando explícitamente la pretensión de un derecho revelado.

Ratzinger ve el fundamento (inmediato) de los derechos humanos en la persona, cuya unidad y carácter universal son la base de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos. Estos caracteres podrían entenderse simplemente como referidos al concepto jurídico de ‘ámbito de validez’, como orientación tendiente a promover interpretaciones armonizantes entre los derechos fundamentales, especialmente en casos de potencial conflicto: es decir, como conceptos instrumentales de técnica o hermenéutica jurídica. Pero para Ratzinger van más allá: no se refieren a los derechos en abstracto como objetos de análisis, sino a cualidades que éstos derivan esencialmente de su mismo carácter de ‘humanos’ y, por tanto, van inseparablemente unidos a la persona y su dignidad, fungiendo también como límites a la propia noción de derechos humanos, evitando interpretaciones que nieguen lo humano.

Hablar de límites a los derechos humanos no parece intuitivo en una época en que, por el contrario, los discursos tienden a su progresivo ensanchamiento, frecuentemente sin una base o finalidad claras. Sin embargo, vendrían dados por su propio carácter ‘humano’, en cuanto la persona tiene límites naturales impuestos, no sólo por su evidente limitación física, espacio-temporal, sino más radicalmente por su condición de creatura. Ratzinger invita a “complementar la doctrina de los derechos humanos con una doctrina de los deberes y los límites del hombre” (2008f, pág. 48). En todo esto se hace patente el carácter personalista de su pensamiento.

La Constitución guatemalteca se basa en una concepción de la persona que reconoce la riqueza de sus dimensiones y aspiraciones, buscando

armonizarlas, tutelarlas y promoverlas. Adopta una apertura iusnaturalista a la inherencia de derechos, más allá de los positivizados tanto en el ámbito nacional como internacional. Con ello se aleja –expresa y decididamente– de los reduccionismos materialistas, individualistas y colectivistas, que han originado los dos extremos ideológicos y políticos que se disputaron la hegemonía global en el siglo XX, y que bajo nuevas formas siguen protagonizando el debate mundial junto a nuevos retos propios de nuestra época.

La primacía de la persona humana así entendida, consagrada como principio fundamental del constitucionalismo guatemalteco, se presta a ser comprendida y desarrollada desde una óptica personalista y, así, fundamentar una visión tanto del ordenamiento jurídico guatemalteco como de los instrumentos internacionales de derechos humanos –que complementan el derecho interno y prevalecen sobre él– que los haga coherentes entre sí, dotándolos de unidad con base en la unidad de la persona.

Un retorno a semejante noción de persona humana –como lo propone Ratzinger– implicaría retomar tanto la capacidad de contemplar el mundo “como naturaleza dotada de un sentido intrínseco” (Massini, 2006, pág. 104) como el carácter relacional constitutivo del ser humano. Ello apunta a su vez hacia los límites de la persona ante la naturaleza –no sólo naturaleza física, sino su propia esencia o ‘ecología del hombre’, como ha dicho Ratzinger–, su interdependencia respecto de los demás y, por ende, tanto la necesidad como la posibilidad de entrar en diálogo con ellos más allá de barreras culturales, religiosas, socioeconómicas, étnicas, ideológicas, etc. En esto pueden vislumbrarse importantes efectos no sólo jurídicos, sino también económicos, sociales, ambientales, entre otros. Esta es quizá una de las aplicaciones más importantes que las ideas de Ratzinger puedan tener en la actualidad, cuando cada vez se hace más evidente la profunda –y no pocas veces violenta– división e incompreensión que separa a distintos grupos humanos, a nivel global y nacional.

Esto es aplicable no sólo a nivel teórico para comprender la interrelación entre constitucionalismo guatemalteco, ordenamiento jurídico nacional y sistema internacional de derechos humanos, sino también en la práctica

jurídica en que éstos toman vida. A tal efecto, Ratzinger ha valorado la actividad judicial promoviendo una visión del derecho con una hermenéutica realista, centrada en la prudencia y la justicia, más allá del sistema de leyes que privaría al intérprete del contacto vital con la realidad. A la vez, ha rechazado corrientes hermenéuticas que proponen una labor interpretativa que puede tornarse arbitraria.

Si bien el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas es un desarrollo positivo del constitucionalismo guatemalteco y latinoamericano, su traducción al lenguaje de los derechos humanos no deja de ser problemática, entre otros motivos, porque pretende aplicar medios jurídicos para resolver problemas que son principalmente de otra naturaleza, invitando a judicializar problemas que más bien requieren soluciones de tipo político y cultural (Gargarella, 2013, pág. 180). La clave personalista del hombre como esencialmente múltiple y diverso puede ser base para una seria reflexión filosófica que, traducida a consecuencias prácticas sobre el quehacer político y jurídico nacional, permita encontrar bases y métodos de armonización entre el ordenamiento jurídico nacional, los sistemas internacionales de derechos humanos, y el pluralismo jurídico que nuestra Constitución también reconoce como elemento constitutivo del Estado⁵. Todo esto es tarea muy necesaria en la actualidad nacional, marcada por profundas crisis de Estado y sociedad.

El pensamiento de Ratzinger nos invita a una apertura espiritual e intelectual, conducente a que tanto los derechos humanos como nuestra realidad pluricultural sean, no eslóganes decorativos ni fuentes de conflicto, sino auténticos caminos de comprensión, de respeto y de paz.

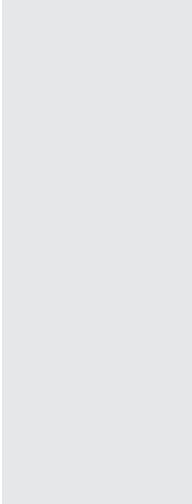
⁵ La Corte de Constitucionalidad lo ha expresado así: "...para garantizar real y efectivamente los derechos humanos de los pueblos indígenas guatemaltecos debe hacerse acopio del respeto a sus costumbres y formas de organización social, lo que incluye, necesariamente, el reconocimiento de la existencia de un sistema jurídico propio, por medio del que se dirimen los conflictos suscitados en el seno de esas comunidades, permitiendo así la transición de un Estado con visión monista –basado en la existencia de un solo sistema jurídico occidental– a pluralista –en el que coexisten coordinadamente ambos sistemas jurídicos, oficial e indígena–, circunstancia, que esta Corte reconoce y ha sido asentado en distintos fallos" (Expediente 2906-2017, sentencia de 21 de septiembre de 2017).

BIBLIOGRAFÍA

- Bass, G. (2010). The old new thing. *The New Republic*. 11 de noviembre. Nueva York, Estados Unidos.
- Blanco, P. (2012). *Joseph Ratzinger – Benedicto XVI. Un mapa de sus ideas*. Biblioteca de Autores Cristianos (BAC). Madrid, España.
- Burgos, J.M. (2009). *Antropología: una guía para la existencia*. 4ª edición. Ediciones Palabra. Madrid, España.
- (2010). El personalismo: una antropología para el siglo XXI. *Philosophia personae. Una antropología para el siglo XXI. II Congreso Internacional*. Garnica, F., Ramírez, S. y Puentes, W. (Compiladores). Universidad Católica de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Buriticá, D. (2014). El concepto de persona humana en la tradición cristiana y su progresión hasta el personalismo. *Cuestiones Teológicas*. Vol. 41, No. 96, Julio-Diciembre. Medellín, Colombia.
- Congreso de la República de Guatemala. (2011). *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente*. Edición digital conmemorativa de los 25 años de vigencia de la Constitución. Ciudad de Guatemala.
- _____. (2011). *Diario de Sesiones de la Comisión del Proyecto de Constitución (Comisión de los Treinta)*. Edición digital conmemorativa de los 25 años de vigencia de la Constitución. Ciudad de Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad. (1986). *Expediente 12-86*, sentencia de 17 de septiembre de 1986.
- _____. (2008). *Expediente 2837-2006*, sentencia de 15 de enero de 2008.
- _____. (2011). *Expediente 2953-2009*, sentencia de 22 de febrero de 2011.
- _____. (2016a). *Expediente 1467-2014*, sentencia de 10 de marzo de 2016
- _____. (2016b). *Expediente 2567-2015*, sentencia de 31 de marzo de 2016.
- _____. (2017a). *Expediente 2906-2017*, sentencia de 21 de septiembre de 2017.
- _____. (2017b). *Expediente 943-2017*, sentencia de 21 de junio de 2017.
- _____. (2017c). *Expediente 5956-2016*, sentencia de 5 de octubre de 2017.
- _____. (2018). *Expediente 4755-2017*, sentencia de 1 de marzo de 2018.
- De León Carpio, R. (S.F.). *Catecismo constitucional*. Instituto de Investigación y Capacitación Atanasio Tzul. Guatemala, S/A.
- Dilthey, W. (1994). *Teoría de las concepciones del mundo*. Ediciones Altaya. Barcelona, España.
- García Laguardia, J.M. (2015). *Breve historia constitucional de Guatemala*. 2ª edición. Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala.

- Gargarella, R. (2013). *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford University Press. Nueva York.
- Glendon, M.A. (2002). *A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. Random House. Nueva York, Estados Unidos.
- Goodale, M. (2018). *Letters to the contrary: A curated history of the UNESCO human rights survey*. Stanford University Press. Stanford, Estados Unidos.
- Gutiérrez, A. (2017). *El neoconstitucionalismo como paradigma epistemológico*. Tesis doctoral. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, Guatemala.
- Hervada, J. (1996). *Historia de la ciencia del Derecho Natural*. 3ª edición. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, España.
- Jensen, S. (2016). *Decolonization –not western liberals– established human rights on the global agenda*. Open Global Rights.
- _____ (2017). *Dejemos descansar en paz a la teoría de las tres generaciones de derechos humanos*. Open Global Rights.
- Massini, C. (2006). *La ley natural y su interpretación contemporánea*. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, España.
- Moyn, S. (2010). *The last utopia: Human rights in history*. Belknap Press, Harvard. Cambridge, Estados Unidos.
- Nikken, P. (2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, Vol. 52, julio-diciembre. San José, Costa Rica.
- Organización de las Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. San Francisco, Estados Unidos de América.
- Ratzinger, J. (1999). *La crisis del derecho*. Discurso, 10 de noviembre. Universidad LUMSA. Roma, Italia.
- _____ (2005a). *Fe, verdad y tolerancia. El cristianismo y las religiones del mundo*. 4ª edición. Ediciones Sígueme. Salamanca, España.
- _____ (2005b). *Europa en la crisis de las culturas*. Conferencia, 1 de abril. Subiaco, Italia.
- _____ (2006a). *El Dios de la fe y el Dios de los filósofos*. Ediciones Encuentro. Madrid, España.
- _____ (Benedicto XVI). (2006b). *Discurso en la Universidad de Ratisbona*. 12 de septiembre. Libreria Editrice Vaticana. Ratisbona, Alemania.
- _____ (Benedicto XVI). (2006c). *Discurso a los participantes en un Congreso organizado por el Partido Popular Europeo*. 30 de marzo. Libreria Editrice Vaticana. Ciudad del Vaticano.
- _____ (Benedicto XVI). (2007a). *Discurso a los prelados, auditores y oficiales del Tribunal de la Rota Romana con motivo de la Inauguración del Año Judicial*. 27 de enero. Libreria Editrice Vaticana. Ciudad del Vaticano.

- _____ (Benedicto XVI). (2007b). *Exhortación apostólica postsinodal Sacramentum Caritatis*. Libreria Editrice Vaticana. Ciudad del Vaticano.
- _____ (Benedicto XVI). (2008a). *Discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas*. 18 de abril. Libreria Editrice Vaticana. Nueva York, Estados Unidos.
- _____ (Benedicto XVI). (2008b). *Discurso preparado para el encuentro con la Universidad de Roma 'La Sapienza'*. 17 de enero. Libreria Editrice Vaticana. Roma, Italia.
- _____ (Benedicto XVI). (2008c). *Discurso a Mary Ann Glendon, embajadora de Estados Unidos ante la Santa Sede*. 29 de febrero. Libreria Editrice Vaticana. Ciudad del Vaticano.
- _____ (Benedicto XVI). (2008d). *Discurso al Tribunal de la Rota romana con ocasión de la inauguración del nuevo año judicial*. 26 de enero. Libreria Editrice Vaticana. Ciudad del Vaticano.
- _____ (Benedicto XVI). (2008e). *Discurso a un Congreso con ocasión del 25º Aniversario de la Promulgación del Código de Derecho Canónico*. 25 de enero. Libreria Editrice Vaticana. Ciudad del Vaticano.
- _____ (2008f). Lo que cohesiona al mundo. Los fundamentos morales y prepolíticos del estado liberal. *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*. Habermas, J. & Ratzinger, J. Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México.
- _____ (Benedicto XVI). (2009). *Carta encíclica Caritas in veritate*. Libreria Editrice Vaticana. Ciudad del Vaticano.
- _____ (Benedicto XVI). (2010). *Discurso en Westminster Hall*. 17 de septiembre. Libreria Editrice Vaticana. Londres, Inglaterra.
- _____ (Benedicto XVI). (2011). *Discurso en el Parlamento Federal Alemán*. 22 de septiembre. Libreria Editrice Vaticana. Berlín, Alemania.
- _____ (Benedicto XVI). (2012a). *La razonabilidad de la fe en Dios*. Audiencia general, 21 de noviembre. Libreria Editrice Vaticana. Ciudad del Vaticano.
- _____ (Benedicto XVI). (2012b). *Discurso al Tribunal de la Rota Romana por la inauguración del año judicial*. 21 de enero. Libreria Editrice Vaticana. Ciudad del Vaticano.
- _____ (Benedicto XVI). (2018). La multiplicación de los derechos y la destrucción del concepto de derecho. *Liberar la libertad. Fe y política en el tercer milenio*. Textos selectos, Vol. 2. Biblioteca de Autores Cristianos (BAC). Madrid, España.
- Red de Derechos Humanos y Educación Superior (DHES). (2013). *Protección multinivel de derechos humanos. Manual*. Bandeira, G., Urueña, R. y Torres, A. (Coordinadores). Barcelona, España.
- Romero, J.A. (2018). *Teoría hermenéutica contemporánea. Epistemología de las ciencias sociales*. Volumen II. 2ª edición. Editorial y Librería Kyrios. Guatemala, Guatemala.



CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD PARA RESOLVER LA FALTA DE TEMPORALIDAD DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE BIENES REGULADAS EN LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

*Proportion criteria to resolve the lack of temporality of the asset seizure
measures regulated in the Ley de Extinción de Dominio
[Guatemalan Forfeiture Law]*

Rosa María López Yuman

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria,
Universidad de San Carlos de Guatemala

Magister en Criminología,
Universidad de San Carlos de Guatemala y Universidad de la Habana, Cuba

Magister en Género y Justicia,
Universidad Mariano Gálvez

Jueza de Primera Instancia de Extinción de Dominio

romly1407@hotmail.com

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.12>

Fecha de recepción: 13/09/2019
Fecha de aceptación: 20/02/2020

SUMARIO

Introducción

1. Parámetros generales para la resolución de conflictos constitucionales
2. Contexto de los límites al derecho de propiedad en Guatemala
3. La atemporalidad de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio frente al interés social

Reflexión final

Bibliografía

Resumen

La protección que en Guatemala se efectúa del derecho a la propiedad privada está articulada en dos niveles, uno es el nivel constitucional y el segundo el que se efectúa por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y no obstante en ambos se le reconoce el estatus de fundamental, debido a que se le clasifica como un derecho condicionable o no absoluto, puede verse sometido a restricciones, estando dentro de ellas las medidas cautelares reales que se decretan en sede de extinción de dominio. Debido a que el artículo 22 de la ley de la materia no fija un plazo máximo de duración, se produce una colisión entre los derechos individuales de un particular (uso y libre disposición de los bienes) y el interés social, fundamento último de la lucha contra la delincuencia organizada, la corrupción y descooptación del Estado; por lo que para dirimir tal conflicto se hace necesario acudir en cada caso particular, a los criterios de proporcionalidad para establecer un balance entre lo que se pretende obtener y el derecho que se pretende restringir a fin de evitar una intervención estatal innecesaria o excesiva.

Palabras clave: propiedad privada, derecho fundamental, restricciones, medidas cautelares, extinción de dominio, criterios de proporcionalidad.

Abstract

The protection of the right to private property in Guatemala is assembled at two levels, one is at the constitutional level and the second one is done by the American Convention on Human Rights, however in both of them it is recognized with the status of being fundamental, since it is classified as a conditional or not absolute right, it can be subjected to restrictions, one of these restrictions are the real precautionary measures that are ruled in the Forfeiture Courts. Since the article 22 of the law of this matter does not fix a maximum period of time, there is a conflict between the individual rights of an individual ty (use and free disposal of the assets) and the ultimate social interest underwriting the fight against the crime of the world corruption and disoperation of the State; therefore in order to resolve such conflict it is necessary to use in each particular case, the proportionality criteria to establish a balance between what can be obtained and the right that is pretended to be restricted in order to avoid an unnecessary or excessive state intervention.

Keywords: private property, fundamental right, restrictions, precautionary measures, extinción de dominio [Guatemalan Forfeiture], proportion criteria.

INTRODUCCIÓN

A través del presente ensayo se pretende destacar que si bien las juezas y los jueces suelen operar con la ficción de la coherencia del orden jurídico, como si éste tuviera su origen en un sujeto único y omnisciente, lo cierto es que ese conjunto de normas que conforman el Derecho positivo es el fruto de actos de producción normativa sucesivos en el tiempo y que responden además a intereses e ideologías heterogéneas; de ahí que no estén exentas de que entre ellas se puedan presentar colisiones en casos concretos, representando una difícil tarea el tener que resolver tales conflictos cuando estos surgen entre derechos fundamentales, suponiendo uno de ellos la restricción de otro; subrayando lo útil que resulta aplicar como parámetro el principio de proporcionalidad, para resolver de la forma más efectiva la posible colisión que en forma concreta pueda darse entre derechos fundamentales, particularmente el que tiene lugar cuando se restringe el derecho a la disposición de la propiedad de bienes por tiempo indeterminado al imponerse medidas de aseguramiento sobre los mismos; evento que ocurre con no poca frecuencia en el medio guatemalteco a partir de la vigencia de la Ley de Extinción de Dominio.

1. Parámetros generales para la resolución de conflictos constitucionales

El problema esencial que se plantea en la solución de conflictos entre normas o principios constitucionales, a los que, se aclara se les llama así porque

... en su estructura están conformadas por un supuesto de hecho que consiste en la abstracción de la conducta pero que es general e indeterminada, por lo que tienen una significación de principio y junto con esa faceta están conformadas por una regla, (Guastini, 2007, pág. 632)

es que se trata de un conflicto de derechos fundamentales¹ y no de un conflicto entre normas, por lo tanto, entre los mismos no hay jerarquía ni relación entre género y especie.

1.1 Características.

Los conflictos constitucionales presentan como características:

... en primer lugar, que se trata de un conflicto entre normas que emanan en el mismo momento; tienen el mismo estatuto formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del Derecho; se trata de un conflicto en concreto y finalmente se trata de un conflicto parcial bilateral (Prieto Sanchis, 2002, pág. 97).

En la práctica cuando se produce una de estas contradicciones la solución puede consistir en el triunfo de una de las normas, en la búsqueda de una solución que procure satisfacer ambas, sin que se pueda pretender que en otros casos de conflicto el resultado haya de ser el mismo.

¹ El concepto de derechos fundamentales es un concepto que se ha construido desde las constituciones y se está consolidando desde la perspectiva del derecho transnacional, “constituyen una constante histórica y teórica en todas las latitudes y marcan un horizonte social y temporal, dados los profundos alcances de su poder transformador con la sociedad, que el iuspositivismo definitivamente no logra comprender con sus categorías normativas.” (Landa, 2002, pág. 3). Según Alexy se caracterizan por tener: “máxima fuerza jurídica, máxima importancia de su objeto y máximo grado de indeterminación.” (Cardenas Garcia, 2005, pág. 126).

1.2 Principio de proporcionalidad.

Por las particularidades que presentan las colisiones constitucionales, para resolverlas se acude de manera recurrente por las juezas y los jueces constitucionales al principio de proporcionalidad, por medio del cual el poder público realiza un balance entre lo que se pretende obtener y el derecho que se pretende restringir. En ese sentido, el principio de proporcionalidad,

... es formulado como criterio de justicia de una relación adecuando medio-fines en los supuestos de injerencias de la autoridad en la esfera jurídica privada, como expresión del cometido, de lo justo, de acuerdo con un patrón de moderación que posibilite el control de cualquier exceso mediante la contraposición del motivo y de los efectos de la intromisión (Murillo, 2001, pág. 4).

En consecuencia, el principio de la proporcionalidad se trata de un principio inmanente al Estado de derecho, apareciendo como aquella exigencia que impone la protección del individuo contra intervenciones estatales innecesaria o excesiva que graven al ciudadano más de lo que es indispensable para la protección de sus intereses públicos.

Por lo general, el principio de proporcionalidad no se encuentra explícitamente consagrado en los textos constitucionales, de tal manera que su desarrollo se ha dado a través de la jurisprudencia.

1.3 Principio de razonabilidad.

El principio de razonabilidad se ha formulado para limitar la discrecionalidad de la función pública, y a su vez para procurar la conformidad de las normas jurídicas con el principio de razonabilidad como parámetro de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, un acto limitativo de derechos será razonable cuando cumpla con una triple condición: la primera será la necesidad; la segunda se refiere a la idoneidad, es decir, si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada, y la tercera,

corresponde a la proporcionalidad, pues ha de hacerse la comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone.

Según Alexy, la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto, son los tres subprincipios que conforman al principio de proporcionalidad, y adiciona que al ser utilizados para interpretar los derechos fundamentales es “tratar a estos como requisitos de optimización, es decir como principios y no simplemente como reglas (...)” (Alexy, 2003, pág. 161).

Los principios de idoneidad y necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible y en cuanto al tercer subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, está enfocado en la optimización de posibilidades jurídicas.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que jueguen en sentido contrario; el mismo es idéntico a la ley de ponderación que establece: “cuando mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.” (Zarazua Herrera, 2018, pág. 208).

La ley de ponderación se puede dividir en tres pasos: en el primero se hace preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; en el segundo, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario, y en el tercero, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Cabe subrayar que la teoría de los principios siempre ha enfatizado que la ponderación no es un procedimiento que en cada caso conduzca necesariamente a un único resultado, lo cual obedece a que “la ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto” (Guastini, 2007, pág. 636).

Se alude a una “jerarquía móvil” (Guastini, 2007, pág. 636), en el sentido que el juez o la jueza no evalúa el valor de los dos principios en abstracto de una vez por todas o en definitiva, esto es, que no instituye entre los dos principios una jerarquía fija y permanente, pudiendo ésta variar en cada caso particular.

2. Contexto de los límites al derecho de propiedad en Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala promulgada en 1985 “producto de un pluralismo político que dejó atrás las terribles y prolongadas tiranías de Manuel Estrada Cabrera, Jorge Ubico y Miguel Ydigoras Fuentes” (Flores Juárez, 2009, pág. 135), entre otros, consagra el derecho a la propiedad privada.

El artículo 39, señala que:

Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos. (Asamblea Nacional Constituyente, 1985).

Del texto precitado, es dable colegir que el derecho a la propiedad privada no es absoluto, sino que es propio de la vida en sociedad, por lo que debe ejercerse dentro del marco de la ley y además el Estado debe garantizar el ejercicio de tal derecho real, velando que el individuo alcance su propio progreso así como que ese ejercicio permita el beneficio de todas y todos los guatemaltecos, es decir, que intrínsecamente se consagra la función social que debe cumplir la propiedad, aun cuando no se establece taxativamente, como sí lo hacia la “Constitución de 1945.”²

² “En la Constitución guatemalteca de 1945, regida por un pensamiento económico y social en el cual la propiedad dejó de ser un derecho individual, incluyéndose su regulación dentro del título IV que comprendía el régimen económico y hacendario del Estado. El artículo 90 de la misma estipulaba: El Estado reconoce la existencia de la propiedad privada y la garantiza como función social sin más limitaciones que las determinadas en la ley por motivos de necesidad o utilidad pública o de interés nacional”. (Pereira, 2004, pág. 203).

Se hace referencia a dicho aspecto porque la prelación entre principios, en un momento dado puede guardar correlación con la afinidad ideológica en la que se promulgó la ley fundamental de cada Estado, dependiendo además de ello en alguna medida, la interpretación garantista de forma individual o colectiva y el uso y goce de esos derechos.

Respecto a que el derecho a la propiedad privada no es absoluto y por ende admite limitaciones, la Corte de Constitucionalidad en diversos fallos ha precisado:

La propiedad privada se reconoce como un derecho inherente a la persona, por concurrir al desarrollo de la persona y, por ende, de su familia, a quienes el Estado dispensa protección primaria; ello sin perjuicio, claro está, que por ley puede ser limitada su disposición cuando sea contraria a los fines sociales o necesaria a la realización del bien común o interés social, que se erige en prevalente como especialmente lo señala el artículo 44 constitucional. (Corte de Constitucionalidad, 1996, 2005).

Si bien es cierto, en la interpretación efectuada por la Corte de Constitucionalidad del precitado artículo 39 se aprecia la tendencia orientada a fines que conlleva a que si las circunstancias lo exigen los derechos individuales pueden ser sacrificados en razón de fines colectivos; ello no debe llevar

... al equívoco de que se pretende imponer la idea abstracta o general de que los derechos sociales, en razón de su conexión con intereses generales o necesidades colectivas, prevalecen *prima facie* sobre los derechos individuales, es decir la prevalencia de lo colectivo sobre lo individual. (Casal, 2015, pág. 43).

Respecto a que el derecho a la propiedad admite determinados límites, también se regula en el artículo 21.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH- al señalar que “la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social, inciso que tiene en cuenta las posibles limitaciones, intromisiones o interferencias al uso y goce de la propiedad impuestas por el Estado.” (Gonza, 2017, pág. 509).

En ese sentido, en su jurisprudencia la Corte Interamericana ha establecido que el Estado puede restringir los derechos a la propiedad contemplados en el artículo 21 de la Convención si tal restricción responde “a los intereses de la sociedad”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

Para la Corte Interamericana, “los conceptos de “orden público” o “el bien común”, derivados del interés general, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de una “sociedad democrática” que tengan en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

Para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido. Por consiguiente, para que las restricciones puedan considerarse de interés de la sociedad se requiere: “a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) sean proporcionales; y d) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005).

Por lo tanto,

... el examen de las limitaciones a los derechos, y de las colisiones subyacentes, incorporando el parámetro de la compatibilidad con la democracia (...) se resume en la exigencia de que las restricciones a los derechos humanos tengan justificación en una sociedad democrática (...) y en que la ponderación entre los bienes correspondientes no ha de desconocer la posible trascendencia democrática de las vías consideradas para componer el conflicto suscitado. (Casal H., 2009, pág. 71).

Nótese pues, como la Corte Interamericana ha fijado de manera puntual los aspectos que han de tenerse en cuenta para valorar la legitimidad de la afectación a un derecho fundamental, requisitos que deben observarse siempre, pero sin desconocer además el contexto de cada caso en concreto.

Habiéndose admitido entonces, que el derecho a la propiedad es uno de los derechos fundamentales susceptible de ser restringido; conviene mencionar que la razón general que justifica la intervención del mismo en Guatemala, está basado en “el incremento de la criminalidad y para dar cumplimiento al compromiso adquirido con la comunidad internacional en concordancia con las Convenciones Internacionales suscritas y ratificadas por el Estado”,³ según lo argumentado por el Congreso de la República de Guatemala al promulgar la Ley de Extinción de Dominio,⁴ la cual es el único marco legal con el que se cuenta en dicha materia.

La Ley de Extinción de Dominio contempla dentro de su articulado la naturaleza de la acción de extinción de dominio, siendo esta jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial.

2.1 Titulares del derecho de propiedad.

En su texto, la Ley de Extinción de Dominio establece, contra quien se dirige la acción, es decir, contra todos aquellos titulares de derechos reales o presuntos, los beneficiarios reales de los bienes, sin perjuicio de los derechos que corresponden a los terceros de buena fe exentos de culpa sin simulación de negocio.

Lo que se traduce en que dichas personas son a su vez las titulares del derecho, a los que se adicionan los niños, niñas y adolescentes quienes pueden invocarlo a través de sus representantes legales en el ejercicio de la patria potestad; ocurriendo lo propio en el caso de las personas afectadas

³ Guatemala es parte de las siguientes convenciones, en su lucha contra el crimen organizado: Convención Única de las Naciones Unidas de 1961 y su Protocolo de 1972; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (Convención de Viena); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción 2003; Las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Lavado de Activos -GAFI-.

⁴ “El Decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala, contentivo de la Ley de Extinción de Dominio, fue emitido el 7 de diciembre de 2010, promulgada y sancionada el 23 de diciembre de 2010 y publicado en el Diario Oficial el 29 de diciembre de 2010, habiendo entrado en vigencia 6 meses después de dicha publicación.” (Salazar Landinez, 2019, pág. 38).

por discapacidad mental; no estando exentos a la titularidad del derecho los extranjeros⁵ y los representantes de la mortual, toda vez que la muerte del titular del derecho, no extingue el ejercicio de la acción, ni la hace cesar, suspender o interrumpir. (Congreso de la República de Guatemala, 2010).

2.2 Medidas cautelares en la fase de investigación.

Como parte del procedimiento especial para que proceda la declaratoria de extinción de dominio de bienes en cuya adquisición o utilización ha mediado la comisión de actividades ilícitas, se encuentra, que en la fase investigación puedan decretarse medidas cautelares reales, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia, que en el caso de extinción de dominio, es desapoderar de los bienes a la delincuencia común y organizada para que ya no sean destinados a la realización de actividades ilícitas en perjuicio del interés social; radicando en dicho punto la justificación específica para la intervención al derecho.

El artículo 22 de la Ley de Extinción de Dominio establece que, en la fase de investigación, a solicitud del agente fiscal designado, el juez o la jueza competente puede decretar sobre los bienes objeto de la acción de extinción de dominio, cuando se den las condiciones necesarias, las medidas cautelares pertinentes.

Tratándose las medidas de aseguramiento de una forma de limitación al derecho de propiedad, de conformidad con la teoría de los derechos fundamentales, se hace necesario que cumplan al menos con dos requisitos: el primero de ellos es que se encuentre regulada en una ley⁶ en sentido formal y material.

⁵ Generalmente en los procesos de extinción de dominio relacionados a la actividad ilícita de tránsito internacional de drogas para lo cual se han utilizado vehículos marítimos o aéreos, se convoca a las personas extranjeras para que reivindiquen el derecho de propiedad de tales bienes; entre otros se pueden mencionar los expedientes: 01175-2017-00051, 01175-2018-00014, 01175-2018-00018, 01175-2018-00021, 01175-2018-00034, 01175-2018-00042 y 01175-2018-00097.

⁶ La Corte IDH al dar respuesta a la pregunta del Gobierno de Uruguay sobre la interpretación de la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención, por unanimidad respondió “que la palabra leyes (...) significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente prescritos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los

En segundo término, la normativa que contiene tal restricción debería ser suficientemente clara y específica; esto es el requisito de legalidad que exige que las causas de restricción estén “expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley que sean necesarias para asegurar el fin legítimo perseguido y que no deban de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario el derecho afectado.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004a, 2004b y 1985).

Respecto al primero de los requisitos no se advierte problema alguno, en tanto el precitado artículo 22 de la Ley de Extinción de Dominio, prescribe el momento, las clases y formalidades que han de cumplirse para decretar las medidas cautelares, es decir que se trata de una Ley emanada del Órgano Legislativo y por lo tanto es una ley formal.

No obstante, resulta que en lo que respecta al segundo requisito, es decir que la norma ha de ser expresa y taxativa, no lo cumple, debido a que los derechos fundamentales por ser principios,

... exigen que la certeza de las premisas empíricas que sustentan la intervención, sea mayor en cuanto más intensa sea la intervención en el derecho, siendo dicho requisito el que conduce a la regla de ponderación según la cual: cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención.” (Alexy, 2002, pág. 33).

De lo cual resulta que la norma prescrita en el artículo 22 de la Ley de Extinción de dominio no genera certeza, por cuanto omite indicar cuál es el plazo máximo que puede durar dicha restricción, en tal razón no cumple con el principio de legalidad.

El principio de legalidad implica que toda norma debe redactarse con la mayor precisión o exactitud posible, para evitar cualquier decisión subjetiva o arbitraria del juez o jueza, y es que como dice Roxin, una ley indeterminada o imprecisa poco puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no

Estados Parte para la formación de las leyes. Corte IDH. La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos solicitada por el Gobierno de la República Oriental de Uruguay. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986).

implica una autolimitación estatal y porque es contraria al principio de división de poderes, permitiéndole al juez o jueza, realizar la interpretación que quiera y de esta forma invadir la esfera legislativa. (Roxin, 1997, pág. 172).

En ese sentido, al no fijar el artículo 22 de la Ley de Extinción de Dominio el lapso máximo por el que puede subsistir una medida cautelar, deja a cargo del juez o jueza la decisión, en primer término de fijar o no un plazo para que la misma concluya, y en segundo lugar, de fijar un término debido a que no existe un parámetro entre un mínimo y un máximo de días, meses o años, el mismo también será discrecional, con el agravante de que pudiera ser que en dos procesos similares, para uno se fije un plazo de seis meses y para el otro de dos años, lo que implica darle un margen de discrecionalidad desproporcionada.

La Corte Interamericana, en gran parte de su jurisprudencia ha interpretado el principio de legalidad en forma estricta al analizar las restricciones legítimas a los derechos establecidos en la Convención Americana, señalando que “constituyen un elemento esencial para evitar la arbitrariedad en las decisiones de los Estados.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004).

En ese escenario y desde la entrada en vigencia de la Ley de Extinción de Dominio, se decretaron a petición de las y los Agentes Fiscales de la Unidad de Extinción de Dominio Adscrita a la Fiscalía Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, en el año 2012, en 7 procesos, medidas cautelares sobre distintas clases de “bienes”,⁷ en el año 2013 el número de procesos en los que se decretaron medidas de aseguramiento fueron 15, en el año 2014 ascendieron a 18 el número de procesos, mientras que en los años 2015 y 2016, que fue cuando tuvo lugar la renuncia de Otto Pérez Molina como Presidente y de Ingrid Roxana Baldetti Elías de la Vicepresidencia, vinculándoseles a ambos, entre otros, en los casos penales conocidos como “La Línea” y “Cooptación del Estado”, los procesos de medidas cautelares se incrementaron a 27 y 44 respectivamente, descendiendo

⁷ La Corte Interamericana en el caso Ivcher Bronstein vs. Perú, ha interpretado en forma amplia el concepto de bienes, indicando que dicho concepto comprende: “i) todos los muebles y los inmuebles, ii) los elementos corporales e incorporeales y iii) cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001). Serie C, No, 74; párrafo 122.

a un total de 16 y de 11 procesos con medidas cautelares en los años 2017 y 2018.⁸

Los procesos mencionados permanecen en su mayoría en ese estado hasta la fecha en que se concluyó este ensayo (abril 2019); es decir, que los primeros mencionados tienen un lapso mayor a seis años en el cual los propietarios o poseedores de los bienes no han podido disponer de los mismos.

Lo anterior a pesar que una vez decretada la medida de aseguramiento sobre el bien y efectuada la respectiva anotación en el registro público que corresponda, se le notifica a la persona que pudiera resultar afectada e incluso a los terceros interesados, para darles la oportunidad de impugnar la resolución a través del recurso de apelación, que es el único que procede en la vía ordinaria⁹, cabe resaltar que la mayoría de recursos planteados no prosperan, por lo tanto, la resolución mediante la cual se decretaron las medidas cautelares queda incólume; por lo que la persona afectada únicamente puede acudir al amparo¹⁰.

No obstante, se ha remarcado que los procesos en los que se encuentran bienes sujetos a medidas cautelares ascienden a casi 140, solamente en uno de ellos se ha discutido lo relativo a la fijación de un plazo límite para que el

⁸ Fuente: Libro de registro de procesos de la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de Extinción de Dominio.

⁹ Cfr. Art. 22 de la Ley de Extinción de Dominio. “Contra las resoluciones que ordenen las medidas cautelares cabe recurso de apelación por inobservancia o indebida aplicación de la presente ley. Será interpuesto únicamente por quien tenga interés directo en el asunto ante la sala de apelaciones, en un plazo de cuarenta y ocho horas, y deberá ser examinado y resuelto sin debate en un plazo no mayor de veinticuatro horas, sobre la base del memorial de apelación y la intervención oral del agente fiscal y el interesado.” (Congreso de la República de Guatemala, 2010).

¹⁰ “El Amparo es un instrumento que previene la vulneración de los derechos fundamentales o los restaura en caso de conculcación, (...) descansa en la necesaria concurrencia de ciertos elementos: es indispensable que exista un nexo de autoridad, concibiéndose generalmente a la autoridad como una potestad que ejerce, en exclusiva, el Estado, ente investido del poder de imperio. Un elemento subjetivo, configurado en las personas que intervienen en la relación de autoridad: el ente depositario de la misma se extralimita, al punto de la arbitrariedad, afectando la esfera de derechos de otra persona, que se identifica como el agraviado. Un elemento conductual, constituido por el proceder activo u omisivo, de quien ejerce la autoridad identificado como acto reclamado, el cual, conlleva inobservancia de la ley y por tanto lesiona la esfera de derechos del postulante.” (Flores Juarez, 2009, pág. 274 y 275).

Ministerio Público presente la acción de extinción de dominio respecto de los bienes cautelados y de no hacerlo se proceda a la cancelación de la misma y en consecuencia se ordene la devolución del bien a su propietario o poseedor, siendo este el que se examina a continuación.

Adelantándose que se observa la ausencia de un proceso de ponderación, en la resolución adoptada por la Sala de Apelaciones constituida en Tribunal extraordinario de Amparo.

3. La atemporalidad de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio frente al interés social

3.1 El caso.

El 1 de junio del año 2015, en el proceso número 01175-2015-00028 se convalidaron medidas cautelares de embargo sobre las sumas dinerarias depositadas en tres cuentas monetarias en quetzales de una persona a quien en el ramo penal se le sindicó que en el período del presidente Otto Fernando Pérez Molina, realizó actividades ilícitas de cohecho activo y lavado de dinero u otros activos.

Transcurridos 2 años, esto es el 11 de julio del año 2017, a solicitud de la persona afectada, se celebra audiencia con la pretensión que se ordene el levantamiento de las medidas cautelares en tanto la prolongación de las mismas le causaba perjuicio al no poder disponer de dicho dinero o en su defecto se le fijara un plazo a la fiscalía para que presentara la correspondiente acción de extinción de dominio.

Discutidas y analizadas las peticiones, la jueza se decanta por fijarle un plazo prudencial de 2 años al Ministerio Público, atendiendo a la complejidad del asunto, para que presentara la acción de extinción de dominio relacionada a los bienes cautelados o bien requiriera el levantamiento de la misma; argumentando que la naturaleza de las medidas cautelares es provisional más no indefinida.

Inconforme con lo resuelto, el Ministerio Público plantea acción de amparo ante la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal de Procesos de Mayor Riesgo y Extinción de Dominio, constituida en Tribunal Constitucional de Amparo, argumentando violación al debido proceso por haberse celebrado audiencia que no está regulada en la ley de la materia ni en ley supletoria y por haberse resuelto sin fundamentación jurídica la fijación del plazo de 2 años para culminar la investigación, debido a que el artículo 22 de la Ley de Extinción de Dominio no contempla un plazo de duración para las medidas de aseguramiento.

La Sala de la Corte de Apelaciones constituida en Tribunal Constitucional de Amparo, el 30 de octubre del año 2017 resuelve no otorgarle el amparo solicitado al Ministerio Público, considerando que

... por el carácter provisional de las medidas cautelares, las mismas no pueden durar indefinidamente, de lo contrario perderían o transgredieran (sic), y que no obstante ya habían transcurrido 2 años desde que la misma fuera decretada, la juez estaba fijando un plazo de 2 años más para que el Ministerio Público efectuara la petición oportuna (Sala de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal de Procesos de Mayor Riesgo y de Extinción de Dominio de Guatemala, 2017).

Resolución que a su vez fue motivo de apelación por la fiscalía, pero que a la fecha aún no ha sido resuelta, por la Cámara de Amparo y Antejudio de la Corte Suprema de Justicia.

3.2 Análisis del caso.

En el caso expuesto la ponderación del Tribunal debió suscitarse entre los derechos constitucionales de la persona afecta a disponer de sus bienes una vez ha transcurrido un lapso excesivo desde que se decretó la medida de aseguramiento, por un lado, y el interés social que se pretende proteger, mediante el decreto de medidas de aseguramiento recaídas sobre bienes con una alta probabilidad de ilicitud, y si bien se estima que el combate a la delincuencia común y organizada desapoderándola de las riquezas obtenidas a través de actividades ilícitas para debilitarlos, en principio es un interés legítimo que puede sustentar la limitación del derecho fundamental a la propiedad privada, ello no releva de la obligación de hacerlo bajo la observancia del debido proceso.

Puede advertirse que la Sala Constitucional al realizar el examen de las colisiones constitucionales que le fueron planteadas, no hizo interpretación alguna respecto al derecho de dirigir peticiones ante la autoridad y la obligación de esta a tramitarlas y resolverlas, en relación al libre acceso a los tribunales que toda persona tiene para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos, establecidos ambos en los artículos 28 y 29 de la Constitución, en atención a la observancia al debido proceso; pese a ser una de las inconformidades de la fiscalía.

Con el límite temporal se pretende evitar que la duración excesiva de las medidas cautelares produzca una situación de incertidumbre con relación a los derechos y garantías constitucionales a proteger en el fondo de la cuestión a resolver, y, asimismo, de las partes involucradas.

Otro factor a tener en cuenta para determinar la subsistencia de las medidas cautelares, sería la actitud procesal asumida por el actor del proceso en la tramitación de la causa, en tanto no debe perderse de vista que se trata de un particular que litiga contra el Ministerio Público, de ahí que resulte de trascendental importancia la observancia del debido proceso, como derecho que debe ser garantizado a toda persona, por igual, independientemente de su condición de demandante, demandada o incluso tercero.

En cuanto a las garantías mínimas del debido proceso aplicables a otras materias distinta de la penal, en el caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala, la Corte Interamericana, en el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, el mismo explica el importante desarrollo jurisprudencial que ha tenido el Tribunal Interamericano respecto a cada una de las garantías judiciales establecidas en los artículos 8.1 y 8.2 del Pacto de San José; puntualizando que,

(...) han tenido un impacto importante en los procedimientos penales, sino también (...) se extienden a procedimientos de índole civil, laboral, fiscal o de otra índole, toda vez que “en este tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016).

Señala además el juez:

(...) ha sido criterio de este Tribunal Interamericano establecer que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso, y que el incumplimiento de una de esas garantías conlleva una violación de dicha disposición convencional. Bajo esta amplia concepción, estas garantías judiciales han sido extendidas a diversos procedimientos, en los 201 casos resueltos hasta ese momento por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH-, se ha declarado la violación del artículo 8 (en cualquiera de sus apartados) en 161 ocasiones, de las cuales en 32 casos el Tribunal Interamericano se ha referido a las garantías mínimas contempladas en el artículo 8.2 (en sus diferentes incisos) aplicables en los procedimientos penales, civiles, laborales, fiscales o de otra índole. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016).

Forma parte del debido proceso, el que el mismo se substancie en un plazo razonable, sobre todo atendiendo al carácter precautorio de las medidas cautelares que debe ser compatible con la naturaleza expedita y rápida de la acción de extinción de dominio, que a su vez debe ser conforme a los criterios del plazo razonable fijados por la Corte IDH.

En lo tocante al plazo razonable, aspecto medular del conflicto, el Tribunal Constitucional se limitó a señalar que por la provisionalidad que caracteriza a las medidas de aseguramiento las mismas no pueden tener una duración indefinida, estimándose que no es un razonamiento completo tendiente a dirimir el punto en discusión, puesto que ni aun de forma abstracta hace referencia a la aparente superioridad de los derechos de la colectividad sobre los derechos individuales a que se alude en el artículo 39 de la Constitución antes transcrito, mencionándose que tal superioridad es aparente porque tratándose de la garantía de derechos fundamentales, la existencia de los mismos no puede ser desconocida por la voluntad de la mayoría como ya se apuntó.

Por su parte, el Tribunal Interamericano, en lo que concierne al plazo razonable ha señalado que “el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma una violación de las garantías judiciales.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016).

La Corte IDH ha establecido que es preciso tomar en cuenta cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: “a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales y d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016).

Se esperaría entonces, que cuando la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia proceda a resolver la apelación del Amparo promovido, lo haga tomando en consideración la importante jurisprudencia asentada por la Corte Interamericana en el año 2007 en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, en la que analizó el derecho a la propiedad, de la mano del artículo 21.1 y 21.2 estudiando los elementos necesarios que se deben presentar en una limitación a un derecho que no es absoluto, para que dicha limitación sea considerada convencional.

Primero, aclaró que el Estado tiene facultades para restringir el derecho a la propiedad en el marco de investigaciones y que la existencia de dichas restricciones en una ley no conlleva *per se* una violación alguna al artículo 21 de la Convención.

Segundo, enmarcó su razonamiento en los elementos necesarios para que una limitación pueda ser legítima, y reconoció que en el caso particular las causales de restricción provenían de una ley, tal como lo exige la Convención.

Tercero, interpretó que no es suficiente la existencia de la causal de limitación en una ley, sino que tales limitaciones deben tener fines legítimos buscados por el Estado como lo es: i) evitar que los bienes continúen siendo utilizados en actuaciones ilícitas, ii) procurar el éxito de la investigación, iii) garantizar las responsabilidades pecuniarias que podrían declararse como resultado del proceso, o iv) evitar la pérdida o deterioro de la evidencia.

Cuarto, exigió que la medida cautelar real debe justificarse previamente en la inexistencia de otro tipo de medidas menos restrictivas del derecho de propiedad.

Quinto, señaló que deben existir indicios claros de su vinculación con el ilícito, siempre y cuando ello sea necesario para garantizar la investigación, el pago de las responsabilidades pecuniarias a que haya lugar o evitar la pérdida o deterioro de la evidencia.

Sexto, indicó que deben ser ordenadas y supervisadas por funcionarios judiciales.

Séptimo, declaró que deben ser levantadas si desaparecen las razones que justificaron la medida precautoria y que el juez debe valorar la pertinencia de continuar con la restricción, aún antes de la finalización del proceso.

Remarcando que este punto es de la mayor importancia, dado que, si los bienes no siguen cumpliendo un papel relevante para continuar o impulsar la investigación, la medida cautelar real debe ser levantada, so pena de convertirse en una pena anticipada. Este último evento constituiría “una restricción manifiestamente desproporcionada del derecho a la propiedad.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

Interpretación normativa que por devenir de la Corte Interamericana quien es la interprete última del Pacto de San José, reviste gran importancia al momento de efectuarse un análisis de proporcionalidad, en tanto involucra la concordancia práctica y la optimización de los bienes en colisión.

La jurisprudencia citada, es aplicable en el caso de análisis porque las medidas precautorias no tienen autonomía procesal y sustancial, por lo que de no tomarse en consideración los parámetros para fijar un plazo razonable para su subsistencia, se desnaturaliza la finalidad con ellas perseguida, pudiendo dar lugar a que se utilicen abusivamente; por otra parte, porque conforme a la doctrina del control de convencionalidad de oficio los jueces y juezas deben aplicar en sus resoluciones la jurisprudencia de la Corte IDH.

REFLEXIÓN FINAL

A pesar que en la actualidad el tratamiento de las colisiones constitucionales es un tema neurálgico, que exige que los jueces y las juezas constitucionales al resolver un conflicto de esta naturaleza lo realicen aplicando un proceso de proporcionalidad o ponderación, que implica “evitar una simple ponderación abstracta de bienes, procurar la concordancia práctica y la optimización de los bienes en colisión, no ignorar los principios formales eventualmente involucrados y examinar las colisiones con el prisma del sistema democrático.” (Casal H., 2009, pág. 67).

En Guatemala, en lo que respecta a la materia de Extinción de Dominio, específicamente a la restricción al derecho de propiedad mediante la imposición de medidas cautelares reales, aún no existe jurisprudencia emanada de la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia ni de la Corte de Constitucionalidad que constituyan estándares claros y sólidos en el uso de restricciones a la propiedad.

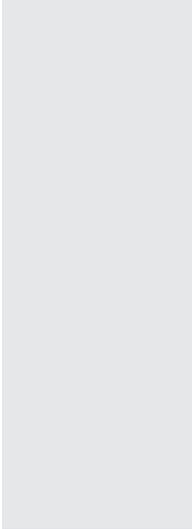
Confiándose que cuando cada vez más casos como el expuesto lleguen a esas instancias estén en la disposición de reconocer explícitamente los conflictos entre derechos constitucionales e inclinándose por realizar una argumentación ponderativa en el caso concreto a examinar y las circunstancias en que tal colisión se plantea apartándose de la preponderancia apriorística de los intereses colectivos sobre los individuales, en que se ha incurrido en otros Estados de Latinoamérica.

Además, representa un desafío para las juezas de Primera Instancia de Extinción de Dominio, el fijar límites a la indeterminación temporal de las medidas de aseguramiento que afectan al derecho a la propiedad como derecho humano, que como tal, requiere el mismo nivel de atención vigilancia y limite a los poderes del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (s.d. de s.m. de 2002). *Revista de Derecho Constitucional*. Recuperado el 2 de abril de 2019, de Epilogo a la teoria de los derechos fundamentales: <http://www.DialnetEpilogoAlaTeoriaDeLosDerechosfundamentales29939pdf>.
- Alexy, R. (2003). *Teoria de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España: Impresa Fareso, S.A.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitucion Politica de la Republica de Guatemala*. Guatemala: Tipografia Nacional.
- Cardenas Garcia, J. (2005). La argumentacion como derecho;. *Instituto de Investigaciones Juridicas, Universidad Nacional Autonoma de Mexico*, 126.
- Casal H., J. M. (2009). Las colisiones constitucionales en la reciente jurisprudencia constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XV*, 71 y 72.
- Casal, J. M. (2015). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La proteccion de los derechos sociales. Las Sentencias Estructurales*. Colombia: Konrad Adenauer-Stiftung.
- Congreso de la República de Guatemala. (2010). *Ley de Extincion de Dominio. Decreto 55-2010*. Guatemala: Tipografia Nacional.
- Corte de Constitucionalidad. (26 de septiembre de 1996). Sentencia dentro del expediente 305-95. Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad. (14 de julio de 2005). Sentencia dentro del expediente 264-2004. Guatemala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (13 de noviembre de 1985). Opinión consultiva 0C-5/85. La Colegiacion obligatoria de periodistas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (09 de mayo de 1986). Opinion Consultiva OC-6/86. Interpretacion de la palabra Leyes articulo 30 de la Convencion Americana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (06 de febrero de 2001). Sentencia Ivcher Bronstein vs. Peru. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2 de juliio de 2004). Sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de agosto de 2004). Sentencia Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de junio de 2005). Sentencia Comunidad Indigena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de noviembre de 2007). Sentencia Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (21 de noviembre de 2007). Sentencia Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (3 de mayo de 2016). Sentencia Maldonado Ordoñez vs. Guatemala. Excepcion Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Flores Juarez, J. F. (2009). *Constitucion y justicia constitucional/ Apuntamientos*. Guatemala: Impresos Guatemala.
- Gonza, A. e. (2017). *Derecho a la Propiedad Privada*. Guatemala: Konrad Adenauer-Stiftung.
- Guastini, R. (2007). Ponderacion: Un analisis de conflictos entre principios constitucionales; Palestra del Tribunal Constitucional. *Revista Mensual de Jurisprudencia, Año 2, No. 8, 632-633*.
- Landa, C. (s.d. de s.m. de 2002). *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Recuperado el 05 de abril de 2019, de Teoria de los Derechos Fundamentales: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.ht>.
- Murillo, M. (2001). Sobre los limites del control constitucional de razonabilidad. *Revista Iustitia*, 4 y 5.
- Pereira, A. y. (2004). *Derecho Constitucional*. Guatemala: Ediciones EDP De Pereira.
- Prieto Sanchis, L. (2002). Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderacion, Cuadernos de Derecho Publico No. 11. *Revista de Ciencias Sociales*, 97.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Madrid : Civitas S.A.
- Sala de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal de Procesos de Mayor Riesgo y de Extincion de Dominio de Guatemala. (30 de octubre de 2017). Sentencia dentro del proceso 01175-2017-00053.
- Salazar Landinez, S. M. (2019). *Manual de Extincion de Dominio*. Guatemala: Servi prensa.
- Zarazua Herrera, M. A. (2018). *Solucion de conflictos constitucionales. Instituto de Justicia Constitucional. Corte de Constitucionalidad, Opus Magna Constitucional Tomo XIV*. Guatemala: Grupo Impreso Unidos S.A.



**ANÁLISIS DEL DELITO DE ULTRAJE
A LOS SÍMBOLOS NACIONALES
(ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PENAL)**

*Analysis of the crime of outrage against national symbols
(article 416 of the Criminal Code)*

Luis Arturo Palmieri Núñez

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales,

Abogado y Notario, cum laude, de la Universidad Francisco Marroquín.

Abogado litigante. Profesor auxiliar de Derecho Procesal Constitucional
de la Universidad Francisco Marroquín.

luispalmieri@ufm.edu

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.13>

Fecha de recepción: 30/09/2019
Fecha de aceptación: 20/02/2020

SUMARIO

Introducción

1. El bien jurídico tutelado del delito de ultraje a los símbolos nacionales
2. La relación entre el delito de ultraje a los símbolos nacionales y el derecho a la libertad de expresión
3. Test de proporcionalidad como método para examinar la constitucionalidad de una norma penal

Conclusiones

Resumen

La presente obra pretende demostrar que el delito de ultraje a los símbolos nacionales, tipificado en el artículo 416 del Código Penal, constituye un límite al derecho de libertad de expresión que no logra satisfacer el test de proporcionalidad adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia. Como primer punto se esbozan algunas consideraciones respecto del delito, tales como el bien jurídico tutelado y la contextualización histórica del mismo. Seguidamente, se argumenta por qué el referido delito se relaciona directamente con el derecho a la libertad de expresión. Por último, se utiliza el test de proporcionalidad, que es una herramienta en donde se encuentran los límites a que está sujeta cualquier tipo de restricción a los derechos fundamentales, para demostrar que el referido delito constituye una limitación excesiva y desproporcionada al derecho a la libertad de expresión.

Palabras clave: derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, libertad de expresión, símbolos nacionales, símbolos patrios, test de proporcionalidad, derecho penal.

Abstract

The article intends to demonstrate that the crime of outrage against national symbols, included in article 416 of the Guatemalan Criminal Code, constitutes a limitation to the right of freedom of expression and does not satisfy the proportionality test adopted by the Inter-American Court of Human Rights in its jurisprudence. The article outlines some considerations regarding the crime, such as the legal good protected by it and its historical contextualization. Prior to performing the test of proportionality, it is necessary to show the relation of the crime with the right of freedom of expression. Finally, the proportionality test is performed to evidence that the crime of outrage against national symbols constitutes an excessive and disproportionate limitation to the right of freedom of expression.

Keywords: Constitutional Law, Constitutional Procedural Law, freedom of expression, national symbols, patriotic symbols, proportionality test, Criminal Law.

INTRODUCCIÓN

El debate sobre la constitucionalidad de delitos que sancionan conductas expresivas realizadas por medio de los símbolos patrios tiene una altísima importancia en una sociedad democrática, pues permite entrever la extensión y los límites del derecho a la libertad de expresión. Este debate, si bien es cierto nunca se ha dado en Guatemala, sí ha sido objeto de estudio en otras latitudes como Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Colombia.

El presente estudio tiene como objeto introducir el debate en Guatemala, y a la vez, demostrar que el delito de ultraje a los símbolos nacionales, contenido en el artículo 416 del Código Penal, contiene una restricción al derecho de libertad de expresión y no satisface el test de proporcionalidad creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para analizar si es legítima o no una restricción a un derecho fundamental.

La represión penal disfrazada de nacionalismo y protección a los símbolos nacionales es una práctica antidemocrática. Los tipos penales que sancionan el ultraje o menosprecio a los símbolos nacionales son resabios que los ordenamientos jurídicos arrastran —o al menos ese es el caso del orden jurídico guatemalteco— de épocas de autoritarismo, represión e intolerancia.

En el caso de Guatemala, el tipo penal se creó en una época donde existía una protección constitucional a dichos símbolos (en el artículo 66 de la Constitución de la República de Guatemala de 1965). Dicha protección era consecuente con la manifiesta intención del legislador constituyente de aquella época, cual era profundizar la tendencia anticomunista que nació desde que Carlos Castillo Armas comandó la rebelión contra el gobierno constitucional de Jacobo Árbenz Guzmán. En aquella época era inminente un conflicto armado interno y la alusión a los símbolos nacionales era una de las formas en que el gobierno de facto de esa época intentó impulsar una unidad nacional basada principalmente en una ideología anticomunista.

Resulta contrario a un régimen democrático y republicano de gobierno, el pretender, por medio de la amenaza penal, infundir amor y respeto a la patria.

No se puede obligar a los habitantes de un país a expresar simpatía y respeto a su patria, cuando esa misma patria, *so pena* de sanción penal, los constriñe a rendirle honores.

Especialmente relevante para la elaboración de este análisis resultan tres casos de suyo interesantes. En Estados Unidos de América (Texas v. Johnson, 1989); en México (Amparo en Revisión, 2005); y en Colombia (Inconstitucionalidad del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios, 2009). Los análisis contenidos en las decisiones de la mayoría y en los votos razonados de dichos casos, son útiles para discutir las facultades que tiene el legislador de un Estado democrático para condicionar el libre ejercicio de la libertad de expresión mediante normas de naturaleza penal.

Cuestionar la constitucionalidad de estos tipos penales no pretende restarle importancia a la promoción de los valores cívicos y culturales de los ciudadanos. Únicamente pretende poner en tela de juicio el uso del derecho penal (instrumento que el Estado debería utilizar solo como *última ratio*) tanto para educar y fomentar los valores cívicos y culturales, como para limitar el derecho a la libertad de expresión.

1. El bien jurídico tutelado del delito de ultraje a los símbolos nacionales

La disposición normativa que se analiza está contenida dentro del Título XIII y Capítulo I del Código Penal, referido a los delitos contra la administración pública cometidos por particulares. (Velasco & Vela, 2011) afirman:

... el bien jurídico tutelado... es la administración pública... [Tanto] el funcionamiento regular como el prestigio de las instituciones públicas. Conforme con este criterio en los Delitos contra la Administración cometidos por particulares, se protege el interés de su desenvolvimiento ordenado, decoroso y eficaz, frente a ataques procedentes de extraños. (p. 619-622)

No debe escapar del análisis el Título XIII y Capítulo I del Código Penal, en donde también estaban incluidos los delitos relacionados con el desacato,

de los cuales la Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucionales los artículos 411, 412 y 413 (Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2006). La sentencia anterior hizo énfasis en que, desde 1995, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había enfatizado las normas de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al no ser acordes al criterio de necesidad y que los fines que persiguen no son legítimos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2010) dijo que:

La Declaración Conjunta de 2008 recuerda que los estándares internacionales que permiten el establecimiento de límites a la libre expresión se refieren a la protección de la reputación de las personas individuales y no de las creencias o instituciones que, en sí mismas, no gozan del derecho a la reputación. Por esta razón, las restricciones de la libertad de expresión no deben usarse para proteger instituciones particulares ni nociones, conceptos o creencias abstractas como los símbolos patrios o las ideas culturales o religiosas (...). (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010)

Los párrafos anteriores instan a cuestionar la validez de erigir la protección de la administración pública, su debido funcionamiento y/o su reputación, como una necesidad que justifica la limitación a la libertad de expresión por medio de amenaza de sanción penal.

También es posible que la norma tenga otros bienes jurídicos tutelados. Pudiera ser que la norma intente proteger la preservación del valor simbólico que tienen los símbolos nacionales, fomentar la unidad nacional o simplemente prevenir la perturbación de la paz (en caso de que alguna persona que presencie un ultraje a un símbolo se sienta ofendida).

Normas como el Acuerdo Gubernativo número 463-94 dado por el Presidente de la República, o el Decreto 43-97 del Congreso de la República (que regulan todo lo relativo al uso del Himno Nacional en todos los actos

solemnes y protocolarios), permiten observar en sus considerandos que el bien jurídico tutelado de este delito podría ser, entre otras cuestiones, “la dignificación y respeto de los símbolos patrios para fomentar los valores cívicos y culturales de los ciudadanos”; “infundir el amor y respeto a nuestra Patria y valores nacionales”; “representar los anhelos de nuestra nacionalidad”; y/o “expresar simpatía y respeto a nuestra Patria, el reconocimiento de heroísmo de nuestros antepasados y el significado moral que tienen nuestros Símbolos Patrios”.

2. La relación entre el delito de ultraje a los símbolos nacionales y el derecho a la libertad de expresión

Para analizar si el artículo 416 del Código Penal satisface el test de proporcionalidad, primero es necesario demostrar por qué el ultraje, menosprecio o vilipendio —realizado públicamente— de los símbolos nacionales, se relaciona con el derecho a la libertad de expresión. Una vez establecida la relación entre ambas cuestiones, entonces se puede demostrar que la limitación a la libertad de expresión que contiene el tipo penal es desproporcional.

La relación entre el delito de ultraje a los símbolos nacionales y el derecho a la libertad de expresión ha sido explicada por la Corte Constitucional de Colombia en la siguiente manera:

... es previsible que la sanción al ultraje de los símbolos patrios pueda considerarse en ciertos casos como un límite al ejercicio de dicha libertad [de expresión], por cuanto la agresión a un símbolo patrio participa del contenido simbólico del bien afrentado y es posible, en ese escenario, suponer innumerables hipótesis en que una agresión de esta naturaleza es manifestación de una intención comunicativa legítima, que encuadra en el ámbito de protección del derecho a la libre expresión. No es difícil imaginar múltiples circunstancias en que los símbolos patrios sirven de instrumento de protesta social, cuando no se los usa como medio comunicativo para manifestar posiciones personales sobre temas que atañen a la vida en comunidad. (Inconstitucionalidad del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios, 2009)

En esa misma sentencia, la Corte indicó que la agresión a un símbolo patrio participa del contenido simbólico del bien afrentado y es posible, en ese escenario, suponer innumerables hipótesis en que una agresión de esa naturaleza es una manifestación de una intención comunicativa legítima, que encuadra dentro del ámbito de protección del derecho a la libre expresión.

Algunas de las hipótesis que señaló fueron: la agresión a la bandera por parte de un individuo puede constituir el recurso simbólico mediante el cual aquél manifiesta su inconformidad con un gobierno determinado; detrás de la agresión al escudo o al himno, un individuo puede manifestar su inconformidad con una política pública discriminatoria o excluyente; detrás de la destrucción de un ejemplar de la bandera o la modificación del himno nacional se esconde una voz de protesta, de descontento, de desconfianza, frustración o ira. Incluso —dice la Corte— una intención artística puede representarse mediante la destrucción de la bandera, la transformación del himno, etc.

La explicación de la relación que existe entre la norma impugnada y el derecho a la libertad de expresión también puede darse en doble vía: i) porque suprime la manifestación de ideas u opiniones que se relacionen con los símbolos nacionales; y ii) porque impone, asigna y estatuye arbitrariamente lo que las personas *deben pensar* acerca de dichos símbolos.

2.1 Acerca de la supresión de la manifestación de ideas u opiniones.

La libertad de expresión se puede ejercitar no solo por métodos orales y escritos, sino que también a través de otras formas o conductas. Al respecto, el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es meridianamente claro: “*Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir* informaciones e *ideas de toda índole*, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o *en forma impresa o artística*, o por cualquier otro *procedimiento de su elección*” (el resaltado es propio).

El derecho a la libertad de expresión protege todo tipo de conductas que tengan como finalidad comunicar un mensaje, una idea o una opinión. El Diccionario de la Lengua Española contempla diversas definiciones para el verbo *comunica*, entre ellas: “(...) 2. Descubrir, manifestar o hacer saber a

alguien algo. 4. Transmitir señales mediante un código común al emisor y al receptor” (...). Para comunicarse pueden utilizarse métodos orales y escritos, pero también otro sinfín de métodos, todos los cuales gozan protección bajo la sombra del derecho a la libertad de expresión.

Una conducta posee suficientes elementos comunicativos (como para que entre en juego la protección de la libertad de expresión) cuando se tiene la intención de dar un mensaje y, a su vez, dicho mensaje es probable que sea entendido por aquellos que lo recibieron.

Las personas pueden comunicarse a través de signos o a través de la utilización o referencia a ciertos símbolos. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, un símbolo es un “1. Elemento u objeto material que, por convención o asociación, se considera representativo de una entidad, de una idea, de una cierta condición. 2. Forma expresiva que introduce en las artes figuraciones representativas, valores y conceptos (...)”. Así, a través tanto de signos como de símbolos, se transmiten mensajes e información. Consecuentemente, al vetar y prohibir cierto uso de expresiones asociados a los símbolos nacionales, se está estableciendo una limitación a una forma de comunicación y, por ende, a una forma de expresión.

Los actos de comunicación, en sus distintas manifestaciones posibles, y que eventualmente pueda considerarse que constituyen “ultraje, menosprecio o vilipendio” a los símbolos nacionales son, sin duda alguna, actos de comunicación que se relacionan con el derecho a la libertad de expresión.

Por lo anteriormente considerado, es válido concluir que, al prohibir determinados actos de comunicación relacionados con los símbolos nacionales, se está limitando indirectamente el derecho de libertad de expresión.

2.2 La imposición y asignación arbitraria a las personas respecto de lo que deben pensar acerca de los símbolos nacionales.

La otra forma en que puede determinarse que el artículo 416 del Código Penal guarda relación con el derecho a la libertad de expresión se explica de la siguiente manera. Teniendo claro que los símbolos nacionales tienen un

rol simbólico y que —por ministerio de leyes y reglamentos— representan significados específicos (por ejemplo, el Reglamento Sobre Colores y Diseño de la Bandera y el Escudo Nacionales, que prescribe que la bandera es la insignia suprema de la Patria y que es el máximo emblema de la Patria), es posible afirmar que una de las finalidades de la norma es proteger aquellos mensajes o ideas que supuestamente **deben** transmitir los símbolos nacionales a las personas.

El tipo penal en cuestión criminaliza los actos de comunicación públicos que puedan vulnerar de cierta manera los símbolos nacionales, por cuanto que ello implica cambiar el mensaje o idea que esos símbolos están destinados a producir en la mente de las personas. O sea, la norma penaliza el disenso, el opinar diferente; penaliza la resistencia a subyugarse a un significado arbitrariamente impuesto por el Estado a los habitantes de la República de Guatemala.

Resulta imperioso recordar que, en un régimen democrático, no les corresponde a las autoridades gubernamentales determinar el sentido y la orientación de las expresiones de los ciudadanos. El ámbito de protección de la libertad de expresión, en cuanto al contenido de la expresión, debe siempre ser amplio.

El Estado, al establecer esta desproporcionada protección oficial respecto de determinados símbolos nacionales, está estableciendo —arbitrariamente— a las personas determinadas concepciones sobre lo correcto, lo educado, lo sagrado, lo bello. Prácticamente, el delito de ultraje a los símbolos nacionales pretende obligar a que se piense de cierta manera acerca de dichos símbolos y lo que estos representan; y cuando menos, está obligando a callar opiniones o ideas que se quieran asociar a los mismos y que alguien pueda considerar menospreciantes.

A la postre, al tratar de imponer un mensaje, una idea o un significado específico respecto de los símbolos, y al penalizar los actos de comunicación que puedan considerarse que “ultrajan, menosprecian o vilipendian” públicamente los símbolos nacionales, el artículo 416 del Código Penal entra necesariamente dentro del ámbito de la libertad de expresión.

Además de lo anterior, es importante recordar que varios estudiosos de las ciencias políticas y del derecho han reconocido la insoslayable relación que existe entre la libertad de expresión y los actos de comunicación relacionados con símbolos nacionales. Por ejemplo, Gelber (2012) afirma: “la bandera es un medio natural y contundente con el cual se pueden expresar los puntos de vista de una nación”. (Gelber, 2012)

La misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2010), ha evidenciado también la relación existente entre los símbolos patrios y la libertad de expresión, a saber:

La Declaración Conjunta de 2008 recuerda que los estándares internacionales que permiten el establecimiento de límites a la libre expresión se refieren a la protección de la reputación de las personas individuales y no de las creencias o instituciones que, en sí mismas, no gozan del derecho a la reputación. Por esta razón, **las restricciones de la libertad de expresión no deben usarse para proteger instituciones particulares ni nociones, conceptos o creencias abstractas como los símbolos patrios** o las ideas culturales o religiosas (...) (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010) (el resaltado es propio).

Habiendo dejado clara la relación que existe entre el delito de ultraje a los símbolos nacionales y el derecho a la libertad de expresión, no queda más que indicar que los actos de comunicación públicos a que se refiere la norma en cuestión entran dentro del umbral de protección y de garantías que ofrece —con motivo de la libertad de expresión— tanto la Constitución Política de la República de Guatemala como el ordenamiento jurídico internacional, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por todo lo anterior, resulta válido analizar la constitucionalidad del delito de ultraje a los símbolos nacionales a la luz del test de proporcionalidad creado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objeto de establecer si la restricción a la libertad de expresión deviene proporcional o no.

3. Test de proporcionalidad como método para examinar la constitucionalidad de una norma penal

A continuación, se demostrará que existe una desproporcional e inadecuada relación entre el fin que se pretende conseguir con la tipificación del delito de ultraje a los símbolos nacionales y el medio empleado para conseguir dicho fin.

En la Corte de Constitucionalidad se ha venido gestando una valiosa doctrina que encuentra en el principio de proporcionalidad la materialización de los límites a que está sujeta cualquier tipo de restricción a los derechos fundamentales. (Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2013)

El cimiento constitucional del principio de proporcionalidad lo ha encontrado dicha Corte, de manera implícita, entre otros mandatos supremos, en la forma republicana, democrática y representativa de Gobierno (artículos 140, 141, 152 y 281 constitucionales), en la supremacía de las normas de la Constitución (artículos 44, 175 y 204), así como en los deberes primordiales impuestos al Estado, el que está obligado a garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona (artículo 2°).

Así también, el principio de proporcionalidad, como límite material ante cualquier afectación a derechos fundamentales, encuentra respaldo constitucional en los valores y derechos que el texto supremo consagra y garantiza; en efecto, el modelo de Estado que la Constitución guatemalteca aspira a realizar, congruente con los postulados del Estado constitucional y democrático de Derecho, exige que cualquier afectación a los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos se dirija a la consecución de un fin que responda a la realización, precisamente, del modelo de Estado pretendido, esto es, de un fin constitucionalmente legítimo, en tanto sólo de esta manera podría justificarse, desde los mandatos supremos, aquella afectación. (Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2013).

El principio de proporcionalidad exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial es intangible. Este principio se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos. (Demanda de amparo, 1995)

Debe tomarse en cuenta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1994) ha explicado que: “las restricciones a la libertad de expresión deben incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática”. Y que: “las normas al amparo de las cuales se interpretan estas restricciones deben ser compatibles con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas conforme lo estipulan los artículos 29 y 32 de la Convención Americana”. Por último, ha agregado que:

... la interpretación de las restricciones a la libertad de expresión (artículo 13(2)) debe ‘juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas’, dado que la libertad de expresión es esencial para toda forma de gobierno democrática.

La jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha seguido y aplicado la Corte de Constitucionalidad por virtud del deber de ejercer el control de convencionalidad, ha adoptado un *test* tripartito que sirve para controlar la legitimidad de las limitaciones.

Este *test* consiste en tres condiciones que deben ser cumplidas en su totalidad para que la limitación a la libertad de expresión sea admisible, según los parámetros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El *test* consiste en determinar si la limitación se ajusta: i) al principio de legalidad; ii) al principio de legitimidad; y iii) al principio de necesidad y proporcionalidad.

En el presente caso se estima que el delito tipificado en el artículo 416 del Código Penal no logra satisfacer ninguna de las tres condiciones del *test*, como a continuación se demostrará.

3.1 El principio de legalidad.

Este principio propugna que toda limitación a la libertad de expresión debe estar prevista en forma previa, expresa, taxativa y clara en una ley, en el sentido formal y material. Esto quiere decir que la norma que limita la libertad debe estar contenida en una ley en sentido formal, pero que esa norma debe cumplir con características intrínsecas de toda ley, especialmente, que esté revertida de certeza jurídica.

Si bien es cierto que la restricción a la libertad de expresión contenida en el artículo 416 del Código Penal está contenida en una ley, lo cierto es que esta norma no es expresa, taxativa ni clara. Es decir, la limitación incumple con el principio de seguridad y el de certeza jurídica.

El principio de legalidad, conforme lo ha entendido la Corte de Constitucionalidad en su jurisprudencia:

... impone la obligación al legislador ordinario de definir en la forma más clara y precisa posible (*lex certa*) cuáles son esas ‘acciones u omisiones’ que son consideradas punibles mediante la determinación de tipos penales que contemplen una clara definición de la conducta incriminada, concretizar sus elementos y permitir así deslindar conductas punibles de aquellas que no lo son. Esto cobra aún mayor relevancia en regímenes democráticos en los que tanto el legislador como el juzgador deben, en extremo, ser prudentes para que en el establecimiento e imposición de sanciones penales, no menoscaben derechos fundamentales de las personas, por sancionar la realización de conductas que de acuerdo con el espíritu del ordenamiento constitucional no podrían ser punibles. (Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2018)

Tanta importancia reviste el principio de legalidad que, a nivel de doctrina legal, la Corte de Constitucionalidad ha asentado que en el orden penal este principio tiene una trayectoria histórica que condujo a la proclamación de la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege* como una lucha por el Derecho. El principio opera y se entiende como opuesto al *ius incertum* y, además de su valía en el ámbito del derecho penal, el mismo alcanzó jerarquía constitucional

(artículos 2 y 17 de la Constitución Política); de ahí que el constitucionalismo moderno lo incluya en el cuadro de los derechos humanos. (Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2018) (Sentencia de Amparo en Única Instancia, 2013) (Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2006) (Sentencia de Inconstitucionalidad General Parcial, 2002)

El principio de legalidad es el principal instrumento de salvaguarda de las libertades que se ven reflejadas en la regla que indica que solo podrá imputarse responsabilidad por los hechos descritos en la ley, y que, por lo tanto, quien actúa dentro de ese marco, tiene la tranquilidad de que no se le puede responsabilizar por hechos que no estén expresamente descritos en la norma. En otras palabras, este principio busca garantizar la seguridad jurídica (bien jurídico tutelado constitucionalmente en el artículo 2) y excluir la arbitrariedad (aspiración consagrada en nuestro Preámbulo constitucional donde dice que “gobernantes y gobernados procedan con absoluto apego al derecho”, y también reconocida en los artículos 152 y 154 constitucionales).

No debe olvidarse que una de las funciones de la ley penal es la de servir de orientación al comportamiento de las personas en sociedad. Para ello es que se impone el deber al legislador de diseñar normas claras, precisas e inteligibles, que permitan a las personas —sin lugar a dudas— saber qué pueden y qué no pueden hacer legítimamente.

La tipicidad exige la descripción inequívoca del comportamiento, que se convierte en tipo, a través de la determinación de los sujetos, los verbos que describen la conducta reprochable, y en algunos casos, la inclusión de otros elementos descriptivos del comportamiento reprochable.

El artículo 416 del Código Penal tipifica como delito lo siguiente: “Quién, públicamente, ultraje, menosprecie o vilipendie bandera, emblema, escudo o himno nacionales”. Se estima que dicha norma vulnera los artículos 2 y 17 de la Constitución Política, que indican, en su orden: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República (...) la seguridad (...)”, y “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración”, los cuales exigen que las normas

penales sean respetuosas del principio de seguridad jurídica y del principio de legalidad, y exigen que la redacción del tipo punible sea expresa, taxativa y clara.

Los términos en que está redactado este tipo penal, si bien es cierto son precisos en cuanto a los sujetos, el objeto, la pena y hasta en el elemento descriptivo del modo, también es cierto que no es claro con respecto a la conducta punible, específicamente por la utilización de verbos rectores que son vagos, imprecisos y carecen de contenido unívoco y uniforme. La vaguedad de los verbos rectores ocasiona que la decisión de sancionar a una persona o no por este delito, dependa totalmente de la voluntad del operador jurídico.

El tipo penal en cuestión tiene tres verbos rectores: “ultrajar”, “menospreciar” o “vilipendiar”. Dichas expresiones gramaticales no dan lugar a una interpretación unívoca, sino que, al contrario, su significado semántico da lugar a diversas interpretaciones; y al no estar acompañada la descripción de la conducta de otros elementos que ayuden a conducir la interpretación por vías objetivas, es válido considerar que dicha tipificación viola el principio de legalidad.

Merece especial mención el verbo “menospreciar”, palabra que lleva aparejada una gran carga subjetiva pues no permite una interpretación objetiva, sino que depende de perspectivas propias del sujeto que utiliza y/o entiende la palabra. Su sentido semántico puede entenderse mejor si se observa que dicho verbo está compuesto de dos palabras que admiten diversas valoraciones: menos y apreciar. Ambas son palabras que no se refieren a un objeto en sí mismo, sino que pertenecen al modo de pensar, valorar, estimar o de sentir de un sujeto respecto de algo o alguien.

El adverbio comparativo “menos”, según el Diccionario de la Lengua Española: “indica que el grado de la propiedad que expresan es bajo en comparación con otro explícito o sobrentendido”. El verbo transitivo “apreciar”, según el Diccionario de la Lengua Española, se refiere a “reconocer y estimar el mérito de alguien o de algo; sentir afecto o estima hacia alguien; percibir algo a través de los sentidos o de la mente”. Como puede verse, tanto la palabra “menos” como la palabra “apreciar” llevan cargas eminentemente subjetivas,

pues la primera implica que una cosa se compara con otra, y queda a discreción del sujeto determinar si el grado de la propiedad que expresan es bajo o no; mientras que la segunda implica que el sujeto, de acuerdo con su propia perspectiva, pensamientos y convicciones, valorará o percibirá algo o a alguien.

La combinación de esas dos palabras, cargadas cada una de elementos valorativos eminentemente subjetivos, concretizadas en el verbo rector “menospreciar”, da lugar a que el operador jurídico (sea fiscal o juzgador) establezca de manera arbitraria el sentido de dicho verbo, sin parámetro alguno que pueda encausar su análisis por vías objetivas. La utilización de esta palabra vaga e imprecisa no proporciona certeza alguna de que los límites se interpretarán de manera razonable y proporcionada. Dichos verbos —vagos e indeterminados— implican la indeterminación de las conductas punibles.

Por su parte, las palabras “ultrajar” y “vilipendiar” tampoco tienen un contenido unívoco y uniforme, sino diversos significados semánticos de la conducta, lo cual puede implicar que cualquier comportamiento que se relacione directa o indirectamente con los símbolos nacionales, sea considerado una conducta punible. El verbo “ultrajar” significa, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, ajar o injuriar, despreciar o tratar con desvío a alguien; y la palabra “vilipendio”, según ese mismo Diccionario, significa desprecio, falta de estima, denigración de alguien o algo.

La determinación de si algo es tratado con desprecio o con falta de estima es algo que determina cada persona de acuerdo con su propia perspectiva, costumbres, valores, pensamientos y convicciones. Sin parámetros o lineamientos objetivos que ayuden a la interpretación de estos dos verbos rectores del delito de ultraje a símbolos nacionales, dicha tipificación desconoce el principio de legalidad. El significado amplio y vago de dichas palabras dejan a total discreción del operador jurídico si una conducta encuadra o no dentro del tipo penal, no pudiendo la persona distinguir si una determinada acción relacionada con algún símbolo patrio podría eventualmente ser considerado como una conducta que evidencie desprecio, falta de estima o denigración.

Esta desmedida apertura en cuanto a las acciones reprochables es contraria al principio de legalidad, en su componente de ley cierta. Los referidos verbos tienen un contenido impreciso e indeterminado, y no existe una “interpretación usual” de su significado que ayude a delimitar parámetros para comprender la conducta punible. Sin lugar a duda, los verbos “ultrajar” y “vilipendiar” no son expresiones corrientes que sean accesibles a la comprensión de todas las personas, lo que ocasiona que estas no tengan conciencia acerca de los límites penales de su actuación relacionada con los símbolos patrios.

Podríamos estar ante conductas claramente inofensivas y sin ánimo de dolo, como por ejemplo el no saludar a la bandera, dejar una bandera al aire libre mientras llueve, o el no cantar el himno nacional. Por otro lado, podríamos tener conductas presuntamente ofensivas y dolosas, como quemar una bandera o quemar una hoja donde esté escrito el himno nacional. Todas estas conductas, tanto inofensivas como dolosas, pueden considerarse como hacer de menos el símbolo nacional y/o tenerle falta de estima, a pesar de que existe una gran diferencia de *animus* entre unas y otras; sin embargo, los verbos rectores del tipo penal no ayudan a hacer una distinción entre conductas que debieran ser penadas por ser dolosas y aquellas que no.

Los verbos rectores, al ser vagos y ambiguos, y al no estar acompañados de elementos adicionales (aparte de la circunstancia de modo de que el acto se realice “públicamente”) que garanticen la exclusión de la arbitrariedad (como podría serlo el requerir un resultado específico derivado de la acción), resultan violatorios del principio de legalidad y del principio de seguridad jurídica. Es decir, vulneran los artículos 2 y 17 de la de la Constitución Política.

Ante esta circunstancia, es importante ejemplificar las consecuencias a las que la oscuridad, imprecisión y vaguedad de los verbos rectores puede llevar. Si alguien usa la bandera de Guatemala como mantel ¿está menospreciando, denigrando o tratando con desvío un símbolo nacional? Si alguien tira a la basura una bandera de Guatemala porque ya está sucia y rota ¿está menospreciando, denigrando o tratando con desvío un símbolo nacional? Si alguien en un evento público omite cantar el himno nacional ¿está menospreciando, denigrando o tratando con desvío un símbolo nacional? Si alguien realiza una crítica contra

el país y en ella hace mención de los símbolos patrios ¿está menospreciando, denigrando o tratando con desvío los símbolos nacionales? Si alguien propone una modificación del himno o la bandera nacionales ¿está menospreciando, denigrando o tratando con desvío los símbolos nacionales? Si alguien quema una hoja de papel donde está escrito el Himno Nacional ¿está menospreciando, denigrando o tratando con desvío un símbolo nacional?

La falta de una respuesta concreta y unívoca a estas interrogantes ponen en evidencia, sin duda alguna, el hecho de que el tipo penal contenido en el artículo 416 del Código Penal, específicamente en cuanto a sus verbos rectores, es en demasía amplio, ambiguo, vago y oscuro, lo cual permite afirmar que el mismo no se ajusta ni al principio de legalidad en materia penal ni al principio de seguridad jurídica, resguardados por los artículos 17 y 2 constitucionales, respectivamente.

Por último, resulta conveniente traer a colación lo considerado por la Corte Constitucional de Colombia (2009) cuando declaró la inexecutable del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios. Respecto del argumento de que la expresión “ultraje” no se ajustaba al principio de legalidad, la Corte indicó que:

(...) la expresión “ultraje” incluye contenidos semánticos diversos. En el catálogo de sinónimos que puede asociarse a la expresión ultraje se incluyen acciones como dañar, estropear, deteriorar, deslucir, ofender, humillar, manosear, arrugar, marchitar, tratar mal, insultar, injuriar, insolentar, difamar, vejar, despreciar. Ciertos comportamientos vinculados con el verbo “ultrajar” suponen la agresión física, el deterioro material del bien objeto de ultraje. Otras acciones suponen la intención de humillar, de vilipendiar el bien ultrajado. En el espectro de acciones marcado por dichos límites, están comprendidas por una parte ciertas conductas ultrajantes que pueden constituir manifestación legítima del derecho a la libertad de expresión, y por otra parte la pluralidad de contenidos semánticos de la expresión puede dar lugar a juicios subjetivos por el juzgador al momento de apreciar una conducta. Piénsese, por ejemplo, en ciertas manifestaciones artísticas que involucren los símbolos patrios o en la utilización de los símbolos patrios en adornos personales

o prendas de vestimenta, si bien en ciertos casos este empleo puede ser considerado una exaltación de los símbolos patrios, en otros puede ser interpretado como una forma de mancillar los valores representados en los mismos. (Inconstitucionalidad del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios, 2009)

Concluyó la Corte en dicha ocasión que la conducta tipificada (así, con el verbo “ultrajar”) distaba de cumplir con la exigencia de claridad y precisión exigida por el principio de legalidad en materia penal, y fue esa una razón adicional para declarar su inconstitucionalidad.

3.2 El principio de legitimidad.

Este principio refiere a que cualquier limitación a la libertad de expresión debe estar dirigida al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, orientados a la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público, de la salud pública o de la moral pública. A continuación, se demostrará cómo la limitación establecida por el artículo 416 del Código Penal al ejercicio del derecho de libertad de expresión, viola el artículo 13.2 de la Convención Americana pues dicha limitación no está orientada a proteger ninguno de los objetivos imperiosos autorizados por dicha Convención¹.

Antes de entrar a analizar cómo la norma incumple con cada uno de los objetivos imperiosos autorizados por el artículo 13.2 de la Convención, es conveniente recordar que la norma penal no exige, como cuestión principal o accesoria, que se cometa algún delito contra la seguridad colectiva, contra la seguridad del Estado, contra el orden institucional, etc. La norma simplemente penaliza las expresiones públicas basadas en el contenido de las ideas que pudieran considerarse negativas y que estuvieren asociadas a los símbolos nacionales.

¹ Para las explicaciones que se vierten a continuación se estima relevante analizar los muy convincentes argumentos dados por los Jueces José Ramón Cossío Díaz y Juan Silva Meza, magistrados de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, en el voto que formularon el 5 de octubre de 2005 dentro del caso identificado como “A.R. 2676/2003” (denominado comúnmente como el “caso de ultraje a la bandera”).

Las restricciones a la libertad de expresión que son autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención Americana son: i) los derechos de los demás; ii) la protección a la seguridad nacional o el orden público; iii) protección a la salud; iv) protección a la moral. Se demostrará, una por una, cómo el delito de ultraje a símbolos nacionales no está orientado a proteger alguna de estas finalidades.

Los derechos de los demás: El ejercicio del derecho de libertad de expresión que pueda incluir la utilización o alusión a los símbolos nacionales no puede considerarse un peligro para los derechos de las demás personas. Los derechos cuyo respeto puede justificar limitaciones a las garantías constitucionales tienen que ser derechos fundamentales de las personas, y no cualquier derecho o bien relacionado con lo que los particulares pueden hacer en ausencia de prohibiciones legales expresas. La Constitución guatemalteca no otorga, ni explícita ni implícitamente, tal cosa como “un derecho fundamental a los símbolos nacionales”. O sea, no hay nada que otorgue un derecho subjetivo a que los símbolos nacionales sean venerados. Mucho menos puede pensarse que la bandera, emblema, escudo o himno sean titulares de derechos fundamentales. En una democracia liberal solo las personas son titulares de derechos fundamentales.

Tampoco sería posible aducir que lo que se protege es algún derecho reconocido por el artículo 44 constitucional que establece “los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”. No puede considerarse un derecho inherente a la persona humana el que las demás personas adulen o respeten los símbolos nacionales, porque dicho respeto o adulación de los mismos no implican ni el reconocimiento de la dignidad del ser humano ni el desarrollo integral de la persona. Además, ningún instrumento internacional ha recogido el establecimiento explícito de un derecho de semejante naturaleza. Al contrario, diversos instrumentos internacionales han reconocido el derecho a la libertad de expresión, el derecho a disentir y el derecho a pensar libremente.

La conducta penada por el artículo 416 del Código Penal no entraña acciones que puedan provocar un peligro claro y presente² a las personas. El lenguaje a través de discursos simbólicos no genera un peligro claro y presente para las personas que puedan ver o presenciar un mensaje público que se considere menospreciante de algún símbolo nacional. Por lo tanto, la norma impugnada no puede considerarse que tiene como finalidad proteger los derechos de terceras personas.

Protección de la seguridad nacional o el orden público: La Corte de Constitucionalidad (2011) ha abordado y aclarado en varias ocasiones el concepto de “seguridad nacional”. En diversas sentencias ha interpretado el concepto de “seguridad nacional” como aquello que se refiere a la “sobrevivencia del Estado-nación frente a otros Estados-nación”, es decir, a aquellas cuestiones en las cuales está implicada la integridad del territorio nacional o la tranquilidad pública de la totalidad de los habitantes. (Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 2011) (Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 2011) (Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 2011) Una interpretación sistemática de la Constitución Política refuerza esta visión del concepto de “seguridad nacional”, pues los artículos 30, 138, 172 inciso b), 183 inciso b), 244, al utilizar expresiones como “seguridad nacional”, “seguridad del Estado”, “seguridad de la Nación”, “seguridad interior y exterior”, se refieren a situaciones —generalmente de aristas militares— que son de trascendencia fundamental para la integridad del territorio nacional y/o situaciones donde esté en riesgo la vida e integridad de la totalidad de los habitantes.

El orden público es un concepto amplio que es mencionado en varios artículos constitucionales como un límite de la actuación de las personas y/o como una aspiración del Estado (por ejemplo: artículos 33, 36, 37 y 183 inciso b). Sin embargo, la jurisprudencia constitucional guatemalteca aún no ha

² La doctrina del del daño claro y presente, adoptada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Schenck, ha sido utilizada para determinar cuáles son las circunstancias extraordinarias que admitirían una restricción del derecho a la libertad de expresión. Se estima que dicha doctrina debería ser aplicable a esta parte del test, toda vez que sirve para determinar con parámetros objetivos la validez del tipo penal a la luz de la supuesta protección que este busca. Asimismo, se estima que otra doctrina que podría aplicarse es la adoptada en la sentencia Brandenburg vs. Ohio en la cual se adoptó como doctrina que admite una restricción a la libertad de expresión, la “acción ilegal inminente”.

ahondado en los alcances de dicho concepto. Por lo tanto, es necesario valerse de consideraciones legales y doctrinarias a efecto de darle contenido a este concepto y así se permita determinar si la norma impugnada es idónea para proteger o promover el orden público.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco el concepto de orden público va aparejado a nociones de seguridad (artículos 33 y 183 inciso b constitucionales, artículo 495 del Código Penal), de apego a las leyes (artículos 25, 1301 del Código Civil), de apego a las buenas costumbres y actividades que no sean repudiadas por la sociedad (artículos 36 y 37 constitucionales, 1301 y 1930 del Código Civil), y a la tranquilidad social (artículos 371, 391, y 415 del Código Penal).

Lo que todas estas nociones tienen en común es que están presididas por un mismo objetivo: crear condiciones elementales para el libre y pacífico ejercicio de los derechos fundamentales. Esto es, que lo que el ordenamiento jurídico guatemalteco pretende evitar son las alteraciones graves a la paz públicas que pudieran redundar en detrimento del interés de la colectividad. El orden público supone la ausencia de alteraciones o acciones violentas que pudieran poner en peligro el orden, la seguridad, la libertad o el ejercicio de los derechos de las personas.

Resulta sumamente difícil considerar que el delito tipificado en el artículo 416 del Código Penal sea un instrumento al servicio del mantenimiento del orden público; que sea un instrumento con el cual se pueda garantizar la seguridad, el apego a las leyes, el apego a las buenas costumbres, la tranquilidad social y la paz pública. Es difícil concebir que sin este delito los guatemaltecos estarían impedidos de ejercer libremente sus derechos; e igual de difícil sería estimar que la simple existencia del delito permita que los guatemaltecos ejerzan sus derechos fundamentales libre y pacíficamente. Al contrario, la existencia misma de este delito amenaza la seguridad nacional y el orden público, pues entraña una grosera violación del derecho humano a la libertad de expresión.

En palabras de Louis Brandeis, Juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, ningún peligro que emane del lenguaje o de

la expresión puede considerarse claro y presente, o que pueda provocar acción ilegal inminente. Si hubiera tiempo de exponer mediante el debate la falsedad y las falacias, o de alejar el mal por los procesos de educación, el remedio que habría que aplicar a dicho mal sería más palabras y no un silencio obligado. (Whitney v. California, 1927)

Suponer que el delito de ultraje a los símbolos nacionales es un instrumento al servicio del mantenimiento del orden público equivale a presumir que ciertas modalidades de ejercicio del derecho a la libertad de expresión ocasionarían una alteración de la paz pública, presunción que —en palabras de José Ramón Cossío Díaz y Juan Silva Meza, ministros de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos— “resulta incompatible con una postura comprometida con la plena vigencia de los derechos fundamentales”. (Amparo en Revisión, 2005)

La mención del concepto orden público en el contexto de los derechos fundamentales tiene un referente esencialmente fáctico, es decir, que será a la luz de las circunstancias de cada caso en concreto que pueda definirse si algún acto o actividad altera o no el orden público. Por lo tanto, si el ejercicio de la libre expresión provoca o no una alteración al orden público es algo que solo puede precisarse *ex post* y a la luz de las pruebas sobre lo sucedido en un caso concreto. Por lo tanto, no es legítimo usar el Código Penal para realizar conclusiones apriorísticas relativas a si una conducta o expresión puede alterar el orden público. Tampoco es legítimo usar el *ius puniendi* del Estado para censurar conductas o expresiones que no se tiene plena certeza de que alterarán el orden público.

En virtud de lo anteriormente considerado, es menester concluir que la tipificación del artículo 416 del Código Penal no está correctamente orientada a la protección del orden público, pues la utilización del lenguaje simbólico no impide que las personas ejerzan sus derechos ni tampoco ocasiona alteraciones graves a la paz públicas. En todo caso, la determinación de si algún acto, actividad o expresión es susceptible de alterar el orden público dependerá de cada situación particular y sus elementos fácticos específicos. Regular un delito basándose en consideraciones apriorísticas y antidemocráticas, relativas a que

toda forma de expresión relacionada con los símbolos nacionales conlleva una alteración al orden público, redundando en fallar el test de proporcionalidad interamericano, específicamente en cuanto al requisito del principio de legitimidad.

Protección de la salud pública: No hace falta mayor explicación para afirmar que el artículo impugnado está lejos de pretender proteger la salud de los habitantes de la nación. La Corte de Constitucionalidad ha entendido el derecho a la salud como aquel que está relacionado principalmente con la atención médica, a las condiciones alimenticias, de vida y de vivienda. (Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 2017) (Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 2018)

Las referencias a los símbolos nacionales, por muy ultrajantes, denigrantes o menospreciantes que puedan considerarse, no pueden constituir nunca una amenaza para el bienestar físico o para los derechos a la atención médica, a condiciones adecuadas alimenticias o de vivienda de los habitantes. Al contrario, lo que garantizaría el bienestar mental de los individuos sería que estos pudieran actuar y pensar con plena libertad, sin mordazas de ninguna naturaleza. Por tanto, es válido concluir que la restricción a la libertad de expresión que impone el artículo 416 del Código Penal no está orientada al logro de la protección de la salud pública.

Protección de la moral pública: Tomando en cuenta que el término “moral” en este caso se erige como límite de un derecho fundamental, el mismo debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario, el término tendría el potencial alcance para desnaturalizar la libertad de expresión en lugar de solo limitarla. De poco serviría en la realidad la garantía de la libertad de expresión si los individuos solo la pudieran ejercer hasta el límite de no contrariar la moral pública imperante en una comunidad en la que viven, sería incompatible con la aspiración del pluralismo ideológico, político, religioso y filosófico al que aspiran las sociedades modernas.

La palabra “moral”, por ser un concepto indeterminado, tiene una dimensión valorativa muy grande y que, por ende, puede considerársele un concepto esencialmente controvertido. Lo que sí es importante establecer de

manera indubitada es que el término “moral pública” debe definirse de un modo estrictamente condicionado por la necesidad de fomentar el pleno ejercicio de las libertades individuales fundamentales y el desarrollo desinhibido de la vida democrática. Por ello, se ofrecerá una razonable definición de lo que es la moral pública y, con base en ella, se construirá el argumento de que la limitación a la libertad de expresión contenida en el artículo 416 del Código Penal no está orientada a salvaguardar la “moral pública”.

La dificultad para definir qué es moral y qué no lo es, se hace evidente cuando vemos la definición que da sobre el término el Diccionario de la Lengua Española: “perteneciente o relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obrar en relación con el bien o el mal y en función de su vida individual y, sobre todo, colectiva”. Sin embargo, es de gran utilidad para este caso el artículo 31 de la Ley de Emisión del Pensamiento, el cual da luz para definir mejor el concepto. Este indica que “faltan a la moral los impresos que ofenden la decencia o el pudor público”. Lo anterior permite concluir razonablemente que la “moral pública” se refiere al conjunto de convicciones básicas y fundamentales sobre lo bueno y lo malo, que prevalecen en un determinado núcleo social y que, de transgredirlas, generan ofensa a dicho núcleo.

Desde esta perspectiva, el delito de ultraje a símbolos nacionales no supera el *test* de legitimidad. Los símbolos patrios son objetos materiales a los que muchas personas atribuyen un significado simbólico —no siempre fácil de aprehender—relacionado con sus convicciones políticas y con aquellos elementos que estiman dotan a la sociedad de cohesión. Sin embargo, el legislador guatemalteco ha emitido una norma penal de indeterminado alcance que incide en y limita el significado de los símbolos patrios. Es decir, impone un modo específico de pensar acerca de dichos símbolos e impone abstenerse de pensar en ellos de ciertas maneras. Esto va mucho más allá de cualquier entendimiento razonable de lo que puede estimarse cubierto por la necesidad de preservar la moral pública. Este delito afecta directamente el núcleo protegido por la libertad de expresión, en el que se encuentra la libertad de expresar libremente las propias convicciones en cualquier materia, y de modo especial en materia política.

El artículo 416 del Código Penal impone a todos los habitantes de la República de Guatemala el deber de aceptar el significado simbólico de los símbolos patrios —arbitrariamente impuesto por el Estado—, coartando con ello la capacidad de los individuos de atribuir a dichos objetos un significado simbólico diferente. Dicho precepto legitima la imposición de una pena de prisión a todos aquellos que se atrevan a disputar o desconocer, de palabra o de obra, de manera pública, el significado simbólico que el legislador unilateralmente decidió otorgar a ciertos objetos. El efecto del artículo impugnado es obligar a los individuos a no comentar ni controvertir, en ningún caso, ciertas convicciones políticas a través de la referencia a los símbolos patrios.

En otras palabras, el tipo penal en cuestión no asegura la protección del núcleo de convicciones básicas y fundamentales que tiene la sociedad guatemalteca sobre lo bueno y lo malo; sino que, sin pretender proteger la moral pública, hace nugatorio el derecho a la libre expresión y la base del pluralismo político al que la Constitución aspira según los postulados del artículo 140 constitucional.

La Relatora Especial sobre los derechos culturales de la Organización de Naciones Unidas, Farida Shaheed (2013), señala en particular la recomendación de establecer una distinción clara entre: a) la expresión que constituye un delito; b) la expresión que no es punible como delito, pero puede justificar una demanda civil o sanciones administrativas; y c) la expresión que no da lugar a sanciones penales o civiles, pero aun así plantea problemas en cuanto a la tolerancia, la urbanidad y el respeto por los derechos de los demás. En otras palabras, lo que puede ser moralmente objetable (desde un punto de vista) no necesariamente es legalmente inadmisibles o condenable. Las sanciones penales deben ser únicamente medidas de último recurso, que se aplicarán en situaciones en que están estrictamente justificadas. (Shaheed, 2013)

Todo lo anterior permite válidamente concluir que la tipificación del delito descrito en el artículo 416 del Código Penal no puede considerarse que está dirigida a proteger la moral pública de una sociedad y, por lo tanto, la restricción a la libertad de expresión que impone dicho artículo no está justificada en el presente caso.

3.3 El principio de necesidad y proporcionalidad.

De acuerdo con este principio de necesidad y proporcionalidad, la limitación a la libertad de expresión —suponiendo que los requisitos anteriores fueron debidamente cumplidos— debe ser: a) necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; b) estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; y, c) idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr. El *test* de necesidad se aplica de forma estricta y exigente, requiriendo la demostración de que existe una necesidad imperiosa o absoluta de introducir limitaciones.

Vale la pena recordar las palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009) cuando mencionó que:

... las sanciones penales y su severidad nunca deberían ser utilizadas como un recurso para sofocar el debate público sobre cuestiones de interés general y para limitar la crítica a los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, al Estado o sus instituciones. (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009)

El derecho penal moderno se reviste del principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder punitivo del Estado tiene que ser el último recurso disuasivo para controlar y reprimir las conductas que afectan el bienestar social. Esto implica que el legislador no está obligado a criminalizar todas las conductas que se suponen dañosas para la sociedad y, en el mismo sentido, tampoco tiene permitido criminalizar conductas que no ofrecen un verdadero riesgo social.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias sentencias ha recalcado que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita (Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004), (Caso Kimel vs. Argentina, 2008), y (Caso Palamara Iribarne vs. Chile, 2005). En ese sentido, ha afirmado que el uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón de la naturaleza del derecho penal como última *ratio*. Y de manera por demás clara, ha dicho:

... en una sociedad democrática el poder punitivo solo se puede ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo anterior conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009)

Para analizar si el tipo penal del ultraje a los símbolos nacionales cumple con los cánones del principio de necesidad y proporcionalidad, es necesario analizar las alternativas existentes para alcanzar el fin —supuestamente— perseguido legítimamente.

La necesidad de utilizar la vía penal para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho a la libertad de expresión se debe analizar con especial cautela y dependerá de las particularidades de cada caso. Para ello, se deberá considerar: i) el bien que se pretende tutelar; ii) la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas; iii) el dolo con que actuó y las características del daño injustamente causado; iv) las características de la persona cuyo honor o reputación se pretende salvaguardar; y v) el medio por el cual se pretendió causar el daño y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales.

La Corte Interamericana ha considerado que el ejercicio del poder punitivo del Estado ha resultado abusivo e innecesario para efectos de tutelar el derecho a la honra, cuando el tipo penal en cuestión no establece claramente qué conductas implican una grave lesión a dicho derecho. (Caso Kimel vs. Argentina, 2008)

En el presente caso, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, por medio de la tipificación consagrada en el artículo 416 del Código Penal, es abusivo e innecesario para efectos de tutelar “la administración pública”, sobre todo cuando el tipo penal en cuestión no establece claramente qué conductas implican una grave lesión a ese bien jurídico tutelado (recordar que los verbos rectores del delito son vagos, ambiguos y carentes de un significado claro y unívoco).

Las conductas —ambiguamente definidas por medio de verbos rectores vagos y carentes de una definición o contenido delimitado— tipificadas en el artículo 416 del Código Penal no llenan los requisitos de necesidad que deben cumplirse a la hora de imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

El deber constitucional y convencional de proteger fervientemente la libertad de expresión, sobre todo cuando esta se refiera a cuestiones de interés público, a funcionarios públicos, al Estado mismo o a sus instituciones, también debiera de extenderse a las expresiones relacionadas a los símbolos nacionales, puesto que dichas expresiones son de la misma naturaleza que las que se refieren a temas políticos, estatales o institucionales. Dado el interés público que hay en juego cuando se exteriorizan expresiones relacionadas con el país —a través, si se quiere, de la utilización de o de referencias a los símbolos nacionales— resulta innecesario sancionar las mismas. Además, el interés de proteger la administración pública no puede imponerse nunca sobre la libertad de expresión.

Para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

3.4 Medidas alternativas para proteger ya sea el bien jurídico tutelado del delito de ultraje a los símbolos nacionales o dichos símbolos en sí mismos.

La utilización del derecho penal para restringir la libertad de expresión en este caso resulta manifiestamente desproporcional. Ello porque existen medidas alternativas que pueden ser utilizadas para tutelar a la administración pública y a los símbolos nacionales en sí mismos. Por ejemplo, en caso de un ataque (por medio de alguna conducta tipificaba en el artículo 416 del Código Penal) a

alguna institución pública, el presidente de la república, como representante de la unidad nacional y jefe de estado, podría hacer uso del derecho de respuesta que contempla la Constitución y la Convención Americana. Asimismo, la educación es un medio alternativo por medio del cual se pueden corregir los comportamientos que pretende sancionar el tipo penal en cuestión. Y en última instancia, se podrían imponer sanciones pecuniarias u otro tipo de sanciones que no sean tan severas como la prisión. Estas medidas alternativas podrían bastar para lograr el objetivo pretendido por las autoridades al tipificar ese delito.

Para el presente caso, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la finalidad de proteger la administración pública y/o a los símbolos nacionales en sí mismos, sin hacer inexistente el derecho a opinar y/o criticar acerca del Estado, sus instituciones o aquello que los símbolos nacionales representan. Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario; y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

Respecto del grado de afectación de la libertad de expresión, se considera que las consecuencias de someter a una persona a un proceso penal, la amenaza de que se le imponga pena de prisión de seis meses a dos años, la afectación en el goce del ejercicio de los derechos que se restringen en razón de la pena impuesta y el eventual efecto estigmatizador de la condena penal, demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso son verdaderamente graves. Con esto concuerda Sergio García Ramírez, Presidente de la Corte Interamericana en su voto razonado concurrente del caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

Respecto de la importancia de la satisfacción de la protección de la administración pública, es oportuno traer a colación la sentencia de la Corte de Constitucionalidad por medio de la cual se declaró inconstitucional el delito de desacato (Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2006). Dicha sentencia evidencia el criterio de la referida Corte respecto de que la protección

al Estado, sus instituciones, sus funcionarios o la administración pública en general, nunca justificará una restricción del derecho a la libertad de expresión. Ello porque el ejercicio de este último es un pilar de las democracias, en las cuales es inconcebible una amenaza de sanción penal aduciendo que el bien jurídico tutelado es la protección al Estado, a sus instituciones, sus funcionarios y, en este caso, sus símbolos característicos.

En el examen de proporcionalidad se debe tener en cuenta que las expresiones concernientes al ejercicio de funciones de las instituciones del Estado, ya sea de manera directa o de manera indirecta (por ejemplo, a través de referencias de los símbolos nacionales) gozan de una mayor protección, de tal manera que se propicie el debate democrático en la sociedad. Ello es así porque se asume que en una sociedad democrática el Estado, sus instituciones, sus funcionarios y hasta sus símbolos, están expuestos al escrutinio y a la crítica del pueblo, y sus actividades se insertan en la esfera del debate público.

De ahí que debería de existir mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático, ya sea que tengan o no referencias a los símbolos patrios. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes, opiniones, expresiones de todo tipo, sobre asuntos y cosas de interés público.

Por lo tanto, queda claro que el grado de afectación del derecho de la libertad de expresión es grave; que en una sociedad democrática la importancia de la satisfacción de protección a la administración pública, sus instituciones, sus funcionarios o sus símbolos, es reducida; y que la satisfacción de proteger a la administración pública, sus instituciones, sus funcionarios o símbolos no justifica la restricción —por vía penal— del derecho a la libertad de expresión.

En virtud de lo anteriormente considerado, ha quedado demostrado que la restricción a la libertad de expresión que impone el artículo 416 del Código Penal no satisface el principio de necesidad y proporcionalidad; y, por lo tanto, al no haber superado ninguna de las tres partes del *test* de proporcionalidad, constituye una restricción a la libertad de expresión manifiestamente desproporcionada y por tanto, inconstitucional e inconvencional.

CONCLUSIONES

El delito del ultraje a los símbolos nacionales se relaciona con el derecho a la libertad de expresión porque dicho delito suprime y/o inhibe la manifestación de ideas u opiniones que se relacionen con los símbolos nacionales y porque, al mismo tiempo, impone, asigna y estatuye arbitrariamente lo que las personas deben pensar acerca de dichos símbolos. El delito, al ir dirigido a prohibir el contenido de un mensaje, es jurídicamente injustificable.

Resulta contrario a un régimen democrático y republicano de gobierno, el pretender, por medio de la amenaza penal, infundir amor y respeto a la patria. No es propio obligar a los habitantes de un país a expresar simpatía y respeto a su patria, cuando esa misma patria, *so pena* de sanción penal, los constriñe a rendirle honores.

Siguiendo el ejemplo de la Corte Constitucional colombiana y de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, resulta imperioso expulsar del ordenamiento jurídico el artículo 416 del Código Penal, pues el tipo penal contenido en la norma limita el derecho a la libertad de expresión y dicha limitación está lejos de satisfacer los tres requisitos del test de proporcionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La norma en cuestión no cumple con el requisito de legalidad en materia penal puesto que sus verbos rectores son excesivamente ambiguos y no tienen un significado unívoco. Asimismo, no cumple con el requisito de legitimidad puesto que existen otros medios menos gravosos para resguardar los bienes jurídicos tutelados por el delito. Por último, el tipo penal no se adecúa al requisito de necesidad y proporcionalidad pues i) en una sociedad democrática no es necesario proteger los símbolos por la vía penal; ii) las finalidades perseguidas por el delito no son proporcionales a una amenaza de sanción penal; y iii) la medida penal no es idónea para lograr los objetivos que el delito busca proteger, ya que existen otras medidas menos gravosas con las cuales puede cumplirse el objetivo.

Es importante aclarar que si se declarara la inconstitucionalidad del artículo 416 del Código Penal, ello no debería implicar una autorización del

discurso de odio, entendido este como aquel discurso destinado a intimidar, oprimir o incitar al odio o la violencia contra una persona o grupo en base a su raza, religión, nacionalidad, género, orientación sexual, discapacidad u otra característica grupal. Respecto de esto, el ordenamiento jurídico guatemalteco cuenta con mecanismos idóneos para combatir, mediante responsabilidades ulteriores (tal y como lo prescribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos y nuestra misma Constitución Política), los abusos del derecho a la libertad de expresión.

La libertad de expresión —pilar fundamental de los estados republicanos, democráticos y constitucionales— no es capaz de soportar inquisiciones judiciales que pretenden censurar expresiones relacionadas con insignias nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

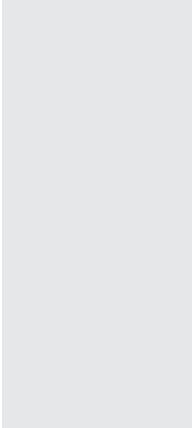
- Acuerdo Gubernativo número 463-94 dado por el Presidente de la República.
- Amparo en Revisión, 2676/2003 (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos 5 de octubre de 2005).
- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de julio de 2004).
- Caso Kimel vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de mayo de 2008).
- Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2005).
- Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2004).
- Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de noviembre de 2009).
- Código Penal, Decreto Número 17-73 y sus reformas.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Decreto 43-97 del Congreso de la República.
- Demanda de amparo, 50/1995 (Tribunal Constitucional de España 23 de febrero de 1995).
- Inconstitucionalidad del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios, C-575/09 (Corte Constitucional de Colombia 26 de agosto de 2009).
- Ley de Emisión del Pensamiento, Decreto Número 9, dado por la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Guatemala en 1966. Amparo en Revisión, 2676/2003 (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos 5 de octubre de 2005).
- Caso Kimel vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de mayo de 2008).
- Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2005).
- Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2004).
- Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de noviembre de 2009).
- Demanda de amparo, 50/1995 (Tribunal Constitucional de España 23 de febrero de 1995).

- Gelber, K. (2012). Political Culture, Flag Use and Freedom of Speech. *Political Studies* , 173-179.
- Inconstitucionalidad del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios, C-575/09 (Corte Constitucional de Colombia 26 de agosto de 2009).
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Organización de los Estados Americanos*. Obtenido de Sitio web de la Organización de los Estados Americanos: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/Agenda%20Hemisf%C3%A9rica%20Espa%C3%B1ol%20FINA%20con%20portada.pdf>
- Sentencia de Amparo en Única Instancia, 3753-2012 (Corte de Constitucionalidad 6 de marzo de 2013).
- Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 1158-2011 (Corte de Constitucionalidad 18 de agosto de 2011).
- Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 2006-2011 (Corte de Constitucionalidad 18 de octubre de 2011).
- Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 1974-2011 (Corte de Constitucionalidad 27 de octubre de 2011).
- Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 5791-2016 (Corte de Constitucionalidad 6 de febrero de 2017).
- Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 5844-2017 (Corte de Constitucionalidad 3 de marzo de 2018).
- Sentencia de Inconstitucionalidad General Parcial, 1553-2001 (Corte de Constitucionalidad 19 de agosto de 2002).
- Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 1122-2005 (Corte de Constitucionalidad 1 de febrero de 2006).
- Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, Expedientes acumulados 1079-2011, 2858-2011, 2859-2011, 2860-2011, 2861-2011 y 2863-2011 (Corte de Constitucionalidad 12 de noviembre de 2013).
- Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2951-2017 (Corte de Constitucionalidad 12 de febrero de 2018).
- Shaheed, F. (2013). *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights on her mission to the Russian Federation*. Obtenido de Sitio Web de la Organización de Naciones Unidas: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/118/04/PDF/G1311804.pdf?OpenElement>
- Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (Corte Suprema de los Estados Unidos de América 21 de junio de 1989).

Velasco, H. D., & Vela, J. D. (2011). *Derecho Penal Guatemalteco Parte General y Parte Especial*. Guatemala: Magna Terra Editores.

Whitney v. California, 274 US 357 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América 16 de mayo de 1927).

Whitney v. California, 274 US 357 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América 16 de mayo de 1927).



EL ACCESO A LA EDUCACIÓN INTEGRAL EN SEXUALIDAD COMO LÍMITE LEGÍTIMO AL DERECHO DE LOS PADRES A ELEGIR LA EDUCACIÓN PARA SUS HIJOS

*Access to Comprehensive Sexuality Education as a legitimate limit to the
right of parents to choose education for their children*

Francisco Javier Urizar Pérez

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario,
Universidad Rafael Landívar

Magister en bioética,
Universidad del Istmo

Magister en Derecho Constitucional,
Universidad Rafael Landívar

Magister en Derechos Humanos y Democratización,
Universidad Nacional de San Martín

Doctorando en Derecho Constitucional Internacional,
Universidad de San Carlos de Guatemala

ORCID Id. <https://orcid.org/0000-0003-1114-8417>

fjurizargt@gmail.com

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.14>

Fecha de recepción: 30/09/2019

Fecha de aceptación: 20/02/2020

SUMARIO

Introducción

1. ¿Qué se entiende por educación integral en sexualidad?
2. El derecho de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos
3. La libertad de religión

Conclusión

Bibliografía

Resumen

Existe una tensión constante entre varios sectores en torno al reconocimiento del acceso a la educación integral en sexualidad como un derecho humano autónomo para los niños, niñas y adolescentes dentro del sistema educativo nacional. Los argumentos más utilizados por la oposición devienen de planteamientos relativos a la potestad de los padres de decidir el tipo de educación que quieren para sus hijos menores de edad. El tema ha llegado al conocimiento de la Corte de Constitucionalidad que ha tenido que ponderar entre la prerrogativa de los padres y la educación de los niños, niñas y adolescentes, desarrollando los límites y los contenidos esenciales de los derechos que asisten a cada grupo en el marco de una sociedad democrática.

Palabras clave: Derechos humanos, Educación integral en sexualidad, límites a los derechos humanos, juicio de ponderación.

Abstract

There is a constant tension between various sectors around the recognition of access to comprehensive sexuality education as an autonomous human right for children and adolescents within the national education system. The arguments most commonly used by the opposition are in the footsteps of parental authority to decide the type of education they want for their underage children. The issue has come to the attention of the Constitutional Court that has had to weigh between the prerogative of parents and the education of children and adolescents, developing the limits and essential content of the rights that assist each group within the framework of a democratic society.

Keywords: Human rights, comprehensive education in sexuality, limits on human rights, weighting judgment.

INTRODUCCIÓN

La sexualidad es una de las dimensiones de la personalidad que se manifiesta en todos los ámbitos de la vida. Su contenido está definido por una amplia gama de factores que están directamente relacionados con el desarrollo de las sociedades. A raíz de la demarcación del contenido del derecho a la educación se ha desarrollado el derecho a la educación en derechos humanos, dentro de la que se enmarca la educación en sexualidad. Atendiendo al derecho que asiste a los niños, niñas y adolescentes a recibir una educación integral que les permita desarrollar su personalidad y un plan de vida que favorezca alcanzar una vida digna en una sociedad democrática y plural, se plantea la necesidad de brindar una educación integral.

A través de una investigación documental, en la que se analizaron fuentes bibliográficas, normativas y jurisprudenciales, se pretende establecer los criterios que han sido tomados en cuenta por la Corte de Constitucionalidad para delimitar los límites y los alcances del derecho de los niños, niñas y adolescentes a recibir una educación integral en sexualidad y el de los padres a decidir el tipo de educación que desean para sus hijos. Si bien, el derecho a la educación es de carácter universal y se aplica también a adultos, el objeto de estudio del presente trabajo es el que se refiere exclusivamente a quienes se tienen una edad menor a los 18 años.

El trabajo se divide en cuatro partes. En la primera se analiza lo referente a la sexualidad humana y su vinculación con el derecho a la educación. En la segunda, se presentan algunos criterios relativos al derecho de los padres a elegir la educación para sus hijos; en la tercera, se aborda brevemente el derecho a la libertad religiosa y sus límites y, finalmente, un apartado de conclusiones.

A través de la investigación realizada se logra confirmar la pregunta de la investigación, concluyendo que, en efecto, el derecho a acceder a una educación integral en sexualidad es un límite legítimo para el derecho de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos.

1. ¿Qué se entiende por educación integral en sexualidad?

1.1 El concepto de sexualidad.

Hablar de sexualidad supone el análisis de una serie de consideraciones de tipo filosófico, político, religioso, legal, médico, psicológico, antropológico y de otras ciencias porque la sexualidad es “un fenómeno pluridimensional que varía de una cultura a otra y en el contexto socio-histórico en que se desarrolle” (Vera-Gamboa, 1998, pág. 118). Es importante tener en cuenta que, al hacer referencia a este término, no se está hablando de un dato o un hecho, sino de un fenómeno que es construido socialmente (Córdoba García, 2007). Para hablar de sexualidad es pertinente partir de algunos supuestos:

- a. La sexualidad es un aspecto fundamental de la vida humana, con dimensiones físicas, psicológicas, espirituales, sociales, económicas, políticas y culturales.
- b. No es posible entender la sexualidad sin referencia al género.
- c. La diversidad es una característica fundamental de la sexualidad.
- d. Las normas que rigen el comportamiento sexual varían drásticamente entre y dentro de las culturas. Ciertos comportamientos se consideran aceptables y deseables mientras que otros se consideran inaceptables. Esto no significa que los comportamientos no ocurran o que deberían ser excluidos del debate en el contexto de la educación en sexualidad (Unesco, 2010, pág. 2).

Teniendo esto presente, es posible afirmar que, a lo largo de la historia, en las diferentes épocas y lugares, han existido varios tipos de procesos de formación u orientación que, desde lo público y lo privado, han marcado las pautas de desarrollo, comportamiento, roles, derechos y obligaciones de las personas en torno a la vivencia y manifestación de la sexualidad propia y ajena. Estos procesos han evolucionado junto con las sociedades, lo que ha provocado que varias de las normas que regían aspectos de la sexualidad hayan sido superadas y desaplicadas con el paso del tiempo; un ejemplo de esto es la norma sobre la violación contenida en el libro del Deuteronomio:

Si una mujer virgen está prometida a un hombre y otro hombre la encuentra en la ciudad y se acuesta con ella, los sacaréis a los dos a la puerta de esa ciudad y los apedrearéis hasta que mueran: a la joven por no haber pedido socorro en la ciudad, y al hombre por haber violado a la mujer de su prójimo. Así harás desaparecer el mal en medio de ti. Pero si es en el campo donde el hombre encuentra a la joven prometida, la fuerza y se acuesta con ella, sólo morirá el hombre que se acostó con ella; no harás nada a la joven: no hay pecado que merezca la muerte. El caso es semejante al de un hombre que se lanza sobre su prójimo y le mata: porque fue en el campo donde la encontró, y la joven prometida acaso gritó sin que hubiera nadie que la socorriera (Deuteronomio 22, 23-27).

En Guatemala, actualmente, se entiende que la indemnidad sexual es un bien jurídico tutelado y la integridad personal es un derecho de la persona, en consecuencia, la violación es un delito que debe ser perseguido por el Ministerio Público para poder enjuiciar y sancionar a los responsables de acuerdo con la legislación aplicable. A pesar del fuerte influjo que tiene la tradición judeocristiana en la cultura guatemalteca, el Estado no puede asumir como un principio rector de su política criminal los preceptos deuteronomícos.

En este tiempo es impensable castigar con la muerte a una mujer víctima de una violación o de considerar el delito en función del prometido y no de la persona que lo sufrió. Así, es más fácil entender que, al igual que en otras materias, en lo que respecta a la sexualidad el paso del tiempo, las experiencias de la humanidad, la evolución de las sociedades y el desarrollo de los derechos humanos, permiten una comprensión más amplia y humanizada de su contenido.

Pero no es necesario remontarse a los textos bíblicos o a épocas remotas para entender la evolución que ha tenido la comprensión de algunos aspectos de la sexualidad en una sociedad concreta. Una de las formas en las que se ponen en evidencia con mayor contundencia los estereotipos sobre los roles de género en una sociedad es la forma en la que se encuentran regulados los derechos y obligaciones de los hombres y las mujeres unidos en matrimonio.

En Guatemala, el Código Civil entró en vigor en el año 1963 y en sus normas está contenido el peso de la ideología predominante respecto a los roles de los hombres y las mujeres en la sociedad, los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio están recogidos en los artículos 108 al 114 del citado cuerpo legal. El 24 de junio de 1993 la Corte de Constitucionalidad resolvió sobre la inconstitucionalidad directa planteada por la Procuradora Adjunta de los Derechos Humanos en contra de varios artículos del Código Civil, que permitían y perpetuaban condiciones de desigualdad, colocando a la mujer en una situación de sometimiento frente al hombre dentro del matrimonio.

En esa oportunidad, la Corte de Constitucionalidad planteó como una premisa general que tendría presente para las consideraciones del caso la siguiente:

Cuando la persona se integra a la institución del matrimonio, la autonomía de la voluntad opera como elemento esencial en su máxima expresión de libertad y, siendo el legislador quien crea las normas, lo hace en protección de valores superiores en favor de la familia, los menores, la paternidad y la maternidad responsable. En el matrimonio hay un papel para cada uno de los cónyuges, el que determina el Estado dentro de los valores tradicionales guatemaltecos y la diversidad de concepciones, costumbres y creencias nacionales en relación con el matrimonio. El Estado ha regulado la institución con normas precisas para que den certeza y seguridad jurídica a cada uno de los cónyuges (Corte de Constitucionalidad, 1993, pág. 6).

En lo relativo a la norma que se vinculaba con la limitación al derecho al trabajo para las mujeres, la Corte consideró, entre otras cosas lo siguiente:

En todo caso, corresponde a cada esposa atender sus actividades de trabajo y cumplir con las responsabilidades de madre que le impone el matrimonio. Eliminar la obligación de velar por la atención y cuidado de los hijos constituiría un acto contrario a los derechos del niño y del adolescente que garantiza el artículo 51 de la Constitución (pág. 10).

La consecuencia de esta resolución fue la presentación de una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denunciando las condiciones de discriminación que generaba la vigencia de esas normas del Código Civil. La Comisión emitió el informe de admisibilidad sobre ese caso y dentro de sus valoraciones consideró:

En el caso que nos ocupa, María Eugenia Morales de Sierra alega que las disposiciones del Código Civil impugnadas establecen distinciones por motivos de género, que infringen sus derechos a la igualdad ante la ley y a igual protección de la ley, simplemente por virtud de su vigencia. A este respecto, la jurisprudencia internacional ha establecido que una ley puede violar el derecho de un individuo inclusive en ausencia de una medida específica de aplicación posterior dispuesta por las autoridades, en los casos en que las personas se ven directamente afectadas o corren riesgo inminente de ser afectadas directamente por una disposición legislativa [...] María Eugenia Morales de Sierra “impugna una situación legal” --la de una mujer casada comprendida en los citados artículos del Código Civil-- “que la afecta personalmente” [...] La Comisión considera que el efecto directo de las disposiciones legislativas impugnadas en los derechos y la vida cotidiana de la víctima ha sido alegado y demostrado adecuadamente para los propósitos de admisibilidad del presente caso (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1998, párr. 35).

Respecto al trato diferenciado que generaban los artículos del Código Civil impugnados, la Comisión estableció:

Los artículos 109, 110, 113, 114, 115, 131, 133, 255 y 317 del Código Civil establecen diferencias en el tratamiento que prescribe la ley con respecto a las mujeres casadas y a los hombres casados, y en algunos casos, a las mujeres casadas y a las mujeres solteras. En el marco de la legislación internacional sobre derechos humanos, deben analizarse esas diferencias para determinar si procuran un objetivo legítimo, y si los medios empleados son proporcionales al fin que se busca [...] En otras palabras, se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se hayan aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferencia de tratamiento (párr. 36).

Finalmente, el 23 de diciembre de 1998 fue publicado en el Diario Oficial el Decreto 80-98 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene “Reformas al decreto ley 106 del Jefe de Gobierno, Código Civil” en el que se derogaron o modificaron varias de las normas que fueron impugnadas ante la Corte de Constitucionalidad y posteriormente denunciadas ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En su parte considerativa el decreto referido expresa que algunas normas del Código Civil no son compatibles plenamente con la Constitución Política de la República, con principios reconocidos internacionalmente en materia de Derechos Humanos, ni con “las tendencias modernas del Derecho”, además, que la supresión de las disposiciones legales que conlleven perjuicio en contra de las mujeres, es una obligación derivada de la ratificación de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Finalmente, resalta la obligación de los Estados parte de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos de garantizar a hombres y mujeres, la igualdad en el goce de todos los derechos.

En la parte sustantiva del decreto se reforma el artículo 109 del Código Civil, estableciendo que la representación conyugal corresponde a ambos cónyuges y que estos tendrán autoridad y consideraciones iguales en el hogar. Se reformó el segundo párrafo del artículo 110 para que ambos cónyuges tengan la obligación de cuidar y atender a sus hijos. Finalmente, se derogó el artículo 114.

En este caso, se ve reflejado un cambio radical en la forma de entender las relaciones entre hombres y mujeres vinculados por el matrimonio, generando una nueva situación jurídica para las mujeres casadas por el reconocimiento del desarrollo progresivo del contenido del derecho a la igualdad ante la ley contenido en la Constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Las formas de ejercicio del poder en las relaciones entre hombres y mujeres forman parte del contenido de los roles asignados a cada género en el contexto que ofrece una sociedad, esto supone una vinculación de actividades de cierto tipo a quienes representan lo masculino y otro tipo de actividades a quienes representan lo femenino, evidentemente esto no tiene que ver con los órganos genitales que tenga la persona o con la procreación, sin

embargo, sí está marcado por una diferenciación de tipo social y política que es abarcada por la sexualidad.

En consecuencia, puede colegirse que la sexualidad abarca un campo mucho más amplio que lo relacionado con sexo, si bien, tiene como punto de partida la realidad sexual, su contenido considera a la persona como un ser completo. Se relaciona más con la forma en la que pone de manifiesto en una sociedad el sexo de la persona y se reconoce que esta manifestación está influenciada por múltiples variables como la histórica, cultural, psicológica, religiosa, legal, etcétera.

Para finalizar este apartado, vale la pena traer a colación la definición de sexualidad que proporcionan la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, citada por Arango de Montis (2008):

El término ‘sexualidad’ se refiere a una dimensión fundamental del hecho de ser un humano: basada en el sexo, incluye al género, las identidades de sexo y género, la orientación sexual, el erotismo, la vinculación afectiva y el amor, y la reproducción. Se experimenta o expresa en forma de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, actividades, prácticas, roles y relaciones. La sexualidad es el resultado de la interacción de factores biológicos, psicológicos, socioeconómicos, culturales, éticos y religiosos o espirituales (pág. 5).

Es importante tener claro que, aunque la sexualidad está influida por todos estos factores, no es indispensable que se experimenten o expresen todos, aunque, para ambos organismos internacionales, “la sexualidad se expresa en todo lo que somos, sentimos, pensamos y hacemos”.

1.2 La sexualidad y la educación.

Habiendo abordado el concepto de sexualidad y sus posibles definiciones es prudente iniciar la discusión de uno de los temas centrales de este trabajo: la educación integral en sexualidad. Al comprender la multidimensionalidad de la sexualidad humana, resulta evidente que una educación integral en ese aspecto de la personalidad no puede referirse únicamente a lo relativo a lo biológico-

fisiológico, sino que debe tener en cuenta las distintas facetas de influencia y de manifestación que tiene esta. No se puede hablar de integralidad en un proceso de formación, si en los alcances de este se pretende agotar un problema analizando solamente una de sus aristas.

En sí mismo, el derecho a la educación tiene una serie de características que lo dotan de alcances particulares para la vida de las personas, el desarrollo económico y democrático de los pueblos y la construcción y mantenimiento de la paz entre las naciones. De esa cuenta, se considera como parte de él el acceso a una educación para los derechos humanos, lo que se desprende de los artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales. De acuerdo con la Unesco:

La idea que sustenta la educación en la esfera de los derechos humanos es que la educación no debería aspirar únicamente a formar a trabajadores capacitados y profesionales, sino también a contribuir al desarrollo de personas con capacidad para interrelacionarse y actuar en una sociedad justa. Mediante la educación para los derechos humanos, o los derechos humanos en la educación, se pretende dotar a los alumnos y estudiantes de las aptitudes necesarias para adaptarse a los cambios sociales e impulsarlos (Unesco, 2003, pág. 1).

Una educación enfocada en derechos humanos trasciende de la simple repetición o réplica de contenidos teóricos; abarca los procesos y experiencias de aprendizaje que puedan aportar al desarrollo pleno de la personalidad dentro de una sociedad, porque su objetivo es favorecer que las personas puedan participar en su comunidad de forma constructiva y respetuosa respecto a sí mismas y a los demás.

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en derechos humanos, mediante la cual reafirma el derecho a la educación reconocido a todas las personas el cual debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, con la intención de capacitarlas para participar efectivamente en una sociedad libre; así como el deber de los Estados de encauzar la educación de manera que se fortalezca el

respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales contenidos en los instrumentos del Sistema de Naciones Unidas. De acuerdo con el artículo 1 de esta declaración:

Toda persona tiene derecho a poseer, buscar y recibir información sobre todos los derechos humanos y las libertades fundamentales y debe tener acceso a la educación y la formación en materia de derechos humanos (Asamblea General, 2012).

Como se ha visto, la sexualidad es una parte de la personalidad humana que está influida por diferentes aspectos de la vida personal y social de las personas y que se manifiesta en todos los aspectos de la vida, de esa cuenta, se puede entender que existe una vinculación directa entre la vivencia y la manifestación de la sexualidad y los derechos humanos. Las formas en las que se construye y se experimenta la sexualidad de una persona están determinadas por intervenciones de diversa naturaleza que al analizarse a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos humanos pueden redundar en su respeto o violación.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, el derecho a la educación se reconoce en el artículo 71 como una obligación del Estado, que debe proporcionarla y facilitarla a todos los habitantes de la República sin discriminación. Por su parte, el artículo 72 desarrolla los fines de la educación y establece como tales el desarrollo integral de la persona, el conocimiento de la realidad y cultura nacional y universal; asimismo, declara de interés nacional la enseñanza sistemática de la Constitución de la República y de los derechos humanos. Así, la ley fundamental guatemalteca se encuentra en consonancia con los instrumentos internacionales de derechos humanos en lo relativo al contenido de este derecho.¹

¹ **Declaración Universal de los Derechos Humanos.** Artículo 26. 1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental [...]
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

De acuerdo con estos estándares, el proceso educativo al que tienen derecho todas las personas está enfocado a propiciar que alcancen su máximo potencial, desarrollando su libertad moral para construir su propio proyecto de vida, el cual, debe estar orientado a su cumplimiento dentro de una sociedad plural y respetuosa de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sus habitantes.

Aportar al desarrollo integral de la persona² a través de la educación supone cotar con un sistema educativo en el que se reconozca la “primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social” tal y como lo afirmaron

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 13.1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 28. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades [...]

Artículo 29. 1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

Protocolo de San Salvador. Artículo 13.1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr la subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

² De acuerdo con el artículo 2º de la Constitución guatemalteca “Es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República [...] el desarrollo integral de la persona”.

los constituyentes en el preámbulo de la ley fundamental guatemalteca y, atendiendo esto, entender a la persona en su complejidad, con todos los aspectos que integran su ser; y, partiendo de ese reconocimiento, plantear programas de formación que aporten, desde el enfoque más integral posible, al autodescubrimiento de los individuos y su proyección para participar de forma democrática en una sociedad diversa y cambiante.

Comprender la multidimensionalidad de los factores que definen y las formas en que se manifiesta la sexualidad humana implica el reconocimiento de su lugar dentro de la integralidad de la persona y la necesidad de su estudio y tratamiento de forma respetuosa y hospitalaria dentro de los procesos educativos formales e informales que ofrece el sistema educativo nacional en todos los niveles, tomando en cuenta que es uno de los aspectos de la personalidad que más influye en la vida de las personas y que se encuentra en mayor riesgo de ser vulnerado desde las primeras etapas de la vida.

1.3 La educación integral en sexualidad como parte de la educación en derechos humanos.

Como parte integrante del derecho general a la educación se encuentra el específico a la educación en derechos humanos que, de acuerdo con la Declaración citada anteriormente, comprende el derecho a “poseer, buscar y recibir información” relativa a estos. En el apartado anterior se propuso un concepto de sexualidad que comprende una diversidad de factores que la integran y de formas y ambientes en los que se manifiesta, sin el ánimo de agotar el tema, esta conceptualización puede servir para justificar la relación entre la sexualidad y el derecho a la identidad, al trabajo, la libertad personal y de acción, la integridad física y mental, la igualdad ante la ley, a vivir libre de violencia, todos ellos vinculados de forma directa con aquella.

En este marco pueden entenderse las palabras del relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación (2010) cuando afirmó: “el derecho a la educación sexual integral hace parte del derecho de las personas a ser educadas en derechos humanos” (pág. 7). De acuerdo con el relator, una educación integral en materia de sexualidad puede colaborar con la persona para explorar sus propios valores y actitudes y con ello favorecer la toma de

decisiones y habilidades de comunicación. Si se leen con detenimiento, estas declaraciones presentan una visión de la educación integral en sexualidad que empalma adecuadamente con los fines de la educación en general y la educación en derechos humanos en particular, toda vez que el desarrollo de habilidades para tomar decisiones y comunicarse adecuadamente de acuerdo con los valores propios, representan elementos fundamentales para desenvolverse en una sociedad de forma activa.

Teniendo presente que el ejercicio de la sexualidad es un derecho humano autónomo y el respeto a la sexualidad ajena es una obligación que pesa sobre toda persona, que la sexualidad se vincula con el reconocimiento y ejercicio de otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales, es posible reconocer que existe una relación contenido-contenido entre la educación integral en sexualidad y la educación en derechos humanos.

1.4 La educación integral en sexualidad.

La educación relativa a la sexualidad evoluciona constantemente y es asumida por las sociedades de distinta manera dependiendo de los momentos en los que se encuentran. Es importante tener presente que una de las esperanzas que se tienen sobre los niños, niñas y adolescentes es la reproducción de la sociedad en la que viven, de esa cuenta, se construyen los programas de formación con la finalidad de constituirlos como “buenos ciudadanos” de la sociedad que los educa. Esta realidad repercute en los modelos educativos y en los contenidos de las materias que se imparten.

Analizando las características de los programas de educación de la sexualidad, Unesco (2014) identifica cuatro categorías, según el tipo de abordaje que se quiera utilizar:

- a. El modelo moralista. Resultado de la reacción de instituciones conservadoras a otras formas de hacer educación sexual. La sexualidad es lícita únicamente dentro del matrimonio heterosexual y con fines reproductivos. “Sus principales objetivos son fomentar la

- abstinencia como único método seguro y fortalecer el carácter y la voluntad para no sucumbir al sexo antes del matrimonio” (pág. 45).
- b. El modelo de riesgo o del “buen comportamiento”. Contempla la salud únicamente como la ausencia de enfermedades, de tal cuenta que la sexualidad únicamente merece atención cuando surge algún riesgo o problema. “Su objetivo es prevenir problemas de salud derivados de la actividad sexual y las consecuencias personales, sociales y económicas que provocan” (pág. 46).
 - c. El modelo integrador o “comprensivo/integral”. Entiende la salud en general y la salud sexual en particular como elementos indispensables para la promoción del bienestar y la calidad de vida de todas las personas. Su marco de referencia es el de derechos humanos, sexuales, de la mujer, de la infancia y de las diferentes normas internacionales.
 - d. El modelo de desarrollo o de “desarrollo y bienestar”. Es la evolución del modelo integrador. Abarca la sexualidad en varios componentes y no solo como un tema de salud: identidad, relaciones, expresión, etcétera. “Visualiza la sexualidad como un elemento esencial del desarrollo personal, pero también como un componente clave para el ejercicio de una ciudadanía plena y el logro de su máximo potencial como individuo” (pág. 46).

La propuesta de una educación integral en sexualidad se plantea desde el modelo de desarrollo, el cual, no supone una negación de los contenidos de los demás modelos, sino que los contextualiza y los presenta desde una fórmula de respeto a la libertad y a la capacidad de discernimiento que posea la persona en un determinado momento de su vida.

En el marco de la inclusión de la educación integral en sexualidad como formante de la educación en derechos humanos, Unesco propone una definición de esta, afirmando que consiste en:

Un enfoque culturalmente relevante y apropiado a la edad del participante, que enseña sobre el sexo y las relaciones interpersonales a través del uso de información científicamente rigurosa, realista y sin prejuicios de valor (Unesco et al, 2010, pág. 2).

De este aporte se desprende que la educación integral en sexualidad no es una simple materia, sino un enfoque de abordaje de manera científica y realista sobre el sexo y las relaciones que se entablan en la sociedad. Si se plantea que para que exista una educación en derechos humanos debe partirse del reconocimiento de la dignidad de la persona, es fundamental atender a la identidad cultural y etaria del participante, sería un atropello a la persona implementar un proceso de formación que pretenda aportar a su desarrollo integral desconociendo aspectos tan importantes de su personalidad.

Al considerar la relevancia cultural del enfoque integral de la educación en sexualidad, no debe darse lugar a relativismos o absolutismos que permitan crear o desarrollar los estereotipos y las prácticas que, desde una óptica de derechos humanos, se pretenden eliminar. Así, no puede alegarse la pertenencia a una determinada cultura para promover la subsistencia de prácticas que atentan contra la igualdad entre hombres y mujeres o la integridad física y mental de las personas.

Aunque en Guatemala no existe una definición legal de ‘educación integral en sexualidad’, existen algunos estándares internacionales que pueden servir como parámetro para definir sus alcances. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999) ha establecido que los Estados tienen la obligación de brindar educación integral a sus poblaciones, especialmente a las niñas, niños y adolescentes, cumpliendo los estándares de disponibilidad, accesibilidad y adaptabilidad que ha establecido en relación con el derecho a la educación y que este derecho

... desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico (párr.1).

El artículo 23 de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (2005), reconoce el derecho a la educación sexual como fuente de desarrollo personal, afectividad y expresión comunicativa y, además, establece:

La educación sexual se impartirá en todos los niveles educativos y fomentará una conducta responsable en el ejercicio de la sexualidad, orientada a su plena aceptación e identidad, así como, a la prevención de las enfermedades de transmisión sexual, el VIH/SIDA, los embarazos no deseados y el abuso o violencia sexual.

Finalmente, el artículo 6.b de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Convención de Belém do Pará- (1994) reconoce que el derecho de toda mujer a vivir libre de violencia incluye el derecho a “ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.”

Fundamentar el derecho a la educación integral en sexualidad en la normativa nacional guatemalteca no es sencillo, pero tampoco imposible. Como se afirmó antes, existen preceptos constitucionales que reconocen el derecho a la educación con la finalidad de aportar al desarrollo integral de la persona, además, el derecho a acceder a una educación sexual está vinculado con el derecho de acceso a la información, reconocido en el artículo 35 de la ley fundamental.

El Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria firmado por el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (1996) como parte de los acuerdos de paz para terminar con el conflicto armado interno, contiene el compromiso de desarrollar una política estatal en materia educativa coherente con un programa nacional de salud integral para la mujer.

El decreto legislativo 27-2000 que contiene la Ley General para el Combate del Virus de Inmunodeficiencia Humana -VIH- y del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida -SIDA- y de la promoción, protección y defensa de los derechos humanos ante el VIH/SIDA (2000), contempla que los ministerios de Salud Pública y Asistencia Social y de Educación, deben velar por la promoción y divulgación en materia de prevención, incluir contenidos curriculares en todos los niveles educativos y capacitar al cuerpo docente a nivel preventivo.

La Ley de acceso universal y equitativo de servicios de planificación familiar y su integración en el Programa Nacional de Salud Reproductiva, decreto 87-2005, (2005), contempla que el Ministerio de Educación en coordinación con el Ministerio de Salud, debe garantizar que en el Currículum Nacional Base se incluya la educación sobre salud sexual y reproductiva y que se imparta, en los centros públicos y privados, durante la educación primaria, secundaria y en diversificado, abarcando contenidos como los derechos sexuales y reproductivos, la promoción del autocuidado de la salud, la sexualidad, el embarazo a temprana edad, el embarazo no deseado y la muerte materna.

Un aporte particularmente importante en esta materia lo proporciona la Ley de Desarrollo Social (Congreso de la República, 2001), en sus artículos del 27 al 31, regula lo relativo al derecho a la educación y a la educación en población. En esta ley se define la educación como un “proceso de formación integral del ser humano” que debe incluir aspectos de formación en derechos humanos y en población (Art. 27), que tiene como fin primordial el “desarrollo integral de las personas”.

En cuanto a la educación en población, se establece que es una materia que debe ser incluida en todos los niveles y modalidades del sistema educativo nacional y que debe comprender al menos las temáticas relativas a “desarrollo, población, salud, familia, calidad de vida, ambiente, género, sexualidad humana, derechos humanos, multiculturalidad e interculturalidad, paternidad, maternidad responsable y salud reproductiva” (Art. 29).

Sobre los objetivos de esta materia, se contempla que se persigue “lograr una mejor calidad y expectativas de vida personal, familiar y social” implementando acciones educativas que permitan generar conciencia sobre la dignidad de la persona humana y formar actitudes positivas hacia “la paternidad y maternidad responsable, el sentido y el valor de la sexualidad” así como contribuir a la “educación integral de la población” para que las personas puedan decidir y asumir libre y responsablemente “sus acciones y roles en la vida familiar y social” (Art. 30).

Finalmente, en cuanto a las orientaciones para integrar la educación en población a los planes y programas oficiales de estudio, la ley establece que la educación sexual debe estar orientada a desarrollar valores y principios éticos y morales que se sustenten en el “amor, comprensión, respeto y dignidad” y a fomentar un comportamiento personal que se base en la “concepción integral de la sexualidad humana en sus aspectos biológico, psicosocial y del desarrollo integral de la persona”, por último, refiere que el contenido y las metodologías educativas tendrán que ser definidas por una comisión interseccional “en congruencia con el carácter científico y humanístico que establece la Constitución Política de la República” (Art. 31).

En este punto ya resulta necesario recordar que la educación integral en sexualidad desde un enfoque de derechos humanos no consiste únicamente en impartir una materia en un salón de clase, sino en crear un ambiente en el que toda la comunidad educativa participe de forma respetuosa y responsable en sus relaciones cotidianas, de índole personal o profesional, con respecto a los contenidos de la sexualidad de los demás. No sería un aporte real a la formación de los niños, niñas y adolescentes impartir una materia que desarrolle un contenido que es negado por la práctica de sus docentes y las demás personas que intervienen en su proceso educativo.

Así, por ejemplo, resulta fundamental evitar y reprimir los actos de discriminación o violencia de cualquier tipo, pero en particular aquellos que encuentran su fundamento en las relaciones de género, evitar la perpetuación de estereotipos a través de una división injustificada en las formas y contenidos de los aprendizajes, de los puestos de autoridad, de los puestos de servicio, etcétera.

El desarrollo legislativo de la obligación de contar con programas de formación que impliquen el reconocimiento de la sexualidad en el marco de la dignidad humana y el respeto y abordarla con un carácter científico y humanístico permite afirmar que existe una coincidencia entre los fines de la educación en sexualidad que se plantean en Guatemala y los propuestos por Unesco. En consecuencia, de acuerdo con Escobar de Corzantes (2010), “la educación sexual, integral y científica en Guatemala, es un derecho humano

que cuenta con una sólida base legal que garantiza a todos los guatemaltecos el libre acceso a la información, para que vivan una sexualidad sana y responsable” (pág. 27).

2. El derecho de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos

El artículo 73 de la Constitución guatemalteca establece que la familia “es fuente de la educación y los padres tienen derecho a escoger la que ha de impartirse a sus hijos menores.” Este precepto, al igual que el referido a los fines de la educación, recoge los estándares desarrollados en varios instrumentos internacionales de derechos humanos.³

Una postura sobre este tema puede encontrarse en el voto razonado disidente de algunos diputados miembros de la Comisión Específica para la Revisión y Análisis de la Iniciativa de ley 3896, del Congreso de la República de Guatemala, quienes manifestaron:

La sexualidad debe ser propia del ámbito familiar, sin imposiciones de ningún tipo, ya que debe considerarse que vivimos en un país multiétnico, multicultural y plurilingüe donde cada cultura en base a sus propios valores y principios aborda la temática sexual desde su propia cosmovisión y en base a su propia pertinencia cultural. El artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: como fin y deber del Estado la protección de la persona y de la familia. De esta cuenta debe respetarse y defenderse el derecho de los padres a educar a sus hijos

³ **Declaración Universal de los Derechos Humanos.** Artículo 26.3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 13.3. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Protocolo de San Salvador. Artículo 13.4. Conforme a la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.

y escoger la educación para ellos (Comisión específica para la revisión y análisis a la iniciativa de ley 3896 “Ley Nacional de la Juventud”, 2016).

En efecto, mucho del contenido de la educación en sexualidad es impartido en casa. La comprensión de la sexualidad como una realidad que trasciende la genitalidad y las relaciones sexuales permite comprender que la forma en la que se tratan los padres o encargados, la forma en la que se reparten las obligaciones del hogar, la forma en la que se respeta o no la integridad física y psicológica de los miembros de la familia, son formas en las que se presentan y se inculcan actitudes vinculadas con el ejercicio de la sexualidad.

En cuanto a que los padres tengan derecho a escoger la educación que desean para sus hijos, existen algunas limitantes que deben ser tenidas en cuenta. La redacción del artículo constitucional guatemalteco no presenta ninguna restricción, sin embargo, tampoco existe una afirmación que permita considerar que este es un derecho absoluto. En algunos instrumentos internacionales es posible encontrar una definición más limitada. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, se establece que este derecho se refiere únicamente a la “educación religiosa o moral” y, a nivel regional, en el Protocolo de San Salvador, se refiere que el derecho de los padres está limitado a que la educación se “adecue a los principios enunciados”⁴; así, al recordar la definición de educación integral en sexualidad y los contenidos que abarca, referidos anteriormente, resulta difícil encuadrarlos dentro de los espacios de decisión que los citados tratados reconocen a los padres de familia.

Ante la falta de definición legal, la Corte de Constitucionalidad ha establecido algunos límites a este derecho. En la sentencia dictada dentro del expediente 2026-2010, el tribunal constitucional consideró que el derecho de los padres de optar por una educación a distancia, sólo se justifica cuando no existe accesibilidad por cuestiones de distancia a un centro educativo que permita gozar del derecho de educación a sus hijos. En esa misma sentencia, la Corte tomó como base de su razonamiento la Observación General número 1 del Comité de los Derechos del Niño, la que citó textualmente, y que dispone:

⁴ Para un listado de los principios, ver nota al pie 2.

La educación a que tiene derecho todo niño es aquella que se concibe para prepararlo para la vida cotidiana, fortalecer su capacidad de disfrutar de todos los derechos humanos y fomentar una cultura en la que prevalezcan unos valores de derechos humanos adecuados. El objetivo es habilitar al niño desarrollando sus aptitudes, su aprendizaje y otras capacidades, su dignidad humana, autoestima y confianza en sí mismo. En este contexto la “educación es más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten al niño, ya sea de manera individual o colectiva, desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad” (Corte de Constitucionalidad, 2010, pág. 5).

De acuerdo con este criterio jurisprudencial, el primer límite al derecho de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos es, justamente, el derecho a la educación de sus hijos, mismo que contiene, por lo menos, todo lo expresado por el Comité de Derechos del Niño.

En la sentencia emitida dentro de los expedientes acumulados 1202-2006, 1288-2006 y 1451-2007, la Corte provee otro criterio que define un nuevo límite para el derecho de los padres. De acuerdo con el tribunal:

...el derecho de los padres de escoger la educación que ha de impartirse a los hijos menores está reconocido en función de la educación de tipo religioso, filosófico y moral, no para oponerse a las enseñanzas en estas materias sino para que las mismas se hagan según las convicciones de los padres. Así, el derecho de los padres de escoger la educación que ha de impartirse a los hijos no significa que éstos puedan oponerse a las materias que involucran cuestiones de la moral o de la religión -como puede ser la educación sexual en algunos aspectos-, sino a escoger el tipo -conservador o liberal, como bien se le quiera llamar- en las materias que se le impartan. Cabe apuntar también que si el derecho de los padres de escoger la educación que ha de darse a los hijos, se ejerce en los ámbitos apuntados, queda excluido de este derecho la posibilidad de escogencia, la educación de las ciencias, las letras o la historia.

Por ello, el derecho de los padres de escoger la educación que ha de impartirse a los hijos menores, no apareja que el Estado esté imposibilitado de crear e imponer ciertos contenidos en los programas de estudio. (Corte de Constitucionalidad, 2008, pág. 37).

En este caso se discutía directamente la inclusión de algunos contenidos vinculados con la educación en sexualidad a los estudiantes del sistema de educación nacional, por lo que resulta relevante que la Corte impone límites más claros al derecho de los padres, reduciéndolo a materias que tienen que ver con la religión, filosofía y moral y todavía más importante, que excluye a la educación sexual de esas materias, podría colegirse que el tribunal la incluye dentro de las relativas a las ciencias, en las que veda la posibilidad de intervención parental.

Otro límite importante que se marca en esta sentencia es el relativo a la forma en la que se puede ejercer este derecho y es que los padres no tienen potestad para decidir sobre el contenido de los cursos (y tampoco sobre la forma de impartirlos si se considera que existe un reconocimiento constitucional a la libertad de cátedra), su derecho les permite únicamente elegir un centro educativo en el que los contenidos sobre estos temas se impartan según sus creencias⁵.

Finalmente, la Corte también reconoce la potestad del Estado de desarrollar contenidos obligatorios, mismos que no pueden ser objetados por los padres de familia desde el argumento del derecho de elegir la educación que desean para sus hijos.

En relación con las disposiciones que tome el Ministerio de Educación, la Corte estableció que deben atender al interés superior del niño y deben garantizar “el derecho a la educación integral y eficaz de todos los niños, niñas y adolescentes” (Corte de Constitucionalidad, 2016, pág. 10). De lo que se desprende que tampoco el Estado está facultado para tomar decisiones que pudieran disminuir la integralidad de la educación de los estudiantes.

⁵ A partir de este razonamiento la Corte de Constitucionalidad podría desarrollar el derecho de los padres a conocer los contenidos ideológicos de los programas de estudio sobre religión, filosofía y moral que se imparten en los centros educativos, para poder tomar una decisión informada sobre la opción que pudieran elegir para sus hijos.

En síntesis, la Corte de Constitucionalidad ha establecido hasta el momento límites al derecho de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos en función del derecho a la educación que poseen los estudiantes, asumiendo una postura de protección de este último frente a la importancia que reviste proveer de una formación integral a los niños, niñas y adolescentes para procurarles un desarrollo de la personalidad capaz de permitirles optar por un proyecto de vida que les permita alcanzar una vida digna en una sociedad plural y democrática. Atendiendo a que se trata de niños y niñas, la Corte ha establecido que, ante cualquier decisión de las autoridades educativas, debe tomarse en consideración el principio del interés superior del niño, con lo que existe una limitación también para el poder público respecto a las políticas y contenidos educativos.

3. La libertad de religión

El artículo 36 de la Constitución guatemalteca reconoce la libertad de religión. De acuerdo con la norma, el derecho comprende la práctica en público y privado a través de la enseñanza, el culto y la observancia. Esta libertad también está reconocida en tratados internacionales en materia de derechos humanos⁶.

⁶ **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Artículo 18.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual

Huaco Palomino (2014) define esta libertad como:

La libertad de profesar o no profesar una religión, entendida ésta como la relación del hombre con lo divino (no necesariamente con un dios personal, sino con *lo divino* que es una relación con la trascendencia) de la cual se desprenden determinadas convicciones éticas, opiniones, creencias y observancias religiosas las cuales se exteriorizan positivamente a través de la libre manifestación individual o colectiva, pública o privada, a través de diversas concreciones particulares (pág. 295).

De la definición citada se desprende que forma parte de la libertad de religión el hecho de tener o no tener una en particular y si se posee, de desarrollarla vinculada con una deidad o no. Resulta importante tener esto presente porque a la luz de estos criterios se va perfilando que el bien jurídico que se tutela no es ‘una’ religión o ‘la’ religión, sino la libertad de la persona ejercida en el ámbito religioso.

La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado sobre el contenido de esta libertad, afirmando que la Constitución garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, de donde se desprende la laicidad del Estado, y una libertad, a la que podría denominarse orgánica, de las iglesias que,

... atañe a concretamente a distintos aspectos que incumben al ejercicio y práctica de la creencia o religión de que se trata, entre los que destacan, necesariamente, los actos propios al culto, la estructura jerárquica de la organización eclesial y la relación de la iglesia con sus creyentes o fieles (Corte de Constitucionalidad, 2015).

o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

En cuanto a las implicaciones que podría tener la libertad religiosa respecto a la educación integral en sexualidad y el derecho de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos, ya fue expuesto arriba que la Corte consideró que aquella se encontraba fuera de las materias que podrían considerarse afectas al derecho que asiste a los padres y tutores. Además, encuentra sustento normativo y jurisprudencial la potestad del Estado para determinar los contenidos mínimos y obligatorios de los planes de estudio, los cuales debe desarrollar sin favorecer un pensamiento religioso en particular, sino el interés superior del niño en una sociedad democrática y plural.

La libertad religiosa tiene dos dimensiones tutelables; una positiva que se caracteriza por la libertad de la persona para tener o manifestar alguna o ninguna filiación religiosa y una negativa, que impone al Estado el deber de abstención para llevar a cabo acciones a favor o en contra de cualquier religión. Sobre esta última, Dworkin (2014) afirma:

Se entiende que todas estas disposiciones tienen consecuencias políticas dramáticas. Prohíben claramente que el gobierno penalice la afiliación a cualquier religión tradicional o a ninguna de ellas. Suelen entenderse, aunque no de manera universal, también como una prohibición para que el gobierno declare a cualquier religión una religión oficial de Estado o para que apoye a una religión o a todas mediante subsidios o cualquier otro privilegio especial, o para que permita restricciones legales de cualquier tipo que asuman que una religión se prefiere sobre otras o que esa religión es preferible a ninguna (pág. 69).

La dimensión positiva de la libertad religiosa contiene la libertad de manifestarla a través de la enseñanza, la práctica, el culto o los ritos y el derecho a intentar convencer a los demás. Para esto último, los miembros de una religión pueden tener dos comportamientos: “existe una radical diferencia entre el comportamiento religioso testimonial y el ‘proselitismo que no es respetable’, siendo este aquel que consiste en métodos inmorales, engañosos o indignos para intentar convencer a una persona a determinada convicción religiosa” (Cervantes, 2009, pág. 128). De acuerdo con este criterio, podría ser considerado como proselitismo religioso inadecuado la imposición de una doctrina religiosa como parámetro de la sexualidad humana de forma universal en el sistema educativo.

No existe prohibición para que exista una orientación religiosa en relación con la sexualidad, de hecho, como ya se afirmó antes, existe una relación entre ambas dimensiones de la realidad humana, sin embargo, el derecho a la educación que les asiste a los niños, niñas y adolescentes, exige que además de la valoración de índole religiosa se presenten otras, desde otras posturas y que sea el estudiante el que, en ejercicio de su libertad y capacidad de discernimiento, determine cuál es la postura que va a adoptar para desarrollar su propio plan de vida. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad manifestó:

Poner en conocimiento del estudiante, no necesariamente significa orientarle en alguna postura definida por el Estado ni del propio establecimiento, precisamente porque se le educa para crearle una conciencia crítica que no podría desarrollar si se le niega el acceso a la educación en cualquier materia, dentro de la que puede incluirse el autocuidado de la salud y la sexualidad y está en su libertad de enseñanza, manifestarle su postura y lo que, a su juicio, es el deber ser en esa materia, sin embargo, ha de respetar la posición del propio alumno en el tema, porque también está en el ámbito de su libertad, la cual no podrá escoger si vive en la ignorancia (Corte de Constitucionalidad, 2008, pág. 42).

CONCLUSIÓN

Atendiendo a lo desarrollado por Robert Alexy (2002):

... la ponderación se puede dividir en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro (pág. 32).

El derecho de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos ha sido limitado en varios sentidos: primero, en relación con la materia, estableciendo que únicamente es aplicable a aquellos casos en los que la educación se refiere a temas vinculados con la religión y la moral; segundo, en relación con los fines del derecho a la educación; y, tercero, en relación con el derecho a la educación en sí mismo y sus beneficiarios, los alumnos.

Fue la Corte de Constitucionalidad la que determinó que la educación en sexualidad no forma parte de los contenidos relativos a la religión y la moral, por lo que la excluyó del espacio en el que los padres pueden optar por la educación que desean para sus hijos, reconociendo, además, la potestad del Estado para crear e imponer algunos contenidos a los programas de estudio siempre que se atienda al principio del interés superior del niño.

Si se entiende el derecho de los padres como una especie de poder de veto respecto a los contenidos de los cursos y materias, entonces puede afirmarse que ha sido afectado totalmente respecto a la educación en sexualidad, porque ha sido excluida del espectro protector de este derecho. Sin embargo, si se entiende el derecho de los padres como una función preventiva que implica la investigación y el análisis de los programas de estudio de los establecimientos educativos y su identificación ideológica para tomar una decisión informada sobre el lugar en el que sus hijos recibirán educación, entonces no hay una afectación total, sino relativa, porque existe una adhesión de los padres a la forma y modo que les fue propuesta por la institución para educar a los estudiantes.

El derecho a la educación está relacionado con el desarrollo integral de la persona y tiene una influencia muy significativa en la definición de un proyecto de vida que le permita a las personas participar en una sociedad democrática y plural. La sexualidad ha sido entendida como una de las dimensiones de la personalidad que se manifiesta en todos los aspectos de la vida, por lo que contar con una educación al respecto se puede considerar como un elemento fundamental para el desarrollo de la identidad y para prevenir actos que impliquen violaciones a la indemnidad y a la integridad de las personas.

En Guatemala la educación en sexualidad ha sido incluida en el ámbito de la educación en desarrollo, lo que implica una relación directa entre esta característica de la individualidad personal con uno de los objetivos de índole social más importantes del país. De esa forma, se demuestra que no existen elementos para considerar que vivencia de la sexualidad pueda ser considerada como un asunto que tenga que ver únicamente con el individuo, sin afectar la forma en la que se va desarrollando la sociedad. Atendiendo al principio de que el bien común prevalece sobre el particular y a que la creación de ambientes educativos que permitan una educación integral en el respeto y la dignidad de todas las personas en relación con la sexualidad no solo no atenta, sino que garantiza el interés superior del niño, resulta justificable que el Estado intervenga para garantizar que los niños, niñas y adolescentes accedan a una educación integral, científica y humanista sobre la sexualidad humana.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13-64.
- Arango de Montis, I. (2008). Historia breve de la sexología clínica en occidente. En I. Arango de Montis (Ed.), *Sexualidad humana* (págs. 1-10). México: Editorial Manual Moderno.
- Asamblea General. (2012). *Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos. A/RES/66/137*. Naciones Unidas.
- Cervantes, L. F. (2009). Los principios generales sobre la libertad religiosa en la jurisprudencia de los sistemas europeo, interamericano y costarricense de protección de los derechos humanos. *Senderos: revista de ciencias religiosas y pastorales*, 123-143.
- Comisión específica para la revisión y análisis a la iniciativa de ley 3896 “Ley Nacional de la Juventud”. (2016). *Dictamen a la iniciativa de ley número 3896 que dispone aprobar la “Ley Nacional de la Juventud”*. Guatemala: Congreso de la República de Guatemala.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (6 de marzo de 1998). Informe No. 28/98 caso 11,625. *María Eugenia Morales de Sierra contra Guatemala*.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999). Observación general No. 13. El derecho a la educación (artículo 13).
- Comité de los Derechos del Niño. (17 de abril de 2001). Observación General No. 1. Párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la Educación. CRC/GC/2001/1.
- Congreso de la República de Guatemala. (julio de 2000). Decreto 27-2000. Ley general para el combate del Virus de Inmunodeficiencia Humana VIH y del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida SIDA y de la promoción, protección y defensa de los Derechos Humanos ante el VIH/SIDA. Guatemala.
- _____. (19 de noviembre de 1998). Decreto número 80-98. Reformas al decreto ley número 106 del Jefe de Gobierno, Código Civil. Guatemala: Tipografía Nacional.
- _____. (26 de septiembre de 2001). Decreto 42-2001. Ley de desarrollo social. Guatemala.
- _____. (16 de noviembre de 2005). Decreto 87-2005. Ley de acceso universal y equitativo de servicios de planificación familiar y su integración en el programa nacional de salud reproductiva. Guatemala.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969).
- Córdoba García, D. (2007). Teoría Queer: Reflexiones sobre sexo, sexualidad e identidad. Hacia una politización de la sexualidad. En D. Córdoba, J. Sáez, & P. Vidarte (Edits.), *Teoría Queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas* (págs. 21-66). Madrid: Egales, S.L.

- Corte de Constitucionalidad - Instituto de Justicia Constitucional. (2019). Constitución Política de la República de Guatemala con notas de jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (C. d.-I. Constitucional, Ed.) Guatemala: Cimgra.
- _____. (20 de septiembre de 2010). Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo dentro del expediente 2026-2010. Guatemala, Guatemala, Guatemala.
- _____. (15 de enero de 2015). Sentencia de Apelación de sentencia de amparo dentro del expediente 2189-2013. Guatemala.
- _____. (24 de junio de 1993). Sentencia de inconstitucionalidad directa dentro del expediente 84-92. Guatemala.
- _____. (8 de enero de 2008). Sentencia de Inconstitucionalidad General dentro de los expedientes acumulados 1202-2006, 1288-2006 y 1451-2007. Guatemala, Guatemala, Guatemala.
- _____. (8 de septiembre de 2016). Sentencia de Inconstitucionalidad General dentro del expediente 4390-2015. Guatemala, Guatemala, Guatemala.
- Dworkin, R. (2014). *Religión sin dios*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- Escobar de Corzantes, M. (2010). *Educación integral de la sexualidad en el sistema educativo guatemalteco: un estado del arte*. Guatemala: Ministerio de Educación.
- Escuela bíblica y arqueológica francesa de Jerusalén. (2007). Deuteronomio. En *La Biblia de Jerusalén*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Gobierno de la República de Guatemala y Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca. (6 de mayo de 1996). Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria. México.
- Huaco Palomio, M. (2014). Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión. En C. Steiner, & P. Uribe (Edits.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (págs. 289-319). Bogotá: Editorial Themis.
- Opinión Consultiva 24/17. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo, Serie A No. 24 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2017).
- Organización de Estados Americanos. (9 de junio de 1994). Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Belem do Para.
- Organización Iberoamericana de Juventud. (11 de octubre de 2005). Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes. Badajoz.

- Relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación. (23 de julio de 2010). Informe del relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación A/65/162. Organización de las Naciones Unidas.
- Unesco. (2014). Educación integral en sexualidad: conceptos, enfoques y competencias. Santiago: Unesco.
- _____ et al. (2010). *Orientaciones Técnicas Internacionales sobre Educación en Sexualidad* (Vol. I Justificación de la educación en sexualidad). Unesco.
- _____ (2010). *Orientaciones Técnicas Internacionales sobre Educación en Sexualidad* (Vol. I Justificación de la educación en sexualidad). Unesco.
- _____ (2003). *Unesco y educación para los derechos humanos*. Paris: Unesco.
- Vera-Gamboa, L. (1998). Historia de la sexualidad. *Revista Biomédica* , 116-121.
- Wagner Mota, K. P. (2013). *El derecho internacional de los derechos humanos y las obligaciones de los Estados*. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar.

INSTRUCCIONES
PARA LOS AUTORES
DE PROPUESTAS PARA
SER PUBLICADAS EN EL
*OPUS MAGNA
CONSTITUCIONAL*

Temas de interés:

El *Opus Magna Constitucional* publica contenidos científicos y académicos originales sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, jurisprudencia constitucional producida por la Corte de Constitucionalidad en Guatemala, la doctrina constitucional iberoamericana y el Derecho Comparado.

Envío de originales:

El *Opus Magna Constitucional* publicará artículos, ensayos, ponencias y reseñas de obras vinculadas con los temas de interés. Los archivos de los aportes que se propongan para la publicación deberán ser enviados por correo electrónico a la dirección instituto@cc.gob.gt. Deberán ser originales e inéditos en cualquier idioma y contener una declaración sobre la titularidad de los derechos de autor. Si se llegara a publicar algún trabajo que atente contra estos derechos, será responsabilidad exclusiva del remitente.

Idiomas de los originales:

El *Opus Magna Constitucional* se publica en castellano, extraordinariamente, atendiendo a circunstancias particulares, puede realizarse la publicación en otros idiomas. Esta excepción será considerada cuando el autor tenga como lengua nativa una distinta al castellano.

Formato:

Los artículos deberán ser presentados en letra Times New Roman de 12 puntos, interlineados a 1.5 espacios, alineación justificada, en hojas tamaño carta con márgenes de 2.54 centímetros de cada lado. Las páginas deben ir numeradas con números arábigos a partir del número uno (1). La extensión total del artículo no podrá ser menor a las 12 ni superar las 30 páginas.

Notas al pie de página:

Si el trabajo contiene notas al pie de página, deberán redactarse en letra Times New Roman de 10 puntos, interlineadas a 1 espacio, alineación justificada e identificadas con números arábigos.

Títulos y encabezados:

Para la alineación de títulos o encabezados deberán tener en cuenta las siguientes reglas:

Nivel 1: Centrado, en negrita, redactado con mayúsculas y minúsculas de conformidad con las reglas de la ortografía y sin punto final.

Nivel 2: Alineado a la izquierda, en negrita, redactado con mayúsculas y minúsculas de conformidad con las reglas de la ortografía y sin punto final.

Nivel 3: Alineado a la izquierda, con sangría de 1.5 centímetros, en negrita, redactado con mayúsculas y minúsculas de conformidad con las reglas de ortografía y punto final.

Nivel 4: Alineado a la izquierda, con sangría de 1.5 centímetros, en negrita y cursiva, redactado con mayúsculas y minúsculas de conformidad con las reglas de ortografía y punto final.

Nivel 5: Alineado a la izquierda, con sangría de 1.5 centímetros, en cursiva, redactado con mayúsculas y minúsculas de conformidad con las reglas de ortografía y punto final.

Criterios para listados y contenido seriado:

Los listados y otro tipo de contenido seriado pueden desarrollarse con números arábigos o viñetas. Se usarán números arábigos seguidos de punto (1.) cuando se trate de un orden secuencial o cronológico. Se usarán viñetas para secciones en las que el contenido secuencial no sea importante, las viñetas deben ser las mismas a lo largo de todo el contenido.

Tablas y figuras:

Si se incluyen tablas y elementos gráficos, deberán identificarse en el orden que van apareciendo dentro del documento con números arábigos (Tabla 1; Gráfica 1; Imagen 1, etcétera) y un título que presente con claridad y precisión el contenido de cada una de ellas (Tabla 1. Listado de obras publicadas por año; Imagen 1. Celebración del día de la Constitución 2019). En todo caso deberán respetarse los derechos de autor del elemento inserto.

Presentación:

1. Título en español y en inglés. El título deberá ser informativo y reflejar el contenido del artículo. Debe evitarse el uso de acrónimos y abreviaturas.
2. Identificación de los autores:

- **Personas físicas:** Las personas que propongan artículos para su publicación deberán identificarse con su nombre completo, grado académico, afiliación académica, laboral o institucional y su profesión. En caso de no contar con afiliación académica o institucional se debe agregar la frase “investigador independiente” u otra equivalente. Deberá incluirse además un correo electrónico de contacto para que el público pueda comunicarse con el autor.
 - **Personas jurídicas:** Las personas jurídicas que propongan artículos para su publicación deberán identificarse con su nombre, razón o denominación social completa y entre paréntesis podrán colocar su acrónimo, además, deberán incluir una breve descripción del quehacer de la institución e incluir los datos de contacto para que el público pueda comunicarse con ella.
3. Resumen en español e inglés. Deberá tener una extensión de entre 200 y 300 palabras.
 4. Descriptores o palabras clave en español e inglés. Deberán ser como mínimo cuatro (4) y como máximo diez (10), uno de ellos, obligadamente, deberá ser el tema al que se refiere el artículo (Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, etc.).
 5. Desarrollo.
 6. Bibliografía.

Proceso de publicación:

Los autores deberán enviar sus propuestas en un archivo digital con extensión “.doc” o “.docx” y “.pdf” al correo electrónico instituto@cc.gob.gt, indicando su nombre completo y sus datos de contacto. Una vez recibida la propuesta, el Instituto de Justicia Constitucional le asignará un código único y se lo comunicará al autor. La Dirección Ejecutiva del Instituto de Justicia Constitucional hará una revisión preliminar del artículo y si cumple con los requisitos de forma y con las líneas de investigación del *Opus Magna Constitucional*, lo remitirá a un revisor para su evaluación. El sistema que se utilizará para el proceso de revisión será el denominado “doble ciego”.

El revisor evaluará el artículo y emitirá un dictamen que podrá ser: positivo, positivo con correcciones o negativo y lo remitirá a la Dirección Ejecutiva del Instituto de Justicia Constitucional, quien lo remitirá a un segundo revisor, que deberá emitir un dictamen independiente. Si hubiera discrepancia entre los revisores, el Director Ejecutivo enviará el artículo a un tercer revisor, quien emitirá un dictamen independiente.

Si se emitieran dictámenes positivos por unanimidad o por mayoría, el Instituto de Justicia Constitucional notificará al autor y el Director Ejecutivo remitirá la propuesta a un revisor de estilo. Si se emitieran dictámenes negativos, el Director Ejecutivo lo notificará al autor y la propuesta quedará descartada.

Cuando se emitan dictámenes positivos con correcciones, el Director Ejecutivo notificará al autor y le otorgará un plazo de 15 días corridos al autor, contados a partir del día siguiente al de la notificación, para que realice las correcciones pertinentes. El vencimiento del plazo sin que el autor haya remitido su propuesta corregida, será entendido como un desistimiento. Recibido el artículo con las correcciones, el Director Ejecutivo lo remitirá a los revisores que emitieron el dictamen, quienes verificarán que se haya cumplido con lo solicitado. De su evaluación emitirán un dictamen, si fuere positivo se le notificará al autor y se enviará el artículo a revisión de estilo; si fuere negativo, se le notificará al autor y la propuesta quedará descartada.

El revisor de estilo deberá emitir su dictamen y hacer las recomendaciones que considere pertinentes, refiriéndose exclusivamente a cuestiones de forma. Si se hicieran recomendaciones se le notificará al autor y se le dará un plazo para cumplirlas, la omisión de entrega de las correcciones dentro del plazo señalado, será considerada como un desistimiento. Una vez el artículo tenga el visto bueno del revisor de estilo el editor lo leerá nuevamente y lo aceptará para su publicación. Cuando se tengan todos los artículos que serán publicados, el editor los presentará al Consejo Editor, que, dentro de un plazo no mayor a 15 días hábiles, dará su visto bueno. La ausencia de pronunciamiento del Consejo Editor dentro del plazo señalado se tendrá entendido como dado en forma positiva. El pronunciamiento negativo del Consejo Editor sobre algún artículo en particular, deberá ser discutido y resuelto por todos los cuerpos editoriales,

a través del diálogo. Con el visto bueno del Consejo Editor, el Editor realizará las diligencias necesarias para la publicación de la obra.

La resolución final sobre la publicación de un artículo deberá ser notificada en un plazo de seis meses. El editor podrá reservarse la publicación de un artículo para un número posterior al de la convocatoria en la que se presentó. Si no se recibe una notificación en ningún sentido en un plazo de un año, el autor deberá tener por rechazada su propuesta.

Normas de citación:

- **Citas de autores:**
Las citas de autores de las propuestas deberán hacerse cumpliendo con las normas de la *American Psychological Association*, en su última versión (APA 6ª edición). La autocita deberá relegarse a casos estrictamente necesarios.
- **Notas al pie:**
Las notas al pie de página deberán identificarse con números arábigos consecutivos en formato superíndice. Deberán contener únicamente texto adicional, si se incluyeran referencias a alguna obra, deberán citarse de acuerdo al método de citas del sistema APA ya que la bibliografía completa deberá colocarse al final del artículo.
- **Bibliografía:**
Se incluirá la bibliografía al final del trabajo, deberán aparecer únicamente las obras citadas en el texto del artículo, de acuerdo con el formato APA.

Derechos de autor:

Al presentar los artículos a consideración, los autores deberán adjuntar el formato de cesión de derechos, otorgando a la Corte de Constitucionalidad la potestad de reproducir y publicar el artículo por los medios que considere oportunos. En ningún caso se hará reconocimiento económico a los autores.

Advertencias sobre plagio y fraude científico:

El plagio es una práctica fraudulenta y está absolutamente prohibido. A efectos de cumplir con lo establecido en la normativa aplicable a los derechos de autor, la publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos será responsabilidad de los autores, quienes asumirán los eventuales litigios por derechos de autor y fraude científico que puedan iniciarse a nivel nacional o internacional. Los artículos que se identifiquen como plagiados serán eliminados de la revista, si ya hubieran sido publicados, o no se publicarán.

Declaración de ética:

El Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, es un espacio permanente de tipo académico y profesional, de formación, de investigación, de análisis y de difusión de la ardua tarea que entraña la justicia constitucional. Su objetivo principal es fortalecer la justicia constitucional, promoviendo el estudio del derecho, de la jurisprudencia producida por dicho Tribunal, así como de la doctrina iberoamericana y el derecho comparado en materia Constitucional.

La redacción del *Opus Magna Constitucional* muestra su compromiso con la comunidad académica y profesional garantizando la ética y calidad de los artículos que se publiquen. Se adhiere, en lo pertinente, al *Código de conducta y buenas prácticas* desarrollado por el Comité de Ética de Publicaciones (COPE). Asegura la calidad de los materiales publicados a través de la protección y respeto a sus contenidos e integridad. Se compromete a publicar correcciones, aclaraciones, retracciones y disculpas cuando sea preciso.

Aprobado para su publicación el 8 de agosto de 2019.

CIMGRA[®]
Centro de Impresiones Gráficas

Opus Magna Constitucional 2020, Tomo XVI
de la Corte de Constitucionalidad se terminó de imprimir
en el mes de marzo 2020, en Centro de Impresiones Gráficas.

